



**Università Commerciale
Luigi Bocconi**

**PROFILI CONCORRENZIALI DELLE NUOVE
FORME DI COMUNICAZIONE PUBBLICITARIA
SUI SOCIAL NETWORK**

Relatore: Prof. FEDERICO GHEZZI

Controrelatore: Prof. MARIATERESA MAGGIOLINO

Tesi di Laurea Magistrale di:
EMMA LAURA FRANCESCA GRACIS

Anno Accademico 2019-2020

INDICE

INTRODUZIONE	3
---------------------	----------

CAPITOLO I – LA DISCIPLINA GIURIDICA DELLA PUBBLICITÀ

1.1.	La rilevanza giuridica della pubblicità	7
1.2.	Gli aspetti costituzionali	10
1.3.	Le fonti del diritto della pubblicità	15
1.3.1.	La normativa statutale	15
1.3.2.	L'autodisciplina pubblicitaria	16
1.3.3.	I rapporti tra la normativa statutale e l'autodisciplina pubblicitaria	19
1.4.	Le istituzioni	20
1.4.1.	L'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria	21
1.4.2.	L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato	23
1.5.	La nozione giuridica di pubblicità	25
1.6.	I principi generali	34
1.7.	Il contenzioso pubblicitario	38
1.7.1.	Cenni sul procedimento civile in materia pubblicitaria e sue peculiarità rispetto agli altri procedimenti	39
1.7.2.	Il procedimento avanti l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato	41
1.7.3.	Il procedimento avanti il Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria	47
1.7.4.	La questione del conflitto di giudicati	56
1.8.	Le nuove sfide del XXI secolo: la pubblicità sui mezzi digitali	61

CAPITOLO II – LA PUBBLICITÀ INGANNEVOLE E L'IPOTESI DI PUBBLICITÀ OCCULTA SUI SOCIAL NETWORK: INQUADRAMENTO NORMATIVO E PRIME FORME DI REGOLAMENTAZIONE IN ITALIA E ALL'ESTERO

PARTE I - La disciplina della pubblicità ingannevole

2.1.	Il problema dell'inganno pubblicitario	67
2.2.	Il divieto legislativo della pubblicità ingannevole	69
2.2.1.	L'evoluzione della disciplina: dalla carenza legislativa all'attuazione delle direttive comunitarie	69
2.2.2.	I decreti legislativi del 2007 e i rispettivi campi di applicazione	73

2.2.3. Le nozioni di “pratica commerciale ingannevole” e di “pubblicità ingannevole” e i criteri di valutazione dell’ingannevolezza	83
2.3. Il divieto autodisciplinare della pubblicità ingannevole	93
2.4. La pubblicità occulta	96
2.4.1. Il principio di trasparenza	96
2.4.2. Casistica	99
PARTE II – La disciplina dell’endorsement in Italia e all’estero	
2.5. L’influencer marketing: origini, caratteristiche e problematiche del fenomeno	108
2.6. La regolamentazione dell’endorsement in Italia	112
2.7. La regolamentazione dell’endorsement negli Stati Uniti	117
2.7.1. La Federal Trade Commission	117
2.7.2. La Sezione 5 del FTCA e le linee guida della Federal Trade Commission	119
2.8. Soft law	124
CAPITOLO III – PRONUNCE IN TEMA DI INFLUENCER MARKETING	
3.1. Premessa	127
3.2. I provvedimenti autodisciplinari	127
3.2.1. Le ingiunzioni del Comitato di Controllo	128
3.2.2. La pronuncia n. 45/2018 del Giurì	131
3.3. I provvedimenti della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato	142
3.3.1. Le lettere di moral suasion	142
3.3.2. Il provvedimento AGCM n. 27787 in <i>Boll.</i> 23/2019	144
3.4. I provvedimenti della Federal Trade Commission	148
3.4.1. I poteri di enforcement della Federal Trade Commission	148
3.4.2. L’orientamento della Federal Trade Commission: tra closing letters e consent agreements	152
3.5. Il <i>fil rouge</i> nelle decisioni in tema di influencer marketing	155
CONCLUSIONE	159
BIBLIOGRAFIA	165

INTRODUZIONE

L'avvento di Internet ha rivoluzionato molteplici aspetti della comunicazione commerciale: dai mezzi di diffusione, alle figure professionali; dal linguaggio utilizzato, alla velocità e all'ampiezza di propagazione. Nell'ultimo decennio in particolare, gli interpreti di tutto il mondo si sono trovati a dover inquadrare all'interno della normativa vigente le nuove forme di pubblicità emerse nell'era digitale. Tra queste, speciale menzione deve essere fatta dell'endorsement, una pratica sviluppatasi sui social network che consiste nella condivisione da parte dei c.d. "influencer" di immagini e video relativi a un marchio o a un prodotto al fine di pubblicizzarlo ai propri follower.

Il crescente ricorso alla strategia di influencer marketing da parte degli inserzionisti ha però evidenziato la necessità di formulare regole *ad hoc* sullo svolgimento dell'attività di endorsement e sul relativo regime di disclosure. Invero, le piattaforme social – che, a differenza dei mezzi tradizionali, presentano una struttura orizzontale o "peer-to-peer" – sono caratterizzate dalla tendenza a rendere più sfumata e meno netta la distinzione tra i contenuti promozionali e quelli di natura privata. Pertanto, la mancanza di un'adeguata segnalazione dell'intento promozionale dei post di sponsorizzazione è idonea a integrare una fattispecie di pubblicità occulta e, di conseguenza, a trarre in inganno gli utenti che vi entrano in contatto. Non è dunque difficile immaginare i potenziali risvolti negativi non solo sulla tutela dei consumatori, ma anche della leale concorrenza tra imprese, che potrebbero subire uno sviamento di clientela qualora la suddetta pratica sortisca i propri effetti.

Alla luce di questa premessa, il presente elaborato si pone l'obiettivo di analizzare il complesso di norme, regole e decisioni che, ad oggi, compongono il diritto della pubblicità e di fornire una valutazione critica dei passi che sono stati – e che potrebbero essere – compiuti al fine di assicurare la riconoscibilità della comunicazione pubblicitaria diffusa sui social network come tale.

A tal fine, il Capitolo I apre la trattazione esaminando le peculiarità della disciplina giuridica della pubblicità in Italia.

Tra le caratteristiche distintive di questo fenomeno vi è, innanzitutto, l'ampio catalogo di interessi che può arrivare a coinvolgere: non solo, come anticipato, quelli dei consumatori e delle imprese concorrenti, ma anche quelli della collettività nel suo complesso e dei singoli privati.

Un ulteriore elemento singolare è rappresentato dal fatto che, a distanza di oltre settant'anni dall'adozione della Costituzione italiana, è ancora aperto – quantomeno sul fronte dottrinale – il dibattito relativo al corretto inquadramento della libertà di informazione economica, potendo distinguere chi la riconduce alla libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), chi alla libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) e chi a una via di mezzo tra le due.

Si giunge quindi all'elemento maggiormente distintivo di questa branca del diritto, ossia la duplice natura, statutale e autodisciplinare, delle sue fonti e la frammentarietà normativa che ne deriva. In questo frangente, particolare attenzione viene dedicata alla nozione giuridica di “pubblicità”, ai principi generali che governano questa materia e alle istituzioni incaricate di vigilare sulle condotte degli operatori del mercato pubblicitario. A tal fine, sono descritti i diversi tipi di procedimenti azionabili: civile avanti l'autorità giudiziaria ordinaria (AGO), amministrativo avanti l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) e autodisciplinare avanti gli organi dell'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria (IAP), ossia il Comitato di Controllo e il Giurì.

Il secondo Capitolo è suddiviso in due Parti.

La prima tratta in modo specifico della disciplina della pubblicità ingannevole in Italia, che soprattutto nell'ambito statutale ha subito notevoli variazioni nel tempo. L'attuazione delle direttive europee 2005/29/CE e 2006/114/CE ad opera del legislatore italiano, ha infatti rivoluzionato l'impianto normativo nella suddetta materia: l'intento era quello di separare le disposizioni poste a tutela dei consumatori da quelle poste a tutela dei professionisti – le prime nel Codice del Consumo, le seconde nel Decreto sulla pubblicità ingannevole. Tuttavia, si vedrà come, nella realtà dei fatti, tale progetto non abbia poi sortito gli effetti sperati.

Malgrado ciò, il divieto di pubblicità occulta, una forma specifica di pubblicità ingannevole, è rimasto regolato dal medesimo, fondamentale principio:

quello di trasparenza, codificato sia nei citati provvedimenti legislativi che nel Codice di Autodisciplina. È infatti essenziale che i messaggi pubblicitari siano riconoscibili in quanto tali agli occhi dei consumatori: solo così si permette l'attivazione della c.d. "advertising consciousness", ossia quella consapevolezza di essere oggetto di pressione scopertamente pubblicitaria e di dover quindi filtrare le informazioni ricevute in merito a un determinato prodotto o servizio.

Questa prima Parte si conclude con una breve disamina delle forme più diffuse di pubblicità occulta, non mancando di citare anche quelle di più recente introduzione, quali il native advertising e, appunto, l'endorsement.

Avendo introdotto il tema centrale dell'elaborato, la Parte II del Capitolo si addentra nei dettagli della nuova strategia aziendale dell'influencer marketing. In particolare, l'analisi verte sull'attuazione concreta dello stesso (i.e. gli endorsement effettuati dagli influencer sui propri profili social) e sulle criticità che tale pratica è idonea a sollevare proprio in tema di trasparenza. Invero, i contenuti promozionali diffusi sui social network sono intrinsecamente caratterizzati da elementi che li rendono difficilmente riconoscibili come vere e proprie pubblicità: la loro natura amatoriale, il loro inserimento all'interno della narrazione della quotidianità e, soprattutto, la frequente mancanza di adeguati avvertimenti circa la sussistenza di un rapporto di committenza (la c.d. "material connection") tra l'influencer e il marchio pubblicizzato. Con riguardo al quest'ultimo aspetto, la normativa nazionale potrebbe senz'altro dare il proprio contributo, ma ciò non è ancora avvenuto. In compenso, l'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria ha adottato il Regolamento Digital Chart, specificamente dedicato a individuare le diciture da utilizzare al fine di permettere ai consumatori di distinguere i post promozionali tra quelli di natura privata. Per comprendere a fondo lo stato di avanzamento della disciplina nazionale, si fa altresì riferimento a quella adottata negli Stati Uniti, dove maggiori passi sono stati presi nella direzione della regolamentazione del fenomeno dell'endorsement.

Infine, il Capitolo III offre una disamina dei provvedimenti di maggior rilievo adottati in materia di influencer marketing. Per quanto concerne il contesto italiano, si analizzano le varie ingiunzioni di desistenza adottate dal Comitato di Controllo a partire dal 2018, il leading case in ambito autodisciplinare, la decisione

n. 45/2018 del Giurì, e il provvedimento n. 27787 del 2019 dell'AGCM, conclusosi con l'accettazione degli impegni assunti non solo dagli inserzionisti ma anche dagli influencer. Parendo interessante confrontare l'esperienza nazionale con quella statunitense, viene altresì fatto riferimento ai provvedimenti adottati dall'organo adibito al controllo della trasparenza dei messaggi pubblicitari, la Federal Trade Commission (FTC), nella suddetta materia. Tale confronto evidenzia così che negli approcci di queste autorità, seppur fortemente diverse tra loro, è possibile individuare un *fil rouge*, testimone dell'universalità del fenomeno e dei problemi che esso pone.

Per concludere, si svolge un'analisi critica dell'assetto normativo italiano in tema di pubblicità ingannevole, evidenziandone i punti deboli e i possibili margini di miglioramento, provando poi ad immaginarne gli sviluppi alla luce della prassi sviluppatasi nelle decisioni delle autorità competenti e tra gli operatori del mondo del digital advertising.

CAPITOLO I – LA DISCIPLINA GIURIDICA DELLA PUBBLICITÀ

SOMMARIO: 1.1. La rilevanza giuridica della pubblicità – 1.2. Gli aspetti costituzionali – 1.3. Le fonti del diritto della pubblicità – 1.3.1. La normativa statale – 1.3.2. L'autodisciplina pubblicitaria – 1.3.3. I rapporti tra la normativa statale e l'autodisciplina pubblicitaria – 1.4. Le istituzioni – 1.4.1. L'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria – 1.4.2. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – 1.5. La nozione giuridica di pubblicità – 1.6. I principi generali – 1.7. Il contenzioso pubblicitario – 1.7.1 Cenni sul procedimento civile in materia pubblicitaria e sue peculiarità rispetto agli altri procedimenti – 1.7.2. Il procedimento avanti l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – 1.7.3. Il procedimento avanti il Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria – 1.7.4. La questione del conflitto di giudicati – 1.8. Le nuove sfide del XXI secolo: la pubblicità sui mezzi digitali

1.1. La rilevanza giuridica della pubblicità

In generale, la pubblicità è definita come «qualsiasi forma di propaganda diretta a ottenere dalla collettività la preferenza nei confronti di un prodotto o di un servizio»¹.

Sulla base di questa premessa, la pubblicità appare contraddistinta (i) soggettivamente, dal fatto di promanare da un imprenditore nell'esercizio della sua attività e di essere indirizzata, di norma, a un destinatario indeterminato, anziché a singoli soggetti; (ii) oggettivamente, dal perseguire lo scopo di «sollecitare, orientare o, comunque, influenzare il comportamento economico dei consumatori»² attraverso la divulgazione sui mezzi di diffusione di massa (c.d. “mass media”) di informazioni relative all'impresa o ai suoi prodotti. In particolare, ciò è possibile attraverso un'attività sia promozionale, volta a provocare un comportamento di natura economica nei suoi destinatari, che distintiva, grazie alla

¹ G. DEVOTO - G.C. OLI, voce *pubblicità*, in *Il dizionario della lingua italiana*, Le Monnier, Firenze, 1995.

² G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Diritto della pubblicità. Tutele e contenzioso*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 1.

diffusione del marchio dell'azienda e all'attitudine della pubblicità stessa ad assumere i lineamenti di segno distintivo del brand e dei suoi prodotti³.

In ragione delle funzioni cui adempie la comunicazione pubblicitaria e degli interessi di varia natura che entrano in gioco, la stessa assume rilevanza non solo dal punto di vista economico, ma anche da quello giuridico. Infatti, alla luce del menzionato scopo promozionale, la pubblicità può essere *in primis* considerata come «attività d'impresa finalizzata alla conclusione di singoli contratti di vendita o di fornitura con ciascuno dei potenziali acquirenti»⁴. Sotto un profilo strettamente privatistico, essa svolge quindi una funzione preparatoria ad un contratto di scambio, qualificandosi, a seconda dei casi, come offerta al pubblico, promessa al pubblico o invito a proporre⁵. Tuttavia, limitare l'analisi del fenomeno pubblicitario all'ambito contrattuale, considerandolo come un mero episodio negoziale, sarebbe alquanto riduttivo, in quanto tale fenomeno coinvolge l'intera collettività e ha da tempo assunto la rilevanza di un fatto di portata sociale. È dunque necessario ampliare il quadro di analisi oltre i concreti effetti patrimoniali della comunicazione pubblicitaria, delineandone il profilo giuridico in funzione delle diverse categorie di interessi e diritti con cui entra in contatto e con cui può contrastare. Nelle parole di due autorevoli studiosi, «i confini della sua liceità sono segnati dalle norme poste a tutela di tali interessi, da considerarsi come altrettanti limiti alla libera esplicazione di questo tipo di comunicazione»⁶. Tali limitazioni sono poste in particolare in quattro ambiti, di seguito sommariamente delineati.

In primo luogo, il fenomeno pubblicitario può assumere rilevanza come «puro fatto di comunicazione al pubblico»⁷. In questo frangente, acquisiscono importanza interessi collettivi slegati dai concetti di consumatore e concorrente, ma concernenti tutti i soggetti destinatari di pubblicità, e che agiscono in modo trasversale al fine di garantire che la comunicazione pubblicitaria nel suo complesso sia in linea con i principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico.

³ M. FUSI, *La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 6-9.

⁴ M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, Lupetti, Milano, 2006, p. 19.

⁵ M. FUSI, *La comunicazione pubblicitaria*, cit., pp. 13-15; M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., pp. 19-20.

⁶ M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., p. 21.

⁷ M. FUSI, *La comunicazione pubblicitaria*, cit., p. 14; M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., p. 20.

Tra questi si annoverano, ad esempio, l'ordine pubblico, la pubblica morale, le convinzioni civili e religiose e la tutela dei minori.

In secondo luogo, la pubblicità può avere un impatto sui diritti della personalità e di privativa vantati da singoli cittadini⁸. L'enunciazione di tali diritti è rimessa a norme *ad hoc* che, fissandone l'ambito di tutela, pongono dei limiti oltre i quali la comunicazione commerciale non deve spingersi⁹.

Un ulteriore ambito in cui ciò avviene è quello concernente la concorrenza tra imprese. Infatti, essendo la pubblicità un importante strumento del confronto concorrenziale, nella misura in cui non rispetta i limiti imposti dalla normativa, può falsare il gioco della libera competizione commerciale. In questo caso, le restrizioni sono poste dalle norme che proibiscono l'utilizzo di pubblicità confusoria, imitativa o parassitaria, nonché di pubblicità denigratoria e comparativa, in quanto potrebbero portare ad uno sviamento di clientela¹⁰.

Infine, la pubblicità può assumere rilievo giuridico come «fatto potenzialmente pericoloso o addirittura lesivo di interessi diffusi propriamente riferibili alla collettività dei consumatori»¹¹. Tra questi, figura *in primis* l'interesse generale al buon funzionamento del mercato e della concorrenza, che si dispiega nel diritto dei singoli ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità e nel diritto all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà¹². In tale contesto, la pubblicità ingannevole, che sarà oggetto di trattazione approfondita del Capitolo II, si pone come principale antagonista.

⁸ G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., pp. 198 ss.; M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., pp. 21 e 223 ss.

⁹ Vi rientrano, in particolare, il diritto all'immagine (artt. 10 c.c. e 96-97 l. 22 aprile 1941, n. 633 – Legge sul diritto d'autore o l.d.a.), il diritto al nome (artt. 6-9 c.c.), il diritto all'onore, al decoro, alla reputazione (per il profilo penale, artt. 594-596 c.p.; per il profilo civile, art. 10 c.c. e art. 97, co. 2 l.d.a.), il diritto alla riservatezza o diritto alla privacy (Reg. UE 2016/679 – GDPR e Titolo X del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 – Codice Privacy – così come modificato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101), il diritto d'autore (artt. 2575-2583 c.c. e Legge sul diritto d'autore).

¹⁰ Ci si riferisce soprattutto all'art. 2598 c.c. e al d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145, di cui si tratterà in seguito.

¹¹ M. FUSI, *La comunicazione pubblicitaria*, cit., p. 15; M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., p. 20.

¹² Art. 2, co. 2, lett. c) e c-bis) cod. cons.

1.2. Gli aspetti costituzionali

Avendo appurato che la disciplina giuridica della pubblicità si pone come un sistema di limiti alla libertà di informazione economica, occorre ora accennare alla controversa questione concernente l'inquadramento costituzionale di tale libertà, materia sulla quale non vi è ancora unità di vedute.

Il nocciolo della questione risiede nel fatto che, considerando la pubblicità come una forma di comunicazione al pubblico avente ad oggetto un'iniziativa economica, il diritto alla libera diffusione della pubblicità potrebbe costituire tanto una libera manifestazione del pensiero ai sensi dell'art. 21 Cost., quanto una forma di libera iniziativa economica privata ex art. 41 Cost., o addirittura una commistione di entrambe¹³. Tuttavia, l'adesione a una corrente di pensiero piuttosto che all'altra non è priva di conseguenze: infatti, le disposizioni richiamate tutelano beni costituzionali diversi e, conseguentemente, adottano impostazioni differenti nel delineare la relativa disciplina¹⁴. In particolare, la libertà di espressione gode di una protezione più elevata rispetto a quella concessa alla libertà di iniziativa economica. Ne consegue che, laddove la pubblicità commerciale venisse considerata un'espressione della prima, la legittimità costituzionale dei vincoli ad essa imposti potrebbe essere messa in discussione. Infatti, gli unici limiti permessi alla libera manifestazione del pensiero sono quelli previsti espressamente dall'art. 21 Cost., ossia il buon costume (co. 6), o da altre norme di rango costituzione, previo opportuno bilanciamento dei diritti in gioco¹⁵. Al contrario, se venisse ricondotta nell'ambito della libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost., la comunicazione pubblicitaria potrebbe essere circoscritta da un numero maggiore di vincoli, posti non solo a livello costituzionale – il comma 2 sancisce infatti che l'iniziativa privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, libertà e dignità umana – ma anche dalla legge ordinaria – che, in forza del rimando operato dal

¹³ M. FUSI, *La comunicazione pubblicitaria*, cit., pp. 21 ss.; M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., pp. 21 ss.; E. APA, *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 93 ss.

¹⁴ E. APA, *La pubblicità commerciale*, cit., p. 94.

¹⁵ E. APA, *La pubblicità commerciale*, cit., p. 111. In tal senso si veda anche R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 450 ss. e la giurisprudenza costituzionale a partire da C. cost., 16 marzo 1962, n. 19. Per un'analisi approfondita del tema cfr. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 10 ss.

comma 3, ne determina i programmi e i controlli diretti a coordinarla e ad indirizzarla ai fini sociali. In particolare, sarebbe possibile assoggettare la pubblicità ad autorizzazione o perfino sistemi di censure preventive laddove ciò fosse giustificato dall'esigenza di salvaguardare i valori enunciati dalla norma o fosse comunque socialmente utile¹⁶.

In merito a questa problematica, si registrano posizioni discordanti in dottrina: una parte tende a ricondurre la pubblicità commerciale nell'alveo dell'art. 41 Cost., descrivendola come quella «particolare forma di comunicazione che, in forza della sua specifica strumentalità, finisce per esulare dalla manifestazione del pensiero, e risolversi nell'attività economica esercitata»¹⁷. Una seconda parte, invece, abbraccia la tesi che individua nell'art. 21 Cost. il fondamento della pubblicità commerciale, in quanto tale norma tutela la libertà di espressione indipendentemente dai suoi scopi¹⁸. Altri ancora abbracciano la tesi della duplice copertura costituzionale, secondo la quale la pubblicità godrebbe della protezione di entrambe le disposizioni, in quanto essa «costituisce contestualmente oggetto della libertà di manifestazione del pensiero e facoltà compresa nel contenuto della libertà d'iniziativa economica privata»¹⁹. Infine, non manca chi, pur riconoscendo

¹⁶ E. APA, *La pubblicità commerciale*, cit., p. 95; M. FUSI, *La comunicazione pubblicitaria*, cit., p. 22; M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., pp. 22-23.

¹⁷ U. RUFFOLO, *Manifestazione del pensiero e pubblicità redazionale: il percorso tortuoso di una libertà scomoda*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, pp. 132 ss. Si veda anche P. AUTERI, *La disciplina della pubblicità*, in AA.VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 430 il quale tuttavia precisa che «godono pienamente della garanzia della libertà di espressione le opinioni o le informazioni che, pur essendo veicolate dalla pubblicità, non siano strettamente funzionali alla promozione di prodotti o servizi». Tema esplorato anche da V. AMATO, *Osservazioni in tema di divieto di propaganda pubblicitaria dei prodotti da fumo*, in *Giur. it.* 1989, p. 368; F. CAFAGGI, voce *Pubblicità commerciale*, in *Dig. comm.*, 1995, XI, pp. 436 ss.; C. ESPOSITO, *La libertà*, cit., p. 11; P. FRISONE, *Nuovo intervento della Cassazione in merito al divieto di propaganda pubblicitaria di prodotti da fumo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, p. 132; S. GATTI, voce *Pubblicità commerciale*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1988, XXXVII, p. 1058; L. SORDELLI, voce *Pubblicità (disciplina della)*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, vol. XXV, 1991, p. 6; V. ZENOVICH, *La libertà di espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 85 ss.

¹⁸ Nell'opinione degli autori che sostengono questa corrente di pensiero, infatti, la persuasione può essere esercitata in relazione a qualunque aspetto della vita, che sia civile, ideologico, scientifico, culturale, politico o commerciale. Così P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, pp. 266 ss.; A. CERRI, *La pubblicità commerciale fra libera manifestazione del pensiero, diritto di informazione, disciplina della concorrenza*, in *Dir. inf.*, 1995, p. 552; M. FUSI, *La comunicazione pubblicitaria*, cit., pp. 25 ss.; A. VIGNUDELLI, *Aspetti giuspubblicistici della comunicazione pubblicitaria*, Maggioli, Rimini, 1983, p. 300.

¹⁹ L. PRINCIPATO, *Il fondamento costituzionale della libertà di comunicazione pubblicitaria*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 550. In senso analogo A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte speciale (vol. 2), Cedam, Padova, 1992, pp. 393 ss.; F. PREZIOSO, *Diritto di cronaca e pretesa pubblicità*

la validità della tesi appena menzionata, non la ritiene del tutto soddisfacente giacché «lascerebbe insoluti alcuni nodi interpretativi sul rapporto tra i due referenti costituzionali e sull'interazione tra gli stessi»²⁰, e finisce quindi per aderire alla seconda corrente di pensiero.

Per converso, «la giurisprudenza ha mostrato [...] meno tentennamenti nell'individuazione del regime di protezione costituzionale al quale la pubblicità commerciale è assoggettata»²¹, ravvisando nell'art. 41 Cost. il relativo fondamento. Tale posizione è stata mantenuta in primo luogo dalla Consulta, che ha escluso la qualificazione della pubblicità commerciale come una forma di manifestazione del pensiero, affermando, invece, che essa «è considerata una componente delle attività delle imprese, come tale assistita dalle garanzie di cui all'art. 41 Cost. e assoggettabile, in ipotesi, alle limitazioni ivi previste al secondo e terzo comma»²². Anche la Corte di cassazione ha aderito a tale orientamento, sostenendo che la pubblicità commerciale «nulla ha a che vedere con la tutela della manifestazione del pensiero giacché la comunicazione commerciale in genere rientra nelle attività direttamente economiche tutelate dalla norma dell'art. 41 della Costituzione»²³. Analogamente, il Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria (di seguito anche Giurì – *infra* §1.4.1.) ha stabilito che «si può ammettere che anche la pubblicità è manifestazione del pensiero, alla pari di altre manifestazioni; ma ciò non toglie che, come ha rilevato anche la Corte costituzionale, essa deve essere sottoposta a limiti più severi di altre forme di comunicazione, perché è strumentale ai fini economici dell'impresa»²⁴.

indiretta dei prodotti da fumo, in *Giur. cost.*, 1999, pp. 2872 ss.; L. PRINCIPATO, *La pubblicità commerciale. Fondamento costituzionale e limiti*, Jovene, Napoli, 2008, pp. 7 e 73 ss.

²⁰ E. APA, *La pubblicità commerciale*, cit., pp. 93-189.

²¹ *Ivi*, p. 97.

²² C. cost., 17 ottobre 1985, n. 231, in *Giur. cost.*, 1985, p. 1879. Si veda anche C. cost., 12 luglio 1965, n. 68, *ivi*, 1965, p. 839; C. cost., 14 luglio 1988, n. 826, in *Riv. dir. ind.*, 1989, p. 195; C. cost., 20 dicembre 1996, n. 399, in *Foro it.* 1997, p. 3124 e, sul differente trattamento tributario di pubblicità commerciale e di pubblicità ideologia senza fini di lucro, C. cost., 16 luglio 1973, n. 131, *ivi*, 1973, p. 1354; C. Cost., 19 luglio 2000, n. 301, in *AIDA*, 2002, p. 740.

²³ Cass., 14 settembre 2004, n. 18431, in *Giur. it.*, 2005, p. 1187. In senso conforme, si veda Cass., 23 novembre 1999, n. 12993, in *AIDA*, 2000, p. 656 (in materia di violazione dei diritti del produttore fonografico); Cass., 23 marzo 2001, n. 4183, *ivi*, 2002, p. 819 (in materia di divieto di pubblicità da prodotti da fumo); Cass., 27 febbraio 2001, n. 2822, in *Giust. civ.*, 2002, p. 3287; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1862, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, p. 89. Per la giurisprudenza di merito, si veda Trib. Milano, sent. 29 aprile 1976, in *GADI*, 1976, p. 404.

²⁴ Giurì n. 21/1991, ove l'organo giudicante si è pronunciato su una campagna pubblicitaria sviluppata dal fotografo Toscani per Benetton in cui figurava la fotografia di un cimitero di guerra,

In sintesi, nonostante una parte della dottrina continui a difendere la tesi della riconducibilità della libertà di informazione economica nell'alveo dell'art. 21 Cost. (in via esclusiva o non), la corrente di pensiero che gode di maggiore seguito è quella che vede nella pubblicità una forma di libera iniziativa economica ai sensi dell'art. 41 Cost., con tutte le conseguenze che ne derivano. Non ponendosi il presente elaborato l'obiettivo di indagare la fondatezza dei diversi argomenti e contro-argomenti, gli argomenti di seguito esposti presuppongono l'adesione alla tesi maggioritaria.

Prima di procedere all'analisi delle ulteriori norme che compongono il diritto della pubblicità, pare interessante fare un breve confronto tra l'orientamento giurisprudenziale dei giudici italiani e quello sviluppatosi nelle corti statunitensi. Invero, quello dell'inquadramento costituzionale della libertà di informazione economica è un tema che prescinde dai confini nazionali ed è arrivato ad essere dibattuto anche dai giudici di uno dei più influenti organi giurisdizionali del mondo: la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America²⁵. Ma, se il nostro giudice nazionale ha fin da subito assunto una posizione favorevole all'inquadramento del fenomeno nell'art. 41 Cost., mantenendola nel corso degli anni, la Supreme Court ha nel tempo modificato il proprio orientamento in merito alla riconducibilità del c.d. "commercial speech"²⁶ all'interno dell'ambito di applicazione del Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America²⁷, posto a tutela della libertà di parola ("freedom of speech").

con croci e stelle di Davide, apparsa nei primi giorni della guerra del Golfo. Si veda anche Giurì nn. 161/1993, 25/1992, 74/1988, 1/1980.

²⁵ Sulla giurisprudenza della Corte Suprema in tema di commercial speech, si vedano E. APA, *La pubblicità commerciale*, cit., pp. 46 ss.; A. CERRI, *La pubblicità commerciale*, cit., pp. 541 ss; G. CORASANITI, *La regolamentazione della pubblicità: profili costituzionali*, in G. CORASANITI - L. VASSELLI (a cura di), *Diritto della comunicazione pubblicitaria*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 10 ss. Tra gli autori statunitensi, G. GUNTHER - K.M. SULLIVAN, *Constitutional Law*, Thomson Reuters/Foundation Press, New York, New York, 2010, pp. 922 ss, nonché S.G. BRODY - B.E.H. JOHNSON, *Advertising and Commercial Speech: A First Amendment Guide*, Practising Law Institute, New York, 2008.

²⁶ Definito in B.A. GARNER (a cura di), *Black's Law Dictionary*, Thomson Reuters, St. Paul, Minnesota, 2014, p. 1617 come «communication (such as advertising and marketing) that involves only the commercial interests of the speaker and the audience».

²⁷ First Amendment to the United States Constitution ("Religious and political freedom"): «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances».

In un primo momento, infatti, i giudici avevano negato che la pubblicità commerciale potesse costituire una forma di manifestazione del pensiero²⁸, assumendo così una posizione simile a quella della Corte Costituzionale italiana. Tuttavia, a fronte della vasta elaborazione in tema di libertà di parola, la Corte «ha progressivamente ricondotto il commercial speech nell'alveo della freedom of speech, riconoscendo alla pubblicità una dimensione informativa ed una caratterizzazione ideologica sua propria»²⁹. Invero, la Corte Suprema è giunta ad affermare che lo scambio di informazioni è essenziale nel settore commerciale tanto quanto in ogni altro³⁰. Tuttavia, ha anche confermato la legittimità di numerose restrizioni della pubblicità commerciale «sulla scorta dell'argomento che fa leva su una sorta di condizione di minorità del commercial speech, il quale, in ragione del suo contenuto, godrebbe sì della protezione del Primo Emendamento, ma in misura attenuata»³¹.

In breve, si può dire che la Corte Suprema abbia avuto maggiore esitazione rispetto alla Consulta nel definire il livello di protezione costituzionale da accordare al commercial speech. E, nonostante sia ormai pacifico che esso rientri nell'ambito del Primo Emendamento – pur non godendo della sua piena protezione –, la Corte ha ancora difficoltà a definirlo in modo chiaro e preciso, rendendo difficile l'applicazione della – ridotta – tutela di cui gode³².

²⁸ Così *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942). In senso critico nei confronti di questa pronuncia si sono espressi, ad esempio, M.H. REDISH, *The First Amendment in the Marketplace: Commercial Speech and the Values of Free Expression*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 1971, vol. 39, n. 3, pp. 429-473; R.D. ROTUNDA, *The Commercial Speech Doctrine in the Supreme Court*, in *U. Ill. L. Forum*, 1976, vol. 1976, pp. 1080, 1084-1101.

²⁹ E. APA, *La pubblicità commerciale*, cit., p. 47. In questo senso, *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S. 809 (1975); *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976), entrambe analizzate da R.D. ROTUNDA, *The Commercial Speech Doctrine in the Supreme Court*, cit., pp. 1084 ss.. Si veda anche *Pittsburg Press Company v. Pittsburg Commission on human rights*, 413 U.S. 376 (1973).

³⁰ A. CERRI, *La pubblicità commerciale*, cit., p. 542.

³¹ Così E. APA, *La pubblicità commerciale*, cit., pp. 47-48 e, prima ancora, G. GUNTHER - K.M. SULLIVAN, *Constitutional Law*, cit., pp. 935 ss. Si veda anche *Central Hudson Gas and Electric Corp. v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980), ove è stato elaborato un test (il c.d. *Central Hudson Test*) a quattro fasi per verificare se una restrizione al commercial speech sia idonea a violare il Primo Emendamento.

³² Si vedano E. APA, *La pubblicità commerciale*, cit., p. 70 e, per la letteratura americana, S.G. BRODY - B.E.H. JOHNSON, *Advertising and Commercial Speech*, cit., pp. 2-4.

1.3. Le fonti del diritto della pubblicità

Come si è avuto modo di appurare (*supra* §1.1.), gli interessi che sottostanno alle limitazioni poste alla libertà di informazione economica sono estremamente eterogenei. Conseguentemente, anche le regole che stabiliscono i confini della comunicazione pubblicitaria sono «varie, difformi e disparate, sia per ciò che concerne la loro genesi e le finalità che perseguono, sia per quanto attiene al loro contenuto [...], sia infine con riguardo alla loro stessa natura»³³.

Il diritto della pubblicità può quindi essere identificato come quel complesso di disposizioni che, oltre a regolare specificamente la comunicazione d'impresa, disciplinano anche altri aspetti che, pur non riguardando espressamente la pubblicità, la interessano indirettamente. Si pensi, ad esempio, alle norme che proibiscono le offese alla morale o al pudore, o che sono poste a tutela del diritto d'autore, dei diritti della personalità o, per quanto concerne la presente analisi, la leale concorrenza tra le imprese e i diritti dei consumatori.

Tuttavia, a causa dell'estrema frammentarietà della disciplina statutale, gli operatori della pubblicità si sono volontariamente posti delle regole – di natura privata, e quindi prive del valore di leggi – con l'intento di colmare le lacune lasciate dalla legislazione ordinaria. In definitiva, il diritto della pubblicità è composto non soltanto dalle leggi e dai regolamenti emananti dallo Stato, ma anche dalle disposizioni di natura autodisciplinare che, nel settore pubblicitario, hanno assunto una rilevanza senza precedenti³⁴.

1.3.1. La normativa statutale

La maggior parte delle disposizioni che regolano – direttamente o indirettamente – la comunicazione pubblicitaria in Italia è costituita dalle leggi o dai provvedimenti normativi aventi valore di legge, ossia dalle norme emanate dagli organi legislativi dello Stato o da organi ad essi equiparati. Esse presentano quindi un'efficacia *erga omnes*, essendo applicabili a tutti coloro che «operano e/o veicolano messaggi pubblicitari nel territorio della Repubblica italiana,

³³ M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., p. 24. Si veda anche M. Fusi, *La comunicazione pubblicitaria*, cit., p. 15; L. Principato, *La pubblicità commerciale*, cit., pp. 8-9.

³⁴ G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., pp. 1-2; M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., pp. 24-25 e 359.

indipendentemente dall'origine o provenienza dell'operatore che svolge l'attività di comunicazione pubblicitaria»³⁵.

In particolare, la legge ordinaria che disciplina la pubblicità è composta sia da norme di diritto pubblico che da norme di diritto privato. Le prime, poste a tutela dello Stato e della collettività, comprendono tre sottogruppi: innanzitutto, tutte quelle disposizioni di natura penale che proibiscono la strumentalizzazione della pubblicità al fine di realizzare una truffa, attentare alla salute o alla sicurezza dei cittadini, ledere il senso del pudore e della decenza o offendere l'ordine pubblico; in secondo luogo, una serie di norme amministrative che disciplinano l'uso dei mezzi pubblicitari da parte degli operatori, sia pubblici che privati, e che si differenziano da quelle penali non tanto per il contenuto (entrambe impongono o vietano dei comportamenti), quanto per il tipo di sanzione prevista per la loro violazione (solo pecuniaria nel primo caso, pecuniaria o detentiva nel secondo); infine, una terza categoria, quella delle leggi speciali, costituita da norme pur sempre di natura amministrativa, ma emanate al fine di regolamentare aspetti e settori specifici.

Le norme di diritto privato che interessano il diritto della pubblicità, sono invece quelle che riguardano i rapporti tra le imprese, soprattutto quelle in rapporto di concorrenza, o che regolano l'uso dei segni distintivi, del diritto d'autore o dei diritti della personalità dei privati cittadini.

Si noti che il diritto comunitario ha sensibilmente influenzato l'operato del legislatore italiano in materia di comunicazione commerciale. Infatti, una parte consistente della normativa italiana, e *in primis* quella concernente la pubblicità ingannevole e comparativa, è stata emanata in attuazione delle direttive volte ad armonizzare le legislazioni degli Stati membri³⁶.

1.3.2. L'autodisciplina pubblicitaria

Parallelamente ai primi tentativi del legislatore di regolare la materia pubblicitaria – o meglio, alcuni dei suoi settori – l'Italia ha assistito allo sviluppo del fenomeno dell'autodisciplina pubblicitaria. La ragione di fondo, come si è detto,

³⁵ G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., p. 2.

³⁶ P. AUTERI, *La disciplina della pubblicità*, cit., pp. 430-431.

è da individuarsi nella circostanza che la normativa statutale era scarsa e frammentaria: nei primi anni '50, la tutela del consumatore dalla pubblicità ingannevole era affidata solamente alla disciplina penale della frode in commercio e alle leggi speciali su prodotti alimentari e agrari³⁷. Cercando quindi di dare risposta all'esigenza di regolare in modo organico e completo la comunicazione commerciale, gli operatori del mondo della pubblicità hanno scelto di elaborare un complesso armonico di regole di comportamento cui sottoporsi su base volontaria³⁸.

Tra i vari codici pubblicati³⁹, il Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale (di seguito "Codice di Autodisciplina" o "C.A."), facente capo all'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria (di seguito anche "Istituto" o "IAP"), è certamente quello che ha assunto la maggiore rilevanza. La prima edizione del Codice di Autodisciplina fu adottata nel 1966 con il titolo "Codice della lealtà pubblicitaria". Da allora, la denominazione è stata modificata dapprima in "Codice di Autodisciplina Pubblicitaria", e successivamente, in occasione della quarantacinquesima edizione entrata in vigore nel 2008, in "Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale" (*infra* §1.5. per le ragioni di quest'ultimo cambiamento e le relative non-conseguenze).

Non essendo questo corpo di regole applicabile *erga omnes*, si reputa necessario fornire una breve panoramica delle regole che stabiliscono quali soggetti debbano rispettare le disposizioni autodisciplinari. Tali regole sono per lo più contenute nelle "Norme Preliminari e Generali del Codice di Autodisciplina" (di seguito "Norme Preliminari e Generali")⁴⁰.

In primo luogo, i soggetti possono vincolarsi al sistema autodisciplinare per via associativa: è il caso (i) di coloro che hanno contribuito alla creazione dello IAP, (ii) degli enti, delle imprese e degli organismi che hanno scelto di associarsi ai sensi

³⁷ L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, 7° ed., Cedam, Padova, 2019, p. 2612.

³⁸ G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., p. 3; M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., pp. 26-27.

³⁹ Si ricordano, ad esempio, il Codice Utenti Pubblicità Associati (Codice UPA) della Camera di Commercio Internazionale, il Codice pubblicato dalla Federazione Italiana di Pubblicità (FIP) e le Norme SACIS emanato dall'organo di controllo della RAI. Oltre i confini nazionali, invece, vi sono ad esempio il "Code de l'ARPP", che raccoglie le "Recommandations déontologiques" dell'Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité (ARPP) francese, il "Código de Conducta Publicitaria" dell'Asociación para la Autorregulación de las Comunicaciones Comerciales (AUTOCONTROL) spagnola e il "Code of Advertising Practice" dell'Advertising Standards Authority (ASA) britannica.

⁴⁰ Per i risvolti procedurali di tale obbligo, si rimanda al §1.7.3.

dell'art. 6, co. 3 dello statuto dello IAP, nonché (iii) degli iscritti a quelle associazioni di categoria o professionali che si sono impegnate a far rispettare il Codice di Autodisciplina ai propri associati⁴¹.

In secondo luogo, gli operatori pubblicitari possono aderire per via contrattuale. La lett. d) delle Norme Preliminari e Generali, infatti, prevede che gli organismi aderenti si debbano impegnare affinché i propri iscritti inseriscano nei contratti pubblicitari che sottoscrivono con terzi una speciale clausola di accettazione del Codice di Autodisciplina (di seguito “clausola di accettazione”).

Eccezionalmente, però, il Giurì ha affermato che la mera conclusione di un contratto pubblicitario tra un soggetto – direttamente o indirettamente – associato allo IAP ed un altro non aderente fa automaticamente sorgere capo a quest'ultimo l'obbligo di rispettare le norme autodisciplinari *a prescindere* dalla volontà a sottoporvisi⁴². In questa terza e ultima categoria di soggetti vincolati, definiti “aderenti anomali”, rientrano altresì coloro che, pur non essendo vincolati al Codice di Autodisciplina, hanno tuttavia accettato la competenza del Giurì⁴³.

Alla luce di quanto appena affermato, è opportuno fare una precisazione. Fino a qualche tempo fa, e soprattutto grazie ai molti aderenti anomali, il numero dei soggetti che potevano ritenersi legittimamente esclusi dall'ambito di applicazione dell'autodisciplina pubblicitaria era estremamente esiguo. Infatti, ciò poteva avvenire solo se nessuno dei soggetti partecipanti al processo ideativo o divulgativo di un messaggio pubblicitario era sottoposto alle norme autodisciplinari, e dunque solo nel caso di pubblicità minori, realizzate autonomamente dagli utenti e diffuse su un mezzo non aderente al sistema autodisciplinare, quale, ad esempio, quello dei volantini⁴⁴. Tuttavia, come si vedrà alla fine di questo Capitolo, l'avvento di Internet ha determinato una riduzione del

⁴¹ Lett. b) Norme Preliminari e Generali. Per l'elenco completo degli organismi costituenti, si veda L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve*, cit., p. 2621, mentre per quello degli associati attuali si consulti il sito <<https://www.iap.it/conoscere-iap/associati/>> (ultimo accesso: 10 novembre 2020).

⁴² L. PRINCIPATO, *La pubblicità commerciale*, cit., p. 10, nt. 12 parla dell'autodisciplina pubblicitaria come «fenomeno di eteronormazione rispetto alle semplici pattuizioni inerenti al rapporto impresa pubblicizzanda-mezzo di diffusione». Tema esplorato anche da M. ESPOSITO, *Intorno ai fondamenti e ai limiti costituzionali dell'autonomia privata*, tesi di dottorato, Università degli Studi “La Sapienza” di Roma, 2000.

⁴³ L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve*, cit., p. 2622. Si veda più avanti (*infra* §1.7.3.) per la giurisprudenza in tema di competenza del Giurì.

⁴⁴ M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., p. 323.

raggio di applicazione del Codice di Autodisciplina, e quindi un ampliamento del numero di operatori non sottoposti alle relative regole.

1.3.3. I rapporti tra la normativa statale e l'autodisciplina pubblicitaria

La compresenza di questi due sistemi di norme, di diversa fonte e matrice, impone un'analisi del rapporto che si viene ad instaurare tra di essi. La premessa fondamentale è che l'autodisciplina pubblicitaria è un "ordinamento derivato" rispetto a quello statale: l'uno, infatti, scaturisce dall'autonomia contrattuale che l'altro riconosce ai privati. Ne deriva che esso potrà considerarsi legittimo fintanto che rispetterà i principi fondamentali e le norme imperative stabilite dalla legge dello Stato⁴⁵. Così, ad esempio, il Codice di Autodisciplina non potrebbe vietare forme di pubblicità che stimolano la competizione tra imprese, ponendosi altrimenti in conflitto con il divieto di intese restrittive della concorrenza; né potrebbe opporsi a tipi di comunicazione commerciale che l'ordinamento statale intende favorire, ponendosi in tal caso in contrasto con il principio di ordine pubblico⁴⁶.

Al tempo stesso, proprio perché espressione di autonomia negoziale, l'autodisciplina costituisce un ordinamento privato autonomo rispetto all'ordinamento statale⁴⁷. È dunque possibile che una pubblicità considerata lecita in base alle leggi ordinarie in materia di comunicazione pubblicitaria non sia in linea con le disposizioni del Codice di Autodisciplina, o viceversa (sempre che la condizione di cui sopra sia rispettata)⁴⁸.

Tuttavia, ciò non vieta che la normativa statale possa servire da fonte di integrazione del Codice di Autodisciplina⁴⁹, né comporta che la violazione delle

⁴⁵ *Ivi*, p. 28.

⁴⁶ P. AUTERI, *La disciplina della pubblicità*, cit., p. 432.

⁴⁷ Così Giurì nn. 37/1990, 32/1994, 100/1997.

⁴⁸ Ad esempio, Giurì n. 49/1983 sancisce che «nulla vieta che un annuncio pubblicitario sia accettabile sotto il profilo degli interessi che la Consob è istituzionalmente posta a tutelare, e violi ciononostante le norme del Codice di Autodisciplina Pubblicitaria, e viceversa», principio ribadito anche in Giurì n. 37/1990. Cfr. Giurì nn. 154/1991, 132/1989, 1/1979 in tema di pubblicità di prodotti da fumo, vietata dalle norme statali ma non dal Codice di Autodisciplina.

⁴⁹ L'ordinamento statale, infatti, indica i criteri di interpretazione – quelli dei negozi giuridici – e fornisce archetipi, quali il diritto d'autore per l'art 13 co. 1 C.A. e, come si dirà anche in §1.7.1., il

norme autodisciplinari sia irrilevante per l'ordinamento statale. Anzi, con riferimento a questa seconda considerazione, la Corte di cassazione ha sancito il seguente principio di diritto: «nell'apprezzamento delle situazioni concrete rientranti nel divieto degli atti di concorrenza posto dall'art. 2598, n. 3 c.c., costituiscono parametri di valutazione della correttezza professionale le regole contenute nel Codice di autodisciplina pubblicitaria, quali espressione dell'etica professionale e commerciale, alla cui tutela la norma civilistica è finalizzata»⁵⁰. Inoltre, su impulso del legislatore comunitario, anche la normativa statale ha riconosciuto la legittimità e il ruolo dell'autodisciplina nella repressione della pubblicità ingannevole e comparativa illecita⁵¹.

In breve, nonostante i due complessi di norme siano autonomi tra loro, essi sono al tempo stesso intrinsecamente collegati. E, se ciò non solleva problemi dal punto di vista della loro legittima convivenza, la loro applicazione concreta potrebbe portare ad una situazione di contemporanea pendenza di procedimenti, col rischio di giungere a decisioni contrastanti (*infra* §1.7.4).

1.4. Le istituzioni

All'interno del settore della comunicazione pubblicitaria operano diverse istituzioni, ma le due più rilevanti ai fini del presente elaborato sono l'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. I seguenti paragrafi si propongono di esaminare la loro struttura interna e le funzioni che esse svolgono, soprattutto per quanto concerne la tutela degli interessi dei destinatari della pubblicità.

Per completezza, è opportuno citare anche il giudice ordinario, che entra in gioco solamente nel caso in cui venga lamentata la violazione di interessi soggettivi (*infra* §1.7.1.), nonché l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM), autorità indipendente che svolge funzioni di vigilanza e regolamentazione nei

diritto processuale per lo svolgimento del giudizio autodisciplinare. Così L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve*, cit., p. 2616.

⁵⁰ Cass., 15 febbraio 1999, n. 1259, in *AIDA*, 1999, p. 586, confermando l'orientamento delle corti inferiori. Per la giurisprudenza di merito, si veda, *ex multis*, App. Milano, 2 febbraio 2001, *ivi*, 2001, p. 806; Trib. Torino, ord. 16 ottobre 1998, in *AIDA*, 1999, p. 620; Trib. Torino, ord. 30 ottobre 1998, *ivi*, 1999, p. 621.

⁵¹ In particolare, l'art. 9 d.lgs. n. 145/2007, di cui si dirà più avanti.

settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e dell'editoria. Quest'ultima, nel 2018, ha stipulato un Accordo Quadro⁵² con lo IAP sul presupposto che un raccordo tra le proprie competenze e l'esperienza maturata dallo IAP nel settore delle comunicazioni commerciali, anche online, possa contribuire a garantire maggiormente il consumatore. Tuttavia, non possedendo propri poteri di intervento in materia pubblicitaria, può al massimo essere chiamata a fornire pareri nel corso delle procedure istruttorie dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia di pubblicità ingannevole e comparativa e di pratiche commerciali scorrette (*infra* §1.7.2.).

1.4.1. L'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria

Come si è già avuto modo di vedere, l'ente che gestisce il sistema autodisciplinare è l'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria. Lo scopo dello IAP consiste nel «fissa[re] i parametri per una comunicazione commerciale “onesta, veritiera e corretta” a tutela dei consumatori e della leale concorrenza tra le imprese»⁵³. Ciò avviene grazie a una struttura consolidata che elabora e applica le norme del Codice di Autodisciplina in modo rapido ed efficace nei confronti dei principali operatori del mercato pubblicitario.

L'organizzazione interna dell'Istituto prevede l'esistenza di due strutture, l'una deputata alla sua gestione, l'altra alla verifica della correttezza della comunicazione commerciale⁵⁴.

All'interno della prima operano innanzitutto il Consiglio Direttivo, i cui membri fissano le direttive generali dell'attività e formulano ed aggiornano le norme del Codice, e la Commissione di Studio, l'organo incaricato di formulare proposte di revisione del Codice e studiare iniziative per lo sviluppo dell'Autodisciplina. A questi organismi si affiancano poi altre figure, quali, ad esempio, il Presidente dell'Istituto, il Tesoriere, i Revisori dei Conti, la cui presenza

⁵² AGCM - IAP, “Accordo Quadro tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e l'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria”, Roma, 18 giugno 2018, consultabile all'indirizzo <https://www.iap.it/wp-content/uploads/2018/06/Accordo-quadro_AGCOM_IAP_amc.pdf> (ultimo accesso: 10 novembre 2020).

⁵³ IAP, “Il Valore dell'Autodisciplina” su <<https://www.iap.it/iap-in-breve/>> (ultimo accesso: 9 novembre 2020).

⁵⁴ IAP, “Organizzazione” su <<https://www.iap.it/conoscere-iap/organizzazione/>> (ultimo accesso: 10 novembre 2020).

è necessaria alla luce della forma giuridica⁵⁵ e delle esigenze organizzative dell'Istituto.

Alla verifica della correttezza della comunicazione commerciale sono invece deputati i due organi la cui esistenza è espressamente prevista dal Codice di Autodisciplina e che per questo sono definiti “organi del Codice”: il Giurì e il Comitato di Controllo. Entrambi gli organismi sono collegiali e composti da membri nominati dall'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria. Quest'ultimo li sceglie tra esperti di diritto, di problemi dei consumatori, di tecnica pubblicitaria, di comunicazione e di mezzi di comunicazione, con il limite che «non possono essere scelti fra esperti che esercitano la loro attività professionale in materia di autodisciplina della comunicazione commerciale»⁵⁶. Essi, infatti, sono tenuti a giudicare secondo il proprio libero convincimento e non in rappresentanza di interessi di categoria, nonché con imparzialità⁵⁷.

Il Giurì è l'organismo incaricato di esaminare la comunicazione commerciale che gli viene sottoposta e di pronunciarsi su di essa secondo le norme autodisciplinari⁵⁸. Tale giudizio di conformità può essere promosso d'ufficio dal Comitato di Controllo, anche su segnalazione – gratuita – di singoli consumatori o delle loro associazioni, oppure su istanza di parte da chiunque ritenga di subire un pregiudizio da una pubblicità⁵⁹. Basandosi la decisione del Giurì sulle norme autodisciplinari, i soggetti che direttamente o indirettamente ne sono vincolati sono tenuti all'osservanza delle pronunce emanate dallo stesso nei loro confronti⁶⁰.

Il Comitato di Controllo, invece, è l'organo garante degli interessi dei consumatori e pertanto svolge funzioni inquirenti e consultive. Infatti, oltre alle segnalazioni al Giurì, esprime pareri su richiesta del Presidente del Giurì, invita in via preventiva le imprese a modificare la comunicazione commerciale che appaia in contrasto con il Codice, emette ingiunzioni di desistenza a.s. dell'art. 39 del Codice di Autodisciplina; inoltre, su richiesta della parte interessata, può

⁵⁵ L'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria è nato come associazione non riconosciuta a.s. dell'art. 36 c.c. ed è divenuto persona giuridica nel 2001.

⁵⁶ Artt. 29 e 30 Codice di Autodisciplina.

⁵⁷ Art. 31 Codice di Autodisciplina e Regolamento a garanzia dell'imparzialità del giudizio autodisciplinare.

⁵⁸ Art. 32 Codice di Autodisciplina.

⁵⁹ Art. 36 Codice di Autodisciplina.

⁶⁰ Per maggiori dettagli in merito al procedimento avanti il Giurì, si veda più avanti (*infra* §1.7.3.).

esprimere in via preventiva il proprio parere circa la conformità alle norme del Codice della comunicazione commerciale sottopostagli in via definitiva ma non ancora diffusa⁶¹. In quest'ultimo caso, il parere viene espresso sotto riserva della validità e completezza dei dati e delle informazioni fornite dalla parte richiedente. Pertanto, il mancato rispetto di tale condizione legittima il Comitato di Controllo ad agire d'ufficio contro la comunicazione commerciale precedentemente approvata.

Per quanto concerne il ruolo dell'autodisciplina in materia di pubblicità ingannevole, si rimanda al §2.1.2.

1.4.2. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) è un'autorità amministrativa indipendente e, come tale, è soggetta soltanto alla legge. Infatti, svolge la sua attività e prende decisioni in piena autonomia rispetto al potere esecutivo⁶². Questo organismo è stato istituito con la l. 10 ottobre 1990, n. 287⁶³, in linea con quanto previsto dalla normativa comunitaria in materia antitrust di incoraggiamento alla creazione di autorità garanti indipendenti all'interno degli Stati Membri.

L'Autorità presenta una struttura collegiale, essendo composta da tre membri nominati dai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica e scelti tra magistrati del Consiglio di Stato, Corte dei Conti, Corte di cassazione, professori universitari e altre personalità di rilievo appartenenti al campo economico. Tra i componenti del collegio, viene individuato il Presidente che, tra le altre cose, svolge le funzioni di rappresentanza esterna dell'Autorità. Infine, è opportuno citare anche il Segretario Generale, che ricopre il ruolo di sovrintendente al funzionamento degli uffici e responsabile della struttura e che viene nominato dal Ministro dello Sviluppo Economico su proposta del Presidente dell'Autorità.

⁶¹ Art. 32 Codice di Autodisciplina.

⁶² AGCM, "Natura dell'Istituzione e composizione del Collegio" su <<https://www.agcm.it/chi-siamo/>> (ultimo accesso: 10 novembre 2020).

⁶³ Legge 10 ottobre 1990, n. 287, "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato".

In generale, questo ente è stato creato per garantire il corretto funzionamento del mercato, assicurando agli operatori economici la libertà di accedervi e di competervi con pari opportunità. In altre parole, il compito l'AGCM è quello di «tutelare il principio – di derivazione costituzionale – della libera concorrenza e dei valori che la stessa garantisce, ovvero la promozione dell'iniziativa imprenditoriale e dell'innovazione che si riverbera sui consumatori»⁶⁴.

In merito alle competenze dell'AGCM, essa opera in quattro principali ambiti: la tutela della concorrenza e del mercato, la tutela del consumatore, i conflitti di interessi in cui possono incorrere i titolari di cariche del Governo e il rating di legalità, attribuito su richiesta delle imprese⁶⁵. Ai fini della presente analisi, l'attività svolta dall'Autorità che maggiormente rileva, e che quindi sarà oggetto di ulteriore approfondimento, è quella finalizzata a contrastare le pratiche commerciali scorrette ai danni di consumatori e concorrenti. Per il momento basti sapere che il compito di reprimere la pubblicità ingannevole fu conferito all'AGCM con il d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74⁶⁶ e che il d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 67⁶⁷ ne ampliò l'ambito operativo includendovi anche la pubblicità comparativa illecita. In seguito ad opere di adeguamento al diritto comunitario e di riorganizzazione interna (*infra* §2.2. per l'evoluzione della normativa), le fonti che attualmente regolano l'attività dell'Autorità in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita sono il Codice del consumo⁶⁸, così come modificato dal d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146⁶⁹, e il d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145⁷⁰ (di seguito “Decreto sulla pubblicità

⁶⁴ G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., pp. 9-10.

⁶⁵ Ulteriori dettagli in merito alle competenze dell'AGCM sono disponibili all'indirizzo <<https://www.agcm.it/competenze/>> (ultimo accesso: 10 novembre 2020).

⁶⁶ Decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74, “Attuazione della direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità ingannevole”.

⁶⁷ Decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 67, “Attuazione della direttiva 97/55/CE, che modifica la direttiva 84/450/CEE, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa”.

⁶⁸ Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, “Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229”. In particolare, la pubblicità è regolata nel Titolo III, rubricato “Pratiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali” e contenente gli artt. dal 18 al 27-quater. Il decreto in oggetto ha abrogato i d.lgs. nn. 74/1992 e 67/2000 e la l. n. 49/2005 che aveva potenziato gli strumenti sanzionatori a disposizione dell'AGCM (si veda *infra* §2.1.1.).

⁶⁹ Decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 146, “Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004”.

⁷⁰ Decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145, “Attuazione dell'articolo 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole”.

ingannevole”). La disciplina dettata da questi due atti è sostanzialmente coincidente e si differenzia solamente per gli interessi tutelati: nel primo caso, quelli dei consumatori nei propri rapporti con le imprese (Business to Consumer o B2C); nel secondo, quelli delle imprese in concorrenza tra loro (Business to Business o B2B). A riprova di ciò i procedimenti in materia pubblicitaria, instaurati per violazione dell’una o dell’altra normativa, sono disciplinati da un unico Regolamento (*infra* §1.7.2.).

1.5. La nozione giuridica di pubblicità

Una volta compresi i contorni generali della disciplina del diritto della pubblicità, e avendo delineato le caratteristiche principali degli organi cui è demandato il compito di assicurarne una corretta applicazione, pare ora opportuno illustrare cosa si intenda, da un punto di vista giuridico, per “pubblicità”.

Si noti che tale termine è, sotto il profilo giuridico, polisemico: in primo luogo, significa “essere pubblico” ovvero accessibile al pubblico (si parla, ad esempio, di pubblicità dei procedimenti penali); in secondo luogo, “rendere pubblico” ovvero far sì che un determinato fatto giuridico sia conosciuto da tutti (come nel caso della pubblicità legale dei trasferimenti immobiliari, resa possibile dalla trascrizione della vendita nei pubblici registri); infine, può assumere il significato di “pubblicità commerciale”, ossia quello che rileva ai fini della presente analisi⁷¹.

La pubblicità, come visto all’inizio del Capitolo, viene definita nel linguaggio comune come una «forma di propaganda» ed è interessante notare come sul rapporto tra i termini “propaganda” e “pubblicità” si siano sviluppati diversi orientamenti. Alle tesi minoritarie, la prima che ritiene i due concetti disomogenei e non sovrapponibili l’uno all’altro⁷², la seconda che in senso diametralmente

⁷¹ M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., pp. 33-34.

⁷² Anche tra chi sostiene questo orientamento si registrano posizioni differenti: mentre Cass., 16 ottobre 1991, n. 10906, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 708 conferisce alla pubblicità natura informativa e alla propaganda natura persuasiva («Il concetto di pubblicità evoca, secondo l’accezione comune, qualsiasi specie di informazione commerciale circa la notorietà di prodotti e servizi con l’utilizzazione di mezzi e di tecniche di vario genere, mentre quello di propaganda riguarda qualunque azione intesa a conquistare il favore o l’adesione di un pubblico sempre più vasto, con il ricorso ad ogni strumento idoneo ad influire sulla psicologia o sul comportamento di massa»), S. SANZO, *Qual è l’estensione del divieto di propaganda pubblicitaria dei prodotti da fumo nel nostro*

opposto ne sostiene l'identità strutturale⁷³, sembra tuttavia preferibile quella intermedia, sostenuta da gran parte della dottrina. Tale impostazione, pur riconoscendo che in entrambe le forme di comunicazione vi è un profilo informativo e uno persuasivo, «ne valorizza le differenze, ed in particolare ritiene che il discrimine tra le due fattispecie risieda nella connotazione economica della pubblicità»⁷⁴. Nelle parole di un autorevole studioso, «quando lo scopo della comunicazione di massa sia quello di spingere i membri della collettività ad un determinato comportamento, si parlerà di “propaganda”. E quando la propaganda sia diretta a provocare un comportamento di natura economica, si parlerà di “pubblicità commerciale”, o più semplicemente di “pubblicità”»⁷⁵.

D'altro canto, la grande varietà di forme che può assumere la pubblicità e la diversa percezione che ne hanno gli operatori del settore rispetto al grande pubblico, non hanno che alimentato la diffusa incertezza in merito all'effettivo significato della parola “pubblicità”. Ciò è documentato in particolare dal fatto che il legislatore italiano, pur affrontando il fenomeno pubblicitario in numerose sedi, per lungo tempo non ne ha mai fornito un'esatta definizione⁷⁶.

A tale mancanza ha supplito lo IAP, che, con la prima edizione del Codice nel 1966, ha aperto la strada allo sviluppo della nozione giuridica di “pubblicità”, evolutasi nel 2008 in quella di “comunicazione commerciale”. L'obiettivo, riflesso anche dal cambiamento di denominazione da “Codice di Autodisciplina

ordinamento?, in *Giur. it.*, 1990, pp. 1576 ss nota a Cass., 27 aprile 1990, n. 3545 si esprime in senso esattamente contrario, sostenendo che la funzione informativa debba essere attribuita alla propaganda e quella persuasiva alla pubblicità.

⁷³ Così J. HABERMAS, *Cultura e critica*, Einaudi, Torino, 1980, p. 43, sostenendo che la propaganda politica non si distingue dalla réclame di mercato. *Contra*, L. PRINCIPATO, *Il fondamento costituzionale*, cit., p. 523, nt. 6 che cita Pret. Firenze, 3 ottobre 1990, in *Riv. dir. ind.*, 1991, p. 59: l'orientamento – minoritario – cui aderisce tale pronuncia sembrerebbe trovare fondamento nell'uso da parte di alcune disposizioni di legge di espressioni quali “annunci propagandistici” e “propaganda a fini commerciali”, ad avviso dell'autore «mere imprecisioni lessicali».

⁷⁴ E. APA, *La pubblicità commerciale*, cit., p. 38. Si veda anche M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., p. 303, che afferma che «non rientra nella nozione di pubblicità la comunicazione che non abbia né contenuto né effetti promozionali perché ispirata a mere finalità sociali, educative, ideologiche o politiche, a cui, più correttamente, si dà il nome di “propaganda”». In senso analogo, L. PRINCIPATO, *Il fondamento costituzionale*, cit., pp. 522-523, che cita a sostegno V. ITALIA, *Considerazioni su propaganda e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Cedam, Padova, II, 1985, p. 349; A. PACE, *Fumo e libertà*, ne *Il Tempo*, 5 luglio 1983, p. 2; E. SERAFIN, *Il divieto di propaganda pubblicitaria dei prodotti da fumo tra libertà d'iniziativa economica e diritto di cronaca*, in *Dir. soc.* 1984, 1, p. 489.

⁷⁵ M. FUSI, *La comunicazione pubblicitaria*, cit., p. 6.

⁷⁶ M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., pp. 34-35.

Pubblicitaria” a “Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale” (*supra* §1.3.2.), era quello di «ampliarne l’ambito di applicazione e ricomprenderne nel raggio di intervento degli organi autodisciplinari qualsiasi tipo di comunicazione commerciale, non solo la pubblicità tradizionale»⁷⁷. Tale scelta mirava a rispondere, da un lato, all’invito del legislatore comunitario (direttiva 2005/29/CE) e nazionale (d.lgs. nn. 145 e 146/2007), dall’altro, all’esigenza di tenere conto dell’ampia definizione di pubblicità elaborata dalla giurisprudenza autodisciplinare⁷⁸. Tuttavia, sembra che tale modifica abbia svolto una funzione meramente simbolica, considerando che la definizione di “comunicazione commerciale” ricalca in maniera quasi identica quella di “pubblicità” e che, pertanto, l’ambito applicativo del Codice di Autodisciplina non ha subito accrescimenti⁷⁹. Pertanto, d’ora in avanti, i lemmi “pubblicità” e “comunicazione commerciale” saranno usati come sinonimi.

Ad oggi, la lett. e) delle Norme Preliminari e Generali accoglie una definizione estremamente ampia, stabilendo che «il termine “comunicazione commerciale” comprende la pubblicità e ogni altra forma di comunicazione, anche istituzionale, diretta a promuovere la vendita di beni o servizi quali che siano le modalità utilizzate, nonché le forme di comunicazione disciplinate dal titolo VI [la comunicazione sociale, *ndr*]». Non comprende, invece, le politiche commerciali e le tecniche di marketing in sé considerate.

Per quanto riguarda la legge dello Stato, invece, la prima definizione di “pubblicità” risale al d.lgs. n. 74/1992⁸⁰. Quando nel 2005 tale atto fu trasposto nel Codice del consumo, la definizione seguì la medesima sorte, ma scomparve in seguito alla novella del 2007 (*infra* §2.2. per l’evoluzione della normativa statale in materia pubblicitaria). Ad oggi, tra le definizioni contenute nell’art. 18 cod.

⁷⁷ G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., p. 4.

⁷⁸ L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve*, cit., p. 2650.

⁷⁹ Così E. APA, *La pubblicità commerciale*, cit., p. 13 e, in senso analogo, P. AUTERI, *La disciplina della pubblicità*, cit., p. 431.

⁸⁰ Art. 2, co. 1, lett. a) d.lgs. n. 74/1992: «per "pubblicità", [si intende] qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso, in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere la vendita di beni mobili o immobili, la costituzione o il trasferimento di diritti ed obblighi su di essi oppure la prestazione di opere o di servizi».

Si segnala la diversa opinione di L. PRINCIPATO, *La pubblicità commerciale*, cit., p. 10, che ritiene che la prima definizione di “pubblicità” sia da rinvenire nella l. 5 ottobre 1991, n. 327 di ratifica ed esecuzione della “Convenzione Europea sulla televisione transfrontaliera”, sottoscritta a Strasburgo il 5 maggio 1989.

cons., non si riviene più quella di “pubblicità”, sostituita da quella di “pratiche commerciali tra professionisti e consumatori”, ossia «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale *ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto*, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori»⁸¹. Si noti, però, che, nonostante l’assorbimento nella più ampia categoria di “pratiche commerciali”, la pubblicità ha mantenuto una propria autonomia nella relativa definizione⁸².

Una nozione di “pubblicità” sostanzialmente identica a quella originariamente introdotta nel 1992 è stata invece adottata dal Decreto sulla pubblicità ingannevole, che la definisce come «qualsiasi forma di messaggio che è diffuso, in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere il trasferimento di beni mobili o immobili, la prestazione di opere o di servizi oppure la costituzione o il trasferimento di diritti ed obblighi su di essi»⁸³.

Quest’ultima definizione, così come quella fornita dal Codice di Autodisciplina, individua quattro elementi caratterizzanti della pubblicità: essa consiste in (i) una comunicazione, (ii) promanante da un operatore economico, (iii) con finalità promozionale e (iv) diffusa presso il pubblico⁸⁴. Senza volersi dilungare eccessivamente sull’argomento, pare comunque opportuna un’analisi di questi elementi al fine di comprendere a fondo la nozione giuridica che si sta esaminando e, più avanti, evidenziare gli elementi di novità che caratterizzano la pubblicità sui mezzi digitali (*infra* §1.8.).

⁸¹ Art. 18, co. 1, lett. d) cod. cons. (enfasi aggiunta).

⁸² Così E. APA, *La pubblicità commerciale*, cit., pp. 6-7.

⁸³ Art. 2, co. 1, lett. a) Decreto sulla pubblicità ingannevole.

⁸⁴ M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., p. 37. Alla luce di quanto detto sopra, le considerazioni che seguono sono valide anche ai fini della nozione di “pratica commerciale” contenuta nel Codice del consumo.

a) *La comunicazione*

Quando si parla di comunicazione, ci si riferisce al c.d. “messaggio”, ossia «l'estrinsecazione concreta della pubblicità»⁸⁵. Il Codice di Autodisciplina lo definisce come «qualsiasi forma di presentazione al pubblico del prodotto e si intende perciò esteso anche all'imballaggio, alla confezione, all'etichetta e simili»⁸⁶. La normativa statale non prevede una propria definizione, ma, descrivendo la pubblicità come «qualsiasi forma di messaggio»⁸⁷, lascia la strada aperta ad un'interpretazione estensiva del termine. In vista di tali ampie formulazioni, la qualificazione di un certo fenomeno come pubblicità non dipende dalla forma assunta dal messaggio, potendo questa presentare dei connotati anche non tipicamente tradizionali⁸⁸. Per citare alcuni dei numerosi esempi, in base alla giurisprudenza autodisciplinare, il concetto di pubblicità comprende le scritte apposte sulle confezioni dei prodotti⁸⁹, i *folder* o *leaflet*⁹⁰, le televendite e le telepromozioni⁹¹, nonché, seppur con qualche incertezza, le promozioni⁹².

b) *La diffusione*

Un altro elemento essenziale della nozione giuridica in esame è la diffusione: il messaggio pubblicitario, per essere tale, deve essere «rivolto impersonalmente alla collettività mediante mezzi di veicolazione idonei a farlo pervenire ad un numero indeterminato di persone»⁹³. È evidente che l'atto del diffondere si basa su due fattori imprescindibili: il mezzo e il destinatario.

Quanto al primo, è pacifico che la natura del mezzo utilizzato non sia rilevante ai fini della classificazione di un determinato fenomeno come

⁸⁵ L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve*, cit., p. 2652. In senso analogo, E. APA, *La pubblicità commerciale*, cit., p. 17, che scrive: «la pubblicità ha essenza comunicativa: consiste in un messaggio».

⁸⁶ Lett. e) Norme Preliminari e Generali.

⁸⁷ Art. 2, co. 1, lett. a) Decreto sulla pubblicità ingannevole.

⁸⁸ In questo senso, E. APA, *La pubblicità commerciale*, cit., p. 17; G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., p. 11; M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., pp. 38, 42, che riporta come esempio Giurì n. 3/1990, ove si sostiene l'identificabilità di un'impresa tramite l'accostamento cromatico di due colori.

⁸⁹ Giurì nn. 164/1991, 99/1988, 60/1984, 30/1984, 26/1983.

⁹⁰ Giurì nn. 98/2003, 94/1987, 45/1984.

⁹¹ Giurì nn. 58/1987, 150/2007.

⁹² Giurì nn. 59/1996, 140/1995, 34/1981. *Contra*, Giurì n. 45/1989, ove si afferma che non è la promozione in sé, ma la comunicazione con cui se ne dà notizia al pubblico che costituisce pubblicità.

⁹³ M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., p. 38.

pubblicità⁹⁴. Difatti, rientrano nella nozione legale di pubblicità le comunicazioni diffuse tanto sui mezzi tradizionali, vale a dire stampa, radio, televisioni e affissioni – in questo caso si parla di pubblicità “*above the line*” –, quanto tramite una serie disparata di attività quali le sponsorizzazioni, le vendite per corrispondenza, la distribuzione di volantini, le fiere, il *product placement*, nonché la diffusione di messaggi pubblicitari sui *new media* (siti Internet, *e-mail*, *blog*, *social network*, ecc.) – in quest’altro caso si parla di pubblicità “*below the line*”⁹⁵.

In merito alla nozione di destinatario del messaggio pubblicitario, invece, si precisa che non coincide con quella di consumatore propriamente detto, ma ricomprende anche quella di rivenditore o comunque di intermediario commerciale. Sul punto, il Giurì si è espresso stabilendo che la comunicazione relativa a prodotti o servizi, per potersi considerare pubblicità, deve essere «diffusa a una pluralità di soggetti che ne facciano, o possano farne, uso nelle loro determinazioni di mercato, essendo indifferente poi che queste determinazioni siano inerenti all’acquisto del prodotto o alla sua ulteriore promozione»⁹⁶. Ne deriva che le uniche forme di comunicazione che restano escluse dalla nozione di pubblicità sono quella interpersonale tra venditore e acquirente e quella che avviene nell’ambito dell’organizzazione aziendale interna⁹⁷.

Infine, alcuni autori si sono posti il problema della necessità o meno che il messaggio pubblicitario sia stato effettivamente diffuso prima di poterne lamentare l’eventuale illiceità⁹⁸. A tale interrogativo, il Decreto sulla pubblicità ingannevole sembra rispondere in senso positivo, stabilendo che «l’Autorità, se ritiene la pubblicità ingannevole o il messaggio di pubblicità comparativo illecito,

⁹⁴ Così E. APA, *La pubblicità commerciale*, cit., p. 17; G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., p. 11; M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., p. 42; L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve*, cit., pp. 2650-2651.

⁹⁵ G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., p. 12; M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., p. 43; L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve*, cit., pp. 2650-2651.

⁹⁶ Giurì 94/1987. Sulla base di tale criterio, l’organo autodisciplinare ha trovato, ad esempio, che un produttore di olio di semi di mais che distribuiva ai propri rivenditori *sales folder* e *leaflet* recanti le informazioni nutrizionali del prodotto, stava di fatto diffondendo pubblicità, in quanto «la comunicazione al dettagliante si trasfonde inevitabilmente in coerente informazione alla clientela» (Giurì n. 45/1984).

⁹⁷ M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., pp. 38-39, che cita ad esempio Giurì n. 79/1987.

⁹⁸ V. MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole (Commento al d.lg. 25 gennaio 1992 n. 74)*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 40-41.

vieta la diffusione, *qualora non ancora portata a conoscenza del pubblico*, o la continuazione, *qualora sia già iniziata*»⁹⁹.

c) La provenienza da un operatore economico

Non basta che una comunicazione sia diffusa tra il pubblico per essere considerata pubblicità: rileva anche la qualità soggettiva di colui che la effettua, essendo necessario che il messaggio promani da «un soggetto pubblico o privato che agisca nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale»¹⁰⁰.

Occorre fare una precisazione: seppure la comunicazione pubblicitaria sia necessariamente connessa all'esercizio di attività economiche qualificabili come imprenditoriali, affinché un messaggio possa definirsi “pubblicità”, non è richiesto che il soggetto da cui promana sia considerato imprenditore ai sensi dell'art. 2082 c.c.¹⁰¹. Ciò è confermato dalla normativa statutale, che non parla di “imprenditori”, ma di “professionisti”: basti notare che la finalità del Decreto sulla pubblicità ingannevole è quello di «tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole»¹⁰², che il Codice del consumo annovera la pubblicità tra le «pratiche commerciali tra professionisti e consumatori»¹⁰³ e che entrambi i testi legislativi citati prevedono la definizione di tale lemma¹⁰⁴. Il Codice di Autodisciplina, diversamente, non include alcun riferimento alla qualifica professionale dell'inserzionista, ma si ritiene che essa sia implicita e possa desumersi in via logico-sistematica¹⁰⁵.

Sostanzialmente, nella nozione di professionista rientra qualsiasi persona fisica o giuridica che svolga un'attività economica, a prescindere che sia

⁹⁹ Art. 8, co. 8 Decreto sulla pubblicità ingannevole. In senso analogo, ma con riferimento alle pratiche commerciali scorrette (*infra* § 2.2.2.), l'art. 27, co. 8 cod. cons.

¹⁰⁰ E. APA, *La pubblicità commerciale*, cit., p. 18.

¹⁰¹ MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole*, cit., pp. 37-38.

¹⁰² Art. 1, co. 1 Decreto sulla pubblicità ingannevole.

¹⁰³ Art. 18, co. 1, lett. d cod. cons.

¹⁰⁴ Art. 2, co. 1, lett. c) Decreto sulla pubblicità ingannevole e in senso sostanzialmente identico art. 18, co. 1, lett. b) cod. cons: «professionista: qualsiasi persona fisica o giuridica che agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale; e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista»

¹⁰⁵ Così E. APA, *La pubblicità commerciale*, cit., p. 21, che ritiene che le lett. a) ed e) delle Norme Preliminari e Generali debbano essere interpretate, anche alla luce del diritto statutale, nel senso di voler enfatizzare la propria funzione di tutela del consumatore il quale, in contrapposizione all'inserzionista *alias* professionista, si trova in una posizione più debole.

qualificabile o meno come imprenditore/impresa¹⁰⁶. In altre parole, perché ci possa essere “pubblicità”, la comunicazione deve promanare da un “operatore economico”, senza riguardo al tipo di attività che esso esercita, non assumendo il fine di lucro una capacità discriminante della natura pubblicitaria o non pubblicitaria della comunicazione. Difatti, possono esservi messaggi diffusi da imprenditori o imprese non qualificabili come pubblicità, così come comunicazioni promananti da operatori non economici che invece acquisiscono tale qualifica.

In merito a quest’ultima eventualità, occorre però sottolineare che l’orientamento è mutato nel tempo. A cavallo degli anni ‘90, infatti, furono emesse diverse pronunce nelle quali la comunicazione istituzionale a favore di enti no-profit fu ritenuta estranea alla nozione di pubblicità per il solo fatto di promanare da istituzioni prive di connotazioni imprenditoriali¹⁰⁷. Tuttavia, nel 1995, la definizione di pubblicità contenuta nel Codice di Autodisciplina fu ampliata così da farvi rientrare la c.d. pubblicità sociale¹⁰⁸. Pertanto, ad oggi, qualora le organizzazioni no-profit pongano in essere iniziative comunicazionali allo scopo di sensibilizzare il pubblico su temi di interesse sociale o sollecitare un volontario apporto di contribuzioni, non possono più esservi dubbi circa la qualificazione di tale messaggio come “pubblicità sociale”, che dovrà quindi rispettare la relativa disciplina¹⁰⁹.

Analogamente, rientrano nella nozione di “pubblicità” anche le iniziative dell’amministrazione statale volte a incentivare, ad esempio, l’acquisto di un certo tipo di alimenti e le campagne di enti di settore per la valorizzazione di determinate attività manifatturiere o del turismo in specifiche regioni, nonché le c.d. “campagne collettive” poste in essere da associazioni di categoria che, di per

¹⁰⁶ M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., pp. 39-40.

¹⁰⁷ Così Giurì n. 44/1991 relativa a una campagna di arruolamento di volontari promossa dall’Esercito Italiano. In senso analogo, Giurì n. 82/1986 e AGCM n. 2581 in *Boll.* 50/1994. *Contra*, Giurì nn. 121 e 122/1994, ove si afferma che «anche un ente non a scopo di lucro, alle cui finalità statutarie sia pur estraneo lo svolgimento di attività di impresa o di attività economiche, può collocarsi nell’ambito dell’attività pubblicitaria in senso stretto ove diffonda comunicazioni dirette a vendere prodotti o servizi che l’ente offre al “mercato” contro corrispettivo, al fine di raccogliere fondi».

¹⁰⁸ La lett. e) delle Norme Preliminari e Generali fu modificata così da includere il riferimento alle «forme di comunicazione disciplinate dal Titolo VI», in particolare dall’art. 46 Codice di Autodisciplina.

¹⁰⁹ Così, *ex multis*, Giurì nn. 53/2012, 54/2010, 192/2000, 121/1999, 151/1996, 83/1996, 81/1996.

sé, non hanno scopo di lucro, ma che svolgono attività promozionale in favore a beneficio delle imprese associate o del settore produttivo di cui esse fanno parte¹¹⁰.

d) La finalità promozionale

L'ultimo elemento caratterizzante della pubblicità è la sua finalità promozionale, di stimolo, diretto o indiretto, alla domanda di beni o servizi. Ribadendo quanto già affermato sopra *sub b)* e *c)*, deve quindi essere esclusa la natura pubblicitaria di quelle forme di comunicazione che, pur promanando da imprenditori o imprese, non perseguono la predetta finalità. Si tratta, ad esempio, delle pubblicazioni obbligatorie di bilanci e di prospetti sul rendimento di titoli o fondi di investimento¹¹¹.

Al contrario, si ritiene che persegua scopo promozionale la c.d. “comunicazione istituzionale”, ossia quella forma di comunicazione che, pur non incentivando direttamente l'acquisto di beni o servizi, mira a diffondere tra il pubblico una certa immagine dell'impresa che li offre, enfatizzandone, a seconda dei casi, l'importanza, l'affidabilità, la sensibilità alle esigenze dei consumatori e così via. Tale attività promozionale, permettendo all'impresa di creare condizioni favorevoli alla vendita dei propri prodotti, ne promuove la domanda in modo indiretto e pertanto deve essere considerata “pubblicità”¹¹². La medesima funzione è svolta dalla comunicazione d'impresa realizzata attraverso la sponsorizzazione, che, come si è visto *sub a)*, presenta anch'essa natura pubblicitaria.

Per concludere, si osservi che lo scopo di «promuovere la vendita», di norma desumibile dalle caratteristiche obiettive del messaggio, non sempre risulta palese agli occhi dei consumatori. È il caso del product placement, e, come meglio si dirà nei Capitoli a seguire, della pubblicità diffusa sui social network dai c.d. influencer. La mancanza dell'apparenza di pubblicità di queste formule comunicazionali non

¹¹⁰ M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., p. 40, ove viene specificato che il Giurì (nn. 10/1981, 1/1987, 154/1991) ha incluso nella nozione di “pubblicità”, non solo la comunicazione dell'impresa, ma anche la comunicazione “nell'interesse” dell'impresa.

¹¹¹ *Ivi*, p. 41.

¹¹² *Ibidem*, ove sono citate a supporto Giurì nn. 81/1986, 124/1987, 11/1990, 49/1992 e AGCM nn. 1456 in *Boll.* 27-28/1993, 3754 in *Boll.* 13/1996, 7954 in *Boll.* 3/2000. Si veda anche V. MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole*, cit., p. 29.

le esonera però dall'applicazione delle disposizioni che regolano la comunicazione pubblicitaria, in particolare quelle in tema di trasparenza.

1.6. I principi generali

«La pubblicità deve essere palese, veritiera e corretta»: questo enunciato, che racchiude il c.d. “principio di lealtà pubblicitaria”, fa il suo ingresso nella normativa statale con il d.lgs. n. 74/1992 e viene successivamente trasposto nell'art. 19 del Codice del consumo. Tuttavia, quando la novella del 2007 determina la migrazione delle disposizioni in tema di tutela dei professionisti dalla pubblicità ingannevole nel corrispondente Decreto, anche il principio sopra citato segue tale sorte e scompare dal Codice del consumo¹¹³.

Pur essendo presente nell'ordinamento statale da quasi un trentennio, «né la dottrina, né la giurisprudenza dell'Autorità garante sono fino ad oggi riuscite a riempirlo [il principio di lealtà, ndr] di contenuti»¹¹⁴. Esso rimane quindi privato di un autonomo valore precettivo e la maggioranza degli operatori del diritto rinviene la fonte dei doveri che il principio impone in altre disposizioni legislative: quello di veridicità nel divieto di pubblicità ingannevole, quello di trasparenza nell'obbligo di riconoscibilità e quello di correttezza nel diritto ad un'adeguata informazione e ad una corretta pubblicità¹¹⁵. Stando così le cose, si ritiene opportuno non proseguire l'indagine in merito al principio di lealtà pubblicitaria nella normativa statale, dedicando il resto del paragrafo alla rilevanza che, viceversa, tale precetto ha acquisito nell'ambito autodisciplinare.

Sin dalla prima edizione del 1966¹¹⁶, il Codice di Autodisciplina riserva ai principi generali il suo primo articolo. Oggi, l'art. 1 C.A. prescrive che «la comunicazione commerciale deve essere onesta, veritiera e corretta», aggiungendo che «essa deve evitare tutto ciò che possa screditarla». Com'è agevole osservare, la norma, oltre a sancire il principio di lealtà, impone altresì il divieto di discredito

¹¹³ Attualmente, il principio di lealtà pubblicitaria è codificato nell'art. 1, co. 2 Decreto sulla pubblicità ingannevole.

¹¹⁴ M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., p. 54.

¹¹⁵ Cfr. M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., pp. 54-55.

¹¹⁶ Come riportato da M. FUSI, *La comunicazione pubblicitaria*, cit., p. 349, il Codice di Lealtà Pubblicitaria recitava nella premessa (Titolo I): «Ogni manifestazione pubblicitaria di qualsiasi genere e per tramite di qualsiasi veicolo deve essere leale, chiara, onesta, veritiera e completa come si addice ad una informazione rivolta alla collettività».

della pubblicità. Prima di specificare la portata di tali precetti alla luce della giurisprudenza autodisciplinare, è però necessario fornire una panoramica dell'art. 1 del Codice di Autodisciplina nel suo complesso.

La premessa fondamentale concerne il posizionamento di tale norma nel sistema autodisciplinare. Se in un primo momento il Giurì aveva attribuito all'art. 1 «una funzione semplicemente accessoria rispetto alle altre disposizioni, e quindi ravvisandone la violazione solo con riferimento a messaggi che si ponessero in contrasto con altre norme»¹¹⁷, l'organismo giudicante ne ha successivamente affermato l'autonomia. Così facendo, però, ha relegato la norma ad un ruolo sussidiario, non ritenendola applicabile nel caso di violazione di altre disposizioni specifiche del Codice di Autodisciplina¹¹⁸.

Ciononostante, e a differenza di quanto accaduto nell'ambito statale, la norma ha acquisito un proprio valore precettivo: da un lato, i doveri di onestà, trasparenza, verità e correttezza previsti dalla norma impongono, *in primis*, una condotta positiva in capo a chi diffonde messaggi pubblicitari. Infatti, assolvendo – anche – a una funzione informativa, la pubblicità svolge un servizio per il pubblico suscettibile di godere della fiducia dei consumatori, e, pertanto, deve rispettare il diritto di questi ultimi ad essere informati in modo onesto e corretto. Dall'altro lato, i predetti doveri determinano altresì l'insorgere di obblighi negativi, quali il divieto di reticenze maliziose, astuzie e altri artifici idonei a trarre in inganno il pubblico, la cui violazione comporta l'irrogazione delle relative sanzioni¹¹⁹.

Avendo chiarito il ruolo che l'art. 1 C.A. svolge nei giudizi autodisciplinari, si può ora procedere a definire il contenuto dei doveri di onestà, veridicità e

¹¹⁷ *Ivi*, p. 49, ove vengono citate ad esempio pronunce risalenti quali Giurì nn. 79/1974, 24/1973, 10/1972.

¹¹⁸ Si vedano Giurì n. 305/2001, ove si afferma che l'art. 1 C.A. «trova applicazione quale clausola generale nelle fattispecie per le quali non siano specificamente previste e contestate disposizioni specifiche di violazione dei principi di lealtà pubblicitaria suscettibili di incidere sulla credibilità del sistema della pubblicità» e Giurì 31/2001, ove il Giurì chiarisce esplicitamente che l'art. 1 C.A. sancisce i principi generali dell'ordinamento autodisciplinare, mentre le successive norme ne costituiscono specificazioni. In senso conforme, Giurì nn. 352/2000, 304/2000, 125/1990, 55/1988. Ciononostante, sono molte le decisioni in cui è stata ravvisata una violazione dell'art. 1 C.A. in aggiunta ad altri articoli. Tra le più recenti, si veda Comitato di Controllo nn. 10/2020, 2/2020, 57/2019 e Giurì n. 50/2019.

¹¹⁹ E. APA, *La pubblicità commerciale*, cit., pp. 246-247; M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., pp. 47-48.

correttezza sanciti nella prima parte dell'articolo. In particolare, nell'opinione del Giurì, esso deve essere determinato alla luce sia dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico e della coscienza etico-sociale della popolazione in un determinato momento storico, sia degli interessi e valori tutelati dal Codice di Autodisciplina, ancorché in forza di norme non applicabili nel caso concreto¹²⁰. Non rileva invece la legge ordinaria, in quanto, come si è visto (*supra* §1.3.3), l'autodisciplina pubblicitaria è autonoma rispetto all'ordinamento statale e deve solamente rispettarne i dogmi e le norme imperative¹²¹.

Per esempio, si consideri che il Giurì ha ravvisato un contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico e della coscienza etico-sociale nell'indebito sfruttamento, per la promozione di un determinato prodotto, di motivi nazionalistici¹²² o di temi particolarmente delicati come il suicidio e la morte¹²³, nonché nella diseducativa proposta di condotte trasgressive¹²⁴ o di svalutazione dello studio¹²⁵. Tra le pubblicità giudicate in contrasto con i valori dell'ordinamento autodisciplinare, si annoverano invece quelle raffiguranti comportamenti incuranti delle norme di circolazione stradale, in cui gli accadimenti non presentano carattere favolistico o metaforico in grado di allontanarli dalla realtà concreta, ma al contrario appaiono credibili e quindi imitabili¹²⁶, così come quelle

¹²⁰ G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., p. 13; M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., p. 49.

¹²¹ In tema di pubblicità di prodotti da fumo, il Giurì ha più volte affermato che, in applicazione del principio dell'autonomia dell'ordinamento autodisciplinare rispetto a quello statale, la violazione del divieto imposto dalla legge ordinaria non determina automaticamente la violazione dell'art. 1 del Codice di Autodisciplina. Così Giurì nn. 154/1991, 132/1989, 1/1979. Tuttavia, si segnala che un precedente orientamento giurisprudenziale stabiliva esattamente l'opposto (Giurì nn. 41/1978, 27/1978, 13/1977, 48/1976). Si potrebbe argomentare che la posizione più risalente del Giurì sia quella più condivisibile.

¹²² In Giurì nn. 51/1985, 32/1978 le convenute avevano diffuso messaggi pubblicitari in cui si sottolineava la superiorità dei prodotti italiani rispetto a quelli stranieri.

¹²³ A titolo esemplificativo, Giurì n. 165/1999, ove per pubblicizzare un paio di scarpe sportive veniva ritratta una donna con la testa nel forno di una cucina a gas e con atteggiamento da morto, cui veniva sovrapposta la scritta "Fashion is dead".

¹²⁴ Così Giurì n. 170/1998, ove è stata censurata una pubblicità che ritraeva giovani mentre tentano di forzare la portiera di un'auto o di scambiare furtivamente denaro (lasciando intuire lo spaccio di stupefacenti) e mentre commettono furti nei supermercati e frequentano un quartiere a luci rosse.

¹²⁵ Sul punto Giurì nn. 63-62/1997, che hanno censurato le pubblicità di imprese private di assistenza agli studi universitari che vogliono far credere che la frequenza ai corsi universitari sia superflua, o addirittura noiosa, come una pratica burocratica non essenziale.

¹²⁶ Giurì n. 125/1990, ove tale condotta è stata giudicata in contrasto con il principio recepito dall'art. 12, co. 2 C.A., che però era inapplicabile perché dettato in tema di prodotti intrinsecamente pericolosi.

diffuse con lo scopo di dare notizia della proposizione di un giudizio in sede autodisciplinare¹²⁷.

Si precisa che, in sede di valutazione di conformità alla prima parte dell'art. 1 C.A., Giurì ha spesso affermato di non essere il giudice del buon gusto¹²⁸. Su questa linea si esprime anche la “Guida alla tutela della persona nella comunicazione commerciale” (di seguito “Guida”) dello IAP quando afferma che «la pubblicità non è chiamata a svolgere di per sé una funzione “pedagogica”»¹²⁹. Pertanto, sono state giudicate lecite pubblicità che, ad esempio, pur presentando situazioni o elementi erotici, non trascendevano nella volgarità¹³⁰.

Quanto al secondo precetto, esso prescrive che la comunicazione commerciale eviti tutto ciò che possa screditarla, svolgendo così il compito di assicurare l’“autoconservazione” della pubblicità «intesa come strumento utile nel processo economico, che funge da servizio per il pubblico in quanto capace di influenzare le scelte dei consumatori»¹³¹. In pratica, esso mira a prevenire la divulgazione di messaggi conflittuali con i convincimenti della società civile, di carattere provocatorio o tali da suscitare reazioni di ostilità, disgusto o discredito nei confronti della pubblicità come istituzione del mercato¹³².

Le decisioni del Giurì che hanno rilevato la violazione della seconda parte dell'art. 1 C.A. hanno dunque sempre toccato temi di grande rilevanza sociale, dall'oggettificazione e stereotipizzazione della donna¹³³ allo sfruttamento di dipendenza da droghe o alcol¹³⁴, dall'uso non giustificato di violenza¹³⁵ ai

¹²⁷ Giurì n. 52/1990, ove il Giurì ha giustificato la violazione dell'art. 1 C.A. appellandosi alla *ratio* dell'art. 40 C.A., consistente nell'«impedire che l'organo dell'autodisciplina possa essere strumentalizzato per fini concorrenziali e possa essere trascinato nelle polemiche alimentate dalle parti mediante la cosiddetta guerra dei comunicati».

¹²⁸ Si veda Giurì nn. 258/1997, 207/1995, 40/1992, 43/1986.

¹²⁹ “Guida alla tutela della persona nella comunicazione commerciale”, 25 novembre 2019, p. 3, disponibile al seguente link: <https://www.iap.it/wp-content/uploads/2019/11/Guida-alla-tutela-della-persona-nella-comunicazione-commerciale_WEB.pdf> (ultimo accesso: 19 novembre 2020).

¹³⁰ *Ex multis*, Giurì nn. 31/1985, 14/1986, 168/1989, 62/1989, 207/1995, 118/2005.

¹³¹ Guida, cit., p. 4.

¹³² In questo senso, Comitato di Controllo n. 94/2018 e Giurì nn. 69/2015, 352/2000.

¹³³ Tra le più recenti, si vedano Comitato di Controllo nn. 94/2018, 45/2013 e Giurì nn. 114/2011, 106/2011, 82/2010.

¹³⁴ Ad esempio, Giurì n. 2/1987, che ha censurato la pubblicità del profumo “Opium”, ambientata in un contesto di traffico di droga il cui slogan recitava “Le parfum de la dependance”, o Giurì n. 197/2004, ove l'assuefazione morbosa ad un succo di frutta era paragonata a quella per l'alcol.

¹³⁵ Così Giurì nn. 30/1982, 162/1993, 4/1993 e, da ultimo, Giurì n. 28/2012, dove è stata ravvisata l'eccessiva aggressività di uno spot pubblicitario in cui due donne con intenti violenti e minacciosi si apprestavano a sopraffare un uomo.

riferimenti spregiudicati alla tematica sessuale¹³⁶. Inoltre, diverse sono le pronunce che hanno provveduto a censurare comunicazioni commerciali contenenti valutazioni pesantemente negative sulla pubblicità stessa¹³⁷.

1.7. Il contenzioso pubblicitario

Sembra ora opportuno fare una digressione al fine di illustrare le caratteristiche e peculiarità del contenzioso pubblicitario. Ciò consentirà una maggiore comprensione della materia quando nel Capitolo III si condurrà l'analisi dei provvedimenti più rilevanti in tema di pubblicità occulta sui social network, il cui studio è fondamentale al fine di ottenere un'ampia visione del fenomeno.

Quello che contraddistingue in maniera singolare questo tipo di controversia è l'attribuzione a svariati organismi del compito di valutare la legittimità o meno delle pubblicità che vengono loro sottoposte. Tale circostanza ha come diretta conseguenza il fatto che la diversa natura dei procedimenti innanzi alle varie autorità si rispecchia nei relativi provvedimenti finali, altrettanto diversi tra loro.

Occorre quindi delineare le caratteristiche dei procedimenti dinanzi i tre organismi più rilevanti nella risoluzione delle vertenze inerenti alla comunicazione commerciale, vale a dire il giudice civile, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e il Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria. Non verranno invece illustrati i tratti dei procedimenti penali e quelli per l'irrogazione delle sanzioni amministrative nella suddetta materia in quanto non presentano particolarità proprie della sola materia pubblicitaria e, inoltre, assumono una rilevanza marginale ai fini della presente analisi¹³⁸.

¹³⁶ In questo senso Giurì nn. 119/2001, 98/2001 per il contenuto pornografico delle pubblicità e Giurì n. 89/2011 in quanto la raffigurazione di nudo femminile, non idonea di per sé a suscitare reazioni negative, aveva il solo scopo di scioccare il pubblico – in questo caso si parla di “shocking advertising”.

¹³⁷ Giurì nn. 21/1992, 172/1991, 37/1988 e Comitato di Controllo n. 93/1988, che ha censurato il claim «ancora una volta Zenith ha fatto progresso mentre gli altri hanno fatto pubblicità».

¹³⁸ Per completezza, si veda per tutti M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., pp. 317 ss.

1.7.1. Cenni sul procedimento civile in materia pubblicitaria e sue peculiarità rispetto agli altri procedimenti

Il fatto di non presentare specificità legate alla materia pubblicitaria caratterizza, in realtà, anche il procedimento civile. Infatti, quest'ultimo segue la procedura ordinaria prevista dal codice di procedura civile. Ciononostante, vale la pena esaminarne alcuni aspetti anche al fine di iniziare a delineare, *a contrario*, alcune caratteristiche degli altri due procedimenti menzionati.

In generale, il tipo di procedimento che è possibile attivare, e, di conseguenza, il tipo di organo giudicante che si può adire, dipendono dalla natura dell'interesse leso da una determinata pubblicità. Come risaputo, la magistratura civile ordinaria è competente a conoscere delle vertenze relative alla violazione di norme di diritto privato. Dunque, in presenza di un messaggio pubblicitario che integra un atto di concorrenza sleale o che comporta una lesione di un diritto soggettivo o di privativa di una persona fisica o giuridica, il soggetto interessato potrà rivolgersi al giudice civile affinché questi accerti l'avvenuta violazione. In particolare, «i procedimenti giudiziari in materia di proprietà industriale e di concorrenza sleale, con esclusione delle sole fattispecie che non interferiscono, neppure indirettamente, con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale»¹³⁹ sono devoluti alla cognizione delle sezioni specializzate in materia di impresa¹⁴⁰.

Si noti che, in base alle norme di diritto processuale civile, i giudizi davanti all'autorità giudiziaria ordinaria (la c.d. "A.G.O.") non sono promuovibili d'ufficio, ma solo su istanza di persone fisiche o giuridiche. Tra queste, sono inclusi i concorrenti e le loro associazioni professionali¹⁴¹, le associazioni dei consumatori iscritte nell'elenco dell'art. 137 cod. cons., ai sensi dell'art. 140 cod. cons. e «nelle ipotesi di violazione degli interessi collettivi dei consumatori contemplati dal presente Codice»¹⁴², nonché ciascun componente della classe di consumatori o

¹³⁹ Art. 134, co. 1, lett. a) d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (Codice della proprietà industriale).

¹⁴⁰ Art. 3, co. 1, lett. a) d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, recante "Istituzione di Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale presso tribunali e corti d'appello, a norma dell'articolo 16 della legge 12 dicembre 2002, n. 273" così come sostituito dall'art. 2, co. 1, lett. d) d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività" e convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27.

¹⁴¹ Art. 27, co. 15 cod. cons. e art. 8, co. 15 Decreto sulla pubblicità ingannevole.

¹⁴² Art. 139 cod. cons.

utenti, che, promuovendo un'azione di classe, possono agire per la tutela dei propri diritti individuali omogenei¹⁴³.

È necessario fare una precisazione in merito all'onere della prova: nel nostro ordinamento giurisdizionale, vige il principio generale in base al quale è l'attore che deve dimostrare la fondatezza delle proprie asserzioni, e non colui che si difende¹⁴⁴. Tale principio comporta altresì che, laddove la prova non venga pienamente raggiunta, il procedimento deve concludersi con una sentenza sfavorevole alla parte attrice, a prescindere dalla persuasività dell'attività difensiva svolta dal convenuto. È importante sottolineare ciò in quando la stessa regola non vale nei procedimenti avanti il Giurì e l'AGCM, dove l'onere di dimostrare la liceità del messaggio pubblicitario grava su chi l'ha diffuso. Nell'ambito autodisciplinare, l'inversione dell'onere probatorio di cui all'art. 6 del Codice di Autodisciplina viene giustificato alla luce di due principi: il primo, riconducibile al diritto generale dei contratti, in base al quale la parte ha sempre l'onere di provare, in caso di contestazione, il proprio adempimento; il secondo, derivante dalle regole di diritto processuale civile, che stabilisce che l'onere della prova deve gravare su chi è più vicino al *thema probandum*¹⁴⁵. Un simile assetto è stato adottato dalla normativa nazionale relativa ai procedimenti amministrativi in materia di pubblicità ingannevole, conformandosi così a quella comunitaria¹⁴⁶. A differenza del procedimento dinanzi al Giurì, però, l'inversione dell'onere della prova non è la regola, ma deve essere specificamente disposta dall'Autorità se giustificata alla luce delle circostanze del caso concreto¹⁴⁷.

Un'ulteriore peculiarità che differenzia il procedimento civile consiste nel fatto che, quando viene accertata l'illiceità della pubblicità contestata, oltre a proibire il proseguimento del comportamento illecito, il giudice del giudizio di merito può accordare il risarcimento dei danni eventualmente subiti

¹⁴³ Art. 140-bis cod. cons. Sul punto, si rimanda a A. GENOVESE, *L'enforcement e le tutele*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Cedam, Padova, 2008, pp. 223 ss.

¹⁴⁴ Nell'ambito civile, il principio è codificato nell'art. 2697 c.c..

¹⁴⁵ Giurì nn. 43/2014, 88/2011.

¹⁴⁶ Questa impostazione ha infatti origine nell'art. 6 della direttiva 84/450/CEE, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 74/1992, che è stato abrogato e trasposto nel Codice del consumo. Come si è visto al §1.4.2., il potere di intervento dell'Autorità è attualmente regolato dal Codice del consumo e dal Decreto sulla pubblicità ingannevole.

¹⁴⁷ Art. 27, co. 5 cod. cons e art. 8, co. 5 Decreto sulla pubblicità ingannevole.

dall'interessato¹⁴⁸. Diversamente, l'AGCM ha la facoltà di irrogare sanzioni pecuniarie, prive però della funzione risarcitoria, mentre il Giurì può solamente disporre che le parti interessate desistano dalla diffusione della comunicazione commerciale trovata in contrasto con il Codice di Autodisciplina¹⁴⁹ e, nei casi più gravi, ordinare la pubblicazione della decisione sugli organi di stampa¹⁵⁰. Tuttavia, è precluso a tale organismo l'esercizio di poteri coercitivi, potendo al massimo reiterare l'inibitoria e dare comunicazione al pubblico di tale inottemperanza¹⁵¹.

Da ultimo, si rammenta che il soggetto che teme di subire una lesione dei propri diritti soggettivi ha la possibilità di richiedere un provvedimento cautelare a.s. dell'art. 700 c.p.c.. Sussistendo il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*, tale inibitoria avrà l'effetto di determinare l'immediata sospensione del messaggio pubblicitario contestato. In tal caso, la valutazione circa la liceità o illiceità della pubblicità in questione è rimessa al giudizio di merito. La vertenza sarà quindi definita con una sentenza, che, ricorrendone i presupposti, sarà impugnabile davanti alla Corte d'Appello competente e/o ricorribile in Cassazione.

1.7.2. Il procedimento avanti l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

La competenza in materia di pubblicità ingannevole è stata attribuita all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato dal d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74¹⁵², oggi trasposto nel Codice del consumo. Insieme, l'art. 27 cod. cons. e l'art. 8 del Decreto sulla pubblicità ingannevole fissano i poteri di intervento dell'Autorità in questa materia¹⁵³. In generale, le procedure di competenza dell'AGCM sono gestite dal Collegio e dal Responsabile del procedimento, ossia il responsabile preposto all'unità organizzativa competente per materia, istituita ai sensi dell'art. 10, co. 6, della l. n. 287/1990. Per quanto riguarda la disciplina

¹⁴⁸ Nella realtà dei fatti, tuttavia, il risarcimento dei danni è difficilmente accordato in quanto la parte attrice deve adempiere alla difficile prova di dimostrare che la pubblicità contestata ha determinato uno sviamento di clientela e un calo del proprio fatturato.

¹⁴⁹ Art. 38 Codice di Autodisciplina.

¹⁵⁰ Art. 40 Codice di Autodisciplina.

¹⁵¹ Art. 42 Codice di Autodisciplina.

¹⁵² Decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74, "Attuazione della direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità ingannevole".

¹⁵³ In seguito, tali poteri sono stati estesi anche all'ambito della pubblicità comparativa illecita e, per quanto concerne i rapporti B2C, alle pratiche commerciali scorrette in generale (*infra* §2.1.1.).

specifica di questo particolare procedimento, bisogna però fare riferimento alla Delibera AGCM n. 25411 del 1° aprile 2015, recante il “Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore”.

A differenza del giudice civile, l’Autorità non si occupa di risolvere controversie tra cittadini e imprese, ma di giudicare in merito a eventuali violazioni di norme di diritto pubblico poste a tutela di interessi della collettività. Difatti, la sua competenza si estende a «qualsiasi tipo di pubblicità diffusa sul territorio italiano, ad eccezione delle pubblicità che siano state preventivamente autorizzate con provvedimento amministrativo preordinato anche alla verifica del loro carattere non ingannevole»¹⁵⁴. Ne deriva che il procedimento può essere instaurato non solo d’ufficio, ma anche su segnalazione – gratuita – di consumatori, professionisti e micro-imprese¹⁵⁵, nonché di organizzazioni che abbiano interesse a richiedere un intervento nei confronti di una pubblicità ritenuta ingannevole o illecita¹⁵⁶.

Tra l’altro, salvi i casi di particolare gravità e se sussistono fondati motivi per ritenere che la pratica commerciale sia scorretta o costituisca pubblicità ingannevole o comparativa illecita, il Responsabile del procedimento può invitare il professionista a rimediare, inviando una c.d. “moral suasion”¹⁵⁷.

Altrimenti, ricevuta la richiesta di intervento da parte di uno dei soggetti citati, l’Autorità dispone di centottanta giorni per verificare la sussistenza dei presupposti per l’avvio del procedimento¹⁵⁸: se mancanti, provvede all’archiviazione o alla chiusura per non luogo a procedere; in caso contrario, il Responsabile del procedimento comunica alle parti l’avvio dell’istruttoria e ne informa gli altri soggetti interessati che abbiano presentato istanza di intervento¹⁵⁹. Dalla ricezione di tale comunicazione, il professionista ha quarantacinque giorni per presentare, tramite l’apposito formulario allegato alla

¹⁵⁴ M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., p. 318. Tra le eccezioni, si veda ad esempio la pubblicità per specialità medicinali da banco, presidi medico-chirurgici o dispositivi medici, che richiede obbligatoriamente la preventiva autorizzazione del Ministero della Salute.

¹⁵⁵ Per le definizioni di queste categorie di soggetti cfr. art. 1, lett. e), f), g) Delibera AGCM n. 25411/2015, art. 3 cod. cons. e art. 2 Decreto pubblicità ingannevole.

¹⁵⁶ Art. 4, co. 1 Delibera AGCM n. 25411/2015.

¹⁵⁷ Art. 4, co. 5 Delibera AGCM n. 25411/2015.

¹⁵⁸ Art. 5 Delibera AGCM n. 25411/2015.

¹⁵⁹ Art. 6, co. 2 Delibera AGCM n. 25411/2015.

Delibera AGCM n. 25411/2015, degli impegni tali da fare venire meno i profili di illegittimità della pubblicità o della pratica commerciale¹⁶⁰. Una volta valutati gli impegni, l'Autorità ha tre possibilità: (i) se idonei, li accetta, rendendoli così obbligatori per il professionista, e chiude il procedimento senza accertare infrazioni né irrogare sanzioni; (ii) se parzialmente idonei, chiede al professionista di integrarli entro un dato termine; (iii) se non idonei, o qualora l'illiceità della pratica commerciale sia grave e manifesta, li rigetta dandone comunicazione al professionista.

Pur godendo di ampia discrezionalità nella valutazione degli impegni¹⁶¹, l'Autorità è comunque tenuta a richiedere il parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni quando la pubblicità è stata o deve essere diffusa attraverso la stampa periodica o quotidiana ovvero per via radiofonica o televisiva o altro mezzo di telecomunicazione¹⁶². Nel caso di cui al punto (i) sopra, l'AGCOM ha a disposizione quarantacinque giorni dalla ricezione della richiesta per rendere il proprio parere e i termini del procedimento sono prorogati di quindici giorni¹⁶³.

Benché decida di accettare gli impegni, se lo ritiene necessario, l'Autorità può comunque disporre la pubblicazione a cura e spese del professionista e/o la comunicazione personale ai destinatari dell'originario messaggio pubblicitario o pratica commerciale¹⁶⁴. In tal caso, il professionista deve dare immediata comunicazione dell'avvenuto adempimento, trasmettendo copia di quanto pubblicato o dell'elenco dei destinatari cui è stata eventualmente indirizzata la comunicazione individuale. Ma soprattutto è tenuto a rispettare gli impegni presi e accettati dall'Autorità: infatti, il procedimento può essere riaperto d'ufficio nel caso in cui egli non vi dia attuazione¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Art. 9 Delibera AGCM n. 25411/2015.

¹⁶¹ Cfr. T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 7 maggio 2018, n. 5043; T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 28 luglio 2017, n. 9075; T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 5 maggio 2016, n. 5220; T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 28 luglio 2015, n. 10352; T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 21 gennaio 2015, n. 994; T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 13 luglio 2010, n. 24991.

¹⁶² Art. 8, co. 6 Decreto pubblicità ingannevole e art. 27, co. 1-bis e 6 cod. cons.

¹⁶³ Art. 16, co. 5 Delibera AGCM n. 25411/2015.

¹⁶⁴ Art. 18 Delibera AGCM n. 25411/2015.

¹⁶⁵ Art. 9, co. 3, lett. a) Delibera AGCM n. 25411/2015, che prevede che il procedimento possa essere riaperto d'ufficio anche laddove: «b) si modifichi la situazione di fatto rispetto ad uno o più elementi su cui si fonda la decisione; c) la decisione di accettazione di impegni si fondi su informazioni trasmesse dalle parti che siano incomplete, inesatte o fuorvianti».

L'art. 8 della Delibera AGCM n. 25411/2015 stabilisce altresì che, in caso di particolare urgenza, l'Autorità può disporre, d'ufficio e con atto motivato, la sospensione della pubblicità ritenuta ingannevole, della pubblicità comparativa ritenuta illecita o della pratica commerciale ritenuta scorretta¹⁶⁶. Di norma, alle parti è assegnato un termine – non inferiore a cinque giorni – entro il quale presentare memorie scritte e documenti che saranno vagliati dal Collegio al momento della decisione. Tuttavia, tale possibilità può non essere concessa qualora sussistano «particolari esigenze di indifferibilità»: in questo caso, il Collegio decide senza acquisire le memorie delle parti, lasciando queste ultime libere di depositarle entro sette giorni dalla comunicazione del provvedimento di sospensione. In ogni caso, il professionista è tenuto a dare esecuzione immediata al provvedimento di cui è destinatario, anche qualora decidesse di impugnarlo.

Se il professionista non presenta impegni entro il termine prestabilito, se gli impegni vengono rigettati dall'Autorità e, ancora, nel caso appena visto di sospensione provvisoria di una pubblicità illecita, si apre la fase istruttoria. In base all'art. 10 della Delibera AGCM n. 25411/2015, la partecipazione all'istruttoria è garantita a tutti quei soggetti, portatori di interessi pubblici, privati o diffusi, cui può derivare un pregiudizio dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria. A tal fine, essi devono motivare la ragione del proprio intervento con apposito atto debitamente sottoscritto. Il Responsabile del procedimento, valutate la regolarità e la completezza della richiesta di partecipazione, comunica al richiedente che lo stesso può accedere agli atti del procedimento a.s. dell'art. 11 della Delibera AGCM n. 25411/2015 e presentare memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri. Durante questa fase, il Responsabile del procedimento può acquisire ogni elemento utile alla valutazione della fattispecie e, in particolare, può (i) richiedere informazioni e documenti ad ogni soggetto pubblico o privato¹⁶⁷, (ii) disporre l'audizione delle parti e/o dei terzi intervenuti¹⁶⁸, (iii) imporre al professionista l'onere di fornire prove sull'esattezza dei dati di fatto connessi alla pratica commerciale o alla pubblicità¹⁶⁹ e (iv) proporre al Collegio di autorizzare perizie, analisi statistiche ed economiche,

¹⁶⁶ Cfr. art. 8, co. 3 Decreto pubblicità ingannevole e art. 27, co. 3 cod. cons.

¹⁶⁷ Art. 12, co. 1 Delibera AGCM n. 25411/2015.

¹⁶⁸ Art. 12, co. 2-5 Delibera AGCM n. 25411/2015.

¹⁶⁹ Art. 15 Delibera AGCM n. 25411/2015.

la consultazione di esperti e l'esecuzione di ispezioni presso chiunque sia ritenuto in possesso di documenti aziendali utili ai fini dell'istruttoria¹⁷⁰. Infine, il Responsabile del procedimento, allorché ritenga sufficientemente istruita la pratica, comunica alle parti la data di conclusione della fase istruttoria e indica loro un termine – non inferiore a dieci giorni – entro cui esse possono presentare memorie conclusive o documenti. Conclusa la fase istruttoria, gli atti sono rimessi al Collegio per l'adozione del provvedimento finale¹⁷¹.

Anche in questo caso, qualora la pubblicità in questione sia stata o debba essere diffusa attraverso la stampa periodica o quotidiana ovvero per via radiofonica o televisiva o altro mezzo di telecomunicazione, è obbligatorio richiedere il parere dell'AGCOM. Tuttavia, in questa fase quanto in quella di accettazione degli impegni (*supra*), tale parere non è necessario né vincolante: infatti, la sua mancata emissione non preclude all'AGCM di adottare la propria decisione¹⁷² e, in ogni caso, il Collegio se ne può discostare fornendo un'adeguata motivazione¹⁷³.

Nei casi in cui l'Autorità ha svolto attività istruttoria, il procedimento può essere definito, oltre che con l'accettazione degli impegni del professionista, tramite (i) una decisione di non ingannevolezza/illiceità del messaggio pubblicitario, di non scorrettezza della pratica commerciale o di chiusura del procedimento per insufficienza degli elementi probatori o per una delle ragioni che ne determinano l'archiviazione o il non luogo a procedere a.s. dell'art. 5, co. 1 della Delibera AGCM n. 25411/2015, se i relativi presupposti sono emersi solo nel corso dell'istruttoria; oppure (ii) una decisione di ingannevolezza/illiceità del messaggio pubblicitario ovvero di scorrettezza della pratica commerciale¹⁷⁴. In quest'ultimo caso, la decisione è accompagnata dal divieto di diffusione o continuazione della pubblicità o la pratica commerciale, da una sanzione amministrativa pecuniaria da euro cinquemila a euro cinque milioni, tenuto conto della gravità e della durata

¹⁷⁰ Artt. 13 e 14 Delibera AGCM n. 25411/2015.

¹⁷¹ Art. 16, co. 1-2 Delibera AGCM n. 25411/2015.

¹⁷² Art. 16, co. 3-4 Delibera AGCM n. 25411/2015.

¹⁷³ Cfr. T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 29 dicembre 2009, n. 13789; T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 16 aprile 2007, n. 3293; T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 2 maggio 2006, n. 3044.

¹⁷⁴ Art. 17, co. 1, lett. a) e b) Delibera AGCM n. 25411/2015.

della violazione, ed eventualmente dall'ordine di pubblicazione di un estratto del provvedimento e/o di una dichiarazione rettificativa¹⁷⁵.

Il provvedimento finale viene comunicato alle parti e ai terzi eventualmente intervenuti e inserito nel bollettino pubblicato sul sito dell'AGCM e, se ritenuto opportuno, è diffuso mediante comunicato stampa¹⁷⁶. Inoltre, la decisione indica i termini e l'autorità competente a decidere su un eventuale ricorso, ossia il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, che ha competenza funzionale inderogabile in questa materia¹⁷⁷. In particolare, essa può essere impugnata dal professionista destinatario del provvedimento o chiunque abbia un proprio interesse alla cessazione della diffusione della pubblicità.

Infine, laddove il professionista non si attenesse ai provvedimenti di sospensione cautelativa o di accertamento della natura illecita della pubblicità o, come già detto, non rispettasse i propri impegni, è prevista l'instaurazione del giudizio di inottemperanza, con conseguente applicazione di un'ulteriore sanzione amministrativa pecuniaria a cui si aggiunge, nei casi di reiterata inottemperanza, la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni¹⁷⁸.

In tutto, il procedimento innanzi l'AGCM dovrebbe durare centoventi giorni decorrenti dalla data di protocollo della comunicazione di avvio, ma i termini possono essere prorogati nei casi in cui il professionista sia residente, domiciliato o abbia sede all'estero e/o debbano essere richiesti i pareri all'AGCOM di cui sopra e/o sia necessario assolvere a particolari esigenze istruttorie¹⁷⁹.

Per concludere questa panoramica sul funzionamento di questa tipologia di contenzioso, è opportuno fare un'osservazione in merito all'aspetto sanzionatorio. Diversi autori, infatti, hanno espresso perplessità, *in primis*, nei confronti della natura pressoché inquisitoria del procedimento e, in secondo luogo, circa la gravità delle sanzioni comminabili, un'aliquota delle quali è incassata dall'AGCM

¹⁷⁵ Artt. 17 e 18 Delibera AGCM n. 25411/2015.

¹⁷⁶ Art. 17, co. 3 Delibera AGCM n. 25411/2015.

¹⁷⁷ Art. 135, co. 1 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, "Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo".

¹⁷⁸ Art. 27, co. 12 cod. cons. e art. 8, co. 12 Decreto sulla pubblicità ingannevole.

¹⁷⁹ Art. 7 Delibera AGCM n. 25411/2015.

stessa¹⁸⁰. Tali circostanze fanno dubitare dell'obiettività e terzietà dell'Autorità, potendo questa decidere «se e in quale misura sanzionare»¹⁸¹. Pertanto, di fronte alla recente adozione della nuova direttiva (UE) 2019/2161¹⁸² (conosciuta come “Direttiva Omnibus”), che prevede l'innalzamento del massimo edittale ad un importo «almeno pari al 4% del fatturato annuo del professionista»¹⁸³, ci si domanda come questo ulteriore inasprimento verrà recepito, non solo dal legislatore italiano – che potrebbe addirittura scegliere un massimo edittale maggiore del 4% del fatturato annuo! –, ma anche dalla dottrina e dai professionisti. Invero, per questi ultimi è un'arma a doppio taglio: da un lato, è idonea a dissuadere maggiormente i loro concorrenti dal porre in essere condotte sleali, dall'altro, al minimo errore, potrebbero loro stessi trovarsi a dover pagare tale cifra esorbitante.

1.7.3. Il procedimento avanti il Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria

Il procedimento autodisciplinare è regolato dagli artt. 6, 32 e 36-42 del Codice di Autodisciplina, dalle sue Norme Preliminari e Generali e dal Regolamento sui tempi tecnici di attuazione delle decisioni autodisciplinari. È stato affermato in giurisprudenza che «ogni lacuna del regolamento processuale del giudizio autodisciplinare deve essere colmata con l'applicazione, in quanto

¹⁸⁰ Sul punto, si vedano E. APA, *La pubblicità commerciale*, cit., pp. 260 e P. SPADA, *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette nella prospettiva rimediale*, in *Dir. Ind.*, 2011, p. 47, i quali già commentavano l'inasprimento delle sanzioni avvenuto in seguito alla novella del 2007, il cui arco edittale era passato da 1.000-100.000 euro a 5.000-500.000. Tra l'altro, a quel tempo non era nemmeno entrato in vigore il d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 135), che ha portato il massimo edittale a 5.000.000 euro per la violazione delle norme contenute nel Codice del consumo.

¹⁸¹ P. SPADA, *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette nella prospettiva rimediale*, cit., p. 47.

¹⁸² Direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori (“Direttiva Omnibus”). Questo provvedimento è stato adottato nel quadro dell'iniziativa promossa dalla Commissione Europea nell'aprile 2018 e denominata “New Deal for Consumers”. Per maggiori informazioni sul punto, si veda <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/consumers/review-eu-consumer-law-new-deal-consumers_it> (ultimo accesso: 27 febbraio 2021).

¹⁸³ Art. 3, co. 6 Direttiva Omnibus, che sostituisce l'art. 13 della Direttiva sulle pratiche commerciali sleali (2005/29/CE).

possibile, delle corrispondenti regole del codice di procedura civile»¹⁸⁴, regole che svolgono pertanto una funzione integrativa.

Prima di entrare nel vivo della procedura, è necessario comprendere quali siano i soggetti obbligati a rispettare le decisioni degli organismi autodisciplinari, questione che è intrinsecamente legata all'estensione dell'ambito di applicazione del Codice di Autodisciplina. Per chiarezza espositiva, si è dunque ritenuto opportuno dividere questo paragrafo in tre parti: la prima chiarisce l'ambito di competenza del Giurì, mentre le restanti descrivono sommariamente le fasi dei due procedimenti autodisciplinari, quello ordinario e quello monitorio.

a) La competenza (o giurisdizione) del Giurì

In base alla giurisprudenza autodisciplinare, l'accettazione delle disposizioni del Codice di Autodisciplina si pone all'origine del mandato conferito al Giurì di operare come organo della giustizia pubblicitaria per sindacare le manifestazioni pubblicitarie scorrette e dirimere i conflitti fra operatori per cause pubblicitarie¹⁸⁵. In altre parole, la competenza del Giurì a pronunciarsi su un determinato messaggio pubblicitario presuppone che il soggetto cui tale messaggio è imputabile sia vincolato al Codice di Autodisciplina. È quindi necessario approfondire ulteriormente l'indagine in merito alle modalità di adesione al suddetto codice (solamente accennata al §1.3.2.).

Innanzitutto, come si è visto, sono vincolati al Codice di Autodisciplina i soggetti che, avendo contribuito alla creazione dello IAP o avendovi successivamente aderito, hanno espressamente accettato il Codice. Facendo ciò, gli associati hanno volontariamente scelto di sottostare al Codice di Autodisciplina e ai Regolamenti autodisciplinari, nonché di rispettare le eventuali pronunce del Giurì dei loro confronti. Non sorgono quindi dubbi in merito alla legittimazione passiva degli associati allo IAP nei procedimenti autodisciplinari.

Neanche la seconda modalità di adesione, prevista dalla lettera d) delle Norme Preliminari e Generali, crea particolari problemi. È pacifico, infatti, che la sottoscrizione della clausola di accettazione – o meglio, di un contratto che la

¹⁸⁴ Giurì n. 103/1991. Si veda anche Giurì nn. 57/1993, 54/1996.

¹⁸⁵ Giurì n. 7/1984.

contiene –, in quanto esercizio dell'autonomia negoziale, determini l'insorgere di un «vincolo non certo solo morale bensì giuridico (riconcucibile al disposto dell'art. 1372 c.c., secondo il quale – com'è noto – il contratto ha forza di legge tra le parti) all'osservanza delle prescrizioni che il Codice di Autodisciplina Pubblicitaria contiene»¹⁸⁶. Tuttavia, è importante sottolineare che il vincolo sorto per via contrattuale è limitato esclusivamente al contratto in cui la clausola di accettazione è inserita e «non può valere per una diversa pubblicità alla quale la clausola di accettazione non fa alcun riferimento»¹⁸⁷. Conseguentemente, il Giurì potrà essere competente a pronunciarsi nei confronti di un operatore pubblicitario in merito a un determinato messaggio, ma non altri.

Pare ora opportuno approfondire la casistica riguardante la terza modalità di adesione, che si differenzia dalle precedenti non soltanto per la fonte da cui trae origine (la giurisprudenza autodisciplinare, e non le regole dello IAP), ma anche – nella maggior parte dei casi – per la mancanza dell'elemento della volontarietà in capo al soggetto vincolato. Come anticipato, il Giurì ha elaborato una serie di principi in base ai quali gli operatori della pubblicità, pur non avendo aderito al sistema autodisciplinare nelle forme appena viste, ne sono comunque vincolati¹⁸⁸. In particolare, in base alla giurisprudenza ormai consolidata, «la semplice conclusione del contratto con chi aderisce all'IAP, impon[e] all'altro contraente il rispetto delle norme del C.A.»¹⁸⁹, soprattutto se la clausola di accettazione è menzionata nelle condizioni generali di contratto e il contraente non prova di averla esplicitamente esclusa¹⁹⁰. Sul punto, il Giurì è arrivato ad affermare che la

¹⁸⁶ Giurì n. 12/1984. In senso conforme, Giurì nn. 118/2002, 80/2001, 7/1997.

¹⁸⁷ Giurì nn. 165/1997, 172/1993. Tuttavia, Giurì n. 58/2008 afferma, richiamando Giurì n. 159/1999, che «la sottrazione a questa giurisdizione [quella del Giurì, ndr] non può valere “quando oggettivamente il messaggio...non integra ‘una diversa pubblicità’, bensì, (sia) preordinato alla medesima promozione commerciale”; [Giurì n. 159/1999 aggiunge che, ndr] “soggettivamente, non [può] ritenersi conforme alla buona fede contrattuale la condotta della parte che, dopo aver accettato il vaglio dell'autodisciplina su un dato messaggio pubblicitario, replica questo messaggio in altro messaggio funzionalmente e strutturalmente (benché non contenutisticamente) identico, rifiutandone ogni sindacato autodisciplinare”». In senso conforme si veda Giurì n. 80/2003.

¹⁸⁸ È evidente che questo orientamento giurisprudenziale si è sviluppato nell'ambito di procedimenti nei quali tali operatori eccepivano in via preliminare la propria mancanza di legittimazione passiva.

¹⁸⁹ Giurì n. 26/2011.

¹⁹⁰ Oltre alla pronuncia menzionata nella nota precedente, si veda Giurì nn. 4/2011, 121/2007, 28/1996. Inoltre, Giurì nn. 105/2007 e 124/1987 rafforzano tale posizione stabilendo l'applicabilità dell'art. 1341 co. 1 c.c., in base al quale «Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei

clausola di accettazione «costituisce una *clausola d'uso* da ritenere inserita in tutti i contratti pubblicitari degli aderenti al sistema autodisciplinare, almeno in mancanza di una espressa pattuizione contraria»¹⁹¹. Tale eterointegrazione sarebbe giustificata ai sensi dell'art. 1340 o 1374 c.c.¹⁹².

Il Giurì ha inoltre precisato che la mancanza della forma scritta non confligge con il dettato dell'art. 1341, co. 2 c.c. in quanto la clausola di accettazione non comporta una deroga alla giurisdizione ordinaria¹⁹³ e nemmeno costituisce una clausola vessatoria¹⁹⁴.

Si è dunque venuta a delineare una presunzione – relativa – di accettazione del Codice di Autodisciplina da parte di chiunque contragga direttamente o indirettamente con una società notoriamente associata allo IAP o diffonda la propria pubblicità su mezzi aderenti al sistema autodisciplinare¹⁹⁵. Di conseguenza, la clausola di accettazione si intende inserita nei contratti di inserzione pubblicitaria se non risulta che le parti la volessero escludere, incombendo su chi contesta la competenza del Giurì l'onere di provare la suddetta volontà¹⁹⁶.

Infine, tra le condotte idonee a manifestare l'accettazione implicita della giurisdizione del Giurì, e quindi a qualificare il soggetto che le mette in atto come “aderente anomalo” (*supra* §1.3.2.), rientrano lo svolgimento di difese in rito e in

contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza».

¹⁹¹ Giurì n. 52/2014 (enfasi aggiunta).

¹⁹² Giurì nn. 27/2020, 11/2016, 106/2008, 124/1987.

¹⁹³ Giurì n. 306/2001 stabilisce chiaramente che «la clausola che devolve la competenza al Giurì, *configurando alcunché di simile ad un arbitrato irrituale*, non richiede la specifica approvazione scritta, ai sensi dell'art. 1341, co. 2 c.c.» (enfasi aggiunta). In senso conforme Giurì n. 370/1998.

¹⁹⁴ Giurì nn. 126/2000, 161/1997, 54/1996. Come ricorda n. Giurì 22/2016, è «il rifiuto di accettazione della clausola [che] deve essere espressamente pattuito».

¹⁹⁵ Tra le molte pronunce non ancora citate che sanciscono questo principio, si rammentano Giurì nn. 84/2018, 78/2014, 99/2012, 53/2012, 112/2012, 34/2011.

¹⁹⁶ Giurì n. 50/1988 precisa infatti che «l'attribuzione negoziale al Giurì del potere di applicare le regole dell'autodisciplina nei confronti degli inserzionisti che si avvalgono di mezzi notoriamente aderenti al sistema è divenuto ormai effetto di un'integrazione automatica del contratto di inserzione pubblicitaria: sicché l'eccezione sollevata a questo riguardo per essere fondata postula la prova da parte dell'inserzionista di aver voluto escludere la clausola di accettazione dal regolamento negoziale, non essendo sufficiente addurre di aver concluso il contratto senza avere specificamente sottoscritto la clausola in questione».

merito, così come la proposizione di una domanda riconvenzionale o di un'istanza ex art. 36 C.A.¹⁹⁷.

Tuttavia, la competenza del Giurì non è illimitata. Si consideri che il processo creativo-divulgativo di una pubblicità comporta la partecipazione di una molteplicità di individui: dagli utenti (anche noti come committenti, inserzionisti o clienti) ai consulenti di pubblicità e marketing, dalle concessionarie ai mezzi pubblicitari. E nonostante la maggior parte di questi soggetti aderisca direttamente o indirettamente allo IAP vi sono delle eccezioni. Dunque, se dovesse emergere che un operatore non ha alcun collegamento col sistema autodisciplinare (ossia non ha aderito, né ha concluso un contratto con una controparte aderente), nessuna pronuncia potrebbe essere assunta nei suoi confronti, in quanto sottratta alla giurisdizione del Giurì¹⁹⁸. Ne consegue che, quando un contratto pubblicitario è concluso tra soggetti non aderenti al sistema autodisciplinare, e veicolato su mezzi non aderenti, la presunzione di accettazione del Codice di Autodisciplina non può valere: come specificato dallo stesso Giurì, «l'inserimento della clausola di accettazione non può essere presunto e va specificamente provato»¹⁹⁹.

Da ultimo, occorre specificare che, anche se tutti i soggetti coinvolti in una comunicazione commerciale sono aderenti allo IAP, e quindi potenzialmente legittimati passivi in un eventuale procedimento autodisciplinare, solo quelli cui tale comunicazione commerciale è imputabile sono responsabili per l'inosservanza delle disposizioni del Codice di Autodisciplina²⁰⁰. Si badi, però, che se l'autore della comunicazione e l'inserzionista che ne trae vantaggio sono due soggetti distinti e

¹⁹⁷ Giurì nn. 3/2019, 53/2008, 171/2003, 116/2003, 41/1981. Tuttavia, la pronuncia Giurì n. 5/2014 ha stabilito che per evitare che una parte del procedimento avanti al Giurì sia posta nell'alternativa di non difendersi nel merito, o altrimenti di dovere accettare la giurisdizione del Giurì, «un'unica dichiarazione che *contemporaneamente* contenga difese nel merito (o richiesta di termine) ed eccezioni di mancanza di giurisdizione costituisce manifestazione di volontà univoca nel senso di non volere accettare questa giurisdizione» (enfasi aggiunta).

¹⁹⁸ Giurì n. 76/2013, che tuttavia precisa che se il messaggio pubblicitario contestato è diffuso su un mezzo aderente al Codice di Autodisciplina non è preclusa al Giurì la possibilità di prendere in esame il messaggio e di pronunciarsi nei confronti del mezzo in questione. In senso conforme, Giurì nn. 44/2009, 143/2007, 48/2006, 84/2003.

¹⁹⁹ Giurì n. 22/2016.

²⁰⁰ A tal fine, «è decisivo considerare l'ente che ha deciso e gestito l'iniziativa e per converso è irrilevante l'identità dell'ente o degli enti eventualmente autonomi sul piano giuridico-formale (come accade nell'organizzazione di gruppo della funzione imprenditoriale) che risultano parte degli atti e dei rapporti nei quali l'iniziativa pubblicitaria si è tradotta». Così Giurì n. 2/1995 e, nello stesso senso, Giurì n. 60/1992.

tra essi vige un rapporto di committenza o, quantomeno, una relazione significativa (c.d. “material connection”) che renda la comunicazione obiettivamente riferibile ed imputabile all’inserzionista, l’illecito pubblicitario sarà oggettivamente imputabile a quest’ultimo²⁰¹. Ad ogni modo, i mezzi aderenti al Codice di Autodisciplina tramite i quali la comunicazione commerciale giudicata negativamente è stata diffusa, sono comunque tenuti ad osservare le decisioni del Giurì, ancorché non siano stati parte nel procedimento²⁰².

b) Il procedimento autodisciplinare ordinario

A norma degli artt. 32 e 36 del Codice di Autodisciplina, esistono due strade per instaurare il procedimento autodisciplinare ordinario, ossia quello che si svolge fin dal principio avanti il Giurì.

In primo luogo, tale organo può essere chiamato a pronunciarsi su una comunicazione commerciale da parte del Comitato di Controllo, che può agire d’ufficio o su segnalazione – gratuita – di singoli consumatori o delle loro associazioni. Tuttavia, la legittimazione all’azione del Comitato è circoscritta alle pubblicità non conformi alle norme del Codice che tutelano gli interessi del consumatore o della comunicazione commerciale, nonché gli interessi del pubblico in generale. Pertanto, non potrebbe promuovere un procedimento sulla base di una violazione delle norme autodisciplinari di natura concorrenziale.

La seconda strada, invece, è riservata a chiunque ritenga di subire pregiudizio – anche concorrenziale – da attività di comunicazione commerciale contrarie al Codice di Autodisciplina. Consumatori, imprese o qualsivoglia altro ente, persona giuridica o associazione di categoria possono, previo pagamento dei diritti di segreteria, presentare un’istanza scritta indicando la pubblicità che intendono sottoporre all’esame del Giurì, esponendo le proprie ragioni e allegando la relativa documentazione²⁰³. Si richiede solamente che abbiano un interesse ad

²⁰¹ Giurì n. 45/2018, che specifica che ciò avviene in forza dell’art. 2049 c.c. (responsabilità del datore di lavoro per fatto del lavoratore subordinato). Questa ipotesi verrà esaminata in maggior dettaglio nel Capitolo III. Cfr. anche Giurì nn. 55- 55bis/2007.

²⁰² Art. 41 Codice di Autodisciplina.

²⁰³ Come affermato in Giurì nn. 97/1988, 33/1984, non è necessario indicare specificamente le norme del Codice di Autodisciplina che si ritengono violate, essendo tale compito affidato al Giurì. Tuttavia, in base a Giurì n. 85/2010, l’istante è tenuto a provare la legittimazione passiva dell’inserzionista.

agire attuale e concreto, da apprezzare caso per caso «in relazione alla utilità concreta derivabile alla parte dall'eventuale accoglimento dell'impugnazione»²⁰⁴. Si precisa che l'interesse ad avere una pronuncia nel merito non viene meno con la cessazione della campagna o l'eliminazione degli elementi contestati²⁰⁵: infatti, «il giudizio del Giurì è volto sia a valutare una campagna ai sensi del Codice di Autodisciplina, sia a dettare disposizioni affinché una campagna non conforme al codice, pur se sia cessata, non venga riproposta nelle stesse forme»²⁰⁶.

Ricevuta l'istanza, il presidente del Giurì dispone la comunicazione degli atti alla parte o alle parti convenute assegnando un termine, non inferiore agli otto e non superiore ai dodici giorni liberi lavorativi, per il deposito delle rispettive deduzioni e di eventuali documenti, e convoca le parti entro il termine più breve possibile per la discussione orale²⁰⁷. Nel caso dei procedimenti a istanza di parte, il Comitato di Controllo è tenuto a comunicare le proprie conclusioni in forma scritta prima dell'udienza di discussione, rimanendo però libero di variarle all'esito della discussione. È altresì ammessa la nomina di un consulente tecnico cui le parti possono richiedere chiarimenti e pareri sugli aspetti scientifici della controversia.

Si rammenta che, in base agli artt. 6 e 32 del Codice di Autodisciplina, l'onere di provare la veridicità dei dati, delle descrizioni, affermazioni, illustrazioni e la consistenza delle testimonianze usate grava su colui che si vale della comunicazione commerciale, e non sulla parte attrice. Tale inversione dell'onere della prova è particolarmente gravosa per gli inserzionisti in quanto, secondo costante orientamento autodisciplinare, «il mancato assolvimento dell'onere della prova in determina [...] una lacuna che non può che riflettersi negativamente sulla valutazione di liceità del messaggio, determinandone una presunzione di ingannevolezza»²⁰⁸.

Esaurita la discussione, e se ritiene la pratica sufficientemente istruita, il Giurì si riunisce in camera di consiglio per deliberare. Al termine del confronto,

²⁰⁴ Giurì n. 32/2013, che cita Cass., 10 aprile 2012, n. 5656.

²⁰⁵ Giurì nn. 14/2019, 207/1998, 137/1993.

²⁰⁶ Giurì n. 70/2017. In senso conforme, Giurì nn. 34/2017, 54/2007, 103/2006, 306/2001. Si noti che l'interesse ad agire può altresì sussistere in capo a terzi, i quali, se vogliono intervenire, dovranno fornirne prova; in tal senso, Giurì nn. 150/1994, 63/1991.

²⁰⁷ Art. 37 Codice di Autodisciplina.

²⁰⁸ Comitato di Controllo n. 75/2016. Si veda anche Comitato di Controllo nn. 47/2016, 43/2012, 41/2012, 27/2001 e Giurì n. 73/2013.

viene emessa la decisione e il dispositivo è immediatamente comunicato alle parti. Se la decisione stabilisce che la comunicazione commerciale esaminata non è conforme al Codice di Autodisciplina, il Giurì ne dispone la cessazione, fornendo, quando opportuno, precisazioni sugli elementi riprovati²⁰⁹. Vale la pena sottolineare che l'efficacia della pronuncia decorre dal momento in cui viene emessa, e non dal deposito delle motivazioni, che normalmente avviene dopo qualche giorno. Pertanto, una volta comunicato l'ordine di desistenza, le parti hanno l'obbligo di darvi esecuzione nei termini fissati dal Regolamento sui tempi tecnici di attuazione delle decisioni autodisciplinari, il cui obiettivo è appunto quello di garantire la cessazione più rapida possibile della comunicazione commerciale ritenuta non conforme al Codice²¹⁰.

Tutte le decisioni sono pubblicate sul sito Internet e archiviate nella banca dati dello IAP²¹¹. Inoltre, nei casi di particolare gravità, il Giurì può ordinarne la pubblicazione per estratto, con i nomi delle parti, nei modi e sugli organi di stampa ritenuti opportuni, a cura dell'Istituto, e a spese della parte inserzionista soccombente²¹². Tale ordine, al pari di quello di desistenza, assolve a una funzione specificamente sanzionatoria, consentendo di raggiungere un «più opportuno bilanciamento tra il rimedio e la tipologia concreta dell'illecito autodisciplinare cui il rimedio reagisce»²¹³.

Qualora chi è tenuto a conformarsi alla pronuncia del Giurì non ottemperi nei termini stabiliti, il Giurì reitera l'ordine di cessazione della pubblicità interessata e dispone che ne sia data notizia al pubblico nelle modalità appena

²⁰⁹ Art. 38 Codice di Autodisciplina.

²¹⁰ In particolare, per le comunicazioni commerciali diffuse sui mezzi tv, radio, quotidiani e tramite affissioni, il termine massimo è di sette giorni lavorativi a partire dal giorno successivo alla pronuncia in udienza del dispositivo del Giurì; il termine è ridotto a cinque giorni nel caso di comunicazioni commerciali consistenti in una comparazione diretta o riguardanti un'offerta promozionale di durata pari o inferiore a trenta giorni; per quanto riguarda la stampa periodica, presentando peculiari caratteristiche, non è fissato un termine preciso ma «l'ordine di cessazione dovrà essere eseguito entro i tempi tecnici strettamente indispensabili»; nel caso di pubblicità che compaiono sulle confezioni dei prodotti, invece, l'ordine deve essere eseguito entro centoventi giorni dal deposito della motivazione, fermo restando l'obbligo di buona fede dell'inserzionista di attivarsi per adempiere al più presto e che quelle immesse nel mercato prima della scadenza di detto termine possono essere commercializzate fino al loro naturale esaurimento. In ogni caso, termini più ampi potranno essere valutati dal Giurì a fronte di particolari esigenze tecniche.

²¹¹ Consultabile all'indirizzo <<https://archivio.iap.it>> (ultimo accesso: 10 novembre 2020).

²¹² Art. 40 Codice di Autodisciplina.

²¹³ Giurì n. 117/2003.

viste, senza però poter inasprire la propria decisione con condanne al risarcimento dei danni o al rimborso delle spese. Si noti che si parla di giudizio di inottemperanza anche quando una comunicazione commerciale già giudicata contrastante con le norme del Codice di Autodisciplina viene riproposta in modo sostanzialmente identico (c.d. inottemperanza manifesta o “identità sostanziale”) o comunque in continuità dal punto di vista della funzione o del risultato comunicativo (c.d. inottemperanza non manifesta o “equivalenza funzionale o comunicazionale”)²¹⁴.

Per concludere, si segnala che le decisioni del Giurì sono definitive e, quindi, inappellabili: non esiste infatti un organo giudicante di grado superiore che possa essere adito al fine di ottenere una riforma della pronuncia²¹⁵. Inoltre, l’art. 40, ultimo comma del Codice di Autodisciplina impone alle parti nei cui confronti la decisione è stata pronunciata di astenersi dall’utilizzarla per fini commerciali. Come lo stesso Giurì ha chiarito, la *ratio* di tale divieto deve essere individuata nell’esigenza di evitare la strumentalizzazione delle decisioni autodisciplinari nei rapporti commerciali fra imprese²¹⁶.

c) La procedura monitoria

Il secondo tipo di procedimento che può essere instaurato nell’ambito del sistema autodisciplinare è quello monitorio, ossia un procedimento sommario di carattere abbreviato, regolato dall’art. 39 del Codice di Autodisciplina. In virtù di questa norma, nel caso in cui la comunicazione commerciale esaminata appaia «manifestamente contraria a una o più norme del Codice di Autodisciplina», il Comitato di Controllo ha il potere di adottare d’ufficio un’ingiunzione di desistenza nei confronti di tutti coloro che abbiano, direttamente o indirettamente, accettato il Codice. Il provvedimento, succintamente motivato, viene poi trasmesso alle parti con la segnalazione che ciascuna di esse può proporre motivata opposizione al Comitato di Controllo nel termine non prorogabile di dieci giorni.

Se non viene presentata opposizione, se non è rispettato il termine prescritto o se manca la motivazione, l’ingiunzione diventa definitiva e acquista efficacia di

²¹⁴ *Ex multis*, Giurì, nn. 82/2018, 60/2017, 81/2014.

²¹⁵ Art. 38 Codice di Autodisciplina.

²¹⁶ Giurì nn. 24/2012, 44/1983.

decisione. Al contrario, laddove venisse presentata un'opposizione motivata, l'ingiunzione si intende sospesa e il Presidente del Comitato di Controllo può decidere: se ritiene fondate le ragioni delle parti, può revocare l'ingiunzione e dichiarare l'archiviazione del caso, sentito il Comitato di Controllo; se non reputa fondata l'opposizione, trasmette gli atti al Giurì.

A sua volta, il Presidente del Giurì può scegliere se restituire gli atti al Presidente del Comitato affinché venga constatata la definitività dell'ingiunzione oppure, ritenendo opportuna una decisione del Giurì, revocare l'ingiunzione e convocare le parti entro il termine più breve possibile e comunque non oltre i termini previsti per la procedura ordinaria.

I termini imposti alle parti per conformarsi all'ingiunzione di desistenza sono i medesimi di quelli previsti per le pronunce del Giurì nell'ambito della procedura ordinaria, ma in questo caso decorrono dalla scadenza del termine per l'opposizione, ossia quando l'ingiunzione diviene definitiva²¹⁷.

1.7.4. La questione del conflitto di giudicati

Come si è avuto modo di vedere, i procedimenti illustrati finora presentano notevoli differenze tra loro. A causa della quasi totale assenza di coordinamento tra le fonti normative in materia pubblicitaria, uno stesso comportamento può configurare un illecito il cui accertamento e l'eventuale successiva censura, può essere rimessa alla competenza di più organi giudicanti²¹⁸. Ad esempio, la diffusione di una comunicazione commerciale menzognera da parte di un inserzionista può originare (i) un'azione civile per concorrenza sleale dinanzi al giudice ordinario, (ii) un'azione avanti l'AGCM promossa d'ufficio o su richiesta dei concorrenti, dei singoli consumatori, delle loro associazioni o degli enti pubblici che ne hanno interesse, nonché (iii) un'azione di fronte al Giurì per iniziativa di parte o del Comitato di Controllo²¹⁹. Il risultato è che, pur avendo ad oggetto la medesima

²¹⁷ Regolamento sui tempi tecnici di attuazione delle decisioni autodisciplinari.

²¹⁸ G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., p. 229; M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., p. 314.

²¹⁹ Per completezza, si consideri che vi sarebbe la possibilità di adire anche il giudice amministrativo, nel caso la pubblicità in questione avesse ad oggetto specifici prodotti (come quelli da fumo o alimentari), e il giudice penale, qualora venissero integrati gli estremi del reato di frode in commercio.

comunicazione commerciale, le pronunce rese da tali organi – tutti competenti – potrebbero essere in conflitto l’una con l’altra²²⁰.

Ciononostante, i limitati interventi del legislatore in materia di coordinamento tra i diversi procedimenti non hanno previsto alcuna pregiudizialità tra la risoluzione delle relative questioni al fine di ovviare ad un potenziale conflitto di giudicati.

Si considerino, ad esempio, gli artt. 8, co. 15 del Decreto sulla pubblicità ingannevole e 27, co. 15 del Codice del consumo. Tali norme fanno espressamente salva la giurisdizione del giudice ordinario, in aggiunta a quella dell’AGCM, in materia di atti di concorrenza sleale, nonché, per quanto concerne la pubblicità comparativa, in materia di atti compiuti in violazione della disciplina sul diritto d’autore e dei marchi d’impresa e degli altri segni distintivi di imprese, beni e servizi forniti dai concorrenti. Ciò facendo, le disposizioni citate precisano un aspetto importante, ossia che la procedura e le decisioni dell’AGCM non pregiudicano né limitano l’esperibilità dell’azione civile cui gli interessati siano legittimati, a tutela di un loro diritto o interesse individuale. Allo stesso tempo, però, non determinano l’instaurarsi di alcun nesso di pregiudizialità idoneo ad imporre reciprocamente la sospensione dei procedimenti ex art. 295 c.p.c.²²¹.

D’altro canto, la sospensione del procedimento innanzi all’AGCM può avvenire nell’ipotesi prevista dagli artt. 9, co. 2 del Decreto sulla pubblicità ingannevole e 27-ter, co. 3 del Codice del consumo in base ai quali, qualora fosse iniziata una procedura davanti al Giurì, le parti possono chiedere la sospensione del procedimento innanzi all’Autorità in attesa della pronuncia dell’organismo di autodisciplina. L’Autorità, valutate tutte le circostanze, può disporre la sospensione del procedimento per un periodo comunque non superiore a trenta giorni. Tale norma, che nell’opinione comune simboleggia il riconoscimento dell’autodisciplina da parte del legislatore italiano, non le ha però attribuito un chiaro ruolo alternativo al giudizio davanti all’AGCM²²²: innanzitutto, la decisione

²²⁰ A. GENOVESE, *L’enforcement e le tutele*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi*, cit., p. 215. Si veda anche A. CIATTI, *La tutela amministrativa e giurisdizionale*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 287 ss.

²²¹ L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve*, cit., p. 2877.

²²² *Ivi*, pp. 2877 ss.

di accogliere o meno l'istanza di sospensione è a totale discrezione dell'Autorità²²³; inoltre, anche laddove venisse accordata, si esclude che la decisione autodisciplinare la possa vincolare in alcun modo²²⁴. In sostanza, l'unico effetto che la dottrina ritiene ragionevole ricollegare a questa disposizione è quello di permettere all'Autorità di tenere conto nella sua pronuncia dei dati emersi nel procedimento autodisciplinare, pur se a sua discrezione e senza obbligo di motivare il proprio eventuale dissenso²²⁵.

Pare opportuno ricordare anche l'orientamento del Giurì di Autodisciplina, il quale, ribadendo la completa autonomia e indipendenza del sistema autodisciplinare rispetto a quello statale, ha sancito che «nessuna preclusione potrebbe in ogni caso verificarsi nei riguardi dell'istanza diretta a ottenere l'applicazione delle norme del Codice di Autodisciplina per il fatto che anteriormente o contemporaneamente si sia svolto un procedimento dinanzi all'Autorità garante avente per oggetto la stessa pubblicità e fra le stesse parti»²²⁶ e che «la valutazione dell'Autorità garante è ininfluyente rispetto al diverso giudizio degli organi autodisciplinari»²²⁷. In parole povere, diverso è il procedimento, diverso è l'organo giudicante, diverse sono le norme assunte a base della valutazione²²⁸.

Tuttavia, la reciproca autonomia tra i diversi procedimenti perde di valore nel momento in cui le decisioni emesse al termine di ognuno di essi sono vincolanti per le parti. Infatti, se una determinata condotta viene considerata lecita in una sede e illecita in un'altra, prevarrà sempre e comunque la seconda decisione. Nonostante ciò possa sembrare un grave «*vulnus* alla certezza del diritto», in realtà «si possono fare anche osservazioni di contrario segno»²²⁹.

²²³ Tra l'altro, nelle rare occasioni in cui tale istanza è stata presentata, l'Autorità l'ha sempre rigettata per mancanza del presupposto di fatto: invero, la decisione autodisciplinare interveniva sempre prima che la richiesta di sospensione fosse esaminata. Così AGCM nn. 11377 in *Boll.* 44/2002, 6055 in *Boll.* 22/1998, 5082 in *Boll.* 24/1997.

²²⁴ L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve*, cit., p. 2879.

²²⁵ *Ivi*, pp. 289-290.

²²⁶ Giurì n. 32/1994.

²²⁷ Giurì n. 100/1997.

²²⁸ Giurì n. 34/1994.

²²⁹ A. GENOVESE, *L'enforcement e le tutele*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi*, cit., p. 215

In primo luogo, è possibile «ridimensionare le preoccupazioni dei confronti del possibile moltiplicarsi di procedimenti amministrativi e giurisdizionali aventi ad oggetto la medesima condotta»: invero, «non è questo che si osserva nella prassi»²³⁰.

In secondo luogo, il fatto che vi sia un affiancamento di enforcement pubblico ed enforcement privato, nonostante possa a prima vista sembrare eccessivo, può essere strumentale a garantire l'effettività delle disposizioni poste a tutela del mercato, dei consumatori e degli investitori²³¹. Infatti, la vasta gamma di rimedi aumenta le possibilità per le parti lese di ottenere soddisfazione, lasciando agli operatori del diritto la scelta – che si può definire strategica – di quale strada intraprendere per raggiungere il risultato desiderato.

Ad esempio, si presume che un soggetto che ritiene di subire una lesione da una pubblicità ingannevole abbia interesse a ottenere un ordine di cessazione nel più breve tempo possibile. In tal caso, l'intervento del Giurì è il mezzo più idoneo ad assicurare tale risultato dal momento che, normalmente, l'intero procedimento autodisciplinare dura meno di un mese e l'onere della prova ricade sulla controparte. Se, in aggiunta, la parte lesionata è determinata ad ottenere il risarcimento del danno subito, può promuovere un'azione civile davanti al Tribunale delle Imprese per concorrenza sleale, sopportando, tuttavia, un allungamento dei tempi processuali, un aumento dei costi legali e l'obbligo di provare le proprie allegazioni.

Senonché, nel caso particolare di pubblicità apposta alla confezione di un prodotto, il procedimento autodisciplinare potrebbe non sortire gli effetti auspicati da un concorrente che la reputa ingannevole. Infatti, in base al Regolamento sui tempi tecnici di attuazione delle decisioni autodisciplinari, «l'ordine di cessazione che riguardi la confezione del prodotto [...] dovrà essere eseguito di regola nel termine di 120 giorni dal deposito della motivazione della decisione del Giurì». A ciò si aggiunga che «le confezioni e gli espositori del prodotto immessi sul mercato dall'inserzionista prima della scadenza di detto termine potranno essere commercializzati fino al loro naturale esaurimento». Questa disciplina, pertanto,

²³⁰ *Ivi*, p. 216. Si veda *infra* nt. 232 in questo Capitolo.

²³¹ *Ibidem*.

si pone in maniera estremamente favorevole nei confronti dell'inserzionista destinatario della decisione, che dispone di un termine alquanto generoso durante il quale poter continuare a diffondere indisturbato il messaggio giudicato ingannevole. In questa specifica ipotesi, al concorrente danneggiato da tale messaggio conviene quindi effettuare un ricorso cautelare per inibitoria al giudice civile (sezione specializzata in materia di impresa) ai sensi dell'art. 700 c.p.c. per violazione dell'art. 2598 n. 3 c.c., che, ricorrendone i presupposti, permetterà di ottenere in tempi celeri la cessazione della pubblicità contestata²³². Inoltre, il mancato rispetto della sanzione cautelare, determinerebbe l'applicazione della penale stabilita dal giudice.

Occorre precisare che questa strada sarebbe preclusa nel caso in cui la parte lesa avesse già ottenuto un ordine di cessazione da parte del Giudice: in applicazione del principio di buona fede, infatti, la scelta di promuovere un procedimento autodisciplinare comporta l'assoggettamento a tutte le sue regole, comprese quelle sui tempi di attuazione delle relative decisioni. Fondamentalmente, in questa circostanza è la materia stessa del contendere che determina la decisione di adire un organismo piuttosto che l'altro.

A determinare tale decisione può concorrere anche la qualifica soggettiva del soggetto leso. Invero, se ad essere danneggiato è un semplice consumatore, intenzionato ad agire nei confronti dell'impresa, ma restio a sostenere i costi dell'azione, egli può denunciare la pratica illecita all'AGCM, che a costo (praticamente) zero per l'interessato, può arrivare a infliggere pesanti sanzioni pecuniarie²³³. Tale strada è spesso percorsa anche dalle associazioni dei consumatori. Al contrario, se la condotta dal professionista lede un suo concorrente, è più facile che quest'ultimo prediliga, come visto sopra, la via dell'autodisciplina o della giurisdizione ordinaria.

²³² Si segnala che, teoricamente, l'interessato avrebbe la facoltà di instaurare anche un giudizio nel merito nel quale proporre una domanda di risarcimento dei danni subiti ex art. 2600, co. 1 c.c.. Tuttavia, a conoscenza di chi scrive, tale domanda è stata accolta solo dal Tribunale di Torino, che con sentenza datata 9 dicembre 2011, ha condannato Johnson&Johnson a risarcire L'Oreal Italia di circa 400mila euro per aver diffuso una pubblicità denigratoria e comparativa. Il messaggio, che riguardava prodotti cosmetici per il viso, pubblicizzava un prodotto antirughe contraddistinto da uno dei marchi J&J affermando che questo fosse "sino a tre volte più efficace" di tre creme viso, una delle quali contraddistinta da un celebre marchio di L'Oreal.

²³³ *Ivi*, p. 211.

Tuttavia, il recepimento della Direttiva Omnibus nell'ordinamento nazionale²³⁴, e quindi l'innalzamento del massimo edittale della sanzione ad un importo almeno pari al 4% del fatturato annuo potrebbe cambiare le cose, favorendo un maggiore ricorso all'AGCM anche da parte dei concorrenti. Infatti, a fronte della *probatio diabolica* consistente nel dimostrare il danno subito a causa della pubblicità ingannevole di un concorrente, nonché dell'impossibilità del Giurì di imporre sanzioni pecuniarie (e dunque di avere un reale effetto deterrente) nei confronti del professionista responsabile di tale messaggio decettivo, la semplice denuncia all'AGCM sembrerebbe ovviare a tali problematiche. Ciò potrebbe verificarsi, ad esempio, nel caso di Somatoline, noto marchio di una crema (asseritamente) dimagrante, che, a causa delle proprie pubblicità particolarmente ambigue ed esagerate, è stata oggetto di tre pronunce del Giurì²³⁵, due ingiunzioni del Comitato di Controllo²³⁶, nonché due provvedimenti dell'AGCM²³⁷, tutti in senso sfavorevole a Somatoline. Nonostante ciò, la sanzione più alta ricevuta, originariamente di 490.000 euro e successivamente ridotta a 200.000 euro, è stata comminata in un anno in cui la società aveva ricavato 260 milioni euro di utili²³⁸. Qualora, in seguito al recepimento della Direttiva Omnibus, Somatoline diffondesse una pubblicità simile a quelle del passato in un anno altrettanto proficuo, la sanzione potrebbe invece superare i 10 milioni euro, riuscendo a scalfire in maniera ben più importante i guadagni della società.

1.8. Le nuove sfide del XXI secolo: la pubblicità sui mezzi digitali

Sinora, la trattazione si è concentrata sul fenomeno pubblicitario in generale e sull'analisi dei diversi elementi che caratterizzano quella branca del diritto nota come "diritto della pubblicità". Come si è avuto modo di constatare, questo settore

²³⁴ In base all'art. 7 Direttiva Omnibus, il recepimento deve avvenire entro il 28 novembre 2012 e le nuove disposizioni nazionali saranno applicabili a partire dal 28 maggio 2022.

²³⁵ Giurì nn. 39/2013, 87/2008, 148/2007.

²³⁶ Comitato di Controllo nn. 29/2009, 125/2005.

²³⁷ AGCM nn. 20493 in *Boll.* 47/2009, 15494 in *Boll.* 20/2006.

²³⁸ R. LA PIRA, *Le bugie nei messaggi pubblicitari di Somatoline costano 490 mila di multa alla Manetti-H.Roberts*, in *Nova-Il Sole 24 Ore*, 16 dicembre 2009, disponibile al link <https://robertolapira.nova100.ilsole24ore.com/2009/12/16/le-bugie-nella-pubblicita-di-somatoline-costano-490-mila-di-multa-alla-manetti-hroberts/?refresh_ce=1> (ultimo accesso: 12 gennaio 2021).

ha subito una grande evoluzione: da una quasi totale assenza di regolamentazione negli anni '50, oggi si contano molteplici fonti, legislative e non, aventi ad oggetto la comunicazione commerciale, nonché una varietà di istituzioni adibite alla vigilanza sull'operato dei protagonisti del mondo della pubblicità.

La fine del secolo scorso ha portato con sé la novità che ha determinato l'inizio dell'era digitale: Internet. Ma è solo con l'introduzione, nel 1993, del World Wide Web (WWW), l'interfaccia grafica che permette di consultare le informazioni circolanti sulla rete, che questo nuovo strumento comincia ad assumere rilevanza dal punto di vista commerciale. Infatti, solo un anno più tardi, nasce il banner e, con esso, la pratica della pubblicità online²³⁹. Col passare del tempo, ulteriori tipologie di comunicazioni pubblicitarie fanno la loro apparizione sugli schermi dei consumatori: da quelle meglio conosciute quali le newsletter e i pop-up, a quelle più complesse come il Retargeting²⁴⁰ e il Keyword Search Advertising²⁴¹.

In sostanza, la rete è diventata una vetrina pubblicitaria a basso costo e ad elevata visibilità, che consente ai messaggi pubblicitari una diffusione globale²⁴². Ma vi sono altri vantaggi per gli inserzionisti che optano per questa nuova forma di comunicazione commerciale. Innanzitutto, la pubblicità online favorisce l'immediata compravendita, facendo così coincidere il momento in cui il consumatore percepisce il messaggio pubblicitario relativo a un prodotto con quello in cui decide di acquistarlo. Pertanto, assumono molta più rilevanza l'apparenza e l'aspetto accattivante del messaggio, piuttosto che il suo contenuto. Inoltre, vi è il grande vantaggio della misurabilità della sua efficacia: dal momento che i server

²³⁹ L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve*, cit., p. 2632.

²⁴⁰ Il Retargeting è una funzionalità che consente di ricontattare gli utenti che sono transitati per il sito web dell'inserzionista. Tecnicamente, si avvale di cookie, tag o altri codici identificativi per profilare gli utenti che entrano in contatto con uno specifico sito e poter così riconoscerli quando navigano in altri siti web. Definizione di GlossarioMarketing consultabile su <https://www.glossariomarketing.it/significato/retargeting/> (ultimo accesso: 21 novembre 2020).

²⁴¹ Il Keyword Advertising è la pubblicità legata alla ricerca di parole o frasi chiave (keyword) all'interno dei motori di ricerca. Consiste nell'inserimento a pagamento di riferimenti testuali a un'azienda o a un prodotto visualizzabili nelle SERP (Search Engine Results Page) in corrispondenza della digitazione di specifiche parole o frasi chiave da parte degli utenti. Nelle campagne di Keyword Advertising, in altri termini, l'inserzionista pubblicitario acquista un insieme di keyword rispetto alle quali far uscire il proprio annuncio, scegliendole fra quelle individuate come più rilevanti per la ricerca che effettuerà il potenziale destinatario dell'annuncio medesimo. Definizione di GlossarioMarketing, consultabile su <https://www.glossariomarketing.it/significato/keyword-advertising/> (ultimo accesso: 21 novembre 2020).

²⁴² E. APA, *La pubblicità commerciale*, cit., p. 26.

registrano sotto forma di file le interazioni degli utenti con gli annunci pubblicitari, l'inserzionista può avere sempre una chiara idea dell'interesse – o viceversa dell'indifferenza – che esso ha suscitato e agire di conseguenza²⁴³.

L'altra faccia della medaglia è però costituita dalle sfide che tali forme di comunicazione – in particolare quelle che sfruttano i social network come canale di diffusione – pongono alla regolamentazione del fenomeno pubblicitario. I messaggi condivisi su nuove piattaforme, infatti, si pongono al di fuori degli schemi tradizionali, in parte scardinando l'"infrastruttura" illustrata nei paragrafi precedenti. Invero, da un lato manca una normativa statutale che disciplini espressamente il fenomeno, lasciando alle autorità adibite al controllo della comunicazione commerciale il compito di sussumere la fattispecie nelle norme generali; dall'altro i gestori dei social network «non hanno aderito, né in via contrattuale né in via associativa, al Codice di Autodisciplina e allo IAP e, pertanto, non ne sono vincolati»²⁴⁴. Ne deriva che gli inserzionisti che vi diffondono i propri messaggi pubblicitari non saranno tenuti a sottoscrivere alcun contratto contenente la clausola di accettazione e, conseguentemente, potranno eludere l'applicazione delle norme autodisciplinari²⁴⁵.

Possono quindi essere individuati alcuni elementi problematici intrinseci della comunicazione commerciale online: (i) la transnazionalità, che comporta che un messaggio lecito in uno Stato possa contrastare con la legislazione di un altro e che quindi fa sorgere questioni di giurisdizionalità²⁴⁶; (ii) la velocità di propagazione e l'audience potenzialmente mondiale, che mettono a rischio l'efficacia di eventuali ordini di cessazione; (iii) la temporaneità²⁴⁷, che potrebbe

²⁴³ L. FURLANETTO, *La pubblicità online e le comunicazioni commerciali (Relazione presentata al convegno dal titolo "Dalla lex mercatoria alla lex electronica nell'architettura dell'e-business: opportunità, questioni legali e tecnologiche applicate al mercato" svoltosi in Santa Margherita Ligure (BE) il 5 e 6 maggio 2006 e organizzato dal Circolo dei Giuristi Telematici)*, in *Altalex*, 19 marzo 2007, disponibile al link <<https://www.altalex.com/documents/news/2007/03/19/la-pubblicita-online-e-le-comunicazioni-commerciali>> (ultimo accesso: 12 gennaio 2021).

²⁴⁴ G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., p. 5.

²⁴⁵ *Ivi*, p. 6.

²⁴⁶ L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve*, cit., p. 2633. La questione della competenza giurisdizionale dei giudici dello Stato ove ha domicilio il consumatore che ha concluso un contratto sulla base di una pubblicità diffusa via Internet è un tema particolarmente complesso. Sul punto, si veda C. giust., 7 dicembre 2010, casi riuniti *Pammer e Alpenhof*, C-585/08 e C-144/09.

²⁴⁷ La durata dei messaggi pubblicitari sui social network, in particolare su Instagram, può essere limitata a 24 ore (nel caso delle c.d. "stories").

far dubitare della convenienza di instaurare un procedimento; (iv) infine, la mancanza di trasparenza. In merito a quest'ultimo aspetto, particolarmente preoccupante è la tendenza a non dichiarare l'intento commerciale dei messaggi pubblicitari, spesso concepiti in modo da confondersi con i contenuti editoriali delle piattaforme, con la conseguente integrazione della fattispecie di pubblicità occulta (*infra* §2.4.).

L'avvento del c.d. "influencer marketing" (*infra* §2.5.) non ha fatto altro che accentuato tali problematiche. Invero, gli inserzionisti che pagano gli influencer per la promozione dei propri prodotti o servizi sui canali social di questi ultimi (il c.d. "endorsement"), possono contare sul fatto che gli influencer – soprattutto quelli che non sono personaggi universalmente noti per essere delle celebrità²⁴⁸ – non sono normalmente vincolati al sistema autodisciplinare. È quindi evidente come questa strategia abbia determinato una contrazione dell'ambito di applicabilità del Codice di Autodisciplina, mettendo così a rischio la tutela dei consumatori che si imbattono in tali messaggi. Tuttavia, a partire dal 2019, tale tendenza ha subito un'inversione: alcuni influencer, tramite le società o agenzie incaricate della loro rappresentanza, e altri organismi attivi nel settore hanno iniziato ad aderire allo IAP²⁴⁹.

Ciononostante, permangono dei dubbi: possono gli influencer essere considerati degli sponsor o, in generale, degli operatori economici? Quand'è che da "non professionisti" diventano "professionisti" ai fini delle norme statali e autodisciplinari? È possibile distinguere tra User Generated Content (UGC)²⁵⁰ e contenuti promozionali?²⁵¹ In sintesi, gli endorsement possono costituire una forma di "pubblicità" nel senso giuridico del termine? E in caso di risposta positiva,

²⁴⁸ Si veda §2.4.2. d) per la differenza tra influencer in senso stretto e celebrity.

²⁴⁹ *Ibidem*. Tra le agenzie di influencer, si annovera TBS Crew S.r.l., società fondata e guidata da Chiara Ferragni, influencer di moda con un seguito di circa 22 milioni di follower su Instagram.

²⁵⁰ «Gli user generated content, o UGC, sono contenuti di varia natura – video, testi, immagini, audio e così via – che sono postati e liberamente condivisi dagli utenti su blog, forum, social media, wiki». Definizione di Inside Marketing, consultabile su <<https://www.insidemarketing.it/glossario/definizione/user-generated-content/>> (ultimo accesso: 21 novembre 2020).

²⁵¹ Dubbio che rimanda all'annosa questione se i messaggi pubblicitari debbano essere considerati manifestazioni del pensiero, protetti dall'art. 21 Cost., o forme di iniziativa economica privata, tutelate dall'art. 41 Cost. (*supra* §1.2.).

sono essi idonei a costituire una fattispecie di “pubblicità occulta” nel momento in cui gli influencer non ne esplicitano la natura promozionale?

Nei prossimi Capitoli si tenterà di dare risposta a queste domande.

CAPITOLO II – LA PUBBLICITÀ INGANNEVOLE E L’IPOTESI DI PUBBLICITÀ OCCULTA SUI SOCIAL NETWORK: INQUADRAMENTO NORMATIVO E PRIME FORME DI REGOLAMENTAZIONE IN ITALIA E ALL’ESTERO

SOMMARIO: PARTE I – La disciplina della pubblicità ingannevole: 2.1. Il problema dell’inganno pubblicitario – 2.2. Il divieto legislativo della pubblicità ingannevole – 2.2.1. L’evoluzione della disciplina: dalla carenza legislativa all’attuazione delle direttive comunitarie – 2.2.2. I decreti legislativi del 2007 e i rispettivi campi di applicazione – 2.2.3. Le nozioni di “pratica commerciale ingannevole” e di “pubblicità ingannevole” e i criteri di valutazione dell’ingannevolezza – 2.3. Il divieto autodisciplinare della pubblicità ingannevole – 2.4. La pubblicità occulta – 2.4.1. Il principio di trasparenza – 2.4.2. Casistica
PARTE II – La disciplina dell’endorsement in Italia e all’estero: 2.5. L’influencer marketing: origini, caratteristiche e problematiche del fenomeno – 2.6. La regolamentazione dell’endorsement in Italia – 2.7. La regolamentazione dell’endorsement negli Stati Uniti – 2.7.1. La Federal Trade Commission – 2.7.2. La Sezione 5 del FTCA e le linee guida della Federal Trade Commission – 2.8. Soft law

PARTE I - La disciplina della pubblicità ingannevole

2.1. Il problema dell’inganno pubblicitario

Si è già parlato, nel corso del Capitolo I, della funzione primaria svolta dalla pubblicità: quella informativa. Accanto a tale (originaria) funzione, «la moderna pubblicità commerciale ha tuttavia esercitato, fin dal suo nascere, un potere persuasivo»¹ derivante, da un lato, dalla volontà dell’imprenditore di diffondere

¹ G. GHIDINI, *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 18.

informazioni favorevoli al proprio prodotto; dall'altro, dal fascino dei nuovi mezzi di comunicazione di massa².

Nel corso del tempo, tale potere è stato «elevato a funzione dell'attività pubblicitaria», «via via assumendo un rilievo dominante rispetto a quella informativa»³. Infatti, l'evoluzione del mercato in forme concorrenziali sempre più libere ha trasformato sempre più la pubblicità in «uno strumento in grado di orientare i consumi, stimolare i bisogni e promuovere l'assorbimento della domanda»⁴, a discapito del suo contenuto informativo.

Parallelamente, è diventato più frequente il ricorso a espedienti quali la distorsione della realtà, l'uso di dati fallaci, menzogneri o illusori e la glorificazione di qualità non realmente appartenenti al prodotto o servizio oggetto della comunicazione. Tutto ciò ha determinato il diffondersi di messaggi idonei a trarre in inganno il consumatore, confondendolo sulle reali caratteristiche del bene pubblicizzato⁵. Ad intensificare tale attitudine ingannatoria, hanno poi contribuito le invadenti tecniche utilizzate dai mass media, nonché lo sviluppo di sofisticate tattiche persuasive da parte degli inserzionisti⁶.

Il ricorso a questo *modus operandi* non è una novità: già nel 1975 lo scrittore e giornalista Herbert George Wells criticava la pubblicità sostenendo che non fosse altro che «menzogna legalizzata»⁷. Benché non si possa condividere tale affermazione, si deve riconoscere l'importanza di adottare misure idonee, da un lato, a contrastare l'uso di pubblicità ingannevole e, dall'altro, a tutelare l'affidamento e la libertà di autodeterminazione dei consumatori⁸. Invero, si è già parlato della capacità della pubblicità di porsi in contrasto con gli interessi diffusi di questi ultimi (*supra* §1.1.).

Attenzione, però, a non cadere nell'errore di pensare che la repressione della pubblicità menzognera sia un'attività a solo beneficio della classe dei consumatori:

² *Ibidem.*

³ *Ibidem.*

⁴ G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., p. 41.

⁵ M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., p. 57; G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., p. 41.

⁶ M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., pp. 57-58.

⁷ H.G. WELLS, in *H.G. Wells, early writings in Science and Science Fiction*, 1975, Los Angeles, p.35.

⁸ Principi codificati nel già citato art. 2, co. 2, lett. c) cod. cons., che riconosce il «diritto [dei consumatori, ndr] ad un'adeguata informazione e a una corretta pubblicità».

l'inganno subito dal pubblico, oltre a recare un pregiudizio ai singoli individui, danneggia indirettamente anche le imprese concorrenti. Infatti, permettendo all'inserzionista di guadagnare un indebito vantaggio rispetto ai propri concorrenti, tale pratica decettiva può finire per causare uno sviamento di clientela a favore di chi la implementa. Tra l'altro, è interessante notare che, fino alla metà del secolo scorso, la normativa in materia di pubblicità ingannevole regolava quasi esclusivamente l'aspetto concorrenziale; solo in un secondo momento si è ritenuto di prevedere delle disposizioni legislative intese a proteggere i consumatori come tali⁹ (*infra* §2.2.).

Il problema dell'inganno pubblicitario si pone dunque su due fronti che, pur differenziandosi sotto determinati profili, presentano molti aspetti condivisi¹⁰. Pertanto, i prossimi paragrafi offriranno una panoramica delle disposizioni legislative e autodisciplinari in materia di pubblicità ingannevole a tutela degli interessi di entrambe le categorie di soggetti.

2.2. Il divieto legislativo della pubblicità ingannevole

Avendo già affermato la natura disorganica del quadro legislativo in materia di pubblicità ingannevole in Italia (*supra* §1.3.1.), occorre entrare nel merito delle varie iniziative che si sono susseguite negli anni e che sono sfociate nell'attuale assetto normativo.

2.2.1. L'evoluzione della disciplina: dalla carenza legislativa all'attuazione delle direttive comunitarie

Un tempo non esisteva una normativa mirata a reprimere l'inganno pubblicitario in generale: in virtù di alcuni interventi legislativi realizzati a partire dal periodo fascista, essa era stata affidata a previsioni sparse del Codice civile e penale¹¹ e a leggi settoriali d'impronta pubblicistica che, regolando la pubblicità di

⁹ M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., p. 58.

¹⁰ *Ivi*, pp. 58, 298.

¹¹ In particolare, gli artt. 513 (Turbata attività dell'industria o del commercio), 515 (Frode nell'esercizio del commercio), 516 (Vendita di sostanze genuine come non genuine), 517 (Vendita di prodotti industriali con segni mendaci), 640 (Truffa) c.p..

specifici prodotti, vietavano anche quella ingannevole¹². Tuttavia, al di fuori di tali settori merceologici, ed esclusa l'ipotesi di reato, l'unico strumento per contrastare la pubblicità ingannevole era quello, di natura privatistica, riconducibile alla concorrenza sleale. In particolare, si faceva leva sull'art. 2598, n. 3 c.c., in base al quale «compie atti di concorrenza sleale chiunque [...] si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda». L'applicazione di questa norma, però, non offriva uno spettro di tutela sufficientemente ampio, essendo i relativi rimedi riservati ai soli concorrenti e alle loro associazioni e, quindi, fuori dalla portata dei consumatori¹³.

Sull'inadeguatezza di questo sistema la dottrina non ha mancato di esprimersi¹⁴. Degna di nota è, in particolare, la posizione di un autorevole studioso, il quale, nel 1970, descriveva le norme in materia di comunicazione pubblicitaria come «a tal punto eterogenee, frammentarie ed episodiche da non rappresentare neppure l'embrione di una disciplina giuridica organica e razionale»¹⁵. L'irrazionalità di tale sistema aveva così determinato il contestuale insorgere di due esigenze: da un lato, quella di colmare i vuoti legislativi e, dall'altro, quella di coordinare l'esistente “mosaico di norme”. In sostanza, già allora la necessità di un cambiamento d'assetto era più che mai pressante¹⁶.

¹² Tra le norme settoriali, si ricorda, tra le molte, l'art. 51 R.D.I. del 15 ottobre 1925, n. 2033 in materia di prodotti alimentari, che vietava di offrire in vendita prodotti agricoli «adottando nomi impropri non rispondenti alla natura della merce o tali da sorprendere la buona fede o da indurre in errore gli acquirenti circa la natura della merce stessa».

Tra quelle emanate nel dopoguerra, si vedano art. 10 l. 10 aprile 1954, n. 125, recante “Tutela delle denominazioni di origine e tipiche dei formaggi”; art. 13 l. 30 aprile 1962, n. 283, recante “Disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande”; art. 7 l. 23 febbraio 1968, n. 116, recante “Disciplina della produzione e del commercio degli sciroppi e delle bevande a base di mandorla”.

Tra le più recenti, riveste particolare importanza il d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44, recante “Attuazione della direttiva 2007/65/CE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive”, di modifica al d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177, recante “Testo unico dei servizi di media audiovisivi e Radiofonici”.

¹³ Sul punto si sono espressi E. APA, *La pubblicità commerciale*, cit., p. 248; P. AUTERI, *La disciplina della pubblicità*, cit., p. 427; L. PRINCIPATO, *La pubblicità commerciale*, cit., pp. 209 ss.

¹⁴ Cfr. M. FUSI, *La comunicazione pubblicitaria*, cit., pp. 373 ss.; G. GHIDINI, *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 11 ss; A. VANZETTI, *La repressione della pubblicità menzognera*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, pp. 608 ss.

¹⁵ M. FUSI, *La comunicazione pubblicitaria*, cit., p. 373.

¹⁶ *Ivi*, p. 374.

A tale mancanza aveva parzialmente supplito il sistema autodisciplinare, che già all'epoca del Codice di Lealtà Pubblicitaria aveva codificato il divieto di pubblicità ingannevole¹⁷. Ciononostante, permaneva l'esigenza di disciplinare il fenomeno della pubblicità decettiva a livello di normativa statale.

Considerando il numero di interventi legislativi che si sono susseguiti e la complessità dell'impianto normativo che ne è derivato, si ritiene opportuno anteporre all'analisi delle varie misure adottate in materia di pubblicità ingannevole (e non solo) uno schema di quelle di maggior rilievo¹⁸ al fine di facilitarne la comprensione.

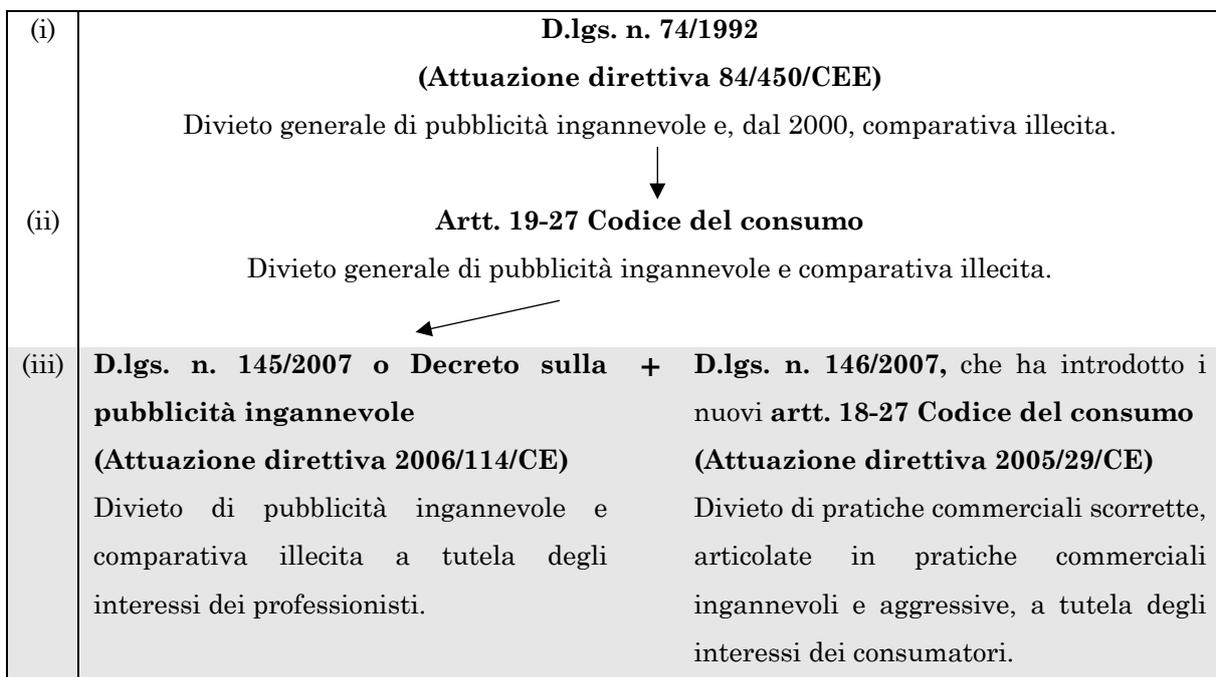


Fig. 1.

Il primo intervento degno di nota è il d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 (punto (i) Fig. 1), con cui l'Italia ha dato attuazione alla direttiva 84/450/CEE¹⁹ finalizzata all'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole. Tale provvedimento, sancendo un divieto generale di pubblicità ingannevole per qualsiasi prodotto o servizio, a prescindere dal mezzo utilizzato, è

¹⁷ Ad oggi, il divieto è contenuto nell'art. 2 Codice di Autodisciplina (*infra* §2.3.).

¹⁸ Con lo sfondo bianco, le disposizioni abrogate (d.lgs. n. 74/1992) o non più in vigore (artt. 19-27 cod. cons. prima delle modifiche attuate dai d.lgs. nn. 145 e 146/2007); con lo sfondo grigio, le disposizioni vigenti; tra parentesi, le direttive comunitarie di cui i decreti costituiscono attuazione.

¹⁹ Direttiva 84/450/CEE del Consiglio, del 10 settembre 1984, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole.

stato il primo a introdurre nel nostro ordinamento – seppur con qualche anno di ritardo rispetto agli altri Stati membri – una disciplina a tutela non solo dei professionisti, ma anche dei consumatori e della collettività nel suo complesso²⁰. Così facendo, è stata assicurata «la repressione della pubblicità ingannevole, nell'interesse generale e in quello di tutte le categorie di soggetti presenti sul mercato, sul presupposto – accolto dalle premesse della direttiva CEE 84/450 – che la pubblicità ingannevole possa avere effetti distorsivi della concorrenza e dunque pregiudicare sia gli interessi economici dei consumatori, sia quelli dei professionisti»²¹. Poco tempo dopo, il d.lgs. n. 67/2000 di attuazione della direttiva 97/55/CE²² ha modificato il d.lgs. n. 74/1992, estendendone l'ambito applicativo alla regolamentazione della pubblicità comparativa.

Come già detto (*supra* §1.4.2.), il d.lgs. n. 74/1992 ha altresì attribuito all'AGCM²³ il compito di reprimere, su segnalazione dei soggetti legittimati²⁴, la pubblicità ingannevole e, in seguito alla novella del 2000, la pubblicità comparativa illecita. In particolare, la violazione dei relativi divieti era sanzionata con l'ordine di cessazione della pubblicità esaminata e la proibizione di riprenderla in futuro, cui poteva eventualmente aggiungersi l'ulteriore obbligo di pubblicazione della decisione o di apposita dichiarazione rettificativa. Integrando tale impianto

²⁰ In base all'art. 2, co. 1, lett. b) d.lgs. n. 74/1992, ora abrogato, «per "pubblicità ingannevole", [si intende] qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione, induca in errore o possa indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, leda o possa ledere un concorrente».

²¹ L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve*, cit., p. 2809.

²² Direttiva 97/55/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 6 ottobre 1997, che modifica la direttiva 84/450/CEE relativa alla pubblicità ingannevole al fine di includervi la pubblicità comparativa.

²³ L'art. 4 della direttiva 84/450/CEE lasciava gli Stati membri liberi di scegliere se attribuire la competenza a reprimere la pubblicità ingannevole ad organi giurisdizionali ovvero amministrativi. Dopo un'intensa discussione in sede legislativa, la scelta ricadde sull'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, istituita due anni prima con la l. n. 287/1990. Infatti, come riporta V. MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole*, cit., p. 104, «il sovraccarico di lavoro e la conseguente cronica lentezza della macchina giudiziaria italiana non garantivano la soddisfazione di quelle esigenze di celerità che deve necessariamente presiedere all'organizzazione di un sistema di controllo della pubblicità». Si noti che, nonostante molti Paesi europei che avevano già implementato la direttiva avessero favorito l'alternativa dell'autorità giudiziaria, l'Italia ha optato per un modello che, più di tutti, si avvicina a quello statunitense, dove la competenza di cui si sta discutendo è affidata alla Federal Trade Commission (FTC).

²⁴ Vale a dire «i concorrenti, i consumatori, le loro associazioni ed organizzazioni, il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, nonché ogni altra pubblica amministrazione che ne abbia interesse in relazione ai propri compiti istituzionali» (art. 7, co. 1 d.lgs. n. 74/1992). Si evidenzia il fatto che all'epoca l'Autorità non poteva agire d'ufficio.

sanzionatorio, la l. 6 aprile 2005, n. 49 (c.d. legge Giulietti)²⁵ ha successivamente conferito all’Autorità il potere di comminare anche una sanzione amministrativa pecuniaria nella misura da 1.000 euro (25.000 euro nel caso di messaggi pubblicitari ingannevoli su prodotti pericolosi o pubblicità diretta a bambini e adolescenti) a 100.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

Terminata questa fase di “creazione del diritto”, il legislatore ha, in un primo momento, intrapreso un’opera di riorganizzazione della normativa. In particolare, in forza della delega²⁶ per il riassetto delle disposizioni in materia di tutela dei consumatori, nel 2005, il d.lgs. n. 74/1992 è stato trasposto all’interno del Codice del consumo (d.lgs. n. 206/2005), andando ad occupare gli artt. dal 19 al 27 (punto (ii) Fig. 1). In questo caso, il mutamento di sede non ha determinato una modifica sostanziale del contenuto normativo²⁷.

Viceversa, il successivo intervento legislativo, di adeguamento al diritto comunitario, ha provocato un radicale cambiamento nell’assetto normativo nazionale in materia pubblicitaria (punto (iii) Fig. 1).

2.2.2. I decreti legislativi del 2007 e i rispettivi campi di applicazione

Nel 2007, il legislatore italiano è stato chiamato a recepire la direttiva 2005/29/CE²⁸ e la direttiva 2006/114/CE²⁹.

La prima, conosciuta anche come “Direttiva sulle pratiche commerciali sleali”, è stata emanata con l’intento di armonizzare le legislazioni degli Stati membri «in materia di pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici

²⁵ Legge 6 aprile 2005, n. 49, “Modifiche all’articolo 7 del decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74, in materia di messaggi pubblicitari ingannevoli diffusi attraverso mezzi di comunicazione”.

²⁶ Delega contenuta nella Legge 29 luglio 2003, n. 229, “Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione. - Legge di semplificazione 2001”.

²⁷ Così E. APA, *La pubblicità commerciale*, cit., p. 251. Si veda anche G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., p. 45.

²⁸ Direttiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell’11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e 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.

²⁹ Direttiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa.

dei consumatori» al fine di «contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori»³⁰. Questa direttiva impone dunque agli Stati membri di vietare le pratiche commerciali che siano sleali, vale a dire quelle pratiche che siano contrarie «alle norme di diligenza professionale» e che falsino o siano idonee «a falsare in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta»³¹. In particolare, oltre alle pratiche commerciali aggressive³², vengono qualificate come sleali quelle ingannevoli. Queste ultime, di maggior rilievo ai fini della presente trattazione, possono concretizzarsi in azioni od omissioni e consistono in quelle pratiche commerciali che contengono informazioni false o che, in qualsiasi modo, ingannano il consumatore medio e lo inducono «ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso»³³.

Il secondo provvedimento cui il nostro legislatore ha dovuto dare attuazione è la direttiva 2006/114/CE. Nonostante essa consista nella versione novellata della direttiva 84/450/CEE, abrogata per ragioni di chiarezza e razionalizzazione³⁴, la nuova direttiva ha preservato la maggior parte della disciplina previgente, limitandone però l'ambito di applicazione. Infatti, essa «ha lo scopo di tutelare [non più «il consumatore e le persone che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, nonché gli interessi del pubblico in generale», ma solamente] i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali e di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa»³⁵.

Quanto sopra rappresenta un drastico cambio di direzione rispetto alla prospettiva originaria, che si poteva definire di matrice “unitarista” e che trovava

³⁰ Art. 1 direttiva 2005/29/CE.

³¹ Art. 5 direttiva 2005/29/CE. Si veda anche l'art. 2, lett. e), in base al quale per “falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori” si intende «l'impiego di una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

³² Artt. 8-9 direttiva 2005/29/CE.

³³ Artt. 6 e 7 direttiva 2005/29/CE, aventi ad oggetto, rispettivamente, le azioni e le omissioni ingannevoli.

³⁴ Considerando n. 1 direttiva 2006/114/CE.

³⁵ Art. 1 direttiva 2006/114/CE (enfasi aggiunta).

riscontro nella direttiva 84/450/CEE, separando la tutela dei consumatori dalla quella dei professionisti. Da questo momento, gli interessi di queste due categorie di soggetti non sono più protetti dalle medesime disposizioni, circostanza che – come si vedrà in seguito – pone alcuni problemi di coordinamento tra le due discipline.

L'Italia ha adeguato la propria disciplina pubblicitaria mediante l'emanazione dei già citati d.lgs. nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007. In linea con la normativa comunitaria, tali decreti hanno realizzato un doppio binario di tutela³⁶: il primo, già rinominato “Decreto sulla pubblicità ingannevole”, ha accolto la vecchia disciplina in materia di pubblicità ingannevole e comparativa – in origine dettata dal d.lgs. n. 74/1992 e successivamente trasposta nel Codice del consumo – ed è stato posto a tutela dei professionisti nei propri rapporti B2B; il secondo è andato a colmare la lacuna lasciata nel Codice del consumo con una nuova serie di norme (artt. 18-27-quater) in materia di pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori poste a tutela di questi ultimi.

La novella del 2007 ha altresì esteso i poteri dell'AGCM, l'organismo competente a reprimere le violazioni sia del Codice del consumo che del Decreto sulla pubblicità ingannevole. La novità più rilevante concerne la possibilità di attivare i procedimenti d'ufficio: se prima l'Autorità era tenuta a provvedere nei confronti di ogni segnalazione che riceveva³⁷, adesso «diviene arbitro dell'avvio o del non avvio dei procedimenti»³⁸. Inoltre, è stato elevato l'importo delle sanzioni comminabili³⁹ ed è stata introdotta la possibilità di imporre un'ammenda in caso di inottemperanza ai provvedimenti d'urgenza, ai provvedimenti inibitori o di

³⁶ Del “doppio binario di tutela” parlano A. LEONE, *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, in *Dir. ind.*, 2008, p. 255 e E. APA, *La pubblicità commerciale*, cit., p. 251. Per una critica al nuovo assetto normativo, si veda L. PRINCIPATO, *La pubblicità commerciale*, cit., pp. 260 ss., che sostiene la necessità di «un intervento di riforma organico – dunque un vero e proprio codice della pubblicità – in ragione della specialità e rilevanza della materia, non una polverizzazione normativa fondata su diverse considerazioni degli interessi da proteggere»; V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi*, cit., pp. 87 ss., in particolare 90-92.

³⁷ Salvo che fosse incompleta o manifestamente infondata.

³⁸ V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi*, cit., p. 95.

³⁹ Art. 27, co. 9 cod. cons. e art. 8, co. 9 Decreto sulla pubblicità ingannevole. In particolare, l'arco edittale va da 5.000 a 500.000 euro nel caso di accertamento di violazione dei divieti imposti dal Decreto sulla pubblicità ingannevole, mentre può arrivare fino a 5.000.000 euro se ad essere violati sono i divieti sanciti dal Codice del consumo (modifica introdotta dal d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 135).

rimozione degli effetti, nonché la sospensione dell'attività d'impresa per un periodo non superiore a trenta giorni per reiterata inottemperanza⁴⁰.

La questione principale da risolvere consiste nel delimitare i campi di applicazione del Codice del consumo, da una parte, e del Decreto sulla pubblicità ingannevole, dall'altra. A prima vista, tale compito potrebbe sembrare semplice – il primo opera nei rapporti B2C, il secondo in quelli B2B –, ma da un'analisi più attenta emerge che le sfere in cui le due normative operano non sempre sono ben distinte tra loro, potendo a tratti sovrapporsi l'una all'altra. Ciononostante, la scelta di separarle «significa evidentemente che si è voluto che la valutazione delle fattispecie soggette all'una o all'altra disciplina debba avvenire con criteri (in parte) diversi»⁴¹.

a) Il d.lgs. n. 146/2007 e le modifiche al Codice del consumo

Il Codice del consumo delimita il proprio ambito di applicazione tramite un'apposita norma, l'art. 19, stabilendo che il Titolo III, rubricato “Pratiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali”, «si applica alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori»⁴². La definizione di “pratica commerciale scorretta” fornita dall'art. 20, co. 2 cod. cons. non si discosta da quella comunitaria già enunciata sopra se non per la scelta di utilizzare il termine “scorretto” anziché “sleale”, indotta dall'esigenza di «evitare di ingenerare confusione tra la nuova disciplina e quella sulla concorrenza sleale di cui all'art. 2598 c.c.»⁴³. Conformandosi, invece, a quanto previsto dalla direttiva 2005/29/CE, il Codice del consumo qualifica come scorrette le pratiche commerciali ingannevoli (artt. 21-22) e quelle aggressive (artt. 24-25), elencando negli artt. 23

⁴⁰ Art. 27, co. 12 cod. cons. e art. 8, co. 12 Decreto sulla pubblicità ingannevole. Anche in questo caso gli importi sono differenti: da 10.000 a 150.000 euro nel Decreto sulla pubblicità ingannevole, da 10.000 a 5.000.000 euro nel Codice del consumo (massimale aumentato dal d.l. di cui alla nota precedente).

⁴¹ P. AUTERI, *La disciplina della pubblicità*, cit., p. 437. Si veda *infra* §2.3.3. per dettagli in merito a tali diversi criteri.

⁴² In forza delle modifiche operate dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, l'art. 19 cod. cons. vieta anche le pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese, che tuttavia non saranno oggetto della presente analisi.

⁴³ E. APA, *La pubblicità commerciale*, cit., p. 253, nt. 21: «La Relazione di accompagnamento al d.lgs. 146/2007 chiarisce che, sebbene la direttiva 2005/29/CE utilizzi l'aggettivo “sleale”, nella trasposizione italiana è stato preferito il termine “scorretto”».

e 26 quelle pratiche commerciali, rispettivamente ingannevoli e aggressive, che sono considerate in ogni caso scorrette⁴⁴.

Si può dire che il d.lgs. n. 146/2007 abbia trasformato la tutela del consumatore in ambito pubblicitario, determinando un ampliamento della sua sfera di protezione. Adesso, infatti, il consumatore risulta tutelato da tutte le pratiche commerciali lesive dei suoi interessi «prima, durante e dopo un'operazione commerciale»⁴⁵, laddove la normativa precedente si limitava a vietare la pubblicità ingannevole, che, per propria natura, può aversi solo nella fase pre-contrattuale⁴⁶.

Cionondimeno, la presente analisi si concentra proprio sul fenomeno della pubblicità ingannevole e, pertanto, deve studiarne l'inquadramento in questa nuova normativa. Invero, tale operazione non crea particolari problemi: infatti, così come la pubblicità rientra nella più ampia categoria costituita dalle pratiche commerciali (*supra* §1.5.), le pratiche commerciali ingannevoli «altro non sono che la pubblicità ingannevole, almeno come essa è stata interpretata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato»⁴⁷.

⁴⁴ Secondo un'opinione quasi unanime, la nozione di “pratica commerciale scorretta” è destinata ad un'applicazione residuale nelle ipotesi in cui la condotta del professionista non ricada nelle “black list” di pratiche commerciali comunque considerate ingannevoli o aggressive e non rientri nelle fattispecie di pratiche commerciali ingannevoli o aggressive. Così L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve*, cit., p. 2896. Nello stesso senso anche G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 116 ss; R. CALVO, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contratto e impresa – Europa*, 2007, p. 78; C. GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette” fra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2007, p. 777.

Questa visione sembrerebbe trovare riscontro nel working document della Commissione UE del 25 maggio 2016, “Guidance on the implementation/application of directive 2005/29/EC on unfair commercial practices”, in base al quale la valutazione di scorrettezza di una pratica commerciale deve essere effettuata secondo una “flow chart” che impone di (i) valutare se la pratica rientra tra quelle elencate nelle black list; in caso di risposta negativa, (ii) valutare se può essere inquadrata nella nozione di pratica commerciale ingannevole o aggressiva; infine, se di nuovo la risposta è negativa, (iii) verificare se «è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico [...] del consumatore medio».

In senso opposto M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi*, cit., pp. 30 ss, secondo il quale «si può intendere la norma generale come norma fondamentale dell'intera materia e le norme di dettaglio come applicazioni particolari della disposizione di principio (secondo lo schema logico “norma (generale) fondamentale/norme applicative (o indicazioni esemplificative)»».

⁴⁵ Art. 19 cod. cons..

⁴⁶ In questo senso, A. LEONE, *Pubblicità ingannevole*, cit., p. 255.

⁴⁷ V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi*, cit., pp. 87, 103-105. Così anche L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve*, cit., p. 2902.

In particolare, una pratica commerciale è considerata ingannevole se «contiene informazioni non rispondenti al vero» o, comunque, «induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio» riguardo a determinati elementi «e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso»⁴⁸. Oltre alle azioni, sono considerate ingannevoli anche le omissioni di determinate «informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno»⁴⁹.

In breve, è possibile affermare che il Codice del consumo entra in gioco nei rapporti B2C, ossia quando una pubblicità ingannevole, affermando falsità o nascondendo dati importanti, induce o è idoneo a indurre in errore il consumatore destinatario del messaggio, modificandone il comportamento economico.

b) Il d.lgs. n. 145/2007 o Decreto sulla pubblicità ingannevole

Per quanto concerne il Decreto sulla pubblicità ingannevole, si è detto che esso esaurisce il proprio ambito applicativo nei rapporti tra professionisti⁵⁰, definiti come «qualsiasi persona fisica o giuridica che agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale»⁵¹. In particolare, i professionisti sono tutelati «nella duplice accezione di destinatari della pubblicità e di concorrenti del professionista che diffonde tale pubblicità, indipendentemente dalle caratteristiche soggettive dei destinatari della stessa, e quindi sia che si tratti di consumatori che di destinatari professionali»⁵².

Questa posizione, condivisa da diversi autori⁵³, sembra trovare conferma nel testo legislativo: *in primis*, nell'art. 1, che stabilisce che lo scopo del decreto consiste nel tutelare il professionista non solo dalla pubblicità ingannevole, ma anche «dalle sue conseguenze sleali», riconducibili agli effetti distorsivi della

⁴⁸ Art. 21, co. 1 cod. cons.

⁴⁹ Art. 22, co. 1 cod. cons.

⁵⁰ Art. 1, co. 1 Decreto sulla pubblicità ingannevole.

⁵¹ Art. 2, co. 1, lett. c) Decreto sulla pubblicità ingannevole.

⁵² L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve*, cit., p. 2810.

⁵³ V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi*, cit., pp. 112-115 e P. AUTERI, *La disciplina della pubblicità*, cit., pp. 434 ss. *Contra*, G. DE CRISTOFARO, *La disciplina «generale» della pubblicità contenuta nel d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 500 ss, ove sostiene che la normativa in esame tuteli solo i professionisti come destinatari della pubblicità.

concorrenza, e quindi lesivi degli interessi dei concorrenti, prodotti dalla pubblicità ingannevole⁵⁴; ma anche nella definizione di “pubblicità”, nella quale non rileva la qualità soggettiva del destinatario del messaggio (alla medesima conclusione si era giunti *supra* §1.5.b)), e soprattutto in quella di “pubblicità ingannevole”, definita come «qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione, è idonea ad indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, sia idonea a ledere un concorrente»⁵⁵. In altre parole, il decreto in esame si applica a tutte quelle comunicazioni pubblicitarie che, oltre a essere idonee a indurre in errore i propri destinatari, a causa della propria ingannevolezza, (i) pregiudicano il comportamento economico del professionista nella veste di destinatario in un rapporto B2B *ovvero* (ii) danneggiano un professionista nella veste di concorrente, sia la pubblicità rivolta a un business o a un consumer⁵⁶.

Alla luce di quanto sopra, si può affermare che il *discrimen* tra le direttive, e quindi tra rispettivi i decreti attuativi, non è costituito dalla natura dei destinatari della comunicazione pubblicitaria, ma dalla natura degli interessi protetti⁵⁷.

Pertanto, ricapitolando quanto discusso finora, una pubblicità ingannevole sarà soggetta al Codice del consumo se, promuovendo prodotti o servizi presso i consumatori, falsi o sia idonea a falsare in misura apprezzabile il loro comportamento, inducendoli ad assumere decisioni di natura commerciale che non

⁵⁴ P. TESTA, *Concorrenza sleale, pratiche commerciali scorrette, pubblicità, segreto*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *La proprietà intellettuale*, in G. AJANI - G.A. BENACCHIO (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 429.

⁵⁵ Art. 2, co. 1, lett. b) Decreto sulla pubblicità ingannevole.

⁵⁶ Sinora, la giurisprudenza amministrativa si è pronunciata solo su casi riconducibili alla prima ipotesi: in questo senso, *ex multis*, T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 25 maggio 2011, n. 4555; T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 21 marzo 2011, n. 2409; T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 14 marzo 2011, n. 2271. Invece, nonostante la maggior parte dei provvedimenti dell'AGCM verta anch'essa su pubblicità B2B (tra i più recenti, si vedano i nn. 26640 in *Boll.* 24/2017, 26438 in *Boll.* 10/2017, 26380 in *Boll.* 5/2017), si registrano anche casi in cui il provvedimento in questione ha trovato applicazione – su segnalazione di concorrenti dell'inserzionista – nei confronti di pubblicità non specificamente rivolte a destinatari professionali (AGCM nn. 20551 in *Boll.* 50/2009, 20490 in *Boll.* 47/2009, 19601 in *Boll.* 9/2009).

⁵⁷ P. TESTA, *Concorrenza sleale, pratiche commerciali scorrette, pubblicità, segreto*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di) *La proprietà intellettuale*, cit. p. 429.

avrebbero altrimenti preso⁵⁸; viceversa, essa sarà soggetta al Decreto sulla pubblicità ingannevole se pubblicizza prodotti o servizi ai soli professionisti o se, nel caso in cui sia diretta (anche) ai consumatori, per il solo fatto di influenzarne il comportamento, è idonea a danneggiare i concorrenti del professionista che ha diffuso tale messaggio decettivo⁵⁹.

c) I rapporti tra i due “binari”

Tuttavia, il criterio discretivo appena enunciato non è privo di eccezioni, potendo darsi ipotesi in cui gli interessi di una categoria di soggetti sconfinano nella normativa a tutela di quelli dell'altra, e nemmeno opera in modo netto, essendovi fattispecie regolate da entrambi i provvedimenti.

⁵⁸ Artt. 20-21 cod. cons.

⁵⁹ Art. 2, lett. b) Decreto sulla pubblicità ingannevole.

Si noti che P. AUTERI, *La disciplina della pubblicità*, cit., p. 437 propone una lettura diversa delle ipotesi di pubblicità ingannevole rivolte ai consumatori regolate dall'una e dall'altra normativa, utilizzando come criterio discretivo quello dell'idoneità a falsarne “in misura *rilevante*” il comportamento economico, ossia quello adottato dalla direttiva 2005/29/CE. L'autore ritiene che, se una pubblicità ingannevole rivolta ai consumatori falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il loro comportamento economico, inducendoli ad assumere decisioni di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso, essa è soggetta al Codice del consumo; viceversa, se una pubblicità ingannevole rivolta (anche) ai consumatori non è idonea «a indurre i consumatori a prendere decisioni diverse da quelle che avrebbero altrimenti preso», essa è soggetta al d.lgs. n. 145/2007 in quanto, «per il solo fatto di influenzare il comportamento dei consumatori, [essa può] danneggiare i concorrenti». Quanto affermato, però, appare un controsenso a chi scrive: come farebbe, infatti, una pubblicità ingannevole a influenzare il comportamento dei consumatori senza modificarne le decisioni economiche?

Ad ulteriore conferma della non divisibilità della posizione di P. AUTERI, la normativa italiana, a differenza della disciplina comunitaria, ha adottato il criterio dell'idoneità a falsare “in misura *apprezzabile*” il comportamento economico del consumatore (art. 20, co. 2 cod. cons.). In base a L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve*, cit., p. 2897, ciò comporta che l'indagine condotta dal giudice amministrativo o dall'Autorità Garante non richieda un'effettiva considerazione della misura in cui tale pratica è idonea a travisare il consumatore: se una condotta è idonea a travisare il comportamento altrui “in misura apprezzabile”, c'è violazione della norma; se, invece, essa falsa il comportamento “in misura non apprezzabile”, di fatto difetta dell'idoneità stessa a travisare: in tal caso, il requisito imposto dall'art. 20 co. 2 cod. cons. non è soddisfatto e, pertanto, è esclusa la qualificazione della fattispecie come “pratica commerciale scorretta” (e conseguentemente come “pratica commerciale ingannevole”).

Tra l'altro, se la pubblicità non falsa il comportamento economico del consumatore in misura apprezzabile, nemmeno si vede come essa possa «pregiudicar[lo]», violando così la disciplina posta a tutela dei professionisti. Infatti, nel definire la nozione di “pubblicità ingannevole”, l'art. 2, lett. b) Decreto sulla pubblicità ingannevole richiede che essa sia idonea a «pregiudicare il [...] comportamento economico» «[del]le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge».

Infine, si veda M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi*, cit., pp. 60-61, il quale precisa che «deve presumersi la rilevanza dell'inesattezza informativa tutte le volte in cui questa riesca a raggiungere la soglia di attenzione del consumatore medio» e che «il requisito di “apprezzabilità” [...] funziona dunque come una regola *de minimis*».

La prima problematica si manifesta, specificamente, nelle norme che disciplinano la richiesta di intervento da parte dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Infatti, secondo un orientamento ampiamente diffuso, il Codice del consumo attribuisce la legittimazione ad agire nei confronti delle pratiche commerciali scorrette non solo ai consumatori e alle loro associazioni, ma anche ai concorrenti e alle loro organizzazioni, finendo così per tutelarne in via indiretta gli interessi⁶⁰.

Dall’altro lato, alcune disposizioni del Decreto sulla pubblicità ingannevole sembrano implicitamente suggerire un’estensione dell’ambito di tutela verso i consumatori: tra queste, ad esempio, quelle che fanno riferimento alla pubblicità rivolta ad essi o suscettibile di raggiungerli⁶¹ e quelle che tutelano gli interessi di soggetti vulnerabili, come bambini e adolescenti⁶². In questo caso, però, non vi sono indizi tali da far ritenere che i consumatori possano lamentare una violazione di questa normativa.

Fermo restando quanto sopra, nei limiti in cui l’AGCM ha acquisito il potere di avviare un procedimento *ex officio*, le problematiche relative alla legittimazione attiva e all’interesse alla presentazione della richiesta d’intervento hanno perso

⁶⁰ Pur non essendo esplicitamente affermato dall’art. 27 cod. cons. la dottrina è unanime nel sostenere che i concorrenti siano da includere nei soggetti legittimati a richiedere l’intervento dell’AGCM in relazione ad una pratica commerciale scorretta. Così, *ex multis*, L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve*, cit., p. 2946, ma anche P. TESTA, *Concorrenza sleale, pratiche commerciali scorrette, pubblicità, segreto*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di) *La proprietà intellettuale*, cit. pp. 415-416; V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi*, cit., pp. 96-97.

Questa impostazione trae origine dalla direttiva 2005/29/CE, in particolare dai considerando n. 6 e 8, che menzionano le conseguenze indirette per gli interessi economici dei concorrenti, e dall’art. 11, co. 1, che include espressamente i concorrenti tra i soggetti con «un legittimo interesse a contrastare le pratiche commerciali sleali». Nel Codice del consumo, questa interpretazione è supportata dalla formulazione dell’art. 27-ter, che afferma che «i consumatori, i concorrenti, anche tramite le loro associazioni o organizzazioni» sono in grado di avviare la procedura di cui all’art. 27.

⁶¹ L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve*, cit., p. 2811. Ad esempio, gli artt. 5 e 6 Decreto sulla pubblicità ingannevole, rispettivamente concernenti la “trasparenza della pubblicità” e la “pubblicità di prodotti pericolosi per la salute e la sicurezza”.

⁶² A. LEONE, *Pubblicità ingannevole*, cit., p. 256, che sostiene che l’art. 7 Decreto sulla pubblicità ingannevole costituisca un’incoerenza dovuta allo spostamento delle disposizioni del Codice del consumo (che fino al 2007 erano poste a tutela di consumatori e professionisti) al Decreto sulla pubblicità ingannevole (a tutela solo dei professionisti). La soluzione prospettata da alcuni, in base alla quale «la tutela immediata dell’interesse del *competitor* passerebbe attraverso la tutela, in via mediata, dell’interesse di un pubblico che in quanto giovane può essere poco consapevole del contenuto del messaggio» non convince l’autore, che la descrive come «un po’ artificiosa».

rilevanza⁶³. Infatti, «all'eventuale carenza di legittimazione o di interesse del denunciante può sempre supplire l'iniziativa dell'Autorità»⁶⁴. Pertanto, «con l'adozione dell'azione d'ufficio, il legislatore italiano ha evidentemente tagliato la testa al toro»⁶⁵, riconoscendo il carattere plurioffensivo della pubblicità ingannevole e permettendo la salvaguardia degli interessi della collettività e del mercato in generale, non espressamente contemplati dalle normative in esame⁶⁶.

La seconda problematica è, invece, dovuta alla sovrapposizione delle aree di applicazione delle due normative e concerne principalmente la qualificazione giuridica del messaggio pubblicitario. Difatti, può sì accadere che esso sia chiaramente riferibile ad una sola categoria di soggetti – ad esempio, si può dire che la pubblicità denigratoria nei confronti di un concorrente leda solamente gli interessi di quest'ultimo, determinando così l'indubbia applicabilità del d.lgs. n. 145/2007; ma può anche darsi l'ipotesi in cui tale messaggio sia rivolto alla collettività indistintamente⁶⁷. Questo è il caso della pubblicità ingannevole, che «ha potenzialmente *sempre* un duplice effetto pregiudizievole tanto per il concorrente

⁶³ Sull'assurdità di esigere la prova (diabolica) della qualifica soggettiva del soggetto potenzialmente leso da una comunicazione commerciale illecita si veda V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi*, cit., pp. 94-95.

⁶⁴ L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve*, cit., p. 2872. Diversa è, invece, la questione concernente l'identificazione dei soggetti legittimati a presentare un'istanza che li qualifichi a partecipare al procedimento e ad impugnare la decisione che non l'accoglia. Sul punto, si vedano P. AUTERI, *La disciplina della pubblicità*, cit., pp. 444-445 e A. GENOVESE, *L'enforcement e le tutele*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi*, cit., p. 230.

⁶⁵ V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi*, cit., p. 97.

⁶⁶ Tuttavia, P. AUTERI, *La disciplina della pubblicità*, cit., p. 436 ritiene che la scelta di affidare all'AGCM il compito di reprimere non solo le violazioni del Codice del consumo, ma anche quelle del d.lgs. n. 145/2007, e per di più con gli stessi poteri anche sanzionatori, sia paradossale: infatti, «la pubblicità ingannevole che non pregiudichi in maniera rilevante i consumatori, come a maggior ragione quella comparativa che non soddisfi le condizioni cui ne è subordinata la liceità, lede principalmente i professionisti e i concorrenti, sicché non si vede per quale ragione la tutela contro tali atti non debba essere riservata ai soggetti che si ritengono danneggiati soprattutto nell'ambito della repressione della concorrenza sleale». Ciononostante, sembra riconoscere nella scelta del legislatore un'esigenza di continuità rispetto alla normativa precedente e di semplificazione procedurale.

⁶⁷ Secondo V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi*, cit., p. 95, «per la stragrande maggioranza dei prodotti è impossibile formulare *a priori* ed in via generale un giudizio sulla professionalità o meno del potenziale uso».

quanto per il consumatore»⁶⁸. Ciò è confermato, per l'appunto, dal fatto che essa è regolata sia dal Decreto sulla pubblicità ingannevole che dal Codice del consumo⁶⁹.

Dal momento che le due normative applicano diversi parametri nel valutare l'idoneità di un messaggio decettivo a falsare il comportamento economico del suo destinatario, la risposta alla domanda se qualificarlo come una "pratica commerciale scorretta" piuttosto che come una "pubblicità ingannevole" non è priva di rilievo.

In sintesi, se dal punto di vista dell'avvio del procedimento l'identità del soggetto i cui interessi sono lesi dalla pubblicità decettiva può essere sorvolata, da un punto di vista pratico essa determina l'utilizzo di criteri diversi nell'accertamento della legittimità o meno di un(o stesso) messaggio pubblicitario. E, sebbene il suo inquadramento giuridico sia rimesso alla decisione del giudice amministrativo o dell'AGCM, sembra opportuno esaminare i suddetti criteri di valutazione dell'ingannevolezza al fine di una migliore comprensione dei casi pratici analizzati nel Capitolo III.

2.2.3. Le nozioni di "pratica commerciale ingannevole" e di "pubblicità ingannevole" e i criteri di valutazione dell'ingannevolezza

Come anticipato, se il legislatore comunitario ha deciso di separare le discipline a tutela dei consumatori da quella a tutela dei professionisti, tale scelta deve essere stata giustificata dall'esigenza di valutare la pubblicità ingannevole con modalità (almeno in parte) differenti a seconda del suo inquadramento nell'una o nell'altra direttiva. Di seguito si fornisce una breve analisi delle nozioni di "pratica commerciale ingannevole" e di "pubblicità ingannevole" contenute, rispettivamente, nel Codice del consumo e nel Decreto sulla pubblicità ingannevole, al fine di individuare analogie e differenze tra i criteri che tali normative adottano per valutarne l'ingannevolezza.

⁶⁸ A. LEONE, *Pubblicità ingannevole*, cit., p. 256 (enfasi aggiunta). Questa era l'idea posta alla base della direttiva 84/450/CE, che, infatti, vietava la pubblicità ingannevole in quanto idonea a ledere gli interessi di tutti i soggetti interessati.

⁶⁹ Come si è detto *supra*, la pubblicità ingannevole consiste in una pratica commerciale ingannevole ai sensi degli artt. 21-22 cod. cons.

a) *Le pratiche commerciali ingannevoli nel Codice del consumo*

Come anticipato, le pratiche commerciali ingannevoli si dividono in azioni e omissioni ingannevoli, regolate, rispettivamente, dagli artt. 21 e 22 cod.⁷⁰, mentre l'art. 23 cod. cons. contiene un elenco delle pratiche commerciali «considerate in ogni caso ingannevoli»⁷¹. Non sembrando questo il luogo adatto a fornire un'analisi approfondita delle ventitré ipotesi contenute nel predetto elenco, si procede ad analizzare le caratteristiche delle pratiche commerciali ingannevoli in generale e, successivamente, le peculiarità delle due diverse forme che possono assumere.

La definizione di “pratica commerciale ingannevole” è ricalcata su quella di “pratica commerciale scorretta” di cui all'art. 20, co. 2 cod. cons.. A differenza di quest'ultima, però, è «assente il requisito della contrarietà ai principi della correttezza professionale, sostituito dal giudizio di disvalore compiuto dal legislatore col ritenere le pratiche ingannevoli senz'altro contrastanti con detti principi»⁷².

In generale, una pratica commerciale può definirsi ingannevole qualora soddisfi due requisiti fondamentali tra loro cumulativi: essa (i) deve essere «idonea

⁷⁰ I primi due commi dell'art. 21 cod. cons. costituiscono la trasposizione sostanzialmente fedele dei co. 1-2 dell'art. 6 direttiva 2005/29/CE, mentre l'art. 22 cod. cons. costituisce una trasposizione letterale dell'art. 7 direttiva 2005/29/CE.

I restanti commi dell'art. 21 cod. cons., viceversa, hanno origine nazionale e contengono ipotesi di pratiche commerciali scorrette. In particolare, i co. 3 (sulle pratiche che riguardano prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori) e 4 (sulle pratiche suscettibili di raggiungere bambini e adolescenti) regolano fattispecie originariamente previste come ipotesi di pubblicità ingannevole ai tempi del d.lgs. n. 74/1992 e del Codice del consumo prima della novella del 2007; il co. 3-bis (sulle pratiche messe in atto da banche, istituti di credito o intermediari finanziari) è stato inserito dal d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214 e, successivamente, modificato dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27; infine, il co. 4-bis (sulle pratiche consistenti nel chiedere un sovrapprezzo per le transazioni elettroniche) è stato aggiunto dal d.l. 18 ottobre 2012 n. 179, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221. Esulando dallo scopo perseguito da questo paragrafo, queste ultime disposizioni non saranno oggetto di ulteriore approfondimento.

⁷¹ Come riportato da R. CALVO, *Le pratiche commerciali sleali «ingannevoli»*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le «pratiche commerciali sleali»*, cit., p. 205, l'elenco delle ventitré «pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli» contenuto nell'art. 23 cod. cons., che ripropone quello fornito nella prima parte dell'Allegato I della direttiva 2005/29/CE, è tassativo. A ciò P. TESTA, *Concorrenza sleale, pratiche commerciali scorrette, pubblicità, segreto*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di) *La proprietà intellettuale*, cit., p. 425, aggiunge, in relazione al provvedimento comunitario, che la black list istituita dall'art. 5, co. 1 e contenuta nell'Allegato I «istituisce indubbiamente una presunzione di scorrettezza della pratica, e cioè una presunzione di sussistenza nella stessa di tutti i requisiti previsti dalla norma generale dell'art. 5, co. 2, quali specificati – in relazione alle pratiche ingannevoli – dagli artt. 6 e 7.

⁷² P. TESTA, *Concorrenza sleale, pratiche commerciali scorrette, pubblicità, segreto*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di) *La proprietà intellettuale*, cit. p. 423.

a indurre in errore il consumatore medio» riguardo a determinati elementi considerati rilevanti dalla normativa e, in ogni caso, (ii) deve essere «idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso»⁷³. Si noti che tali caratteristiche sono di natura diversa: la prima è variabile, in quanto può dipendere da un'azione o da un'omissione, mentre la seconda è costante, fermo restando che la “decisione di natura commerciale” può consistere sia nella conclusione vera e propria di un contratto che non si sarebbe altrimenti concluso, sia nella selezione di una modalità diversa di conclusione di un contratto che si sarebbe comunque concluso⁷⁴.

Peraltro, la mancanza della volontà, da parte del professionista, di traviare il destinatario del messaggio pubblicitario non rileva ai fini della valutazione di ingannevolezza della pratica commerciale, sia essa un'azione o un'omissione⁷⁵.

Per contro, rileva la nozione di “consumatore medio”, che costituisce il parametro di riferimento generale ai fini dell'analisi della correttezza o meno di una pratica commerciale ai sensi dell'art. 20, co. 2 cod. cons.. La novella del 2007 non ha introdotto una definizione di “consumatore medio” nel Codice del consumo, ma la direttiva 2005/29/CE cita l'orientamento della Corte di giustizia⁷⁶ in materia di pubblicità ingannevole in base al quale tale figura si identifica in un consumatore «normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici». Invero, «la nozione di consumatore medio non è statistica»⁷⁷, «dovendo invece essere [...] analizzato il contesto economico e di mercato nell'ambito del quale il consumatore si trova ad agire»⁷⁸. La valutazione in merito alla nozione di “consumatore medio” è rimessa

⁷³ Art. 21, co. 1 cod. cons.. Seppur formulati in maniera differente, i medesimi requisiti sono sanciti anche dall'art. 22, co. 1 cod. cons.

⁷⁴ Così, con riferimento alla direttiva 2005/29/CE, R. CALVO, *Le pratiche commerciali sleali «ingannevoli»*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le «pratiche commerciali sleali»*, cit., p. 147; ID, *Le pratiche commerciali sleali «ingannevoli»*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit., pp. 210 ss.

⁷⁵ In questo senso, tra i molti, R. CALVO, *Le pratiche commerciali sleali «ingannevoli»*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le «pratiche commerciali sleali»*, cit., p. 169; ID, *Le pratiche commerciali sleali «ingannevoli»*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit., p. 219.

⁷⁶ Si veda *infra sub b*).

⁷⁷ Considerando n. 18 direttiva 2005/29/CE. Si veda anche Cons. st., 19 settembre 2017, n. 4378

⁷⁸ T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 15 giugno 2009, n. 5628. Così anche T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 9 aprile 2009, n. 3722.

all'AGCM⁷⁹, che procederà, di volta in volta, ad individuare la categoria di consumatori che possono potenzialmente essere raggiunti e ingannati dal messaggio in questione⁸⁰. Ad ogni modo, il terzo comma dell'art. 20 cod. cons. prevede un grado di tutela maggiore per i soggetti particolarmente vulnerabili («a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità»), introducendo in criterio più severo nel giudizio di correttezza di una pratica commerciale, che dovrà essere valutata nell'ottica di tale vulnerabilità.

L'ultimo elemento caratterizzante le pratiche commerciali ingannevoli in generale che occorre evidenziare è il fatto che è esclusa dall'ambito di applicabilità oggettivo della normativa quella pratica commerciale consistente nell'iperbole pubblicitaria, ossia una dichiarazione palesemente esagerata, riconoscibile come tale e dunque non idonea a trarre in inganno.

Passando all'analisi della prima tipologia di pratica commerciale ingannevole, in base all'art. 21 cod. cons. vi sono due modi con cui un'azione ingannevole può traviare il proprio destinatario: attraverso la diffusione di informazioni false o tramite la propria presentazione complessiva, benché le informazioni diffuse siano corrette. In merito a questa seconda modalità, l'AGCM si è più volte espressa nell'ambito del proprio giudizio di ingannevolezza attribuendo un autonomo rilievo non solo alla forma espositiva del messaggio pubblicitario⁸¹, ma anche alla «fonte da cui promana la comunicazione pubblicitaria, [che] può rivestire un'importanza tutt'altro che secondaria ai fini dell'influenza del messaggio sui destinatari»⁸². Infatti, il fatto che essa provenga da fonti autorevoli, popolari o specializzate, fa sì che il pubblico percepisca il messaggio in maniera più favorevole. A ciò si aggiunga che anche il mezzo attraverso il quale tale messaggio è divulgato gioca un ruolo importante nella sua

⁷⁹ Cons. st., 15 maggio 2012, n. 2776, che aggiunge che all'Autorità è rimessa altresì la valutazione delle nozioni di “omissione informativa rilevante” e “consapevolezza sulla decisione commerciale”.

⁸⁰ Cons. st., 11 maggio 2017, n. 2178, che precisa che il «consumatore medio [è il] destinatario (individuato ex post e non, sulla base di dati statistici, ex ante) di un particolare tipo di prodotto ad elevato livello di tecnicità».

⁸¹ Infatti, sono state ritenute ingannevoli pubblicità che, pur contenendo affermazioni in sé veritiere, erano idonee a disorientare il consumatore (tra le molte, AGCM nn. 21850 in *Boll.* 47/2010, 3137-6 in *Boll.* 26/1995), erano formulate in maniera particolarmente assertiva (AGCM n. 24027 in *Boll.* 45/2012; T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 3 luglio 2012, n. 6027) o erano presentate in maniera tale da far apparire un pagamento come obbligatorio (AGCM nn. 20934 in *Boll.* 12/2010, 15302 in *Boll.* 12/2006, 14063 in *Boll.* 7/2005).

⁸² V. MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole*, cit., p. 48.

efficacia⁸³. Un esempio calzante della rilevanza di questi fattori è proprio quello della pubblicità ingannevole – e in particolare quella occulta (*infra* §2.4.) – diffusa dagli influencer sui social network.

Quanto alle specifiche ipotesi di azioni ingannevoli regolate dal Codice del consumo, l'art. 21, co. 1 contiene un elenco di sette elementi sui quali può ricadere l'ingannevolezza: (i) l'esistenza o la natura del prodotto, (ii) le sue caratteristiche principali, (iii) le approvazioni, sponsorizzazioni o impegni relativi al professionista o al prodotto, (iv) il prezzo, (v) la necessità di manutenzioni, ricambi, sostituzioni o riparazioni, (vi) la natura, le qualifiche e i diritti del professionista e (vii) i diritti del consumatore⁸⁴. Il comma successivo individua due ulteriori fattispecie: alla lett. a), la commercializzazione del prodotto che ingenera confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente, ivi compresa la pubblicità comparativa illecita; alla lett. b), la violazione dei codici di condotta da parte del professionista che si era impegnato a rispettarli, «ove si tratti di un impegno fermo e verificabile, e il professionista indichi in una pratica commerciale che è vincolato dal codice»⁸⁵.

Occorre infine parlare delle omissioni ingannevoli di cui all'art. 22 cod. cons. L'ingannevolezza, infatti, può derivare anche dalla mancanza di «informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno» per fare una scelta consapevole, essendo tale omissione «idonea ad indur[lo] ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso»⁸⁶. Inoltre, all'omissione sono equiparate le pratiche commerciali consistenti nell'occultamento volontario delle

⁸³ *Ivi*, p. 50.

⁸⁴ L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve*, cit., p. 2902 precisa che, «in omaggio agli obiettivi di certezza e uniformità perseguiti dalla direttiva [2005/29/CE], sembra doversi ritenere che le ipotesi individuate nei punti da a) a g) [dell'art. 21, co. 1 cod. cons] siano tassative».

⁸⁵ L'art. 18, co. 1, lett. f) cod. cons. definisce un codice di condotta come «un accordo o una normativa che non è imposta dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro e che definisce il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tale codice in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici». Dal momento che i codici deontologici che regolamentano molte professioni, quale quella forense o medica, sono imposti dalla legge, non si ritiene che questi rientrino nella nozione di «codici di condotta». Sembrano, invece, rientrarvi i codici di autodisciplina, vincolanti solo per chi ha volontariamente deciso di aderire. Tra questi, ovviamente, rientra il Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale. Per quanto riguarda il rapporto tra il giudizio innanzi l'AGCM e quello autodisciplinare, si veda *supra* §1.7.4.

⁸⁶ Art. 22, co. 1 cod. cons.

informazioni rilevanti da parte del professionista e nella loro presentazione «in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo»⁸⁷.

Si noti che i co. 1-2 dell'art. 22 cod. cons. attribuiscono importanza, ai fini del giudizio di ingannevolezza, alle «caratteristiche e circostanze del caso», nonché ai «limiti del mezzo di comunicazione impiegato» – circostanza, quest'ultima, a cui è dedicato il successivo co. 3. La norma, infatti, codifica il c.d. “principio di variabilità”⁸⁸, in base al quale «una comunicazione commerciale accettabile per un determinato mezzo o per un determinato prodotto non necessariamente è accettabile per altri, in considerazione delle diverse caratteristiche dei vari mezzi e dei vari prodotti»⁸⁹.

Per quanto riguarda le “informazioni rilevanti”, la norma ne individua tre categorie senz'altro rilevanti: (i) l'intento commerciale della pratica commerciale se questo non è evidente dal contesto⁹⁰; (ii) quelle elencate dal co. 4 nell'ipotesi di invito all'acquisto, tra cui le caratteristiche principali del prodotto, i dati identificativi del professionista, il prezzo e la modalità di pagamento; e (iii) gli obblighi di informazione previsti dal diritto comunitario in relazione alla comunicazione commerciale, «compresa la pubblicità o la commercializzazione del prodotto»⁹¹.

Per concludere questo paragrafo – e allo stesso tempo anticipare un tema che verrà trattato in dettaglio nella Parte II di questo Capitolo – sembra opportuno evidenziare che all'interno della prima categoria sopra menzionata ricade l'ipotesi della comunicazione commerciale che riveste falsamente i panni di un'opinione spontanea⁹², una tecnica ampiamente utilizzata nell'ambito dell'influencer marketing.

⁸⁷ Art. 22, co. 2 cod. cons.

⁸⁸ Già contenuto nell'art. 16 Codice di Autodisciplina.

⁸⁹ L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve*, cit., p. 2906, che riporta una serie di elementi da tenere in considerazione in applicazione del principio di variabilità, tra cui gli elementi oggettivi della pratica commerciale esaminata e le limitazioni di carattere espositivo imposte al professionista dal mezzo di diffusione prescelto.

⁹⁰ Art. 22, co. 2 cod. cons.

⁹¹ Art. 22, co. 5 cod. cons.

⁹² P. TESTA, *Concorrenza sleale, pratiche commerciali scorrette, pubblicità, segreto*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di) *La proprietà intellettuale*, cit., p. 425.

b) La pubblicità ingannevole nel d.lgs. n. 145/2007 o Decreto sulla pubblicità ingannevole

Passando all'esposizione della disciplina contenuta nel d.lgs. n. 145/2007, si rammenta che l'art. 2, lett. b) definisce la "pubblicità ingannevole" come «qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione è idonea ad indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, sia idonea a ledere un concorrente». L'articolo seguente, poi, afferma che «per determinare se la pubblicità è ingannevole se ne devono considerare tutti gli elementi», tra cui, a titolo esemplificativo, (i) le caratteristiche dei beni o servizi (disponibilità, natura, composizione, origine, ecc.), (ii) il prezzo, il modo in cui questo è calcolato e le altre condizioni di offerta e (iii) le informazioni riguardanti l'operatore pubblicitario (identità, qualità, capacità, diritti di cui è titolare, ecc.)⁹³.

Alla luce di queste due disposizioni è già possibile fare un primo confronto tra la nozione di "pubblicità ingannevole" e quella di "pratica commerciale ingannevole" disciplinata dal Codice del consumo. Innanzitutto, se da un lato condividono entrambe la qualifica di illecito di pericolo, essendo «sufficiente che la pubblicità possa ottenere il risultato pregiudizievole»⁹⁴, dall'altro solo la pubblicità ingannevole può essere definita un illecito a forma libera, dal momento che, a differenza degli artt. 21-23 cod. cons., il d.lgs. n. 145/2007 non descrive le condotte vietate ma solo i loro effetti⁹⁵.

⁹³ Art. 3 Decreto sulla pubblicità ingannevole.

⁹⁴ Così V. MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole*, cit., p. 46, parlando della nozione di pubblicità ingannevole nel d.lgs. n. 74/1992, che, come si è detto, è rimasta sostanzialmente invariata. Peraltro, le pratiche commerciali scorrette sono qualificate come illecito di pericolo da T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 26 settembre 2017, n. 9916, in base al quale «l'illecito "consumeristico" è qualificabile quale illecito di "mero pericolo", perché collegato alla mera potenzialità lesiva del comportamento posto in essere dal professionista, indipendentemente dal pregiudizio causato "in concreto" al comportamento dei destinatari, indotti - nel caso di specie - ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso». Nello stesso senso, T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 8 giugno 2017, n. 6749; T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 3 gennaio 2017, n. 60; T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 2 febbraio 2016, n. 1436.

⁹⁵ V. MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole*, cit., p. 44. Il fatto che l'elenco fornito dall'art. 3 Decreto sulla pubblicità ingannevole sia preceduto dall'espressione «con riguardo in particolare» è un'ulteriore conferma della valenza esemplificativa di tale elenco.

Ulteriori affinità possono essere individuate nel fatto che (i) entrambe le nozioni prescindono da valutazioni di carattere soggettivo (dolo o colpa), rendendo irrilevante l'intento dell'inserzionista, così come la mancanza della sua volontà a trarre in inganno i destinatari del proprio messaggio pubblicitario⁹⁶; (ii) l'interprete è tenuto a prendere in considerazione anche la «presentazione» della pubblicità⁹⁷; (iii) il contenuto del messaggio deve essere valutato con riguardo alle omissioni, benché, a differenza del Codice del consumo (e del Codice di Autodisciplina di cui si parlerà *infra* §2.3.), il d.lgs. n. 145/2007 non le menzioni espressamente⁹⁸; (iv) le esagerazioni palesemente iperboliche – seppur, anch'esse, non citate dal decreto in esame – sono da considerarsi escluse dall'ambito delle affermazioni ingannevoli⁹⁹.

Quanto alle differenze, occorre innanzitutto rilevare che manca nell'art. 2, lett. b) Decreto sulla pubblicità ingannevole il riferimento al consumatore medio. Come si è visto, la norma individua i destinatari della pubblicità in termini generali, senza riguardo alla loro qualifica soggettiva. Ciononostante, il decreto in esame ha come scopo principale quello di vietare la pubblicità ingannevole diretta ai professionisti, ma disciplina anche quella diretta ai consumatori nella misura in cui questa è idonea a danneggiare i concorrenti dell'inserzionista. Quali sono, dunque, i parametri di riferimento da adottare nella valutazione di ingannevolezza della pubblicità diretta ai professionisti e di quella indirizzata ai consumatori?

Se nel primo caso il parametro di riferimento è costituito semplicemente dal «professionista medio del gruppo di riferimento»¹⁰⁰, nel secondo è a lungo rimasto

⁹⁶ Si vedano V. MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole*, cit., p. 46 e F. CAFAGGI - V. CUFFARO - L. DI VIA, *Commentario al Decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1993, p. 714.

⁹⁷ Si veda quanto affermato *supra* in tema di «presentazione complessiva» delle pratiche commerciali ingannevoli.

⁹⁸ Con la precisazione che le omissioni assumono rilevanza solo nel limite in cui da esse derivi un pericolo di inganno per il destinatario di tale messaggio. Così F. CAFAGGI - V. CUFFARO - L. DI VIA, *Commentario al Decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74*, cit., p. 704.

⁹⁹ Al contrario, l'iperbole pubblicitaria è disciplinata dall'art. 20, co. 3 cod. cons. e dall'art. 2 Codice di Autodisciplina. Essa sarà censurabile o meno a seconda «della sua attitudine a indurre in errore i destinatari del messaggio». Così F. CAFAGGI - V. CUFFARO - L. DI VIA, *Commentario al Decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74*, cit., p. 713, nonché M. FUSI - P. TESTA - P. COTTAFI, *La pubblicità ingannevole (Commento al d.lg. 25 gennaio 1992 n. 74)*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 133 ss.

¹⁰⁰ P. TESTA, *Concorrenza sleale, pratiche commerciali scorrette, pubblicità, segreto*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di) *La proprietà intellettuale*, cit., p. 430.

aperto il problema se tale valutazione dovesse essere compiuta «avendo riguardo al consumatore di media o normale diligenza e capacità di comprensione ovvero ai consumatori più sprovveduti e più bisognosi di protezione»¹⁰¹. Nonostante i primi commentatori del d.lgs. n. 74/1992 propendessero per la seconda alternativa¹⁰², la Corte di giustizia, in sede di interpretazione della direttiva 84/450/CEE, di cui il decreto appena citato è attuazione, ha affermato che il parametro di riferimento è costituito dal «consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto»¹⁰³. Pertanto, lo standard applicabile alle pratiche commerciali ingannevoli regolate dal Codice del consumo si estende anche alle ipotesi di pubblicità ingannevole di cui all'art. 2, lett. b) d.lgs. n. 145/2007.

Resta infine da scoprire in cosa consista il pregiudizio sofferto dai destinatari della comunicazione commerciale. In particolare, esso può assumere due forme distinte, a seconda che si consideri il danno subito dal destinatario della pubblicità ingannevole o quello sofferto dal concorrente del professionista responsabile di averla diffusa.

Nel primo caso, era inizialmente controverso se la dicitura «pregiudicare il comportamento economico» contenuta nell'art. 2, lett. b) del decreto in esame fosse da intendere nel senso che l'errore dovesse arrecare un danno economico al soggetto raggiunto dal messaggio pubblicitario o soltanto influenzare le sue scelte e decisioni di acquisto¹⁰⁴. L'AGCM e la giurisprudenza amministrativa, tuttavia, hanno da sempre propeso per la seconda interpretazione, affermando che il pregiudizio sofferto dal destinatario di una pubblicità ingannevole possa essere anche solo potenziale¹⁰⁵ (riconoscendone, così, la qualifica di «illecito di pericolo»).

¹⁰¹ P. AUTERI, *La disciplina della pubblicità*, cit., p. 441.

¹⁰² Così, ad esempio, V. MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole*, cit., pp. 56-59.

¹⁰³ Ciò è stato affermato per la prima volta in C. giust., 6 luglio 1995, *Mars*, C-470/93. Successivamente anche in C. giust., 17 luglio 1998, *Gut Springenheide*, C-210/96, e in C. giust., 15 gennaio 2000, *Estée Lauder Cosmetics*, C-220/98. A tale interpretazione si è dunque conformata l'AGCM, a maggior ragione dopo la sua codificazione nella direttiva 2005/29/CE.

¹⁰⁴ P. AUTERI, *La disciplina della pubblicità*, cit., pp. 441-443, a cui si rimanda per le ragioni dell'inaccettabilità della prima interpretazione, sostenuta, tra gli altri, da M. FUSI - P. TESTA - P. COTTAFI, *La pubblicità ingannevole*, cit., p. 149.

¹⁰⁵ Così, ad esempio, AGCM n. 2872 in *Boll.* 10/1995, ove è stato affermato che «la nozione di pregiudizio non deve necessariamente coincidere con quella di danno, ma deve piuttosto estendersi fino a ricomprendere la mera influenza sul comportamento del consumatore. Dal momento che il Decreto Legislativo n. 74/92 appresta tutela anche contro l'idoneità ingannatoria dei messaggi, risulterebbe estremamente difficile distinguere tra il danno inteso come lesione patrimoniale e la perdita di opportunità economiche alternative alla scelta cui l'errore potrebbe indurre.

Da ciò deriva, peraltro, il c.d. “principio del primo contatto”, in base al quale «il carattere ingannevole di un messaggio pubblicitario deve essere valutato avendo riguardo al primo contatto che il messaggio instaura con i consumatori prescindendo dalle eventuali vicende successive che possano neutralizzare per il consumatore gli effetti del messaggio»¹⁰⁶. Tuttavia, si rammenta che il pregiudizio, ancorché potenziale, sofferto da un destinatario qualificabile come consumatore deve comportare una modifica «apprezzabile» del suo comportamento¹⁰⁷.

Come si è detto (*supra* §2.2.2.b)), il d.lgs. n. 145/2007 tutela il professionista non solo dalla pubblicità ingannevole ma anche dalle «sue conseguenze sleali»¹⁰⁸, consistenti negli effetti distorsivi della concorrenza causati dalla diffusione di messaggi decettivi. Ad avviso di autorevoli commentatori, tali effetti coincidono con lo sviamento di clientela subito dal concorrente e provocato dall'errore in cui dovessero incorrere i destinatari del messaggio decettivo¹⁰⁹. Ed è proprio a tale

L'identificazione del pregiudizio con un danno, inoltre, limiterebbe non poco la portata del decreto. Sarebbe ingannevole, infatti, solo la pubblicità che vantasse qualità inesistenti di un prodotto o di un servizio, o che promettesse *aliud pro alio*, mentre non lo sarebbe quella che, comunque, attraverso l'induzione in errore, è idonea ad alterare il normale processo di formazione delle scelte economiche dei consumatori. Infine, solo l'interpretazione del pregiudizio economico quale influenza delle scelte del consumatore è in grado di garantire, sia sul piano letterale che su quello logico, il necessario nesso di consequenzialità tra l'inganno dei consumatori e la possibile lesione dei concorrenti, costituita dal potenziale sviamento di clientela, che pure l'articolo 2 del Decreto Legislativo n. 74/92 prende in considerazione».

Come evidenziato da P. AUTERI, *La disciplina della pubblicità*, cit., p. 442, tale impostazione trova oggi conferma nei testi della direttiva 2006/114/CE nelle altre lingue ufficiali, che usano espressioni corrispondenti al termine influenzare, quali “to affect” o “affecter”. La questione è talmente pacifica che i provvedimenti più recenti nemmeno la affrontano. Tra gli ultimi, si vedano AGCM nn. 22716 in *Boll.* 33-34/2011, 22713 in *Boll.* 33-34/2011, 22531 in *Boll.* 27/2011; T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 21 marzo 2011, n. 2409; T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 2 marzo 2011, n. 1918.

¹⁰⁶ P. AUTERI, *La disciplina della pubblicità*, cit., p. 443. Chi scrive ritiene che ciò si applichi anche ai professionisti in veste di consumatori.

¹⁰⁷ Infatti, come già affermato (*supra* nt. 59 in questo Capitolo), se la pubblicità ingannevole non falsa né è idonea a falsare il comportamento del consumatore in misura apprezzabile, non si vede come questo possa arrecare un danno al consumatore o al concorrente del professionista responsabile della diffusione del messaggio.

A tale conclusione sembra pervenire anche P. TESTA, *Concorrenza sleale, pratiche commerciali scorrette, pubblicità, segreto*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di) *La proprietà intellettuale*, cit., p. 430, che, commentando le direttive comunitarie, considera il verbo “pregiudicare” (usato dalla direttiva 2006/114/CE) come equivalente a “falsare in misura rilevante” (usato dalla direttiva 2005/29/CE), «equiparando la soglia di rilevanza dell'inganno pubblicitario per l'una e per l'altra direttiva: soluzione questa senz'altro consigliata da ragioni di coerenza del sistema, quanto meno per quel che concerne la pubblicità rivolta ai consumatori».

¹⁰⁸ Art. 1, co. 1 Decreto sulla pubblicità ingannevole.

¹⁰⁹ Così V. MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole*, cit., p. 42. Nello stesso senso anche M. FUSI - P. TESTA - P. COTTAFARI, *La pubblicità ingannevole*, cit., pp. 143 ss.; F. CAFAGGI - V. CUFFARO - L. DI VIA, *Commentario al Decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74*, cit., p. 708.

fattispecie che fa riferimento l'art. 2 lett. b) quando afferma che una pubblicità è ingannevole quando pregiudica il comportamento economico dei suoi destinatari e, *per questo motivo*, lede un concorrente. Peraltro, anche in questo caso il pregiudizio all'interesse economico del concorrente può essere meramente potenziale¹¹⁰.

In definitiva, salve alcune differenze dettate dal diverso ambito di applicazione soggettiva, i criteri di valutazione dell'ingannevolezza previsti dai due testi legislativi sono sostanzialmente i medesimi. Pertanto, pare legittimo domandarsi se l'introduzione del doppio binario di tutela abbia davvero apportato dei benefici all'interno del quadro normativo, o se l'abbia solo (inutilmente) complicato.

2.3. Il divieto autodisciplinare della pubblicità ingannevole

Finora si è parlato della disciplina statutale della pubblicità ingannevole, ma, come anticipato, questo fenomeno è regolato a livello autodisciplinare fin dall'epoca del Codice di Lealtà Pubblicitaria, la cui prima edizione risale al 1966.

Ad oggi, il divieto di pubblicità ingannevole è contenuto nella prima parte dell'art. 2 del Codice di Autodisciplina, che prevede che «la comunicazione commerciale deve evitare ogni dichiarazione o rappresentazione che sia tale da indurre in errore i consumatori, anche per mezzo di omissioni, ambiguità o esagerazioni non palesemente iperboliche, specie per quanto riguarda le caratteristiche e gli effetti del prodotto, il prezzo, la gratuità, le condizioni di vendita, la diffusione, l'identità delle persone rappresentate, i premi o riconoscimenti».

A prima vista, sembrerebbe che la norma contempra come destinatari della comunicazione commerciale ingannevole solamente i consumatori propriamente detti. Tuttavia, si ricorda quanto emerso in sede di analisi degli elementi essenziali della nozione di “pubblicità” (*supra* §1.5.b)), ove era stato specificato che il Giurì adotta un significato ampio del termine “consumatore”, nel quale rientrano altresì

¹¹⁰ Addirittura, l'AGCM ha affermato in diverse occasioni che «il potenziale pregiudizio per i concorrenti è *in re ipsa*: è indubbio che essi potrebbero risentire dello sviamento della clientela provocato dall'errore in cui dovessero incorrere i destinatari al momento di orientare le proprie scelte, a scapito di eventuali soluzioni alternative». Così AGCM nn. 20490 in *Boll.* 47/2009, 17232 in *Boll.* 33/2007, 16786 in *Boll.* 17/2007.

i rivenditori o intermediari commerciali ai quali sia diretto un certo messaggio. Peraltro, la legittimazione a richiedere l'intervento del Giurì è riconosciuta a «chiunque ritenga di subire pregiudizio da attività di comunicazione commerciale contrarie al Codice di Autodisciplina»¹¹¹, e quindi tanto ai consumatori (di qualsiasi natura), quanto ai concorrenti. Pur in mancanza di dottrina che si esprima sul tema, chi scrive ritiene che anche in ambito autodisciplinare tale pregiudizio non debba necessariamente concretarsi in un danno economico, potendo questo essere anche solo potenziale¹¹².

Da una lettura organica del Codice, è possibile notare che questa norma esprime il principio cardine del sistema autodisciplinare¹¹³ e che tale regola generale viene poi specificata dalle norme successive con riferimento a determinati aspetti della comunicazione commerciale o a particolari tipi di prodotti o servizi. In particolare, sono rilevanti l'art. 6 C.A., che sancisce il c.d. "principio di verità", in base al quale chiunque si valga di una pubblicità deve poter dimostrare la veridicità delle informazioni ivi contenute pena presunzione di falsità¹¹⁴, e l'art. 7 C.A., che codifica il principio di trasparenza (*infra* §2.4.).

Alcuni dei criteri utilizzati dal Giurì nella valutazione di decettività del messaggio coincidono con quelli analizzati nei paragrafi precedenti. In particolare, lo stesso art. 2 C.A. menziona le omissioni e le ambiguità come modalità di perpetrazione dell'inganno, esclude le esagerazioni iperboliche dall'ambito di applicazione del divieto ed elenca una serie di informazioni rilevanti sulle quali è particolarmente importante che il consumatore non cada in errore¹¹⁵. Inoltre, la

¹¹¹ Art. 36 Codice di Autodisciplina.

¹¹² A supporto si veda Giurì n. 12/2016, che afferma che non «rileva che le istanti – come osserva la difesa della resistente – abbiano inteso proteggere la propria posizione sul mercato, circostanza indifferente nell'attuale sede, o non abbiano precisato "in che cosa consista il pregiudizio" da loro asseritamente subito. Se è vero che il pregiudizio economico (come afferma anche l'art 20 del Codice del consumo) è uno dei presupposti per valutare la meritevolezza del messaggio, trattasi tuttavia di un danno potenziale connesso all'idoneità del messaggio ingannevole a influenzare le scelte del consumatore, pregiudicando, di conseguenza, anche i concorrenti». Anche in questo caso, dunque, si tratta di un illecito di pericolo.

¹¹³ Ciò è evidenziato da M. FUSI, *La comunicazione pubblicitaria*, cit., pp. 350 ss. Per la giurisprudenza, si vedano, *ex multis*, Giurì nn. 110/2004, 104/2002.

¹¹⁴ In particolare, «le regole di verità valgono per ogni tipo di pubblicità, quale che sia il prodotto e quali che ne siano le modalità di commercializzazione» (*ex multis*, Giurì n. 9/1980). Di questa disposizione si era parlato in tema di inversione dell'onere della prova (*supra* §1.7.3.b)), essendo l'inserzionista tenuto ad assolvere a tale obbligo su richiesta del Giurì o del Comitato di Controllo.

¹¹⁵ Elenco che, in virtù dell'espressione «specie per quanto riguarda», non deve ritenersi tassativo. Anche in questo caso, dunque, la disposizione individua un illecito a forma libera.

seconda parte della norma sancisce espressamente che «nel valutare l'ingannevolezza della comunicazione commerciale si assume come parametro il consumatore medio del gruppo di riferimento», mentre l'art. 16 C.A. codifica il principio di variabilità¹¹⁶. A ciò si aggiunga che, così come è stato più volte affermato dall'AGCM, anche il Giurì ritiene «irrilevante l'*animus* dell'autore della comunicazione commerciale»¹¹⁷.

Tuttavia, vi sono anche dei principi di elaborazione giurisprudenziale che costituiscono una novità rispetto a quanto visto finora. In virtù di uno di questi, ad esempio, «il divieto di ingannevolezza è assoluto e non subisce temperamenti per effetto di rettifiche contenute nell'annuncio, che non escludono l'efficacia decettiva del "primo aggancio"»¹¹⁸. Vigge, infatti, il c.d. "principio di autosufficienza informativa", in forza del quale il messaggio pubblicitario deve soddisfare un certo grado di completezza e non può rimandare la specificazione di eventuali limitazioni essenziali a fonti esterne o a comunicazioni successive¹¹⁹. Detto ciò, tale principio deve essere temperato con l'altro che prescrive che «il messaggio deve essere valutato nella sua interezza e quindi non isolando affermazioni che, di per sé e avulse dal contesto generale, potrebbero essere inveritiere»¹²⁰.

Potendo ritenere conclusa la sezione dedicata alla definizione giuridica e autodisciplinare del fenomeno della pubblicità ingannevole in generale, è ora possibile procedere con l'analisi di una delle forme più problematiche che essa può assumere, ossia quella della "pubblicità occulta" o "nascosta".

¹¹⁶ Contenuto anche nell'art. 22 cod. cons. (*supra* §2.2.3.a)).

¹¹⁷ Giurì n. 20/2016. Così anche Giurì nn. 80/2001, 108/2000.

¹¹⁸ Giurì n. 12/2016. Si vedano anche Giurì nn. 58/2012, 62/2012, 94/2011, 121/2010. Tra l'altro, il momento del primo aggancio, equivalente al "primo contatto" visto sopra (§2.2.3.b)), è anche quello in cui «l'inserzionista è comunque indebitamente avvantaggiato dalle informazioni ingannevoli trasmesse al consumatore al momento del primo approccio» (Giurì n. 64bis/2015).

¹¹⁹ Così, tra le molte, Giurì nn. 134/1992, 21/1985 9/1982, 46/1981.

¹²⁰ M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., p. 64. Sul punto, si vedano Giurì nn. 19/2010, 85/1994, 29/1989, 134/1988, 34/1985, 20/1984. In particolare, devono essere prese in considerazione le note e precisazioni (c.d. "*super*") che offrono informazioni integrative. In base a quanto riportato da G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., pp. 62-63, il *super*, per essere accettabili, devono soddisfare i seguenti requisiti: la grafica deve essere leggibile, il tempo di permanenza sullo schermo deve essere sufficientemente lungo da permetterne la lettura e devono essere evitati il "sovrappollamento" di informazioni e la concentrazione di scritto e parlato insieme.

2.4. La pubblicità occulta

È noto a tutti come la pubblicità tenda a presentare i prodotti o servizi che pubblicizza in modo allettante e conveniente, esaltandone i pregi e cercando, così, di stimolare interesse nel pubblico al fine di convincerlo a compiere una certa azione, che di norma consiste nell'acquisto. Ed è proprio in tale tendenza che in effetti si dispiega la duplice funzione, informativa e promozionale, di ogni messaggio pubblicitario.

Chi si trova di fronte ad una pubblicità è di norma cosciente dei fini da essa perseguiti e, pertanto, è in grado di soppesare le informazioni che riceve e di attivare la propria "advertising consciousness"¹²¹, vale a dire quella consapevolezza che si acquisisce quando ci rende conto di essere «oggetto di pressione scopertamente pubblicitaria»¹²². Tuttavia, se già la consapevolezza di trovarsi di fronte ad un messaggio pubblicitario non garantisce la totale immunità dall'errore, potendo la presenza o la mancanza di determinati elementi al suo interno comunque trarre in inganno il proprio destinatario (così come visto nei paragrafi precedenti), a maggior ragione l'inganno che riguardi la finalità promozionale dello stesso è ancor più idonea a sortire tale effetto.

Si parla, in quest'ultimo caso, di "pubblicità occulta", un tipo di pubblicità ingannevole in cui l'inganno pubblicitario «si realizza pur sempre mediante un occultamento della verità, non già però con riferimento al contenuto del messaggio, bensì con riferimento alla sua funzione, che viene fatta apparire estranea all'ambito concorrenziale e quindi non strumentale alla vendita del prodotto, attribuendo così al messaggio credibilità di gran lunga maggiore e neutralizzando i meccanismi di autodifesa del consumatore»¹²³. Ed è su queste fondamenta che poggia il c.d. "principio di trasparenza".

2.4.1. Il principio di trasparenza

Il principio di trasparenza (anche detto "principio di riconoscibilità") della comunicazione commerciale svolge la fondamentale funzione di contrastare i rischi

¹²¹ G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., p. 86.

¹²² M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., p. 80.

¹²³ Giurì n. 11/1980. Nello stesso senso Giurì nn. 378/1999, 396/1998, 83/1993, 150/1989, 73/1984.

connessi alla pubblicità occulta, in particolare quelli «attinenti [...] a profili di tutela del consumatore e della lealtà della concorrenza imprenditoriale, ma anche di salvaguardia della libertà e indipendenza dell'editoria»¹²⁴. Esso si inserisce nel bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) e la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.)¹²⁵, un tema ricorrente nella disciplina di questo fenomeno¹²⁶.

Seppur con modalità differenti, il principio di trasparenza è codificato nell'art. 5, co. 1 Decreto sulla pubblicità ingannevole¹²⁷, nell'art. 22, co. 2 cod. cons.¹²⁸ e nell'art. 7 Codice di Autodisciplina¹²⁹. Invero, tutte e tre le fonti

¹²⁴ J. CIANI - M. TAVELLA, *La riconoscibilità della natura pubblicitaria della comunicazione alla prova del digital: native advertising tra obbligo di disclosure e difficoltà di controllo*, in *Informatica e diritto*, 2017, vol. 26, n. 1-2, pp. 495-496.

¹²⁵ *Ivi*, p. 496.

¹²⁶ Invero, è tutt'oggi oggetto di dibattito in dottrina in quale delle due disposizioni costituzionali debba essere inquadrata la libertà di informazione economica (*supra* §1.2.).

¹²⁷ La disposizione è stata originariamente introdotta dal d.lgs. n. 74/1992 e, nonostante i vari spostamenti, dapprima nel Codice del consumo e poi nella sede attuale, ha mantenuto la formulazione originaria: «la pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile come tale. La pubblicità a mezzo di stampa deve essere distinguibile dalle altre forme di comunicazione al pubblico, con modalità grafiche di evidente percezione». Secondo alcuni, il principio di trasparenza costituisce una specificazione di quello di lealtà pubblicitaria contenuto nell'art. 1, co. 2 del medesimo decreto, che prevede che «la pubblicità deve essere palese». In questo senso, ad esempio, M. FUSI - P. TESTA - P. COTTAFI, *La pubblicità ingannevole*, cit., p. 165.

Dal momento che il Decreto sulla pubblicità ingannevole è posto a tutela dei soli professionisti (seppur con le precisazioni di cui si è parlato), la dottrina si è posta la domanda se l'art. 5 sia applicabile solo alla pubblicità B2B o anche a quella che, «pur rivolta al pubblico dei consumatori, possa ledere gli interessi dei professionisti, ed in particolare dei concorrenti del professionista che ha diffuso il messaggio». In conformità con quanto sostenuto finora, L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve*, cit., pp. 2850-1 ritiene preferibile la seconda opzione. Ad ogni modo, segnala che, in seguito alla novella del 2007, «la norma in commento è rimasta inapplicata e tutti i casi di pubblicità occulta esaminati dall'Autorità sono stati giudicati sotto il profilo della loro idoneità a ledere gli interessi dei soli consumatori, e quindi ai sensi della loro conformità o meno con le norme del cod. cons. che disciplinano la trasparenza della comunicazione».

¹²⁸ Come già rilevato (*supra* §2.2.3.a)), la mancanza di trasparenza di una pubblicità è qualificata dall'art. 22, co. 2 cod. cons. come un tipo di omissione che concerne, in particolare, l'intento commerciale: «Una pratica commerciale è altresì considerata un'omissione ingannevole quando [...] non indica l'intento commerciale della pratica stessa qualora questi non risultino già evidente dal contesto nonché quando [...] ciò induce o è idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

¹²⁹ Art. 7 Codice di Autodisciplina: «La comunicazione commerciale deve sempre essere riconoscibile come tale. Nei mezzi e nelle forme di comunicazione commerciale in cui vengono diffusi contenuti e informazioni di altro genere, la comunicazione commerciale deve essere nettamente distinta per mezzo di idonei accorgimenti». Il Giurì ha ripetutamente affermato che il disposto dell'art. 7 «deve essere considerato uno dei pilastri portanti del sistema autodisciplinare in quanto vuole assicurare la separazione non formale, ma sostanziale fra informazione giornalistica e comunicazione pubblicitaria per meglio consentire a ciascuna di svolgere, in modo autonomo ed efficace, la propria diversa e specifica funzione, permettendo quindi alla pubblicità di essere riconosciuta e percepita come messaggio che veicola informazioni dallo specifico angolo visuale dell'impresa che si rivolge al mercato». Così Giurì n. 111/2004.

condividono la medesima ratio: quella di garantire che i messaggi pubblicitari siano «riconoscibili in quanto tali e distinguibili da altre tipologie di comunicazione estranee alle finalità commerciali tipiche dei messaggi promozionali, in maniera tale da consentire ai consumatori di attivare le normali reazioni derivanti dalla consapevolezza che si tratta di messaggi di parte, con specifiche finalità pubblicitarie»¹³⁰. Oltre a tutelare i consumatori, il Giurì ha affermato che il principio di trasparenza assolve altresì alla funzione di salvaguardare la credibilità del sistema pubblicitario nel suo complesso¹³¹, il libero gioco della concorrenza tra imprese e la credibilità pubblica degli operatori professionali¹³², quali pubblicitari e giornalisti¹³³.

Quanto alla valutazione della trasparenza della comunicazione commerciale, l'AGCM e il Giurì procedono in maniera analoga. In particolare, entrambi gli organismi svolgono un test a due fasi (di seguito, il “test della trasparenza”) – una di carattere soggettivo, l'altra di carattere oggettivo – di seguito illustrato.

Inizialmente, si verifica se la comunicazione in questione abbia natura pubblicitaria o consista in una mera forma di manifestazione del pensiero. L'elemento discretivo, in questo caso, è la sussistenza o meno di uno scopo promozionale¹³⁴, che tipicamente si rinviene nel rapporto di committenza tra l'inserzionista e il mezzo di diffusione. Se questo non può essere accertato, «la natura promozionale di un messaggio può anche essere desunta da elementi presuntivi, purché siano gravi, precisi e concordanti e siano valutati con prudenza, tenuto conto delle esigenze dettate dal diritto alla libera manifestazione del

¹³⁰ AGCM n. 17172 in *Boll.* 30/2007. Prima della novella del 2007 tale principio è stato affermato in molte altre pronunce dell'Autorità, tra cui AGCM nn. 17508 in *Boll.* 39/2007, 15497 in *Boll.* 20/2006, 11532 in *Boll.* 21/2006. Cfr. con quelle emesse dopo la riforma, tra cui Cons. st., 12 marzo 2012, n. 1387; T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 29 gennaio 2015, n. 1601; AGCM n. 24778 in *Boll.* 8/2014.

¹³¹ Così Giurì nn. 54/1990, 150/1989, 60/1987.

¹³² In aggiunta a quelle già citate, si veda Giurì n. 53/2008.

¹³³ Giurì n. 60/1987, ove si afferma che «l'art. 7 CAP costituisce il presidio irrinunciabile della trasparenza nelle relazioni pubblicitarie, sia quelle interne alle categorie interessate sia quelle esterne fra pubblicità e consumatori».

¹³⁴ Si noti che l'AGCM differenzia lo scopo promozionale dall'effetto promozionale: mentre il primo è intenzionale, il secondo è «involontario e, in quanto tale, non sufficiente a dimostrare la prevalenza delle finalità pubblicitarie su quelle informative». Così AGCM nn. 2441 in *Boll.* 45/1994, 2486 in *Boll.* 47/1994, 2529 in *Boll.* 49/1994.

pensiero, nonché delle scelte editoriali, le quali possono avere come oggetto anche la descrizione di specifici beni o servizi»¹³⁵.

Una volta riscontrata, anche in via presuntiva, la natura pubblicitaria del messaggio e la sua imputabilità all'impresa, occorre domandarsi se l'intento promozionale sia palese. Anche in questo caso, le autorità hanno accolto l'uso di presunzioni ai fini dell'accertamento della riconoscibilità o meno della comunicazione commerciale come tale, identificando tra le più rilevanti il contenuto del messaggio e la sua forma espositiva¹³⁶. Tuttavia, se tali elementi non fossero sufficienti a dimostrare chiaramente e inequivocabilmente l'intento promozionale dell'inserzionista, questi sarà tenuto ad esplicitarlo, pena il rischio che il proprio messaggio pubblicitario sia giudicato non trasparente in un eventuale giudizio instaurato innanzi gli organismi competenti.

Per l'applicazione pratica del suddetto test, si rimanda ai casi concreti analizzati nel Capitolo III.

2.4.2. Casistica

Per concludere il discorso sul tema della pubblicità occulta, sembra opportuno proporre una panoramica delle forme di comunicazione commerciale che pongono maggiori problemi sotto il profilo della trasparenza¹³⁷.

Nel 1993, il Giurì ha affermato che l'art. 7 C.A. «comprende due diverse ipotesi e pone quindi due divieti differenti, o meglio distinguibili in funzione delle diverse modalità con le quali si realizza un'infrazione sostanzialmente unitaria»¹³⁸: la pubblicità redazionale e il product placement.

¹³⁵ AGCM n. 4151 in *Boll.* 32-33/1996. Per l'ambito autodisciplinare, si vedano Giurì nn. 208/1993, 127/1990, 2/1990, 45/1989, 11/1980.

Contro l'uso della prova presuntiva in un giudizio che «si risolve in un riconoscimento della "giurisdizione" di un'autorità indipendente e di un collegio arbitrale in ordine all'oggetto - in senso proprio - della libertà di manifestazione del pensiero» si esprime L. PRINCIPATO, *La pubblicità redazionale fra libertà di cronaca e libertà di comunicazione pubblicitaria*, in *Dir. inf.*, 2003, pp. 855 ss.

¹³⁶ Così, ad esempio, AGCM nn. 16600 in *Boll.* 19/2007; Giurì nn. 92/1990, 64/1987, 11/1980.

¹³⁷ Resta inteso che le quattro pratiche che ci si accinge ad esaminare non integrano sempre e comunque fattispecie di pubblicità occulta: se il loro fine commerciale è palese – e non contrastano con altre disposizioni di legge o autodisciplinari – sono considerate lecite. Ciononostante, per propria natura o per quella del mezzo attraverso cui sono diffuse c'è un rischio maggiore che l'intento promozionale del messaggio pubblicitario non venga riconosciuto.

¹³⁸ Giurì n. 62/1993.

L'avvento di Internet ha però trasformato il mondo della pubblicità, dando vita al c.d. “digital/online advertising” o “pubblicità digitale/online”¹³⁹. Tale nozione abbraccia (i) la «trasposizione, sul mezzo Internet, delle tradizionali forme di pubblicità, [come] banner e spot»¹⁴⁰, e (ii) le nuove forme di comunicazione commerciale contraddistinte da caratteri “tipicamente digital”, quali il native advertising e l'endorsement¹⁴¹. Ma, mentre la prima tipologia «solitamente non pone problemi in termini di riconoscibilità della funzione pubblicitaria del messaggio»¹⁴² (e pertanto non sarà ulteriormente trattata), la seconda presenta delle caratteristiche idonee a ingenerare dubbi in relazione alla propria natura promozionale o meno.

In particolare, le quattro fattispecie che verranno a breve analizzate, nonostante si siano sviluppate su mezzi diversi, rappresentano tutte la manifestazione di una «tendenza costante e progressiva alla commistione tra pubblicità e contenuti, [che è arrivata a] rendere la linea di demarcazione tra di essi sempre più opaca e difficile da tracciare»¹⁴³. L'affermazione di Internet ha poi portato a termine tale percorso di “ibridazione”, tanto da non poter più parlare di due entità distinte (o distinguibili), ma di una nuova forma di pubblicità: quella della “pubblicità di contenuto” (c.d. “ad entertainment”)¹⁴⁴.

a) La pubblicità redazionale

Partendo dalla prima ipotesi menzionata, la pubblicità redazionale (o anche “publiredazionale”) è quella forma di promozione che da sempre – e per le proprie caratteristiche intrinseche – trova maggiore diffusione sulla stampa. Tuttavia, non sono mancati casi di utilizzo di tale format pubblicitario su altri mezzi, quali la

¹³⁹ M. RACO, *La Digital Chart: una prima regolamentazione dell'influencer marketing*, in *Ius in Itinere*, 5 maggio 2020 (articolo aggiornato il 30 dicembre 2020), disponibile al link <<https://www.iusinitinere.it/la-digital-chart-una-prima-regolamentazione-dellinfluencer-marketing-27135>> (ultimo accesso: 5 gennaio 2021), definisce tale fenomeno come «l'interazione strategica di vendita di prodotti e servizi che si svolge prevalentemente online attraverso canali *web*, *socials* e piattaforme e-commerce, con una conseguente rinnovazione anche del linguaggio e dei modi espressivi».

¹⁴⁰ C. PAPPALARDO, *Influencer e Autodisciplina Pubblicitaria – prime applicazioni della Digital Chart*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2018, p. 391.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ J. CIANI - M. TAVELLA, *La riconoscibilità della natura pubblicitaria*, cit., p. 486.

¹⁴⁴ *Ivi*, p. 487.

televisione o la radio. Focalizzandosi sull'ipotesi più comune, è stato affermato che «un articolo giornalistico deve qualificarsi come pubblicità redazionale quando il testo di esso abbia il preponderante contenuto di messaggio pubblicitario a favore di un imprenditore»¹⁴⁵. In questo caso, l'ingannevolezza trova la propria fonte nella tendenza tipica della pubblicità redazionale a confondersi con gli altri articoli del periodico, facendo così credere al pubblico che il prodotto o servizio sia descritto in modo disinteressato o a fini meramente informativi. Dunque, se la natura pubblicitaria dell'annuncio non è propriamente segnalata tramite «idonei accorgimenti»¹⁴⁶ e con modalità grafiche che ne permettano «l'immediata percezione»¹⁴⁷, l'obbligo di trasparenza non risulta ottemperato.

Dal 2007, il divieto di pubblicità redazionale occulta è posto in termini generali dal Codice del consumo. In particolare, l'art. 23, lett. m) qualifica come “in ogni caso ingannevole” «impiegare contenuti redazionali nei mezzi di comunicazione per promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati sostenuti dal professionista senza che ciò emerga dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore».

b) Il product placement

Il product placement è l'altra forma di pubblicità che tradizionalmente tende a non essere riconoscibile come tale. Essa consiste nel mostrare o menzionare, all'interno delle opere audiovisive¹⁴⁸ (per lo più quelle diffuse al cinema o in televisione), un prodotto o il marchio di un'impresa¹⁴⁹. Innestandosi in maniera

¹⁴⁵ Trib. Milano, 11 ottobre 1973, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1973, p. 399; App. Milano, 16 gennaio 1976, *ivi*, 1976, p. 803. Cfr. T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 8 febbraio 2005, n. 1128, in base al quale «Nell'ambito del divieto di pubblicità occulte ricadono, in particolare, le ipotesi di pubblicità tradizionalmente denominata "redazionale", la quale si rivolge al pubblico con le ingannevoli sembianze di un normale servizio giornalistico, apparentemente riconducibile ad una disinteressata scelta della redazione». Sul fenomeno anche L. PRINCIPATO, *La pubblicità redazionale*, cit., pp. 855 ss.

¹⁴⁶ *Ex multis*, Giurì nn. 169/2006, 85/2006, 62/1993.

¹⁴⁷ Così Giurì n. 68/1991. Anche l'AGCM ha individuato gli elementi idonei a riconoscere la pubblicità redazionale, quali la mancanza della firma dell'autore, del numero di pagina o del richiamo dell'articolo nell'indice della rivista. In questo senso, AGCM nn. 24778 in *Boll.* 8/2014, 7797 in *Boll.* 48/1999, 6937 in *Boll.* 8/1999, 4998 in *Boll.* 20/1997, 3888 in *Boll.* 19/1996.

¹⁴⁸ In particolare, quelle diffuse al cinema o in televisione, e quindi film o serie tv. Quando il product placement viene utilizzato all'interno di programmi radio-televisivi, come notiziari e talk show, invece, si parla di infomercial. Così J. CIANI - M. TAVELLA, *La riconoscibilità della natura pubblicitaria*, cit., p. 487.

¹⁴⁹ M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., p. 88.

quasi naturale in tale contesto – non commerciale, bensì narrativo –, il consumatore è concentrato sull'evoluzione della storia e «riceve in maniera “subdola” il messaggio pubblicitario, senza contrapporre ad esso nessun livello di “allerta”»¹⁵⁰. Tra l'altro, il product placement è particolarmente insidioso in quanto trae vantaggio dal successo dell'opera in cui si inserisce e dallo spirito di emulazione che il pubblico prova nei confronti dei suoi protagonisti¹⁵¹.

La disciplina normativa del product placement è stata originariamente introdotta dal d.lgs. n. 28/2004¹⁵², poi abrogato dalla l. n. 220/2016¹⁵³, che stabiliva la liceità dell'inserimento di «marchi e prodotti, comunque coerenti con il contesto narrativo, [previo] idoneo avviso»¹⁵⁴ e alle condizioni poste dal Ministero per i beni e le attività culturali. Queste ultime, ancora oggi in vigore, sono fissate dal decreto ministeriale del 30 luglio 2004¹⁵⁵.

c) *Il native advertising*

Passando all'ambito digital, il native advertising, tradotto in italiano con il termine “pubblicità nativa”, è un fenomeno che è stato definito come la «versione 2.0 della pubblicità redazionale»¹⁵⁶. Infatti, così come sulla stampa la pubblicità redazionale tende a confondersi tra gli articoli di giornale, nel mondo digitale le native ads (o “annunci nativi”) sono «contenuti che assumono le sembianze di quelli

¹⁵⁰ G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., p. 87. Attenzione a non confondere questo fenomeno con quello della pubblicità subliminale, ossia quella tecnica comunicazionale illecita che tende a stimolare un bisogno all'insaputa del consumatore, inducendolo a compiere l'atto economico per riflesso condizionato. Sul punto, si vedano le (poche) decisioni dell'Autorità (AGCM nn. 3600 in *Boll.* 6/1996, 1875-4 in *Boll.* 13-14/1994); M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., p. 91; M. FUSI, *La comunicazione pubblicitaria*, cit., p. 208. Ad oggi, tale pratica è espressamente vietata solo dall'art. 5, co. 3 Decreto sulla pubblicità ingannevole ma è pacifico che tale divieto sia applicabile anche ai messaggi B2C.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 28, “Riforma della disciplina in materia di attività cinematografiche, a norma dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137”.

¹⁵³ Legge 14 novembre 2016, n. 220, “Disciplina del cinema e dell'audiovisivo”.

¹⁵⁴ Art. 9, co. 3 d.lgs. n. 28/2004.

¹⁵⁵ Ministero per i Beni e le Attività Culturali, decreto 30 luglio 2004, “Modalità tecniche di attuazione del collocamento pianificato di marchi e prodotti nelle scene di un'opera cinematografica «product placement»”.

¹⁵⁶ G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., p. 91.

originari (“nativi” appunto) della piattaforma che li ospita, per catturare l’interesse del pubblico»¹⁵⁷.

In particolare, l’Interactive Advertising Bureau (di seguito “IAB”)¹⁵⁸, nel proprio report “Native Advertising Playbook 2.0”, ne distingue tre diverse tipologie: “In-Feed/In-Content Native Advertising”, “Content Recommendation Ads” e “Branded/Native Content”¹⁵⁹. Queste tre categorie di annunci nativi sono rinvenibili sia durante la navigazione sul web (nei motori di ricerca o sui singoli siti), sia nelle piattaforme di social network. Come specificato dallo IAB, l’elemento più importante al fine di non trarre in inganno gli utenti che visualizzano la native ad è che, in ogni caso, sia presente una c.d. “disclosure”, vale a dire un avvertimento che segnali al consumatore che si tratta di annunci a pagamento, e non di contenuti del sito o della piattaforma¹⁶⁰.

Nonostante vi sia (ancora) stato un riconoscimento formale nella normativa nazionale, «non pare in dubbio che tale divieto [di pubblicità occulta, *ndr*] debba trovare applicazione anche per la native advertising»¹⁶¹.

d) L’endorsement (cenni)

Infine, il mondo dell’online advertising ha visto emergere un’ulteriore forma di comunicazione commerciale che al giorno d’oggi è sicuramente tra le più diffuse: l’endorsement. In base alla Digital Chart, esso consiste in «quella forma di accreditamento di un prodotto o di un brand da parte di (i) personaggi celebri (“celebrity”); (ii) chi abbia acquisito visibilità e credibilità presso il pubblico per le

¹⁵⁷ IAP, “Digital Chart”, 2016, p. 6, disponibile al link <<https://www.iap.it/wp-content/uploads/2016/05/Digital-Chart-IAP-VERSIONE-ONLINE.pdf>> (ultimo accesso: 28 dicembre 2020).

¹⁵⁸ Associazione rappresentativa degli operatori del mercato della comunicazione digitale. Per approfondimenti in merito al funzionamento dello IAB, si veda <<https://www.iab.com/our-story/>> (ultimo accesso: 28 dicembre 2020). Per IAB Italia, che opera a livello nazionale, si veda <<https://iab.it/chi-siamo/>> (ultimo accesso: 28 dicembre 2020).

¹⁵⁹ Nella prima edizione del “Native Advertising Playbook”, risalente al 2013, lo IAB distingueva sei categorie: “In-Feed Units”, “Paid Search Units”, “Recommendation Widgets”, “Promoted Listings”, “In-Ad with Native Element Units” e miscellanee. Testo disponibile al link <<https://www.iab.com/wp-content/uploads/2015/06/IAB-Native-Advertising-Playbook2.pdf>> (ultimo accesso: 28 dicembre 2020).

Tuttavia, nel 2019, il “Native Advertising Playbook 2.0” ha ridefinito tali categorie, riducendole alle tre citate. Testo disponibile al link <https://www.iab.com/wp-content/uploads/2019/05/IAB-Native-Advertising-Playbook-2_0_Final.pdf> (ultimo accesso: 28 dicembre 2020).

¹⁶⁰ Native Advertising Playbook 2.0, cit., p. 12.

¹⁶¹ J. CIANI - M. TAVELLA, *La riconoscibilità della natura pubblicitaria*, cit., p. 498.

sue competenze in un certo campo (i c.d. “influencer”, come, ad esempio, i blogger o i vlogger); (iii) utenti comuni (gli “user”) che esprimono nella Rete la propria opinione o giudizio (che appartengono ai c.d. “user generated content”)¹⁶².

L’endorsement assume diverse forme non soltanto in base al soggetto che lo pone in essere, ma anche in relazione al tipo di mezzo (digitale) utilizzato. Con riferimento alle celebrity e agli influencer, essi utilizzano tale modalità promozionale soprattutto sui social network più diffusi, quali Facebook, Twitter e Instagram¹⁶³; gli user, invece, tendono a condividere i contenuti promozionali su blog o siti indipendenti, anche diversi da quello dell’inserzionista¹⁶⁴.

Prima di passare alla seconda Parte di questo Capitolo, in cui saranno approfonditi i vari aspetti caratterizzanti questo fenomeno e le relative forme di regolamentazione adottate a livello nazionale e non, occorre fare due precisazioni.

La prima è che, in base alla Digital Chart, sembrerebbe che gli User Generated Content (UGC) consistano esclusivamente nelle opinioni e nei giudizi espressi dagli utenti comuni – e non dalle celebrity e dagli influencer. Tuttavia, si ricorda che gli UGC sono definiti come quei contenuti digitali pubblicati non soltanto sui blog e sui siti web, ma anche sui social network e che non pare assumere alcuna rilevanza la qualificazione soggettiva del loro autore (*supra* §1.8.). Pertanto, ai fini del presente elaborato, si ritiene corretto includere tra gli UGC anche le immagini, i video, i post e le altre tipologie di contenuti personali pubblicati da celebrity e influencer sui propri profili social. In altre parole, la nozione generale di UGC ricomprende tutti i contenuti, con fine promozionale e non, condivisi da qualsiasi tipo di utente su Internet.

Facendo coincidere il concetto di endorsement con quello di UGC con fine promozionale, è poi possibile differenziare gli endorsement di personaggi celebri e influencer sulle piattaforme di social network dagli endorsement di utenti comuni

¹⁶² Digital Chart, cit., pp. 2-3.

¹⁶³ La Digital Chart precisa che, oltre che sui social network, l’endorsement da parte di celebrity e influencer può avvenire anche sui loro siti web o sui loro profili sui siti di content sharing (YouTube, Vimeo). Esulando tali ipotesi dall’ambito di analisi del presente scritto, per chiarezza espositiva non se ne farà ulteriore menzione.

¹⁶⁴ Digital Chart, p. 3. Si noti che C. PAPPALARDO, *Influencer e Autodisciplina Pubblicitaria*, cit., p. 391 identifica gli utenti comuni come micro-influencer. Tuttavia, ciò non sembra trovare riscontro nella Digital Chart e, pertanto, in questa sede i micro-influencer sono ricondotti all’interno della categoria generale di influencer.

su blog o siti web. Tuttavia, essendo quest'ultima ipotesi alquanto infrequente, l'analisi verterà esclusivamente sulla prima.

La seconda precisazione concerne la distinzione tra la figura della celebrity e quella dell'influencer. Le celebrity sono quei personaggi rinomatamente famosi e conosciuti dalla generalità del pubblico appartenenti al mondo dello spettacolo o dello sport che, dietro compenso, prestano la propria immagine per promuovere il prodotto di un inserzionista e, sfruttando il senso di emulazione del pubblico¹⁶⁵, ne stimolano l'acquisto¹⁶⁶. Solitamente ci si riferisce a tali soggetti come testimonial, ma la Digital Chart utilizza il nuovo termine "celebrity" probabilmente per evidenziare il diverso mezzo su cui essi promuovono un determinato prodotto: mentre i testimonial compaiono sui mezzi tradizionali, come i banner e gli spot televisivi, le celebrity svolgono attività promozionale sui nuovi mezzi digitali – soprattutto sui social network, disponendo la maggior parte di essi di una pagina personale su tali canali.

Mentre i personaggi famosi sono anni – anzi, secoli!¹⁶⁷ – che giocano un ruolo nelle strategie di marketing, gli influencer hanno fatto il loro ingresso in questo mondo solo recentemente, quando i social network hanno iniziato ad essere utilizzati come strumenti di business, oltre che di svago¹⁶⁸. L'influencer può essere definito come «chiunque abbia il potere di influire sulle decisioni d'acquisto di altri grazie alla propria autorità, conoscenza, posizione o relazione (reale o percepita)»¹⁶⁹. Si tratta, dunque, di utenti che, avendo maturato esperienza in un

¹⁶⁵ In particolare, L.W. FEINMAN, *Celebrity Endorsements in Non-Traditional Advertising: How the FTC Regulations Fail to Keep up with the Kardashians*, in *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.*, 2011, vol. 22, n. 1, p. 101 precisa i celebrity endorsements svolgono due effetti tra loro complementari: da un lato, migliorano la riconoscibilità e il "recall" (ricordo, rievocazione) del marchio, dall'altro permette ai consumatori di associare al brand sponsorizzato dalla celebrity le qualità e i valori che essi associano alla celebrity stessa.

¹⁶⁶ I medesimi individui possono fare endorsement anche nella veste di testimonial. La Digital Chart ha però ritenuto di adottare una nuova terminologia, probabilmente per differenziare il tipo di mezzo usato per l'endorsement: i mezzi tradizionali, come i banner e gli spot televisivi, nel caso dei testimonial; i nuovi mezzi digitali, tra cui i social network, nel caso delle celebrity.

¹⁶⁷ L.W. FEINMAN, *Celebrity Endorsements in Non-Traditional Advertising*, cit., pp. 103-104 fa notare che uno dei primi "celebrity endorsers" fu Papa Leone XIII nel XIX secolo. Infatti, dopo aver conferito una medaglia d'oro al Vin Mariani, un vino frizzante francese, il suo ritratto comparve nel manifesto pubblicitario di tale vino.

¹⁶⁸ Si può dire che ciò sia avvenuto a partire dal 2012, quando Facebook ha acquistato Instagram, un *social network* dove non contano gli "amici" ma i "follower" e dove quindi gli individui hanno la possibilità di comunicare con molti più utenti.

¹⁶⁹ L.E. BLADOW, *Worth the click: why greater FTC enforcement is needed to curtail deceptive practices in influencer marketing*, in *William & Mary L. Rev.*, 2018, vol. 59, n. 3, p. 1128.

certo ambito, condividono la propria quotidianità attraverso i social network più diffusi (Instagram *in primis*), cercando di stimolare l'interesse dei propri follower sui temi affrontati¹⁷⁰. Inoltre, essendo gli influencer delle persone “normali” (nel senso che il loro successo online non è legato all'essere già delle celebrità, nonostante possano diventarle¹⁷¹), essi sono visti come più vicini alla quotidianità di ognuno e, quindi, meno “irraggiungibili” dei personaggi celebri¹⁷². Pertanto, anche i loro endorsement, calati nella narrazione della propria giornata, sono percepiti come più autentici di quelli delle celebrity e considerati quasi come consigli da parte di un amico¹⁷³. Proprio per questa ragione, essi sono in grado di influenzare le scelte economiche dei consumatori «mediante un passaparola strategico realizzato grazie al proprio seguito e alla credibilità raggiunta tra i propri follower»¹⁷⁴.

Ad ogni modo, a prescindere dai diversi tratti caratterizzanti le celebrity e gli influencer, lo svolgimento pratico dell'attività di endorsement e le problematiche che possono insorgere laddove non venga dichiarata la finalità commerciale dei contenuti sono identiche. Pertanto, il termine influencer può

¹⁷⁰ Digital Chart, cit., p. 3.

¹⁷¹ In particolare, B. SOLIS, *The Influencer Marketing Manifesto: Why The Future of Influencer Marketing Starts With People And Relationships Not Popularity*, 2016, disponibile al link <[https://cdn2.hubspot.net/hubfs/1882019/TapInfluence/Resources/1020%20-%20Influencer Marketing Manifesto.pdf](https://cdn2.hubspot.net/hubfs/1882019/TapInfluence/Resources/1020%20-%20Influencer%20Marketing%20Manifesto.pdf)> (ultimo accesso: 5 gennaio 2021) li definisce “weblebrity”. Si veda anche J. TRZASKOWSKI, *Identifying the Commercial Nature of 'Influencer Marketing' on the Internet*, in *Scandinavian Studies in Law*, 2018, vol. 65, p. 82, che parla proprio di alterazione del meccanismo di creazione dello status di celebrity: mentre prima poteva essere ottenuto solo grazie al supporto di altri mezzi tradizionali, ora i singoli individui riescono ad acquisire tale *status* semplicemente utilizzando le piattaforme digitali.

¹⁷² Così M. ANSELMINO, *Comunicazione Digitale e Influencer Marketing: un'intervista all'Avv. Elena Carpani*, disponibile su Indicam <<https://www.indicam.it/indicazioni/comunicazione-digitale-e-influencer-marketing-unintervista-allavv-elena-carpani/>> (ultimo accesso: 3 gennaio 2021).

¹⁷³ Nel senso che i consumatori tendono a riporre maggiore fiducia negli influencer piuttosto che nelle celebrity, L.E. BLADOW, *Worth the click*, cit., p. 1128. Così anche C. RIEFA - L. CLAUSEN, *Towards fairness in digital influencers' marketing practices*, in *EuCML*, 2019, vol. 8, n. 2, pp. 64, che afferma: «digital influencers are winning the battle for consumer trust». Non solo: partendo dal presupposto che gli influencer sono a tutti gli effetti dei consumatori dei prodotti e dei servizi che pubblicizzano, bisogna considerare anche quanto affermato da J. CIANI - M. TAVELLA, *La riconoscibilità della natura pubblicitaria*, cit., p. 490, ossia che «i consumatori sono più propensi a prestare attenzione e a considerare credibile [...] la raccomandazione di un altro consumatore, piuttosto che la pubblicità “tradizionale”». Si veda *ivi* nt. 11, ove sono citate a supporto numerose ricerche di mercato e dottrina.

¹⁷⁴ Così G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., p. 93. In particolare, J. CIANI - M. TAVELLA, *La riconoscibilità della natura pubblicitaria*, cit., p. 489 definisce questa nuova tecnica, «caratterizat[a] dal coinvolgimento di clienti attuali o potenziali dei prodotti promozionati, come veri e propri testimonial degli stessi», come marketing “interattivo” o “del passaparola” (in inglese “word of mouth”) o “buzz marketing”».

essere utilizzato anche per indicare le celebrity che fanno endorsement sui social network¹⁷⁵.

Avendo chiarito questi aspetti, si procede ad un'analisi più approfondita del fenomeno dell'influencer marketing, del quale l'endorsement costituisce l'applicazione pratica, e delle prime forme di regolamentazione, vincolanti e non, adottate a livello nazionale e internazionale¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Peraltro, G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., p. 93, nota 90, specifica che «se, in una prima fase, l'influencer marketing coinvolgeva esclusivamente celebrities o, comunque, persone che godevano di una certa notorietà e avevano un numero di followers molto elevato, con il passare del tempo tale forma di comunicazione ha iniziato a coinvolgere un numero considerevole di utenti dei social network anche con un numero di follower non particolarmente elevato (c.d. nano e micro-influencer)». La ragione di tale scelta è duplice: i costi contenuti delle campagne di influencer marketing e il più alto tasso di engagement prodotto dai nano e micro-influencer, che riescono a raggiungere e coinvolgere maggiormente il proprio seguito, molto fedele e ricettivo dei consigli dell'influencer. Ciò trova conferma anche in AGCM nn. 27787 in *Boll.* 23/2019 e 28167 in *Boll.* 11/2020 di cui si dirà più avanti (*infra* §3.2.2.).

Si segnala che alcuni individuano addirittura quattro categorie di influencer, non in base all'origine della propria fama, ma in base al numero di follower di cui godono. Questo è quanto emerge da uno studio di Buzzoole, una società di servizi di marketing che automatizza, gestisce e misura gli investimenti con gli influencer: nel webinar condotto da V. Cosenza e intitolato "Come analizzare le performance degli influencer", questi ultimi vengono classificati come novice (fino a 10.000), micro (fino a 100.000), top (fino a 1 milione) o celebrity (oltre 1 milione). Registrazione del webinar disponibile al link <<https://www.youtube.com/watch?v=AgH7FeXT3Xs>> (ultimo accesso: 12 gennaio 2021).

¹⁷⁶ Potrebbe succedere che, nel corso della presente analisi, i termini "endorsement" e "influencer marketing" siano usati in modo interscambiabile. Invero, il loro significato è quasi completamente sovrapponibile: se per "endorsement" si intende la promozione, da parte di un influencer, di prodotti o servizi di un certo brand sui social network, per "influencer marketing" si intende quella specifica strategia di marketing che prevede l'utilizzo dell'endorsement.

Ciononostante, è opportuno tenere a mente che il Codice di Autodisciplina stabilisce espressamente che la nozione di "comunicazione commerciale" «non comprende le politiche commerciali e le tecniche di marketing in sé considerate» (lett. e) Norme Preliminari e Generali).

PARTE II – La disciplina dell’endorsement in Italia e all’estero

2.5. L’influencer marketing: origini, caratteristiche e problematiche del fenomeno

Oggi, qualsiasi impresa ha in mano lo strumento per raggiungere un mercato potenzialmente mondiale ad un costo irrisorio, in confronto al risultato ottenibile: l’influencer marketing¹⁷⁷.

Questa nuova «forma di marketing, basata sull’influenza che alcuni soggetti esercitano sul potere e le scelte d’acquisto di altri»¹⁷⁸, è arrivata ad occupare un ruolo fondamentale nelle strategie aziendali non soltanto in ragione della convenienza economica, ma anche in virtù della crescita esponenziale nell’utilizzo dei social network (dove, appunto, si è diffusa la nuova figura lavorativa dell’influencer) e della progressiva inefficacia delle forme pubblicitarie tradizionali¹⁷⁹. Infatti, da un lato gli individui usufruiscono sempre meno di mezzi quali la stampa e la televisione e sempre più delle app e delle piattaforme di streaming¹⁸⁰; dall’altro lo sviluppo di tecnologie come l’ad-blocking e l’ad-skipping hanno diminuito il rendimento di molte forme di digital advertising¹⁸¹. In altre

¹⁷⁷ J. TRZASKOWSKI, *Identifying the Commercial Nature of ‘Influencer Marketing’*, cit., p. 82 ricorda, infatti, che uno degli aspetti più importanti di Internet è che ha portato il costo della comunicazione (globale) vicina allo zero.

¹⁷⁸ M. ANSELMINO, *Comunicazione Digitale e Influencer Marketing*, cit.

¹⁷⁹ Sul punto, si vedano M.J. JUSTUS, *The Laws of Influence*, in *Comm. Law.*, 2016, vol. 32, n. 3, p. 25; R. BROWN, *Was That an Ad?*, in *Loy. Consumer L. Rev.*, 2016, vol. 29, n. 1, p. 225.

¹⁸⁰ Uno studio condotto da Marketing Charts, “The State of Traditional TV: Updated With Q1 2020 Data”, disponibile al link <<https://www.marketingcharts.com/featured-105414>> (ultimo accesso: 5 gennaio 2021), e basato sui dati raccolti da Nielsen nel “Total Audience Report Hub”, disponibile al link <<https://www.nielsen.com/us/en/insights/article/2020/the-nielsen-total-audience-report-hub/>> (ultimo accesso: 5 gennaio 2021), ha evidenziato come le fasce più giovani della popolazione americana spendano sempre meno tempo davanti alla TV tradizionale (fino al -15,3% nel 2020 rispetto al 2019 nonostante la pandemia di Covid-19), trascorrendone sempre di più davanti agli smartphone (fino a tre volte la quantità di tempo dedicato alla TV tradizionale). Ciò non vale per gli over 65, che prediligono ancora il mezzo tradizionale, ma un’ulteriore studio di eMarketer, “Cable Operators’ Shift to Profit Mode Accelerates Cord-Cutting”, disponibile al link <<https://www.emarketer.com/newsroom/index.php/cable-operators-shift-to-profit-mode-accelerates-cord-cutting/>> (ultimo accesso: 5 gennaio 2021), evidenzia una tendenza sempre più diffusa tra le famiglie americane a disattivare gli abbonamenti alla TV via cavo. Infine, come riportato nell’articolo “How Netflix Is Changing the TV Industry” di Investopedia, disponibile al link <<https://www.investopedia.com/articles/investing/060815/how-netflix-changing-tv-industry.asp#citation-1>> (ultimo accesso: 5 gennaio 2021), la nota piattaforma *on-demand* Netflix, con i suoi 167 milioni di iscritti ad inizio 2020, sta cambiando l’industria televisiva.

¹⁸¹ J. CIANI - M. TAVELLA, *La riconoscibilità della natura pubblicitaria*, cit., pp. 487-488 individua le ragioni dietro l’utilizzo dell’ad-blocking: «la pressione pubblicitaria cui il consumatore è stato

parole, il contesto sempre più digitale e “smartphone-dipendente” del XXI secolo ha inaugurato un nuovo capitolo nella continua battaglia per catturare l'attenzione dei consumatori¹⁸².

Invero, Internet ha rivoluzionato il modo in cui le imprese conducono gli affari e comunicano con i propri clienti¹⁸³: adesso, chiunque vi abbia accesso è in grado di visualizzare e interagire con qualsiasi contenuto a distanza di pochissimo tempo da quando esso viene diffuso in rete. Ciò ha permesso lo sviluppo del digital marketing sue due versanti: da un lato, ha portato alla creazione di siti dedicati allo shopping online (c.d. “e-commerce”); dall'altro ha aperto la strada all'impiego del nuovo strumento dell'influencer marketing¹⁸⁴, che secondo gli esperti del settore «si inserisce in un momento storico in cui il consumatore, più che mai, è al centro delle dinamiche di marketing e dove l'esperienza di quest'ultimo in relazione al prodotto/servizio offerto è molto cambiata»¹⁸⁵. A fare da ponte tra queste due componenti è la presenza dei brand stessi sui social network: la creazione di profili ufficiali permette, *in primis*, di comunicare direttamente con i propri clienti e di rafforzare il processo di fidelizzazione; in secondo luogo, consente di aumentare il traffico sui propri siti web: infatti, partendo dal post di endorsement dell'influencer, il consumatore viene condotto prima sulla pagina ufficiale e poi sull'e-commerce del brand¹⁸⁶.

sottoposto in misura sempre crescente negli anni ha generato un fenomeno di crescente disagio verso i contenuti pubblicitari, associato al tentativo materiale di evitarli, nonché allo scetticismo verso ciò che viene bollato come tale». *Ivi*, nt. 4 per le indagini su questo tema condotte dalle principali associazioni di categoria, quali IAB Italia, Netcomm, UPA e altre. Si veda anche M. FUSI - P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, cit., p. 57, ove si parla addirittura del “marchio d'infamia” che, a partire dal '68, dalla contestazione e dal consumerismo, la pubblicità si porta dietro in quanto «strumento di perenne mistificazione, decezione e manipolazione, meritevole di essere limitato e represso sul piano normativo ogni volta che se ne presenti l'occasione».

¹⁸² K. ASQUITH - E.M. FRASER, *A Critical Analysis of Attempts to Regulate Native Advertising and Influencer Marketing*, in *International Journal of Communication*, 2020, vol. 14, p. 5729.

¹⁸³ A. KHUONG, *Complying with the Federal Trade Commission's Disclosure Requirements: What Companies Need to Know When Using Social-Media Platforms as Marketing and Advertising Spaces*, in *Hastings Bus. L. J.*, 2016, vol. 13, n. 1, p. 129.

¹⁸⁴ M. RACO, *La Digital Chart*, cit., che afferma che tale tendenza si è sviluppata soprattutto tra i marchi di moda e di abbigliamento (i c.d. “fashion brands”).

¹⁸⁵ M. ANSELMINO, *Comunicazione Digitale e Influencer Marketing*, cit.

¹⁸⁶ A. KHUONG, *Complying with the Federal Trade Commission's Disclosure Requirements*, cit., p. 135. Ciò avviene grazie all'utilizzo dei c.d. “tag” e dei link ipertestuali.

Avendo individuato le ragioni sottostanti l'affermazione dell'influencer marketing, è ora opportuno delinearne i caratteri fondamentali così da poterne successivamente evidenziare le criticità dal punto di vista della trasparenza.

Concretamente, «il marketing di influenza consiste nella pubblicazione, da parte dell'influencer sulla propria pagina social, di post in cui lo stesso mostra o esprime sostegno o approvazione – endorsement, appunto – per prodotti o servizi del soggetto (inserzionista) che lo ha “ingaggiato”»¹⁸⁷, a fronte del pagamento di un semplice corrispettivo in denaro e/o del regalo del prodotto o dell'offerta in omaggio del servizio pubblicizzati¹⁸⁸. Tra i social network più utilizzati vi è sicuramente Instagram, dove gli utenti possono condividere post (foto e video) sia sul Feed che sulle Stories, con la differenza che nel secondo caso essi scompaiono trascorse ventiquattro ore. Anche Facebook, YouTube e, più recentemente, TikTok sono piattaforme che ben si prestano a ospitare contenuti promozionali¹⁸⁹.

I fattori a cui è legato il successo di una campagna di influencer marketing sono molteplici. Chiaramente, il numero di follower svolge un ruolo primario: più grande il seguito dell'influencer che effettua l'endorsement, maggiore la probabilità che il prodotto o servizio consigliato venga effettivamente acquistato. Tuttavia, è stato affermato che, affinché un endorsement sia proficuo, il pubblico deve percepire una sorta di connessione tra l'influencer e il brand che pubblicizza, pena l'insorgere di un sentimento di scetticismo nei confronti del messaggio pubblicitario e delle parti a cui è riconducibile¹⁹⁰.

Vi sono poi diverse tipologie di endorsement. Oltre alla semplice recensione del prodotto, sovente accompagnata dalla spiegazione o dimostrazione pratica del suo funzionamento, l'influencer può coinvolgere il proprio seguito in lotterie o concorsi promossi dall'inserzionista, nonché offrire sconti o altri tipi di incentivi al

¹⁸⁷ G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., p. 93.

¹⁸⁸ K. ASQUITH - E.M. FRASER, *A Critical Analysis of Attempts to Regulate Native Advertising and Influencer Marketing*, cit., p. 5730.

¹⁸⁹ M. RACO, *La Digital Chart*, cit.

¹⁹⁰ In particolare, L.W. FEINMAN, *Celebrity Endorsements in Non-Traditional Advertising*, cit., p. 101 individua quattro fattori da cui dipende la forza del connubio tra *influencer* – nello specifico, la *celebrity-influencer* – e brand: (i) l'affidabilità o la credibilità della celebrità, (ii) la simpatia della celebrità, (iii) la somiglianza tra la celebrità e la target audience e (iv) la competenza della celebrità nella specifica area in cui si inserisce il prodotto.

fine di invogliare all'acquisto¹⁹¹. Particolarmente diffuso è anche l'affiliate marketing, una sotto-tipologia dell'influencer marketing: in pratica, il brand fornisce all'influencer un link appositamente codificato che conduce alla pagina di acquisto di un prodotto e, se e solo se la vendita si conclude, l'influencer guadagna una commissione¹⁹².

L'elemento che accomuna tutte queste forme di endorsement è il fatto che gli influencer creano e pubblicano i contenuti promozionali direttamente sul proprio profilo social, cercando di presentare le informazioni il più possibile sotto forma di consiglio personale¹⁹³. In pratica, le imprese sfruttano il tipo di comunicazione che avviene su questi canali, nati per la condivisione di idee e opinioni, come mezzo per pubblicizzare i propri prodotti¹⁹⁴. Ed è proprio in questo aspetto che si evince il grande cambiamento avvenuto nel modo di rapportarsi ai consumatori: adesso, i brand preferiscono comunicare con chi ha influenza sui potenziali clienti, piuttosto che rivolgersi direttamente a questi ultimi¹⁹⁵. Inoltre, vogliono che i clienti vedano i propri influencer nell'intento di utilizzare i prodotti o servizi nella loro vita di tutti i giorni, in un modo che non dia l'impressione di essere di fronte a una pubblicità¹⁹⁶. Tuttavia, nel momento in cui i follower non sono al corrente del fatto che dietro ciò che appare come un giudizio personale si cela un accordo economico – e, di conseguenza, una retribuzione per chi il giudizio lo esprime – sorge un problema di trasparenza¹⁹⁷.

¹⁹¹ M. BERNSTEIN, *How to Avoid the FTC Not Liking Your Next Campaign*, in *Managing Intellectual Property*, 2016, 262, p. 49.

¹⁹² Tema affrontato nel dettaglio da L.E. BLADOW, *Worth the click*, cit., pp. 1130 ss. Come riportato da N. GALOV, *101 Affiliate Marketing Stats, aggiornato il 21 gennaio 2021*, disponibile su Hosting Tribunal al link <<https://hostingtribunal.com/blog/affiliate-marketing-stats/#gref>> (ultimo accesso: 21 febbraio 2021), non solo l'affiliate marketing sta crescendo velocemente, ma è già diventato uno dei settori industriali più importanti a livello globale: nel 2018 valeva più di 12 miliardi di dollari, con gli Stati Uniti e l'UE in testa (fonte: IAB), e dal 2015 i profitti da affiliate marketing crescono a un tasso del 10% (fonte: Statista).

¹⁹³ C. RIEFA - L. CLAUSEN, *Towards fairness*, cit., p. 64. Invero, il successo di molti *influencer* è proprio legato alla loro capacità di integrare contenuti di natura personale con quelli di natura commerciale in maniera coerente, accattivante e coinvolgente.

¹⁹⁴ A. KHUONG, *Complying with the Federal Trade Commission's Disclosure Requirements*, cit., p. 129.

¹⁹⁵ J. TRZASKOWSKI, *Identifying the Commercial Nature of 'Influencer Marketing'*, cit., p. 83.

¹⁹⁶ M. BERNSTEIN, *How to Avoid the FTC Not Liking Your Next Campaign*, cit., p. 50.

¹⁹⁷ R. BROWN, *Was That an Ad?*, cit., p. 226. Si veda anche S. FRIER - M. TOWNSEND, *FTC to Crack Down on Paid Celebrity Posts That Aren't Clear Ads*, 5 agosto 2016, disponibile su Bloomberg al link <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-08-05/ftc-to-crack-down-on-paid-celebrity-posts-that-aren-t-clear-ads>> (ultimo accesso: 8 gennaio 2021).

In un'epoca in cui il ricorso agli endorsement è diventato uno strumento essenziale all'interno di qualsiasi tipo di settore – dal fashion alla ristorazione, dalla salute fisica e mentale all'intrattenimento, dalla cosmetica alla tecnologia – e il cui uso è destinato a crescere ulteriormente in futuro¹⁹⁸, è sorta l'esigenza di disciplinare di questo fenomeno al fine di tutelare i consumatori dall'inganno derivante dall'occultamento della natura pubblicitaria del messaggio. Peraltro, rispettare l'obbligo di disclosure nel corso dell'attività di endorsement conviene agli stessi brand e influencer: infatti, laddove si venisse a scoprire la reale natura (pubblicitaria) di quello che pareva essere una preferenza personale e disinteressata, ciò potrebbe, nel lungo termine, ripercuotersi negativamente sulla loro reputazione¹⁹⁹.

A fronte della necessità – universalmente condivisa – di far fronte ai rischi posti da un utilizzo incontrollato di questo nuovo strumento di marketing digitale, i prossimi paragrafi offrono, per prima cosa, una panoramica delle regole a tal fine applicabili a livello nazionale (*infra* §2.6.). In aggiunta, eseguono una rapida ricognizione della normativa adottata in ambito di influencer marketing negli Stati Uniti d'America, contribuendo così ad un'analisi del fenomeno da una prospettiva transnazionale (*infra* §2.7.). Per concludere, accennano alle varie forme di soft law sviluppatesi in Italia e a livello internazionale (*infra* §2.8.).

2.6. La regolamentazione dell'endorsement in Italia

In Italia, il fenomeno dell'endorsement non è regolato da specifiche disposizioni di legge, ma ricade nell'ambito di applicazione della normativa generale (*supra* §2.2.). In applicazione delle disposizioni rilevanti del Codice del Consumo e del Decreto sulla pubblicità ingannevole, pertanto, «lo strumento di contrasto alla pubblicità occulta deve essere individuato, anche in ambito digitale,

¹⁹⁸ Secondo Business Insider UK, l'industria dell'influencer marketing è destinata ad avere un valore fino a \$15 miliardi entro il 2022, a fronte degli \$8 miliardi nel 2019. Si veda l'articolo *Influencer Marketing: Social media influencer market stats and research for 2021* del 6 gennaio 2021, disponibile al link <<https://www.businessinsider.com/influencer-marketing-report?IR=T>> (ultimo accesso: 8 gennaio 2021).

¹⁹⁹ L.E. BLADOW, *Worth the click*, cit., p. 1133.

in un preciso onere di disclosure a carico dell'inserzionista, consistente nel dare avviso all'utente della finalità pubblicitaria all'interno del contenuto editoriale»²⁰⁰.

Per contro, in ambito autodisciplinare, ormai da diversi anni lo IAP ha iniziato a occuparsi in modo specifico e mirato di comunicazione commerciale digitale. L'apertura nei confronti di tale settore trova origine nell'adozione, nel 2008, della “Best Practice Recommendation on Digital Marketing Communications”²⁰¹ (di seguito, “DMC BPR”) da parte della European Advertising Standard Alliance (EASA), un organo del Comitato Economico e Sociale Europeo che si occupa della promozione e dello sviluppo dell'autodisciplina nel settore pubblicitario e di cui lo IAP è membro e co-fondatore²⁰². Si sottolinea che, a sua volta, l'EASA ha preso ispirazione dai principi delineati dalla Camera di Commercio Internazionale (ICC) nel proprio “Consolidated Code on Advertising and Marketing Communication Practice”²⁰³.

Sulla scorta della DMC BPR e della “Best Practice Recommendation on Influencer Marketing” (di seguito, “IM BPR”), nel luglio 2016 lo IAP ha pubblicato la “Digital Chart” (di seguito anche “Carta”), un documento contenente «una serie di suggerimenti non vincolanti per rendere conformi al principio di trasparenza pubblicitaria le diverse tipologie di online advertising, incluso ovviamente l'endorsement o influencer marketing»²⁰⁴. L'Istituto precisa che, nel momento in cui il contenuto pubblicato realizza una forma di comunicazione commerciale, e previo soddisfacimento degli ulteriori requisiti necessari (*supra* §1.3.2.), lo stesso è

²⁰⁰ J. CIANI - M. TAVELLA, *La riconoscibilità della natura pubblicitaria*, cit., p. 499. Tuttavia, prima dei provvedimenti adottati dall'AGCM in materia di influencer marketing (*infra* §3.3), non era chiaro se la suddetta normativa fosse applicabile anche agli influencer: invero, non era stata ancora data risposta alla domanda se essi potessero essere qualificati come “professionisti” ai sensi dell'art. 18, lett. b) cod. cons. o meno.

²⁰¹ EASA, “Digital Marketing Communication Best Practice Recommendation”, ult. ed. (2015), disponibile al link <https://www.easa-alliance.org/sites/default/files/EASA%20Best%20Practice%20Recommendation%20on%20Digital%20Marketing%20Communications.pdf> (ultimo accesso: 9 gennaio 2021).

²⁰² Per maggiori informazioni in merito al funzionamento dell'EASA si veda il suo sito ufficiale <https://www.easa-alliance.org> (ultimo accesso: 9 gennaio 2021), nonché la pagina dedicata sul sito del Comitato Economico e Sociale Europeo <https://www.eesc.europa.eu/it/node/55794> (ultimo accesso: 9 gennaio 2021).

²⁰³ ICC, “Advertising and Marketing Communications Code”, ult. ed. (2018), disponibile al link <https://iccwbo.org/publication/icc-advertising-and-marketing-communications-code/> (ultimo accesso: 9 gennaio 2021).

²⁰⁴ G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., p. 94.

comunque soggetto al Codice di Autodisciplina²⁰⁵, e in particolare all'art. 7 relativo al principio di trasparenza, nonché all'art. 4 in materia di testimonianze²⁰⁶.

Ciò detto, l'obiettivo perseguito dalla Digital Chart è quello di «svolgere una ricognizione sulle più diffuse forme di comunicazione commerciale nella Rete e nel mondo digitale in genere, e di fissare criteri per la riconoscibilità della comunicazione commerciale nel rispetto dell'articolo 7 del C.A.»²⁰⁷. Pertanto, questo documento codifica ufficialmente la scelta dello IAP di ricondurre la figura dell'influencer all'interno della categoria di soggetti la cui condotta deve essere oggetto di scrutinio al fine di poter adeguatamente tutelare il consumatore, che si trova in una posizione più debole²⁰⁸.

Con la revisione della Carta avvenuta nel luglio 2017, lo IAP ha poi ridefinito l'elenco degli «idonei accorgimenti»²⁰⁹ da attuare – sempre su base volontaria – per rendere riconoscibile il fine promozionale dei contenuti pubblicati sui social network, qualora questo non sia già chiaramente riconoscibile dal contesto. In particolare, gli influencer dovrebbero inserire, in modo ben distinguibile e nella parte iniziale del post, diciture quali “Pubblicità/Advertising”, “Promosso da/Promoted by”, “Sponsorizzato da/Sponsored by”, “In collaborazione con/In partnership with” e/o entro i primi tre hashtag (#) una delle seguenti diciture: “#Pubblicità/#Advertising”, “#Sponsorizzato da/#Sponsored by” o “#ad” unitamente a “#brand”²¹⁰. Per quanto concerne i contenuti video, la Digital Chart

²⁰⁵ Digital Chart, p. 5, che precisa altresì che, laddove l'UGC si sostanzia in un'espressione della libera manifestazione del pensiero (ai sensi dell'art. 21 Cost.), la normativa autodisciplinare non sarà applicabile.

²⁰⁶ Art. 4 Codice di Autodisciplina: “Le testimonianze e altre forme di accreditamento di un prodotto, con finalità promozionali, devono rendere palese la loro natura ed essere autentiche e responsabili”.

²⁰⁷ Digital Chart, p. 2.

²⁰⁸ Si rammenta che il Codice di Autodisciplina, a differenza del Codice del Consumo e del Decreto sulla pubblicità ingannevole, non include alcun riferimento alla qualifica professionale dell'inserzionista (*supra* §1.5.c). Tuttavia, E. APA, *La pubblicità commerciale*, cit., p. 21 ritiene che essa sia implicita e possa desumersi in via logico-sistematica.

²⁰⁹ Come richiesto dall'art. 7 C.A. (*supra* §2.4.). Come riportato da G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., p. 94, nt. 92, «la prima versione della Digital Chart suggeriva, tra gli accorgimenti per rendere riconoscibile la natura promozionale dei contenuti pubblicati sui social media, di indicare» l'hashtag (#) del nome della campagna pubblicitaria in corso, e il link al sito del brand, con o senza il tag (@) alla pagina del brand sui social.

²¹⁰ Digital Chart, p. 4, che ad ogni fornisce un elenco di diciture meramente esemplificativo. Per la differenza tra le varie diciture e hashtag, si veda F. GATTI, *Facciamo chiarezza: #adv, #giftedby o #suppliedby?*, in *Addicted*, 26 novembre 2019, disponibile al link <https://addicted.altervista.org/facciamo-chiarezza-adv-giftedby-o-suppliedby/> (ultimo accesso: 12 gennaio 2021). Per la dottrina statunitense in merito alla preferibilità di una dicitura piuttosto che

suggerisce al “vlogger”, quel tipo di influencer che predilige il suddetto formato, di inserire gli appositi disclaimer nelle inquadrature iniziali o finali del video, in sovrainpressione in concomitanza con le inquadrature promozionali, o addirittura nel proprio discorso²¹¹.

L'unica eccezione alla regola della disclosure è rappresentata dall'ipotesi in cui la relazione tra l'influencer e inserzionista «si limiti all'invio occasionale da parte dell'inserzionista dei propri prodotti gratuitamente o per un modico valore» affinché l'influencer li faccia vedere ai propri follower. In tal caso, non si tratta di un accordo commerciale avente ad oggetto la promozione del brand, ma della una fornitura *una tantum* di un suo prodotto; fornitura della quale cui l'influencer può anche non essere a conoscenza. In questo caso, non occorrerà inserire i disclaimer di cui sopra, ma basterà includere un avvertimento quale “prodotto inviato da”, accompagnato da “#regalo/gift” o “#regalato/gifted”.

La novità più importante nell'ambito dell'autodisciplina è stata la modifica, nell'aprile 2019, dell'art. 7 C.A.: adesso, tale disposizione regola espressamente la comunicazione commerciale diffusa su Internet, specificando che gli idonei accorgimenti ai fini della sua riconoscibilità come tale sono riportati nel “Regolamento Digital Chart” (riportato in coda al Codice di Autodisciplina). Questo nuovo Regolamento riprende in maniera sostanzialmente identica il contenuto della Digital Chart ma, a differenza di quest'ultima, è vincolante per tutti gli aderenti (in via diretta o indiretta) al sistema autodisciplinare²¹².

Inoltre, il Regolamento Digital Chart introduce alcune specificazioni: innanzitutto precisa che nell'ipotesi di invio di prodotti gratuiti o per modico corrispettivo all'influencer da parte dell'inserzionista, quest'ultimo «deve informare l'influencer, in modo chiaro e inequivoco, al momento dell'invio del prodotto, dell'esistenza dell'obbligo di inserire tale disclaimer [“prodotto inviato

l'altra, si vedano invece lo studio condotto per Contently, J. LAZAUSKAS, *Fixing Native Ads: What Consumers want from Publishers, Brands, Facebook, and the FTC*, 2016, disponibile al link <<https://contently.com/strategist/2016/12/08/native-advertising-study>> (ultimo accesso: 10 gennaio 2021), nonché A.R. MUDGE, *Native Advertising, Influencers, and Endorsements: Where Is the Line between Integrated Content and Deceptively Formatted Advertising*, in *Antitrust*, 2017, vol. 31, n. 3, p. 83.

²¹¹ Digital Chart, p. 5.

²¹² G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., p. 95.

da” o equivalente, *ndr*]}²¹³. Così facendo, la responsabilità dell’inserzionista viene circoscritta all’obbligo di segnalazione, mentre ricade sull’influencer quella di fare l’effettivo avvertimento al pubblico²¹⁴.

Un ulteriore elemento innovativo, introdotto con l’ultima modifica al Codice di Autodisciplina apportata nel 2020, riguarda poi i contenuti “a scadenza”, di cui le Stories di Instagram costituiscono l’emblema²¹⁵. Per quanto concerne questa tipologia di contenuti, caratterizzati dal fatto di rimanere visibili solo per un determinato lasso di tempo (di norma ventiquattro ore), il Regolamento Digital Chart stabilisce che almeno una delle diciture «deve essere sovrapposta *in modo ben visibile* agli elementi visivi di ogni contenuto promozionale»²¹⁶. Questa precisazione ha probabilmente la funzione di contrastare la tendenza degli influencer a ritenere adempiuti i propri obblighi di disclosure con l’inserimento di un semplice “#ad”, spesso in caratteri piccoli e difficilmente percettibili tali da non distrarre dalla narrazione o dalla rappresentazione del prodotto pubblicizzato²¹⁷. Tuttavia, tale convinzione è errata in quanto l’hashtag, oltre ad essere presente, deve altresì essere percepibile, pena l’inadeguatezza dello stesso a raggiungere l’obiettivo che dovrebbe perseguire, vale a dire la riconoscibilità del messaggio pubblicitario come tale da parte di chi lo visualizza. Da qui, la scelta dello IAP di sottolineare che le diciture apposte alle Storie debbano essere ben visibili agli occhi degli utenti.

Infine, il Regolamento Digital Chart ha introdotto l’ipotesi in cui «il rapporto tra influencer e inserzionista non sia di committenza ma si limiti all’invito da parte di quest’ultimo alla partecipazione ad un evento»: in questo caso «i post e le altre comunicazioni diffuse in rete dall’influencer che diano notizia di un prodotto o brand in relazione all’evento dovranno informare il pubblico che la partecipazione

²¹³ Regolamento Digital Chart, punto 2.

²¹⁴ G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., p. 97.

²¹⁵ Lo stesso format è presente anche su altre piattaforme, come Facebook e Whatsapp, sulle quali, però, le Storie non costituiscono la parte predominante della user experience e non sono quindi un mezzo tipicamente utilizzato per gli endorsement.

²¹⁶ Regolamento Digital Chart, punto 2 (enfasi aggiunta), ove è riportato un elenco di diciture a titolo esemplificativo.

²¹⁷ M. RACO, *La Digital Chart*, cit. Anche sul Feed vi è la tendenza a nascondere gli hashtag nella parte finale del post, separandoli dalla porzione di testo che si intende far leggere ai follower tramite l’utilizzo di una quantità di puntini di sospensione che costringono gli utenti a cliccare “Altro...” per poter leggere le diciture di disclosure.

è avvenuta su invito dell'inserzionista» e «l'inserzionista deve informare l'influencer, in modo chiaro e inequivoco, al momento dell'invito, dell'esistenza di tale obbligo di informazione»²¹⁸.

In definitiva, si può dire che l'esperienza italiana nella regolamentazione dell'endorsement si sia sviluppata quasi esclusivamente lungo in filone autodisciplinare, non avendo il legislatore ancora compiuto i passi necessari per disciplinare specificatamente questo fenomeno.

2.7. La regolamentazione dell'endorsement negli Stati Uniti

Avendo già sottolineato la natura transnazionale dell'influencer marketing, pare interessante analizzare come gli Stati Uniti, paese in cui sono nati i social network²¹⁹ e dove vivono alcuni degli influencer più popolari al mondo²²⁰, hanno scelto di regolare l'endorsement e i problemi di trasparenza che tale forma di comunicazione commerciale è idonea a generare. Dunque, dopo una breve illustrazione delle caratteristiche dell'organo adibito alla repressione della pubblicità ingannevole, si procederà con la disamina delle misure adottate negli Stati Uniti per garantire la trasparenza di messaggi pubblicitari diffusi tramite le piattaforme social.

2.7.1. La Federal Trade Commission

La Federal Trade Commission (FTC) è nata nel 1914 in seguito all'emanazione del "Federal Trade Commission Act" (di seguito, "FTCA")²²¹ ed è

²¹⁸ Regolamento Digital Chart, punto 4.

²¹⁹ Invero, sono di nazionalità statunitense: Andrew Weinreich, creatore di SixDegrees.com, che molti, tra cui N.B. ELLISON, *Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship*, in *J. Computer-Mediated Comm.*, 2007, vol. 13, n. 1, pp. 210 ss, considerano il primo social network mai ideato; Mark Zuckerberg, padre di Facebook: Chad Hurley, Steve Chen e Jawed Karim, fondatori di YouTube; Jack Dorsey, Noah Glass, Biz Stone e Evan Williams, creatori di Twitter; Kevin Systrom e Mike Krieger, ideatori di Instagram; Brian Acton e Jan Koum, fondatori di Whatsapp.

²²⁰ Tra gli influencer statunitensi più popolari su Instagram, si vedano ad esempio Dwayne Johnson, alias "The Rock" (216 milioni di follower), Kylie Jenner (214 milioni di follower) e Kim Kardashian (203 milioni di follower).

²²¹ Il testo del FTCA (15 U.S.C. §§41-58) è disponibile al link <https://www.ftc.gov/enforcement/statutes/federal-trade-commission-act> (ultimo accesso: 11 gennaio 2021). L'altra legge che ha contribuito alla definizione dei poteri dell'autorità è il "Clayton Act" (15 U.S.C. §§12-27) del 1914, che concerne l'ambito antitrust. La storia della FTC è stata riportata, tra i molti, da M. WINERMAN, *The origins of the FTC: concentration, cooperation, control*,

organizzata come segue. Innanzitutto, vi è la Commission (Commissione), composta da cinque membri, nominati dal Presidente e confermati dal Senato, ognuno in carica per sette anni. Vi sono poi dodici Offices (Uffici), incaricati della parte organizzativa, e tre Bureaus (Dipartimenti), suddivisi in base all'ambito operativo: Competition (Competizione), Consumer Protection (Protezione dei consumatori) ed Economics (per la valutazione dell'impatto economico delle proprie azioni)²²².

Per assolvere alle proprie funzioni, la FTC ha a disposizione tre tipologie di poteri: (i) investigativi, potendo svolgere indagini nei confronti di un'azienda o di un intero settore, (ii) esecutivi, potendo promuovere azioni legali innanzi le corti amministrative e civili qualora abbia ragione di credere che le leggi di cui deve assicurare l'osservanza siano state violate, e (iii) normativi, potendo la Commissione formulare delle norme di regolamentazione del commercio (le c.d. "trade regulation rules").

Gli obiettivi primari della FTC sono quelli di proteggere i consumatori e promuovere la competizione, eliminando e prevenendo le pratiche commerciali anticoncorrenziali²²³. Come la sua corrispondente italiana AGCM, la FTC è un'agenzia indipendente, salvo il fatto che il suo Bureau of Competition condivide la giurisdizione sull'applicazione della legge antitrust con l'Antitrust Division del U.S. Department of Justice (DOJ). Tuttavia, mentre il primo è responsabile solo per l'ambito civile, la seconda ha il potere di avviare azioni sia civili che penali in materia di antitrust.

Ciò detto, il dipartimento più rilevante ai fini degli argomenti trattati nel presente elaborato, è il Bureau of Consumer Protection, che si occupa di proteggere i consumatori dalle pratiche sleali, ingannevoli o fraudolente²²⁴. In particolare, tale

and competition, in *Antitrust Law Journal*, 2003, vol. 71, pp. 1 ss.; A.E. MACINTYRE - J.J. VOLHARD, *The Federal Trade Commission*, in *Boston College Law Review*, 1970, vol. 11, n. 4, pp. 723 ss.

²²² Per la struttura organizzativa dettagliata della FTC, si vedano le pagine "Commissioners" e "Bureaus & Offices" del sito ufficiale, rispettivamente disponibili ai link <https://www.ftc.gov/about-ftc/commissioners> <<https://www.ftc.gov/about-ftc/bureaus-offices>> (ultimo accesso: 11 gennaio 2021).

²²³ Per maggiori dettagli in merito ai compiti della FTC, si veda la pagina "What We Do" del sito ufficiale <<https://www.ftc.gov/about-ftc/what-we-do>> (ultimo accesso: 11 gennaio 2021).

²²⁴ Si veda la pagina "Bureau of Consumer Protection" sul sito ufficiale della FTC, <<https://www.ftc.gov/about-ftc/bureaus-offices/bureau-consumer-protection>> (ultimo accesso: 11 gennaio 2021), e in particolare le sezioni "Our Divisions" e "About the Bureaus of Consumer Protection".

organismo conduce investigazioni, dà attuazione alle leggi a tutela dei consumatori promulgate dal Parlamento e alle norme di regolamentazione del commercio emanate dalla Commissione e si occupa di educare i consumatori e le imprese sui propri diritti e sulle proprie responsabilità. Esso si articola in Divisions (Divisioni), una delle quali è la Division of Advertising Practices, che si occupa della protezione dei consumatori dalla pubblicità scorretta o ingannevole e dalle forme di marketing idonee a ledere la loro salute o sicurezza o a danneggiarli economicamente.

Terminata questa breve overview della struttura della FTC, occorre ora passare in rassegna le disposizioni, vincolanti e non, mirate a contrastare la pubblicità ingannevole.

2.7.2. La Sezione 5 del FTCA e le linee guida della Federal Trade Commission

Ai fini della presente analisi, la normativa statunitense rilevante è contenuta nella Sezione 5 del FTCA, che proibisce gli “unfair or deceptive acts or practices” (anche detti “UDAP” o, in italiano, “atti o pratiche sleali o ingannevoli”) (15 U.S.C. §45(a)(1))²²⁵.

Nonostante la FTC abbia sin da subito interpretato tale disposizione nel senso di conferirle il potere di sanzionare anche la pubblicità ingannevole (la c.d. “deceptive” o “misleading advertising”)²²⁶, il FTCA non specifica cosa si intenda per “deceptive”. Pertanto, la Commissione ha elaborato un “Policy Statement on Deception” nel quale precisa che l’inganno consiste nella rappresentazione, omissione o pratica che è idonea a indurre in errore il consumatore ragionevolmente avveduto (c.d. “reasonable consumer”) nelle circostanze in cui si trova, a danno del consumatore stesso. In particolare, un’omissione è ingannevole quando (i) le informazioni necessarie a evitare che una ragionevole aspettativa o convinzione sia ingannevole non vengono divulgate e (ii) i consumatori avrebbero

²²⁵ Si veda la pagina “A Brief Overview of the Federal Trade Commission's Investigative, Law Enforcement, and Rulemaking Authority” (di seguito “A Brief Overview”) all’interno del sito ufficiale della FTC: <<https://www.ftc.gov/about-ftc/what-we-do/enforcement-authority>> (ultimo accesso: 11 gennaio 2021), e in particolare il paragrafo II.1.

²²⁶ L.W. FEINMAN, *Celebrity Endorsements in Non-Traditional Advertising*, cit., p. 118, che precisa che tale interpretazione è stata codificata dal U.S. Congress nel 1934 tramite una modifica al FTCA.

probabilmente scelto diversamente se non fosse stato per l'inganno²²⁷. Il Policy Statement on Deception ha inoltre precisato che basta che una minoranza dei consumatori possa essere ingannata per integrare la fattispecie (finanche del 10% dei consumatori, purché ragionevolmente avveduti) e che non serve che la FTC provi l'effettivo inganno o l'intento di ingannare, essendo sufficiente che la pratica sia potenzialmente idonea ad ingannare²²⁸.

Da quanto esposto finora, è possibile notare che la disciplina statunitense in materia di pubblicità ingannevole presenta delle analogie con quella italiana e più avanti si vedrà come questa circostanza si riflette nelle pronunce rese dalle due autorità amministrative nazionali (*infra* §§3.3. e 3.4.). Dal 1975, però, la FTC dispone di un potere sconosciuto alla sua omologa italiana: quello di adottare norme di regolamentazione del commercio (le c.d. "trade regulation rules") e linee guida (le c.d. "Guides"). La differenza tra le due è che, mentre le prime sono vincolanti, le seconde contengono dei principi generali la cui osservanza è volontaria²²⁹.

In virtù di tale potere, nel 1975 la FTC ha adottato le "Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising" (di seguito, "Endorsement Guides"), aventi ad oggetto lo specifico rapporto tra gli inserzionisti e i c.d. "endorsers" (coloro che, appunto, realizzano gli endorsement)²³⁰. Queste linee guida, contenute nell'"Electronic Code of Federal Regulations" (di seguito, "e-C.F.R." o "C.F.R.")²³¹, stabiliscono i principi generali che la Commissione considera nel valutare gli endorsement e i testimonial, e forniscono alcuni esempi che

²²⁷ FTC, "Policy Statement on Deception" (103 F.T.C. 174, 175), 14 ottobre 1983, disponibile al link <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/410531/831014deceptionstmt.pdf> (ultimo accesso: 12 gennaio 2021).

²²⁸ Così L.W. FEINMAN, *Celebrity Endorsements in Non-Traditional Advertising*, cit., pp. 118-119. Tra le pronunce in cui sono stati affermati tali principi, si vedano *Firestone Tire & Rubber Co. v. FTC*, 481 F.2d 246, 249 (6th Cir. 1973); *Regina Corp. v. FTC*, 322 F.2d 765, 768 (3rd Cir. 1963).

²²⁹ Sezione 18 del FTCA (15 U.S.C. §57a(a)(1)(A)).

²³⁰ A. KHUONG, *Complying with the Federal Trade Commission's Disclosure Requirements*, cit., p. 132.

²³¹ In particolare, nel Titolo 16, Capitolo I, Sottocapitolo B, Parte 255, disponibile al link <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/press-releases/ftc-publishes-final-guides-governing-endorsements-testimonials/091005revisedendorsementguides.pdf>> (ultimo accesso: 13 gennaio 2021). Si presti attenzione al fatto che l'Electronic Code of Federal Regulations (e-C.F.R.) è semplicemente la versione web del Code of Federal Regulations (C.F.R.) che viene aggiornata quotidianamente per rispecchiare al meglio il suo stato attuale. Così <<https://www.ecfr.gov/cgi-bin/ECFR?page=userinfo>> (ultimo accesso: 12 gennaio 2021).

illustrano l'applicazione pratica di tali principi. Come si è detto, l'osservanza dei suddetti principi non è obbligatoria. Tuttavia, eventuali pratiche ad essi contrarie potrebbero determinare l'intervento della FTC se, dopo un'investigazione, la Commissione avesse ragione di credere che tali pratiche ricadano nell'ambito delle condotte illecite di cui alla Sezione 5 del FTCA (15 U.S.C. §45)²³².

In virtù del C.F.R., per “endorsement” si intende qualsiasi messaggio pubblicitario che i consumatori siano portati a credere rifletta le opinioni, posizioni o giudizi dell'endorser²³³. In particolare, tali opinioni, posizioni e giudizi devono sempre essere onesti e non possono trasmettere alcun messaggio, espresso o implicito, che sarebbe ingannevole se trasmesso direttamente dall'inserzionista²³⁴.

Ad ogni modo, di fronte a un endorsement, la FTC richiede che qualsiasi relazione significativa (c.d. “material connection”) tra l'endorser e l'inserzionista sia dichiarata, precisando che essa sussiste quando la relazione tra i menzionati soggetti è idonea a influenzare la scelta del consumatore²³⁵. Tuttavia, se un consumatore ragionevolmente avveduto è in grado di presumere che l'endorser sia pagato per le dichiarazioni rilasciate, la disclosure non è necessaria²³⁶. Per chiarire questo aspetto, le Endorsement Guides propongono diversi scenari: ad esempio, se una star del cinema promuove un particolare prodotto alimentare, tale endorsement deve certamente essere onesto e non ingannevole, ma non deve contenere alcuna disclosure in quanto gli spettatori si aspettano che la star venga retribuita per tal attività²³⁷; al contrario, se una campionessa di tennis, nel corso di un talk show televisivo, afferma che il proprio livello di gioco è drasticamente migliorato da quando si è sottoposta ad un'operazione per la correzione della vista presso una clinica di cui specifica il nome, allora la disclosure è necessaria, non potendo il pubblico sospettare che sussista un accordo commerciale tra le parti²³⁸.

²³² 16 C.F.R. §255.0(a).

²³³ 16 C.F.R. §255.0(b). Peraltro, l'endorser può essere un individuo, un gruppo o addirittura un'istituzione.

²³⁴ 16 C.F.R. §255.1(a). Secondo M. BERNSTEIN, *How to Avoid the FTC Not Liking Your Next Campaign*, cit., p. 50, mentre il requisito dell'onestà non pone particolari problemi, quello della non ingannevolezza è più sfumato.

²³⁵ 16 C.F.R. §255.5.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ 16 C.F.R. §255.5 ex. 2.

²³⁸ 16 C.F.R. §255.5 ex. 3.

Quanto alla modalità attuativa della disclosure, le Endorsement Guides non arrivano però a definirne i requisiti in modo preciso, stabilendo semplicemente che il pagamento (o la promessa dello stesso, nonché qualsiasi altro beneficio di cui l'endorser sapeva di poter godere) debba essere dichiarato in modo chiaro ed esplicito ("clearly and conspicuously")²³⁹. Invero, le Guides sembrano lasciare alla completa discrezione dell'inserzionista la scelta della modalità più appropriata con cui comunicare al pubblico la relazione significativa con l'endorser. In realtà, in un'ulteriore guida, denominata "Dot Com Disclosures"²⁴⁰, la FTC ha precisato che la modalità appropriata per la disclosure dipende dalla natura della pubblicità nel quale l'endorsement si inserisce e che la grandezza e chiarezza della disclosure deve essere proporzionata alla dimensione, al contesto e al contenuto della pubblicità. Inoltre, l'autorità ha individuato dei fattori aggiuntivi ai fini della valutazione di quanto la disclosure di una pubblicità online sia chiara ed esplicita, tra cui, ad esempio, il posizionamento della disclosure, la presenza di altri elementi idonei a distrarre da essa e la lunghezza del messaggio pubblicitario²⁴¹.

In sostanza, dagli esempi forniti nelle Endorsement Guides è possibile constatare che, da un lato, la responsabilità di una disclosure adeguata ricade tanto sull'inserzionista quanto sull'endorser e, dall'altro, l'inserzionista ha un obbligo di monitorare gli endorser per assicurarsi che la disclosure sia chiara ed esplicita²⁴².

Con la progressiva trasformazione dei social media in uno strumento di marketing per le aziende, la FTC ha ritenuto opportuno aggiornare le

²³⁹ 16 C.F.R. §255.5.

²⁴⁰ FTC, "Dot Com Disclosures: Information about Online Advertising", 2000, disponibile al link <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/press-releases/ftc-staff-issues-guidelines-internet-advertising/0005dotcomstaffreport.pdf>> (ultimo accesso: 12 gennaio 2021).

Nel 2013, essa è stata aggiornata dalla "*.com Disclosures: How to Make Effective Disclosures in Digital Advertising*", disponibile al link <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/press-releases/ftc-staff-revises-online-advertising-disclosure-guidelines/130312dotcomdisclosures.pdf>> (ultimo accesso: 13 gennaio 2021), al fine di prendere in considerazione il crescente utilizzo degli smartphone con schermi piccoli e l'aumento del social media marketing.

Infine, si segnala anche la pubblicazione nel 2019 della guida denominata "Disclosures 101 for Social Media Influencers", disponibile al link <https://www.ftc.gov/system/files/documents/plain-language/1001a-influencer-guide-508_1.pdf> (ultimo accesso: 13 gennaio 2021), una versione semplificata delle Endorsement Guides pensata specificamente per gli influencer e gli inserzionisti.

²⁴¹ L.W. FEINMAN, *Celebrity Endorsements in Non-Traditional Advertising*, cit., pp. 126-127. Per maggiori dettagli, si veda la Dot Com Disclosures Guide.

²⁴² Così L.E. BLADOW, *Worth the click*, cit., pp. 1137-1138, che cita a sostegno gli esempi riportati in 16 C.F.R. §§255.5 ex. 7, 255.1(d), 255.1 ex. 5.

Endorsement Guides, che non subivano modifiche dal 1980²⁴³. Così, nel 2009, la pubblicità online, e in particolare quella diffusa sui social network, ha fatto il suo ingresso ufficiale nelle linee guida²⁴⁴. Invero, è pacifico che gli esempi inclusi nelle Endorsement Guides (da ultimo aggiornate nel 2015) si applichino anche agli influencer²⁴⁵. Tali linee guida sono poi state integrate nel 2017 da un ulteriore documento denominato “The FTC’s Endorsement Guides: What People Are Asking”, contenente le risposte ad alcune Frequently Asked Questions (“FAQs”) degli utenti²⁴⁶.

L’ultimo documento che pare rilevante segnalare è la “Native Advertising Guide”²⁴⁷, che integra l’“Enforcement Policy Statement on Deceptively Formatted Advertisements”²⁴⁸ della FTC. Invero, anche la guida relativa al native advertising offre degli spunti utili per individuare la modalità più appropriata di effettuare la disclosure²⁴⁹.

In definitiva, si può dire che le numerose linee guida adottate dalla FTC, pur non essendo propriamente vincolanti, contribuiscono a rendere il sistema statunitense più rigido di quello italiano, dove l’AGCM è sprovvista del potere regolamentare e può solamente vigilare sul rispetto della normativa generale in tema di pubblicità occulta.

²⁴³ M. BERNSTEIN, *How to Avoid the FTC Not Liking Your Next Campaign*, cit., p. 50.

²⁴⁴ A. KHUONG, *Complying with the Federal Trade Commission’s Disclosure Requirements*, cit., p. 133. In particolare, si veda 16 C.F.R. §255.5 ex. 3.

²⁴⁵ Così, *ex multis*, L.E. BLADOW, *Worth the click*, cit., p. 1137. Cfr. in particolare 16 C.F.R. §§255.0 ex. 8, 255.1 ex. 5, 255.5 ex. 7. Tuttavia, nell’opinione di L.W. FEINMAN, *Celebrity Endorsements in Non-Traditional Advertising*, cit., pp. 127 ss., le guidelines non sono fornisciono adeguate indicazioni per valutare quando una disclosure è sufficientemente chiara ed esplicita nel caso di forme di pubblicità non tradizionali, quali l’endorsement da parte degli influencer sui social network.

²⁴⁶ FTC, “The FTC’s Endorsement Guides: What People Are Asking” (di seguito “What People Are Asking”), settembre 2017, disponibile al seguente link: <<https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/ftcs-endorsement-guides-what-people-are-asking>> (ultimo accesso: 12 gennaio 2021).

²⁴⁷ FTC, “Native Advertising: a Guide for Business”, 2015, disponibile al link: <<https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/native-advertising-guide-businesses>> (ultimo accesso: 12 gennaio 2021).

²⁴⁸ FTC, “Enforcement Policy Statement on Deceptively Formatted Advertisements”, 22 dicembre 2015, disponibile al link <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/896923/151222deceptiveenforcement.pdf> (ultimo accesso: 12 gennaio 2021).

²⁴⁹ In questo senso si esprime J. CIANI - M. TAVELLA, *La riconoscibilità della natura pubblicitaria*, cit., p. 505. Si vedano in particolare le nt. 58-60.

2.8. Soft law

Per concludere, è opportuno citare alcune fonti di soft law elaborate dalle principali associazioni rappresentative degli operatori del settore pubblicitario.

Tra le iniziative più significative a livello nazionale, vi è quella della filiale italiana del già menzionato Interactive Advertising Bureau (IAB) (*supra* §2.4.2.c), IAB Italia, che nel 2015 ha pubblicato una guida intitolata “Native Advertising. The Art of Making”²⁵⁰. L’obiettivo di tale guida è quello di supportare gli stakeholders nell’utilizzo del native advertising al massimo delle sue potenzialità²⁵¹. Pertanto, dopo l’affermazione del principio cardine in base al quale «tutti gli annunci native a pagamento devono essere chiaramente dichiarati e compresi come tali»²⁵², evidenzia l’importanza di (i) «utilizzare un linguaggio non equivoco, anche se l’annuncio non dovesse contenere messaggi promozionali tradizionali»; (ii) avvalersi delle dimensioni, delle ombreggiature e di altri segnali visivi come elementi differenzianti, così da rendere «l’annuncio visibile ed evidente, proprio in relazione al contesto di una determinata pagina o al dispositivo sul quale viene visualizzato»; (iii) inserire «ulteriori informazioni aggiuntive, come un link roll-over separato con un testo tipo “Cos’è questo?”, per fornire al consumatore informazioni supplementari sull’origine del contenuto»; (iv) riportare «chiaramente che il contenuto dell’annuncio non proviene dalla redazione dell’editore»²⁵³.

A livello internazionale, la Word of Mouth Marketing Association (WOMMA), una ONG che operava per lo sviluppo e la promozione del marketing del passaparola e del social media marketing e che è stata recentemente acquisita dalla Association of National Advertisers (ANA)²⁵⁴, si era anch’essa adoperata per

²⁵⁰ IAB Italia, “Native Advertising. The Art of Making”, 2015, disponibile al link <https://www.iab.it/wp-content/uploads/2015/10/GuidaNATIVE-WEB_digital.pdf> (ultimo accesso 13 gennaio 2021). Queste linee guida si basano sul “Native Advertising Playbook” del 2013 pubblicato dallo IAB. Tuttavia, si rammenta che il Playbook è stato aggiornato nel 2019 e, pertanto, non tutto ciò che è contenuto nella guida italiana è ancora valido.

²⁵¹ J. CIANI - M. TAVELLA, *La riconoscibilità della natura pubblicitaria*, cit., p. 507.

²⁵² Native Advertising. The Art of Making, p. 6.

²⁵³ *Ivi*, p. 9.

²⁵⁴ L’ANA è un’associazione di categoria che rappresenta gli interessi di oltre 20.000 brand nel mondo e che ha sede negli Stati Uniti. Per maggiori informazioni su ANA, si veda il sito ufficiale <<https://www.ana.net>> (ultimo accesso: 13 gennaio 2021). In merito all’acquisizione, si veda invece M. SMILEY, *ANA acquires Word of Mouth Marketing Association*, in *The Drum*, 3 gennaio 2018,

raccogliere le best practice che gli inserzionisti avrebbero dovuto seguire per scongiurare contestazioni da parte della FTC. Esse erano raccolte nel documento denominato “Social Media Marketing Disclosure Guide”²⁵⁵, oggi trasposte nel “Influencer Marketing Guide and Playbook”²⁵⁶ dell’ANA.

Infine, pare opportuno citare l’iniziativa dell’associazione italiana Igersitalia²⁵⁷, che nel 2017 ha redatto il “Codice Etico per i Digital Content Creator”²⁵⁸ (di seguito, “Codice Etico”), ossia un codice deontologico per gli influencer, i blogger e le altre categorie di soggetti (i c.d. “Digital Content Creator” o “DCC”) la cui professione consiste, appunto, nel creare e condividere contenuti promozionali sulle piattaforme social, in particolare Instagram. In pratica, il Codice Etico svolge una funzione di supporto ai DCC, invitandoli «a operare secondo le semplici regole condivise nel Codice per evitare di incorrere in problemi con l’antitrust [i.e. l’AGCM, ndr] o di restare esclusi dalle selezioni di brand e agenzie, sempre più sensibili al tema della trasparenza nella comunicazione»²⁵⁹.

In particolare, è particolarmente sentita la necessità che l’influencer, nell’espletamento dei propri incarichi professionali, «rend[a] esplicita e chiara la natura promozionale dei contenuti pubblicati attraverso i propri canali utilizzando [le seguenti] diciture, eventualmente rielaborandole e contestualizzandole con l’iniziativa: “contenuto realizzato in collaborazione con”, “sponsored by”». Inoltre, viene richiesto l’inserimento di hashtag quali “#ad” o “#sponsored”.

disponibile al link <<https://www.thedrum.com/news/2018/01/03/ana-acquires-word-mouth-marketing-association>> (ultimo accesso: 13 gennaio 2021).

²⁵⁵ WOMMA, “Social Media Marketing Disclosure Guide”, 2010, ancora disponibile in una versione del 2012 al link <https://thereciperedux.com/wp-content/uploads/2013/05/WOMMA_Social_Media_Disclosure_Guide.pdf> (ultimo accesso: 13 gennaio 2021).

²⁵⁶ ANA, “Influencer Marketing Guide and Playbook”, 2019, disponibile al link <<https://www.ana.net/blogs/show/id/mm-blog-2019-04-influencer-marketing-playbook>> previa registrazione (ultimo accesso: 13 gennaio 2021).

²⁵⁷ Igersitalia è l’associazione nazionale che riconosce e rappresenta i professionisti specializzati nella produzione di contenuti digitali su Instagram. Per maggiori informazioni si veda il sito ufficiale <<https://www.igersitalia.it/chi-siamo/>> (ultimo accesso: 13 gennaio 2021).

²⁵⁸ Igersitalia, “Codice Etico per i Digital Content Creator”, 2017, disponibile al link <<https://www.igersitalia.it/codice-etico-per-i-digital-content-creator/>> (ultimo accesso: 13 gennaio 2021).

²⁵⁹ Ciò è quanto afferma Francesco Montefusco, tra i primi promotori del Codice Etico all’interno di Igersitalia, come riportato dal blog Ninja Marketing nel suo articolo “Igersitalia rilascia il Codice Etico per i Digital Content Creator”, 28 giugno 2017, disponibile al link <<https://www.ninjamarketing.it/2017/06/28/igersitalia-rilascia-il-codice-etico-per-i-digital-content-creator/>> (ultimo accesso: 13 gennaio 2021).

In breve, il Codice Etico svolge la funzione di garantire la professionalità dell'influencer nello svolgimento dell'attività di endorsement a favore del cliente, ma una sua eventuale violazione non comporta alcuna ripercussione diretta. Ciononostante, l'eventuale inosservanza del Codice Etico da parte del DCC può essere idonea ad integrare una forma di inadempimento del contratto con il cliente e/o a determinare l'intervento dell'AGCM qualora la pubblicità violi la normativa rilevante.

CAPITOLO III – PRONUNCE IN TEMA DI INFLUENCER MARKETING

SOMMARIO: 3.1. Premessa – 3.2. I provvedimenti autodisciplinari – 3.2.1. Le ingiunzioni del Comitato di Controllo – 3.2.2. La pronuncia n. 45/2018 del Giurì – 3.3. I provvedimenti dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – 3.3.1. Le lettere di moral suasion – 3.3.2. Il provvedimento AGCM n. 27787 in Boll. 23/2019 – 3.4. I provvedimenti della Federal Trade Commission – 3.4.1. I poteri di enforcement della Federal Trade Commission – 3.4.2. L’orientamento della Federal Trade Commission: tra closing letters e consent agreements – 3.5. Il *fil rouge* nelle decisioni in tema di influencer marketing

3.1. Premessa

Dopo aver riportato il quadro generale della disciplina della pubblicità ingannevole e aver analizzato le prime forme di regolamentazione, nazionali e non, del fenomeno dell’endorsement sui social network, pare opportuno esaminare le decisioni che gli organismi più rilevanti hanno assunto in materia di influencer marketing e pubblicità occulta. Ciò consentirà di assistere alla concretizzazione delle regole delineate negli scorsi Capitoli e di evidenziare l’esistenza di un *fil rouge* tra gli approcci di tre autorità così lontane – per natura o geografia – tra loro: l’Istituto dell’Autodisciplina Pubblicitaria, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e la Federal Trade Commission¹.

3.2. I provvedimenti autodisciplinari

Come anticipato (*supra* §2.6.1.), dal 2019 i soggetti direttamente o indirettamente vincolati al Codice di Autodisciplina sono obbligati ad adottare gli idonei accorgimenti indicati nel Regolamento Digital Chart al fine di rendere riconoscibili i messaggi pubblicitari che diffondono attraverso Internet².

¹ Resta invece esclusa dall’ambito di analisi l’autorità giudiziaria ordinaria, non essendo ancora stati emessi provvedimenti giurisdizionali in materia.

² Art. 7 Codice di Autodisciplina.

Tuttavia, prima ancora che tali accorgimenti diventassero obbligatori, il Comitato di Controllo e il Giurì avevano già avuto modo di pronunciarsi sul tema dell'influencer marketing, e in particolare sulla violazione degli obblighi di trasparenza da parte degli influencer nell'ambito dei propri endorsement. Invero, con la pubblicazione della Digital Chart³, l'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria aveva già individuato le best practice da adottare nell'online advertising. E, benché non fossero vincolanti, tali linee guida sono state usate come metro di giudizio nella valutazione di conformità dei messaggi pubblicitari diffusi su Internet al principio di riconoscibilità di cui all'art. 7 C.A..

3.2.1. Le ingiunzioni del Comitato di Controllo

Il primo organo autodisciplinare a pronunciarsi sul tema in esame è stato il Comitato di Controllo, che, a partire dal 2018, «nella sua specifica funzione di organo garante degli interessi dei consumatori, ha emesso una serie di ingiunzioni nei confronti di diverse campagne»⁴ di endorsement condotte su Instagram.

In particolare, i primi provvedimenti sono stati diretti contro alcune case produttrici di cosmetici e contro gli influencer che avevano promosso tali prodotti senza rendere sufficientemente esplicita, e dunque riconoscibile, la natura pubblicitaria dei propri post⁵. Ad esempio, con ingiunzione n. 60/2018, il Comitato di Controllo giudicava manifestamente contrarie all'art. 7 C.A. le comunicazioni commerciali relative al marchio Dior diffuse tramite i post di due influencer nei quali comparivano semplicemente il tag della pagina @dior e l'hashtag #dior. Questi accorgimenti «non [erano], ad avviso del Comitato di Controllo, idonei a rendere inequivocabile l'identificazione di quel contenuto come frutto di un accordo di natura commerciale con il brand»⁶. L'organo ribadiva, inoltre, l'obbligo di rispettare il principio di autosufficienza informativa (*supra* §2.3.), essendo «necessario che ogni singolo messaggio sia per sé completo nel dichiarare la propria natura commerciale in quanto suscettibile di essere fruito e richiamato anche

³ Si ricorda che la prima edizione risale al luglio 2016, mentre la seconda è stata pubblicata esattamente un anno dopo, nel luglio 2017.

⁴ G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., p. 97.

⁵ Comitato di Controllo nn. 60/2018, 61/2018, 63/2018, 79/2018, 85/2018.

⁶ Comitato di Controllo n. 60/2018.

attraverso link, condivisioni in modo del tutto autonomo rispetto agli altri contenuti presenti sull'account»⁷.

Come già anticipato (*supra* §2.6.), l'emanazione del Regolamento Digital Chart nell'aprile 2019 ha rappresentato una svolta, arrivando a conferire maggior vigore alle ingiunzioni di desistenza adottate dal Comitato di Controllo, che da allora ha iniziato a fare riferimento esplicito agli accorgimenti da adottare nelle forme di endorsement online⁸. Inoltre, è diventato più articolato il panorama dei settori merceologici raggiunti da tali ingiunzioni, che recentemente sono state emesse anche nei confronti di brand appartenenti a comparti quali quello alimentare e quello dell'abbigliamento⁹.

Quanto all'adempimento dell'obbligo di disclosure, nel corso della propria attività di controllo sulla trasparenza dei contenuti promozionali diffusi sui social, il Comitato di Controllo è arrivato ad affermare che nemmeno l'utilizzo del tag ufficiale e di quattro diversi hashtag inerenti al brand è sufficiente ad assicurare la riconoscibilità del contenuto promozionale come tale¹⁰. Infatti, l'indicazione del marchio del prodotto o servizio che viene pubblicizzato deve sempre essere integrata da almeno una delle diciture e/o hashtag suggeriti dal Regolamento Digital Chart, condizione necessaria – ma nemmeno sufficiente – per l'adempimento dei propri doveri di trasparenza.

In pratica, per non correre alcun rischio di contestazione, tali disclaimer non solo devono essere presenti, ma devono altresì essere collocati in una posizione che

⁷ *Ibidem.*

⁸ Così, *ex multis*, Comitato di Controllo nn. 21/2019, 26/2019, 45/2019, 51/2019, 7/2020, 52/2020. Nelle ingiunzioni del 2018, invece, il Comitato di Controllo si rifaceva solamente al principio di riconoscibilità, che affermava essere «ribadito ed esplicitato [...] dalle indicazioni della “Digital Chart” per quanto riguarda le forme di comunicazione commerciale digitale».

⁹ Ad esempio, Comitato di Controllo n. 52/2020 nei confronti di Mondelez Italia S.r.l. per alcuni contenuti promozionali relativi ai biscotti Oreo e Comitato di Controllo n. 7/2020 nei confronti di Calzedonia s.p.a. a causa di alcuni post per la promozione della linea di intimo per uomo di Intimissimi. Si vedano anche Comitato di Controllo nn. 59/2020, 50/2020, 46/2020, 43/2020.

¹⁰ Si veda Comitato di Controllo n. 21/2019. L'influencer aveva pubblicato un post la cui didascalia recitava “Con la mia nuova crema Clinique personalizzata! Ho scelto la lozione idratante (1) e l'ho combinata con il concentrato attivo per i pori aperti e grana non uniforme (2). Anche tu puoi ottenere la tua crema personalizzata in base al tipo di pelle che hai e al problema che vuoi trattare. Ci sono 3 basi diverse e 5 concentrati attivi, ciascuno con un colore diverso. Il mio è blu. Sceglili adesso, combinali e inizia a prenderti cura della tua pelle”, concludendo con il rimando alla pagina @cliniqueitalia e gli hashtag #Clinique, #CliniqueID, #sharemyclinique e #OctolyFamily.

ne permetta un'agevole percezione da parte degli utenti¹¹. Pertanto, il loro utilizzo alla fine di un post, magari molto lungo, o tra altri hashtag di diversa natura, nonché in una dimensione o font difficilmente leggibile, sarà probabilmente ritenuto inadeguato ad «assicurare che la pubblicità si presenti e possa essere facilmente riconosciuta dal pubblico»¹². Ciò detto, non si registrano – per ora – provvedimenti del Comitato di Controllo aventi ad oggetto condotte di questo tipo.

Si può concludere osservando che le ingiunzioni di desistenza possiedono delle caratteristiche tali da renderle idonee a diventare uno strumento fondamentale nella lotta alla pubblicità occulta sui social network: esse, infatti, possono essere adottate d'ufficio a brevissima distanza dalla diffusione del contenuto non trasparente e acquistano efficacia di decisione dopo soli 7 giorni se non vengono (correttamente) opposte (*supra* §1.7.3.c)). Pertanto, nell'ipotesi in cui un post venga pubblicato senza disclaimer, il Comitato di Controllo potrà ordinare all'inserzionista e all'influencer di integrare il contenuto con le diciture e gli hashtag idonei a evidenziarne il fine promozionale.

Tuttavia, la questione può non essere così semplice come appare. Infatti, se è vero che il problema della (mancanza di) competenza a pronunciarsi nei confronti degli influencer sembra in via di risoluzione grazie alla recente adesione di alcuni di loro e delle loro agenzie di rappresentanza allo IAP (*supra* §1.8.), permane il rischio di non ottemperanza alle decisioni da parte degli inserzionisti. Infatti, vi è ancora un grande numero di influencer non vincolati al Codice di Autodisciplina. E, nel caso essi stipulino un contratto di endorsement, il brand (vincolato) che non abbia inserito una clausola di accettazione all'interno dell'accordo non avrà alcun potere – né tantomeno interesse¹³ – a imporre alla sua controparte una modifica del contenuto (non trasparente) pubblicato. Infatti, anche se il Comitato di Controllo emanasse un'ingiunzione di desistenza nei suoi confronti, da un lato, la modifica di tale post rimarrebbe nella sfera di controllo dell'influencer; dall'altro, l'inserzionista inadempiente resterebbe libero di porre nuovamente in essere la

¹¹ Ciò vale a maggior ragione se vengono utilizzati in forma abbreviata: ad esempio, #ad anziché #advertising o #sp anziché #sponsored.

¹² Comitato di Controllo n. 52/2020.

¹³ Come si è detto (*supra* §2.5.), i brand che utilizzano l'influencer marketing sfruttano il senso di emulazione dei follower, che tenderanno a fidarsi maggiormente del consiglio dell'influencer qualora reputino che sia espresso in modo disinteressato, e non dietro compenso.

medesima condotta illecita nell'ambito di una diversa campagna pubblicitaria, rischiando al massimo di incorrere in un ulteriore provvedimento autodisciplinare che lo obblighi a dare notizia al pubblico della propria violazione (*supra* §1.7.3.b)). Malgrado questa sia un'ipotesi alquanto remota, mette comunque in risalto l'importante limite di cui soffre l'operato degli organi dello IAP, vale a dire l'impossibilità di imporre sanzioni pecuniarie che aumentino l'effetto deterrente dei relativi provvedimenti.

3.2.2. La pronuncia n. 45/2018 del Giurì

Nonostante anche il Giurì patisca la medesima limitazione del Comitato di Controllo quanto a possibilità sanzionatorie, nel 2018, tale organismo ha emesso le sue prime – e, ad oggi, uniche – due pronunce in tema di influencer marketing: la n. 45/2018 e la n. 58/2018. La decisione più rilevante è certamente la prima, di seguito analizzata nel dettaglio.

a) I fatti e l'ingiunzione del Comitato di Controllo

Il c.d. “caso Peugeot/Newtopia” ha avuto origine durante gli Internazionali di Tennis tenutisi a Roma nella primavera 2018, un evento sportivo del quale la casa automobilistica Peugeot Automobili Italia S.p.a. (di seguito “Peugeot”) era sponsor ufficiale. In data 20 maggio, Fedez, noto rapper italiano, si recava allo stand Peugeot e fotografava e filmava alcuni momenti della propria visita, pubblicando poi tali contenuti nelle proprie Instagram Stories (di seguito anche “IG Stories” o semplicemente “Stories”). In particolare, dopo aver inquadrato il marchio del brand, la celebrity¹⁴ annunciava che il personale gli stava presentando le nuove automobili Peugeot e che avrebbe dunque colto l'occasione per condividere tali informazioni con i propri follower. Ad esempio, dopo essere entrato all'interno di una delle automobili esposte, ne illustrava le funzionalità («vedi, tu vieni agli

¹⁴ Elaborando quanto affermato nello scorso Capitolo (*supra* §2.4.d)), pur essendo Fedez una celebrity in sé e per sé, alla luce dell'attività di endorsement che ha svolto e che è stata oggetto di scrutinio da parte del Giurì, in questo contesto egli è considerato un influencer nella misura in cui ha svolto attività promozionale sul proprio canale social.

internazionali di tennis, ti chiudi nella macchina in esposizione e metti il massaggiatore del sedile e sei a posto»¹⁵).

Venuto a conoscenza di tale circostanza, il giorno successivo alla pubblicazione delle IG Stories, il Presidente del Comitato di Controllo ingiungeva a Peugeot e a Newtopia S.r.l. (la società che rappresenta l'artista, di seguito "Newtopia") di desistere dalla diffusione su ogni mezzo di tali comunicazioni commerciali, giudicandole manifestamente contrarie all'art. 7 C.A.¹⁶. Invero, «a giudizio del Presidente del Comitato di Controllo tali messaggi, nonostante siano espressi "nella forma di un racconto privato della celebrity in questione", veicolerebbero contenuti eminentemente pubblicitari, che non risulterebbero tuttavia immediatamente riconoscibili come tali dal pubblico»¹⁷. Non era stato utilizzato alcun accorgimento tra quelli indicati dalla Digital Chart per consentire la riconoscibilità della comunicazione commerciale come oggetto di un accordo commerciale tra la celebrity e il brand e, pertanto, essa non era distinguibile, né dal punto di vista formale né da quello sostanziale, da contenuti di altro genere¹⁸.

Contro l'ingiunzione, Newtopia proponeva tempestiva e motivata opposizione, anche in nome e per conto dell'artista.

In via preliminare, eccepiva il fatto di non essere vincolata al Codice di Autodisciplina giacché non aveva in alcun modo aderito allo IAP. Nel merito, chiedeva la revoca dell'ingiunzione: in primo luogo, per motivi funzionali, dal momento che i post erano scomparsi dopo 24 ore dalla loro pubblicazione e dunque l'eventuale provvedimento sarebbe risultato *inutiliter datum*; in secondo luogo, per motivi sostanziali, non avendo le Stories in questione natura commerciale. Newtopia, infatti, argomentava che i contenuti non sarebbero nati «"come adempimento di una specifica obbligazione promozionale, né" avrebbe[ro] "i connotati di un messaggio promozionale trattandosi di un semplice e breve racconto privato in occasione di un invito dell'artista (...) alla finale degli internazionali di Tennis di Roma"»¹⁹. Concludeva sostenendo la necessità che i

¹⁵ Giurì n. 45/2018, §1.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ivi*, §2.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ivi*, §3.

contenuti pubblicitari diffusi su Internet fossero segnalati come tali agli utenti, dichiarando il proprio impegno a provvedervi per il futuro.

Peugeot, invece, non presentava opposizione²⁰.

Il Comitato di Controllo, interpretando l'inerzia di Peugeot come accettazione del provvedimento ingiuntivo, ma giudicando i motivi di opposizione proposti da Newtopia «insufficienti a superare i profili di contrarietà all'art. 7 C.A. del messaggio oggetto dell'ordine di desistenza»²¹, trasmetteva gli atti al Presidente del Giurì così come previsto dall'art. 39 C.A. (*supra* §1.7.3).

b) La convocazione delle parti avanti il Giurì e le relative deduzioni

Di fronte alla novità delle questioni sottese all'ingiunzione, il Presidente del Giurì riteneva opportuno che il caso venisse deciso dal Giurì stesso. Pertanto, disponeva la convocazione delle parti e, nelle more, revocava l'ingiunzione di desistenza emessa dal Comitato di Controllo²².

Diversamente da quanto accaduto nell'ambito della procedura monitoria, Peugeot decideva di costituirsi. Dopo aver ribadito la propria adesione al Codice di Autodisciplina, nonché la costante osservanza delle relative regole nel corso dell'attività promozionale svolta negli anni, la casa automobilistica deduceva un fatto in contrasto con quanto precedentemente affermato da Newtopia. Invero, affermava di aver stipulato con Fedez un contratto di sponsorizzazione²³ in base al quale l'artista si impegnava a pubblicare sul proprio profilo Instagram fotografie, video e IG Stories raffiguranti il marchio e le automobili Peugeot²⁴.

Peraltro, il suddetto contratto conteneva una clausola di accettazione della normativa in materia pubblicitaria, che imponeva alla celebrity di segnalare con hashtag adeguati la natura promozionale dei contenuti pubblicati durante l'evento e di sottoporre i post all'approvazione di Peugeot prima della loro diffusione sulla piattaforma social. Tuttavia, la convenuta lamentava di non aver potuto svolgere

²⁰ *Ivi*, §4.

²¹ *Ivi*, §5.

²² *Ivi*, §6.

²³ Il contratto era stato perfezionato in data 18 maggio 2018 ed era stato poi consensualmente risolto il 23 maggio 2018. È dunque evidente che lo stesso era stato concluso in occasione dell'evento sportivo di cui Peugeot era sponsor ufficiale e che le obbligazioni in esso stabilite costituiscono la ragione primaria della visita di Fedez allo stand.

²⁴ *Ivi*, §7.

tale attività di controllo, non avendo l'artista inoltrato a Peugeot le IG Stories contestate né in via preventiva – a detta di Newtopia, infatti, costituivano parte di un “racconto privato” – né in seguito alla loro pubblicazione, che comunque aveva una durata limitata a 24 ore. Pertanto, la casa automobilistica concludeva chiedendo di essere dichiarata non imputabile per l'eventuale violazione dell'art. 7 C.A., attribuibile unicamente alla celebrity²⁵.

Quanto a Newtopia, le deduzioni depositate riprendevano quanto già affermato in sede di opposizione all'ingiunzione. Tuttavia, nonostante avesse dovuto confermare la sussistenza del vincolo contrattuale tra Peugeot e Fedez all'epoca dei fatti contestati, l'agenzia di rappresentanza di quest'ultimo continuava a sostenere la natura non promozionale delle IG Stories pubblicate, considerate dall'artista come il racconto personale di un momento della propria giornata, e non come un adempimento del contratto di sponsorizzazione²⁶.

All'udienza, tenutasi il 26 giugno 2018, le parti ribadivano oralmente le proprie posizioni, mentre il Comitato di Controllo insisteva sulla validità delle contestazioni mosse in sede di ingiunzione²⁷.

Nei paragrafi che seguono verranno approfondite le ragioni che hanno portato il Giurì a concordare con il Comitato di Controllo, giudicando il messaggio contrastante con l'art. 7 C.A., ma pronunciandosi solo nei confronti di Peugeot. In particolare, l'analisi prende le mosse proprio da quest'ultima questione, che, in quanto preliminare, è stata affrontata per prima.

c) La competenza del Giurì a pronunciarsi. Peugeot: la legittimazione passiva e l'imputabilità della comunicazione

La decisione del Giurì si apre con una valutazione circa la propria competenza a pronunciarsi nei confronti delle parti destinatarie dell'ingiunzione del Comitato di Controllo. Invero, l'accertamento della responsabilità per contrasto tra un messaggio pubblicitario e il Codice di Autodisciplina presuppone, innanzitutto, (i) che il soggetto che l'ha diffuso sia vincolato al sistema autodisciplinare; in aggiunta, occorre (ii) che in capo a tale soggetto sussista la

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ *Ivi*, §8.

²⁷ *Ivi*, §9.

legittimazione passiva e, infine, (iii) che la comunicazione illecita sia imputabile allo stesso.

Quanto al primo requisito, «che Peugeot [fosse] soggetto dell'ordinamento autodisciplinare e che nei suoi confronti il Giurì [avesse] piena cognizione non [era] contestato né contestabile»²⁸.

Newtopia, però, aveva eccepito la propria estraneità al sistema autodisciplinare, non avendovi aderito né direttamente né indirettamente: infatti, non apparteneva ad alcuna associazione iscritta allo IAP e nemmeno era stata parte del contratto pubblicitario, sottoscritto da un'altra società incaricata della gestione dell'immagine dell'artista, Zedef s.r.l., e dall'artista stesso²⁹. Di conseguenza, il Giurì non ha potuto fare altro che constatare che la clausola di accettazione invocata da Peugeot non poteva determinare l'insorgere di alcun vincolo al rispetto del Codice di Autodisciplina in capo a Newtopia. Pertanto, la dichiarava «estranea agli effetti della decisione che [sarebbe andata] ad assumere»³⁰. Vale la pena sottolineare che, se l'ingiunzione fosse stata indirizzata nei confronti della celebrity e della società licenziataria dei suoi diritti di immagine – indirettamente obbligate al rispetto delle norme autodisciplinari in quanto firmatarie di un contratto contenente una clausola di accettazione –, la decisione Giurì avrebbe potuto dispiegare i propri effetti anche nei loro confronti³¹.

Appurato che l'unica parte contro cui poteva pronunciarsi era Peugeot, il Giurì iniziava col valutare la legittimazione passiva di tale soggetto e l'imputabilità del messaggio allo stesso³². Nelle proprie deduzioni e nel corso dell'udienza, l'inserzionista aveva lamentato la carenza della propria

²⁸ *Ivi*, §10.1.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Così C. PAPPALARDO, *Influencer e Autodisciplina Pubblicitaria*, cit., p. 398. Tuttavia, non si ritiene che ciò avrebbe cambiato le conseguenze pratiche della decisione. Infatti, da un lato l'artista si era già impegnato, nell'ambito dell'opposizione di Newtopia all'ingiunzione del Comitato di Controllo, a non riproporre i messaggi contestati e a segnalare adeguatamente l'intento commerciale dei propri post in futuro; e, dall'altro, tale effetto non sarebbe stato meglio conseguito tramite una decisione direttamente pronunciata nei suoi confronti, in quanto il Giurì può comunque solo ordinare la cessazione della diffusione del comunicato (già naturalmente avvenuta) e non può imporre sanzioni pecuniarie nei confronti dei destinatari di tale ordine.

³² Le due questioni sono distinte ma correlate: infatti, non a tutti i soggetti legittimati passivi è necessariamente imputabile una comunicazione commerciale illecita, ma tutti i soggetti a cui è imputabile una comunicazione commerciale illecita sono automaticamente legittimati passivi (*supra* §1.7.3.a)).

legittimazione passiva, sostenendo che l'artista avesse condiviso le IG Stories sul proprio account social «con iniziativa autonoma, [e] comunque in violazione del contratto di pubblicità e sponsorizzazione perfezionato da Peugeot con l'artista e la sua società»³³. Pertanto, concludeva affermando che il messaggio pubblicitario contrario alle disposizioni del Codice di Autodisciplina non fosse a sé imputabile. Il Giurì, però, non condivideva tale posizione, ritenendo Peugeot responsabile per i contenuti contestati sia indirettamente che direttamente.

Per stabilire la responsabilità indiretta, il Giurì invocava due principi – uno consolidato, l'altro di più recente formulazione – in tema di l'imputabilità della comunicazione commerciale. In particolare, l'organo constatava che «l'ente che [aveva] deciso e gestito l'iniziativa»³⁴ era proprio la casa automobilistica e che fra l'autore della comunicazione e l'inserzionista che ne traeva obiettivo beneficio intercorreva una relazione significativa (c.d. material connection), ossia il contratto di sponsorizzazione³⁵. Inoltre, l'occasione necessaria per il verificarsi dell'illecito autodisciplinare (i.e. la visita allo stand dello sponsor) si era svolta in adempimento degli obblighi assunti dall'artista in tale contratto e, pertanto, laddove fosse accertato un «illecito pubblicitario per violazione dell'art. 7 CA, tale illecito pubblicitario sarebbe oggettivamente imputabile all'inserzionista (sponsor) a titolo di responsabilità vicaria per il fatto del preposto (sponsee)»³⁶, e ciò anche in virtù dell'art. 2049 c.c.³⁷.

Cionondimeno, l'organo giudicante individuava anche una responsabilità diretta in capo all'inserzionista. Infatti, non condivideva le difese avanzate da Peugeot, che lamentava, da un lato, l'estraneità al processo creativo e alla diffusione delle IG Stories da parte dell'artista e, dall'altro, la violazione da parte

³³ Giurì n. 45/2018, §10.1.

³⁴ *Ibidem*. Così anche Giurì nn. 2/1995, 60/1992.

³⁵ *Ibidem*, ove il Giurì sviluppa una regola precedentemente formulata in Giurì nn. 55-55bis/2007.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Come già detto (*supra* §1.3.3.), non deve stupire il riferimento alla normativa civilistica da parte del Giurì, che ne fa uso al fine di integrare le lacune presenti nel Codice di Autodisciplina. Peraltro, C. PAPPALARDO, *Influencer e Autodisciplina Pubblicitaria*, cit., p. 399, ricorda che «la disciplina civilistica prevede [...] l'esistenza di due elementi perché possa aversi responsabilità indiretta per il fatto del preposto: l'esistenza di un rapporto suscettibile di assoggettare il preposto al potere di direzione e sorveglianza del proponente, e che detto rapporto tra i due soggetti abbia operato come "occasione necessaria" dell'evento dannoso». Sul punto si vedano, *ex multis*, Cass., 6 marzo 2008, n. 6033, in *Giust Civ. Mass.*, 2008, 3, p. 368; Cass., 29 settembre 2005, n. 19167, *ivi*, 2005, 7/8; Cass. 20 marzo 1999, n. 2574, *ivi*, 1999, p. 621.

di quest'ultimo degli obblighi contrattualmente previsti di rispettare la normativa autodisciplinare e di sottoporre i contenuti all'approvazione della società.

Quanto al primo punto, il Giurì ricordava che era il contratto stesso che obbligava la celebrity a realizzare e a diffondere sul proprio profilo Instagram le Stories in questione e, di conseguenza, la relativa decisione doveva imputarsi anche a Peugeot. In aggiunta, «il videocomunicato oggetto dell'ingiunzione [era] stato girato dall'artista nello stand Peugeot con la partecipazione di personale dell'inserzionista addetto allo stand»³⁸, rendendo quindi innegabile il diretto coinvolgimento della società nella realizzazione di tale contenuto. Da ultimo, l'artista aveva inserito in sovraimpressione il tag ufficiale della casa automobilistica, azione che, come accade in questi casi, veniva ad essa (in quanto "taggata") immediatamente e automaticamente notificata dal social. Tali circostanze avrebbero dunque permesso quel controllo – lo stesso che Peugeot lamentava di non aver potuto svolgere – finalizzato alla verifica della conformità dei post con il Codice di Autodisciplina. Nell'opinione del Giurì, la società si era invece trovata in condizione di potervi adempiere sia prima che immediatamente dopo la pubblicazione dei contenuti, ma, nonostante la contrarietà di questi ultimi al principio di trasparenza, ometteva di chiederne la rimozione. Anzi, addirittura citava «la Storia qui contestata sul proprio account Instagram istituzionale, come un episodio della propria campagna pubblicitaria #DriveToTennis, perpetuandone la memoria nel pubblico ben oltre la scadenza delle 24 ore di visibilità della stessa sull'IG account dell'artista, così inequivocabilmente esprimendo la propria approvazione per l'operato dell'artista»³⁹. Pertanto, il Giurì giungeva alla conclusione che Peugeot non fosse affatto estranea alla produzione e alla pubblicazione delle IG Stories contestate, ma, al contrario, dovesse esserne ritenuta direttamente responsabile per aver partecipato attivamente ad entrambe tali attività.

³⁸ *Ibidem*, ove il Giurì osserva che «un addetto Peugeot viene ripreso nella IG Story, viene presentato al pubblico dei followers dell'artista con il suo nome (Salvatore) e probabilmente è lui (o altro addetto Peugeot) che materialmente attiva una funzionalità del nuovo modello SUV 3008 (il sedile massaggiante) mentre si trova dentro l'abitacolo del veicolo insieme all'artista, che lo riprende e descrive verbalmente tale funzionalità al pubblico dei followers».

³⁹ *Ibidem*.

In merito alla seconda questione sollevata dalla convenuta, la giurisprudenza di legittimità si è più volte espressa sostenendo che il fatto che l'ausiliario abbia commesso un illecito trasgredendo gli ordini ricevuti dal committente non esclude la responsabilità di quest'ultimo⁴⁰. Nel caso di specie, il Giurì sembra addirittura spingersi oltre, affermando che Peugeot avrebbe dovuto introdurre meccanismi sanzionatori e/o deterrenti al fine di garantire il rispetto della clausola di accettazione, nonché sistemi di monitoraggio e controllo sui post diffusi dall'artista. Secondo l'organo giudicante, «simili precauzioni devono considerarsi esigibili in capo ai soggetti vincolati [...], *soprattutto* se si tratti di inserzionisti che, ai fini della promozione del loro brand, si avvalgano degli account personali di celebrities, blogger, vlogger ed influencer su mezzi comunicazione orizzontale online»⁴¹. La mancata adozione di tali accorgimenti «costituisce un'imprudenza e [...] un'ulteriore ragione per imputare a Peugeot l'eventuale violazione del C.A. da parte dell'autore della comunicazione contestata»⁴².

Tale posizione, che potrebbe essere definita alquanto severa e persino idonea a configurare un obbligo *in vigilando* – non contrattualizzato e privo di una fonte normativa autodisciplinare – in capo all'inserzionista, non è tuttavia priva di supporto. Invero, nei prossimi paragrafi si avrà modo di vedere che anche l'AGCM e la FTC l'hanno sostenuta.

d) La natura delle Instagram Stories: comunicazione commerciale o racconto privato?

Avendo stabilito che la comunicazione contestata fosse imputabile a Peugeot, il Giurì procedeva col primo step del test della trasparenza (*supra* §2.4.1.), andando a indagare se essa ricadesse nell'ambito di applicabilità del Codice di

⁴⁰ Si vedano Cass., 6 marzo 2008, n. 6033, cit.; Cass., 29 settembre 2005, n. 19167, cit.; Cass. 20 marzo 1999, n. 2574, cit., nonché Cass., 16 marzo 2010, n. 6325, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 6, p. 1273, ove la Corte afferma che la «responsabilità per i danni a terzi [...] prescinde dalla colpa del preponente e[d] è imputabile anche a titolo oggettivo, avendo come suo presupposto la consapevole accettazione dei rischi insiti in quella particolare scelta imprenditoriale». Peraltro, C. PAPPALARDO, *Influencer e Autodisciplina Pubblicitaria*, cit., p. 401 ritiene che questo principio sia «ancora più valido in un caso quale quello di specie, in cui solo uno dei soggetti che hanno partecipato al fatto è parte del sistema autodisciplinare»

⁴¹ Giurì n. 45/2018, §10.1. Tuttavia, l'autorità ricorda che tale obbligo non è tipico solo delle nuove forme di comunicazione digitale, avendolo precedentemente sancito in un caso concernente il mezzo televisivo (Giurì n. 53/2008).

⁴² *Ibidem.*

Autodisciplina, qualificandosi quindi come comunicazione commerciale, o se ne fosse esclusa in quanto manifestazione della libertà di pensiero⁴³.

In questo specifico caso, il fatto che la creazione e la diffusione delle IG Stories fossero oggetto di un contratto di pubblicità avrebbe potuto essere ritenuto sufficiente a dimostrarne la natura promozionale. Tuttavia, la pronuncia in commento costituisce un'eccezione: nella maggior parte dei casi, infatti, l'accordo non viene dedotto dalle parti e dunque, come chiarito dalla dottrina, «la mera equazione “pubblicità = accordo” costituisce una semplificazione di fatto incapace di fornire adeguati criteri e il Giurì ha ritenuto più adeguato, al fine di ravvisare la presenza di una inserzione clandestina, la verifica di un effetto obiettivamente promozionale della citazione del prodotto, e che detto effetto sia voluto e perseguito come tale dalle due parti»⁴⁴. A tal fine, come già anticipato (*supra* §2.4.1.), la prassi sviluppata in tema di pubblicità occulta ammette il ricorso a presunzioni per dimostrare la natura commerciale di un messaggio pubblicitario⁴⁵, mentre non dà rilevanza alla posizione soggettiva dell'autore della comunicazione⁴⁶.

Con riferimento ai videocomunicati in esame, il Giurì riteneva che fosse altamente probabile che il consumatore medio credesse che il racconto della celebrity fosse spontaneo⁴⁷. Ciò in quanto, diversamente dagli altri contenuti di natura personale presenti sul profilo social dell'artista, le IG Stories contestate mostravano «chiaramente e reiteratamente il marchio Peugeot, aumentandone la

⁴³ Si è già detto che gli UGC possono assumere questa duplice forma anche quando pubblicati da influencer (*supra* §2.4.2.d)). Ciononostante, il Giurì ricorda che la definizione di “comunicazione commerciale” di cui alla lett. d) delle Norme Preliminari e Generali è formulata in modo alquanto ampio e, per di più, «va interpretata estensivamente per includervi qualsiasi comunicazione, prodotta dall'inserzionista o nell'interesse dell'inserzionista, che abbia quale senso obiettivo quello di promuovere la vendita di un prodotto o comunque di influenzare il comportamento economico del consumatore». Nello stesso senso anche la “Best Practice Recommendation on Digital Marketing Communications” dell'EASA e il “Consolidated Code on Advertising and Marketing Communication Practice” dell'ICC.

⁴⁴ C. PAPPALARDO, *Influencer e Autodisciplina Pubblicitaria*, cit., p. 405.

⁴⁵ Per tutte, si veda Giurì n. 53/2008, ove peraltro il Giurì riassume perfettamente la propria visione in materia: «Il Giurì ritiene che l'art. 7 del codice di autodisciplina vieti ogni messaggio che abbia le caratteristiche oggettive e gli effetti propri di un messaggio pubblicitario, anche quando le intenzioni soggettive dei protagonisti non siano per avventura tali, ed anche quando non vi sia un rapporto di committenza tra l'inserzionista ed il mezzo».

⁴⁶ In generale, il Giurì «ha sempre ritenuto che le fattispecie rilevanti come illecito autodisciplinare sanzionato dall'accertamento e dall'inibitoria sono costituite esclusivamente da elementi oggettivi, e non anche da elementi soggettivi» (Giurì n. 53/2008). Pertanto, l'*animus* dell'autore della comunicazione non rileva neppure con riferimento alle fattispecie di cui agli artt. 2, 12, 13 e 14. In questo senso, si vedano, *ex multis*, Giurì nn. 10/2016, 338/2000, 186/1993, 27/1978.

⁴⁷ Giurì n. 45/2018, §10.2.

visibilità presso il pubblico dei followers dell'artista (alcuni milioni)»⁴⁸. Tale presunzione era poi ulteriormente avvalorata dalle seguenti circostanze: (i) il tag “@Peugeot” posizionato in sovraimpressione sulla prima IG Story sortiva l'effetto di indirizzare gli utenti verso la pagina ufficiale dell'inserzionista; (ii) veniva mostrato l'ultimo modello prodotto dalla casa automobilistica, sia dall'esterno che dall'interno dell'abitacolo, utilizzando toni elogiativi; (iii) non compariva alcun marchio concorrente; (iv) infine, la videostoria era pubblicata nelle IG Stories – dichiaratamente promozionali – dell'inserzionista, che descriveva la visita dell'artista allo stand Peugeot allestito agli Internazionali di Tennis come un episodio della propria campagna pubblicitaria #DriveToTennis⁴⁹.

In sostanza, il Giurì sosteneva che «l'endorsement dell'artista a vantaggio del brand Peugeot [avesse] dunque il senso obiettivo (a prescindere da intenzioni e motivi soggettivi) di traslare la credibilità dell'autore sul marchio, incrementando la propensione del consumatore medio ad investire sul brand e sul prodotto che ne [era] contraddistinto»⁵⁰. Considerando, poi l'esistenza di un contratto di sponsorizzazione, era indubbio che tra le parti sussistesse una material connection tale da condizionare l'artista nella propria modalità espositiva delle caratteristiche del marchio dell'inserzionista.

e) L'irricoscibilità della comunicazione commerciale come tale e l'interesse a una decisione nel merito

Alla luce di quanto sopra, il Giurì giungeva al secondo step del test della trasparenza e quindi al punto cruciale della decisione, dovendo valutare se il principio di riconoscibilità di cui all'art. 7 C.A. fosse stato violato o meno dal comunicato contestato. In altre parole, la material connection tra la celebrity e l'inserzionista era evidente agli occhi del pubblico?

A tale domanda, l'organo giudicante rispondeva in senso negativo, sostenendo che tale connessione non fosse percepibile dal consumatore medio, posto invece nelle condizioni di pensare che l'endorsement riflettesse le preferenze personali dell'artista. In particolare, specificava come «questa opacità del

⁴⁸ *Ibidem.*

⁴⁹ *Ibidem.*

⁵⁰ *Ibidem.*

comunicato, quanto al suo obiettivo senso promozionale, deriva[sse] dalla struttura orizzontale o peer-to-peer del mezzo di comunicazione digitale in concreto adoperato in mancanza dei doverosi disclaimer»⁵¹. Il Giurì, in linea con la propria giurisprudenza, teneva infatti in considerazione le caratteristiche tipiche del mezzo sul quale era avvenuta la diffusione del messaggio pubblicitario. In particolare, evidenziava come i social network presentassero delle peculiarità tali da incrementare il rischio di confusione tra UGC senza fine promozionale e UGC con fine promozionale (i.e. endorsement)⁵² – prima tra tutte, il fatto che tali piattaforme sono «un luogo (più che una forma) di manifestazione del proprio pensiero e di espressione della propria personalità [...] che spesso viene espressa attraverso la predilezione e l'uso di determinati brand»⁵³.

Ciò detto, avendo il Giurì già appurato la natura commerciale dell'endorsement, lo stesso si trovava a constatare che nessun accorgimento era stato adottato per informare i follower dell'artista di tale circostanza. Invero, le IG Stories non contenevano alcun disclaimer tra quelli suggeriti dalla Digital Chart. Così facendo, tale endorsement non permetteva ai consumatori di valutare il peso da dare alle parole della celebrity, mettendo viceversa a rischio la loro libertà di autodeterminazione economica⁵⁴.

Infine, la pronuncia svolgeva una considerazione in merito alla natura effimera delle IG Stories contestate, dal momento che la convenuta aveva eccepito che, a fronte dell'intervenuta cessazione spontanea del comunicato e dell'impegno assunto da Newtopia e dall'artista di non riproporlo in futuro, l'eventuale condanna sarebbe stata *inutiliter data*. Tuttavia, in base a consolidata giurisprudenza autodisciplinare, ciò «non comporta la cessazione della materia del contendere e non fa venir meno né la competenza del Giurì a decidere, né l'interesse delle parti e più in generale del sistema pubblicitario a che si giunga ad una decisione nel merito»⁵⁵. Invero, le pronunce autodisciplinari svolgono il fondamentale ruolo di prevenire che una campagna contraria al Codice di

⁵¹ *Ivi*, §10.3.

⁵² *Ibidem*, ove il Giurì specifica che, per quanto riguarda i tradizionali mezzi di comunicazione verticale (mass media), il rischio di confusione è minore.

⁵³ C. PAPPALARDO, *Influencer e Autodisciplina Pubblicitaria*, cit., p. 407.

⁵⁴ Giurì n. 45/2018, §10.3.

⁵⁵ *Ivi*, §10.5.

Autodisciplina, pur se cessata, venga riproposta, nonché di orientare la condotta degli operatori pubblicitari per il futuro⁵⁶.

Pertanto, la decisione n. 45/2018 terminava con l'accertamento della violazione dell'art. 7 C.A., ai sensi del quale «la comunicazione deve sempre essere riconoscibile come tale», nonché con l'ordine di non riproporre su alcun mezzo il messaggio pubblicitario giudicato negativamente.

3.3. I provvedimenti della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Oltre all'attività di regolamentazione e controllo condotta dallo IAP, anche l'AGCM contribuisce alla vigilanza sul rispetto del principio di trasparenza da parte della comunicazione commerciale online. In particolare, dal 2017 l'Autorità agisce su due fronti: da un lato, inviando lettere di moral suasion agli influencer e ai titolari dei marchi pubblicizzati dagli stessi; dall'altro, instaurando dei veri e propri procedimenti laddove ritenga che siano state violate le disposizioni del Codice del Consumo in tema di pubblicità occulta. Tuttavia, nessuno dei procedimenti finora conclusi ha condotto a una decisione di accertamento dell'infrazione, essendo sempre stati accettati gli impegni delle parti⁵⁷.

3.3.1. Le lettere di moral suasion

Le prime azioni adottate dall'AGCM per contrastare la pubblicità occulta sui social media hanno assunto la forma di lettere di moral suasion. Si è già detto, infatti, che nei casi non particolarmente gravi in cui però sussistono «fondati motivi tali da ritenere che il messaggio o la pratica commerciale costituisca una pubblicità ingannevole» il professionista può essere invitato «a rimuovere i profili di possibile ingannevolezza o illiceità di una pubblicità ovvero di possibile scorrettezza di una pratica commerciale»⁵⁸ (*supra* §1.7.2.).

⁵⁶ *Ibidem*, ove il Giurì cita come precedenti, tra le molte pronunce in questo senso, Giurì nn. 70/2017, 100/2002, 384/1998.

⁵⁷ Ciò detto, sul sito dell'AGCM sono disponibili solo i procedimenti effettivamente portati a termine, e non quelli in corso. Pertanto, nulla esclude che l'Autorità giunga ad una decisione diversa nell'ambito di un altro caso in materia di pubblicità occulta sui social network non ancora concluso.

⁵⁸ Art. 4, co. 5 Delibera AGCM n. 25411/2015.

Nel luglio 2017, l'AGCM attuava dunque un primo intervento, inviando lettere di moral suasion a sette influencer e undici società titolari di marchi noti⁵⁹. In particolare, dopo aver ribadito l'importanza del principio di trasparenza della comunicazione pubblicitaria, indispensabile al fine del riconoscimento dell'intento commerciale da parte del consumatore, evidenziava «come il divieto di pubblicità occulta abbia portata generale e debba, dunque, essere applicato anche con riferimento alle comunicazioni diffuse tramite i social network, non potendo gli influencer lasciar credere di agire in modo spontaneo e disinteressato se, in realtà, stanno promuovendo un brand»⁶⁰. Infine, individuava una serie di criteri generali di comportamento, invitando i destinatari della comunicazione a rendere chiaramente riconoscibile la finalità promozionale dei messaggi diffusi sui social network tramite l'utilizzo di hashtag – quali, ad esempio, #pubblicità, #advertising, #ad, ecc. – e del nome del brand.

Un anno dopo, nell'agosto 2018, l'Autorità inviava una seconda *tranche* di lettere, dal contenuto sostanzialmente identico alle prime, indirizzandole però a influencer dotati di un seguito minore, vale a dire ai micro-influencer⁶¹. Infatti, si era resa conto che il fenomeno dell'influencer marketing, inizialmente diffuso tra personaggi di una certa notorietà, stava ottenendo successo anche presso un numero considerevole di utenti dei social network con un seguito più ristretto⁶².

Nel comunicato stampa del 2018 è incluso un breve resoconto dell'esito, per lo più positivo, dell'intervento di moral suasion. Invero, si era registrato un maggiore utilizzo dei disclaimer suggeriti dall'Autorità da parte degli influencer all'interno dei propri post. In altri casi, invece, erano stati rimossi quegli elementi grafici che costituivano un collegamento con il brand (quali i tag delle relative pagine social) che avrebbero potuto lasciare intendere la sussistenza di un rapporto

⁵⁹ G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., p. 94.

⁶⁰ AGCM, comunicato stampa “Antitrust su Influencer Marketing: la pubblicità deve essere sempre trasparente”, Roma, 24 luglio 2017 (di seguito “comunicato stampa del 2017”), disponibile al link <<https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2017/7/alias-8853>> (ultimo accesso: 26 gennaio 2021).

⁶¹ AGCM, comunicato stampa “L'Antitrust chiude anche la seconda moral suasion su influencer e marchi, ma avvia istruttoria per possibili promozioni occulte”, Roma, 11 dicembre 2018 (di seguito “comunicato stampa del 2018”), disponibile al link <<https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2018/12/L%27Antitrust-chiude-anche-la-seconda-moral-suasion-su-influencer-e-marchi.-ma-avvia-istruttoria-per-possibili-promozioni-occulte>> (ultimo accesso: 26 gennaio 2021).

⁶² Ciò emerge, in particolare, in AGCM nn. 27787 in *Boll.* 23/2019 e 28167 in *Boll.* 11/2020.

di sponsorizzazione. Infine, per quanto riguarda le società destinatarie delle lettere di moral suasion, queste erano state attivate al fine di introdurre, «anche contrattualmente, procedure volte ad indurre gli influencer a rendere maggiormente trasparenti, sui loro profili personali, il legame commerciale con il marchio»⁶³.

Da ultimo, il comunicato avvisava che, nonostante i risultati positivi di cui sopra, l'Autorità aveva avviato un procedimento, di cui si dirà nel prossimo paragrafo, nei confronti di due società e di alcuni influencer proprio in tema di pubblicità occulta sui social network.

3.3.2. Il provvedimento AGCM n. 27787 in *Boll.* 23/2019

Nel corso del 2018, l'associazione Unione Nazionale dei Consumatori inviava una serie di segnalazioni all'AGCM nelle quali evidenziava la presenza di contenuti “sospetti” sulle pagine Instagram di alcuni influencer: i post pubblicati, infatti, erano apparentemente volti a pubblicizzare prodotti o servizi senza che il pubblico fosse informato del rapporto commerciale sottostante⁶⁴.

Una di tali segnalazioni aveva ad oggetto la pubblicazione, sul profilo Instagram di alcuni influencer, di «post in cui appare artificiosamente inquadrato il logo Alitalia impresso sui capi di abbigliamento firmati da Alberta Ferretti e indossati dagli influencer stessi»⁶⁵. In seguito allo svolgimento di alcuni rilievi preistruttori da parte dell'Autorità, la stessa decideva dunque di avviare un procedimento nei confronti delle società Alitalia – Società aerea italiana S.p.a. (di seguito “Alitalia”) e Aeffe S.p.a. (di seguito “Aeffe”, titolare del marchio “Alberta Ferretti”), nonché dei tredici influencer di cui sopra⁶⁶ (il c.d. “Procedimento Aeffe/Alitalia”). Vale la pena sottolineare che l'AGCM qualificava questi ultimi come professionisti ai sensi dell'art. 18, lett. b) cod. cons., risolvendo così

⁶³ Comunicato stampa del 2018, cit.

⁶⁴ Oltre ai brand nei cui confronti è stato avviato il procedimento analizzato in questo paragrafo, sono stati segnalati anche McDonald's, Fitvia e Iqos in quanto alcuni influencer avevano pubblicato dei post apparentemente volti a sponsorizzare tali marchi senza però esplicitarne la natura promozionale. Ciò è quanto riportato da G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, cit., p. 100, nt. 106.

⁶⁵ AGCM n. 27787 in *Boll.* 23/2019, §17.

⁶⁶ *Ivi*, §21.

definitivamente la questione se la normativa statale in tema di pubblicità ingannevole fosse applicabile anche a questa tipologia di soggetti⁶⁷.

Invero, riteneva che la condotta potesse integrare una violazione degli artt. 22 e 23, co. 1, lett. m) cod. cons. dal momento che, *in primis*, l'evidente squilibrio «tra la citazione dei marchi e il contesto narrativo-espressivo in cui si inseri[va] il post del personaggio famoso»⁶⁸ faceva presumere un intento promozionale, e quindi la presenza di un accordo commerciale tra le parti; inoltre, constatava che «siffatta finalità pubblicitaria, ove verificata, non sarebbe stata riconoscibile ai follower-consumatori in quanto presentata sotto le sembianze di una condivisione spontanea e disinteressata della vita quotidiana di un personaggio famoso, senza tuttavia alcuna avvertenza circa l'eventuale natura commerciale dei contenuti postati sui social media»⁶⁹. Nel giungere a questa considerazione, l'AGCM applicava dunque il test a due fasi di cui si è parlato nello scorso Capitolo (*supra* §2.4.1.).

Tra la fine di gennaio e l'inizio di marzo 2019, i professionisti presentavano le note difensive e, con esse, le proprie proposte di impegni.

Nel dettaglio, Alitalia si impegnava a (i) far sì che alle funzioni coinvolte nella gestione dell'influencer marketing fosse ribadito, tramite una comunicazione formale, l'obbligo di rispettare la normativa in materia di pubblicità occulta; (ii) adottare delle Linee Guida specifiche «cui gli influencer che intrattengano rapporti con la società devono attenersi e che costituiranno parte integrante di ogni accordo di collaborazione commerciale» concluso con essi, «con la conseguenza che, in caso di violazione delle regole di condotta da parte di questi ultimi, Alitalia prevedrà contrattualmente l'applicazione di misure sanzionatorie»⁷⁰; (iii) inserire nei contratti rilevanti una clausola standard che obblighi i partner commerciali della

⁶⁷ Invero, gli influencer non sono imprenditori, ma sono persone fisiche che, nelle pratiche commerciali regolate dal Codice del Consumo, agiscono «nel quadro della [loro] attività commerciale, industriale, artigianale o professionale». La peculiarità sta nel fatto che essi acquisiscono la qualità di professionista solo quando svolgono attività promozionale, e non invece quando condividono UGC di natura personale, pur essendo tali condotte di fatto messe in atto nella stessa identica maniera.

⁶⁸ *Ivi*, §22.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ivi*, §31.

società ad adottare tutte le misure idonee a evitare forme di pubblicità occulta e a controllare che l'influencer si comporti correttamente⁷¹.

Dal canto suo, Aeffe si impegnava a (i) allegare a ogni spedizione in omaggio inviata agli influencer una comunicazione contenente l'invito al rispetto della normativa a tutela dei consumatori e della concorrenza, nonché delle indicazioni fornite dallo IAP, con particolare attenzione alla materia della trasparenza; (ii) inviare a tutti gli influencer con cui la società abbia collaborato in passato una e-mail circolare al fine di sensibilizzarli sul tema; (iii) vincolare gli influencer con cui in futuro avrebbe concluso contratti di sponsorizzazione o endorsement al rispetto della disciplina di cui sopra e a rendere riconoscibile la finalità promozionale dei contenuti pubblicati in ottemperanza di tali contratti, inserendo delle specifiche clausole contrattuali; (iv) monitorare attivamente il rispetto, da parte degli influencer, degli obblighi contrattualmente stabiliti in applicazione dell'impegno precedente⁷².

Infine, gli influencer si impegnavano ad adottare gli accorgimenti necessari al fine di esplicitare la sussistenza di un rapporto commerciale o il fatto di aver ricevuto i beni o servizi in regalo anche da brand anche diversi da Aeffe tramite l'apposizione degli appositi disclaimer⁷³. In aggiunta, la celebrity-influencer Alessia Marcuzzi si impegnava a «divulgare i valori di una corretta pubblicità e della trasparenza a tutela del consumatore, pubblicando [...] uno o più post sull'importanza della trasparenza nella pubblicità e del rispetto delle regole a tutela del consumatore»⁷⁴.

L'Autorità, dopo aver sottolineato l'estrema importanza di una comunicazione chiara e trasparente nel mondo digitale e i rischi posti dal marketing occulto, soprattutto sui social network, procedeva con la valutazione degli impegni⁷⁵. In particolare, riteneva che essi «rispond[essero] pienamente ai principi generali di riconoscibilità sopra delineati e [fossero] idonei a sanare i

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ivi*, §33.

⁷³ *Ivi*, §§35-36. Questi gli impegni presi da dodici dei tredici influencer nei cui confronti era stato avviato il procedimento. Infatti, l'influencer Flora Pellino veniva giudicata estranea alla condotta contestata in quanto aveva acquistato personalmente il capo di abbigliamento della Capsule Collection Alitalia indossato nel post (*Ivi*, §37).

⁷⁴ *Ivi*, §35.

⁷⁵ *Ivi*, §§39-41.

possibili profili di illegittimità della pratica commerciale contestati nella comunicazione di avvio»⁷⁶. Pertanto, deliberava di rendere obbligatori nei confronti dei professionisti gli impegni che questi avevano assunto, stabilendo un termine di novanta giorni per la loro attuazione, e di chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione ai sensi dell'art. 27, co. 7 cod. cons. e dell'art. 9, co. 2, lett. a) Delibera AGCM n. 25411/2015.

Peraltro, l'Autorità giungeva alle medesime conclusioni nell'ambito di un analogo procedimento in tema di endorsement sui social network, avviato nei confronti di Barilla e di dieci micro-influencer⁷⁷. Ritenendo, anche in questo caso, che gli impegni assunti dalle parti fossero idonei «a fornire ai consumatori un quadro informativo completo e accurato circa la natura delle loro comunicazioni»⁷⁸, disponeva l'accettazione degli stessi e la chiusura del procedimento senza accertamento di infrazioni.

Per concludere, si segnala che l'AGCM ha adottato due ulteriori provvedimenti in materia di pubblicità occulta online, che tuttavia si differenziano dai precedenti in quanto ad essere contestata è stata una forma non trasparente di product placement, piuttosto che di endorsement. Infatti, due distinti marchi venivano mostrati all'interno del medesimo videoclip musicale rinvenibile sulle piattaforme YouTube e Vimeo, su Internet e sulle reti televisive, senza che fosse resa palese l'esistenza di un rapporto di committenza tra il cantante-influencer e i suddetti marchi⁷⁹. Ad ogni modo, anche in questo caso l'Autorità ha reputato gli impegni delle parti «idonei a sanare i possibili profili di illegittimità della pratica commerciale contestata»⁸⁰.

⁷⁶ *Ivi*, §42, in ottemperanza a quanto richiesto dall'art. 27, co. 7 cod. cons.. Si vedano i paragrafi seguenti (§§43-51) per le ragioni specifiche sottostanti l'accettazione di ogni singolo impegno assunto da Alitalia, Aeffe e gli influencer.

⁷⁷ AGCM, n. 28167 in *Boll.* 11/2020.

⁷⁸ *Ivi*, §55. Nello specifico, gli impegni erano sostanzialmente analoghi a quelli assunti dalle parti nel procedimento Aeffe/Alitalia.

⁷⁹ AGCM, nn. 28385-6 in *Boll.* 43/2020. Tuttavia, in questo caso sarebbe più appropriato parlare di product placement piuttosto che di endorsement: infatti, i prodotti sono stati mostrati all'interno di un'opera audiovisiva, e non invece nella forma di post dalla natura apparentemente personale. Cionondimeno, il cantante-influencer si è comunque impegnato, «con riguardo alle future comunicazioni a mezzo social», a inserire «hashtag quali #pubblicità, #sponsorizzato, #advertising, #adv».

⁸⁰ AGCM, nn. 28385-6 in *Boll.* 43/2020, rispettivamente §35 e §34.

3.4. I provvedimenti della Federal Trade Commission

L'ultima autorità di cui pare rilevante esaminare l'operato è la Federal Trade Commission statunitense. La FTC ha a disposizione una vasta gamma di strumenti di enforcement, alcuni più "tradizionali" e altri più innovativi, utilizzati dalla stessa per far fronte alla mancanza di trasparenza nella comunicazione commerciale sui social network in modo preventivo e non punitivo⁸¹. Dopo una breve illustrazione di tali strumenti, si procederà ad analizzare alcuni provvedimenti adottati in tema di influencer marketing.

3.4.1. I poteri di enforcement della Federal Trade Commission

Come già anticipato (*supra* §1.4.2.), la FTC dispone di tre poteri principali – investigativi, esecutivi e normativi – che concorrono tutti a definire il regime di enforcement della normativa che vieta gli "unfair or deceptive acts or practices" (anche detti "UDAP" o, in italiano, "atti o pratiche sleali o ingannevoli")⁸².

Il primo, di portata alquanto ampia, consente all'autorità di raccogliere informazioni e indagare sull'operato di qualsiasi persona fisica o giuridica che svolga un'attività commerciale, anche tramite la richiesta di sottoporre dei report contenenti le risposte a specifiche domande dell'autorità⁸³. Nonostante l'indagine costituisca il primo passo verso l'enforcement, il suo avvio non comporta automaticamente l'esercizio di un'azione nei confronti del soggetto indagato, scelta che viene rimessa alla discrezione della FTC⁸⁴. Invero, quest'ultima può utilizzare questo strumento anche solo per formulare raccomandazioni sulla policy interna o per stimolare un'azione correttiva spontanea da parte degli operatori del mercato⁸⁵.

Tre sono i possibili esiti di un'indagine: (i) la chiusura, che avviene mediante l'invio di una c.d. "closing letter" nella quale viene indicata l'intenzione di non

⁸¹ L.E. BLADOW, *Worth the click*, cit., p. 1141, che infatti evidenzia che l'intento di prevenzione è sancito dalla normativa stessa (15 U.S.C. §45(a)(2)).

⁸² 15 U.S.C. §45(a)(1). Come si è già detto (*supra* §2.6.2.), la pubblicità ingannevole, e quindi quella occulta, è considerata UDAP.

⁸³ Sezione 6 del FTCA (15 U.S.C. §§46(a) e (b)).

⁸⁴ FTC, "A Brief Overview", cit., §I. In base al C.F.R., un'indagine può essere avviata su richiesta del Presidente, del Congresso, delle agenzie governative o del procuratore generale; per rinvio da parte dei tribunali; su denuncia di membri del pubblico; o dalla Commissione stessa d'ufficio (16 C.F.R. §2.1).

⁸⁵ L.E. BLADOW, *Worth the click*, cit., pp. 1142, 1146.

esercitare l'azione esecutiva, almeno per il momento; (ii) la stipulazione di un “consent agreement”, vale a dire un accordo tra la FTC e il professionista col quale quest'ultimo può risolvere le accuse nei suoi confronti, spesso senza assunzione di responsabilità e rinunciando a qualsiasi diritto al controllo giurisdizionale, ma divenendo passibile di una sanzione fino a 44.000 dollari⁸⁶ per ogni violazione del consent agreement; e, se l'autorità ha ragione di credere che vi sia stata o sia in corso una violazione della normativa rilevante, (iii) l'emissione di un “complaint” nel quale espone le proprie accuse⁸⁷.

In quest'ultimo caso, il professionista può risolvere tali accuse sottoscrivendo un consent agreement nei termini indicati sopra e accettando di vincolarsi al “final order” che la Commissione adotta a distanza di trenta giorni circa⁸⁸. Invero, questo è il metodo più comune di risoluzione delle controversie in materia di violazione dei doveri di disclosure da parte degli influencer (*infra* §3.4.2.).

Viceversa, qualora il professionista intenda contestare le accuse mosse nei suoi confronti, il caso è deciso da un giudice amministrativo. Il giudice emette una “decisione iniziale” nella quale raccomanda l'adozione di un ordine di desistenza o, al contrario, il ritiro delle accuse. La decisione iniziale può essere impugnata da entrambe le parti innanzi la Commission che, dopo il deposito delle memorie e la discussione orale, emette la decisione finale⁸⁹. In particolare, con l'ordine di desistenza, la FTC impone semplicemente la cessazione della condotta contestata, ma non obbliga il professionista al pagamento di alcuna sanzione – salvo il caso in cui successivamente ne violi i precetti⁹⁰. Tuttavia, l'autorità può comunque agire per il risarcimento dei danni causati ai consumatori dalla condotta oggetto del procedimento amministrativo, esercitando un'azione civile innanzi una corte federale secondo le modalità descritte a breve⁹¹. Infine, è interessante notare che,

⁸⁶ In base a 16 C.F.R. §1.98(c), il massimo edittale sarebbe di 43.792 dollari ma per semplicità la cifra è arrotondata per eccesso. Ciò vale anche per la sanzione per violazione dell'ordine di desistenza (16 C.F.R. §1.98(e)) e delle trade regulation rules (16 C.F.R. §1.98(d)).

⁸⁷ L.E. BLADOW, *Worth the click*, cit., pp. 1142-1143.

⁸⁸ FTC, “A Brief Overview”, cit., §II.A.

⁸⁹ *Ivi*, §II.A.1 precisa che la parte soccombente può a sua volta impugnare tale decisione davanti alla Corte d'Appello competente e, come “last resort”, davanti alla Corte Suprema.

⁹⁰ 15 U.S.C. §45(m)(1)(B).

⁹¹ 15 U.S.C. §57b(a)(2). Le sanzioni penali sono invece di competenza esclusiva del DOJ (15 U.S.C. §56(b)).

laddove in un procedimento amministrativo la FTC abbia giudicato una determinata pratica sleale o ingannevole, un terzo che adotti tale pratica può essere condannato dalla FTC stessa al pagamento di una sanzione pecuniaria nonostante non fosse parte di quel procedimento⁹².

Quanto al procedimento civile, questo può essere instaurato innanzi una corte federale, in primo luogo, nelle ipotesi in cui la FTC voglia ottenere una condanna al pagamento delle sanzioni civili e/o al risarcimento dei consumatori nei confronti di un professionista che abbia posto in essere una condotta già giudicata illecita (ad esempio, nel corso del procedimento amministrativo conclusosi con un ordine di desistenza nei confronti di tale professionista); in secondo luogo, dopo un procedimento amministrativo al fine di ottenere la condanna al risarcimento dei danni sofferti dai consumatori (a prescindere dal rispetto o meno dell'ordine di desistenza da parte del professionista); infine, in alternativa al procedimento amministrativo⁹³. Quest'ultima opzione può essere particolarmente vantaggiosa in quanto, con un'unica azione, l'autorità può arrivare ad ottenere sia una misura inibitoria immediatamente efficace che l'imposizione di una sanzione pecuniaria, ossia il pagamento delle sanzioni civili e/o del risarcimento dei danni causati ai consumatori⁹⁴.

Infine, era già stato evidenziato che, a differenza dell'AGCM, la FTC può emanare delle norme regolamentari (le c.d. "trade regulation rules"), mediante le quali sancire la slealtà o ingannevolezza di talune pratiche diffuse tra gli operatori del mercato⁹⁵. In seguito alla loro entrata in vigore, chiunque violi una trade regulation rule di cui ha conoscenza effettiva o ragionevolmente presumibile sulla base di circostanze obiettive è passibile di sanzioni civili⁹⁶. Inoltre, il professionista è sempre responsabile per i danni causati ai consumatori da una condotta contraria a una trade regulation rule⁹⁷. Per ottenere l'imposizione delle suddette sanzioni, la FTC deve però instaurare un procedimento innanzi al giudice civile.

⁹² 15 U.S.C. §45(m)(1)(B). Tuttavia, la FTC dovrà provare che il terzo era effettivamente a conoscenza del fatto che tale pratica fosse sleale o ingannevole e quindi illecita.

⁹³ FTC, "A Brief Overview", cit., §II.B.

⁹⁴ L.E. BLADOW, *Worth the click*, cit., p. 1143.

⁹⁵ Tale potere normativo è conferito dalla Sezione 18 del FTCA (15 U.S.C. §57a).

⁹⁶ 15 U.S.C. §45(m)(1)(A).

⁹⁷ FTC, "A Brief Overview", cit., §III.

Terminata la disamina dei poteri “tradizionali”, vale la pena dedicare l’ultima parte di questo paragrafo agli strumenti più innovativi di cui la FTC usufruisce per contrastare i fenomeni di pubblicità occulta online. Essi si caratterizzano per promuovere la compliance volontaria da parte dei professionisti e si pongono dunque in linea con la finalità preventiva che contraddistingue l’operato dell’autorità.

I c.d. “surfs” sono uno di questi strumenti. In pratica, la FTC collabora con le forze dell’ordine nell’organizzazione e nello svolgimento di sessioni di navigazione su Internet (surfs, appunto) mirate a identificare comunicazioni commerciali non trasparenti. Il risultato di tale attività è l’invio da parte dell’autorità di “warning letters”⁹⁸ agli individui o alle imprese autori delle comunicazioni ingannevoli. Così come le lettere di moral suasion dell’AGCM, esse evidenziano il contrasto con la normativa e segnalano il rischio di un’azione legale in caso di mancata cessazione della condotta, dando così la possibilità a tali soggetti di conformarsi volontariamente alle regole in materia di riconoscibilità del messaggio pubblicitario in quanto tale⁹⁹.

Inoltre, la FTC ha posto in funzione una serie di meccanismi per sensibilizzare il pubblico quali la diffusione di pubblicazioni e articoli a beneficio delle imprese e dei consumatori, l’organizzazione di workshop e seminari pubblici e la partecipazione a conferenze di settore¹⁰⁰. Ciò permette all’autorità di creare un dialogo con gli operatori del mercato pubblicitario, raccogliendo le informazioni utili allo sviluppo della propria attività di enforcement e di regolamentazione¹⁰¹.

⁹⁸ Per maggiori dettagli in merito, si veda la pagina “About FTC Warning Letters” sul sito ufficiale della FTC: <<https://www.ftc.gov/news-events/media-resources/truth-advertising/about-ftc-warning-letters>> (ultimo accesso: 30 gennaio 2021).

⁹⁹ L.E. BLADOW, *Worth the click*, cit., p. 1144.

¹⁰⁰ Si veda, ad esempio, “Blurred Lines: Advertising or Content? – An FTC Workshop on Native Advertising” nel 2013, disponibile al link <<https://www.ftc.gov/news-events/events-calendar/2013/12/blurred-lines-advertising-or-content-ftc-workshop-native>> (ultimo accesso: 26 febbraio 2021), che ha costituito la base per il Policy Statement on Deception, cit.

¹⁰¹ L.E. BLADOW, *Worth the click*, cit., pp. 1144-1145. Ad esempio, si veda “FTC Staff Report: Self-Regulatory Principles For Online Behavioral Advertising”, febbraio 2009, disponibile al link <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-staff-report-self-regulatory-principles-online-behavioral-advertising/p085400behavadreport.pdf>> (ultimo accesso: 30 gennaio 2021).

Infine, l'autorità utilizza la propria presenza sui social network – in un modo che viene da alcuni definito simile agli influencer¹⁰² – per aumentare la visibilità dei propri interventi, nonché per rispondere alle domande del pubblico in merito a temi inerenti alla protezione degli interessi dei consumatori¹⁰³.

3.4.2. L'orientamento della Federal Trade Commission: tra closing letters e consent agreements

Nel decidere quali casi perseguire, la FTC esercita la propria discrezionalità in modo da massimizzare le risorse limitate di cui dispone, utilizzando parametri quali il numero di consumatori potenzialmente ingannabili, la gravità del danno economico che deriverebbe dall'inganno e la probabilità che le forze di mercato pongano fine autonomamente alla pratica ingannevole¹⁰⁴. Alla luce di questo approccio case-by-case, le azioni fino ad oggi esercitate per contrastare la pubblicità occulta sui social network offrono degli spunti importanti per comprendere quando e come l'autorità metta in pratica gli strumenti di enforcement descritti sopra. In particolare, permettono di capire (i) quale professionista tenderà ad essere il bersaglio delle indagini e degli eventuali complaints e (ii) quando la FTC cercherà di raggiungere un consent agreement e a quali condizioni¹⁰⁵.

Quanto al primo aspetto, l'autorità stessa afferma che maggiore attenzione è dedicata agli inserzionisti, alle agenzie pubblicitarie e alle società di pubbliche relazioni, piuttosto che ai singoli influencer¹⁰⁶. Fino poco tempo fa, infatti, la FTC non aveva indirizzato alcun complaint a questi ultimi, promuovendo invece diverse

¹⁰² *Ivi*, p. 1145.

¹⁰³ Per maggiori informazioni, si veda la pagina “FTC Social Media Chats” sul sito ufficiale della FTC: <<https://www.ftc.gov/news-events/social-media/ftc-twitter-chats>> (ultimo accesso: 30 gennaio 2021).

¹⁰⁴ L.E. BLADOW, *Worth the click*, cit., p. 1141, ove si evidenzia che nel 2015, a fronte di oltre tre milioni di segnalazioni da parte di consumatori, la FTC ha esercitato l'azione in 107 casi e ha ottenuto 178 consent orders.

¹⁰⁵ *Ivi*, p. 1146.

¹⁰⁶ FTC, “What People Are Asking”, cit., ove alla domanda «Are you monitoring bloggers?» l'autorità risponde «Generally not, but if concerns about possible violations of the FTC Act come to our attention, we evaluate them case by case. If law enforcement becomes necessary, our focus usually will be on advertisers or their ad agencies and public relations firms. Action against an individual endorser, however, might be appropriate in certain circumstances, such as if the endorser has continued to fail to make required disclosures despite warnings».

azioni di enforcement nei confronti di brand¹⁰⁷ e piattaforme di intrattenimento¹⁰⁸, ritenuti i principali responsabili per gli endorsement non trasparenti. Il 2017 ha però visto un'inversione di tendenza: non solo la FTC inviava più di novanta warning letters a influencer e inserzionisti, ricordando loro l'importanza di comunicare al pubblico la natura promozionale degli endorsement sui social network¹⁰⁹, ma formulava anche il suo primo (e, ad oggi, unico) complaint nei confronti di singoli influencer, dimostrando così di non essere una semplice spettatrice del loro ruolo nella diffusione di pubblicità occulta su Internet¹¹⁰.

A prescindere dal tipo di soggetto indagato, non sempre le indagini della FTC in questa materia si sono concluse con la formulazione di un complaint¹¹¹. Invero, quando ha ritenuto che un messaggio pubblicitario non trasparente costituisse un caso isolato e avesse comunque una portata limitata, l'autorità ha optato per l'invio di closing letters¹¹². Alla medesima conclusione è altresì giunta

¹⁰⁷ Ad esempio, FTC, *Legacy Learning Systems*, No. C-4323, 10 giugno 2011, in cui un'azienda che vendeva una serie di DVD di lezioni di chitarra ha pagato 250.000 dollari per risolvere le accuse della FTC secondo le quali aveva pubblicizzato in modo ingannevole i propri prodotti utilizzando venditori affiliati (in sostanza, degli influencer) che si presentavano falsamente come semplici consumatori. Si veda anche FTC, *ADT*, No. C-4460, 24 giugno 2014.

¹⁰⁸ Così FTC, *Machinima*, No. C-4569, 17 marzo 2016, ove la piattaforma ha accettato di risolvere le accuse della Federal Trade Commission secondo le quali aveva permesso la diffusione di pubblicità ingannevole. In particolare, Machinima aveva pagato alcuni influencer per pubblicare su YouTube dei video promozionali relativi al sistema Xbox One di Microsoft e a vari giochi senza che questi rendessero noto l'accordo commerciale sottostante. In questo caso, Microsoft e Starcom (l'agenzia pubblicitaria di Microsoft) hanno potuto evitare le sanzioni poiché, nonostante fossero comunque responsabili per la mancata disclosure da parte degli influencer, avevano agito prontamente per richiedere a Machinima di inserire degli idonei avvertimenti nei video.

¹⁰⁹ FTC, comunicato stampa "FTC Staff Reminds Influencers and Brands to Clearly Disclose Relationship", 19 aprile 2017, disponibile al link <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/04/ftc-staff-reminds-influencers-brands-clearly-disclose>> (ultimo accesso: 28 gennaio 2021).

¹¹⁰ FTC, *CSGO Lotto, Trevor Martin, and Thomas Cassell*, No. C-4632, 29 novembre 2017, conclusosi con un consent agreement. Tuttavia, in questo caso gli influencer erano anche coproprietari di CSGO Lotto, il brand che avevano promosso senza dichiarare il proprio ruolo all'interno della società. Dunque, se da un lato questo caso ha aperto la strada alle azioni di enforcement nei confronti degli influencer, dall'altro la scelta dei target derivava più dalla loro posizione che dalla mancata disclosure. Infatti, come evidenziato da L.E. BLADOW, *Worth the click*, cit., p. 1149, nessun altro influencer che aveva promosso il brand senza specificare la natura promozionale del proprio messaggio è stato oggetto di complaint.

¹¹¹ Per un'analisi approfondita di quanto discusso di seguito, si veda, *in primis*, L.E. BLADOW, *Worth the click*, cit., pp. 1150 ss., ma anche A. KHUONG, *Complying with the Federal Trade Commission's Disclosure Requirements*, cit., pp. 136 ss; M.J. JUSTUS, *The Laws of Influence*, cit., pp. 25 ss; M. BERNSTEIN, *How to Avoid the FTC Not Liking Your Next Campaign*, cit., pp. 51 ss.

¹¹² Si veda, ad esempio, FTC, *Cole Haan Closing Letter*, No. 142-3041, 20 marzo 2014, ove l'autorità non ha ritenuto di perseguire l'enforcement in quanto la pratica ingannevole messa in atto da Cole Haan si era svolta per un breve periodo di tempo e aveva coinvolto un numero esiguo di

quando il brand e/o l'agenzia pubblicitaria hanno adottato delle misure correttive non appena venute a conoscenza del problema di conflitto con la normativa¹¹³, nonché quando hanno adottato delle policy interne sulla disclosure degli endorsement in linea con le Endorsement Guides¹¹⁴.

Per contro, la FTC ha attivato i propri meccanismi di enforcement quando campagne di influencer marketing prive di adeguate disclosure hanno generato dei notevoli profitti per il brand¹¹⁵ e hanno raggiunto un grande numero di consumatori¹¹⁶. In questi casi, l'autorità ha ritenuto opportuno agire anche – e forse soprattutto – perché i contratti di sponsorizzazione prevedevano la pre-approvazione, da parte del brand, dei post degli influencer ma non richiedevano a questi ultimi di includere una (adeguata) disclosure¹¹⁷. Addirittura, in un caso la FTC ha rimproverato al brand di non aver posto in essere un adeguato sistema di monitoraggio e controllo dei contenuti che assicurasse un'adeguata disclosure del rapporto commerciale tra le parti¹¹⁸.

Ad ogni modo, nessuna delle azioni intraprese è arrivata dinanzi a un giudice, avendo i professionisti tutti optato per la risoluzione stragiudiziale delle controversie. Da un'analisi comparativa dei consent agreement così stipulati, emerge, proprio come anticipato all'inizio di questo paragrafo, la finalità preventiva ed educativa perseguita dall'autorità. Invero, le condizioni

consumatori. Nello stesso senso, FTC, *Nordstrom Rack Closing Letter*, No. 122-3167, 22 febbraio 2013; FTC, *Ann Taylor Closing Letter*, No. 102-3147, 20 aprile 2010.

¹¹³ In questo senso, come già anticipato (*supra* nt. 108 in questo Capitolo), FTC, *Microsoft/Starcom Closing Letter*, No. 142-3090, 26 agosto 2015. Si veda anche FTC, *Hyundai Closing Letter*, No. 112-3110, 16 novembre 2011, ove l'autorità ha visto di buon occhio l'azione correttiva prontamente intrapresa da Hyundai non appena venuta a conoscenza dell'illiceità della propria condotta.

¹¹⁴ Così *Nordstrom Rack Closing Letter*, *Hyundai Closing Letter*, *Ann Taylor Closing Letter* citate nelle note precedenti, ove le società oggetto di indagine hanno adeguato le proprie social media policies in modo da conformarsi a quanto indicato dalla FTC.

¹¹⁵ Si veda ad esempio *Legacy Learning Systems*, §8, ove la FTC sostiene che venticinque venditori affiliati fossero responsabili per almeno 5 milioni di dollari di vendite.

¹¹⁶ Oltre ai provvedimenti nei confronti di CSGO Lotto e Machinima, le cui campagne pubblicitarie erano state visualizzate rispettivamente 5.7 e 30 milioni di volte, si vedano FTC, *Warner Bros. Home Entertainment*, No. C-4595, 21 novembre 2016, ove i video sponsorizzati erano stati riprodotti 5.5 milioni di volte; FTC, *Lord & Taylor*, No. C-4576, 23 maggio 2016, ove i post degli influencer avevano raggiunto 11.4 milioni di utenti su Instagram in soli due giorni e avevano stimolato 328.000 interazioni con il tag ufficiale del brand, causando l'esaurimento delle scorte del vestito pubblicizzato.

¹¹⁷ In particolare, sia Warner Bros che Lord & Taylor avevano predisposto tale controllo ma in nessun caso le modifiche apportate avevano riguardato l'inserimento di avvertimenti idonei a informare il pubblico della natura promozionale dei post.

¹¹⁸ Così in *Legacy Learning Systems*, cit.

normalmente imposte da tali accordi concernono (i) la stipulazione in futuro di accordi di divulgazione (c.d. “disclosure agreement”) con gli influencer; (ii) la subordinazione del pagamento ad un’adeguata disclosure degli influencer; e (iii) l’esclusione degli influencer inadempienti da future campagne di influencer marketing¹¹⁹.

3.5. Il *fil rouge* nelle decisioni in tema di influencer marketing

Nel corso degli scorsi paragrafi sono stati esaminati gli approcci di tre autorità: l’Istituto dell’Autodisciplina Pubblicitaria, che vigila sul rispetto del Codice di Autodisciplina – e del principio di trasparenza che esso codifica – da parte dei soggetti ad esso vincolati tramite l’operato del Comitato di Controllo e del Giurì; l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che controlla che i messaggi pubblicitari diffusi su Internet e sui social network siano in linea con la normativa in tema di pubblicità occulta, inviando lettere di moral suasion e, occasionalmente, avviando procedimenti a carico dei soggetti inadempienti; e, infine, la Federal Trade Commission, che, con meccanismi simili a quelli applicati dall’AGCM, si assicura che gli operatori del mondo dell’online advertising rispettino il FTCA applicando i criteri di valutazione contenuti nelle Endorsement Guides.

Nonostante la diversa natura (organismo autodisciplinare il primo, autorità amministrativa indipendente la seconda e la terza) e i diversi ordinamenti giuridici nei quali operano (italiano le prime due, statunitense l’ultima), è possibile notare che i provvedimenti adottati da queste autorità presentano numerose analogie.

Innanzitutto, il test di trasparenza (*supra* §2.4.1.) sembra trovare applicazione anche oltreoceano: invero, nei suoi diversi complaint, la FTC accerta, *in primis*, la natura commerciale della comunicazione e, in secondo luogo, se questa è stata adeguatamente resa palese. Tuttavia, a differenza di quanto spesso accade in Italia, l’autorità statunitense sembra aver avuto maggiore – o forse più facile – accesso agli accordi di sponsorizzazione tra i brand e gli influencer e, pertanto, non

¹¹⁹ Ad esempio, Lord & Taylor e Warner Bros hanno accettato tutti i suddetti impegni, Machinima e Legacy Learning Systems il primo e il terzo.

è stata costretta a ricorrere a presunzioni per dimostrare lo scopo promozionale dell'attività svolta da questi ultimi¹²⁰.

Un'ulteriore comunanza è ravvisabile sotto il profilo del tipo di contestazioni svolte, tanto nei confronti degli influencer, quanto nei confronti degli inserzionisti.

Con riguardo ai primi, è evidente che la critica principale sia quella di non aver reso palese l'intento promozionale dei propri post, e l'ammonimento quello di non ripetere tale condotta in futuro. Tuttavia, nonostante fosse chiaramente ravvisabile una responsabilità soggettiva in capo ad essi, in molti casi le autorità non sono arrivate a pronunciarsi nei loro confronti, in parte per mancanza di competenza¹²¹, in parte per mancanza di risorse¹²².

Per converso, la maggior parte delle pronunce analizzate hanno ravvisato la sussistenza di una responsabilità oggettiva in capo ai brand, ritenendo che le comunicazioni commerciali contestate fossero imputabili anche a loro in quanto promotori della sponsorizzazione¹²³. Invero, la sussistenza di un contratto, e quindi di una material connection tra le parti, è stata ritenuta idonea a determinare

¹²⁰ Ad esempio, in *Lord & Taylor*, cit., la FTC cita espressamente i contratti stipulati tra il brand e gli influencer, riportandone anche alcune clausole. Lo stesso vale per *Warner Bros*, cit., ove la FTC riporta perfino alcuni estratti del contratto.

¹²¹ Emblematico il caso *Peugeot/Newtopia*, ove il Giurì non ha potuto pronunciarsi nei confronti di Newtopia, in quanto non vincolata al sistema autodisciplinare e nemmeno firmataria del contratto di sponsorizzazione stipulato con l'inserzionista. Peraltro, non avendo il Comitato di Controllo indirizzato l'ingiunzione di desistenza nei confronti di Fedez e di Zedef s.r.l. (la società licenziataria dei suoi diritti d'immagine), che sarebbero stati vincolati al Codice di Autodisciplina in virtù della clausola di accettazione contenuta nel contratto da essi sottoscritto, tali soggetti non erano stati inclusi nel procedimento instaurato dinnanzi al Giurì. Pertanto, tale organo non aveva nemmeno la competenza a pronunciarsi nei loro confronti.

Sorge spontaneo domandarsi se il Comitato di Controllo non abbia commesso un errore nel selezionare i destinatari della propria ingiunzione di desistenza, quantomeno per aver escluso l'artista, che sicuramente era coinvolto nella vicenda – viceversa, non essendo a conoscenza dell'esistenza del contratto di sponsorizzazione, il Comitato non poteva sapere del coinvolgimento di Zedef s.r.l.. Ciononostante, si è già detto che la loro partecipazione nel procedimento non avrebbe modificato il contenuto della decisione in modo particolarmente significativo (*supra* nt. 31 in questo Capitolo).

¹²² Si rammenta che la FTC stessa ha affermato di prestare maggiore attenzione ai brand, alle agenzie pubblicitarie e alle società di pubbliche relazioni, piuttosto che ai singoli influencer (*supra* §3.4.2.).

¹²³ Si potrebbe addirittura ipotizzare che, proprio a causa della maggiore difficoltà a indirizzare i provvedimenti nei confronti degli influencer, le autorità abbiano ritenuto opportuno individuare una responsabilità in capo agli inserzionisti così da non lasciare l'illecito impunito. Invero, la condotta che di per sé viola gli obblighi di disclosure è quella messa in atto dagli influencer che non esplicitano con opportuni accorgimenti la natura dei propri post, e non quella dei brand, che di fatto non svolgono direttamente alcuna attività promozionale. Peraltro, in molti casi i contratti di sponsorizzazione non prevedevano nemmeno degli obblighi di monitoraggio in capo ad essi e difficilmente potevano a priori essere classificati come dei contratti di lavoro subordinato, regolando spesso lo svolgimento di un'unica prestazione isolata.

l'insorgere di una responsabilità vicaria¹²⁴ e, comunque, ha legittimato l'instaurazione di un procedimento nei confronti dei brand¹²⁵. Inoltre, gli organismi hanno tutti sostenuto la necessità che questi ultimi vigilassero sull'operato degli influencer, introducendo meccanismi sanzionatori per il mancato rispetto delle disposizioni contrattuali in tema di trasparenza (le quali, ove non previste, avrebbero dovuto integrare i contratti di sponsorizzazione futuri) e prevedendo dei controlli, *ex ante* ed *ex post*, dei contenuti promozionali¹²⁶.

Le predette somiglianze tra gli approcci delle tre autorità sono riconducibili, innanzitutto, al fatto che il principio fondamentale che guida il loro operato è il medesimo, ossia il principio di riconoscibilità della pubblicità in quanto tale. Inoltre, le piattaforme sulle quali vengono effettuati gli endorsement presentano gli stessi meccanismi di funzionamento e lo stesso tipo di linguaggio a prescindere dal luogo da cui avviene l'accesso: pertanto, sia che l'influencer operi in Italia, sia che lavori negli Stati Uniti, la natura promozionale del suo post di sponsorizzazione sarà riconoscibile o occulta a seconda che egli includa hashtag quali #ad, #sponsored o #gifted – o i loro equivalenti in italiano – o li ometta.

In definitiva, risulta avvalorata la posizione espressa nello scorso Capitolo: l'influencer marketing è più che mai un fenomeno internazionale e urge una regolamentazione chiara e specifica degli endorsement al fine di permettere ai consumatori di distinguere con facilità la natura degli UGC condivisi sui social network. Invero, si è visto come la struttura orizzontale (o peer-to-peer) di tali piattaforme renda più complessa tale operazione.

¹²⁴ In questo senso Giurì n. 45/2018, §10.1, che ha utilizzato come base normativa l'art. 2049 c.c..

¹²⁵ Così l'AGCM e la FTC. Invero, nella materia antitrust tale approccio non è inusuale: ad esempio, quando una società controllata contravviene la normativa antitrust, viene sempre ritenuta responsabile anche la controllante, nonostante la prima abbia violato gli ordini impartiti dalla seconda.

¹²⁶ Si vedano Giurì n. 45/2018, §10.1 e i provvedimenti adottati dalla FTC citati negli scorsi paragrafi. Quanto all'AGCM, pur non avendo avuto modo di esprimersi direttamente in merito al tipo di responsabilità che ravvisava in capo ai brand, gli impegni che ha accettato, e dunque reso vincolanti, sono idonei a configurare una responsabilità oggettiva in capo ad esso qualora gli influencer non rispettino le disposizioni in tema di trasparenza.

CONCLUSIONE

Nel corso di questo elaborato si è voluto dare una visione completa della disciplina della pubblicità in Italia e, allo stesso, tempo fornire un esempio pratico di come l'assetto normativo attuale non possa considerarsi del tutto al passo con i tempi. In particolare, l'analisi si è concentrata sull'emersione del fenomeno dell'influencer marketing e sui problemi sostanziali che esso ha sollevato in materia di trasparenza dei messaggi pubblicitari diffusi online. Invero, è stata lungamente discussa e dimostrata l'esigenza che l'attività promozionale condotta sui social network, un "luogo" nato per fini di svago ma evolutosi in un vero e proprio centro commerciale virtuale, sia riconoscibile in quanto tale agli occhi degli utenti. Ciò è essenziale non solo al fine di evitare che i consumatori, ignari di essere oggetto di pressioni pubblicitarie, siano ingannevolmente indotti all'acquisto, ma anche per evitare che i concorrenti degli inserzionisti che mettono in pratica tale strategia promozionale subiscano sviamenti illeciti di clientela.

Tuttavia, possono essere individuati almeno due fattori che ostacolano, o quanto meno rendono più complessa, l'attività di controllo e di effettiva repressione della pubblicità occulta diffusa secondo le predette modalità.

In primo luogo, vi è la questione della grande frammentarietà normativa che da sempre caratterizza questa branca del diritto. Infatti, non solo si distinguono fonti statuali e fonti autodisciplinari, ma le prime si compongono a loro volta di un mosaico di norme di diversa natura, contenute in molteplici testi legislativi: nel Codice civile, nel Codice penale, in alcune leggi settoriali e in svariati decreti legislativi. Peraltro, con il suo ultimo intervento di riforma, il legislatore ha contribuito ad un ulteriore frazionamento della disciplina, suddividendo le regole in tema di pubblicità ingannevole tra il Codice del consumo e il Decreto sulla pubblicità ingannevole. Sul punto, pare legittimo domandarsi se introdurre il doppio binario di tutela fosse davvero necessario al fine di conformarsi al dettato comunitario, o se ciò abbia solo (inutilmente) complicato il quadro normativo nazionale. Invero, è noto che l'attuazione delle direttive impone un vincolo quanto al risultato, non al mezzo: pertanto, la disciplina sarebbe potuta rimanere

codificata nel Codice del Consumo, dedicando previsioni specifiche alla tutela del professionista nei suoi rapporti B2B.

In secondo luogo, si è avuto modo di osservare i limiti del sistema sanzionatorio in materia pubblicitaria.

Per quanto concerne l'ambito autodisciplinare, la circostanza che la vincolatività alle regole e alle decisioni degli organi dello IAP dipenda da un'adesione volontaria al sistema, impedisce di espanderne l'ambito di applicabilità a molti influencer che ancora non hanno aderito, direttamente o tramite la propria agenzia di rappresentanza, al Codice di Autodisciplina. Peraltro, come si è detto nel corso dell'analisi della decisione n. 45/2018 del Giurì, si dubita che una pronuncia direttamente rivolta all'influencer, oltre che al brand, possa effettivamente determinare grandi differenze, soprattutto alla luce dell'impossibilità per il Comitato di Controllo e per il Giurì di imporre sanzioni pecuniarie. Infatti, se la mancanza di tale potere è giustificata dalla natura privata del sistema autodisciplinare e dalla volontà di incentivare l'adesione del maggior numero di operatori possibile, è innegabile che finisca per limitarne l'incisività.

Quanto all'ambito statale, da un lato, non si registrano decisioni assunte dall'autorità giudiziaria ordinaria – si suppone per le ragioni esposte nel Capitolo I, quali l'allungamento dei tempi processuali, l'aumento dei costi legali e l'incombenza dell'onere della prova in capo all'attore; dall'altro, l'AGCM opera in un contesto normativo che non le permette di sanzionare facilmente i trasgressori delle norme in materia di trasparenza. Invero, gli unici strumenti di cui dispone sono (i) l'invio di lettere di moral suasion, uno strumento di sensibilizzazione naturalmente privo un forte valore deterrente, (ii) e l'avvio di procedimenti nei confronti di inserzionisti e influencer responsabili della diffusione di contenuti promozionali privi delle adeguate disclosure. Tuttavia, fintanto che i professionisti nei cui confronti vengono avviati i procedimenti istruttori presentano impegni idonei a sanare i profili di illegittimità delle pratiche contestate, l'Autorità non potrà fare altro se non accettarli e vigilare sul loro rispetto.

D'altro canto, non si può nemmeno dire che quello dell'AGCM sia un approccio isolato. Si è infatti visto che anche la FTC, pur avendo a disposizione maggiori strumenti per contrastare le pratiche commerciali ingannevoli (le

Endorsement Guides *in primis*), ha concentrato i propri sforzi contro pochi inserzionisti di alto profilo, criticando la loro condotta ma senza imporre sanzioni pecuniarie. Nel quadro di tale orientamento didascalico, l'autorità statunitense ha invece stipulato numerosi consent agreement per obbligare i brand a modificare la propria strategia di comunicazione, dandone poi ampia diffusione al fine di dissuadere altri dal porre in essere le medesime condotte.

Sono certamente apprezzabili le iniziative recentemente promosse dall'AGCM per sensibilizzare il pubblico sul tema della trasparenza pubblicitaria. Degna di nota è in particolare la campagna "Convien sapere", lanciata lo scorso novembre 2020 e curata insieme al Ministero dello Sviluppo Economico, che ha portato alla creazione di un apposito sito per la segnalazione di pratiche commerciali ingannevoli (www.convienesaperlo.it) e alla diffusione di spot informativi sui canali social dell'Autorità e sul profilo Instagram @convienesaperlo appositamente creato. Inoltre, sono stati programmati anche roadshow e incontri formativi per giovani consumatori e piccole e medie imprese.

Alla luce del contesto attuale, ci si domanda, però, se non sia opportuno applicare misure più incisive per contrastare il fenomeno della pubblicità occulta sui social network. In particolare, l'imposizione di sanzioni pecuniarie nei confronti dei professionisti che agiscono in violazione delle disposizioni rilevanti determinerebbe certamente un forte effetto deterrente, non solo verso i soggetti destinatari del provvedimento, ma verso gli operatori del settore pubblicitario in generale. Tuttavia, al momento, tale strada è percorribile dall'AGCM solo laddove non ritenga adeguati gli impegni assunti dalle parti, o nel momento in cui queste ultime non dovessero rispettare quelli approvati e resi obbligatori con provvedimento dall'Autorità.

Un'alternativa che, per il momento, sembra essere ancora inesplorata potrebbe essere quella di prevedere sanzioni di altra natura, quali la sospensione degli account social di influencer e brand i cui post non rispettano le regole in materia di trasparenza o la rimozione di questi ultimi dalla piattaforma sulla quale vengono diffusi. Tuttavia, sarebbe opportuno capire quale entità sarebbe competente a imporre una misura di questo tipo: escludendo a priori gli organi dello IAP, pare azzardato pensare che possa provvedervi l'AGCM, non essendo tale

potere specificamente conferitole da alcuna disposizione. Resta però la possibilità che siano le piattaforme stesse a provvedervi. Invero, non sarebbe il primo ambito in cui i social network esercitano controlli e procedono al takedown dei contenuti non in linea con i propri standard. Ad esempio, le Linee guida della community di Instagram proibiscono, tra le varie condotte, la pubblicazione di contenuti recanti immagini di nudità, messaggi di odio o opere dell'ingegno altrui, offrendo un servizio di segnalazione grazie al quale i suddetti contenuti possono essere forzosamente rimossi. Pertanto, non sembra poi così irrealizzabile la predisposizione di un meccanismo di segnalazione dei contenuti brandizzati privi delle adeguate disclosure e del conseguente takedown degli stessi. E ciò a maggior ragione alla luce della recente adozione della “Normativa sui contenuti brandizzati” da parte di Facebook e Instagram, che hanno introdotto un apposito “tool” per segnalare la natura promozionale dei post di sponsorizzazione, sopra i quali ora appare la dicitura “Partnership pubblicizzata con” seguita dal nome del brand. Peraltro, ci si chiede se l'utilizzo di questo nuovo tool sarà idoneo a sollevare gli influencer dal dover utilizzare le diciture e gli hashtag nelle didascalie e nei testi in sovrainpressione dei contenuti pubblicitari che pubblicano sui propri profili. In mancanza di pronunce in merito, né tantomeno di adeguamenti normativi, non è ancora possibile dare risposta a questa domanda.

Per ora, dunque, il fenomeno continuerà ad essere regolato dall'AGCM e dallo IAP nelle modalità – e con le limitazioni – discusse nel corso del presente elaborato. Sarà però interessante monitorare come le novità che coinvolgeranno le predette autorità (l'innalzamento delle sanzioni comminabili susseguente l'imminente attuazione della Direttiva Omnibus dalla prima e l'ampliamento della competenza a pronunciarsi nei confronti di un numero crescente di influencer della seconda) influenzeranno i relativi interventi.

Nel frattempo, e a prescindere dall'attività di regolamentazione e controllo posta in essere in questo campo, ci si augura che gli operatori del mondo dell'online advertising comprendano l'importanza del rendere i propri messaggi pubblicitari riconoscibili come tali dagli utenti. In particolare, pare essenziale che si diffondano e si consolidino le seguenti prassi: (i) l'inserimento di clausole nei contratti di sponsorizzazione tali da imporre all'influencer il rispetto della normativa

pubblicitaria vigente, compresa quella contenuta nel Codice di Autodisciplina; (ii) l'adozione, da parte del brand, di apposite policy aziendali interne; e (iii) la predisposizione, sempre da parte del brand, di meccanismi di controllo preventivo e successivo dei contenuti promozionali, prevedendo l'irrogazione di una penale per il mancato rispetto degli obblighi di disclosure da parte dell'influencer. In questo modo, il rispetto del principio di trasparenza cesserà di essere un vincolo imposto dalla legge o dalle regole autodisciplinari agli operatori pubblicitari, ma diventerà parte integrante dei contratti di sponsorizzazione e la sua violazione sarà idonea a far sorgere una responsabilità di natura contrattuale in capo alla parte inadempiente. In altre parole, si passerebbe da un sistema di controllo esterno ad uno di auto-controllo, ove l'influencer sarà incentivato a rispettare le direttive del brand per ricevere l'intero compenso pattuito e l'inserzionista avrà maggiore interesse a vigilare sulla condotta dell'influencer, rischiando altrimenti di vedersi attribuita una *culpa in vigilando* e di subirne le relative conseguenze.

BIBLIOGRAFIA

- APA E., *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, Jovene, Napoli, 2011.
- ASQUITH K. - FRASER E.M., *A Critical Analysis of Attempts to Regulate Native Advertising and Influencer Marketing*, in *International Journal of Communication*, 2020, vol. 14, p. 5730.
- AUTERI P., *La disciplina della pubblicità*, in AA.VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2020.
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984.
- BERNSTEIN M., *How to Avoid the FTC Not Liking Your Next Campaign*, in *Managing Intellectual Property*, 2016, 262, pp. 49 ss.
- BIN R. - PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015.
- BLADOW L.E., *Worth the click: why greater FTC enforcement is needed to curtail deceptive practices in influencer marketing*, in *William & Mary Law Review*, 2018, vol. 59, n. 3, pp. 1123 ss.
- BROWN R., *Was That an Ad?*, in *Loyola Consumer Law Review*, 2016, vol. 29, n. 1, pp. 225 ss.
- CAFAGGI F. - CUFFARO V. - DI VIA L., *Commentario al Decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1993, pp. 671 ss.
- CERRI A., *La pubblicità commerciale fra libera manifestazione del pensiero, diritto di informazione, disciplina della concorrenza*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1995, pp. 537 ss.
- CIANI J. - TAVELLA M., *La riconoscibilità della natura pubblicitaria della comunicazione alla prova del digital: native advertising tra obbligo di disclosure e difficoltà di controllo*, in *Informatica e diritto*, 2017, vol. 26, n. 1-2, pp. 485 ss.
- CORASANITI G. - VASSELLI L. (a cura di), *Diritto della comunicazione pubblicitaria*, Giappichelli, Torino, 1999.
- DE CRISTOFARO G. (a cura di), *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori*, Giappichelli, Torino, 2007.

- DE CRISTOFARO G. (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Giappichelli, Torino, 2008.
- DE CRISTOFARO G. (a cura di), *Diritto della pubblicità. Tutele e contenzioso*, Giuffrè, Milano, 2020.
- DEVOTO G. - OLI G.C., *Il dizionario della lingua italiana*, Le Monnier, Firenze, 1995.
- ELLISON N.B., *Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship*, in *Journal of Computer-Mediated Communication*, 2007, vol. 13, n. 1, pp. 210 ss.
- ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958.
- FEINMAN L.W., *Celebrity Endorsements in Non-Traditional Advertising: How the FTC Regulations Fail to Keep up with the Kardashians*, in *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, 2011, vol. 22, n. 1, pp. 97 ss.
- FUSI M., *La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1970.
- FUSI M. - TESTA P., *Diritto e pubblicità*, Lupetti, Milano, 2006.
- FUSI M. - TESTA P. - COTTAFANI P., *La pubblicità ingannevole (Commento al d.lg. 25 gennaio 1992 n. 74)*, Giuffrè, Milano, 1993.
- B.A. GARNER (a cura di), *Black's Law Dictionary*, Thomson Reuters, St. Paul, Minnesota, 2014.
- GENOVESE A. (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Cedam, Padova, 2008.
- GHIDINI G., *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Giuffrè, Milano, 1968.
- GUNTHER G.- SULLIVAN K.M., *Constitutional Law*, Thomson Reuters/Foundation Press, New York, New York, 2010.
- HABERMAS J., *Cultura e critica*, Einaudi, Torino, 1980.
- JUSTUS M.J., *The Laws of Influence*, in *Communications Lawyer*, 2016, vol. 32, n. 3, pp. 25 ss.

- KHUONG A., *Complying with the Federal Trade Commission's Disclosure Requirements: What Companies Need to Know When Using Social-Media Platforms as Marketing and Advertising Spaces*, in *Hastings Business Law Journal*, 2016, vol. 13, n. 1, pp. 129 ss.
- LEONE A., *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, in *Il diritto industriale*, 2008, pp. 255 ss.
- MACINTYRE A.E. - VOLHARD J.J., *The Federal Trade Commission*, in *Boston College Law Review*, 1970, vol. 11, n. 4, pp. 723 ss.
- MELI V., *La repressione della pubblicità ingannevole (Commento al d.lg. 25 gennaio 1992 n. 74)*, Giappichelli, Torino, 1994.
- MUDGE A.R., *Native Advertising, Influencers, and Endorsements: Where Is the Line between Integrated Content and Deceptively Formatted Advertising*, in *Antitrust*, 2017, vol. 31, n. 3, pp. 80 ss.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte speciale (vol. 2), Cedam, Padova, 1992.
- PAPPALARDO C., *Influencer e Autodisciplina Pubblicitaria – prime applicazioni della Digital Chart*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 2018, pp. 388 ss.
- F. PREZIOSO, *Diritto di cronaca e pretesa pubblicità indiretta dei prodotti da fumo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, pp. 2872 ss.
- PRINCIPATO L., *Il fondamento costituzionale della libertà di comunicazione pubblicitaria*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, pp. 521 ss.
- PRINCIPATO L., *La pubblicità redazionale fra libertà di cronaca e libertà di comunicazione pubblicitaria*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2003, pp. 855 ss.
- PRINCIPATO L., *La pubblicità commerciale. Fondamento costituzionale e limiti*, Napoli 2008.
- REDISH M.H., *The First Amendment in the Marketplace: Commercial Speech and the Values of Free Expression*, in *George Washington Law Review*, 1971, vol. 39, n. 3, pp. 429 ss.
- RIEFA C.- CLAUSEN L., *Towards fairness in digital influencers' marketing practices*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2019, vol. 8, n. 2, pp. 64 ss.

- ROTUNDA R.D., *The Commercial Speech Doctrine in the Supreme Court*, in *University of Illinois Law Forum*, 1976, vol. 1967, n. 4, pp. 1080 ss.
- RUFFOLO U., *Manifestazione del pensiero e pubblicità redazionale: il percorso tortuoso di una libertà scomoda*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 1998, pp. 132 ss.
- SANZO S., *Qual è l'estensione del divieto di propaganda pubblicitaria dei prodotti da fumo nel nostro ordinamento?*, in *Giurisprudenza italiana*, 1990, pp. 1576 ss.
- SPADA P., *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette nella prospettiva rimediale*, in *Il Diritto Industriale*, 2011, pp. 45 ss.
- TRZASKOWSKI J., *Identifying the Commercial Nature of 'Influencer Marketing' on the Internet*, in *Scandinavian Studies in Law*, 2018, vol. 65, pp. 81 ss.
- UBERTAZZI L.C. (a cura di), *La proprietà intellettuale*, in AJANI G.- BENACCHIO G.A. (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2011.
- UBERTAZZI L.C., *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2019.
- VANZETTI A., *La repressione della pubblicità menzognera*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1964, pp. 585 ss.
- WINERMAN M., *The origins of the FTC: concentration, cooperation, control, and competition*, in *Antitrust Law Journal*, 2003, vol. 71, n. 1, pp. 1 ss.