



DIPARTIMENTO DI IMPRESA E MANAGEMENT

FACOLTA DI ECONOMIA E MANAGEMENT

CATTEDRA DI DIRITTO COMMERCIALE

IL CELEBRITY MARKETING E IL CONTRATTO DI ENDORSEMENT

RELATORE:

Prof. Vincenzo Donativi

CANDIDATO:

Bongiorno Eleonora

218241

ANNO ACCADEMICO 2019-2020

INDICE

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

CAPITOLO I: LA CONCORRENZA SLEALE NELL'AMBITO DEL DIRITTO DELLA COMUNICAZIONE COMMERCIALE

1. IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO	9
1.1. La disciplina civilistica della concorrenza sleale	13
1.2. Il Codice del Consumo	17
1.3. Le pratiche commerciali scorrette: La pubblicità ingannevole, comparativa, aggressiva, occulta	19
1.4. Illecito civile e concorrenziale a confronto	23
2. I CONTRATTI PUBBLICITARI	27
3. IL SISTEMA DI TUTELE	34
3.1. Le Autorità garanti	36
3.2. Lo IAP e i suoi organi	41
3.3. Il Giurì di Autodisciplina	43
3.4. I Rimedi: Dalle lettere di <i>moral suasion</i> alla tutela risarcitoria	45
4. ANALISI COMPARATISTICA SUI SISTEMI ANTICONCORRENZIALI	49

CAPITOLO II: IL FENOMENO DELL'INFLUENCER MARKETING

1. IL <i>CELEBRITY MARKETING</i>	59
2. IL CONTRATTO DI <i>ENDORSEMENT</i> : NATURA E FINALITÀ' DELL'ACCORDO	63
3. GLI <i>INFLUENCER</i> NEL MIRINO DELLE AUTORITÀ' GARANTI: CASI A CONFRONTO.....	66
3.1. Le comunicazioni commerciali occulte nell'ambito dell' <i>influencer marketing</i>	69
3.2. Lo IAP e la <i>Digital Chart</i>	72
3.3. La storica decisione del Giurì nel caso Fedez-Peugeot	83
3.4. Gli effetti dell' <i>endorsement</i> nel recentissimo caso dei Musei Vaticani e degli Uffici	86
4. PRONUNCE DEL GIURÌ' IN TEMA DI PUBBLICITÀ' OCCULTA SU <i>INSTAGRAM</i>	89

CONCLUSIONI	92
BIBLIOGRAFIA	95
GIURISPRUDENZA	97
SITOGRAFIA	98

INTRODUZIONE

Questo lavoro si propone di analizzare la disciplina relativa agli atti di concorrenza sleale, con particolare riferimento al diritto della comunicazione commerciale e all'emergente fenomeno dell'*influencer marketing*.

Nel primo capitolo dell'elaborato si prenderà in considerazione il quadro normativo applicabile agli atti di concorrenza sleale, con particolare riferimento alle origini della disciplina civilistica inerente la fattispecie in esame.

Infatti, l'esigenza di elaborare una compiuta disciplina relativa agli atti di concorrenza sleale nasce in Europa contemporaneamente al sorgere del concetto di libero mercato. Nell'ordinamento italiano, in particolare, è risultato di fondamentale importanza il ruolo rivestito dalla giurisprudenza che ha, seppur parzialmente, colmato le lacune normative esistenti sino alla promulgazione del codice civile del 1942, facendo leva sulla figura dell'illecito civile.

Verrà di seguito effettuata una descrizione della disciplina contenuta nel Codice civile, nonché nel Codice del consumo, in merito alla concorrenza sleale e alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, quali la pubblicità ingannevole, comparativa, aggressiva e occulta.

Di grande rilievo nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole risultano in particolare i decreti legislativi n. 145/2007, che si applica nei rapporti tra imprese concorrenti, e n. 146/2007, che invece si applica nei rapporti tra imprese e consumatori.

Tali decreti rivestono grande importanza in quanto attuativi delle direttive emanate dalle istituzioni dell'Unione Europea, dal momento che hanno contribuito a creare una disciplina uniforme tra gli Stati appartenenti all'Unione medesima.

Più nello specifico si illustrerà la definizione di pratica commerciale scorretta, nelle sue varie articolazioni, anche in relazione al concetto di diligenza del consumatore medio.

L'elaborato prenderà poi in considerazione l'istituto dell'illecito concorrenziale, focalizzandosi sulla relazione che sussiste tra quest'ultimo e l'illecito civile, inquadrata da parte della dottrina come rapporto di *genus a species*.

La fattispecie dell'illecito concorrenziale, in effetti, si distingue da quella dell'illecito civile sotto vari profili, per quanto venga dagli operatori del diritto

ricondata ad una natura extracontrattuale e lo scopo perseguito dal legislatore sia il medesimo, ossia di prevenire e reprimere atti che possano arrecare un danno ingiusto, nell'ottica del *neminem laedere*. Tale obiettivo è tuttavia perseguito con gli adattamenti imposti dalla specificità dell'illecito che si intende reprimere.

Successivamente si procederà alla disamina degli elementi sufficienti e necessari all'integrazione di un illecito concorrenziale.

Verrà in particolare analizzata la questione del diritto al risarcimento del danno che, a differenza di quanto avviene nell'ambito dell'illecito civilistico, non presuppone la presenza del dolo o della colpa, nonché del danno attuale.

Inoltre verrà brevemente trattata la questione inerente il termine prescrizione cui è soggetto il diritto al risarcimento.

Al fine, poi, di focalizzare l'attenzione sul sistema della concorrenza nell'ambito delle comunicazioni commerciali, verranno analizzate le principali fattispecie di contratti pubblicitari, quali quello di sponsorizzazione, di diffusione pubblicitaria, di concessione o di agenzia pubblicitaria, per l'utilizzazione pubblicitaria dell'immagine e del nome, nonché le fattispecie contrattuali più recenti. Invero, si tratta di fattispecie atipiche e molto eterogenee, per cui si porranno in risalto le principali analogie e le notevoli differenze che sussistono tra esse.

Risulta di fondamentale importanza, ai fini dell'accurata analisi che ci si propone di effettuare, l'esame del sistema di organi posti nel nostro ordinamento a tutela della libera concorrenza.

Si fa riferimento all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, istituita con legge n. 287 del 10 ottobre 1990, cui è demandato il compito di vigilare sul rispetto della normativa *Antitrust*, e che dispone di ampi poteri decisionali, istruttori, al fine di garantire l'equilibrio delle condizioni di concorrenza effettiva sul mercato.

Oltre all'Autorità *Antitrust*, si tratterà brevemente delle principali Autorità Garanti operanti nel nostro ordinamento, nonché degli interventi ausiliari di altri organismi, come il Nucleo Speciale *Antitrust* della Guardia di Finanza.

Verrà analizzato il rapporto sussistente tra le suddette Autorità e le Istituzioni dell'Unione Europea, *in primis* la Commissione, con particolare riferimento all'applicazione decentrata del diritto *antitrust* comunitario da parte delle Autorità nazionali.

In ultimo si analizzerà, anche ai fini della trattazione contenuta nel secondo capitolo, il concetto di autodisciplina pubblicitaria, sistema che vive parallelamente rispetto alla regolamentazione pubblicistica.

Seguirà una accurata analisi dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria (IAP) e alle sue articolazioni e organi, tra cui spiccano per le preponderanti funzioni ad essi attribuite, il Comitato di Controllo ed il Giurì di Autodisciplina, che è considerato un organo di giustizia privata.

Si proseguirà con un'analisi comparatistica dei sistemi anticoncorrenziali in vari e differenti paesi. In particolare verranno presi in considerazione l'ordinamento degli Stati Uniti, quello russo, cinese e tedesco, confrontando i rispettivi sistemi di *public* e *private enforcement*.

Nel secondo capitolo l'attenzione verrà focalizzata sul fenomeno del *celebrity marketing*, che nella società contemporanea risulta sempre più diffuso, suscitando nuove questioni giuridiche non sempre di agevole risoluzione, stante l'esiguità delle fonti normative applicabili ai rapporti commerciali emergenti.

A riprova di quanto affermato, si procederà all'analisi del contratto di *endorsement* che, avendo natura di contratto atipico, ha posto numerose problematiche giuridiche, anche in considerazione della eterogeneità delle forme che esso assume nell'ambito del *web marketing*. La grande diffusione dei *social media* ha portato ad una crescita esponenziale di inserzionisti che si servono di forme di *endorsement* per giungere ad un più ampio numero possibile di utenti, potenziali consumatori.

Uno degli aspetti più rilevanti da affrontare è quello relativo all'analisi degli strumenti volti a riconoscere le comunicazioni commerciali occulte nell'ambito dell'*influencer marketing*, al fine di reprimerle e sanzionarle.

Infatti, in aggiunta alla disciplina contenuta nel Codice del consumo, il Codice di Autodisciplina pubblicitaria richiede che le comunicazioni commerciali siano ben riconoscibili come tali dal pubblico dei potenziali consumatori.

Pertanto, è di fondamentale importanza distinguere i contenuti che, pur facendo riferimento a un *brand*, non possono essere considerati come comunicazione commerciale, come ad esempio commenti spontanei, suggerimenti e preferenze personali, dai contenuti promozionali, soggetti al divieto di pubblicità occulta. In tal senso, risulta predominante il ruolo dello IAP, che attraverso i propri organi, in particolare il Comitato di controllo e il Giurì di autodisciplina, può inibire le

condotte anticoncorrenziali nei confronti dei soggetti che hanno liberamente aderito al Codice di autodisciplina, nonché al Regolamento *Digital Chart*.

Verrà poi esaminato il ruolo rivestito dalle Autorità garanti e, in particolar modo, dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato.

L'AGCM ha recentemente palesato l'esigenza di regolamentare il fenomeno dell'*influencer marketing*, in quanto potenzialmente lesivo dei diritti dei consumatori, specie con riguardo alla tematica della pubblicità occulta sui *social media*.

In particolare, verrà illustrato come l'AGCM abbia portato avanti delle azioni di contrasto a forme di pubblicità occulta realizzate da personaggi noti, al fine di sensibilizzare gli operatori del settore ed indurli al rispetto delle disposizioni di legge, in particolare del Codice del consumo.

A tale scopo verranno esaminate le *best practices* che l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato ha elaborato per proteggere i consumatori contro il *marketing* occulto, considerato particolarmente insidioso poiché idoneo a privare i destinatari delle naturali difese che avrebbero in presenza di un dichiarato intento pubblicitario, e garantire la massima trasparenza sull'eventuale contenuto promozionale delle comunicazioni diffuse sui *social media*. Si porrà in evidenza, attraverso dei casi specifici, come molti *brand* abbiano aderito a tale orientamento dell'AGCM, inserendo nei contratti con gli *influencer* delle specifiche clausole e forme di tutela volte ad evitare la diffusione di pubblicità occulta nell'ambito dell'*endorsement*.

Al fine di una completa analisi verranno poi elencate le norme che compongono il Codice di Autodisciplina pubblicitaria, procedendo all'esame di alcune ingiunzioni del Comitato di Controllo, nonché di varie pronunce del Giurì di Autodisciplina pubblicitaria, relative ai singoli articoli analizzati.

Successivamente, si focalizzerà l'attenzione sul Regolamento *Digital Chart*, cui l'art. 7 del Codice IAP fa espressamente rinvio.

Il documento ha come obiettivo quello di svolgere una ricognizione sulle più diffuse forme di comunicazione commerciale nel mondo digitale e quello di fissare criteri per la riconoscibilità della comunicazione commerciale, proprio nel rispetto dell'art. 7 del Codice di Autodisciplina.

Verrà specificato come l'esigenza di dar vita ad una regolamentazione *ad hoc* derivi dal fatto che in tempi molto recenti si è assistito ad una esponenziale crescita degli investimenti nell'*online advertising*, attraverso l'utilizzo di vari tipi di *format*, fruiti dai consumatori potenziali mediante vari *devices*. In effetti, l'interattività propria di tali strumenti comporta la naturale condivisione di opinioni e commenti tra consumatori e aziende, creando una rete in cui profili promozionali convivono con contenuti non promozionali, rendendo difficile distinguere gli uni dagli altri.

Il Regolamento, prendendo in considerazione le nuove forme di comunicazione, si pone come obiettivo quello di indicare delle precise modalità di condotta, al fine primario di proteggere i destinatari della comunicazione medesima.

Al fine di fornire un taglio pratico all'elaborato, verranno analizzati due casi molto recenti che hanno avuto un grande risalto mediatico, e che hanno sollevato numerosi interrogativi in merito ai limiti di liceità dell'*endorsement*.

Il primo caso riguarda una decisione assunta dal Giurì di Autodisciplina nella circostanza della pubblicità occulta realizzata da un noto *rapper* per un *brand* di auto, nell'ambito di un evento da quest'ultimo sponsorizzato. Dopo avere attentamente esaminato il contenuto della pronuncia, verranno poste in evidenza le tematiche più rilevanti affrontate dal Giurì, specie in merito alla questione della responsabilità vicaria dell'inserzionista *sponsor* per fatto del preposto *sponsee*. Secondo il principio espresso dal Giurì in tale occasione, l'inserzionista ha un obbligo di vigilanza che impone di verificare la correttezza dei contenuti diffusi dallo *sponsee* e bloccarne la pubblicazione in via preventiva o immediatamente successiva. Inoltre, altro elemento interessante analizzato dalla pronuncia è quello di valutare se il fattore tempo in cui si protrae un contenuto pubblicitario sia elemento determinante al fine di giudicare lo stesso lesivo, occulto o comunque potenzialmente dannoso per i consumatori, con particolare riguardo alle *stories* su *Instagram*.

Verrà, poi, esaminato il caso dell'*endorsement* effettuato da una nota *influencer* per i Musei Vaticani e gli Uffizi, evidenziando come tale fenomeno non riguardi più soltanto i *brand* ma si stia espandendo in tutti i settori, anche in quello della cultura. Si procederà con la specificazione delle problematiche giuridiche che sorgono in tali particolari casi.

In ultimo, verranno analizzate alcune delle più recenti decisioni del Giurì in materia di *endorsement*, rese nell'ambito della pubblicità occulta su *Instagram* posta in essere dagli *influencer* o comunque da personaggi noti alla platea dei consumatori. Fermo restando quanto esposto, questo elaborato non ha la pretesa di risolversi in una trattazione esaustiva sul tema, ma mira a realizzare un'analisi di alcuni significativi aspetti della materia in esame.

La presente trattazione, inoltre, è accompagnata dal convincimento della estrema rilevanza del ruolo che le Autorità Garanti e lo IAP svolgono nel nostro ordinamento al fine della tutela dei consumatori, in una realtà sempre più digitale.

CAPITOLO I

LA CONCORRENZA SLEALE NELL'AMBITO DEL DIRITTO DELLA COMUNICAZIONE COMMERCIALE

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo di riferimento. – 1.1. La disciplina civilistica della concorrenza sleale. – 1.2. Il codice del consumo. – 1.3. Le pratiche commerciali scorrette: la pubblicità ingannevole, comparativa, aggressiva, occulta. – 1.4. Illecito civile e concorrenziale a confronto. – 2. I contratti pubblicitari. – 3. Il sistema di tutele. – 3.1. Le Autorità garanti. – 3.2. Lo IAP e i suoi organi. – 3.3. Il Giurì di autodisciplina. – 3.4. I rimedi: dalle lettere di *moral suasion* alla tutela risarcitoria. – 4. Analisi comparatistica sui sistemi anticoncorrenziali.

1. Il quadro normativo di riferimento.

La disciplina della concorrenza sleale nel nostro ordinamento trae le sue origini dal liberismo francese, che si colloca tra fine Settecento e inizio Ottocento. La dottrina del libero mercato si fonda sull'assunto per cui la libera concorrenza è indispensabile per la prosperità di una nazione. Ed infatti, secondo tale tesi, il mercato è retto dal meccanismo della domanda e dell'offerta, ed essendo alimentato dalla concorrenza, non necessita dell'intervento dello Stato.

Tuttavia, non va taciuto l'influsso dell'*antitrust* statunitense nella legislazione italiana (la prima legge nord-americana contro i monopoli fu espressione di un profondo malessere che derivava dalle trasformazioni economiche e sociali avvenute in seguito alla guerra civile del 1861-1865)¹. Invero, molti Paesi hanno utilmente fruito dell'evoluzione giudiziale e teorica formatasi sulla base dell'esperienza legislativa americana, e ciò è confermato dal modello di riferimento prescelto in alternativa al parametro della concorrenza perfetta, quello della *workable competition* (concorrenza sostenibile).

In Italia, in particolare, la disciplina della concorrenza sleale comincia ad essere elaborata dalla giurisprudenza a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, stante l'evidente vuoto normativo che necessitava di essere colmato, specie in ragione degli sviluppi dell'economia di mercato. Ed infatti il Codice di commercio del 1882 non conteneva precise disposizioni al riguardo.

Più nello specifico, la giurisprudenza tendeva a configurare gli atti di concorrenza sleale alla stregua di illeciti extracontrattuali, tipizzando alcune condotte, tra cui l'imitazione di prodotti o segni distintivi altrui idonei a creare confusione, l'appropriazione di pregi, la denigrazione. Tuttavia, soltanto agli inizi del Novecento venne introdotta in Italia una legge repressiva degli atti di concorrenza

¹ V. MANGINI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2012, p. 3.

sleale, mediante l'adozione della Convenzione dell'Unione per la tutela della proprietà industriale, stipulata nell'ambito della Convenzione di Parigi del 1883, nella versione modificata a L'Aja nel 1925². In particolare, l'art. 10-bis³ della predetta Convenzione, che è stato inserito con documento addizionale del 14 Dicembre 1900, estendeva a tutti i cittadini degli Stati dell'Unione la tutela dagli atti di concorrenza sleale, che successivamente è diventata uno specifico obbligo per gli Stati contraenti.

Soltanto con l'introduzione del Codice civile del 1942 vi è stata nell'ordinamento italiano una prima regolamentazione legislativa della disciplina della concorrenza sleale, con l'inserimento degli artt. 2598- 2601 c.c., che hanno posto i principi alla base dello svolgimento della competizione tra imprenditori concorrenti⁴.

Alla luce di un inquadramento storico della suddetta disciplina, occorre valutare il fatto che le norme civilistiche sulla concorrenza sono state introdotte durante il periodo corporativo. Secondo il disegno del legislatore dell'epoca, era essenziale inserire norme limitative della concorrenza, intese come limiti sia legali che contrattuali, ma anche disciplinare puntualmente le situazioni di monopolio, laddove previsto dalla legge.

A tali esigenze, compendiate negli artt. 2595-2597 c.c., si aggiungevano quelle inerenti l'inquadramento del fenomeno della concorrenza nel suo aspetto patologico, vale a dire quello degli atti di concorrenza sleale (artt. 2598-2601 c.c.). Tali norme sono strutturate al fine di delineare una, seppur non esaustiva, casistica di atti di concorrenza sleale, nonché i rimedi specifici avverso le menzionate condotte.

La disciplina del Codice civile individua le stesse fattispecie già elaborate nei decenni precedenti dalla giurisprudenza interna, attingendo anche alle normative di ordinamenti stranieri (si tratta, come già osservato, delle classiche figure della denigrazione, dell'imitazione servile, della confusione di prodotti o segni distintivi, dell'appropriazione di pregi altrui).

Va sottolineato come l'emanazione di tale disciplina durante il periodo corporativo si intraveda dalla *ratio* individuata dal legislatore dell'epoca, che è quella di tutelare le imprese, fondamento dell'economia dello Stato corporativo, lasciando inevitabilmente il consumatore sullo sfondo.

² G. GUGLIELMETTI, *Digesto delle discipline privatistiche: sezione commerciale, Vol. III, voce Concorrenza*, Torino, 1988, p. 314.

³ Art. 10- bis: "Concorrenza sleale –

1) I paesi dell'Unione sono tenuti ad assicurare ai cittadini dei paesi della Unione una protezione effettiva contro la concorrenza sleale.

2) Costituisce un atto di concorrenza sleale ogni atto di concorrenza contrario agli usi onesti in materia industriale o commerciale.

3) Dovranno particolarmente essere vietati:

1. tutti i fatti di natura tale da ingenerare confusione, qualunque ne sia il mezzo, con lo stabilimento, i prodotti o l'attività industriale o commerciale di un concorrente;

2. le asserzioni false, nell'esercizio del commercio, tali da discreditarlo lo stabilimento, i prodotti o l'attività industriale o commerciale di un concorrente;

3. le indicazioni o asserzioni il cui uso, nell'esercizio del commercio, possa trarre in errore il pubblico sulla natura, il modo di fabbricazione, le caratteristiche, l'attitudine all'uso o la quantità delle merci".

⁴ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 1. Diritto dell'impresa*, Torino, 2012, p. 243.

Con l'entrata in vigore della Carta Costituzionale, il 1° gennaio 1948, si assiste a una evoluzione del concetto di concorrenza sleale.

Le norme codicistiche, rilette alla luce degli artt. 41⁵ e 43⁶ della Costituzione, nell'ottica di una interpretazione evolutiva, disegnano una economia in cui l'iniziativa privata ha un ruolo apicale, pur prevedendo dei limiti attivi (art. 41, comma 3°, Cost.) e passivi (art. 41, comma 2°, Cost.).

La dottrina, dopo la promulgazione della Costituzione, ha variamente interpretato le norme inserite nella cosiddetta "Costituzione Economica" (contenuta nella Parte I, "Diritti e doveri dei cittadini", Titolo III, "Rapporti economici")⁷.

Secondo alcune posizioni dottrinali l'Assemblea costituente ha inteso assegnare un ruolo centrale all'iniziativa privata, ponendo tuttavia dei limiti e mantenendo regimi monopolistici e oligopolistici proprio al fine di non affermare un generale principio della libertà di concorrenza, lasciando ampio spazio all'intervento statale.

Secondo altri orientamenti il concetto di utilità sociale va posto in evidenza, dal momento che la Costituzione avrebbe incluso il consumatore, destinatario dell'attività di mercato, nell'ambito della tutela civilistica, nell'ottica secondo cui la libera iniziativa economica rappresenta un interesse della collettività. Per tale ragione la concorrenza deve necessariamente svolgersi in un mercato regolato (dalla legge e dagli organi a ciò preposti).

Secondo alcuni interpreti l'art. 41 Cost. lascia cogliere più di tutte le altre disposizioni "l'ambiguità di un compromesso tra l'ideologia capitalista e quella socialista"⁸.

Tale dibattito sarebbe ormai peraltro superato, in considerazione della interpretazione dell'art. 41, comma 2°, Cost. come riserva di legge implicita, per cui spetta al legislatore individuare, di volta in volta, il punto di equilibrio tra la libertà di iniziativa economica e gli altri interessi in gioco, ma soprattutto in ragione dell'espansione della Comunità europea. La scelta comunitaria cui, in ossequio alle norme dei Trattati, gioco forza il nostro ordinamento si è adeguato, è stata quella di una regolazione esterna del mercato, vietando quegli elementi che potessero falsare il gioco della concorrenza.

È così possibile affermare, secondo la dottrina, che le norme costituzionali menzionate sono destinate ad un'applicazione marginale, soprattutto in seguito alla istituzione, con l. 287/90, dell'Autorità *antitrust*, autorità amministrativa indipendente, garante della concorrenza e del mercato⁹.

⁵ "L'iniziativa economica privata è libera.

Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali".

⁶ "A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale".

⁷ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2009, p. 541.

⁸ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 538.

⁹ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 541.

Quanto alla impronta comunitaria nella legislazione *antitrust* italiana, l'art. 1, comma 4°, della predetta l. 287/90 richiama l'obbligo di includere fra i principi interpretativi propri della legge italiana quelli formulati in sede comunitaria in materia di disciplina della concorrenza. Pertanto, la normativa interna si incardina automaticamente nel sistema di norme preordinate a realizzare l'integrazione europea. "L'automatica ricezione dei canoni interpretativi della giurisprudenza comunitaria in materia costituisce un momento significativo del processo di inserimento del diritto comunitario nel sistema delle fonti dell'ordinamento italiano, un suggello definitivo del conclamato principio che pone il primo al di sopra del diritto interno degli Stati membri" (principio della supremazia del diritto comunitario)¹⁰.

La normativa dell'Unione Europea in materia di concorrenza sleale è particolarmente significativa, dal momento che obiettivo primario del diritto comunitario è stato quello di istituire un mercato unico europeo, fondato sul principio della libera concorrenza, nel quale ogni operatore economico potesse competere a parità di condizioni sui mercati di tutti gli Stati membri¹¹.

Tale scopo è stato perseguito mediante il divieto di intese e pratiche concordate anticoncorrenziali, che a vario titolo fossero idonee a falsare il gioco della concorrenza, nonché mediante il divieto di abuso di posizione dominante e degli aiuti di Stato (leciti solo a certe condizioni).

La disciplina della concorrenza ha poi subito delle importanti evoluzioni che hanno riguardato il concetto di impresa o di mercato merceologico o geografico rilevante. In questa prospettiva, la finalità della disciplina *antitrust* è quella di assicurare il corretto funzionamento delle dinamiche concorrenziali, evitando che la naturale competizione "degeneri verso forme patologiche, impedendo che le imprese, attraverso la collusione o per il tramite di condotte unilaterali, possano utilizzare il loro potere di mercato per eliminare la concorrenza, così da poter praticare prezzi sopracompetitivi o condizioni commerciali deteriori, a danno dei consumatori"¹².

Le previsioni in materia di concorrenza sono contenute nel Titolo VII della parte terza del TFUE (Trattato sul funzionamento dell'Unione), e precisamente si ricavano dagli artt. 101 (intese restrittive), 102 (abuso di posizione dominante), e 107 (aiuti di Stato).

Tra le fonti più significative è possibile riscontrare il Regolamento n. 1/2003, relativo al sistema di sorveglianza da parte della Commissione europea mediante indagini ed accertamenti nei confronti delle imprese, il Regolamento n. 139/2004 in tema di concentrazioni tra imprese, la Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette, la Direttiva 2006/114/CE sulla pubblicità ingannevole e comparativa.

¹⁰ V. MANGINI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, cit., p. 15.

¹¹ A.M. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione europea*, Milano, 2018, p. 257 ss.

¹² P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2019, p. 15.

Il legislatore nazionale, con particolare riguardo al settore pubblicitario, ha introdotto la disciplina della pubblicità ingannevole (oggi contenuta nel d.lgs. n. 145/2007).

Di fondamentale importanza è risultata l'adozione del Codice del consumo (d.lgs. n. 206/2005), soprattutto in seguito all'inserimento della parte relativa alla protezione del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette, avvenuta in seguito alla emanazione del d.lgs. n. 146/2007, in attuazione della Direttiva 29/2005/CE.

Ai fini di una completa indagine sul quadro normativo di riferimento è necessario evidenziare il ruolo dell'autonomia privata, che in un primo momento ha supplito alla originaria mancanza di norme a tutela dei consumatori. Per esempio, le imprese del settore pubblicitario hanno spontaneamente aderito al Codice di autodisciplina pubblicitaria, assoggettandosi alle decisioni del Giurì, organismo di giustizia privata facente parte dell'Istituto di autodisciplina pubblicitaria (IAP).

1.1. La disciplina civilistica della concorrenza sleale.

La disciplina civilistica della concorrenza sleale è contenuta nel Libro V, Titolo X, Capo I, Sezione II del Codice civile, agli artt. 2598-2601.

Uno dei principi posti alla base della disciplina della concorrenza sleale è quello per cui nello svolgimento della competizione fra imprenditori concorrenti è vietato servirsi di mezzi non conformi ai principi di correttezza professionale¹³. Le condotte e gli atti che in concreto violino tali principi sono configurabili quali atti di concorrenza sleale.

Uno dei primi elementi che viene in considerazione a tal proposito è l'oggetto della tutela della disciplina codicistica: l'imprenditore in regime di concorrenza con altri imprenditori.

L'interesse protetto dalle norme in questione, come già osservato nel precedente paragrafo, è stato dapprima rinvenuto nella protezione dell'impresa, nell'ottica propria del regime corporativo. Le norme codicistiche sono poi state oggetto, in seguito all'avvento della Costituzione, di una interpretazione evolutiva, per cui è possibile affermare che l'interesse tutelato dalla disciplina della concorrenza sleale non è esauribile nell'interesse degli imprenditori a non vedere alterate le proprie *chances* di guadagno per effetto di condotte sleali dei concorrenti.

Bene tutelato è anche l'interesse generale alla protezione dei consumatori, affinché non vengano tratti in inganno, in quanto i loro interessi diffusi non possono essere ritenuti estranei al gioco della concorrenza.

Tuttavia, va precisato che gli interessi diffusi dei consumatori sono protetti dalla disciplina codicistica soltanto in via mediata e riflessa, non potendo essere elevati

¹³ La nozione di correttezza professionale richiama la clausola di cui all'art. 10-bis della Convenzione dell'Unione che fa riferimento agli usi onesti in materia industriale e commerciale.

ad interessi direttamente tutelati. Le norme in questione prendono sempre a riferimento l'impresa e i rapporti "*business to business*". Del resto, affinché un atto possa essere considerato anticoncorrenziale, occorre soltanto che sia potenzialmente idoneo a danneggiare gli imprenditori concorrenti, anche se non arrechi materialmente alcun pregiudizio ai destinatari finali della produzione.

La prima caratteristica idonea a distinguere un atto di concorrenza sleale è quella di costituire un atto di concorrenza, cioè un atto compiuto nell'interesse di un'attività di impresa. Da un punto di vista oggettivo, tale atto deve essere diretto a potenziare la propria attività o ad attrarre clientela, anche distogliendo l'afflusso di clienti ad altro esercente d'impresa¹⁴.

Per la suddetta soluzione milita una esigenza di parità di trattamento, in quanto "non si saprebbe davvero ravvisare la giustificazione di una tutela privilegiata dell'imprenditore nei confronti di tutti i consociati, mentre una tutela speciale dell'imprenditore nei confronti degli altri imprenditori perde il carattere di privilegio, data la stessa reciprocità della tutela"¹⁵.

La tesi per cui destinatari delle norme in argomento sarebbero gli imprenditori è confermata dal fatto che soltanto questi ultimi, e le associazioni di categoria nell'ipotesi di violazione di interessi diffusi, siano legittimati ad agire avverso tali condotte sleali¹⁶.

L'applicazione della disciplina della concorrenza sleale delineata dal Codice civile, oltre alla qualità di imprenditore del soggetto che pone in essere l'atto di concorrenza vietato, nonché del soggetto che subisce le menzionate condotte, è l'esistenza di un rapporto concorrenziale tra i medesimi¹⁷. Tale rapporto deve essere prossimo o effettivo, nel senso che soggetto attivo e passivo della condotta anticoncorrenziale devono offrire nello stesso ambito di mercato dei beni e servizi che siano destinati a soddisfare identici, simili o complementari bisogni del consumatore.

È ormai opinione pacifica che si debba prendere in considerazione anche la prevedibile espansione territoriale, nonché il probabile sviluppo merceologico in prodotti complementari o affini, dell'attività dell'imprenditore soggetto passivo della condotta anticoncorrenziale, nell'ottica di una competizione anche solo potenziale (ad esempio vi è un rapporto di concorrenza tra un produttore di acque minerali e un produttore di bibite, tra un giornale a diffusione nazionale e uno a diffusione locale)¹⁸.

Per quanto concerne, nello specifico, la disciplina delineata dall'art. 2598 c.c.¹⁹, si può osservare che il legislatore ha inteso strutturare la norma categorizzando alcune

¹⁴ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, p. 222.

¹⁵ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 197.

¹⁶ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale I. Diritto dell'impresa*, cit., p. 245.

¹⁷ A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2012, p. 11 ss.

¹⁸ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale I. Diritto dell'impresa*, cit., p. 248.

¹⁹ "Ferma le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi e dei diritti di brevetto compie atti di concorrenza sleale chiunque:

tipologie di atti anticoncorrenziali, per poi introdurre una formula di chiusura volta a ricomprendere tutte quelle condotte o quei fatti concretamente non riconducibili alle casistiche enunciate.

Più nello specifico, dalla lettura dell'art. 2598 c.c. si colgono tre distinte fattispecie. La prima fa riferimento alla confusione e all'imitazione servile, in quanto l'atto è idoneo a ingenerare confusione tra i prodotti e l'attività del concorrente, anche soltanto potenzialmente.

Chiaramente tale disciplina è volta a tutelare i segni distintivi legittimamente utilizzati dall'imprenditore, e ciò si evince dalla clausola di apertura "*ferme le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi e dei diritti di brevetto...*". L'obiettivo è quello di assicurare la veridicità dell'identificazione della fonte produttiva dei beni e dei servizi sul mercato. In tal senso, attribuendo all'imprenditore lo specifico diritto di valersi del suo segno distintivo e, quindi, rendendolo riconoscibile sul mercato, da un lato lo si rende direttamente responsabile delle sue condotte, dall'altro lo si tutela, garantendo che altri imprenditori non traggano profitto dal suo credito.

Affinché si possa ritenere integrata la fattispecie in esame occorre tuttavia che il segno oggetto di imitazione sia dotato di capacità distintiva, e quindi idoneo a differenziare l'attività e i prodotti dell'impresa, che sia nuovo e lecito²⁰.

Nel caso dell'imitazione servile, il concorrente compie un atto di concorrenza sleale nella misura in cui imita pedissequamente quegli aspetti del prodotto idonei a trarre in inganno il consumatore di media diligenza circa la provenienza del medesimo.

In tal senso si è espressa la giurisprudenza in maniera costante, chiarendo che la forma di un prodotto può considerarsi segno distintivo al punto che imitarla può integrare un'ipotesi di concorrenza sleale. In un noto caso deciso dalla Sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale di Milano, la forma di una scarpa è stata considerata talmente originale e caratterizzante da essere un elemento distintivo del prodotto e dell'azienda produttrice e, pertanto, la sua imitazione è stata considerata un'ipotesi di concorrenza sleale disciplinata ai sensi dell'art. 2598 c.c., idonea a creare confusione sul mercato circa la reale provenienza del prodotto. In particolare, secondo il giudicante, "quanto al presupposto della capacità individualizzante e distintiva del prodotto, giova ricordare che la tutela di cui all'art. 2598, comma 1, c.c. attiene non alla forma del prodotto in sé, bensì a quegli elementi accidentali o capricciosi che consentono di assurgere ad elemento distintivo di un prodotto...". Inoltre, quanto al presupposto della idoneità della calzatura proposta sul sito internet aziendale della resistente a produrre un effetto confusorio, ovvero ad indurre in inganno il consumatore sulla provenienza del

1) usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente;

2) diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinarne il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente;

3) si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda".

²⁰ A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., p. 35 ss.

prodotto, è stato osservato che la calzatura riproduceva in modo sostanzialmente identico l'elemento individualizzante del prodotto della azienda attrice, "tanto da suscitare, ictu oculi, la medesima impressione generale nel consumatore"²¹.

La norma in commento fa poi riferimento ad altri atti idonei a creare confusione compiuti dall'imprenditore "con qualsiasi altro mezzo". La confusione, infatti, può essere generata anche relativamente all'imitazione di mezzi pubblicitari o dell'aspetto esterno degli stabilimenti.

L'art. 2598 c.c. individua, poi, una seconda vasta categoria di atti di concorrenza sleale, che ricomprende gli atti di denigrazione, volti a danneggiare la reputazione commerciale del concorrente, e l'appropriazione di pregi dei prodotti o dell'impresa altrui, per incrementare il proprio prestigio (definiti atti di vanteria). In quest'ultima categoria rientrano la falsa indicazione di provenienza o l'usurpazione di titoli, premi o riconoscimenti ottenuti dai concorrenti.

In entrambi i casi previsti dal n. 2 dell'art. 2598 c.c., la finalità è quella di falsare gli elementi di valutazione comparativa del pubblico, soprattutto mediante la pubblicità. La casistica ricomprende la pubblicità iperbolica o superlativa²², le diffide prive di fondamento, la pubblicità parassitaria (o per sottrazione) e quella per riferimento (o per agganciamento)²³, la pubblicità comparativa. Con particolare riferimento a quest'ultima, si ritiene che sia lecita soltanto ove non sia ingannevole, nel senso che la comparazione deve essere volta a confrontare caratteristiche essenziali di beni o servizi omogenei, verificabili in modo oggettivo, senza ingenerare confusione né discredito del concorrente²⁴.

La norma si chiude con la terza fattispecie, definita "clausola generale di repressione degli atti illeciti concorrenziali non espressamente tipizzati dal legislatore"²⁵, dalla generica formulazione. Vi rientrano tutte quelle fattispecie non conformi ai principi di correttezza professionale ed idonee a danneggiare l'altrui azienda.

Per quanto riguarda il criterio di coordinamento tra le fattispecie di cui ai nn. 1 e 2 e la clausola generale di cui al n. 3, la *ratio* della previsione del legislatore di atti tipici di concorrenza sleale risponde all'esigenza di restringere i margini di

²¹ Trib. Milano, 30 dicembre 2016, ord. n. 51429, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

²² Tale forma di pubblicità mira a far credere che il proprio prodotto sia il solo a possedere certe qualità che vengono negate ai prodotti dei concorrenti. Sarebbe invece lecito il cosiddetto *puffing*, che consiste nell'affermazione generica di superiorità dei propri prodotti, anche se spesso la linea di demarcazione delle due fattispecie è difficile da tracciare.

²³ La prima consiste nella mendace appropriazione di caratteristiche che appartengono ad altri imprenditori dello stesso ambito merceologico e geografico del mercato, la seconda tende a ingenerare l'idea per cui i propri prodotti siano simili a quelli del concorrente per avvantaggiarsi del pregio commerciale altrui, usando espressioni come "tipo, modello, sistema".

²⁴ La pubblicità comparativa è consentita dall'art. 15 del Codice di autodisciplina pubblicitaria, che recita "è consentita la comparazione quando sia utile ad illustrare, sotto l'aspetto tecnico o economico, caratteristiche e vantaggi dei beni e servizi oggetto della comunicazione commerciale, ponendo a confronto obiettivamente caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili tecnicamente e rappresentative di beni e servizi concorrenti, che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi.

La comparazione deve essere leale e non ingannevole, non deve ingenerare rischi di confusione, né causare discredito o denigrazione. Non deve trarre indebitamente vantaggio dalla notorietà altrui".

²⁵ F.SCIRÈ, *La concorrenza sleale nella giurisprudenza*, Milano, 1975.

incertezza e discrezionalità che deriverebbero dall'esclusiva applicazione della clausola generale di chiusura.

Quindi, mentre per le fattispecie tipizzate non sarebbe necessario provare che l'atto sia non conforme a correttezza professionale e idoneo a danneggiare il concorrente, nelle situazioni che non vi rientrano sarebbe necessario dimostrare la sussistenza dei due requisiti, che dovranno poi essere valutati dal giudice²⁶. In tal senso al giudicante è assegnato il compito di rendersi interprete della coscienza sociale del momento, verificando se un comportamento, diverso da quelli tipizzati dal legislatore, sia conforme ai canoni di correttezza professionale generalmente accettati e seguiti dal mondo degli affari e se sia idoneo a cagionare un danno all'altrui azienda.

La giurisprudenza ha variamente ricondotto alla categoria residuale di cui al n. 3 dell'art. 2598 c.c. molteplici forme di concorrenza sleale, quali la concorrenza parassitaria²⁷, il boicottaggio economico, il *dumping* (le sistematiche vendite sottocosto), il mendacio concorrenziale, lo storno di dipendenti e la sottrazione di segreti aziendali, la concorrenza dell'ex dipendente, le manovre sui prezzi, la violazione di norme di diritto pubblico.

Con riferimento alle altre norme che occupano la Sezione seconda "della concorrenza sleale", l'art. 2599 c.c., rubricato "sanzioni", stabilisce che la sentenza che accerta gli atti di concorrenza sleale ne inibisce la prosecuzione, dettando quei provvedimenti volti a eliminarne gli effetti. Si tratta del rimedio inibitorio, volto ad evitare il perdurare del comportamento lesivo. Inoltre l'art. 2600 c.c. prevede, in aggiunta, che laddove tali atti siano sorretti dal dolo o dalla colpa l'autore è altresì tenuto a risarcire i danni causati.

In ultimo, l'art. 2601 c.c. dispone che le associazioni professionali e gli enti rappresentativi di categoria possano promuovere le dovute azioni per la repressione della concorrenza sleale, nella misura in cui gli atti anticoncorrenziali ledano interessi diffusi.

1.2. Il Codice del consumo.

Le norme del Codice civile, come osservato in precedenza, tutelano il consumatore soltanto mediatamente, in quanto oggetto di protezione è l'impresa.

Per tale ragione il legislatore ha delineato una specifica disciplina contro la pubblicità ingannevole e la pubblicità comparativa illecita (dapprima in attuazione della direttiva 84/450/CE con il d.lgs. n. 74/1992, in seguito con d.lgs. n. 145/2007), nonché una generale disciplina normativa per la repressione di tutte le pratiche commerciali scorrette nei rapporti *business to consumer*.

²⁶ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale I. Diritto dell'impresa*, cit., p. 249.

²⁷ Cass., 12 ottobre 2018, in *Dir. Ind.*, 2019, p. 327, secondo cui la concorrenza parassitaria, constando di atti contrari alla correttezza professionale, rientra tra le fattispecie di cui all'art. 2598 c.c., comma 1°, n. 3.

In effetti l'approvazione del Codice del consumo va considerata una svolta importante nella tutela dei consumatori italiani, soprattutto per la rilevanza che esso assume in termini di politica del diritto.

Infatti, la disciplina dei rapporti di consumo era rimessa alla legislazione di settore che recepiva, a volte in modo disomogeneo, le direttive comunitarie.

La nozione di consumatore che emergeva in ambito comunitario si fondava proprio sulla debolezza di quest'ultimo nei confronti del professionista, in ragione del *gap* informativo tra i due soggetti, di fronte all'eccesso di comunicazione, a forme di contrattazione predisposte dal professionista e di difficile comprensione, alla sussistenza di forme di vendita aggressive.

Il consumatore veniva finalmente elevato a soggetto titolare di situazioni giuridiche tutelate, e di questo il nostro ordinamento doveva tener conto.

Il Codice del consumo è stato emanato con il d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, relativo al riassetto delle norme vigenti in materia di tutela dei consumatori, e comprende la maggior parte delle disposizioni poste in essere fino a quel momento nell'ambito dell'Unione Europea per la protezione del consumatore.

Mediante i suddetti interventi normativi, l'interesse del pubblico dei consumatori ad essere protetto in presenza di pratiche commerciali illecite assurge a interesse tutelato in via diretta ed immediata dall'ordinamento.

In relazione alle pratiche commerciali scorrette occorre fare riferimento al Titolo III, e nello specifico agli artt. 18-27 del Codice del consumo, come modificati dal d.lgs. n. 146/2007.

L'art. 18 cod. cons. contiene alcune importanti definizioni.

Per "consumatore" si intende qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale.

Il "professionista" è 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.

Per "prodotto" si intende qualsiasi bene o servizio, ivi compresi i beni immobili, i diritti, le obbligazioni.

Con l'espressione "pratiche commerciali tra professionisti e consumatori" si fa riferimento a 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.

"Falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori" implica l'impiego di una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Inoltre, ai fini della presente analisi, risulta fondamentale la definizione di "mercato del prodotto rilevante", che comprende tutti i prodotti o servizi che sono considerati

intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati²⁸.

La disciplina volta al contrasto delle pratiche commerciali scorrette, a differenza delle disposizioni contenute nel Codice civile, offre al consumatore la legittimazione attiva a chiedere l'inibitoria, sia in quanto singoli sia come categoria rappresentata dalle associazioni di consumatori.

1.3 Le pratiche commerciali scorrette: la pubblicità ingannevole, comparativa, aggressiva, occulta.

Il mercato è da intendersi quale luogo in cui avviene uno scambio di beni e servizi regolamentato, in presenza di una pluralità di operatori che rappresentano l'offerta e un insieme di soggetti che rappresentano la domanda. Questi ultimi, affinché la concorrenza non sia falsata, devono effettuare delle scelte consapevoli, nel senso che il consumatore deve essere posto nella condizione di formare la propria volontà liberamente, sulla base di informazioni che necessariamente devono essere corrette e veritiere.

La pubblicità influisce sulla posizione economica dei consumatori, potendo indurli a effettuare scelte pregiudizievoli quando acquistano beni o usufruiscono di servizi. Come in precedenza osservato, nel nostro ordinamento è stato in materia emanato dapprima il d.lgs. n. 74/1992, che recepiva la direttiva 84/450/CE sulla pubblicità ingannevole.

Con l'emanazione della l. n. 287/90 la tutela contro la pubblicità ingannevole viene affidata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Dal 21 settembre del 2007 sono entrati in vigore i decreti legislativi n. 145/2007 e n. 146/2007, che recepiscono le direttive comunitarie 2005/29/CE e 2006/114/CE, introducendo una nuova disciplina per la tutela dei consumatori nei confronti delle pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra imprese e consumatori (d. lgs. 146/2007) e della pubblicità ingannevole nei rapporti tra imprese concorrenti (d.lgs. 145/2007).

La nuova disciplina sulle pratiche commerciali si applica a tutte le condotte che costituiscono pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole e comparativa, realizzate successivamente alla data del 21 settembre 2007.

Il d. lgs. n. 146/2007 sostituisce gli articoli dal 18 al 27 del Codice del consumo (d.lgs 206/2005). Tale disciplina ha carattere uniforme a livello europeo.

Il Codice del consumo definisce la pratica commerciale come "qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un

²⁸ Tale definizione è contenuta nella Comunicazione 97/C 372/03 della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, in Gazzetta ufficiale delle Comunità europee n. C 372 del 09 dicembre 1997, p.5-13, in www.eur-lex.europa.eu.

professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori”.

In tale definizione rientrano le condotte attive o omissive dell'imprenditore poste in essere prima, durante e dopo l'operazione commerciale, dalla promozione del prodotto all'assistenza *post vendita*²⁹.

Una pratica commerciale si definisce scorretta quando non è conforme al grado di diligenza che il consumatore può attendersi dal professionista in base ai canoni di correttezza e buona fede ed è idonea a falsare il comportamento del consumatore medio, inducendolo ad operare una scelta commerciale che non avrebbe normalmente effettuato.

Nel caso di pratiche commerciali che si rivolgono a individui più influenzabili, come anziani o minori, la correttezza del professionista va valutata con riferimento alla normale capacità di discernimento di un soggetto appartenente a quella categoria vulnerabile³⁰.

Il Codice del consumo individua due fattispecie tipiche di pratiche commerciali scorrette³¹. Le pratiche ingannevoli traggono in inganno il consumatore medio su

²⁹ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 1. Diritto dell'impresa*, cit., p. 258.

³⁰ Art. 20 “Divieto delle pratiche commerciali scorrette

1. Le pratiche commerciali scorrette sono vietate.

2. Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori.

3. Le pratiche commerciali che, pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, sono idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo. E' fatta salva la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera.

4. In particolare, sono scorrette le pratiche commerciali:

a) ingannevoli di cui agli articoli 21, 22 e 23 o b) aggressive di cui agli articoli 24, 25 e 26.

5. Gli articoli 23 e 26 riportano l'elenco delle pratiche commerciali, rispettivamente ingannevoli e aggressive, considerate in ogni caso scorrette”.

³¹ Art. 21 “Azioni ingannevoli

1. E' considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso:

a) l'esistenza o la natura del prodotto;

b) le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto;

c) la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto;

d) il prezzo o il modo in cui questo è calcolato o l'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo;

e) la necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione;

f) la natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, lo status, il riconoscimento, l'affiliazione o i collegamenti e i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale o i premi e i riconoscimenti;

g) i diritti del consumatore, incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi dell'articolo 130 del presente Codice.

elementi essenziali dell'operazione commerciale quali, ad esempio, prezzo, caratteristiche del prodotto, qualifiche del professionista, in quanto contengono informazioni false.

Allo stesso modo sono considerate ingannevoli quelle pratiche commerciali nelle quali il professionista ingenera confusione con prodotti o segni distintivi di un concorrente, o tace consapevolmente informazioni determinanti affinché il consumatore ponga in essere una scelta d'acquisto.

Nella casistica di pratiche commerciali ingannevoli rientrano, ad esempio, l'esibizione di un marchio di qualità senza autorizzazione, l'invito ad acquistare prodotti che il professionista non può consegnare in tempi ragionevoli, descrivere un prodotto come gratuito quando non lo è.

Le pratiche aggressive, invece, sono quelle che vengono poste in essere mediante molestie o coercizione sia fisica che morale nei confronti del consumatore (molestie, coercizione e indebito condizionamento), in modo da indurlo a prendere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe assunto³².

Anche in tal caso è la libertà di scelta a essere limitata, seppur mediante metodi differenti.

Fra tali pratiche rientrano il lasciar intendere al consumatore che potrà vincere un premio che non esiste, le sollecitazioni commerciali reiterate e non richieste, fare intendere al consumatore che non potrà lasciare i locali commerciali se non conclude il contratto, esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto.

2. E' altresì considerata ingannevole una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, induce o è idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso e comporiti:

a) una qualsivoglia attività di 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;

b) il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare, ove si tratti di un impegno fermo e verificabile, e il professionista indichi in una pratica commerciale che è vincolato dal codice.

3. E' considerata scorretta la pratica commerciale che, riguardando prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori, omette di darne notizia in modo da indurre i consumatori a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza.

3-bis. E' considerata scorretta la pratica commerciale di una banca, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obbliga il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca, istituto o intermediario ovvero all'apertura di un conto corrente presso la medesima banca, istituto o intermediario.

4. E' considerata, altresì, scorretta la pratica commerciale che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, può, anche indirettamente, minacciare la loro sicurezza.

4-bis. È considerata, altresì, scorretta la pratica commerciale che richieda un sovrapprezzo dei costi per il completamento di una transazione elettronica con un fornitore di beni o servizi”.

³² Art. 24 “Pratiche commerciali aggressive

1. E' considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”.

Contro tali pratiche è prevista la tutela amministrativa, mediante l'intervento dell'Autorità garante.

Con precipuo riguardo alle comunicazioni commerciali pubblicitarie, l'interesse pubblico alla proibizione delle pratiche scorrette assume massima rilevanza, in considerazione delle particolari insidie che può celare il mezzo pubblicitario e della sua ampia diffusione³³. L'obiettivo principale è quindi quello di attribuire ai consumatori una posizione giuridica soggettiva tutelabile nei confronti degli imprenditori, sui quali incombe l'onere di garantire un'informazione corretta sulle qualità dei prodotti commercializzati.

La legge enuncia l'importante principio per cui la pubblicità deve essere palese, veritiera e corretta, nonché chiaramente riconoscibile come tale³⁴³⁵. Qualsiasi pubblicità che induca in errore i suoi destinatari, anche soltanto potenzialmente, è ingannevole, sia che possa pregiudicare il comportamento economico dei consumatori sia se idonea a ledere un concorrente.

La fattispecie della pubblicità ingannevole, quindi, prende in considerazione l'idoneità ad indurre in errore le persone fisiche o giuridiche, ma anche la potenziale lesione degli interessi del concorrente. Pertanto potrebbe dar luogo ad un illecito concorrenziale, rientrando nella fattispecie dello sviamento di clientela, in quanto il consumatore, tratto in inganno dalle informazioni false, si determina a compiere una scelta commerciale che non avrebbe altrimenti effettuato, falsando il normale operare del meccanismo concorrenziale.

Per quanto riguarda la pubblicità comparativa, la direttiva 97/55/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio chiarisce che "la pubblicità comparativa, che confronti caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative e non sia ingannevole, può essere un mezzo legittimo per informare i consumatori, nel loro interesse"³⁶.

Mediante il recepimento della direttiva nel nostro ordinamento la pubblicità ingannevole viene ad includere quella comparativa, laddove non rispetti determinati requisiti di liceità.

Nell'ambito della pubblicità ingannevole e comparativa illecita l'Autorità garante tutela sia i consumatori che i professionisti nei confronti di pratiche pubblicitarie scorrette.

Inoltre, a partire dagli anni Sessanta è stato istituito un sistema di autodisciplina privata, mediante il quale i più importanti mezzi di diffusione hanno aderito al Codice di autodisciplina, che vieta la pubblicità ingannevole, e il cui rispetto è garantito dall'azione del Giurì di autodisciplina, un organismo di giustizia privata cui i mezzi aderiscono su base volontaria.

³³ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 1. Diritto dell'impresa*, cit., p. 261.

³⁴ D. lgs. 2 agosto 2007, n. 145, artt. 1 e 5.

³⁵ Stesso principio si ricava dal Codice di autodisciplina pubblicitaria, all'art. 1 "Lealtà della comunicazione commerciale La comunicazione commerciale deve essere onesta, veritiera e corretta. Essa deve evitare tutto ciò che possa screditarla".

³⁶ Direttiva 97/55/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, in Gazzetta ufficiale delle Comunità europee n. L 290 del 23 ottobre 1997, in www.eur-lex.europa.eu.

La pubblicità occulta è quel tipo di pubblicità che appare senza essere segnalata come tale, e può essere messa in atto attraverso vari mezzi.

È possibile distinguere la pubblicità occulta visuale o *screen placement*, in cui il marchio di un *brand* viene posizionato in primo piano rendendolo immediatamente riconoscibile al destinatario, al quale rimarrà impresso.

Vi è poi quella verbale o *script placement*, utilizzata all'interno di prodotti audiovisivi, e quella integrata o *plot placement*, dall'impatto più incisivo, in quanto il marchio o il prodotto viene integrato completamente nella trama di un'opera cinematografica, di una produzione televisiva, di un video musicale o altro, legandolo al contesto narrativo o espressivo, in modo tale che siano perfettamente riconoscibili i segni distintivi. Il *product placement* è ammesso nelle forme e con i limiti indicati dalla legge e, se effettuato lecitamente, non può essere considerato una forma di pubblicità ingannevole, ma di pubblicità indiretta.

1.4. Illecito civile e concorrenziale a confronto.

Fino alla promulgazione del Codice civile la giurisprudenza ricorreva all'art. 1151 del Codice del 1865 per reprimere gli illeciti concorrenziali, alla stregua di illeciti civili.

Tuttavia, la fattispecie dell'illecito concorrenziale si distingue da quella dell'illecito civile³⁷ sotto vari profili, in ragione dei diversi presupposti richiesti ai fini della loro integrazione.

Medesima è la funzione, ossia di prevenire e reprimere atti che possano arrecare un danno ingiusto, nell'ottica del *neminem laedere*, ma perseguita con gli adattamenti imposti dalla specificità del tipo di illecito che si vuol reprimere, che determina non trascurabili differenze di disciplina³⁸.

Parte della dottrina e della giurisprudenza ha ritenuto che l'illecito concorrenziale sia qualificabile come *species* del *genus* illecito civile, secondo un rapporto di sussidiarietà³⁹⁴⁰.

Secondo altra parte della dottrina tale qualificazione sarebbe meramente dogmatica, dato che la disciplina della concorrenza sleale gode di autonoma rilevanza in forza dell'attuale Codice civile⁴¹.

³⁷ Art. 2043 c.c. "Risarcimento per fatto illecito

Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".

³⁸ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 1. Diritto dell'impresa*, cit., p. 244.

³⁹ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 1. Diritto dell'impresa*, cit., p. 244 s..

⁴⁰ Cass., 25 settembre 2012, n. 16924, in www.cortedicassazione.it "È del tutto pacifico in dottrina che tra la disciplina della concorrenza sleale e quella dell'illecito civile interceda un rapporto di specie a genere, che consente di colmare le lacune della prima mediante il ricorso alle regole generali proprie della seconda; non senza considerare che tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale non è data una terza ipotesi".

⁴¹ G. GUGLIELMETTI, *La concorrenza e i Consorzi*, Torino, 1970, p. 45; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 184.

In seguito all'introduzione del Codice civile, invero, la dottrina ha colto gli elementi peculiari dell'illecito extracontrattuale, per conferire all'istituto una spiccata autonomia⁴².

L'illecito concorrenziale ha natura extracontrattuale, in quanto sanziona la violazione di comandi giuridici generali e non negoziali.

Esso ha inoltre una forte connotazione soggettiva, in quanto sussiste una relazione concorrenziale tra soggetto attivo e passivo, i quali devono essere imprenditori in concorrenza tra loro. Questo, secondo parte della dottrina, non sarebbe sufficiente a disancorare l'illecito anticoncorrenziale da quello civile⁴³.

Ulteriore caratteristica distintiva dell'illecito anticoncorrenziale è data dal fatto che ha natura di illecito di pericolo⁴⁴, nel senso che è sufficiente un danno potenziale al concorrente⁴⁵.

Contrariamente, tradizionali presupposti dell'illecito civile sono l'antigiuridicità (*iniuria*) e il nesso di causalità tra azione e danno prodotto.

Quanto al bene tutelato, l'art. 2043 c.c. non ha uno specifico oggetto di protezione, in quanto l'obbligo del risarcimento del fatto illecito sorge quando sia leso qualsiasi bene giuridico, ed in tal senso è fonte di obbligazione.

Di contro, le previsioni di cui all'art. 2598 c.c. e ss. tutelano beni determinati, di volta in volta riconducibili all'imprenditore, all'azienda, all'avviamento, alla clientela.

Il dibattito dottrinale riguardo al carattere personale o reale del diritto alla lealtà della concorrenza, in ragione del bene tutelato, secondo parte della dottrina non sarebbe notevole. Infatti, al fine della qualificazione del rapporto tra illecito civile e concorrenziale non rileva se il bene protetto sia l'azienda o un diritto della personalità dell'imprenditore, bensì "l'assolutezza della posizione soggettiva tutelata, che caratterizza la fattispecie dell'illecito civile"⁴⁶.

Gli illeciti concorrenziali sono repressi e sanzionati anche se non sorretti dall'elemento soggettivo, a differenza dell'illecito civile che, per essere tale, deve sostanziarsi in un atto compiuto con dolo o colpa⁴⁷. Infatti, l'art. 2600 c.c. ha disancorato la fattispecie dagli elementi suddetti.

Inoltre, l'illecito civile deve essere idoneo a cagionare un danno patrimoniale attuale, mentre l'illecito concorrenziale è integrato anche se il danno arrecato ai concorrenti sia solo potenziale.

Vi sono delle divergenze di disciplina anche in ordine alla tutela accordata al soggetto passivo, in quanto nel caso dell'illecito concorrenziale ricorrono le sanzioni tipiche della inibitoria e della rimozione, in aggiunta al risarcimento dei danni, che è invece soltanto eventuale (e solo in presenza dell'elemento soggettivo).

⁴² A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., p.11.

⁴³ A. TORRENTE, *La prescrizione dell'azione derivante dalla concorrenza sleale*, Foro it., 1961, p. 1864.

⁴⁴ P.G. JAEGER, *La concorrenza sleale come atto illecito e la prescrizione delle azioni relative*, Riv. Dir. Ind., I, 1961, p. 134.

⁴⁵ P.G. JAEGER, *La concorrenza sleale come atto illecito e la prescrizione delle azioni relative*, cit., p. 135 ss.

⁴⁶ A. TORRENTE, *La prescrizione dell'azione derivante dalla concorrenza sleale*, cit., p. 1866.

⁴⁷ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 203.

Peraltro, mentre prima della promulgazione del Codice civile lo strumento dell'inibitoria rappresentava una costruzione della giurisprudenza, l'art. 2599 c.c. lo prevede espressamente, oltre alla pubblicazione della sentenza ex art. 120 c.p.c., come stabilisce l'art. 2600 c.c..

Altro elemento di distinzione tra le due fattispecie a confronto è la presunzione di colpa⁴⁸, per cui nel caso degli illeciti tipizzati all'art. 2598 c.c. (atti confusori, denigratori, appropriazione di pregi altrui) non occorre fornire la prova dell'elemento soggettivo, che è appunto presunto.

Contrariamente ai principi generali in materia di illecito civile, laddove incombe sempre a chi agisce in giudizio l'onere di provare la colpa dell'agente.

L'unico punto di incontro tra le due fattispecie rispetto all'*onus probandi* è dato dagli illeciti concorrenziali non tipizzati dal legislatore, per i quali la prova della potenzialità lesiva e della scorrettezza è richiesta, analogamente all'art. 2043 c.c.. Ad esempio, relativamente alla fattispecie di storno di dipendenti, che consiste nella sottrazione ad un concorrente di dipendenti o collaboratori autonomi, attuata con mezzi scorretti, la giurisprudenza costantemente richiede la prova del deliberato proposito dell'agente di trarne vantaggio⁴⁹.

In particolare rileva la consapevolezza nell'agente della idoneità dell'atto a danneggiare l'altrui attività e l'*animus nocendi*, cioè l'intenzione di conseguire tale risultato⁵⁰.

Altro tema rilevante è quello del risarcimento del danno per equivalente, in quanto la giurisprudenza tende a riconoscerne la configurabilità ogniqualvolta risulti impossibile commisurare gli effetti della condotta anticoncorrenziale ai fini della responsabilità risarcitoria⁵¹.

Va però puntualmente osservato come, secondo alcune pronunce di legittimità, la specificità delle norme repressive dell'illecito concorrenziale non si coglie a livello di determinazione del danno per equivalente, nel senso che "la distorsione del mercato sia ex se produttiva di un pregiudizio risarcibile, ma, semmai, sotto il profilo dell'elettiva tecnica di repressione adoperata, basata principalmente

⁴⁸ Art. 2600 "Risarcimento del danno

Se gli atti di concorrenza sleale sono compiuti con dolo o con colpa, l'autore è tenuto al risarcimento dei danni. In tale ipotesi può essere ordinata la pubblicazione della sentenza.

Accertati gli atti di concorrenza, la colpa si presume."

⁴⁹ Trib. Milano, 25 gennaio 2006, in *Dir. Ind.*, 2006, 357.

⁵⁰ Trib. Milano, 9 aprile 2018, n. 4006, in www.giurisprudenzadelleimprese.it, "A tali condotte sul piano oggettivo, si aggiunge poi l'*animus nocendi*, categoria che richiama quella penalistica del dolo specifico, da intendere quale volontà di recare danno, annientare o distruggere la concorrente".

⁵¹ Trib. Milano, 12 ottobre 2015, n. 11384, in www.giurisprudenzadelleimprese.it, "se il quadro istruttorio complessivo depone nel senso della illiceità concorrenziale della condotta dei tre convenuti, l'istruttoria espletata ha offerto invece pochi strumenti per commisurarne gli effetti ai fini della responsabilità risarcitoria... tuttavia un'organizzazione che subisca una condotta di ex dipendenti, con modalità così intenzionalmente dirette alla sottrazione di clientela si trova di fronte ad una situazione eccezionale, che richiede uno sforzo aggiuntivo, che le impone di utilizzare risorse non per la normale attività di acquisizione della clientela ed esecuzione dell'incarico, ma per rimediare ai danni causati dall'attività di disturbo nelle relazioni contrattuali ormai consolidate e per riacquistare l'accreditamento sul mercato... siffatte emergenze di disagio imprenditoriale, assai superiore a quello di chi debba esclusivamente sostituire due dipendenti che hanno scelto di cambiare datore di lavoro, rappresentano una "voce di danno" non facilmente dimostrabile (e tantomeno quantificabile matematicamente, neppure con l'aiuto di un CTU) per la quale appare giustificato il ricorso alla valutazione equitativa ex art. 1226 c.c.".

sull'inibitoria e sugli altri provvedimenti idonei ad eliminare gli effetti della violazione (art. 2599 c.c.), lì dove, invece, è solo l'illecito civile ad essere strutturato in funzione prettamente risarcitoria. E difatti, colpa e danno, coesenziali al paradigma dell'art. 2043 c.c., sono soltanto eventuali, invece, nelle ipotesi di concorrenza sleale previste dall'art. 2598 c.c., e non a caso sono localizzati in una norma a parte sul risarcimento (l'art. 2600 c.c.), che presuppone, al pari dell'art. 2043 c.c., la colpa o il dolo, un danno effettivo (a differenza di quanto richiesto per la tutela inibitoria, accordabile anche per i danni futuri o potenziali) e il nesso causale tra questo e la condotta del soggetto agente. Va dunque assicurata continuità all'indirizzo che questa Corte ha avuto modo di manifestare in materia, ossia che il danno cagionato dal compimento di atti di concorrenza sleale non è in re ipsa ma, essendo conseguenza diversa ed ulteriore rispetto alla distorsione delle regole della concorrenza, richiede di essere autonomamente provato secondo i principi generali che regolano il risarcimento da fatto illecito. Ne consegue che solo la dimostrazione dell'esistenza del danno consente il ricorso al criterio equitativo ai fini della liquidazione (v. Cass. n. 7306/09; in senso del tutto analogo, cfr. anche Cass. n. 19430/03)⁵².

In ultimo, ai fini della presente analisi, è opportuno considerare il profilo della prescrizione, che indubbiamente ha una portata più concreta che dogmatica.

È pacifico che ai fini del risarcimento del danno da illecito ex art. 2043 c.c. l'azione si prescrive in cinque anni⁵³.

Riconducendo l'illecito concorrenziale nell'alveo dell'illecito civile, si potrebbe concludere per l'applicazione della prescrizione quinquennale, mentre diversa soluzione militerebbe per un termine decennale. Se poi si aderisse alle menzionate tesi, che riconducono il bene tutelato dalle norme sulla concorrenza sleale a un diritto della personalità dell'imprenditore, si dovrebbe addirittura concludere per l'imprescrittibilità dell'azione⁵⁴.

Tuttavia, posto che l'imprenditore è libero di agire o meno contro l'atto anticoncorrenziale, si deve ritenere che il diritto al risarcimento ex art. 2600 c.c. sia disponibile e soggetto ad un termine prescrizionale⁵⁵.

In tal senso, parte della dottrina e della giurisprudenza ritengono applicabile al risarcimento del danno da concorrenza sleale il termine quinquennale, trattandosi comunque di una responsabilità da fatto illecito, mentre per l'inibitoria sarebbe unicamente richiesto l'interesse ad agire, ex art. 100 c.p.c.⁵⁶, e l'attualità del pericolo⁵⁷.

⁵² Cass., 25 settembre 2012, n. 16924, cit.

⁵³ Art. 2947 c.c. "Prescrizione del diritto al risarcimento del danno

Il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato".

⁵⁴ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 165.

⁵⁵ P.G. JAEGER, *La concorrenza sleale come atto illecito e la prescrizione delle azioni relative*, cit., p. 139 ss.

⁵⁶ "Interesse ad agire

Per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse".

⁵⁷ A. TORRENTE, *La prescrizione dell'azione derivante dalla concorrenza sleale*, cit., p. 1865; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 177.

In conclusione, sotto vari aspetti la disciplina dell'illecito concorrenziale offre una tutela più vigorosa e privilegiata, in quanto tende a evitare che le pratiche commerciali scorrette alterino il corretto funzionamento del mercato, che è assunto a interesse della collettività.

Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, nonostante le divergenze tra i due illeciti, il contrasto può essere composto nel senso che ogni fatto illecito che abbia danneggiato il concorrente può essere perseguito ex art. 2043 c.c., qualora la condotta abbia dato luogo a una responsabilità dell'agente ma non vi siano i requisiti tipici dell'atto di concorrenza sleale⁵⁸, verificando la sussistenza degli elementi propri dell'illecito aquiliano. In tal senso le norme sulla concorrenza sleale rappresenterebbero "un'applicazione specifica del dovere generico di non cagionare ad altri un danno ingiusto, riferito al campo della tutela dei prodotti dell'azienda"⁵⁹.

2. I contratti pubblicitari.

Con l'espressione contratti pubblicitari si individua un eterogeneo insieme di figure negoziali ricorrenti nell'ambito pubblicitario, poste in essere da operatori del settore nell'esercizio di attività pubblicitarie o per perseguire finalità promozionali.

Tuttavia, tali contratti non costituiscono una categoria unitaria, dal momento che si tratta di negozi disparati, alcuni con effetti reali ed altri a contenuto obbligatorio, alcuni ad effetto istantaneo ed altri ad esecuzione continuata o periodica, alcuni inquadrabili nello schema di contratti tipici quali appalto, somministrazione, locazione d'opera, mandato, commissione, altri invece atipici o misti⁶⁰.

Tale eterogeneità scaturisce anche dal fatto che le prime strutture pubblicitarie non ebbero origine in Italia ma in altri Paesi, la cui situazione economica più evoluta agevolò lo sviluppo del fenomeno pubblicitario.

Pertanto, gli istituti contrattuali della pubblicità difficilmente hanno avuto origine dalla esperienza negoziale propria del nostro ordinamento, costituendo invece lo sviluppo di pratiche negoziali sorte ed affermatesi in paesi di cultura giuridica diversa.

Ciò che accomuna tali fattispecie negoziali, quindi, non attiene né all'ordinamento di provenienza, né agli elementi costitutivi o alla natura giuridica, ma si rinviene nei soggetti contraenti e nel fatto che sono accomunati dalla medesima causa, essendo finalizzati ad uno scopo promozionale e pubblicitario.

La specificità dei contratti pubblicitari e la divergenza da fattispecie negoziali tipiche rinvenibili nel nostro ordinamento determinano per l'operatore giuridico notevoli difficoltà di ordine interpretativo (ad esempio comprendere la volontà

⁵⁸ F. SCIRÈ, *La concorrenza sleale nella giurisprudenza*, cit., p. 22; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 177; Cass., 4 novembre 2005 n. 21392, in www.cortedicassazione.it.

⁵⁹ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 176 ss..

⁶⁰ M. FUSI, *I contratti di pubblicità*, Milano, 1968, p. 1.

negoziale rispetto a espressioni usate dalle parti, come “prestazioni fuori commissione” o “layout” o “promotion”, che presuppone conoscenze tecniche in materia pubblicitaria) nonché difficoltà nell’individuare la natura giuridica degli stessi, in quanto “la particolarità dell’oggetto ne deforma spesso le caratteristiche”⁶¹.

I contratti pubblicitari assumono un elevato rilievo economico nel nostro ordinamento, in quanto i principali mezzi di diffusione pubblicitaria vi investono miliardi di euro annui⁶².

Ai fini della presente analisi risulta di fondamentale importanza individuare una definizione del termine pubblicità.

In generale, esso indica la comunicazione aziendale diretta ad incrementare la domanda dei beni o servizi che l’impresa offre al mercato.

Quanto ai contenuti, si distingue tra pubblicità di prodotto, che è quella forma di comunicazione avente specificamente ad oggetto i prodotti, e pubblicità istituzionale, volta a favorire l’apprezzamento dell’impresa o dei suoi *brand*.

Con riferimento ai mezzi usati, si considerano indifferentemente pubblicità i messaggi di tipo classico diffusi attraverso i mezzi di comunicazione di massa, quelli veicolati sul punto vendita, per corrispondenza, con distribuzione a domicilio di campioni gratuiti o buoni-sconto, mediante sponsorizzazione, nell’ambito di attività di pubbliche relazioni.

Vi è poi una nozione più tecnica e ristretta, utilizzata dagli operatori del settore, che definisce *advertising* i soli annunci tabellari veicolati contro corrispettivo dai *media* classici (stampa, radio, televisione, cinema, affissioni), in contrapposizione ai termini “p.o.p.” (pubblicità sul punto di vendita), “promozioni”, “pubbliche relazioni”, “sponsorizzazioni” e altri, che si riferiscono alle rimanenti attività, indicate in maniera omnicomprensiva con l’espressione *below the line advertising*. Il legislatore ha, per la prima volta, introdotto nell’ordinamento italiano la nozione legale di pubblicità con il d.lgs. n. 74/92 che, all’art. 2, comma 1°, la definisce come “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”.

Le direttive n. 84/450/CEE e n. 89/552/CEE (in materia di pubblicità televisiva) riportano una simile definizione.

Il legislatore ha inteso creare una nozione di pubblicità molto ampia, ricomprendendovi ogni tipo di comunicazione d’impresa, ed allontanandosi dalla visione restrittiva dei tecnici del settore.

⁶¹ M. FUSI, *I contratti di pubblicità*, cit., p. 2.

⁶² I dati che emergono dall’analisi presentata dall’Osservatorio *Internet Media* della *School of Management* del Politecnico di Milano in occasione del convegno “*Data&Media: handle with care!*”, dimostrano che il mercato pubblicitario complessivo in Italia ha chiuso il 2018 a quota 8,2 miliardi di euro, in crescita del quattro per cento rispetto al 2017, e tornando ai livelli del 2009. L’*internet advertising* rappresenta il trentasei per cento del totale, con tasso di crescita più alto di questo mercato, pari all’undici per cento.

Invece il Codice di autodisciplina pubblicitaria, nel definire cosa debba intendersi per pubblicità, vi annovera “ogni comunicazione, anche istituzionale, diretta a promuovere la vendita di beni o servizi quali che siano i mezzi utilizzati”, mentre la nozione di messaggio fa riferimento a “qualsiasi forma di presentazione al pubblico del prodotto” estesa anche “all’imballaggio, alla confezione e simili”⁶³.

La pubblicità è un atto d’impresa, giacché il riferimento alla promozione della domanda dei beni o servizi prodotti nell’ambito di tale attività, rende evidente che la natura imprenditoriale del soggetto da cui la pubblicità promana è considerato uno degli elementi costitutivi della fattispecie.

Tra le categorie di contratti pubblicitari esistenti nella prassi si possono annoverare contratti di diffusione della pubblicità tabellare, contratti di diffusione della pubblicità *below the line*, contratti di concessione pubblicitaria, contratti di agenzia pubblicitaria, contratti di commissione di opere per la pubblicità, contratti per l’utilizzazione pubblicitaria dell’immagine e del nome, contratti per l’inserimento di spazi pubblicitari su siti internet.

I contratti di diffusione pubblicitaria sono accordi mediante i quali l’impresa che ha in gestione uno o più veicoli di comunicazione al pubblico, titolare del mezzo o più spesso concessionaria della pubblicità, si obbliga, dietro corrispettivo, a diffondere i messaggi dell’impresa committente, che nella prassi agisce in genere attraverso un’agenzia pubblicitaria o un centro media, al fine della ideazione e predisposizione della campagna⁶⁴.

L’oggetto di tali contratti consiste nella diffusione della pubblicità con forme e contenuti predeterminati, tramite i *media* classici (stampa, radio, televisione, cinema, pubblicità esterna e affissioni, *internet*). Tuttavia, posto che i mezzi di diffusione sono in costante aumento in ragione del progresso tecnologico, si può ritenere che essi siano potenzialmente illimitati⁶⁵.

Si distingue tra diffusione pubblicitaria “above the line” e “below the line”.

Quella definita *above the line* comprende la divulgazione di messaggi che sfruttano i canali dei *media* classici. La pubblicità *below the line*, invece, indica attività differenti, come sponsorizzazione o *direct marketing*.

Il contratto di diffusione dell’*advertising* tabellare, come gli altri contratti pubblicitari, non forma oggetto di specifica disciplina legislativa.

Tuttavia, possiamo rintracciare un fondamento normativo nelle disposizioni del d. lgs. n. 507/1993, che regola la diffusione dei manifesti⁶⁶.

Dagli usi in materia si può cercare di tracciare, a titolo esemplificativo ma non esaustivo, una classificazione di massima dei contratti di diffusione pubblicitaria.

Il contratto di diffusione pubblicitaria a mezzo stampa, o d’inserzione, è il negozio attraverso il quale l’editore o il concessionario di un prodotto editoriale si impegna

⁶³ Cod. Autodisciplina, “norme preliminari e generali”, punto e).

⁶⁴ M.C. BRUNO, *I contratti di pubblicità*, in R. BOCCHINI, *I contratti di somministrazione di servizi*, Torino, 2006, p. 962.

⁶⁵ A. STAZI, *La pubblicità commerciale on line*, Milano, 2004, pp. 12 ss.

⁶⁶ M. FUSI, *I contratti di pubblicità*, cit., p. 147.

a pubblicare gli annunci del committente su uno o più numeri di un quotidiano o periodico.

Il contratto di diffusione pubblicitaria televisiva o radiofonica, invece, è l'accordo con cui il titolare dell'emittente si impegna a trasmettere i messaggi del committente nell'ambito delle proprie trasmissioni.

Di largo impiego è il contratto di pubblicità cinematografica, con il quale il gestore o concessionario di sale cinematografiche si impegna a far proiettare il materiale pubblicitario del committente prima o durante le proiezioni di film o altro.

Il contratto di pubblicità esterna (al quale è assimilabile quello di pubblicità sui mezzi di trasporto pubblico), è il contratto con cui il gestore o concessionario di posizioni pubblicitarie in luoghi pubblici si impegna ad installare e mantenere esposti su appositi impianti i materiali pubblicitari del committente, quali poster o striscioni (diversa ipotesi concerne i manifesti affissi in strade o piazze pubbliche, oggetto dei contratti di pubblicità affissionale, nel qual caso il servizio è riservato dalla legge ai comuni⁶⁷).

In ultimo, riveste sempre maggiore rilevanza il contratto di pubblicità *on line*, in cui il titolare di un sito *web* si impegna ad ospitare all'interno della propria pagina le comunicazioni pubblicitarie del committente.

Uno degli aspetti più caratterizzanti delle fattispecie contrattuali in argomento è il c.d. "diritto di rifiuto".

Infatti, posto che il mezzo pubblicitario viene a conoscenza dei messaggi forniti soltanto al momento della consegna del materiale pronto per la diffusione, e quindi successivamente alla conclusione del contratto, il committente ha facoltà di rifiutarsi di diffondere l'annuncio ove questo sia ritenuto potenzialmente pregiudizievole per sé o per la propria immagine.

Tale facoltà è riconosciuta nella prassi a tutti i mezzi, anche se contrattualmente impegnati a procedere alla diffusione, ed è prevista nelle condizioni generali dei contratti in argomento, costituendo un uso consolidato. Tale rifiuto si può fondare su mere ragioni di opportunità che possono variare da mezzo a mezzo, e che ciascuno di essi ha piena discrezionalità di determinare.

Il Codice di autodisciplina pubblicitaria vi fa riferimento all'art. 16, comma 1°, stabilendo che: "Una comunicazione commerciale accettabile per un determinato mezzo o per un determinato prodotto non necessariamente è accettabile per altri, in considerazione delle differenti caratteristiche dei vari mezzi e dei vari prodotti... La conformità di una comunicazione commerciale alle norme del Codice non esclude la possibilità, per i mezzi, di rifiutare, in base alla loro autonomia contrattuale, una comunicazione che sia difforme da più rigorosi criteri da loro eventualmente stabiliti".

I contratti di concessione pubblicitaria sono accordi con cui un'impresa di mezzi pubblicitari concedente affida in concessione ad un'impresa specializzata

⁶⁷ Il d.lgs. n. 507/1993, pur perseguendo in generale scopi prevalentemente fiscali e amministrativi, nel sancire a carico dei comuni l'obbligo di istituire un servizio di pubbliche affissioni, ha indicato altresì le modalità con cui il servizio deve essere gestito, prefigurando in tal modo, embrionalmente, la disciplina di un contratto di diffusione.

(concessionaria), l'acquisizione e la gestione della pubblicità da diffondere. Tali contratti trovano ampio utilizzo in quanto la pubblicità non è l'unica attività, nella quasi totalità dei casi, delle predette imprese, per cui queste ultime non dispongono di strutture idonee a realizzare ordini di pubblicità, e si affidano ad organizzazioni specializzate nella gestione del servizio.

Si distingue tra imprese che si affidano a concessionari terzi ad esse non collegati e quelle che si avvalgono di concessionarie dalle stesse controllati, come avviene per alcuni grandi editori, per la concessionaria del servizio radiotelevisivo pubblico e per il principale gruppo televisivo privato.

Per tale ragione si ritiene che in queste ipotesi vi sia un alto rischio di concentrazioni, nel senso che grandi imprese concessionarie, operando per più mezzi, potrebbero essere in grado di condizionare il mercato, con effetto distorsivo sugli investimenti pubblicitari ed implicazioni negative sia sull'accesso ai mezzi di comunicazione sia sull'indipendenza degli organi d'informazione.

Per prevenire tale effetto distorsivo, il legislatore è intervenuto a dettare alcune limitazioni alle imprese concessionarie dei settori editoriale e radiotelevisivo, come la l. n. 416/81 per l'editoria e la l. 223/90 (definita legge Mammi) per le concessionarie di pubblicità radiotelevisiva.

Di vigilare in tale ambito è incaricato il Garante per la radiodiffusione e l'editoria, al quale è attribuito anche il potere sanzionatorio, unitamente al Ministro competente. Il Garante esercita altresì l'azione giurisdizionale di nullità degli atti e dei contratti posti in essere in violazione delle suddette norme di legge.

Oltre alle norme contenute nelle discipline di settore, tuttavia, tali contratti non trovano una disciplina nella legge, anche se lo schema negoziale si è andato consolidando nella prassi commerciale. Nello specifico, a fronte del conferimento della concessione da parte dell'impresa di mezzi, il concessionario si impegna a procedere, in nome proprio, con propria organizzazione e a proprie spese, alla ricerca e raccolta degli ordini per la pubblicità da inserire sul veicolo, alla conclusione, sempre in proprio, dei relativi contratti di diffusione con gli utenti, nonché alla fatturazione ed incasso dei corrispettivi. Solitamente i ricavi che il concessionario realizza vengono poi suddivisi con il proprietario del mezzo, a titolo di corrispettivo della concessione.

In ordine alla natura giuridica del contratto di concessione pubblicitaria, si tratta di un negozio atipico, che a volte è stato ricondotto alla figura tipica del contratto di agenzia commerciale, disciplinato dall'art. 1742 ss. c.c., essendo l'obbligazione dell'agente di commercio quella di compiere un'attività preparatoria diretta alla conclusione di affari per conto del preponente (mentre il concessionario conclude contratti in nome proprio).

In altri casi il contratto di concessione pubblicitaria è stato accostato alla figura del mandato senza rappresentanza (art. 1703 ss. c.c.) e alla commissione (art. 1731 ss. c.c.)⁶⁸.

⁶⁸ M. FUSI, *I contratti nuovi. Pubblicità commerciale. Tecnica, modelli, tipi contrattuali*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, XV, Torino, 2002.

Aspetto interessante di tali contratti è dato dal fatto che di solito, a fronte della previsione dell'esclusiva in favore del concessionario, non viene posta alcuna esclusiva, neppure merceologica, a carico dello stesso. Quindi, il concedente si impegna a non affidarsi, per la raccolta della pubblicità, ad altre organizzazioni e a garantisce di non raccoglierla con propri mezzi, tanto che vengono spesso aggiunte clausole con cui il proprietario del mezzo si obbliga a reindirizzare al concessionario quanti gli richiedessero direttamente inserzioni pubblicitarie.

I contratti di agenzia pubblicitaria sono accordi con cui l'impresa incarica una agenzia specializzata in tecnica pubblicitaria di pianificare e realizzare una o più campagne di comunicazione, al fine di pubblicizzare il proprio *brand*.

La campagna pubblicitaria viene in un primo momento progettata, sulla base di strategie di comunicazione e di diffusione pubblicitaria, poi viene creata e diffusa sui mezzi di comunicazione prescelti.

Invero, le prestazioni oggetto dei contratti di agenzia pubblicitaria sono varie, dall'analisi preliminare del mercato e del prodotto all'individuazione delle strategie di comunicazione, dall'ideazione del messaggio alla selezione dei mezzi di diffusione, dai rapporti con i fornitori alle trattative con i mezzi di comunicazione per l'acquisizione degli spazi pubblicitari.

Elemento considerevole che caratterizza tali contratti è riconnesso al diritto d'autore, in quanto, in presenza di messaggi pubblicitari dotati di particolare originalità, l'agenzia pubblicitaria rimane titolare del diritto d'autore sul messaggio, godendo di tutte le tutele legali nell'ipotesi di uso non conforme o non autorizzato. Con riguardo ai contratti aventi ad oggetto l'utilizzazione pubblicitaria dell'immagine e del nome, si può fare riferimento alla sponsorizzazione⁶⁹, definibile come l'accordo mediante il quale un soggetto (*sponsee*) si obbliga, generalmente dietro corrispettivo, ad associare alla propria attività il nome o il segno distintivo di un altro soggetto (lo *sponsor*), il quale attraverso tale abbinamento "si propone di incrementare la propria notorietà e la propria immagine verso il pubblico"⁷⁰. In tal senso i contratti di sponsorizzazione sono posti in essere nella comunicazione commerciale.

La Camera di Commercio Internazionale, nell'elaborazione del "Code on Sponsorship" del 1992 (si tratta di un codice di autodisciplina in materia), ha definito la sponsorizzazione come "ogni comunicazione per mezzo della quale uno sponsor fornisca contrattualmente un finanziamento od un supporto di altro genere al fine di associare positivamente la sua immagine, identità, marchio, prodotti o servizi ad un evento, una attività, un'organizzazione o una persona sponsorizzata". Anche in tal caso, una base normativa è rinvenibile nella legge Mammì del 1990⁷¹.

⁶⁹ V. FRANCESCHELLI, *I contratti di sponsorizzazione*, in *Giur. Comm.*, 1987, I, p. 289.

⁷⁰ R. ROSSOTTO, C. ELESTICI, *I contratti di pubblicità. Il contratto di agenzia e il contratto di sponsorizzazione*, Milano, 1994, p.188.

⁷¹ Art. 8, comma 12, l. 223/90, ai sensi del quale per sponsorizzazione si intende "ogni contributo di un'impresa pubblica o privata, non impegnata in attività televisive o radiofoniche o di produzione di opere audiovisive o radiofoniche, al finanziamento di programmi, allo scopo di promuovere il suo nome, il suo marchio, la sua immagine, le sue attività, i suoi prodotti".

Con riguardo alle caratteristiche degli accordi di sponsorizzazione, si tratta di contratti sinallagmatici con scopo commerciale. Secondo parte della dottrina, infatti, in tali accordi “il soggetto sponsorizzato si obbliga a fornire prestazioni di veicolazione del marchio o di altri messaggi dello sponsor dietro pagamento di un corrispettivo”⁷², o più nello specifico “una parte (sponsee) contro corrispettivo in danaro, beni, servizi o altro si impegna a prestazioni di tipo attivo o permissivo verso l’altra parte (sponsor) in modo da consentirle di sfruttare, mediante abbinamenti o collegamenti, la propria notorietà e la risonanza delle attività e degli eventi che ad essa fanno capo, al fine di incrementare fra il pubblico la conoscenza del nome o dei marchi dello sponsor e di favorirne l’immagine”⁷³.

Anche nel caso del contratto di sponsorizzazione è difficile incardinare la fattispecie in uno schema legale esistente, sia esso tipico o atipico, anche in ragione della mutevolezza del contenuto dell’accordo a seconda del settore in cui si inserisce⁷⁴.

Le forme di sponsorizzazione più diffuse sono il *product placement*, l’*endorsement* o pubblicità testimoniale, il *licensing* pubblicitario, il *personality merchandising*, genericamente definito come commercializzazione di notorietà e la *partnership*, di cui si avrà modo di trattare nel secondo capitolo del presente lavoro.

Stante la novità del fenomeno in questione, sviluppatosi negli ultimi decenni, è interessante notare come vi sia una tendenza di un certo rilievo a risolvere le controversie in materia in via arbitrale, in forza della clausola compromissoria che viene inserita per prassi nella redazione dei contratti di sponsorizzazione, nonché dinanzi Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria.

Una recente pronuncia della Suprema Corte⁷⁵ ha chiarito i limiti di utilizzo dell’immagine per scopi pubblicitari, richiedendo questo sempre il consenso dell’interessato. In tema di sfruttamento commerciale dell’immagine, la divulgazione senza il consenso dell’interessato è lecita soltanto qualora risponda a esigenze di pubblica informazione, mai laddove sia rivolta a fini pubblicitari. Nella pronuncia analizzata la Corte ha osservato che, secondo la l. n. 663/1941 sul diritto d’autore, la divulgazione dell’immagine necessita sempre del consenso dell’avente diritto qualora essa avvenga per scopi pubblicitari.

In ultimo, sempre maggiore impiego e risalto viene dato ai contratti per l’inserimento di spazi pubblicitari su siti internet.

Con l’espressione “Contratto di concessione on-line di spazi pubblicitari”, si intende il contratto che ha ad oggetto la concessione di spazi pubblicitari su *web*, stipulato nell’ambito di un sistema di fornitura di servizi a distanza, mediante strumenti telematici, organizzato dal soggetto fornitore su richiesta di un cliente. Il cliente di norma agisce per scopi riferibili all’attività commerciale o professionale svolta.

⁷² S. GATTI, *Sponsorizzazione e pubblicità sponsorizzata*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1985, I, p. 150.

⁷³ M. FUSI, P. TESTA, *I contratti di sponsorizzazione*, in *Riv. Dir. Inf.*, 1985, p. 473.

⁷⁴ R. ROSSOTTO, C. ELESTICI, *I contratti di pubblicità. Il contratto di agenzia e il contratto di sponsorizzazione*, cit., p. 204.

⁷⁵ Cass., 29 gennaio 2016, n. 1748, in www.cortedicassazione.it.

Nello specifico, il servizio *banner* consiste nella concessione di uno spazio pubblicitario limitato da specifiche dimensioni fisiche.

Il cliente ha il diritto esclusivo di inserire, nello spazio a lui assegnato, dati, immagini, descrizioni e altri contenuti per la promozione della propria azienda.

3. Il sistema di tutele.

Le teorie che intendono le norme a tutela del mercato come “strumento essenziale di democrazia economica” sono ancora oggi di grande attualità⁷⁶. L'*antitrust* viene considerato, quindi, uno strumento indispensabile del processo democratico sin dai primi sviluppi delle norme sulla concorrenza.

Come in precedenza osservato, fino agli anni novanta del secolo scorso la tutela delle imprese nei confronti di atti di concorrenza sleale veniva demandata principalmente alla giurisprudenza, dapprima in applicazione della disciplina sull'illecito civile, e successivamente mediante l'applicazione delle norme del Codice civile.

Con l. n. 287 del 10 ottobre 1990, recante “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”, è stata istituita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, cui è demandato il compito di vigilare sul rispetto della normativa *antitrust*, con ampi poteri istruttori e decisionali per il mantenimento ed il ripristino di condizioni di concorrenza effettiva.

Già prima dell'adozione della normativa antimonopolistica nazionale (con l'emanazione della l. n. 287/90), la disciplina *antitrust* dettata dai Trattati istitutivi della Comunità Economica Europea era direttamente applicabile nel nostro ordinamento, soltanto con riferimento alle condotte volte a falsare la concorrenza nel mercato comune.

Con la legge antimonopolistica del 1990 è stata creata una disciplina a carattere generale che si affianca a quella comunitaria e a quelle di settore (in materia di editoria la l. n. 416/81 e nel settore radiotelevisivo la l. 223/90).

Identici sono i fenomeni anticoncorrenziali posti sotto controllo dalla disciplina nazionale e da quella comunitaria. Infatti, l'ambito di applicazione della legge riguarda tutte le intese, gli abusi di posizione dominante e le concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ambito di applicazione dei Trattati, nonché dei regolamenti e degli atti comunitari con efficacia normativa equiparata.

Pertanto, l'applicabilità della legge sussiste solo quando non vi sia pregiudizio, in atto o in potenza, al commercio degli Stati membri, perché in tal caso la competenza ad agire spetta alla Commissione europea⁷⁷.

⁷⁶ V. MANGINI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, cit., p. 3.

⁷⁷ Art. 3 del TFUE “L'Unione ha competenza esclusiva... b) definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno”.

Nel caso in cui l'Autorità ritenga che una fattispecie non rientri nella sua sfera di competenza, deve informare la Commissione e trasmetterle tutte le informazioni in suo possesso.

Nell'ipotesi in cui un determinato comportamento sia vietato, tanto a livello comunitario quanto a livello nazionale, l'Autorità potrà interessarsi dei soli aspetti di esclusiva rilevanza nazionale, anche se l'originaria competenza esclusiva della Commissione è sempre più attenuata in favore dell'applicazione decentrata del diritto comunitario da parte delle Autorità nazionali.

Ed invero, una delle questioni che ha più impegnato dottrina e giurisprudenza è stata proprio quella della delimitazione del rispettivo campo di intervento della Commissione e delle Autorità nazionali, contenuta nell'art. 3 del Regolamento 1/2003, e volta ad attuare un vero e proprio decentramento⁷⁸.

Va poi sottolineato come la normativa italiana vada interpretata alla luce dei principi dell'ordinamento comunitario.

Ciò ha molto rilievo pratico, ove si consideri, ad esempio, che la nozione di impresa elaborata dalla Corte di Giustizia e facente parte dei principi generali dell'ordinamento comunitario è più ampia di quella interna. Si consideri che vi rientrano anche gli esercenti le professioni intellettuali e gli artisti, che di certo nel nostro ordinamento non sono considerati imprenditori⁷⁹. Secondo la Corte per impresa si deve intendere “qualsiasi entità esplicante un'attività economica, indipendentemente dallo stato giuridico di questa entità e dal suo modo di finanziamento”⁸⁰. Nello stesso senso anche le decisioni della Commissione.

L'Autorità ha altresì il compito di applicare le norme contenute nel Codice del consumo in materia di pratiche commerciali scorrette e quelle del d. lgs. n. 145/2007.

L'Autorità garante, inoltre, vigilando sul rispetto della normativa *antitrust*, pur avendo ormai competenza estesa a tutti i settori economici, ivi compreso quello bancario, ha stipulato dei protocolli di intesa con la Banca d'Italia, in particolare nel 2014 per quel che concerne la tutela dei consumatori nel settore bancario e finanziario.

In ambito pubblicitario, la regolamentazione pubblicistica non impedisce di azionare preventivamente eventuali sistemi di autodisciplina, anche organizzati da associazioni di imprenditori e professionisti. È questo, ad esempio, il caso dello IAP e del Giurì di autodisciplina. È possibile, infatti, rivolgersi ad organismi volontari ed autonomi di autodisciplina, al fine di ottenere l'inibitoria, convenendo di impegnarsi a non adire l'Autorità garante sino alla pronuncia dell'organo di autodisciplina. Ed in ogni caso, la decisione di quest'ultimo non inibisce l'azione giudiziaria o il ricorso al Garante⁸¹.

⁷⁸ A.M. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione europea*, cit., p. 267.

⁷⁹ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale I. Diritto dell'impresa*, cit., p. 223.

⁸⁰ Corte Giust. CE, 11 dicembre 1997, *Job Centre Coop. A r.l.* e Corte Giust. CE, 24 ottobre 2002, *Aéroports de Paris*, in www.eur-lex.europa.eu.

⁸¹ Art. 27-ter Cod. cons. “Autodisciplina

In ogni caso di pratiche commerciali scorrette e di pubblicità ingannevole o comparativa, ogni interessato, che sia un concorrente, consumatore o associazione di categoria, può denunciarne l'uso al Garante, che può agire anche d'ufficio.

Al fine di tutelare i consumatori si è instaurato un sistema di collaborazione sinergica tra le istituzioni in gioco, quali il Ministero competente, l'AGCM, le ulteriori Autorità di settore (telecomunicazioni, energia, e altre), relativamente al rispettivo ambito di competenza.

Ciò in quanto le imprese che operano sui diversi mercati non hanno tutte lo stesso peso economico e commerciale, e non sempre riescono a raggiungere i consumatori a parità di condizioni. Creandosi delle asimmetrie informative, il consumatore che si trova in posizione di inferiorità conoscitiva non potrà compiere scelte libere e rispondenti alle sue esigenze di consumo.

3.1. Le Autorità garanti.

La tendenza a ricondurre ai privati l'iniziativa economica e a realizzare un mercato pienamente concorrenziale, soprattutto in attuazione dei principi comunitari, è la ragione principale dell'istituzione delle Autorità amministrative indipendenti.

Le esperienze costituzionali dalle quali ha tratto ispirazione il legislatore italiano sono state quelle statunitensi e francesi. Tuttavia i modelli attinti, da un lato le *independent agencies* statunitensi, create durante il *New Deal* rooseveltiano, e dall'altro le più recenti *autorités administratives indépendantes* francesi, si caratterizzano per un rapporto assai stringente tra Governo e Pubblica Amministrazione.

Al contrario, gli organismi disegnati dal legislatore italiano, in ossequio al principio costituzionale dell'imparzialità della P.A.⁸², si distinguono dalle istituzioni pubbliche in ragione della loro indipendenza da ogni condizionamento derivante

I consumatori, i concorrenti, anche tramite le loro associazioni o organizzazioni, prima di avviare la procedura di cui all'articolo 27, possono convenire con il professionista di adire preventivamente, il soggetto responsabile o l'organismo incaricato del controllo del codice di condotta relativo ad uno specifico settore la risoluzione concordata della controversia volta a vietare o a far cessare la continuazione della pratica commerciale scorretta.

2. In ogni caso il ricorso ai sensi del presente articolo, qualunque sia l'esito della procedura, non pregiudica il diritto del consumatore di adire l'Autorità, ai sensi dell'articolo 27, o il giudice competente.

3. Iniziata la procedura davanti ad un organismo di autodisciplina, le parti possono convenire di astenersi dall'adire l'Autorità fino alla pronuncia definitiva, ovvero possono chiedere la sospensione del procedimento innanzi all'Autorità, ove lo stesso sia stato attivato anche da altro soggetto legittimato, in attesa della pronuncia dell'organismo di autodisciplina. L'Autorità, valutate tutte le circostanze, può disporre la sospensione del procedimento per un periodo non superiore a trenta giorni.

⁸² Art. 97 Cost. "Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico.

I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.

Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari.

Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge".

dall'indirizzo politico del Governo, svolgono funzioni di sorveglianza e arbitraggio in alcuni settori economici di specifica competenza e garantiscono l'osservanza delle regole concorrenziali.

In primis le Autorità in argomento sono state istituite in ragione della liberalizzazione di alcuni settori economici, ma anche al fine della realizzazione dell'integrazione europea, che si basa in particolar modo sul mercato comune e sul corretto svolgersi della concorrenza. All'interno dei mercati di ogni Stato membro, si mira ad assicurare che gli operatori economici non creino monopoli o accordi vietati, regolando l'attività economica.

Le Autorità sono definite e disciplinate dalle singole leggi istitutive e, nonostante non siano riconducibili ad un modello di carattere generale, presentano alcuni tratti comuni, come l'autonomia organizzativa e regolamentare, la potestà normativa, sanzionatoria e di risoluzione di conflitti. Inoltre, esse sono caratterizzate da un regime particolare di incompatibilità e da specifiche regole volte a evitare interferenze di natura politica (ad esempio in merito all'incarico dei componenti, che deve avere una durata indipendente da quella della legislatura, o con riferimento alle procedure di nomina dei vertici).

Il Presidente e i componenti di tali Autorità non sono nominati dal Governo, e durano in carica per un periodo predeterminato. I modelli operativi seguiti sono simili a quelli giurisdizionali, seppure non sono considerabili giudici, e contro i loro atti può essere presentato ricorso al giudice amministrativo.

Il legislatore, secondo parte della dottrina, negli ultimi anni avrebbe ridimensionato il ruolo delle Autorità di regolazione, attribuendo ai Ministri di settore poteri un tempo affidati alle stesse⁸³, anche se in certi casi ha notevolmente ampliato l'ambito di competenze di queste ultime (come nel caso dell'ARERA il cui ambito operativo si è espanso dai settori dell'energia elettrica e del gas naturale alla materia dei servizi idrici e al ciclo dei rifiuti).

Nell'ordinamento italiano, molta importanza riveste l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM).

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è una Autorità amministrativa indipendente che gode di autonomo potere decisionale e di azione rispetto al potere esecutivo.

È stata istituita con la legge n. 287 del 10 ottobre 1990 ed ha sede unica in Roma. Tale organo collegiale, composto da tre membri, assume le proprie decisioni a maggioranza. Il Presidente e i componenti dell'Autorità sono nominati dai Presidenti di Camera e Senato tra personalità provenienti dai settori economici, dotate di alta professionalità e riconosciuta autonomia di pensiero, e durano in carica sette anni, non rinnovabili.

Il Segretario generale, che ha il compito di sovrintendere al funzionamento degli uffici ed è il responsabile della struttura, viene nominato dal Ministro dello sviluppo economico su proposta del Presidente dell'Autorità.

⁸³ M. DE BELLIS, *L'erosione dei poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Rass. giur. en. el.*, 2004, p. 401 ss.

Le sue decisioni sono impugnabili dinanzi al Tar del Lazio e, in grado di appello, dinanzi al Consiglio di Stato.

Al fine di tutelare la concorrenza, l'AGCM, oltre a disporre di poteri di indagine, di diffida e di sanzione, ha pervasivi poteri di vigilanza.

Oltre alle competenze relative alla tutela del consumatore, in materia di pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie e pubblicità ingannevole, l'Autorità ha infatti vari compiti, tra i quali la vigilanza contro gli abusi di posizione dominante, la vigilanza di intese e/o cartelli che possono risultare lesivi o restrittivi per la concorrenza, e persino la valutazione dei casi di conflitto d'interesse dei componenti del Governo.

Nell'ambito del coordinamento con il Governo ed il Parlamento, l'Autorità svolge un'attività di segnalazione, in quanto può evidenziare i casi in cui atti normativi possono creare restrizioni della concorrenza. I poteri consultivi dell'AGCM sono sempre stati usati in maniera estensiva, nell'ambito di un'attività istituzionale finalizzata alla liberalizzazione e deregolamentazione di mercati caratterizzati da assetti regolamentativi pervasivi e in *deficit* di concorrenza (attività di *advocacy*)⁸⁴. L'Autorità garante è tenuta a presentare una relazione annuale al Presidente del Consiglio dei ministri, per dare atto della applicazione della normativa concorrenziale in Italia, ed esprime inoltre pareri sulle norme che regolano il mercato. È altresì compito dell'AGCM quello di segnalare al Parlamento, al Governo e ad enti territoriali le situazioni distorsive della concorrenza.

Al fine di creare una sinergia tra i vari organismi, unitamente alle altre Autorità dell'Unione europea, l'AGCM fa parte della rete UE delle Autorità in materia di concorrenza e, nel rispetto del Regolamento CE n. 1/2003, ha la possibilità di applicare direttamente le norme CE in coordinamento con la Commissione europea. In ultimo merita di essere segnalato il *rating* di legalità alle imprese, inserito con l'art. 5-ter del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla l. 18 maggio 2012, n. 62. Tale strumento è volto alla promozione di principi di comportamento etico in ambito aziendale, tramite l'assegnazione di un riconoscimento misurato in "stelle", da una a tre, a seconda del grado di attenzione verso la legalità nella gestione del *business* aziendale.

Tra i requisiti per ottenere l'attribuzione del *rating* si richiede che l'impresa abbia una sede operativa in Italia, un fatturato minimo di due milioni di euro nell'esercizio precedente a quello dell'istanza, l'iscrizione da almeno un biennio nel Registro delle Imprese. Nella prassi ottenere il *rating* è un incentivo in quanto l'ordinamento ricollega vantaggi nell'attribuzione di finanziamenti pubblici o crediti alle imprese⁸⁵.

L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), istituita dalla l. n. 249/1997, opera per assicurare il rispetto dei diritti fondamentali della persona e la tutela della concorrenza nel settore delle comunicazioni, anche radiotelevisive,

⁸⁴ P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit. p. 345 s.

⁸⁵ P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit. p. 353.

nonché dell'editoria e delle poste, attraverso la regolamentazione dei mercati, dei servizi e dei prodotti.

I suoi organi sono il Presidente, la Commissione per le infrastrutture e le reti, la Commissione per i servizi e i prodotti, il Consiglio. Le Commissioni sono costituite dal Presidente e da due Commissari e, insieme al Consiglio che è composto dal Presidente e da tutti i Commissari, sono organi collegiali. Il Segretario generale è il vertice dell'organizzazione amministrativa interna, che gode di ampia autonomia.

La Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB) è l'organo di controllo del mercato finanziario italiano. Tale autorità ha il compito di vigilare sulla trasparenza e la correttezza dei comportamenti degli operatori del sistema finanziario, la tutela degli investitori, l'osservanza delle norme in materia finanziaria.

Oltre a prevenire comportamenti scorretti, ha il potere di sanzionarli, e garantisce che siano messe a disposizione dei risparmiatori le informazioni necessarie per poter effettuare scelte di investimento consapevoli.

L'IVASS (che ha sostituito l'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private e di Interesse Collettivo o ISVAP), è un'autorità indipendente dotata di autonomia patrimoniale, contabile, organizzativa e gestionale, istituita con l. n. 135/2012, che ha il compito di sorvegliare, regolamentare e monitorare il settore dell'intermediazione assicurativa.

Altre Autorità che svolgono relevantissimi compiti nel nostro ordinamento sono il Garante per la protezione dei dati personali, l'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (prima Autorità per l'energia elettrica e il gas, dal 1° gennaio 2018 ARERA), l'Autorità di regolazione dei trasporti (ART) e l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, oggi accorpata all'ANAC (Autorità nazionale anticorruzione).

Un dibattito molto acceso in merito all'istituzione delle Autorità amministrative indipendenti, definito un vero e proprio rompicapo costituzionale, si è incentrato sulla legittimità costituzionale di tali figure rispetto agli artt. 1⁸⁶ e 95⁸⁷ Cost., in quanto le stesse non trarrebbero la loro legittimazione nel collegamento al tradizionale circuito elettivo-rappresentativo, ma si baserebbero su una legittimazione derivante dalla competenza tecnico-professionale.

Ciò sarebbe in contrasto col principio democratico che richiede che gli organi dotati di potere decisionale politico siano legittimati dalla volontà popolare, direttamente o indirettamente.

Ulteriore questione riguarda il sistema delle fonti amministrative, nel senso che ci si è posti l'interrogativo se sia in grado di accogliere gli atti normativi adottati da soggetti che non sono muniti di legittimazione democratica e rappresentativa.

Inoltre nel caso specifico delle Autorità di regolazione è stata paventata la violazione del principio di separazione dei poteri, che impone una corrispondenza tra funzioni pubbliche e poteri dello Stato, anche perché le Autorità di regolazione

⁸⁶ Art. 1 Cost. "L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione".

⁸⁷ Art. 95 Cost. "Il Presidente del Consiglio dei Ministri dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile. Mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo, promuovendo e coordinando l'attività dei Ministri".

hanno contemporaneamente poteri di tipo normativo, ordinatorio, inibitorio, sanzionatorio e para-giurisdizionale.

In effetti il problema che si pone è quello di impiantare sulla struttura di una forma di governo e amministrazione di *civil law* un modello di governo ed amministrazione creato in un ordinamento di *common law*.

Del resto nella Costituzione non sarebbe rinvenibile alcun riferimento, tuttavia si ritiene che i limiti di ammissibilità di tali figure possano essere rintracciati nel fatto che in altri casi è prevista, a livello costituzionale, una funzione di controllo indipendente, come è quella esercitata dalla Corte Costituzionale.

Inoltre la genesi delle Autorità ha anche una matrice comunitaria, ed il nostro ordinamento si è vincolato a rispettare i principi generali dell'Unione che, come noto, prevalgono sul diritto interno. Se si fa riferimento ai poteri di controllo e vigilanza tale tesi può essere condivisibile, mentre non sarebbe giustificabile alla luce dei poteri di decisione politica⁸⁸.

Pertanto, i vincoli posti dal diritto europeo, in ragione del richiamo operato dall'art. 117, comma 1, Cost.⁸⁹ consentirebbero di trovare una soluzione al problema della legittimazione costituzionale delle Autorità di regolazione⁹⁰.

Riguardo la presunta incompatibilità con l'art. 95 Cost., il Consiglio di Stato ha affermato che l'indipendenza rispetto all'indirizzo politico che dovrebbe essere propria delle Autorità rappresenta non una violazione dell'art. 95 Cost., bensì un'esaltazione dell'imparzialità amministrativa di cui all'art. 97 Cost.⁹¹.

Allo stato si può ritenere che tale problema della copertura costituzionale delle Autorità indipendenti non sia più particolarmente dibattuto.

In ultimo, in ordine alla questione della natura giuridica delle Autorità indipendenti, la tesi della natura amministrativa è stata riconosciuta dalla giurisprudenza, che ha parimenti escluso sia la natura giurisdizionale sia l'ammissibilità nel nostro ordinamento di un *tertium genus*.

Merita, al riguardo, menzionare una recente sentenza della Corte Costituzionale (n. 13/2019⁹²), chiamata a pronunciarsi circa la natura giuridica, giurisdizionale o meno, dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Più nello specifico, la questione di legittimità costituzionale incidentale sollevata dall'AGCM verteva sull'art. 93 ter c. 1 bis L. n. 89/1913, introdotto dalla L. n.

⁸⁸ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 550 s.

⁸⁹ Art. 117 Cost. "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato [70 e segg.] e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali..."

⁹⁰ S. BATTINI, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2018, p. 947 ss.

⁹¹ Cons. Stato comm. spec., 29 maggio 1998, in *Foro amm.*, 1999, 414 ss.

⁹² Corte Cost., 31 gennaio 2019, n. 13, in www.cortecostituzionale.it, secondo cui "Alla luce di tali dati normativi e giurisprudenziali, non sarebbe revocabile in dubbio che l'AGCM svolge le sue funzioni esercitando non solo discrezionalità tecnica ma anche amministrativa, assumendo decisioni tipiche di una pubblica amministrazione.

Andrebbe poi considerato che all'Autorità, al di là di quanto stabiliscono le singole norme della legge antitrust (in particolare, l'art. 4, comma 2), spettano i generali poteri di revoca e di autoannullamento di cui sono titolari tutte le amministrazioni e non i giudici.... Seguendo la tesi dell'Autorità, per contro, si sovvertirebbe il modello dello scrutinio di costituzionalità incidentale, successivo e concreto. Per il solo perseguimento dell'interesse alla concorrenza nel mercato (che sarebbe così discriminatoriamente sovraordinato rispetto a tutti gli altri interessi costituzionali), si disegnerebbe un modello preventivo e astratto, in cui l'AGCM non assumerebbe la veste di giudice rimettente ma di parte privilegiata, dotata del potere di accesso diretto alla Corte costituzionale".

205/2017, che aveva sottratto il potere disciplinare del Consiglio Notarile dal controllo sanzionatorio dell'*Antitrust*. In particolare la questione si è incentrata sulla possibilità di riconoscere all'Autorità la legittimazione al rinvio pregiudiziale (giudice *a quo*).

La Pronuncia della Consulta, nel negare la natura giurisdizionale dell'AGCM, si ricollega alla giurisprudenza sovranazionale, riconoscendo che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ammette l'uso di provvedimenti promananti da soggetti non tipicamente giurisdizionali, che abbiano carattere formalmente amministrativo ma sostanzialmente sanzionatorio (stante la natura afflittiva della pena comminata). Ciò purché il destinatario dell'atto possa impugnare lo stesso innanzi ad un'Autorità Giudiziaria che vi eserciti un sindacato di c.d. *Full Jurisdiction*.

3.2. Lo IAP e i suoi organi.

Le Autodiscipline pubblicitarie vengono considerate positivamente dall'Unione Europea.

In particolare, la Direttiva n. 450/84 sulla pubblicità ingannevole, riconoscendone il carattere deflattivo, ha chiarito che “i controlli volontari esercitati da organismi autonomi per eliminare la pubblicità ingannevole possono evitare azioni giudiziarie o ricorsi amministrativi e devono quindi essere incoraggiati”⁹³.

In tal senso si pone anche la Direttiva n. 29/05 sulla pubblicità ingannevole e comparativa, ove si legge che “è opportuno prevedere un ruolo per i codici di condotta che consenta ai professionisti di applicare in modo efficace i principi della presente direttiva in specifici settori economici. Il controllo esercitato dai titolari dei codici a livello nazionale o comunitario per l'eliminazione delle pratiche commerciali sleali può evitare la necessità di esperire azioni giudiziarie o amministrative e dovrebbe pertanto essere incoraggiato”⁹⁴.

Il Codice del consumo⁹⁵ riconosce formalmente l'esistenza degli organismi volontari e autonomi di autodisciplina e prevede la possibilità di chiedere, come osservato in precedenza, la sospensione del procedimento innanzi all'Autorità in attesa della pronuncia dell'organismo di autodisciplina.

Le caratteristiche peculiari dei sistemi autodisciplinari sono costituite dalla rapidità degli interventi, dalla particolare competenza tecnica nella definizione dei casi e dall'indipendenza degli organi giudicanti.

⁹³ 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, in Gazzetta ufficiale delle Comunità europee n. L 250 del 19 settembre 1984, p. 17 ss., in www.eur-lex.europa.eu.

⁹⁴ 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, in Gazzetta ufficiale delle Comunità europee n. L 149 del 11 giugno 2005, p. 22 ss., in www.eur-lex.europa.eu.

⁹⁵ Art. 27-ter, cit.

Il primo Codice di autodisciplina europeo, denominato “Codice delle pratiche leali in materia di pubblicità”, risale al 1937 ed è stato varato dalla Camera di Commercio Internazionale.

Intorno agli anni '50, con lo sviluppo della pubblicità moderna in Italia, le categorie professionali e le associazioni di imprese utenti di pubblicità (UPA) hanno varato il “Codice morale della pubblicità”.

Nel 1952 venne emanato il codice della Federazione Italiana della pubblicità.

Fu soltanto in occasione del VII Congresso nazionale della pubblicità, nel 1963, che i mezzi pubblicitari italiani si impegnarono a dar vita ad un codice unitario, il Codice di autodisciplina pubblicitaria, che fu adottato il 12 maggio 1966.

Tale codice è stato modificato ed aggiornato più volte, e progressivamente le revisioni sono diventate pressoché annuali. Da ciò discende che le norme che ne fanno parte sono costantemente aggiornate, parallelamente all'evoluzione dinamica della comunicazione commerciale odierna.

L'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria, che ha natura giuridica di associazione riconosciuta ai sensi degli artt. 14-35 c.c.⁹⁶, nel settore della comunicazione commerciale si pone come organismo dotato di grande autorità e prestigio, sia in quanto principale interlocutore dell'AGCM, sia per la sua storia che per la sua rappresentatività, presso tutti quei soggetti a vario titolo interessati al controllo dei contenuti della comunicazione commerciale.

Il valore dell'Autodisciplina pubblicitaria italiana è stato riconosciuto anche dalla giurisprudenza. La Suprema Corte di Cassazione ha individuato nelle regole contenute nel Codice IAP il valore di parametri di valutazione della correttezza e della deontologia professionale, aventi la capacità di adeguare il principio di correttezza professionale all'evoluzione delle esigenze dell'attività imprenditoriale. La *mission* dello IAP è quella, infatti, di stabilire e dettare i parametri per una comunicazione commerciale “onesta, veritiera e corretta”⁹⁷ a tutela dei consumatori e della leale concorrenza tra le imprese. Di tale finalità si giovano le aziende che richiedono il rispetto delle regole della concorrenza, i consumatori che rivendicano il diritto di non subire messaggi ingannevoli, nonché i mezzi pubblicitari che ambiscono alla divulgazione di contenuti veritieri.

Il Codice di Autodisciplina è vincolante per i mezzi pubblicitari che lo abbiano accettato tramite la propria associazione, o mediante la conclusione di un contratto di inserzione pubblicitaria, contestualmente impegnandosi ad inserire nei propri contratti, ed in quelli dei propri associati, una specifica clausola di accettazione del Codice e delle decisioni autodisciplinari.

Secondo le statistiche fanno parte dell'Istituto importanti associazioni ed enti del mondo della comunicazione che rappresentano circa l'80-90% dell'investimento totale nel settore, essendo presenti le tre principali espressioni attraverso le quali si

⁹⁶ Tali norme disciplinano le associazioni riconosciute, gli artt. 36-42 c.c. disciplinano le associazioni non riconosciute e i comitati.

⁹⁷ Art. 1 Cod. Autodisciplina, cit.

articola: le Imprese che investono in comunicazione, le Agenzie che la creano e i Mezzi che la diffondono⁹⁸.

Aspetto molto rilevante è dato dal fatto che chiunque ritenga una comunicazione pubblicitaria non conforme ai canoni del Codice può segnalarlo allo IAP, anche *online*. Si stima che in media il novanta per cento delle decisioni degli organi autodisciplinari siano relative alla tutela del cittadino-consumatore⁹⁹.

Altra importante funzione dell'Istituto è quella di prevenire l'insorgere di contestazioni, emanando i pareri preventivi su pubblicità non ancora diffuse, nonché la protezione della creatività di future campagne.

Gli organi dello IAP sono il Presidente, il Segretario Generale, il Consiglio Direttivo (organo che fissa le direttive generali di azione e si occupa dell'aggiornamento delle norme del codice), la Commissione di Studio (che formula istanze di revisione del codice e di sviluppo dell'autodisciplina), il Tesoriere, i Revisori dei Conti, la Segreteria.

In particolare il Comitato di Controllo svolge una funzione preponderante e, ai fini di tutela del consumatore, agisce sia d'ufficio che sulla base di segnalazioni. I suoi membri devono essere posti in una condizione di imparzialità ed indipendenza.

Laddove il Comitato ritenga un messaggio pubblicitario non conforme al Codice può emettere le ingiunzioni di desistenza o sottoporre il caso al Giurì. Inoltre può esaminare comunicazioni commerciali ancora non diffuse per valutarne la preventiva conformità al Codice. Laddove il messaggio pubblicitario sia palesemente conforme, dispone l'archiviazione¹⁰⁰.

3.3. Il Giurì di autodisciplina.

Il Giurì di autodisciplina è l'organo preposto a giudicare sulla conformità al Codice delle comunicazioni commerciali, ed ha sede a Milano.

Secondo la dottrina si tratta di un organismo di giustizia privata. Le sue decisioni, insindacabili, sono vincolanti soltanto per i mezzi pubblicitari che hanno aderito all'autodisciplina, per cui non si può ritenere che il sistema attuale risolva in maniera totalizzante i problemi di tutela del consumatore¹⁰¹.

Quanto agli aspetti procedurali, l'istanza può provenire dal Comitato di controllo, su ricorso di parte, o può derivare dall'opposizione all'ingiunzione di desistenza.

I suoi membri devono giudicare con assoluta indipendenza e imparzialità.

Ai sensi dell'art. 37 del Codice di autodisciplina, ricevuta l'istanza il Presidente del Giurì nomina fra i suoi membri un relatore e, qualora il caso lo richieda, un consulente tecnico esperto nella materia del contendere.

⁹⁸ Fonte: www.iap.it.

⁹⁹ Fonte: www.iap.it.

¹⁰⁰ Fonte: www.iap.it.

¹⁰¹ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 1. Diritto dell'impresa*, cit., p. 262.

A riprova del carattere giurisdizionale del procedimento in questione, viene assegnato un termine alle parti per il deposito delle rispettive deduzioni e di eventuali documenti.

Le parti devono essere convocate entro il termine più breve possibile per la discussione orale.

Alla discussione partecipa un rappresentante del Comitato di Controllo, che esprime la propria posizione e, se designato, il consulente tecnico. Le parti possono rivolgersi al consulente per chiarire specifici aspetti scientifici della controversia.

Nei procedimenti a istanza di parte il Comitato di Controllo comunica le proprie conclusioni in forma scritta prima dell'udienza di discussione.

Esaurita la discussione, il Giurì emette la propria decisione in Camera di consiglio, ovvero rimette gli atti al relatore se ritiene l'istruttoria non completa e ravvisa la necessità di acquisire ulteriori elementi di prova.

Molto rilevante risulta la previsione per cui, laddove durante il procedimento siano emersi elementi tali da fare ritenere la sussistenza di violazioni non previste nell'istanza in esame, il Giurì le accerta e le contesta d'ufficio.

In qualsiasi momento del procedimento il Giurì può chiedere, senza formalità, al Comitato di Controllo pareri su ogni questione.

Avanti al Giurì le parti possono farsi assistere e rappresentare da legali e consulenti. La procedura decisionale si concentra in un'udienza dibattimentale, mentre la deliberazione dei provvedimenti e la comunicazione del dispositivo avvengono in Camera di consiglio.

La decisione può essere di duplice natura. Infatti, il messaggio può essere ritenuto conforme o non conforme al Codice e, in quest'ultimo caso, il Giurì ne ordina la cessazione.

Ogni decisione del Giurì, di conformità o non conformità, viene pubblicata sul sito istituzionale dello IAP.

Con particolare riferimento alle garanzie di indipendenza, il Giurì è formato da membri con competenze tecniche molto specifiche, e al fine di garantire decisioni indipendenti e imparziali questi ultimi non possono essere direttamente o personalmente impegnati in attività pubblicitarie (anche per tale ragione, il Presidente è un alto magistrato).

A differenza del procedimento dinanzi all'autorità *Antitrust*, in cui è ammessa soltanto l'audizione degli interessati, il procedimento dinanzi al Giurì ha delle caratteristiche propriamente giurisdizionali, come la tutela del diritto alla difesa, garantito alle parti in ogni momento del procedimento. Inoltre la decisione può essere adottata soltanto dopo il dibattimento e il dispositivo viene letto alla presenza delle parti.

In caso di accoglimento la decisione è immediatamente efficace, quindi il messaggio non conforme non può più essere pubblicato o trasmesso.

Ogni decisione viene depositata, comprensiva di dispositivo e motivazione, in fatto e in diritto, presso l'Istituto di autodisciplina.

In ultimo, si può notare che le istanze per agire di fronte al Giurì sono in forte aumento, in quanto i mezzi pubblicitari tendono a ricorrere a immagini o contenuti “non solo anticonformisti ma anche pericolosamente in bilico sul crinale dell’illeceità giuridica e morale”¹⁰².

Inoltre, dall’analisi delle ultime pronunce del Giurì¹⁰³ si evince che il più frequente motivo di condanna è relativo alla violazione del divieto di pubblicità ingannevole, nonché dell’art. 9 del Codice di autodisciplina, che vieta, appunto, messaggi volgari, indecenti e che incitano alla violenza. Altre norme molto applicate sono gli art. 10 e 11, che rispettivamente tutelano la dignità umana ed i minori¹⁰⁴.

3.4. I rimedi: dalle lettere di *moral suasion* alla tutela risarcitoria.

Si può affermare che, nell’ambito della tutela avverso atti anticoncorrenziali, esistono due sistemi paralleli ed autonomi, definiti di *public enforcement* e *private enforcement*¹⁰⁵.

Il primo concerne la tutela dinanzi l’Autorità garante, in nome dell’interesse collettivo al corretto funzionamento del mercato, il secondo di fronte al giudice civile, a garanzia del rispetto dei diritti soggettivi dei privati, lesi da condotte anticoncorrenziali.

Al *public enforcement* il nostro ordinamento ha conferito una posizione privilegiata, in quanto canale prevalente di applicazione del diritto *antitrust*, in ragione della sua oggettiva capacità di *detection* e repressione delle condotte anticoncorrenziali¹⁰⁶. Inoltre nei sistemi di *civil law* la tutela accordata dal giudice ha natura prettamente compensativa.

Tuttavia, anche grazie alle pronunce della Corte di Giustizia che hanno consacrato il diritto al risarcimento del danno per i soggetti lesi da condotte anticoncorrenziali¹⁰⁷, il *private enforcement* ha assunto una veste di complementarietà rispetto al *public enforcement*.

In tale quadro si inserisce la cosiddetta “Direttiva danni” (Direttiva 2014/104/UE)¹⁰⁸, di armonizzazione delle azioni di risarcimento per illeciti *antitrust*, che stabilisce lo standard comune che gli Stati membri devono garantire

¹⁰² A. BALDASSARRE, V. GUGGINO, *L’autodisciplina pubblicitaria e il suo Giurì*, in *Impresa&Stato*, 1996, n. 35.

¹⁰³ Per un riscontro, tutte le pronunce del Giurì sono pubblicate sul sito istituzionale dello IAP, www.iap.it.

¹⁰⁴ A. BALDASSARRE, V. GUGGINO, *L’autodisciplina pubblicitaria e il suo Giurì*, in *Impresa&Stato*, cit.

¹⁰⁵ P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit. p. 443 ss.

¹⁰⁶ P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit. p. 444.

¹⁰⁷ La Corte ha sostenuto che l’effetto utile dei divieti imposti dai Trattati verrebbe meno laddove non si riconoscesse la possibilità di agire in sede di risarcimento dei danni derivanti da condotte anticoncorrenziali, si veda Corte Giust. CE, 20 settembre 2001, *Courage/Crehan*, C-453/99 e Corte Giust. CE, 13 luglio 2006, *Manfredi*, C-295/04, in www.eur-lex.europa.eu.

¹⁰⁸ Adottata sulla base delle indicazioni contenute nel Libro verde della Commissione europea del 2005 e nel Libro bianco del 2008.

in tema di azione risarcitoria, fatta salva la facoltà per ognuno di essi di adottare misure più severe.

Tale direttiva è stata recepita nel nostro ordinamento con il d. lgs. 19 gennaio 2017 n. 3. Il Decreto individua i principi per la liquidazione del danno *antitrust* nell'ambito dell'illecito extracontrattuale, disciplina le competenze delle sezioni specializzate in materia di impresa¹⁰⁹ e integra il codice di rito con riferimento all'istituto della *disclosure*¹¹⁰ (regime di acquisizione delle prove), precedentemente ignoto al nostro ordinamento.

Il punto nodale della tutela risarcitoria è la quantificazione del danno risarcibile, che secondo il Decreto comprende danno emergente, lucro cessante e interessi, rifiutando il modello di sovracompensazione proprio dei *punitive damages*, tipico di altri ordinamenti.

I criteri adoperati sono quelli propri dell'illecito extracontrattuale, con valutazione del danno emergente e del lucro cessante che siano conseguenza diretta ed immediata della violazione, ridotto in proporzione alla gravità della colpa e delle conseguenze della condotta, escluso laddove il danneggiato avrebbe potuto evitare il danno con l'ordinaria diligenza (art. 1223 ss. c.c.)¹¹¹. Inoltre è prevista la facoltà per il giudice di effettuare una valutazione equitativa, laddove sia necessario.

La base normativa degli illeciti *antitrust* è data, per le intese, dagli artt. 101 TFUE, 2 e 4 l. n. 287/90, per l'abuso di posizione dominante, dagli artt. 102 TFUE e 2 l. 287/90. La disciplina delle azioni risarcitorie riguarda la violazione delle suddette norme.

Le disposizioni nazionali sono applicate in parallelo a quelle dei Trattati o autonomamente in caso di mancato impatto delle violazioni sugli scambi.

Le violazioni si possono suddividere in violazioni di sfruttamento, quando viene applicato un sovrapprezzo rispetto allo scenario concorrenziale, nell'ambito di intese e abusi di posizione dominante, e violazioni escludenti, che si traducono nell'ostacolare l'accesso a un mercato. In tali casi si è ritenuto di inquadrare il danno risarcibile anche nella perdita di *chance*, quando dall'operatività su quel mercato poteva derivare l'opportunità di accedere ad altre attività, o nel danno all'immagine. Se all'indomani della sua istituzione, nel 1990, l'Autorità aveva la funzione di applicare le regole di concorrenza nazionali e, in via decentrata, comunitarie, progressivamente si è assistito ad un processo legislativo di accrescimento di

¹⁰⁹ Recentemente la Corte di Cassazione ha chiarito il criterio di ripartizione di competenza tra sezioni specializzate in materia di impresa e ordinarie, con riferimento agli atti di concorrenza sleale. Il Tribunale, chiamato a decidere sulla domanda di repressione dell'illecito o sul risarcimento, deve verificare ai fini della competenza se i comportamenti denunciati rientrano nella concorrenza sleale "interferente" o "pura" (se l'accertamento della lesione non interferisce con l'esercizio di diritti di privativa, per cui non verte sulla proprietà intellettuale o industriale). In quest'ultimo caso la competenza delle sezioni specializzate deve ritenersi esclusa, in quanto la lesione dei diritti riservati non può, in tali ipotesi, essere considerata elemento costitutivo dell'illecito concorrenziale, cfr. Cass., 26 giugno 2019, n. 17161, in www.cortedicassazione.it.

¹¹⁰ Istituto di origine anglosassone, indica il potere del giudice, su istanza di parte, di ordinare alla controparte o a terzi l'esibizione di elementi o categorie di prova.

¹¹¹ P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit. p. 469.

competenze, spesso privo di logica se non nel senso di sottrarre in determinati settori margini di intervento ai giudici o alla P.A.¹¹².

Questo accrescimento di competenze ha riguardato l'ambito della tutela del consumatore, con applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e con la vigilanza in materia di contratti del consumo, nonché l'applicazione di normative eterogenee nell'ambito del mercato e della concorrenza.

Avverso gli atti di concorrenza sleale, invero, oltre alla tutela risarcitoria di cui si è ampiamente trattato, comune alla disciplina dell'illecito civile, e richiamata dall'art. 2600 c.c., sussistono altri rimedi specifici della materia, come l'inibitoria e le sanzioni volte ad eliminare gli effetti negativi della condotta anticoncorrenziale, di cui all'art. 2599 c.c..

L'attuale normativa *antitrust* prevede che la legittimazione a chiedere l'inibitoria riguarda sia gli imprenditori che i consumatori che vi abbiano interesse. L'art. 2601 c.c. prevede che l'azione contro la repressione di tali condotte possa essere promossa anche dalle associazioni di categoria.

L'Autorità si avvale anche degli strumenti previsti dal Codice del Consumo, la cui efficacia è legata alla deterrenza della sanzione ed è flessibile anche in funzione dell'evoluzione tecnologica.

L'Autorità può inibire la continuazione ed eliminare gli effetti della pubblicità ingannevole e comparativa illecita, avvalendosi della Guardia di Finanza (art. 8 d. lgs. n. 145/2007).

Inoltre, nei casi di urgenza è possibile avvalersi di una tutela cautelare, sospendendo provvisoriamente la pubblicità ingannevole e comparativa illecita.

In caso di inottemperanza, l'Autorità commina una sanzione amministrativa pecuniaria, da duemila a ventimila euro.

Ad eccezione di casi di manifesta scorrettezza e gravità, si può creare un sistema di *compliance* tra Garante e professionista responsabile della condotta illecita. Quest'ultimo, infatti, ai sensi della norma citata, può assumere l'impegno a porre fine all'infrazione, e di tale dichiarazione può essere disposta la pubblicazione. In tali casi il procedimento viene immediatamente definito.

Laddove il messaggio non sia stato diffuso, l'Autorità, se lo ritiene illecito, ne vieta la diffusione, in caso contrario ne dispone l'interruzione.

Con il provvedimento che inibisce la diffusione, può essere comminata la sanzione amministrativa pecuniaria da cinquemila a cinquecentomila euro, avuto riguardo alla durata e gravità della violazione, soprattutto laddove il messaggio sia stato rivolto a soggetti deboli o abbia potenzialmente comportato un pericolo per la salute e la sicurezza dei consumatori.

Nel caso specifico di pubblicità inserite sulle confezioni dei prodotti, l'Autorità deve assegnare un congruo termine per consentire l'adeguamento degli stessi.

Se il destinatario dell'inibitoria o dei provvedimenti d'urgenza non ottempera, è prevista l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria dai diecimila ai

¹¹² P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit. p. 339.

centocinquantamila euro, nonché la sospensione dell'attività di impresa in casi particolarmente gravi.

Si è poi trattato dell'autodisciplina, con particolare riferimento al settore pubblicitario. In effetti l'art. 9 del d. lgs. n. 145/2007 prevede espressamente la facoltà di chiedere l'inibitoria a organismi autonomi e volontari di autodisciplina. Il procedimento può essere avviato anche se è pendente medesima questione dinanzi l'Autorità.

Anche in tal caso i rimedi per imprese e consumatori sono dati dall'inibitoria, dalle sanzioni e dalla pubblicazione della decisione su quotidiani nazionali o locali, nonché su siti *web*.

Quando il Comitato di Controllo riscontra la non conformità di un messaggio al Codice, indicata la fattispecie lesa, emette una ingiunzione di desistenza¹¹³, mediante la quale ne inibisce con effetto immediato la diffusione. Avverso l'ingiunzione si può proporre opposizione motivata. Se l'opposizione è fondata, il Comitato revoca l'ingiunzione, altrimenti trasmette gli atti al Giurì.

In particolare, poi, il Codice di autodisciplina prevede anche un'ipotesi in cui, laddove il mezzo pubblicitario perseveri nella condotta non conforme, con l'inottemperanza manifesta all'ingiunzione, il Giurì interviene nuovamente in applicazione dell'art. 42, rubricato "Inosservanza delle decisioni"¹¹⁴.

Il Giurì, in questi casi, reitera l'ordine di cessazione della comunicazione commerciale interessata e dispone che si dia notizia al pubblico dell'inottemperanza, 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 soccombente.

In certe ipotesi il Giurì ordina che dell'inottemperanza sia data notizia sul sito istituzionale dello IAP.

Un rimedio che può essere considerato blando è quello della *moral suasion*, una sorta di potere intrinseco mediante il quale le Autorità garanti, nei rispettivi settori di vigilanza, possono tentare di indurre gli operatori del mercato a modificare le proprie condotte anticoncorrenziali, improntandole a comportamenti moralmente e

¹¹³ Art. 39 Cod. autodisciplina.

¹¹⁴ Art. 42 Cod. autodisciplina "Inosservanza delle decisioni"

Qualora chi è tenuto ad uniformarsi alle decisioni del Giurì o del Comitato di Controllo non vi si attenga nei tempi previsti dall'apposito regolamento, il Giurì o il suo Presidente reiterano l'ordine di cessazione della comunicazione commerciale interessata e dispongono che si dia notizia al pubblico dell'inottemperanza, 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 soccombente che dovrà assumerne immediatamente l'onere. Qualora la parte soccombente sia inadempiente la parte vittoriosa, su richiesta dello IAP, sosterrà le spese con diritto di rivalsa.

A tal fine chiunque vi abbia interesse può presentare istanza al Presidente del Giurì. Il Presidente, se l'inottemperanza non è manifesta, dispone che il procedimento segua la procedura ordinaria. Diversamente, con decisione succintamente motivata, accerta l'inottemperanza e provvede ai sensi del primo comma, segnalando alle parti la facoltà di presentare motivata opposizione nel termine perentorio di 5 giorni liberi lavorativi, in pendenza dei quali il provvedimento rimane sospeso.

In mancanza di rituale presentazione dell'opposizione, ovvero nel caso di sua manifesta infondatezza, la decisione diviene esecutiva e viene comunicata alle parti interessate.

Diversamente, il Presidente revoca la propria decisione e convoca le parti dinanzi al Giurì per la discussione della vertenza entro il termine più breve possibile e comunque non oltre i termini previsti per la procedura ordinaria. Il Giurì, qualora accerti l'inottemperanza, provvede ai sensi del primo comma".

socialmente corretti, facendo leva su argomentazioni di natura persuasiva. Infatti, letteralmente, *moral suasion* si può tradurre come persuasione morale.

Le Autorità, non disponendo di un potere diretto in tal senso, si basano sull'autorevolezza del proprio status di autorità *super partes*, nonché sull'importanza del proprio ruolo¹¹⁵.

L'obiettivo perseguito è quello della prevenzione di situazioni di conflitto.

In particolare, negli ultimi tempi si è assistito ad un massiccio intervento dell'AGCM nei confronti degli *influencer* proprio mediante la *moral suasion*, al fine di evitare il propagarsi della pubblicità occulta, soprattutto tramite i *social media*.

Il fatto che tale strumento venga adoperato nell'ambito dell'*influencer marketing* può essere connesso alla novità di tale fenomeno, che richiede nuove regole e un adattamento non sempre rapido. Un approccio blando si attaglia a una realtà ancora difficile da perimetrare.

Laddove i destinatari delle lettere non modifichino la propria condotta, l'AGCM può intraprendere un'istruttoria, al termine della quale può comminare delle sanzioni.

4. Analisi comparatistica sui sistemi anticoncorrenziali.

Attualmente, nel panorama del diritto *antitrust*, convivono due grossi blocchi: il diritto della concorrenza europeo e il diritto della concorrenza statunitense.

Oltre al diritto statunitense, la presente analisi verterà su cenni di diritto della concorrenza nell'ordinamento cinese, russo e tedesco.

In primis, l'attuale normativa europea, che si riverbera in quella degli Stati membri, trova in parte la sua stessa matrice nel diritto statunitense, avendo ampiamente attinto dai risultati conseguiti oltreoceano.

Come osservato nei precedenti paragrafi, per lungo tempo il sistema italiano della concorrenza si è contraddistinto per una vistosa lacuna, in quanto era assente una normativa volta alla repressione di fenomeni distorsivi, a differenza degli Stati Uniti d'America, che disponevano già nel 1890 di un'articolata e strutturata legge contro i monopoli (lo *Sherman Act*).

Le ragioni possono essere riscontrate nel fatto che gli Stati Uniti, molto prima di altri paesi, godevano di un'economia industriale molto avanzata¹¹⁶.

Inoltre, la disciplina della concorrenza partecipa di una visione del fenomeno concorrenziale sia economica sia politica, nel senso di intervento statale di regolazione del mercato.

¹¹⁵ E. GALANTI, *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, 2008, p. 590.

¹¹⁶ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 1. Diritto dell'impresa*, cit., p. 220.

La composizione di tali aspetti ha avuto forme distinte nell'ambito della storia del diritto *antitrust* europeo e statunitense, in ragione della diversa impostazione e sviluppo dell'idea di Stato e di economia.

Negli Stati Uniti il diritto della concorrenza mira ad arginare il sopravvento del potere economico su quello politico, dando voce alle *corporation*, in Europa si afferma al fine della creazione di un mercato comune, con lo scopo di garantire la libera circolazione. Questa differenza ha apprezzabili conseguenze sul piano pratico, tra cui l'ampio sviluppo negli Stati Uniti del *private antitrust enforcement*. In ciò, con riferimento a quanto affermato nei precedenti paragrafi, si può riscontrare una vistosa differenza con il nostro ordinamento (cfr. par. 3.4).

La disciplina *antitrust* gioca un ruolo fondamentale nell'economia statunitense. Si può affermare che il suo successo deriva dalla combinazione e dall'equilibrio tra *public* e *private enforcement*. La Corte Suprema degli Stati Uniti ha evidenziato come la competizione nel mercato dipenda dalla *compliance* con la legislazione *antitrust*¹¹⁷¹¹⁸.

Questa posizione di primo piano del *private enforcement* porta ad assicurare che i privati danneggiati vengano adeguatamente compensati, e funge da deterrente per future condotte anticoncorrenziali¹¹⁹.

Il diritto *antitrust* americano nasce nel periodo successivo alla guerra civile del 1861-1865.

Per aggirare il divieto di accordi limitativi della libera concorrenza, le imprese fecero uso dell'istituto di origine anglosassone del *trust* al fine di coalizzarsi tra loro e di creare nel mercato strutture monopolistiche. Con lo sviluppo dei *trust* nei principali settori dell'economia, gli altri operatori del mercato, trovandosi privi di potere di negoziazione, inevitabilmente dovettero subire le condizioni economiche imposte dai grandi cartelli.

In questo quadro si inserisce la emanazione dello *Sherman Act*, dal nome del Senatore *John Sherman*, uno dei candidati alla presidenza degli Stati Uniti d'America nel 1885.

Tale atto stabiliva, mediante disposizioni di carattere generale, l'illiceità di accordi e *trust* restrittivi del commercio tra Stati federali e tra Stati Uniti e Paesi terzi, nonché il divieto di pratiche monopolistiche, anche solo potenzialmente dannose.

Successivamente, a partire dal 1914 furono promulgati il *Clayton Act* (dal nome del deputato *Henry De Lamar Clayton*), per il contrasto delle operazioni di

¹¹⁷ A. FIEBIG, *Private enforcement of antitrust law in the United States of America*, Dizionario sistematico del diritto della concorrenza, a cura di L. F. PACE, 2013, p.471.

¹¹⁸ *U.S. Supreme Court, Hawaii v. Standard Oil Co.*, 1972, secondo cui "Every violation of the antitrust laws is a blow to the free-enterprise system envisaged by Congress. This system depends on strong competition for its health and vigor, and strong competition depends, in turn, on compliance with antitrust legislation. In enacting these laws, Congress had many means at its disposal to penalize violators. It could have, for example, required violators to compensate federal, state and local governments for the estimated damage to their respective economies caused by the violations. But, this remedy was not selected. Instead, Congress chose to permit all persons to recover three times their actual damages every time they were injured in their business or property by an antitrust violation".

¹¹⁹ R. H. LANDE, J. P. DAVIS, *Benefits from private antitrust enforcement: an analysis for forty cases*, 42 U.S.F. L. Rev. 879, 2008, "antitrust litigation serves the purposes of ensuring that anti-competitive conduct uncovered, the individuals harmed are adequately compensated, and deterring future anti-competitive conduct".

concentrazione e il *Robinson Act*, che adattò i divieti dello *Sherman Act* anche alle pratiche di discriminazione dei prezzi¹²⁰, nonché il *Wilson Tariff Act*.

In materia di concorrenza la giurisprudenza statunitense ha creato la teoria della *rule of reason*. In base a questa teoria che, sebbene risalente, è ancora oggi in auge, ogni forma di restrizione del mercato deve essere sottoposta ad un vaglio di ragionevolezza, così da poterne stabilire la liceità. Secondo tale tesi bisogna valutare se gli effetti restrittivi di un accordo siano compensati dalla presenza di effetti favorevoli alla concorrenza¹²¹.

Dal punto di vista sostanziale, tale approccio ha costituito per lungo tempo la principale differenza tra il diritto statunitense e quello europeo, tuttavia, pur tenendo conto della dovute differenza tra i due sistemi, è possibile affermare che la *rule of reason* rappresenti oggi, anche in ambito europeo, un importante parametro di formazione del giudizio di legalità rispetto ad una condotta potenzialmente lesiva della concorrenza.

Nel 1914 è stata fondata la *Federal Trade Commission* (FTC, creata con il *Federal Trade Commission Act*), un'agenzia indipendente del Governo degli Stati Uniti. La sua missione principale è la promozione della tutela dei consumatori e l'eliminazione e la prevenzione delle pratiche commerciali anticoncorrenziali. In ciò si coglie a livello embrionale quella che sarà l'istituzione delle Autorità amministrative indipendenti in Europa.

Secondo la dottrina è difficile dire quanto sopravviva dello spirito populista e democratico matrice del diritto *antitrust* statunitense, anche se rimangono attuali le formulazioni che intendono le norme a tutela della concorrenza come strumento essenziale di "democrazia economica", volto a conferire benessere a imprenditori e consumatori (*consumer welfare*)¹²².

La legge *antitrust* negli Stati Uniti ha due fonti: statuti federali e statali.

Ciascuna di queste fonti statutarie è accompagnata da giurisprudenza e regolamenti adottati dalle autorità federali e statali.

In aggiunta alle disposizioni federali, ogni singolo Stato ha una sua normativa anticoncorrenziale.

Secondo la U.S. *Supreme Court*, la legge *antitrust* federale non pregiudica automaticamente l'applicazione della legge *antitrust* statale alla medesima condotta¹²³.

¹²⁰ P. NEWMAN, *Revenge: John Sherman, Russell Alger and the Origins of the Sherman Act*, in *Public Choice*, Vol. 174, n. 3-4, Florida, 2018.

¹²¹ Tale principio è stato applicato, per esempio, nel noto caso *Standard Oil*, in cui la *Federal Trade Commission* ha verificato la liceità di una restrizione della concorrenza soppesando gli effetti pro ed anti competitivi dell'accordo, alla luce della sua natura, delle caratteristiche e condizioni dei mercati rilevanti. Nel 1906, infatti, il Governo federale citò a giudizio la *holding* del gruppo per violazione dello *Sherman Antitrust Act*. Nel 1911 la Corte Suprema confermò il giudizio del primo grado e decretò lo smembramento della *holding* in trentaquattro società ciascuna con un proprio distinto *management*.

¹²² V. MANGINI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, cit., p. 3.

¹²³ U.S. *Supreme Court*, *Rice v. Norman Williams Co.*, 458 U.S. 654, 1982.

Le violazioni della normativa a tutela della concorrenza possono essere perseguite dal Governo degli Stati Uniti per mezzo delle due Agenzie federali alle quali spetta la legittimazione ad agire (*public actions*) o dagli stessi privati (*private actions*).

Le Agenzie hanno il potere di tentare di risolvere le controversie in via stragiudiziale, cercando di giungere ad un accordo con l'impresa (*consent decree*), che deve avere ad oggetto le modalità di eliminazione delle conseguenze delle condotte illecite ed un eventuale risarcimento.

L'azione pubblica non è soggetta a termini prescrizionali.

Accanto alle *public actions* sussistono le iniziative dei privati, che a causa delle condotte anticoncorrenziali delle imprese ritengono di aver subito un danno, che riguarda l'impresa del danneggiato o i suoi beni.

Il risarcimento accordato può essere cospicuo, in quanto il *Clayton Act* prevede che sia pari al triplo del danno patito. La prova del danno e del nesso di causalità, come nel nostro ordinamento, spetta all'attore.

Negli Stati Uniti, molte rivendicazioni *antitrust* private sono avviate in seguito ad azioni di *public enforcement*. I casi di *private actions* intentate, a differenza che nel nostro ordinamento, superano di gran lunga le *public actions*, di solito limitate alle violazioni macroscopiche.

In genere vi sono due forme di azione privata¹²⁴, che discendono dal tipo di riparazione cui si aspira. Una parte privata può inoltrare una richiesta di risarcimento danni o chiedere un provvedimento ingiuntivo¹²⁵. In alcune ipotesi i rimedi possono essere esperiti congiuntamente.

Come nel nostro ordinamento, l'azione risarcitoria può essere intentata da associazioni di categoria. Ma, diversamente dal sistema europeo, può essere intentata dagli *State Attorney General*, (Procuratori Generali degli Stati federali), il che crea problemi notevoli nella concorrente applicazione di norme federali e statali, soprattutto ove siano in conflitto tra loro.

Un altro sistema che può essere preso a confronto è quello cinese.

La Cina ha emanato una normativa *antitrust* soltanto nel 2007.

L'art. 1 della legge sui monopoli chiarisce che lo scopo della normativa *antitrust* cinese è quello di prevenire e limitare le condotte monopolistiche, proteggere la giustizia e la concorrenza sul mercato, rafforzando l'economia, la tutela degli interessi dei consumatori, la promozione del sano sviluppo dell'economia socialista di mercato¹²⁶.

Ci sono tre Autorità responsabili del *public enforcement* della normativa antimonopolistica cinese, il Ministro del commercio (MOFCOM) che esamina le concentrazioni, la *National Development and Reform Commission* (NDRC), che è responsabile dei casi di monopolio dei prezzi, e la *State Administration of Industry and Commerce* (SAIC) per gli altri casi.

¹²⁴ Il *Clayton Act* consente azioni di esecuzione privata per danni e per provvedimenti ingiuntivi per "any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws".

¹²⁵ A. FIEBIG, *Private enforcement of antitrust law in the United States of America*, Dizionario sistematico del diritto della concorrenza, a cura di L. F. PACE, 2013, p.473.

¹²⁶ Il testo della legge è disponibile su www.china.org.cn/government.

Queste tre Agenzie sono organizzate in uffici, ed operano in modo indipendente, ma sono coordinate dalla Commissione Antimonopoli, che è stata istituita dal Governo centrale.

In Cina il *private enforcement* ha pari peso rispetto alle azioni delle Autorità pubbliche. Molte grandi aziende, multinazionali o locali, sono state citate in giudizio in base alla legge antimonopolio, come *Microsoft*, *Johnson&Johnson*, *Tencent*, *Baidu*, e altre. La legge antimonopolio è sempre più utilizzata da privati “come guscio per proteggere i loro interessi o come spada per attaccare i concorrenti”¹²⁷.

In generale, l'applicazione privata della legge antimonopolio cinese trae molte delle sue regole da contenzioso civile *IP*, principalmente perché in entrambi i casi il giudice per essere competente deve avere delle necessarie conoscenze altamente tecniche e professionali. Invero, in tali controversie si riscontra l'utilizzo di molti termini economici, come *market definition*, *SSNIP*, *market power*, *efficiency*.

Il sistema giudiziario cinese è costituito da quattro livelli, la Corte Suprema è al più alto di questi, ed è il giudice di ultima istanza per tutti i casi.

Non tutte le Corti hanno giurisdizione in materia di diritto della concorrenza.

Per quanto concerne i rimedi, se l'attore sostiene di aver subito perdite causate dalla condotta anticoncorrenziale del convenuto, il giudice può dichiarare la sussistenza di responsabilità civile. Le principali modalità di assunzione della responsabilità civile comprendono la cessazione delle infrazioni, l'eliminazione dei pericoli, la restituzione dei beni, il risarcimento delle perdite, ecc...

Il concetto di danni punitivi a favore delle vittime delle condotte antimonopolistiche è molto raro nel diritto cinese.

Ma su richiesta del querelante, il danno può includere le spese ragionevoli sostenute dal medesimo per fermare la condotta lesiva, e anche l'onorario dell'avvocato.

Un elemento caratteristico del diritto della concorrenza nell'ordinamento cinese è dato dal fatto che le *class actions*, previste in molti ordinamenti, non hanno applicazione, e ciò dipende anche dalla forte impronta di “civil law tradition”¹²⁸.

Per quanto riguarda il diritto della concorrenza in Russia, la prima normativa venne adottata il 22 Marzo 1991, qualche mese prima della dissoluzione dell'Unione Sovietica (the “Law of the Russian Soviet Federative Socialistic Republic on competition and restriction of monopolistic activities in markets of goods”)¹²⁹.

Quindici anni dopo, nel 2006, la Duma ha approvato la legge federale per la tutela della concorrenza, che è entrata in vigore nell'ottobre dello stesso anno.

Da quel momento, molte modifiche sono state apportate alla disciplina in questione, per esempio nel 2011 con l'approvazione di quello che viene chiamato “Third

¹²⁷ T. HU, *Private enforcement of antitrust law in China*, Dizionario sistematico del diritto della concorrenza, a cura di L. F. PACE, 2013, p.486.

¹²⁸ T. HU, *Private enforcement of antitrust law in China*, Dizionario sistematico del diritto della concorrenza, a cura di L. F. PACE, cit., p.489.

¹²⁹ R. DASHKO, A. DERGACHEVA, V. SEMENIKHIN, *Private enforcement of antitrust law in Russia*, Dizionario sistematico del diritto della concorrenza, a cura di L. F. PACE, 2013, p.443.

Antitrust Package”, che introduce previsioni dettagliate su accordi vietati, concertazioni e prezzi monopolistici.

Per molto tempo l’obiettivo primario delle Autorità *Antitrust* russe (Federal Antimonopoly Service) è stato l’armonizzazione del diritto della concorrenza interno con quello dell’Unione Europea.

Secondo quanto disposto dall’art. 1 della legge per la tutela della concorrenza, gli obiettivi della normativa sono quelli di assicurare l’integrità del mercato territoriale, la libera circolazione dei beni, la libertà delle attività economiche nella Federazione russa, la protezione della concorrenza e la creazione di condizioni per l’efficiente funzionamento del mercato dei prodotti.

Tale legge proibisce l’abuso di posizione dominante, gli accordi anticoncorrenziali come cartelli e accordi verticali, le azioni concertate, la competizione sleale, le decisioni/risoluzioni e azioni (o omissioni) da parte di organi statali e comunali.

L’Autorità che vigila sul rispetto della normativa sulla concorrenza è il FAS (Federal Antimonopoly Service), che si compone di un reparto centrale e di dipartimenti regionali e diverse divisioni.

Il FAS rende conto direttamente al Governo.

È interessante notare come, a differenza dall’ordinamento italiano, il Direttore del FAS e i suoi membri siano nominati dal Governo.

Dato che è l’organismo nazionale garante della concorrenza, il FAS può indagare sulle violazioni del diritto della concorrenza, infliggere ammende e adire i tribunali per ottenere ordinanze che impediscano la violazione delle relative leggi.

Nel 2009, i poteri del FAS sono stati estesi, nel senso che tale Autorità è ora in grado di condurre ispezioni non programmate, ricercando e sequestrando i documenti nei locali dell’impresa.

Il FAS è autorizzato altresì a emanare decisioni e direttive.

Anche se le giurisdizioni del FAS centrale e dei suoi dipartimenti regionali sono distinte, il reparto FAS centrale può assumere l’iniziativa nelle inchieste avviate dai dipartimenti regionali.

Il *private enforcement* è sempre esistito in Russia dal momento dell’emanazione della normativa sulla concorrenza, ad esempio l’art. 22 della legge del 1991 prevedeva che il giudice potesse ordinare il risarcimento dei danni derivanti dalle violazioni della legge medesima, mediante le regole civilistiche.

Analogamente alla legge sulla concorrenza del 1991, l’art. 37 della nuova legge russa sulla concorrenza, adottata nel 2006, contiene una disposizione generale sulla responsabilità in materia di violazioni del diritto della concorrenza. Nel 2011, nell’ambito del menzionato *Third Antitrust Package*, si legge “le persone i cui diritti e interessi sono violati a seguito di una violazione del diritto della concorrenza, hanno diritto di adire le vie legali in seguito alla procedura stabilita dalla legge, comprese le rivendicazioni per il ripristino dei diritti violati, il risarcimento delle perdite, compresi i profitti perduti...”¹³⁰.

¹³⁰ R. DASHKO, A. DERGACHEVA, V. SEMENIKHIN, *Private enforcement of antitrust law in Russia*, Dizionario sistematico del diritto della concorrenza, a cura di L. F. PACE, cit, p.443 ss.

L'esecuzione forzata privata può includere altri tipi di atti civili, basati sulle norme generali del Codice civile, come la richiesta di risarcimento, l'azione di ingiustificato arricchimento, la pretesa di imporre la prestazione all'altra parte, la richiesta di provvedimenti inibitori.

In ultimo, per la grande affinità con la disciplina italiana, è opportuno riferire in merito al diritto della concorrenza nell'ordinamento tedesco.

La normativa tedesca contro la concorrenza sleale è stata elaborata alla fine dell'Ottocento e, come nel caso dell'ordinamento italiano, trova la sua origine nelle teorie del liberalismo economico.

Nel 1869 è stata emanata la legge sulla libertà di commercio e nel 1874 quella sulla protezione del marchio.

La prima versione della legge contro la concorrenza sleale (UWG) entrò in vigore il 27 maggio 1896, ma recava soltanto un elenco di pratiche anticoncorrenziali come denigrazione dei concorrenti, imitazione di marchi, divulgazione di segreti professionali. Inizialmente non fu elaborata una clausola generale.

Con l'entrata in vigore del BGB, la giurisprudenza cominciò ad applicare le norme sull'illecito extracontrattuale alle fattispecie anticoncorrenziali (§ 826, secondo cui chiunque, tramite una violazione dei buoni costumi, causa dolosamente un danno ad un altro, è obbligato a risarcirlo)¹³¹.

Nel 1909 il problema di adottare una clausola generale fu risolto con la riforma dell'UWG, prevedendo che la domanda di risarcimento dei danni o di cessazione del comportamento illecito potesse essere proposta nel caso in cui un soggetto, nel compimento di pratiche d'affari e con scopo di concorrenza, avesse agito contrariamente ai buoni costumi (*gute sitten*).

Nel 2004 viene promulgato il nuovo UWG, nuovamente modificato nel 2008 dalla legge che ha recepito la Direttiva 2005/29/CE, sulle pratiche commerciali sleali. In tale occasione al concetto di *gute sitten* si sostituisce quello di *unlauterkeit*, ossia slealtà.

La legge si articola in cinque capitoli.

Le previsioni generali contengono la dichiarazione degli obiettivi della legge e la definizione di alcuni termini, che richiamano al BGB. Segue una lista non esaustiva di esempi di condotte disoneste.

Nel secondo capitolo vengono disciplinati i rimedi, cioè il diritto di chiedere un provvedimento inibitorio, la distruzione o il ritiro dal commercio di beni illecitamente pubblicizzati, il risarcimento dei danni e il diritto al prelievo dei profitti illecitamente realizzati.

Il terzo capitolo concerne l'esecuzione e gli aspetti processuali, con particolare riferimento ai provvedimenti cautelari e alla mediazione.

Il quarto capitolo riguarda le sanzioni amministrative e penali per atti quali la pubblicità ingannevole dolosa, il tradimento del commercio e la rivelazione di segreti industriali.

¹³¹ G. GHIDINI, *La "correttezza professionale" (art. 2598, n. 3, cod. civ.) tra due ordinamenti costituzionali*, Riv. Dir. Ind. 2011, p. 240.

Per concludere, il quinto contiene disposizioni finali.

È interessante notare come con la riforma sia stata inserita una *black list* di pratiche commerciali in ogni caso illecite, in quanto compiute sempre a danno del consumatore. Queste sono elencate nell'appendice finale alla legge.

La peculiarità di tali disposizioni è insita nel fatto che le stesse descrivono quelle modalità di condotta che, in ogni caso, condurranno a un giudizio di illiceità, per le quali, di conseguenza, non è necessaria la prova di idoneità a danneggiare sensibilmente la concorrenza. Quest'ultima prova è invece richiesta per tutti i comportamenti non previsti nella lista.

La normativa tedesca è così strutturata: alla disposizione generale che individua il divieto, ne segue un'altra che contiene un elenco di comportamenti specifici che integrano la disposizione generale.

Per quanto riguarda la legittimazione ad agire, si può dire che l'UWG del 1909 era posto a tutela soltanto delle imprese e, indirettamente, soprattutto grazie alla interpretazione estensiva della giurisprudenza, veniva tutelato anche il consumatore, e ciò analogamente al codice civile italiano.

Con l'introduzione del UWG del 2004 viene incluso nella tutela anche il consumatore, e ciò si pone in linea con la normativa unionale.

Occorre notare, rispetto al nostro ordinamento, una diversa impostazione della disciplina applicabile alle fattispecie anticoncorrenziali.

In Italia il legislatore ha preferito distinguere il problema della tutela del consumatore dalle pratiche commerciali sleali, aggressive e ingannevoli, mediante il codice del consumo, da quello della tutela del concorrente, che ritroviamo negli art. 2598 ss. c.c..

Invece l'UWG reca contemporaneamente la disciplina *business to business* e *business to consumer*.

Infatti, i vari elenchi di esempi di violazioni che vengono posti dopo le disposizioni generali sui divieti di pratiche commerciali sleali, ingannevoli e aggressive, comprendono azioni compiute sia verso il concorrente sia verso il consumatore.

Ciò che rileva è che il comportamento posto in essere dall'imprenditore sia potenzialmente dannoso dell'interesse di uno dei soggetti protetti dalla disciplina in questione.

Tuttavia, anche tale disciplina non conferisce la legittimazione ad agire al consumatore, ma soltanto alle associazioni di categoria, che in ogni caso non possono chiedere il risarcimento dei danni, e alle Camere di Commercio.

L'UWG è quindi una legge pensata a protezione della concorrenza e non si può ritenere volta specificatamente alla tutela del consumatore, non avendo costui legittimazione attiva. I consumatori sono tutelati come collettività, ed infatti, come osservato, le associazioni di categoria possono intraprendere a certe condizioni azioni legali.

Il legislatore tedesco pone l'accento sulla sola idoneità dell'atto al danneggiamento, ma ai fini dell'integrazione della pratica commerciale sleale non occorre l'elemento soggettivo, necessario soltanto per la richiesta risarcitoria.

Le pratiche commerciali sono in ogni caso illecite laddove non corrispondano alla diligenza professionale dell'imprenditore e siano adatte a danneggiare sensibilmente la capacità di scelta commerciale del consumatore.

La nozione di consumatore rinvia al BGB, indicando qualsiasi persona fisica che compie un negozio giuridico con uno scopo estraneo alla sua attività, professione o commercio.

La diligenza professionale è data dallo *standard* di conoscenza e diligenza al quale ragionevolmente ci si aspetta che l'imprenditore possa conformarsi nelle sue relazioni col consumatore, commisurato alla buona fede e avuto riguardo alle pratiche di mercato nel capo di attività dell'impresa.

Molto interessante per il parallelismo con l'ordinamento italiano è l'elenco di ipotesi che danneggiano il concorrente.

Si tratta del § 4 nn. 7, 8, 9, 10 e 11 UWG, che ricalcano le ipotesi n. 1 e 2 dell'art. 2598 c.c..

Tali disposizioni prevedono che agisce in modo sleale colui il quale sminuisce o diffama le qualità, le merci, i servizi, le attività o le relazioni personali e professionali del concorrente, afferma o diffonde notizie su merci, servizi, imprese del concorrente idonee a danneggiarne il credito, qualora siano date informazioni false o confidenziali.

Inoltre è sleale la condotta di chi offre merci e servizi che sono imitazione di quelle del concorrente se ciò genera confusione sull'origine aziendale del prodotto o di chi approfitta dell'apprezzamento sul mercato della merce o dei servizi imitati, specie se abbia ottenuto le conoscenze per l'imitazione in modo disonesto.

Ancora è considerata sleale la condotta di chi intralcia in modo mirato un concorrente, oppure contravviene a prescrizioni di legge fissate per regolare il comportamento dei concorrenti a tutela del mercato.

Inoltre i §§ 5 e 7, che indicano il divieto di pratiche commerciali ingannevoli con casi esemplificativi, e il divieto di pratiche commerciali che costituiscono molestie intollerabili (nel nostro ordinamento vengono definite aggressive), ricalcano il Codice del consumo italiano.

Per ciò che concerne i rimedi, questi sono gli ordini di rimozione, e in caso di pericolo di reiterazione della condotta, gli ordini di cessazione o desistenza.

Per esempio, frequenti sono le ingiunzioni di ritiro dal mercato di prodotti o distruzione di beni.

Il concorrente danneggiato può chiedere il risarcimento soltanto ove dimostri il dolo o la colpa del danneggiante. I danni vengono calcolati come danno emergente, lucro cessante o si può chiedere un'adeguata *licence fee* (una quantità di denaro che si versa per avere il permesso di utilizzare, fare, o avere qualcosa).

È previsto che prima di intraprendere l'azione legale il concorrente danneggiato debba diffidare il danneggiante. Ciò facilita la successiva richiesta di provvedimenti cautelari, in quanto in caso di previa diffida non occorre dimostrare una speciale urgenza.

Il reclamante vittorioso in giudizio può chiedere la pubblicazione della sentenza, se dimostra di averne un legittimo interesse.

La competenza per le domande fondate sull'UWG è rimessa soltanto al Tribunale del distretto, quindi è esclusa la competenza dei Tribunali regionali.

CAPITOLO II

IL FENOMENO DELL'INFLUENCER MARKETING

SOMMARIO: 1. Il *celebrity marketing*. – 2. Il contratto di *endorsement*: natura e finalità dell'accordo. – 3. Gli *influencer* nel mirino delle Autorità garanti: casi a confronto. – 3.1. Le comunicazioni commerciali occulte nell'ambito dell'*influencer marketing*. – 3.2. Lo IAP e la *Digital Chart*. – 3.3. La storica decisione del Giurì nel caso Fedez-Peugeot. – 3.4. Gli effetti dell'*endorsement* nel recentissimo caso dei Musei Vaticani e degli Uffizi. – 4. Pronunce del Giurì in tema di pubblicità occulta su *Instagram*.

1. Il *celebrity marketing*.

L'approvazione dei prodotti è stata parte integrante dei piani di *marketing* sin dalla creazione della pubblicità. La sponsorizzazione venne utilizzata in tempi molto risalenti, durante i Giochi Olimpici, in quanto i concorrenti delle città-stato greche venivano spesso forniti di alloggi gratuiti, pasti o altro¹³².

L'epicentro del fenomeno del *celebrity marketing* sono gli Stati Uniti, dove le aziende assumono regolarmente soggetti celebri per attirare l'attenzione, nei più vari settori, sui prodotti più recenti. Ad esempio, nel settore farmaceutico Wyeth ha assunto una nota *top model* per sponsorizzare terapie ormonali¹³³.

Tuttavia, tale fenomeno ha avuto un'espansione a livello globale.

Con l'evoluzione del costume sociale si è assistito al progressivo mutamento del *celebrity marketing*, che negli anni novanta del secolo scorso si basava sull'influenza che i *testimonial* esercitano sul potere d'acquisto, mentre negli ultimi anni si fonda sull'influenza esercitata da persone comuni che hanno acquisito notorietà sul *web* in determinati settori grazie soprattutto ai *social media*¹³⁴.

È un dato di fatto che in ogni campagna di successo l'*influencer marketing* sia una delle voci di budget sempre presenti.

Il rapido decollo dell'*influencer marketing* è dipeso dal fatto che negli ultimi decenni il *web* è diventato uno dei principali motori di espansione del *business*. Di contro, per quanto riguarda i *testimonial* e i mezzi pubblicitari più tradizionali, la principale criticità di questa tipologia di *engagement* è data dalla approssimazione dei dati che permettono di comprendere il segmento di pubblico raggiunto dalla strategia comunicativa, nonché l'efficacia e pertinenza del messaggio promozionale.

¹³² A. LIVINGSTON, K. GRANT, *Endorsement*, in *Encyclopedia of Sports Management and Marketing*, by L.E. SWAYNE, M. DODDS, 2011.

¹³³ R. MOYNIHAN, *The intangible magic of Celebrity Marketing*, in *PLoS Medicine*, novembre 2004, vol. I, issue 2, p. 102.

¹³⁴ Di *influencer marketing* si parla espressamente in un articolo del 2014 dell'*Harvard Business Review* (G. SATELL, 3 Reasons to Kill Influencer Marketing, 2014, in www.hbr.org).

Invece i *social media* hanno acquisito sempre più potere e sempre più aziende hanno sostituito i *testimonial* con gli *influencer*.

Volendo definire il *celebrity marketing* si può fare riferimento ad una tecnica di *marketing* in cui un individuo, godendo di pubblico riconoscimento, acconsente di apparire in un annuncio pubblicitario approvando un bene di consumo.

In tale ambito, si colloca il concetto di *endorsement*. Invero, *celebrity marketing* ed *endorsement* sono due concetti di grande rilievo in pubblicità.

Per *endorsement* in generale si intende quella forma di accreditamento di un prodotto o di un brand da parte di personaggi celebri, *influencer* (soggetti che hanno acquisito visibilità e credibilità presso il pubblico per le loro conoscenze in un certo campo, come ad esempio i blogger o i *vlogger*), *user* (utenti comuni che esprimono in rete la propria opinione), che comporti un vantaggio per la visibilità, credibilità e reputazione di un prodotto/brand.

Nella comunicazione commerciale digitale l'*endorsement* assume forme specifiche che si adattano alla rete, come messaggi postati sul sito o profilo personale della *celebrity*, attraverso i *social media* o nei siti di *content sharing*, o ancora su siti o piattaforme di soggetti terzi. Inoltre l'*endorsement* può sostanziarsi nella pubblicazione di contenuti di *user*, attraverso blog o siti indipendenti anche non riferibili all'inserzionista.

I *social network* e i siti di *content sharing* hanno la peculiare caratteristica di consentire la condivisione di contenuti multimediali tra gli iscritti a una determinata *community*.

La grande diffusione di questi mezzi ha portato ad una crescita esponenziale di inserzionisti che si servono di tali strumenti per giungere ad un più ampio numero possibile di utenti, potenziali consumatori.

Non tutti i contenuti che facciano riferimento a un *brand* possono essere considerati come comunicazione commerciale. Commenti spontanei e preferenze personali non sono soggetti, entro certi limiti, al Codice di autodisciplina, in quanto manifestazione di un libero pensiero, a prescindere dal soggetto da cui provengono. Non tutte le forme di espressione aventi ad oggetto un prodotto o un *brand* rappresentano una comunicazione commerciale riconducibile nell'alveo giuridico dell'*endorsement*.

Infatti, opinioni personali, commenti spontanei, suggerimenti e consigli condivisi da *bloggers* ed *influencers*, rappresentano una forma di libera espressione del pensiero, tutelata dall'art. 21 Cost., e di libertà artistica, protetta dall'art. 33 Cost. e, pertanto, sono da considerare legittimi.

In tutti i casi in cui l'*endorsement* realizzi una comunicazione commerciale, lo stesso è soggetto all'applicazione del Codice, con particolare riferimento alle disposizioni applicabili alla comunicazione commerciale *offline* (per esempio, l'art. 4 sulle testimonianze e l'art. 7 che compendia il principio di trasparenza e riconoscibilità). Nei video *live* in diretta *streaming* postati sui *social media*, ove i contenuti abbiano natura promozionale (citazione, inquadramento, utilizzo di

prodotti o *brand*), è fatto obbligo di inserire alcuni *disclaimer* atti ad evidenziare tale scopo promozionale, come previsto nel Regolamento *Digital Chart*.

Da quanto evidenziato è possibile concludere che gli aspetti critici della fattispecie in esame si verificano ogni qualvolta il contenuto dei *post*, aventi ad oggetto un *brand* connotante un prodotto o un servizio, realizzi una forma di *endorsement*, ossia in tutti i casi in cui, tra l'*influencer/endorser* ed il *brand/endorsee*, sia posto in essere un rapporto di committenza, che si coglie nella conclusione di un contratto atipico di *endorsement* oppure in un semplice invio occasionale dei prodotti, da parte dell'azienda, con il fine di proporli ai *followers* dell'*endorser*.

La predetta attività è legittima ed è tutelata dall'art. 41 Cost., laddove non assuma delle derive illecite, date dal non palesare l'intento promozionale ai *followers*/consumatori, apparendo, al contrario, come una condivisione naturale e disinteressata di momenti di vita quotidiana degli autori di un flusso indistinto di *post* e *stories*.

La spontaneità che caratterizza questa nuova forma di *marketing* spesso fa avanzare dubbi sulla sua legittimità, in quanto al limite con forme di pubblicità occulta, sanzionabile ai sensi dell'art. 5 del D. lgs. n. 145/07, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, che prescrive che la pubblicità debba essere sempre riconoscibile come tale.

Il divieto di pubblicità occulta trova, come in precedenza osservato, riconoscimento negli artt. 22 e 23, comma 1, lett. m) del Codice di consumo, rispettivamente in tema di "Omissioni ingannevoli" e "Pratiche commerciali ritenute in ogni caso ingannevoli" e negli artt. 4 e 7 del Codice di Autodisciplina della comunicazione commerciale con riferimento alle "Testimonianze" e ai principi di trasparenza e riconoscibilità.

Vi sono altre forme pubblicitarie soggette al Codice di Autodisciplina.

Il *native advertising*, in particolare, ha come obiettivo quello di inserire il messaggio promozionale in un determinato contesto, mediante contenuti che assumono le sembianze di quelli originari della piattaforma che li ospita (nativi), al fine di catturare l'attenzione dei consumatori, creando un *engagement* con gli utenti che vi vengono a contatto.

Si tratta di una forma ibrida tra contenuti editoriali e pubblicitari, che deve essere espressamente evidenziata, ed è soggetta al Codice di autodisciplina, nonché al Regolamento *Digital Chart* laddove il *native advertising* venga accreditato tramite *celebrity*, *influencer* o *user*.

Tra le forme più diffuse sulla rete si possono annoverare le *in-feed units*, le *paid search units* e i *recommendation widgets*.

Il *celebrity endorsement* è un fenomeno largamente diffuso, che presenta numerosi vantaggi in termini di efficacia delle politiche aziendali, in quanto concentra l'attenzione dei consumatori verso il *brand* o verso un particolare prodotto e ne influenza la percezione mediante l'immagine del personaggio famoso.

La *celebrity*, infatti, diviene garante della credibilità del prodotto, in quanto lo utilizza abitualmente.

Tuttavia l'*endorser* può anche essere un soggetto non famoso nel settore di riferimento del prodotto pubblicizzato, o anche più semplicemente un consumatore soddisfatto dall'utilizzo del prodotto (non-celebrity endorsement).

L'*endorser* può variamente essere ricondotto ad un *testimonial*, *influencer*, *brand ambassador* (professionista interno o esterno all'impresa con il compito di promuovere la marca e stimolarne le vendite) o *brand advocate* (quest'ultimo non è un professionista, bensì un consumatore soddisfatto che si riconosce nella marca e nei valori o modelli di comportamento che essa ispira e che è propenso, oltre che ad utilizzarla, anche a consigliarla alla propria rete di conoscenze).

In merito agli effetti a lungo termine prodotti dall'*endorsement* di una *celebrity* sull'immagine di un *brand*, si può sostenere che non esiste, attualmente, uno studio longitudinale che ne abbia analizzato la sostenibilità. Invero, in tale ambito, la mancanza di studi longitudinali è una delle principali lacune della letteratura¹³⁵.

Nonostante ciò, l'attività dei *social media* può generare un effetto a lungo termine sull'immagine dei *brand*. Per esempio, è stato dimostrato che le recensioni *online* dei *brand*, hanno un effetto a lungo termine sulla *performance* delle imprese che commercializzano tali *brand*¹³⁶.

Nell'ambito dei *social media*, inoltre, le *brand communities* hanno un grande potenziale per migliorare la qualità delle relazioni e plasmare la fedeltà dei consumatori verso il marchio.

Il *marketer*, mediante i *social media*, va a stabilire un rapporto con i membri della *community*.

Da ciò deriva un impatto maggiore sull'intenzione di acquisto dei membri della comunità rispetto ai contenuti forniti dai *marketer*. Tipico esempio di ciò si può ritrovare nel contesto dell'*endorsement* sportivo, in cui si rileva una forte relazione tra la sponsorizzazione di una squadra sportiva vincente e l'intenzione di acquisto tra i membri della *community* dei tifosi.

Quindi, in merito al fatto che l'approvazione delle celebrità influenzi le intenzioni comportamentali dei consumatori, si può osservare che la gestione dell'immagine di un marchio da parte dei *marketer*, attraverso il coinvolgimento nelle comunità dei *social media*, influenza positivamente l'intenzione e il comportamento di acquisto dei *followers*.

A tal proposito, l'efficacia dei *social media* dipende dal fatto che siano ampiamente accessibili. Maggiore è l'accessibilità, più forte sarà l'influenza sugli atteggiamenti dei consumatori¹³⁷.

Affinché il messaggio sia efficace, elemento essenziale è stato ritenuto il fatto che la *celebrity* o il personaggio prescelto abbiano una sorta di legame con il prodotto da approvare. Ad esempio, negli Stati Uniti, i ricercatori hanno raccomandato alle

¹³⁵ M. FINK, M. KOLLER, J. GARTNER, A. FLOH, R. HARMS, *Effective entrepreneurial marketing on Facebook – A longitudinal study*, in *Journal of business research*, 113 (2020), p. 151.

¹³⁶ M. FINK, M. KOLLER, J. GARTNER, A. FLOH, R. HARMS, *Effective entrepreneurial marketing on Facebook – A longitudinal study*, cit., p. 151.

¹³⁷ M. FINK, M. KOLLER, J. GARTNER, A. FLOH, R. HARMS, *Effective entrepreneurial marketing on Facebook – A longitudinal study*, cit., p. 151.

aziende farmaceutiche di scegliere una celebrità con esperienza personale nell'ambito del prodotto da sponsorizzare, nonché un soggetto che promuova una sola causa piuttosto che molteplici¹³⁸.

Alcuni studi hanno dimostrato che le misure chiave per un *marketing* efficace sono l'intenzione del pubblico ad impegnarsi ad adottare una determinata condotta (ad esempio, firmare una petizione), e la sua successiva capacità di richiamare le informazioni che l'annuncio intendeva trasmettere.

Ai fini di questo studio, per esempio, è stata identificata la volontà di un potenziale cliente di impegnarsi come la probabilità che clicchi su un *link* contenuto in un annuncio *online*. Il richiamo è stato invece definito come la possibilità che il rispondente possa descrivere correttamente il messaggio di un annuncio pubblicitario con cui è entrato in contatto.

Lo studio in questione, poi, ha preso in considerazione delle *celebrities* che hanno in passato sostenuto cause ambientali o sociali, e nelle pubblicità alle affermazioni di tali soggetti sono state associate delle immagini. Infatti, poiché il comportamento dei consumatori e la letteratura di psicologia cognitiva mostrano un “*effetto di superiorità dell'immagine*”, cioè che le immagini sono più efficaci delle affermazioni nella trasmissione di un messaggio, sia per la memoria sia per quanto concerne il giudizio, è stato notato che il richiamo degli intervistati è stato influenzato dalla immagine delle *celebrities* coinvolte¹³⁹.

Tuttavia va osservato, come si dirà anche nel proseguo, che l'efficacia del fenomeno dell'*influencer marketing* è ancora poco studiata, e che in ogni caso l'approvazione delle *celebrities* non è inequivocabilmente efficace, anche perché si rileva una crescente stanchezza da parte del pubblico¹⁴⁰.

2. Il contratto di *endorsement*: natura e finalità dell'accordo.

Nell'ambito del *marketing* il termine *endorsement* indica il contratto mediante il quale un professionista (*endorser*) si impegna ad utilizzare nell'esercizio della propria attività professionale i prodotti di una determinata impresa (*endorsee*), concedendo a quest'ultima la licenza di utilizzare la propria immagine al fine di promuoverli.

Parte di questo accordo è quindi un soggetto dotato di una certa notorietà (*endorser*). Oltre al professionista che si impegna all'utilizzo di determinati prodotti, parti dell'accordo sono l'impresa che li produce e, sovente, una terza parte, ovvero sia la società che di norma gestisce dal punto di vista commerciale l'immagine dell'*endorser*.

¹³⁸ R. MOYNIHAN, *The intangible magic of Celebrity Marketing*, cit., p. 103.

¹³⁹ E. DUTHIE, D. VERISSIMO, A. KEANE, A. T. KNIGHT, *The effectiveness of celebrities in conservation marketing*, in *PLOS one*, 7 luglio 2017, p. 3 s.

¹⁴⁰ E. DUTHIE, D. VERISSIMO, A. KEANE, A. T. KNIGHT, *The effectiveness of celebrities in conservation marketing*, cit., p. 12 s.

Quanto alla natura della fattispecie in argomento, si tratta di un contratto atipico. L'oggetto essenzialmente è dato dal collegamento tra l'uso e il consumo di un prodotto o *brand* ed una persona particolarmente famosa in un determinato settore (esempio molto comune è quello degli sportivi con le aziende produttrici di abbigliamento sportivo o di articoli sportivi).

L'elemento caratterizzante il contratto è l'obbligo quasi sempre assunto dall'*endorser* di avvalersi in via esclusiva dei prodotti dell'*endorsee*, nel senso che non può utilizzare prodotti concorrenti nell'esercizio ufficiale della propria attività. Spesso tale obbligo si accompagna a quello di prendere parte ad eventi organizzati dall'impresa per promuovere il *brand*.

Di contro, sono a carico dell'impresa gli obblighi attinenti l'assistenza tecnica da fornire al professionista, unitamente a tutti i prodotti necessari a svolgere l'attività. In alcune ipotesi viene pattuito un corrispettivo in denaro, determinabile in misura fissa o in percentuale, sulla base del guadagno delle vendite del prodotto (royalties). Il contratto deve prevedere un termine, nonché l'ambito territoriale di efficacia.

Gli effetti dell'*endorsement* possono essere spiegati tramite il modello di efficacia pubblicitaria fornito da *Ladvidge* e *Steiner* (1961)¹⁴¹.

Secondo il modello in questione, la pubblicità serve ad influenzare tre dimensioni psicologiche di base: il cognitivo, l'affettivo e il conativo.

La funzione cognitiva fornisce informazioni e fatti allo scopo di rendere il consumatore consapevole ed informato circa il *brand* che viene sponsorizzato.

La funzione affettiva della pubblicità crea simpatia e preferenza per il marchio sponsorizzato, che si sostanzia in atteggiamenti più favorevoli. Tale funzione, quindi, è quella di convincere i destinatari della comunicazione.

Infine, la funzione conativa è quella di stimolare il desiderio e indurre i consumatori ad acquistare i prodotti del *brand* sponsorizzato.

Gli effetti cognitivi includono la consapevolezza e la conoscenza dell'oggetto approvato.

Il meccanismo tramite il quale si stabilisce la consapevolezza inizia dalla creazione di attenzione e interesse. È stato osservato a tal proposito che la attenzione verso un prodotto coinvolge processi controllati e automatici.

I processi sopra descritti possono essere influenzati dall'*endorsement* di una celebrità.

In primo luogo, infatti, le persone che hanno un interesse particolare verso una determinata *celebrity* saranno indirizzate all'annuncio pubblicitario di quella *celebrity*. In secondo luogo, l'attenzione dei consumatori è automaticamente diretta, in quanto gli esseri umani tendono a dare un trattamento preferenziale agli stimoli che sono legati ai loro obiettivi personali.

Inoltre, le celebrità sono ben note, e conseguentemente più accessibili alla memoria di ogni individuo, e questo dovrebbe favorire l'attenzione automatica.

¹⁴¹ J. KNOLL, J. MATTHES, *The effectiveness of celebrity endorsements: a meta-analysis*, in *Journal of the Academy of Marketing Science*, 2016, p. 55 ss.

Una volta che un *endorsement* di una celebrità afferra la loro attenzione, i consumatori probabilmente diventano più interessati all'oggetto pubblicizzato rispetto a un oggetto non approvato da altri.

Questo dipende dal fatto che le celebrità possiedono un valore intrinseco derivante dal loro status di personaggi noti al pubblico. Dal momento che le celebrità generalmente piacciono ai consumatori, questi ultimi tendono ad essere più portati a valutare che tipo di oggetto una celebrità stia appoggiando.

Come risultato, si assume che il richiamo e il riconoscimento dell'oggetto siano migliorati a causa di una maggiore elaborazione del messaggio da parte dell'utente. In termini di conoscenza, l'appoggio delle celebrità è assunto per influenzare il significato dell'oggetto approvato, così come la percezione circa il suo prezzo, il suo livello di gusto o la possibilità di acquistarlo¹⁴².

Secondo le statistiche, comparato con i *non-celebrity endorsements* o con i *no endorsements*, l'*endorsement* proveniente da una *celebrity* attira una maggiore attenzione verso il prodotto ed il *brand*, evocando un atteggiamento più favorevole verso l'annuncio e chi l'ha firmato¹⁴³.

Secondo un recente sondaggio Tomoson, importante agenzia statunitense specializzata nel *buzz* e *influencer marketing*, questa nuova forma di promozione sta crescendo sempre più. I canali maggiormente utilizzati *online* sono i *blog*: ogni *influencer* coltiva la connessione con i propri seguaci utilizzando questo mezzo.

In merito alla natura del contratto di *endorsement*, quest'ultimo si differenzia da quello di sponsorizzazione.

Infatti, per pubblicità testimoniale si intende un contenuto pubblicitario in cui interviene un personaggio famoso (testimonial) che esprime la sua opinione personale in relazione ad un determinato prodotto o servizio, esaltandone le caratteristiche e magnificandone le qualità¹⁴⁴. Di conseguenza, la pubblicità testimoniale si differenzia dalla sponsorizzazione poiché una è caratterizzata da una veicolazione del marchio, del nome e dell'immagine della *celebrity* attraverso l'attività professionale, l'altra ha come elemento caratteristico un intervento attivo del personaggio celebre/*testimonial*, esterno e ulteriore all'esercizio della sua attività e finalizzato ad illustrare e approvare le qualità di un prodotto.

Pertanto, l'*endorsement* è oggetto di un autonomo contratto pubblicitario, anche laddove venga inserito come prestazione specifica, eventuale e accessoria all'interno di un più ampio contratto di sponsorizzazione

Ed infatti in genere si distingue tra *endorsed advertising* e *sponsored advertising*. Nel primo caso un personaggio noto esprime pubblicamente commenti positivi in merito a prodotti che hanno una relazione con la propria attività professionale o settore di competenza ed esperienza (per esempio il tennista che pubblicizza un determinato modello di racchetta). Per *sponsored advertising* si intende l'apprezzamento di un personaggio celebre verso un prodotto di qualsivoglia natura

¹⁴² J. KNOLL, J. MATTHES, *The effectiveness of celebrity endorsements: a meta-analysis*, cit., p. 56 s.

¹⁴³ J. KNOLL, J. MATTHES, *The effectiveness of celebrity endorsements: a meta-analysis*, cit., p. 57.

¹⁴⁴ C.L. DEVESA, *La pubblicità testimoniale (Le testimonianze nel messaggio pubblicitario: nozione e disciplina giuridica)*, in Riv. Dir. Ind., 1985, I, p. 164 ss.

e non attinente alla sua professione (per esempio un tennista che enfatizza le qualità di un rasoio).

Negli Stati Uniti questa *species* di pubblicità è stata oggetto di specifica disciplina da parte della *Federal Trade Commission*, che ha chiarito come ogni dichiarazione del *testimonial*, per non essere ingannevole, deve riflettere la sua opinione e l'esperienza da lui compiuta nell'uso del prodotto, essendo altrimenti responsabili, sia il *testimonial* che il produttore del bene pubblicizzato, per il danno arrecato ai consumatori¹⁴⁵¹⁴⁶.

Nel nostro ordinamento, invero, le ipotesi di dichiarazioni pubblicitarie del *testimonial* non corrispondenti al vero rientrano nella fattispecie della pubblicità ingannevole. Il legislatore, infatti, mediante l'art. 2, lett. b), D. lgs. 74/92 ha predisposto una formula molto ampia, favorendo un'interpretazione estensiva, in quanto per pubblicità ingannevole si intende qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione, induca in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che comunque 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.

Il contratto di endorsement è poi strettamente connesso alla fattispecie del *licensing* pubblicitario.

Per *licensing* pubblicitario si intende il rilascio da parte di un soggetto famoso a soggetti terzi, in genere dietro corrispettivo, della licenza di utilizzare il suo nome, la sua immagine e/o altri suoi elementi distintivi a fini pubblicitari.

Il *licensing* è spesso prestazione accessoria inserita nei contratti di sponsorizzazione, che non vale a caratterizzarne la natura.

Ogni *endorsement* presuppone il *licensing*. La differenza è insita nel fatto che nell'ambito del *licensing* pubblicitario non è necessario l'intervento attivo del personaggio noto, cosa che avviene nell'*endorsement*.

3. Gli *influencer* nel mirino delle Autorità garanti: casi a confronto.

In ragione dell'ampiezza e del proliferare dei contenuti sui *social network*, e con la rapida diffusione dell'*influencer marketing*, le Autorità garanti e, in particolar modo, l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, hanno palesato l'esigenza di regolamentare il fenomeno, in quanto potenzialmente lesivo dei diritti dei consumatori, specie con riguardo alla tematica della pubblicità occulta sui *social media*.

In particolare, negli ultimi anni, l'AGCM ha portato avanti delle azioni di contrasto a forme di pubblicità occulta realizzate da personaggi pubblici, anche con un

¹⁴⁵ *Federal Trade Commission, Guides concerning use of endorsement and testimonial in advertising*, 1982.

¹⁴⁶ Per esempio, noto è il caso di un famoso cantante che aveva sponsorizzato una crema per la cura dell'acne, magnificandone gli effetti sulla propria pelle, pur non essendo affetto da alcuna patologia cutanea (cfr. *F.T.C. vs Cooga Mooga Inc. e Karr Preventive Medical Products Inc.*, 92 F.T.C., 1078, 310).

numero di *followers* non molto elevato, al fine di sensibilizzare gli operatori del settore ed indurli al rispetto delle disposizioni di legge, in particolare del Codice del consumo.

La esaltazione di un *brand* sui *social media*, avvalendosi di un'apparente condivisione spontanea e disinteressata della propria vita quotidiana senza alcuna avvertenza circa la natura commerciale dei contenuti postati, costituisce violazione degli articoli 22 e 23 del Codice del consumo, nonché dell'art. 7 del Codice di Autodisciplina della comunicazione commerciale. Come esplicitato in precedenza, tali norme vietano le omissioni e le pratiche commerciali ingannevoli.

Laddove sussista un rapporto di committenza tra l'*influencer* e il marchio dallo stesso posto in risalto, vi è la necessità di rendere edotto il pubblico della natura pubblicitaria e promozionale del messaggio.

Molti degli interventi dell'AGCM vengono coadiuvati dal Nucleo speciale *Antitrust* della Guardia di Finanza, che si occupa di monitorare il fenomeno.

Trattandosi di un fenomeno relativamente emergente, l'Autorità generalmente opera inviando delle lettere di *moral suasion* agli *influencer* e ai titolari dei marchi utilizzati dagli stessi. Il contenuto delle lettere consiste nella richiesta, inoltrata a tali soggetti, di rispettare la normativa in materia, chiarendo che la pubblicità deve essere riconoscibile in quanto tale e che il divieto di pubblicità occulta ha portata generale, applicandosi anche alle comunicazioni diffuse tramite i *social network*. In sostanza, gli *influencer* non devono lasciar credere ai propri *followers* di agire in modo spontaneo nella loro quotidianità, laddove stiano piuttosto promuovendo un prodotto o *brand*.

Secondo un recente comunicato stampa rilasciato dall'AGCM, tali interventi di *moral suasion* hanno raggiunto l'obiettivo, dal momento che molti *influencer* hanno fatto un uso più frequente ed appropriato di avvertenze circa la presenza di contenuti pubblicitari nei *post* dagli stessi pubblicati sui *social media* (come, ad esempio, #ADV o #advertising, #pubblicità oppure, nel caso di fornitura del bene da parte del *brand* ancorché a titolo gratuito, #prodottofornitoda).

A tal riguardo, le società titolari dei marchi hanno introdotto, anche contrattualmente, procedure volte ad indurre gli *influencer* a rendere pienamente trasparenti, sui loro profili, il legame commerciale con il marchio¹⁴⁷.

Lo scorso anno l'AGCM ha indicato alcune *best practices* per proteggere i consumatori contro il *marketing* occulto, considerato particolarmente insidioso poiché idoneo a privare i destinatari delle naturali difese che avrebbero in presenza di un dichiarato intento pubblicitario, e garantire la massima trasparenza sull'eventuale contenuto promozionale delle comunicazioni diffuse sui *social media*.

Più nello specifico, per quanto concerne le aziende, l'AGCM ha ritenuto che alcuni impegni possano sanare eventuali profili di illiceità della pratica commerciale.

¹⁴⁷ Comunicato stampa dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato dell'11 dicembre 2018, in www.agcm.it/media/comunicati-stampa.

Ed in effetti avviene di frequente che, in seguito a segnalazioni o contestazioni, i *brand* adottino specifici impegni.

Le società committenti in particolare devono impegnarsi ad adottare specifiche linee guida volte a stabilire le regole di comportamento cui gli *influencer* devono attenersi e che devono costituire parte integrante di ogni accordo di collaborazione commerciale, con la specifica indicazione di misure sanzionatorie graduate in funzione della natura e del valore del contratto, nel caso di inadempimento.

Le linee guida devono poi specificare il principio di trasparenza, anche nel caso di comunicazioni diffuse tramite i *social network*.

L'AGCM ha poi richiesto che le società committenti debbano inserire, nei contratti di *endorsement* o di licenza del marchio a fini di sponsorizzazione o di *co-marketing*, una clausola standard che preveda l'obbligo per gli *influencer* e ogni *partner* commerciale di adottare tutte le misure e le cautele necessarie per evitare forme di pubblicità occulta, con l'impegno a rendere riconoscibile la finalità pubblicitaria dei *post*. Il tutto sempre prevedendo delle penali in caso di inadempimento, che siano commisurate al valore economico del contratto e, nei casi più gravi, il diritto per la società committente di risolvere il contratto, e persino il diritto di richiedere il risarcimento dei danni.

Inoltre, le società committenti devono prevedere l'adozione di una apposita comunicazione, da includere in ogni spedizione di forniture in omaggio o di modico valore, attraverso la quale la società inviti il destinatario al rispetto della normativa a tutela dei consumatori e della concorrenza (mediante l'inserimento di inserzioni in cui si indica la provenienza dei prodotti e la natura gratuita degli stessi, tramite l'utilizzo di espressioni come “*questo prodotto mi è stato inviato/regalato dal brand X*” o hastag quali #adv, #sponsored o #suppliedby brand X).

Inoltre, a livello interno, le funzioni apicali della società devono predisporre e inviare alle funzioni coinvolte nella gestione dell'*influencer marketing* una comunicazione formale che raccomandi di attenersi al rispetto della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette e pubblicità occulta.

Per quanto riguarda le pratiche relative agli *influencer*, quando sono chiamati a promuovere un prodotto nell'ambito di un rapporto di committenza, per rendere riconoscibile la natura promozionale dei contenuti postati, devono inserire apposite avvertenze tramite *hashtag*, quali #advertising, #ad, #sponsoredby, #pubblicità, #advertising, #inserzioneapagamento, ecc..

Quando mostrano ai *followers* prodotti ricevuti in omaggio o di modico valore, gli *influencer* devono usare *hashtag* come #prodottofornitoda, #suppliedby oppure frasi esplicative volte ad evidenziare che il prodotto è stato ricevuto gratuitamente, come “*grazie a brand X per avermi regalato questo prodotto*”.

Il fenomeno dell'*influencer marketing* è stato preso in considerazione da varie autorità nazionali, come ad esempio l'Advertising Standards Authority (ASA), l'Autorità regolatrice dell'*advertising* nel Regno Unito.

Sostanzialmente gli *advices* dell'ASA¹⁴⁸ ribadiscono la necessità di evidenziare la presenza di un *endorsement* nell'ambito della sponsorizzazione di un prodotto o *brand*, garantendo il rispetto delle *advertising rules* (Advertising Codes, redatte dal Committee of Advertising Practice)¹⁴⁹.

3.1. Le comunicazioni commerciali occulte nell'ambito dell'*influencer marketing*.

Un caso molto recente di procedimento avviato dall'AGCM è stato quello che ha coinvolto la società Alitalia Società Aerea Italiana S.p.A. e la AEFEE S.p.A., società riconducibile alla stilista Alberta Ferretti.

A seguito di una segnalazione dell'Unione Nazionale dei Consumatori, l'Autorità ha dapprima effettuato un intervento di *moral suasion* e, successivamente, ha avviato un procedimento istruttorio nei confronti delle predette società, unitamente ad alcuni *influencer*.

L'oggetto dell'istruttoria riguardava la possibile diffusione da parte di alcuni *influencer*, mediante *social*, di pubblicità occulta. Più nello specifico, questi ultimi, nei *post* dagli stessi pubblicati, indossavano capi di abbigliamento del *brand* Ferretti sui quali appariva inquadrato il logo Alitalia. Tuttavia non era espressamente segnalata la natura pubblicitaria delle predette iniziative.

Pertanto il Nucleo speciale *Antitrust* della Guardia di Finanza ha condotto degli accertamenti ispettivi presso le sedi delle due società.

In sostanza, la contestazione mossa dall'AGCM si sostanziava nel fatto che la pubblicazione sul profilo *Instagram* degli *influencer* italiani coinvolti, di *post* in cui appariva visualizzato in modo centrale e sproporzionato, rispetto al contesto narrativo-espressivo, il marchio Alitalia stampigliato sui capi di abbigliamento realizzati dalla casa di moda Alberta Ferretti e indossati dagli *influencer* stessi, non riportava alcun richiamo alla natura commerciale dei contenuti postati. Nel caso di specie non era rinvenibile alcuna altra apparente spiegazione se non l'intento pubblicitario¹⁵⁰.

Il procedimento è stato poi concluso senza l'irrogazione di sanzioni, fermi restando gli impegni presi dalle società e dalle personalità coinvolte.

Tuttavia il caso menzionato è meritevole di essere preso in considerazione in quanto, a seguito dell'istruttoria avviata dall'*Antitrust*, si sono registrate delle reazioni significative da parte dei soggetti coinvolti. Si tratta del primo caso italiano

¹⁴⁸ Rinvenibili sul sito www.asa.org.uk/advice-and-resources.

¹⁴⁹ “Marketers must hold documentary evidence that a testimonial or endorsement used in a marketing communication is genuine and hold contact details for the person who, or organisation that, gives it (rule 3.45). Showing that a testimonial is genuine has two elements; showing that the quote is from a real person and that it reflects what they said. Claims within a testimonial must not mislead or be likely to mislead the consumer. Marketing communications must not falsely claim or imply that the marketer is acting as a consumer or for purposes outside its trade, business, craft or profession (Rule 2.3). It is a breach of the Code for a marketer to write reviews of their own products whilst posing as a genuine consumer”, Advice online, 04 Gennaio 2019, su www.asa.org.uk/advice-and-resources.

¹⁵⁰ Provvedimento AGCM n. 27787 del 22 maggio 2019.

in cui è stato chiuso un procedimento avente ad oggetto espressamente il fenomeno dell'*influencer marketing* e della pubblicità occulta sui *social*, andando oltre la *moral suasion*, adottando le parti impegni precisi e concreti¹⁵¹.

Alitalia ha adottato infatti delle linee guida cui gli *influencer* che avranno rapporti contrattuali con la società dovranno attenersi, a pena di sanzioni. Inoltre, nei contratti di *co-marketing* in cui verrà utilizzato il marchio, i *partner* di Alitalia dovranno vigilare al fine di evitare forme di pubblicità occulta e far rispettare modalità di comportamento corrette dagli *influencer*.

L'altra società coinvolta, Aeffe, si è impegnata, ogni qual volta spedirà materiale ai propri *influencer*, ad allegare una comunicazione in cui chiederà ai medesimi di esplicitare nei propri *post* la provenienza dei prodotti che stanno mostrando ai propri *followers*, utilizzando *hashtag* come *#suppliedbyAlbertaFerretti* o *#loanedbyAlbertaFerretti* o *#adv* o *#sponsored*. Gli *influencer* saranno vincolati al rispetto di queste indicazioni a pena del pagamento di una penale sul compenso accordato.

Altro recentissimo caso ha riguardato alcuni *post* pubblicati da diversi micro-*influencer*, nei propri profili *Instagram*, aventi ad oggetto prodotti di Barilla della linea "*Pan di Stelle*"¹⁵².

Anche in tale caso l'istruttoria ha avuto origine da una segnalazione proveniente dall'associazione dei consumatori, l'Unione Nazionale Consumatori.

In particolare, è stata contestata una fattispecie di pubblicità occulta dei prodotti Barilla relativi alla linea "*Pan di Stelle*", realizzata attraverso la pubblicazione di due *post* su un profilo *Instagram*, uno con una foto ravvicinata di un prodotto e l'altro relativo ad un *contest* avente come premio una fornitura di prodotti della linea in oggetto.

Avviate le attività ispettive presso la sede legale della società Barilla, nonché presso la sede legale dell'agenzia pubblicitaria che ha realizzato il sito aziendale e curato le attività sui *social* relative al *brand* medesimo, il procedimento istruttorio è stato ampliato soggettivamente ed oggettivamente nei confronti di taluni micro-*influencer* impiegati da Barilla nella diffusione di *post* su *Instagram* aventi ad oggetto ricette a base di prodotti della linea in oggetto.

Riguardo all'*endorsement* attuato dagli *influencer*, l'Autorità ha sottolineato nel provvedimento citato come "*tale pratica si inserisce nell'ambito del cd. Fenomeno dell'influencer marketing che oggi costituisce una modalità consolidata di comunicazione, consistente nella diffusione su blog, vlog e social network (come Facebook, Instagram, Twitter, Youtube, Snapchat, Myspace) di foto, video e commenti da parte di blogger e influencer che mostrano sostegno o approvazione (endorsement) per determinati brand, generando un effetto pubblicitario. Tale forma di comunicazione, inizialmente utilizzata da personaggi di una certa*

¹⁵¹ Comunicato stampa del Presidente dell'Unione Nazionale Consumatori del 6 giugno 2019, in www.consumatori.it/comunicati-stampa.

¹⁵² Provvedimento AGCM n. 28084/2020, pubblicato nel Bollettino settimanale AGCM n. 11 del 16 marzo 2020, in www.agcm.it/dotcmsdoc/bollettini/2020/11-20.

notorietà, si sta diffondendo presso un numero considerevole di utenti dei social network anche con un numero di follower non particolarmente elevato”¹⁵³.

Nel caso di specie, terminata l’istruttoria, l’Autorità Garante non ha ritenuto di dover emettere provvedimenti sanzionatori, ma ha ribadito ancora una volta la necessità del rispetto delle *best practices*. Anche in tale occasione si può notare come sia il *brand* che gli *influencer* abbiano provveduto a depositare le proprie proposte di impegni.

Più nello specifico, gli impegni presentati da Barilla hanno riguardato, in ossequio alle *best practices*, l’impegno relativo alla diffusione da parte delle figure apicali della società di Linee Guida relative all’*influencer marketing*.

Ciò al fine di sensibilizzare al massimo tutte le funzioni aziendali coinvolte nelle pratiche commerciali in questione, e rendere ancora più chiare ed evidenti le regole di condotta cui gli stessi *influencer*, direttamente o indirettamente ingaggiati dall’azienda, dovranno attenersi per garantire la trasparenza della loro comunicazione.

In particolare, le Linee Guida adottate dal *brand* in questione richiamano il principio di trasparenza della pubblicità, ricavabile dagli interventi dell’Autorità e dello IAP, e contengono chiare prescrizioni relative al *disclaimer* cui devono essere improntate le dichiarazioni degli *influencer*, al fine di chiarire al consumatore che sta fruendo di contenuti pubblicitari.

Un elemento molto importante introdotto mediante le Linee Guida è quello di inserire chiare prescrizioni relativamente ai modelli contrattuali approvati dalla Funzione Legale, da applicare nei rapporti con gli *influencer* e le agenzie che provvedono ad ingaggiarli, prevedendo che ogni contratto verrà corredato dalle Linee Guida medesime.

Un altro impegno adottato dal *brand* è stato quello relativo al fatto che, ove si instauri una relazione contrattuale diretta tra la Società e l’*influencer*, il relativo contratto oltre a prevedere l’obbligo di attenersi rigorosamente alle Linee Guida, deve prevedere clausole *standard* che inseriscono meccanismi di deterrenza (ad esempio, la riduzione del corrispettivo pattuito o il pagamento di penali o la sospensione dei pagamenti) e sanzionatori nel caso di violazione del suddetto obbligo, secondo i principi di ragionevolezza, proporzionalità e gradualità (nei casi meno gravi si prevede il richiamo, successivamente la diffida ad adempiere, mentre per le violazioni gravi la risoluzione del contratto).

Invece, laddove il rapporto contrattuale sorga, per conto del *brand*, tra un’agenzia (che si occupa della remunerazione) e l’*influencer*, il contratto deve prevedere clausole volte a responsabilizzare l’agenzia che vigilerà attentamente sull’operato degli *influencer*, così attivandosi tempestivamente, anche su eventuale segnalazione di Barilla, per garantire l’osservanza delle Linee Guida.

Quanto agli *influencer*, gli impegni assunti riguardano l’adozione di appositi *disclaimer* volti a evidenziare la natura di contenuto pubblicitario e promozionale dei post.

¹⁵³ Provvedimento AGCM n. 28084/2020, cit.

3.2. Lo IAP e la *Digital Chart*.

L'Istituto di Autodisciplina pubblicitaria ha dato vita al Codice di Autodisciplina della comunicazione commerciale. La prima edizione del Codice risale al 12 maggio 1966, mentre la versione attualmente in vigore è la sessantasettesima, vigente dal 10 marzo 2020.

Il Codice si compone di alcune norme introduttive, preliminari e generali, nonché di sei titoli.

Le norme generali e preliminari riguardano innanzitutto lo scopo del Codice.

Nel riconoscere il ruolo fondamentale della comunicazione commerciale nel processo economico, viene sin dal principio evidenziato come l'autodisciplina abbia lo scopo di assicurare che la pubblicità rivesta la forma di un servizio per il pubblico, dal momento che ha grande influenza sui consumatori. Pertanto il Codice definisce tutte quelle condotte non conformi alla legge e alle finalità di tutela dei consumatori.

Nell'ambito delle disposizioni generali vengono, poi, individuati i soggetti vincolati, cioè gli *“utenti, agenzie, consulenti di pubblicità e marketing, gestori di veicoli pubblicitari di ogni tipo e per tutti coloro che lo abbiano accettato direttamente o tramite la propria associazione, ovvero mediante la conclusione di un contratto...finalizzato alla effettuazione di una comunicazione commerciale”*.

Di fondamentale rilevanza è la clausola di accettazione, mediante la quale gli organismi aderenti si impegnano a far sì che ogni soggetto ad essi associato inserisca tale clausola di accettazione del Codice, dei Regolamenti e decisioni del Giurì, nei propri contratti. In ultimo vengono indicate le definizioni di *“comunicazione commerciale”, “prodotto”, “messaggio”, “consumatore”,* ai fini del Codice.

A tal proposito, di grande importanza è la collocazione di tali definizioni, che precedono le regole di comportamento vere e proprie del Codice di autodisciplina. Agli effetti di tale Codice, il termine *“pubblicità”* comprende ogni comunicazione, anche istituzionale, diretta a promuovere la vendita di beni o servizi, quali che siano i mezzi utilizzati. La definizione non esplicita il fatto che i prodotti o servizi debbano essere oggetto della comunicazione, ma semplicemente richiede che ad essi sia fatto riferimento nella comunicazione.

Pertanto, la comunicazione può riferirsi ai prodotti o ai servizi non solo trattandone, ma anche semplicemente ricordandone l'esistenza al pubblico. Affinché sia considerata pubblicitaria, la comunicazione deve avere una funzione promozionale dell'impresa che ne attua la diffusione¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Pronuncia del Giurì di Autodisciplina dello IAP del 28 ottobre 1993, n. 161/1993, *Comitato di controllo/Soc. Benetton e altri*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 117, parte I: giurisprudenza costituzionale e civile, 1994, p. 1982.

In tal senso, l'orientamento del Giurì per cui una comunicazione che abbia finalità promozionali, anche quando non tratti direttamente di prodotti o di servizi, è contenuto pubblicitario, si ricollega a nozioni accreditate di *marketing* e tecnica pubblicitaria, ed è risalente. In molte pronunce è stato chiarito che fattori interpretativi non testuali ma virtuali, desumibili dalla provenienza e dalla destinazione soggettiva delle norme autodisciplinari, permettono di integrare il concetto di pubblicità rilevante secondo le definizioni del codice di autodisciplina. La comunicazione al pubblico *“deve darsi come supporto ideologico intenzionale ed interessato, di un'attività economica imprenditoriale. Ma anche una propaganda di pura immagine, che lasci tra parentesi il versante commerciale e tenda a migliorare in termini psicologici... le relazioni esterne fra imprenditori e ambiente sociale..., può favorire la conduzione di un'attività di impresa”*¹⁵⁵.

In ciò stesso si coglie il senso delle norme che seguono a tali definizioni. La pubblicità è tale anche se esprime convinzioni morali, civili o religiose, anche quando prende posizione contro tali convinzioni. E lo è anche quando risulta denigratoria o offensiva. La pubblicità è tale anche quando sfrutta le paure umane o quando coinvolge giudizi di valore che ledano la dignità umana. Proprio per questo soggiace alle regole di autodisciplina.

Nulla vieta che tali forme di comunicazione siano mirate ad attirare le simpatie del segmento di pubblico dei consumatori che condivide i valori espressi, purché volte a orientare le scelte di consumo e ad avere come contropartita l'incremento puro e semplice della notorietà dell'impresa.

Fermo restando che, secondo il Giurì, non tutto ciò che è lecito nell'ambito della manifestazione del pensiero lo è anche in ambito pubblicitario, in quanto la funzione della comunicazione non è speculativa, politica o ideologica, bensì commerciale, ed è giusto esigere che i messaggi rispettino determinate regole comportamentali¹⁵⁶.

Il titolo I del Codice, rubricato *“Regole di comportamento”*, si compone di sedici articoli.

Tra i più rilevanti vi sono l'art. 1, sulla lealtà della comunicazione commerciale, l'art. 2, sulle comunicazioni commerciali ingannevoli, l'art. 4, sulle testimonianze e accreditamento di prodotti con finalità promozionali, l'art. 7, sull'identificazione della comunicazione commerciale, che meglio si analizzerà in seguito, in quanto particolarmente rilevante ai fini del presente lavoro.

Altra norma rilevante è l'art. 8, riguardante il divieto di sfruttamento della superstizione, credulità o paura del pubblico. Ad esempio, con ingiunzione n.012/2018, il Comitato di Controllo ha ritenuto violativo dell'art. 8 del Codice un telecomunicato in cui si pubblicizzava un uovo. Mediante il *claim* *“No fipronil, no aviaria, filiera garantita, alimentazione vegetale, 100% italiano. Nelle Ovito non ci sono sorprese”* si sfruttava indebitamente il sentimento di pressione psicologica e suggestiva legato ai fatti di cronaca recenti per creare nel consumatore la necessità

¹⁵⁵ Pronuncia del Giurì di Autodisciplina dello IAP del 28 ottobre 1993, n. 161/1993, cit., p. 1982.

¹⁵⁶ Pronuncia del Giurì di Autodisciplina dello IAP del 28 ottobre 1993, n. 161/1993, cit., p. 1984.

di acquistare quel prodotto, accreditando il convincimento che sul mercato fosse comune trovare uova contaminate¹⁵⁷.

L'art. 9 del Codice, invece, vieta contenuti volgari, indecenti o violenti.

Ad esempio, con ingiunzione n. 056/2017 del 14 luglio 2017, il Comitato di Controllo ha contestato la violazione degli art. 9 e 10 del Codice, in quanto un messaggio, diffuso attraverso i *social media*, volto a promuovere il “Vogue photo festival”, rappresentava una donna in un elegante abito rosso immobilizzata a terra da due agenti di polizia, uno dei quali premeva il piede sul collo della donna tenendo un manganello sullo sterno della stessa, enfatizzando un messaggio di sottomissione della donna e prevaricazione.

Con specifico riferimento alla violazione dell'art. 9 si legge “*l'immagine evoca in virtù della posizione passiva ed inerme della donna nei confronti dei due uomini, la rappresentazione di un sopruso o l'idea della sopraffazione nei confronti della donna stessa*”¹⁵⁸.

L'art. 10 richiede che le comunicazioni commerciali siano effettuate nel rispetto delle convinzioni morali, religiose e della dignità dell'essere umano.

Ad esempio, con l'ingiunzione n. 051/2017 del 10 luglio 2017, è stato ritenuto lesivo dell'immagine della donna un contenuto diffuso a mezzo stampa, in quanto nel pubblicizzare un punto vendita di pneumatici si mostrava una ragazza in mini-*shorts* che si rivolgeva al pubblico ammiccante. Il Comitato ha ritenuto che una siffatta comunicazione commerciale veicolasse una rappresentazione svilente della donna, che ne determinava la mercificazione in quanto non attinente al prodotto pubblicizzato. Nel provvedimento si legge “*non esiste giustificazione narrativa o relazione tra l'immagine della donna e le caratteristiche di quanto si pubblicizza e tale gratuito sfruttamento amplifica la violazione della suddetta norma*”¹⁵⁹.

Inoltre, con particolare riferimento alla dignità dei minori, il Comitato, con ingiunzione n. 014/2018, ha ritenuto lesivo dell'art. 10 del Codice un messaggio pubblicitario diffuso a mezzo stampa in cui comparivano delle bambine truccate e adornate da coroncine e fasce da *miss*, e bambini in abiti sportivi che si allenavano con i pesi da palestra. A parere del Comitato il messaggio “*propone una discriminazione e una determinazione stereotipata di genere che riconduce, sin dall'infanzia, ad un ruolo maschile e femminile predestinato. I protagonisti sono infatti adultizzati ... essi hanno ripercussioni anche sui minori, cui il messaggio è fondamentalmente rivolto, non ancora pronti ad una corretta elaborazione critica dello stesso, incoraggiando la possibilità di banalizzazione della figura femminile e maschile*”¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Ingiunzione del Comitato di Controllo dello IAP del 31 gennaio 2018, n. 012/2018, *Comitato di controllo/Fattorie Novelli Agricola - Publitalia*, in www.iap.it.

¹⁵⁸ Ingiunzione del Comitato di Controllo dello IAP del 14 luglio 2017, n. 056/2017, *Comitato di controllo/Edizioni Condè Nast*, in www.iap.it.

¹⁵⁹ Ingiunzione del Comitato di Controllo dello IAP del 10 luglio 2017, n. 051/2017, *Comitato di controllo/Prandini Pneumatici-Athesis-Publiadige*, in www.iap.it.

¹⁶⁰ Ingiunzione del Comitato di Controllo dello IAP del 01 febbraio 2018, n. 012/2018, *Comitato di controllo/Dsquared2 – Rcs Mediagroup*, in www.iap.it.

Sempre con riferimento alla tutela della dignità della persona, in un risalente ma incisivo caso il Comitato di Controllo ha sottoposto alla valutazione del Giurì di Autodisciplina una campagna pubblicitaria diffusa dal *brand* Benetton per mezzo di manifesti e stampa, costituita da tre rappresentazioni fotografiche di particolari del corpo umano (un braccio, il pube, le natiche) su ognuno dei quali era impresso il timbro “H.I.V.-Positive”, unitamente al logo del *brand* “United Colors of Benetton”. In tal caso è stato ritenuto che il contenuto pubblicitario fosse in contrasto con gli articoli 1 e 10 del Codice, in quanto offensivo della dignità delle persone cui faceva riferimento, e screditante della immagine della pubblicità come istituzione. Ciò in considerazione del fatto che le immagini della campagna diffusa dalla società potevano essere percepite dalle persone sieropositive come sventanti la loro angosciante situazione di vita, e anche confliggenti con le convinzioni che la società civile ha difficilmente maturato verso tali persone.

In aggiunta a ciò, è stato rilevato che il marchio impresso sulle parti del corpo rappresentate aveva anche il potenziale effetto di evocare tragici ricordi di stigmatizzazione razziale, traducendosi in un invito alla discriminazione nei confronti dei portatori del virus. Tale contenuto pubblicitario, in sostanza, poteva ingenerare nei destinatari reazioni irrazionali.

In tal senso *“il divieto posto dall’art. 10 del Codice ha la sua essenziale ragion d’essere nell’esigenza di tutelare la pubblicità dalla reazione ostile che sarebbe provocata da messaggi capaci di offendere la sensibilità dei consumatori e del pubblico in genere”*¹⁶¹.

L’art. 11 del Codice tutela invece la posizione di soggetti deboli in quanto particolarmente influenzabili, quali i bambini e gli adolescenti.

L’art. 13 fa divieto di pratiche quali l’imitazione servile, confusione e sfruttamento del marchio o dell’immagine aziendale di un *competitor*, richiamando implicitamente il codice civile.

Sono altresì vietate la denigrazione e la comparazione, agli artt. 14 e 15.

Con particolare riferimento alla violazione dell’art. 14, il Giurì ha chiarito, in una sua pronuncia, che un messaggio pubblicitario assume una connotazione denigratoria se la oggettiva situazione di difficoltà di un concorrente viene enfatizzata e prospettata ingiustificatamente in termini esagerati¹⁶².

Con riferimento alla fattispecie della pubblicità superlativa e comparativa, il Giurì ha avuto modo di esaminare in più pronunce i limiti di liceità dei contenuti pubblicitari.

Ad esempio, in un noto caso riguardante un video promozionale relativo al settore di annunci *online* per la compravendita di auto e moto usate, la parte ricorrente ha lamentato il fatto che il *claim* “*il n. 1 per vendere e comprare auto*” inducesse l’utente medio a credere nel primato assoluto del proprio *competitor*, in violazione dell’art. 15 del Codice.

¹⁶¹ Pronuncia del Giurì di Autodisciplina dello IAP del 28 ottobre 1993, n. 161/1993, cit., p. 1982.

¹⁶² Nel caso di specie una banca aveva utilizzato il *claim* “*frana il monte riparati da noi*” sfruttando la posizione della Banca Monte Dei Paschi di Siena. Pronuncia del Giurì di Autodisciplina dello IAP del 24 febbraio 2017, n. 011/2017, Banca Monte Dei Paschi Di Siena/Banca Di Credito Cooperativo di Cittanova, in www.iap.it.

E ciò anche in relazione all'art. 6 che richiede di fornire prova delle informazioni e dei dati forniti al pubblico, tramite fonti attendibili ed accessibili.

La ricorrente, nel caso in esame, poneva in risalto il fatto che sul mercato di annunci auto *online* vi fosse un esiguo numero di *players*, il che inevitabilmente conduceva ad una indiretta ma chiara comparazione, di impatto immediato.

Inoltre veniva lamentato il fatto che il primato enfatizzato dal video promozionale non trovasse alcun riscontro nella realtà, essendo assolutamente ingannevole.

Tuttavia il Giurì ha ritenuto che si trattasse di una generica rivendicazione di primato, appartenente ad una frequente categoria di contenuti pubblicitari giudicabili conformi al Codice IAP. Ciò anche in considerazione della loro non decettività per i consumatori, che sono ormai *“avvezzi a non attribuire a tali vant*
*un valore pregnante”*¹⁶³.

Inoltre, nel caso di specie, il Giurì ha ritenuto che vi fossero prove convincenti, offerte dalla resistente, del primato genericamente rivendicato, in quanto il servizio offerto risultava tra i migliori sul mercato, sia qualitativamente che quantitativamente rispetto al numero di annunci *online*.

Sempre con riferimento agli articoli 14 e 15, in un caso relativo all'offerta di servizi telefonici il Giurì ha espresso il principio secondo cui viola il Codice la comunicazione commerciale che ha lo scopo e l'effetto di creare *“una tecnica di contrapposizione (e per ciò stesso più incisiva) per veicolare, a fronte di un supposto, non commendevole costume imprenditoriale o di una supposta sfiducia del pubblico, la suggestione della propria correttezza e trasparenza nel campo, sensibile, dell'addebito di costi occulti, ovvero per servizi non richiesti”*¹⁶⁴.

Inoltre, il Giurì ha avuto modo di chiarire il rapporto tra le predette norme del Codice, in quanto *“se il messaggio pubblicitario presenta modalità denigratorie del raffronto, contrastando con l'art. 14 C.A., resta assorbito il profilo del contrasto con l'art. 15, così come quello del contrasto con l'art. 1”*¹⁶⁵.

Altro importante elemento individuato dal Giurì ai fini dell'integrazione della fattispecie denigratoria è il fatto che il soggetto leso sia individuabile, in quanto bersaglio del messaggio pubblicitario o associato ai prodotti e ai servizi le cui caratteristiche vengono tratteggiate come negative.

Inoltre, ad avviso del Giurì, *“la denigrazione presuppone che l'utente non sia in grado di decodificare il registro umoristico della rappresentazione così da attribuire verosimiglianza al fatto narrato, ovvero che, pur nel contesto di ironia, o della narrazione paradossale, si inserisca una comunicazione aggressiva ed esorbitante”*.

¹⁶³ Pronuncia del Giurì dello IAP del 17 dicembre 2019, n. 64/2019, Autoscout24 Italia s.r.l./Subito.it s.r.l. – Mediaset S.p.A., in www.iap.it.

¹⁶⁴ Pronuncia del Giurì di Autodisciplina dello IAP del 19 dicembre 2017, n. 072/2017, Telecom Italia – Vodafone Italia – Wind Tre/Fastweb, in www.iap.it.

¹⁶⁵ Pronuncia del Giurì di Autodisciplina dello IAP del 19 dicembre 2017, cit. (sullo stesso tema cfr. pronunce nn. 53/2016 e 11/2017).

Di contro, il “registro ironico e di paradosso non sfugge all’osservatore appena diligente, privando di verosimiglianza il fatto narrato”¹⁶⁶.

Molto importante, poi, risulta essere la clausola di variabilità di cui all’art. 16, per cui i mezzi, in base alla propria autonomia contrattuale, possono ritenere di dover stabilire dei criteri più rigorosi di quelli previsti dal Codice. Quindi la conformità al Codice da parte di una comunicazione commerciale non necessariamente comporta che la stessa sia ritenuta accettabile per un determinato mezzo, in considerazione delle diverse caratteristiche dei mezzi medesimi e dei vari prodotti. Il titolo II del Codice IAP, “*Norme particolari*”, si compone di una sezione dedicata ai sistemi di vendita, ossia vendite a credito e vendite a distanza, forniture non richieste, vendite speciali e manifestazioni a premio, e una relativa ai settori merceologici, quali bevande alcoliche, prodotti cosmetici e per l’igiene personale, integratori alimentari e prodotti dietetici, trattamenti estetici, fisici, curativi, prodotti medicinali, corsi di istruzione e metodi di studio o insegnamento, operazioni finanziarie e immobiliari, viaggi organizzati, giocattoli e prodotti educativi per bambini.

Queste disposizioni sono particolarmente importanti, in quanto si tratta di settori sensibili, in cui le comunicazioni pubblicitarie e promozionali sono spesso rivolte a soggetti particolarmente influenzabili (ad esempio, i soggetti sovrappeso, affetti da patologie, i bambini e gli adolescenti, gli studenti).

Ad esempio, con riferimento al delicato *discrimen* tra prodotti cosmetici e presidi medico-chirurgici, il Giurì si è pronunciato per la conformità di una comunicazione commerciale avente ad oggetto dei noti prodotti per l’igiene intima. Nello specifico, il Giurì ha chiarito che la pubblicità non deve indurre il consumatore a confondere i prodotti cosmetici con i medicinali, o a ritenere impropriamente che i prodotti siano generalmente consigliati da tutti o dalla maggioranza degli specialisti¹⁶⁷.

Un’interessante ingiunzione del Comitato di Controllo ha riguardato il settore dei trattamenti fisici ed estetici, a fronte di una violazione dell’art. 2 sulle comunicazioni commerciali ingannevoli.

In particolare, attraverso *internet display advertising* veniva diffuso il messaggio “*dieta mima-digiuno, la scienza conferma utilità per cuore, diabete, cancro e...*”.

Il suddetto messaggio veniva accompagnato dall’immagine di un personaggio noto nel campo della medicina, ed attraverso un *link* i consumatori potevano accedere al testo del contenuto sponsorizzato su un sito *internet*.

Tale comunicazione è stata giudicata suscettibile di indurre in errore il pubblico dei consumatori, in quanto attribuiva allo specifico programma alimentare pubblicizzato il frutto dell’*expertise* di un medico, una sorta “*di avallo generalizzato da parte della comunità scientifica*”¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Pronuncia del Giurì di Autodisciplina dello IAP del 19 dicembre 2017, cit.

¹⁶⁷ Pronuncia del Giurì di Autodisciplina dello IAP del 06 aprile 2018, n. 016/2018, *Comitato di controllo/Mylan-Mondadori - Mediamond*, in www.iap.it.

¹⁶⁸ Ingiunzione del Comitato di Controllo dello IAP del 25 settembre 2019, n. 54/2019, *Comitato di controllo/L. Nutra Italia s.r.l. – Outbrain Italy – Gazzetta di Parma s.r.l. – Publiedi s.r.l.*, in www.iap.it.

Inoltre, il Comitato ha ritenuto che gli effetti favorevoli per la salute, pubblicizzati nel messaggio, nella *“loro aleatorietà non risultano in alcun modo ammissibili, in quanto evocativi di effetti di natura preventiva o terapeutica che esulano dai possibili effetti di alimenti o diete”*¹⁶⁹.

In un'altra occasione il Comitato ha emesso un'ingiunzione riguardante il messaggio pubblicitario *“Brucia tutti i grassi! Il peggior nemico dei grassi: perdi 23 kg al mese se la mattina...”*.

Il messaggio, in forma di *banner* inserito in un contesto di contenuti di natura editoriale, era volto a pubblicizzare un integratore alimentare. In questa occasione il Comitato ha espresso un importante principio, in più pronunce e ingiunzioni ribadito fortemente dagli organi dello IAP.

L'art. 7 del Codice, secondo il Comitato, *“è uno dei pilastri portanti del sistema autodisciplinare, in quanto rappresenta il presidio irrinunciabile della trasparenza nelle comunicazioni pubblicitarie. Tale norma intende assicurare la distinzione non solo formale, ma anche sostanziale tra informazione giornalistica e comunicazione pubblicitaria, affinché la pubblicità si presenti e possa essere facilmente riconosciuta dal pubblico per la propria natura di messaggio promozionale, espressione di un punto di vista di parte e di un interesse dell'impresa i cui prodotti o servizi vengono illustrati”*¹⁷⁰.

Le affermazioni contenute nel messaggio analizzato risultano di per se scorrette ed illusorie, in quanto prive dell'indicazione sulla necessaria adozione di uno stile di vita sano e di un regime dietetico ipocalorico, lasciando intendere che i risultati siano rapidamente e facilmente raggiungibili. Ciò è ancor più lesivo ove si consideri che i destinatari del messaggio sono soggetti che vivono disagi di salute ed estetici e per questo sono più vulnerabili.

Le affermazioni esorbitanti utilizzate nel messaggio al solo scopo di allettare, ma soprattutto l'impossibilità di standardizzare i tempi di risposta individuali dei possibili consumatori, rendono ulteriormente lesivo il contenuto pubblicitario.

Altro caso interessante ha riguardato un *internet recommendation widget* relativo al claim *“inglese in due settimane, il cervello può assorbire una lingua come una spugna”*. Cliccando sul *banner* si veniva reindirizzati alla pagina web *“la nuova formula di Nicholas Lundin è stata realizzata per apprendere velocemente qualsiasi lingua in due settimane”*.

Il Comitato è intervenuto a tutela di soggetti deboli quali gli studenti, allettati dalla possibilità di trovare un metodo di apprendimento miracoloso. È stato sottolineato nell'ingiunzione che *“la comunicazione in questione ricorre a termini ed espressioni suscettibili di indurre in errore il pubblico sui risultati effettivamente conseguibili con il metodo pubblicizzato”* accentuando così *“il carattere ingannevole e illusorio della comunicazione”*¹⁷¹.

¹⁶⁹ Ingiunzione del Comitato di Controllo dello IAP del 25 settembre 2019, n. 54/2019, cit.

¹⁷⁰ Ingiunzione del Comitato di Controllo dello IAP del 13 luglio 2017, n. 55/2017, *Comitato di controllo/Chamaleon advertising – Il giornale online - Mediamond*, in www.iap.it.

¹⁷¹ Ingiunzione del Comitato di Controllo dello IAP del 06 giugno 2018, n. 053/2018, *Comitato di controllo/4W Marketplace – Veesible - Ansa*, in www.iap.it.

Un'altra interessante ingiunzione del Comitato di controllo ha riguardato la problematica della pubblicizzazione di alcolici mediante *internet social media*.

In particolare, il *claim* “*ho letto che bere fa male, ho smesso di leggere*”, in un *post* sponsorizzato da un'azienda su *Facebook*, è stato giudicato manifestatamente contrario all'art. 22 del codice, inerente le bevande alcoliche.

Secondo tale norma, la comunicazione commerciale relativa alle bevande alcoliche non deve contrastare con l'esigenza di favorire l'affermazione di modelli di consumo ispirati a correttezza e misura.

Nel caso di specie, la scelta comunicazionale è stata ritenuta in contrasto col Codice, anche in considerazione delle implicazioni sociali ed individuali che comporta il consumo di alcolici, a prescindere dall'intento ironico, in quanto l'impatto sui destinatari del messaggio è risultato potenzialmente diseducativo, soprattutto per i giovani¹⁷².

Nel titolo III del Codice IAP, “*Organi e loro competenza*”, è compendiato l'insieme di norme relative al Giurì e al Comitato, nonché agli organi amministrativi.

Il titolo IV concerne “*Norme procedurali e sanzioni*”, di cui si è ampiamente parlato nel precedente capitolo.

Molto importante è la previsione della pubblicazione delle decisioni, nonché gli effetti di una loro inosservanza (artt. 40 e 42).

Il titolo V è dedicato alla tutela della creatività, mentre il titolo VI alla comunicazione sociale, ad esempio per quel che concerne gli appelli al pubblico, ossia le comunicazioni volte a sensibilizzare il pubblico su temi di interesse sociale, specie ove sollecitino a un volontario apporto di contribuzioni di qualsiasi natura, finalizzate al perseguimento di obiettivi di carattere sociale.

Tali messaggi devono riportare l'identità del loro autore e del beneficiario della richiesta, nonché l'obiettivo sociale da perseguire. I messaggi non devono sfruttare indebitamente la miseria umana nuocendo alla dignità della persona, anche mediante richiami sconvolgenti tali da generare allarmismo o grave turbamento, o colpevolizzare chi non intenda aderire all'iniziativa o sovrastimare il valore del contributo.

Il Codice racchiude, in ultimo, i regolamenti relativi ai tempi tecnici di attuazione delle decisioni autodisciplinari, ai pareri preventivi del Comitato di Controllo, al deposito dei progetti creativi e degli avvisi di protezione, sulla comunicazione commerciale svolta all'estero, o relativa agli integratori alimentari e dietetici, sulla comunicazione commerciale relativa ai medicinali per uso veterinario, il regolamento a garanzia dell'imparzialità del giudizio autodisciplinare e, soprattutto, il regolamento *Digital Chart*, che risulta di fondamentale importanza nell'ambito della presente analisi.

Il Regolamento *Digital Chart* sulla riconoscibilità della comunicazione commerciale diffusa attraverso internet è espressamente richiamato dall'art. 7 del Codice di Autodisciplina, ai sensi del quale “*Nei mezzi e nelle forme di*

¹⁷² Ingiunzione del Comitato di Controllo dello IAP del 24 maggio 2017, n. 037/2017, *Comitato di controllo/Weebers – Facebook Italia*, in www.iap.it.

comunicazione commerciale in cui vengono diffusi contenuti e informazioni di altro genere, la comunicazione commerciale deve essere nettamente distinta per mezzo di idonei accorgimenti. Per quanto riguarda talune forme di comunicazione commerciale diffuse attraverso internet, i principali idonei accorgimenti sono indicati nel Regolamento Digital Chart”.

Il Regolamento *Digital Chart* dello IAP, emanato nel 2016 come documento contenente linee guida di mero indirizzo, è divenuto parte integrante del Codice soltanto dal 29 aprile 2019, e da quel momento ha acquisito valore vincolante nei confronti di imprese, agenzie e soggetti privati che aderiscono, direttamente o indirettamente, al Codice, come previsto nelle norme preliminari e generali dello stesso.

Il documento ha come obiettivo quello di svolgere una ricognizione sulle più diffuse forme di comunicazione commerciale nel mondo digitale e quello di fissare criteri per la riconoscibilità della comunicazione commerciale, nel rispetto dell’art. 7 del Codice di Autodisciplina, che lo richiama esplicitamente.

L’esigenza di dar vita ad una regolamentazione specifica deriva dal fatto che in tempi molto recenti si è assistito ad una esponenziale crescita degli investimenti nell’*online advertising*. Negli ultimi anni, con l’ampliamento delle potenzialità del web e lo sviluppo della tecnologia ad un ritmo rapido, è diventato possibile mostrare al pubblico, sponsorizzare, promuovere e commercializzare molti prodotti su *Internet*.

In effetti, la comunicazione commerciale digitale si serve di numerosi tipi di *format*, che vanno dal *display* ai *social network*, ai video, al *search*, fruiti dai consumatori potenziali mediante vari *device*, come lo *smartphone*, il *tablet*, il *pc* e la *smart tv*. L’interattività propria di tali strumenti comporta la naturale condivisione di opinioni e commenti tra consumatori e aziende, creando una rete in cui profili promozionali convivono con contenuti non promozionali, rendendo difficile distinguere gli uni dagli altri. Inoltre la comunicazione digitale comprende nuove forme espressive, che il Regolamento prende in considerazione.

La *Digital Chart* si pone in linea con gli obiettivi designati dalle *Digital Marketing Communication Best Practice Recommendation*, elaborate dall’*European Advertising Standards Alliance* (EASA), di cui lo IAP è co-fondatore.

Obiettivo della *Digital Chart* è quello di effettuare una ricognizione sulle forme di comunicazione *online* più diffuse, e di fissare criteri per la loro riconoscibilità da parte della platea dei consumatori, nel rispetto di quanto predisposto dall’art. 7 del Codice di autodisciplina.

Ciò al precipuo fine di preservare il rapporto di fiducia che deve sussistere tra inserzionista e utente del *web*.

Secondo quanto disposto dalle linee guida della *Digital Chart*, in generale, gli *influencers/celebrities/bloggers* devono inserire nella parte iniziale del *post* ed entro i primi tre *hashtag*, in modo esplicito e riconoscibile, le seguenti diciture/*hashtag*: “Pubblicità/Advertising, Promosso da/Promoted by..., Sponsorizzato da/Sponsored by..., In collaborazione con/In partnership with...”.

Nella pratica contrattuale, tale onere di *disclosure* risulta essere posto, a monte, a carico dell'azienda/*endorsee* la quale, nella stesura del contratto di *endorsement*, è chiamata a stabilire con esattezza il contenuto dell'obbligazione pretesa, ossia la tipologia dei servizi e delle attività richieste all'*endorser*, dei contenuti da pubblicare.

È compito del *brand/endorsee* stabilire gli *hashtag* commerciali, gli *hashtag* e/o i *tag* ufficiali e le didascalie che l'*endorser* dovrà inserire al momento della condivisione di ogni singolo *post*.

Come osservato in precedenza, nei contratti va inserito il rispetto delle Linee Guida e delle *best practices* indicate dalle autorità di regolamentazione della comunicazione, come quelle dell'AGCM, dello IAP, ma anche della FTC¹⁷³, con conseguente responsabilità dell'*endorser* in caso di inadempimento e previsione di sanzioni graduate e proporzionali alla condotta.

Più nello specifico, il Regolamento prevede, in merito all'*endorsement* mediante *social* (art. 2), che nel caso di contenuti a scadenza, quali ad esempio le *stories*, una delle menzionate diciture deve essere sovrapposta in modo ben visibile agli elementi visivi di ogni contenuto pubblicitario.

Il Regolamento pone una differenza a seconda che il rapporto tra *influencer* e inserzionista sia di committenza o piuttosto si limiti all'invio occasionale da parte di quest'ultimo di propri prodotti gratuitamente o per un modico corrispettivo. In quest'ultimo caso i *post* o altre comunicazioni che rappresentino tali prodotti devono contenere un *disclaimer* del seguente tipo: "*prodotto inviato da ... brand*", o un'espressione di tenore equivalente.

In questa specifica ipotesi, l'inserzionista deve informare l'*influencer*, in modo chiaro e inequivoco, al momento dell'invio del prodotto, dell'obbligo di inserire il *disclaimer*.

In conseguenza di ciò la responsabilità dell'inserzionista è circoscritta alla segnalazione inviata all'*influencer* circa la sussistenza di tale obbligo.

Con riguardo ai video, laddove abbiano natura di comunicazione commerciale, nella descrizione del video e nelle scene iniziali devono essere inequivocabilmente inserite delle avvertenze scritte che ne rendano evidente la finalità promozionale (ad esempio, "*brand presenta ...*", "*in collaborazione con ... brand*").

Nei video in *streaming* tali avvertenze, anche riportate verbalmente, devono essere ripetute nel corso della trasmissione.

In particolare, l'inserimento con finalità promozionali di prodotti/*brand* di un inserzionista o dello stesso autore del video deve essere portato a conoscenza del pubblico attraverso appositi *disclaimer* nelle inquadrature di inizio e di fine del video, o in corrispondenza delle inquadrature contenenti la riproduzione dei prodotti/*brand*.

Nel diverso caso in cui il rapporto tra autore del video e inserzionista non sia di committenza e, come nel caso precedentemente affrontato, si limiti all'invio occasionale di prodotti gratuitamente o per un modico valore, e tali prodotti

¹⁷³ La *Federal Trade Commission*, agenzia governativa statunitense di cui si è parlato nel primo capitolo.

vengano citati oppure direttamente utilizzati o inquadrati nel video, quest'ultimo dovrà contenere in apertura un *disclaimer*, verbale o scritto (ad esempio, “questo prodotto mi è stato inviato da ...”, “prodotto inviato da ...”).

Anche in tal caso l'*influencer* deve essere preventivamente informato.

Altra diffusa ipotesi di *endorsement* è quella che si sostanzia in inviti ad eventi da parte dell'inserzionista.

In tal caso l'*influencer*, che diffonde *post* in rete ove si citino prodotti o *brand* in relazione all'evento, è tenuto ad informare il pubblico che la partecipazione è avvenuta su invito dell'inserzionista.

Come di consueto, l'inserzionista deve informare l'*influencer*, al momento dell'invito, dell'esistenza di tale obbligo di informazione.

Altra fattispecie specificatamente analizzata dal Regolamento è quella degli *user generated content* (contenuti generati dagli utenti) che abbiano natura di comunicazione commerciale, che devono indicare con chiarezza tale natura, con l'adozione di uno degli accorgimenti indicati dal Regolamento in merito all'*endorsement* e alle altre fattispecie.

In effetti, la fattispecie descritta è particolarmente insidiosa per i consumatori, nel senso che difficilmente si può riconoscere lo scopo promozionale.

Le *in-feed units* (contenuti redazionali) che abbiano natura di comunicazione commerciale devono rendere evidente tale natura mediante l'inserimento, con modalità volte a garantirne chiara visibilità, di avvertenze (come “Pubblicità/Advertising”, “Promosso da ... brand/Promoted by ... brand”, “Sponsorizzato da ... brand/Sponsored by ... brand”, “Contenuto Sponsorizzato/Sponsored content”, “Post Sponsorizzato/Sponsored post”, “Presentato da ... brand/Presented by ... brand”) anche abbinate ad accorgimenti grafici specifici, come ad esempio l'inserimento di cornici, ombreggiature, o mediante l'evidenziazione del testo o *shading*.

Le *paid search units* (risultati di ricerca sponsorizzati) devono rendere evidente la loro natura commerciale, unitamente a indicazioni che avvertano gli utenti del contenuto di natura promozionale (ad esempio, “Pubblicità/Advertising”), collocate vicino al risultato di ricerca sponsorizzato e con modalità tali da renderle ben visibili.

I contenuti promozionali diffusi sotto forma di *recommendation widgets* (contenuti raccomandati) devono rendere evidente la loro natura di comunicazione commerciale attraverso l'adozione di alcuni accorgimenti, quali ad esempio l'indicazione che il box contiene contenuti sponsorizzati, l'indicazione accanto al singolo contenuto del nome o del logo dell'inserzionista e l'indicazione che il contenuto è sponsorizzato.

Se i contenuti sono sviluppati da un fornitore di tecnologia (ossia il soggetto che ha sviluppato il widget), oltre a riportare le indicazioni sopra elencate, occorre menzionare il nome del fornitore, in modo da specificare la provenienza.

In ultimo il Regolamento si occupa delle *app* con contenuto pubblicitario o *app advertising*. Anche tale fattispecie risulta molto importante da regolare, in considerazione dei recenti sviluppi del mercato delle *app*.

Qualora il contenuto di una *app* abbia in tutto o in parte natura di comunicazione commerciale, gli utilizzatori della stessa devono essere avvertiti con mezzi idonei che tale contenuto è stato sponsorizzato dall'inserzionista.

Anche nel caso di giochi promozionali (*advergame*), la natura promozionale va evidenziata con le diciture *promoted by* o *sponsored by*. Tali diciture devono essere collocate nelle inquadrature iniziali o finali del gioco.

3.3. La storica decisione del Giurì nel caso Fedez-Peugeot.

I fatti che hanno dato origine al caso esposto risalgono al 20 maggio 2018, quando, nell'ambito degli internazionali di tennis, evento di cui Peugeot era *sponsor* ufficiale, il noto *rapper* Fedez postava una storia su *Instagram*, contenente un video che inquadrava il *brand* Peugeot, mentre il cantante saliva su un'auto esposta, illustrandone le funzionalità insieme ad un addetto dello *stand*.

In effetti, le frasi “incriminate” venivano pronunciate dal *rapper* mentre era intento a inquadrare il marchio automobilistico e mostrare anche l'interno delle nuove auto, ossia “*mi stanno presentando tutte le nuove Peugeot che stanno uscendo e adesso ve le faccio vedere tutte, una ad una*” e “*vedi, tu vieni agli internazionali di tennis, ti chiudi nella macchina in esposizione e metti il massaggiatore del sedile e sei a posto*”.

Il Comitato di Controllo ha ritenuto che tale condotta fosse contraria al Codice di Autodisciplina delle comunicazioni commerciali e ha rimesso gli atti al Giurì. Il procedimento si è concluso con la contestazione di sanzioni nei confronti dell'inserzionista Peugeot Automobili Italia S.p.A. per aver violato l'art. 7 del Codice, mediante la veicolazione di un contenuto commerciale occulto sui *social media*¹⁷⁴.

Più nello specifico, ciò che è stato contestato è che, pur essendo il video presentato come un racconto di un momento privato della *celebrity*, avrebbe in realtà contenuti eminentemente pubblicitari, che tuttavia non risulterebbero immediatamente riconoscibili come tali dal pubblico, in quanto non sarebbe stato utilizzato alcun accorgimento idoneo a renderli identificabili come frutto di un accordo commerciale tra *celebrity* e *brand*.

Il contenuto del *post* sarebbe sostanzialmente riconducibile ad una comunicazione commerciale che, anche ai sensi della *Digital Chart*, avrebbe dovuto essere immediatamente riconoscibile come tale ai *followers*.

¹⁷⁴ Provvedimento del Giurì di Autodisciplina n. 45/2018 del 26 giugno 2018, su www.iap.it/2018/06/pronuncia-45-2018/

Peugeot ha sostenuto nelle proprie difese che in realtà il *brand* non era a conoscenza dell'intenzione del cantante di postare i video oggetto di contestazione.

Dal momento che si trattava di un'iniziativa autonoma e non concordata dell'artista, che nulla aveva a che fare con il contratto di pubblicità e sponsorizzazione formalizzato da Peugeot con Fedez e la società Newtropia, che gestiva l'immagine del cantante, il *brand* chiedeva fosse riconosciuta la sua estraneità ai fatti.

Tuttavia, mediante il provvedimento n. 45/2018 del 26 giugno 2018 (Presidente Libertini, relatore Alvisi), il Giurì non ha accolto la tesi difensiva del *brand*.

Il primo problema da affrontare è proprio quello di stabilire come distinguere i contenuti che non hanno alcuna finalità promozionale, in quanto frutto di un racconto privato dell'*influencer* e non volti a onorare specifici accordi commerciali con il *brand*, da quelli oggetto di committenza e aventi contenuto pubblicitario, soprattutto quando vengono diffusi mediante uno strumento come la storia di *Instagram*.

Secondo il Giurì la fattispecie in esame andava sicuramente inquadrata in una comunicazione commerciale, in quanto sussisteva agli atti un contratto stipulato tra il *brand* e Fedez, ai sensi del quale quest'ultimo si obbligava formalmente alla pubblicazione di *IG Stories* a supporto dell'iniziativa di Peugeot (la storia realizzata a bordo del SUV 3008 era oggetto del contratto suindicato).

Oltre a questa evidenza, il Giurì sottolineava nel proprio provvedimento che il personale di Peugeot aveva partecipato alle riprese (una di esse è stata realizzata con la partecipazione di personale Peugeot addetto allo *stand*, tanto che un addetto è stato ripreso e presentato ai *followers* con il suo nome) ed inoltre il video era stato girato in occasione della visita dello stand Peugeot all'evento degli Internazionali di Tennis. Quest'ultima circostanza è stata ritenuta rilevante perché nel contratto firmato dall'artista la visita costituiva uno degli obblighi assunti da Fedez.

Sempre con riferimento alla natura pubblicitaria dei contenuti contestati, il Giurì ha evidenziato come, a differenza di altri video pubblicati sull'*account Instagram* del medesimo autore, che raccontano la sua vita privata senza che alcun marchio sia reso visibile, quelli in esame mostravano esplicitamente e reiteratamente il marchio Peugeot, aumentando la visibilità presso i *followers*, che venivano indirizzati all'*account Instagram* dell'inserzionista.

I contenuti mostravano, poi, l'ultimo modello della casa automobilistica, con tono complessivamente elogiativo, e non erano mostrati marchi concorrenti.

I contenuti delle storie in argomento, secondo il Giurì, erano sovrapponibili a quelli dichiaratamente promozionali dell'*account Instagram* dell'inserzionista, che ha anche citato la visita dell'artista al proprio *stand* in occasione degli Internazionali di Tennis come episodio della propria campagna pubblicitaria.

I video corrispondevano inoltre ai contenuti di un accordo pubblicitario e ciò secondo il Giurì è stato sufficiente a integrare una "material connection" fra l'inserzionista e il personaggio celebre, idonea a condizionare la comunicazione di quest'ultimo sul marchio, in senso favorevole all'inserzionista.

Il Giurì ha pertanto rilevato che nessun accorgimento è stato utilizzato per rendere evidente la natura promozionale dell'*endorsement*, di per sé non evidente agli occhi del consumatore mediamente avveduto.

Il punto più innovativo della pronuncia in commento è rappresentato dalla conclusione cui è giunto il Giurì in merito alla responsabilità dello *sponsor* Peugeot. In effetti il problema che si è posto è stato il tema della responsabilità, che non era riconducibile allo *sponsor* in maniera diretta.

Il Giurì, nella pronuncia in commento, ha preliminarmente osservato di avere competenza e giurisdizione nei confronti di Peugeot Automobili Italia S.p.A., cui erano obiettivamente riferibili e imputabili le comunicazioni contestate.

Ciò in virtù dell'esistenza di una relazione significativa tra inserzionista e autore dei comunicati e di un nesso di occasionalità necessaria fra la produzione delle *Instagram stories* contestate e l'attività sponsorizzata dall'inserzionista in esecuzione di un contratto tra le parti.

Il Giurì, nel proprio percorso logico-giuridico e argomentativo ha sostenuto che si prospetta in un caso del genere una "responsabilità vicaria" dell'inserzionista *sponsor* per fatto del preposto *sponsee*.

Il *brand* Peugeot è stato ritenuto soggetto responsabile per violazione dell'art. 7 del Codice di autodisciplina, che prescrive che la comunicazione commerciale deve essere sempre riconoscibile come tale, e laddove vengano diffusi contenuti e informazioni di altro genere, la comunicazione commerciale deve essere nettamente distinta per mezzo di idonei accorgimenti.

Nel caso di specie è stato ritenuto che Peugeot fosse tenuto a intervenire bloccando la veicolazione del video sul canale *Instagram* di Fedez, in mancanza di idonei *disclaimer* ("Pubblicità/Advertising") all'inizio ed alla fine della videostoria o di una espressa comunicazione di tali contenuti direttamente da parte dell'artista.

La condotta posta in essere era assolutamente inquadrabile in una comunicazione commerciale occulta su *Instagram*.

E ciò nonostante Peugeot avesse eccepito che l'artista non si era curato di sottoporle preventivamente i contenuti in questione, non potendo quindi esercitare alcuna forma di controllo, neppure successivamente, data la breve durata dei contenuti stessi.

Sul punto, infatti, ad avviso del Giurì Peugeot era invece fin dall'inizio in condizione di poter intervenire per verificare la correttezza dei contenuti diffusi e bloccarne la pubblicazione in via preventiva o immediatamente successiva.

Pertanto, il video iniziale della storia reca un *tag* alla pagina *Instagram* di Peugeot, a cui pertanto è stata notificata la pubblicazione di tali contenuti. Peugeot ha poi riproposto sulla propria pagina *Instagram* un contenuto che ha per protagonista l'artista come episodio della propria campagna "#DriveToTennis", perpetuandone in tale modo la memoria nel pubblico ben oltre le ventiquattro ore di visibilità delle storie, esprimendo così la propria approvazione per l'operato dell'artista stesso.

Per tale ragione, dunque, deve ritenersi che il personaggio famoso abbia agito come ausiliario del *brand*.

Il Giurì ha anche sottolineato che nessuna responsabilità poteva essere riconducibile alla società che gestisce l'immagine del *rapper* e neppure a quest'ultimo, in quanto soggetti non aderenti al sistema dell'autodisciplina. Ed invero la stessa società Newtopia s.r.l. aveva immediatamente eccepito di non essere vincolata al Codice di Autodisciplina, non avendo mai aderito, e di non essere stata nel caso specifico parte del contratto stipulato tra il *rapper* e il *brand*.

Pertanto, da una parte è derivata la soccombenza di Peugeot nel relativo procedimento autodisciplinare, dall'altra invece Newtopia s.r.l., in rappresentanza dell'artista, è stata ritenuta estranea agli effetti della decisione che il Giurì ha assunto, non avendo appunto aderito al sistema autodisciplinare.

Nel dispositivo, infatti, testualmente si legge “*Il Giurì, esaminati gli atti e sentite le parti, pronunciandosi solo nei confronti di Peugeot Automobili Italia S.p.A, dichiara che il messaggio in esame ha un obiettivo effetto promozionale ed è pertanto in contrasto con l'art. 7 del Codice di Autodisciplina e ne inibisce la riproposizione con qualsiasi mezzo*”.

Un altro punto della pronuncia del tutto innovativo, in quanto affronta una problematica nuova, è quello della potenziale lesività di un contenuto pubblicitario dalla esigua durata.

Infatti, come noto, le *I.G. stories* hanno una durata di ventiquattro ore, a meno che non vengano appositamente salvate. D'altra parte, le *stories* pubblicate da un soggetto celebre hanno una visibilità enorme.

Quindi il punto focale della questione era quello di valutare se il fattore tempo in cui si protrae un contenuto pubblicitario sia elemento determinante al fine di giudicare lo stesso lesivo, occulto o comunque potenzialmente dannoso per i consumatori.

La società Newtopia s.r.l., nelle proprie difese, aveva sostenuto la tesi per cui nel caso di specie il provvedimento sarebbe risultato *inutiliter datum*, posto che i contenuti delle *Instagram Stories* avrebbero una durata di sole ventiquattro ore, oltre le quali non ne sarebbe più prevista la diffusione.

Sul punto la pronuncia in commento non ha ritenuto fondate le eccezioni sollevate con riferimento all'intervenuta cessazione spontanea della comunicazione.

Per consolidata giurisprudenza autodisciplinare, il porre fine ad una campagna promozionale non comporta la cessazione della materia del contendere e non fa venir meno la competenza del Giurì a decidere. Il giudizio autodisciplinare è piuttosto volto a dettare disposizioni affinché una campagna non conforme al Codice, pur se cessata, non sia riproposta nelle medesime forme.

Inoltre, le decisioni del Giurì hanno anche una funzione di orientamento didascalico e di contributo alla crescita di una comune cultura pubblicitaria.

3.4. Gli effetti dell'*endorsement* nel recentissimo caso dei Musei Vaticani e degli Uffizi.

Come in precedenza osservato e chiarito, l'utilizzo di personaggi celebri al fine di supportare un prodotto o un *brand* è un fenomeno ormai dilagante, tanto che ogni campagna pubblicitaria di un certo peso prevede sempre la collaborazione con *influencer*, *blogger* e, in genere, personaggi famosi.

È interessante notare come il fenomeno dell'*influencer marketing* stia interessando recentemente settori e ambiti del tutto peculiari, accompagnato da numerose polemiche.

È questo il caso dei musei.

Nel mese di giugno 2020 il noto rapper Fedez e la moglie *influecer* Chiara Ferragni, durante una gita a Roma, hanno effettuato, come del resto risulta possibile per qualunque cittadino, una visita privata ai Musei Vaticani.

Nello specifico, tuttavia, la coppia ha postato su *Instagram* foto e video effettuati nella Cappella Sistina, normalmente vietato. In particolare ha fatto discutere uno scatto che ritrae i due soggetti abbracciati sullo sfondo del Giudizio universale di Michelangelo mentre guardano la volta.

La coppia, considerati i profili di entrambi, supera i trentamilion di *followers*, quindi ha grande visibilità.

L'itinerario dei due personaggi celebri, documentato su *Instagram*, è stato accompagnato per ogni *post* dall'*hashtag* #*Suppliedby* (invitati da), nel rispetto delle regole del *web marketing*.

Il problema che si è posto è stato quello di comprendere se i personaggi celebri fossero stati invitati sulla base di un contratto volto ad attirare visitatori oppure se la visita fosse personalmente voluta, e soprattutto se ai predetti soggetti fosse stato accordato un trattamento di favore rispetto alla possibilità di scattare fotografie, in quanto si trattava di una campagna pubblicitaria.

Il *rapper* ha dichiarato sul suo profilo *twitter* che chi effettua una visita privata può scattare foto ed effettuare videoriprese, tuttavia i *followers* e gli *haters* hanno lamentato il fatto che ciò non corrisponde al vero, e che è da sempre stato vietato, anche in occasione di tour privati, l'utilizzo di dispositivi e *smartphone* all'interno di tali luoghi.

Il risultato concreto di queste visite e della diffusione delle relative immagini e video è stato che la Cappella Sistina è salita al primo posto in tendenza su *Twitter*. Peraltro nei giorni successivi altri soggetti famosi hanno postato foto e video che li ritraevano all'interno delle sale e della Cappella.

Soltanto un mese dopo dal caso dei Musei Vaticani, l'*influencer* Chiara Ferragni ha visitato gli Uffizi a Firenze.

Più nello specifico, Chiara Ferragni si trovava agli Uffizi per realizzare uno *shooting* per *Vogue Hong Kong*.

Questo conferma che ultimamente il fenomeno dell'*influencer marketing* crea una commistione tra moda e cultura, e peraltro ciò è recentemente avvenuto anche nel settore della musica, come nel caso del video dei personaggi celebri Beyoncé e Jay Z al Louvre e di quello del cantante Mahmood al Museo egizio di Torino.

Nel caso di specie, Vogue avrebbe versato delle somme al fine di realizzare lo *shooting* secondo le tariffe del museo, e dopo la realizzazione del servizio la *influencer* avrebbe autonomamente ritenuto di voler visitare il museo in compagnia del suo direttore, Eike Schmidt. Durante la visita la Ferragni ha postato una foto in cui si ritraeva con alle spalle la Venere di Botticelli, aggiungendo la *caption* “one of the most beautiful museums in the world, so come and visit it!”

In aggiunta a ciò, gli Uffizi hanno ripostato la foto dell'*influencer*, accostandola al canone estetico della Venere e definendola “*divinità contemporanea nell’era dei social*”¹⁷⁵.

Ferma restando la polemica che si è scatenata intorno a questa operazione, è d’interesse ai fini della presente analisi valutare gli effetti dell’*endorsement* da parte di *influencer* anche nell’ambito culturale e museale.

Secondo il *report* annuale del 2019 del MiBACT, il Ministero dei Beni Artistici e Culturali, il numero dei visitatori del sistema museale pubblico italiano si aggira intorno ai cinquantacinque milioni, calando rispetto ai dati dell’anno precedente. Nei dati riportati sono inclusi i visitatori internazionali. Ciò è molto rilevante, perché se si confrontano i dati del 2016 di fonte Istat (Istituto Italiano di Statistica), secondo cui il sessantanove virgola due per cento degli italiani non si è mai recato al museo, si comprende come la crescita delle visite in seguito all’*endorsement* di personaggi pubblici sia molto evidente.

Secondo i dati Istat, i più assenti dai musei italiani sono proprio i giovani. E proprio i giovani sono i soggetti maggiormente attratti dagli *influencer* ed utilizzano i *social media* regolarmente.

Secondo lo studio del 2016 dell’Osservatorio Innovazione Digitale nei Beni e Attività Culturali, in Italia solo il diciannove per cento dei musei offre il *wi-fi* gratuito. Sempre secondo tale studio il cinquantadue per cento dei musei possiede un profilo *social* ma solo il tredici per cento è presente su uno dei tre *social network* più diffusi (ad esempio il quindici per cento su *Instagram*). L’Istat indica che il tasso di adozione di servizi digitali (cataloghi *online*, prenotazioni dei biglietti) è inferiore al venti per cento.

Ora, in seguito alla pubblicazione del *selfie* di Chiara Ferragni, da venerdì 17 a domenica 19 luglio 2020 sono entrati agli Uffizi tremilaseicento tra bambini e ragazzi fino a venticinque anni, contro i duemilaottocentotrentanove del weekend precedente (settecentosessantuno in più, pari al ventisette per cento di incremento).

¹⁷⁵ Il *post* del Museo recita “eri ed oggi ... i canoni estetici cambiano nel corso dei secoli.

L’ideale femminile della donna con i capelli biondi e la pelle diavola è un tipico ideale in voga nel Rinascimento. Magistralmente espresso alla fine del '400 da Sandro Botticelli nella *Nascita di Venere* attraverso il volto probabilmente identificato con quello della bellissima Simonetta Vespucci, sua contemporanea.

Una nobildonna di origine genovese, amata da Giuliano de’ Medici, fratello minore di Lorenzo il Magnifico e idolatrata da Sandro Botticelli, tanto da diventarne sua Musa ispiratrice.

Ai giorni nostri l’italiana Chiara Ferragni, nata a Cremona, incarna un mito per milioni di followers -una sorta di divinità contemporanea nell’era dei social.

Il mito di Chiara Ferragni, diviso fra feroci detrattori e impavidi sostenitori, è un fenomeno sociologico che raccoglie milioni di seguaci in tutto il mondo, fotografando un’istantanea del nostro tempo”.

La *influencer* Ferragni ha anche visitato il Museo Archeologico di Taranto accompagnata dalla Direttrice artistica di Dior.

Tuttavia, nonostante sia evidente sia l'ampio utilizzo di *influencer* nell'ambito pubblicitario, sia gli effetti che questo produce, vanno evidenziati i risultati di alcuni *report* in cui, invece, sembrerebbe che l'approvazione degli *influencer* sia soltanto un elemento marginale tra quelli rilevanti in una campagna pubblicitaria.

Per esempio, un *report* che fornisce il dettaglio dei principali *driver* d'acquisto, riporta gli *influencer* in coda¹⁷⁶.

Nel sondaggio in questione, che analizza individui nel Regno Unito e negli Stati Uniti che seguono gli *influencer* sui *social media*, solo il quindici per cento dei soggetti coinvolti ha affermato che l'approvazione degli *influencer* li motiva a effettuare un acquisto. Si tratterebbe, secondo il predetto *report*, di uno dei *driver* d'acquisto più marginali tra le diverse motivazioni fornite dagli intervistati.

Allo stato attuale l'*influencer marketing* è stato oggetto di un numero di analisi esiguo, per cui, stante le lacune presenti in letteratura, non è agevole riuscire a stabilire con certezza il valore dell'impatto che il fenomeno in esame ha in una campagna pubblicitaria.

4. Pronunce del Giurì in tema di pubblicità occulta su *Instagram*.

Le violazioni del Codice di Autodisciplina possono essere perpetrate mediante vari mezzi di diffusione.

Nelle diverse ingiunzioni o decisioni il mezzo considerato, infatti, va dalla stampa (press) alle confezioni ed etichette, tv e radio, affissioni, volantini o cartoline, *internet*, *social media*, *audiovisual*, *linear*, siti aziendali, *internet display advertising* (contenuti raccomandati nelle pagine di giornali online), *internet recommendation widgets* (sui siti dei giornali, banner), *brochure*.

Statisticamente, osservando le pronunce del Giurì relative agli ultimi anni, si può notare come la maggior parte delle violazioni contestate ai mezzi per comunicazioni commerciali mediante *social media*, e in particolare *Instagram*, attengano agli artt. 2 e 7 del Codice di Autodisciplina.

Come evidenziato in precedenza, l'art. 2 vieta le comunicazioni commerciali ingannevoli.

L'art. 7, invece, riguarda la corretta e chiara identificazione delle comunicazioni commerciali nei confronti del pubblico.

Frequente è l'ipotesi di violazione del Codice da parte di *influencer* che consigliano nei propri *post* dei prodotti cosmetici o solari, senza indicare la natura promozionale dei messaggi, realizzando delle comunicazioni commerciali occulte.

Ad esempio, in un *account Instagram* di una *influencer* venivano pubblicate delle *stories* relative a un noto *brand* di cosmetici. L'*influencer*, nello specifico, invitava

¹⁷⁶ Report "Influencer/GlobalWebIndex", realizzato dal World Advertising Research Center (WARC data).

i suoi *followers* a visitare la pagina e il sito del *brand*, in quanto avrebbero potuto “trovare tante cose molto carine, tante sorprese, anche legate all’evento del mio matrimonio”.

Altre *stories* mostravano l’*influencer* durante la sessione trucco dell’addio al nubilato, intenta all’uso dei prodotti del *brand*.

Il contenuto promozionale dei messaggi, secondo il Comitato di Controllo, è stato ritenuto evidente ma non sufficientemente segnalato ed immediatamente riconoscibile dal pubblico¹⁷⁷.

Nel caso specifico, secondo il Comitato, il richiamo alla pagina del *brand* nel *post* non può essere considerato idoneo a rendere inequivocabile la identificazione dei contenuti come frutto di un accordo tra il *brand* e l’*influencer*, accorgimento che va adottato nelle forme di *endorsement online* affinché risulti soddisfatto il requisito della riconoscibilità di cui all’art. 7 del Codice di Autodisciplina.

In un caso simile, il Presidente del Comitato di Controllo ha ritenuto manifestatamente contrarie all’art. 7 suddetto delle comunicazioni commerciali diffuse su *Instagram* da una nota *influencer*.

Anche in questo caso, infatti, venivano posti in primo piano nell’inquadratura dei prodotti del *brand* di cosmetici, e ciò era atto a veicolare un messaggio a contenuto eminentemente promozionale, non debitamente segnalato ai consumatori-*followers*. Nonostante il rimando alla pagina del *brand* e l’utilizzo di alcuni *hashtag*, il Comitato non ha ritenuto vi fossero elementi idonei a rendere inequivocabile l’identificazione di tali contenuti come frutto di un accordo commerciale con l’inserzionista.

Nel provvedimento citato, infatti, si nota il richiamo alla *Digital Chart* e alle norme comportamentali in materia¹⁷⁸.

Nel caso di una comunicazione commerciale diffusa mediante *Instagram* relativa a prodotti di *skin care*, il Comitato ha chiarito che il Regolamento *Digital Chart* indica gli accorgimenti da utilizzare nell’*endorsement online* e specificato che, senza dover chiedere alcuno sforzo interpretativo, il consumatore deve comprendere la natura promozionale dei messaggi¹⁷⁹.

In altra occasione il Giurì ha espresso importanti considerazioni in materia di pubblicità occulta su *Instagram*.

In una comunicazione a mezzo *internet social media* venivano veicolati messaggi promozionali non debitamente segnalati. I *post*, secondo il Giurì, non avevano superato la prova di resistenza di cui all’art. 7 del Codice di Autodisciplina. L’utilizzo di *hashtag* inidonei a evidenziare la natura commerciale del *post* si pone in contrasto con il principio di trasparenza, ribadito nelle indicazioni della *Digital Chart*.

¹⁷⁷ Ingunzione del Comitato di Controllo dello IAP del 30 maggio 2019, n. 26/2019, *Comitato di controllo/Wycon S.p.A. – The one celebrity s.r.l.*, in www.iap.it.

¹⁷⁸ Ingunzione del Comitato di Controllo dello IAP del 13 maggio 2019, n. 021/2019, *Comitato di controllo/Estée Lauder s.r.l.- Dorian Corporation*, in www.iap.it.

¹⁷⁹ Ingunzione del Comitato di Controllo dello IAP del 27 settembre 2019, n. 055/2019, *Comitato di controllo/Medspa srl*, in www.iap.it.

La “consolidata giurisprudenza del Giurì per la quale l’art. 7 C.A. si applica ad 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, ...” comporta la presunzione di un rapporto di committenza¹⁸⁰. Se il brand non è in grado di fornire elementi probatori capaci di superare l’indizio dell’esistenza di un accordo commerciale fra *fashion blogger* o *influencer* e inserzionista, quest’ultimo è considerato responsabile dei contenuti divulgati.

Nel caso in esame il Giurì ha anche aggiunto come “i mezzi di comunicazione online siano in grado di generare una comunicazione orizzontale che si caratterizza per un più elevato rischio di confusione fra pubblicità, informazione e comunicazione non commerciale, rispetto ai tradizionali mezzi di comunicazione verticale, o mass-media”¹⁸¹.

¹⁸⁰ Pronuncia del Giurì di Autodisciplina dello IAP del 25 luglio 2018, n. 58/2018, *Comitato di Controllo/Corriere della Moda - @xxx – Lvmh Italia S.p.A., in www.iap.it.*

¹⁸¹ Pronuncia del Giurì di Autodisciplina dello IAP del 25 luglio 2018, n. 58/2018, cit.

CONCLUSIONI

Il presente lavoro è stato accompagnato dalla difficoltà di reperire delle fonti in letteratura che contenessero una completa disamina dell'argomento trattato, nonché dei dati statistici che non fossero frammentari.

La problematica sopra evidenziata discende naturalmente dal fatto che il fenomeno dell'*influencer marketing* si è rapidamente diffuso negli ultimi anni, per cui le problematiche giuridiche sottese stanno venendo in rilievo in tempi recentissimi.

È stato, comunque, osservato come in letteratura si stia sviluppando un certo interesse rispetto a tale argomento, e ciò in quanto nell'ambito del *marketing* sempre più diffuso è l'utilizzo dello strumento del contratto di *endorsement* da parte delle aziende, al fine di curare la sponsorizzazione del *brand* o di alcuni suoi prodotti specifici.

Proprio la fattispecie del contratto di *endorsement*, di cui si è ampiamente trattato, riserva non poche problematiche giuridiche, in ordine alla sua natura e ai limiti cui necessariamente deve soggiacere la regolamentazione negoziale in questione.

In tale emergente sistema, è stato osservato come il ruolo rivestito dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato sia estremamente rilevante, ma non sufficiente a tutelare i consumatori dalla mole di forme di comunicazioni commerciali occulte o, comunque, scorrette che quotidianamente sono direzionate al pubblico dei consumatori.

In tale cornice si inserisce il sistema di controllo e giustizia privata costituito dall'autodisciplina pubblicitaria che, attraverso appositi organi, vigila sul rispetto del Codice di Autodisciplina pubblicitaria e irroga sanzioni nel caso di violazioni.

È chiaro che tale sistema trova il suo naturale limite nel fatto di potere operare soltanto nei confronti di soggetti che abbiano aderito al sistema di autodisciplina. Questo limite connaturato all'autodisciplina, è ancor più evidente ove si tratti di pubblicità posta in essere da *influencer* e *testimonial*, specie quando non risulta chiaro il tipo di rapporto contrattuale che sussiste con l'inserzionista, anche se, di recente, dalle pronunce e ingiunzioni esaminate si può cogliere la tendenza ad allargare le maglie di applicabilità delle norme del Codice IAP. In tal senso

emblematico è il principio espresso dal Giurì di Autodisciplina in merito alla responsabilità vicaria dell'inserzionista per fatto dello *sponsee*.

Ciò che è emerso dal presente lavoro è come agli atti di concorrenza sleale tradizionalmente inquadrati dalla giurisprudenza e dal legislatore, nazionale e comunitario, si stiano affiancando, in concomitanza con l'evoluzione del costume sociale e del *web marketing*, nuove tipologie di atti anticoncorrenziali.

Queste ultime sono particolarmente insidiose, perché difficilmente riconoscibili.

È stato infatti osservato con fermezza come i contenuti commerciali divulgati sul web dagli *influencer* siano espressione della libertà di manifestare il proprio pensiero, attraverso consigli o racconti inerenti le proprie esperienze personali.

In effetti è connaturato al concetto di *influencer* il fatto di far entrare i consumatori/spettatori nelle proprie vite, nel quotidiano, e quindi anche di raccontare loro delle esperienze rispetto a determinati *brand*.

Tuttavia è stato anche evidenziato come sia complesso distinguere le ipotesi in cui tra il personaggio celebre o noto e il *brand* vi sia un contratto di *endorsement* o sponsorizzazione sotteso e quando invece la comunicazione non abbia alcun carattere commerciale, ma sia frutto di una spontanea scelta della *celebrity*.

Per questa ragione le Autorità che operano nel settore della regolazione del sistema della comunicazione commerciale hanno cercato di elaborare delle Linee Guida, volte ad orientare gli operatori del settore, da una parte sensibilizzandone le condotte e dall'altra prevedendo dei meccanismi deterrenti o sanzionatori delle condotte anticoncorrenziali.

L'espansione incontrollata del *web marketing* e la eterogeneità delle piattaforme sulle quali circolano una commistione di comunicazioni commerciali e contenuti non commerciali, sicuramente rendono difficoltoso individuare le condotte anticoncorrenziali e lesive dei diritti dei consumatori, al fine di reprimerle.

Per quanto concerne il fenomeno dell'*influencer marketing*, non vi sono dati certi circa l'effettiva incidenza che abbia rispetto all'orientamento dei consumatori verso un determinato *brand* o prodotto. Alcune statistiche hanno evidenziato, infatti, l'enorme influenza che ha l'*endorsement* di un *influencer* nell'ambito del *marketing* aziendale, come ad esempio è avvenuto nel caso dei Musei Vaticani e degli Uffizi, dal momento che la settimana successiva alla pubblicazione dei contenuti del personaggio celebre sono aumentate vertiginosamente le visite. Altre statistiche

analizzate, invece, condurrebbero a ritenere che l'*endorsement* di un *influencer* sia soltanto una voce marginale nell'ambito della politica di *marketing* aziendale.

Di certo non è possibile prevedere come si evolverà tale fenomeno nel tempo e, di conseguenza, come risponderà l'ordinamento giuridico rispetto alla necessità di tutelare l'equilibrio nel sistema concorrenziale del mercato e, correlativamente, i consumatori che in quel mercato risultano ormai protagonisti.

BIBLIOGRAFIA

- A. BALDASSARRE, V. GUGGINO, *L'autodisciplina pubblicitaria e il suo Giurì*, in *Impresa&Stato*, 1996
- A. FIEBIG, Private enforcement of antitrust law in the United States of America, *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L. F. PACE, 2013
- A. LIVINGSTON, K. GRANT, Endorsement, in *Encyclopedia of Sports, Management and Marketing*, by L. E. SWAYNE, M. DODDS, 2011
- A. M. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve del diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2018
- A. STAZI, *La pubblicità commerciale on line*, Milano, 2004
- A. TORRENTE, *La prescrizione dell'azione derivante dalla concorrenza sleale*, in *Foro it.*, 1961
- A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2012
- C. L. DEVESA, *La pubblicità testimoniale (le testimonianze nel messaggio pubblicitario: nozione e disciplina giuridica)*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1985
- E. DUTHIE, D. VERISSIMO, A. KEANE, A. T. KNIGHT, The effectiveness of celebrities in conservation marketing, in *PLOS one*, 7 luglio 2017
- E. GALANTI, *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, 2008
- F. SCIRÈ, *La concorrenza sleale nella giurisprudenza*, Milano, 1975
- G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale I. Diritto dell'impresa*, Torino, 2012
- G. GHIDINI, *La "correttezza professionale" (art. 2598, n. 3, cod. civ.), tra due ordinamenti costituzionali*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2011
- G. GUGLIELMETTI, *Digesto delle discipline privatistiche: sezione commerciale, Vol. III, voce Concorrenza*, Torino, 1988
- G. GUGLIELMETTI, *La concorrenza e i consorzi*, Torino, 1970
- J. KNOLL, J. MATTHES, The effectiveness of celebrity endorsements: a meta-analysis, in *Journal of the Academy of Marketing, Science*, 2016
- M. C. BRUNO, *I contratti di pubblicità*, in R. BOCCHINI, *I contratti di somministrazione di servizi*, Torino, 2006

- M. DE BELLIS, *L'erosione dei poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Rass. Giur. en. el.*, 2004
- M. FINK, M. KOLLER, J. GARTNER, A. FLOH, R. HARMS, Effective entrepreneurial marketing on Facebook – A longitudinal study, in *Journal of business research*, 113, 2020
- M. FUSI, *I contratti di pubblicità*, Milano, 1968
- M. FUSI, *I contratti nuovi. Pubblicità commerciale. Tecnica, modelli, tipi contrattuali*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, XV, Torino, 2002
- M. FUSI, P. TESTA, *I contratti di sponsorizzazione*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1985
- P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2019
- P. G. JAEGER, *La concorrenza sleale come atto illecito e la prescrizione delle azioni relative*, *Riv. Dir. Ind.*, I, 1961
- P. NEWMAN, Revenge: John Sherman, Russel Alger and the origins of the Sherman Act, in *Public Choice*, Vol. 174, n. 3-4, Florida, 2018
- R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2009
- R. DASHKO, A. DERGACHEVA, V. SEMENIKHIN, Private enforcement of antitrust law in Russia, *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L. F. PACE, 2013
- R. H. LANDE, J. P. DAVIS, Benefits from private antitrust enforcement: an analysis for forty cases, 42 U. S. F. L. Rev. 879, 2008
- R. MOYNIHAN, The intangible magic of Celebrity Marketing, in *PLoS Medicine*, novembre 2004, vol. I, Issue 2
- R. ROSSOTTO, C. ELESTICI, *I contratti di pubblicità. Il contratto di agenzia e il contratto di sponsorizzazione*, Milano, 1994
- S. BATTINI, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in *riv. trim. dir. Pubbl.*, 2018
- S. GATTI, *Sponsorizzazione e pubblicità sponsorizzata*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1985
- T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960
- T. HU, Private enforcement of antitrust law in China, *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L. F. PACE, 2013
- V. FRANCESCHELLI, *I contratti di sponsorizzazione*, in *Giur. Comm.*, 1987
- V. MANGINI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2012

GIURISPRUDENZA

Trib. Milano, 30 dicembre 2016, ord. n. 51429, www.giurisprudenzadelleimprese.it

Cass., 12 ottobre 2018, in *Dir. Ind.*, 2019

Cass., 25 settembre 2012, n. 16924, in www.cortedicassazione.it

Trib. Milano, 25 gennaio 2006, in *Dir. Ind.*, 2006

Trib. Milano, 9 aprile 2018, n. 4006, in www.giurisprudenzadelleimprese.it

Trib. Milano, 12 ottobre 2015, n. 11384, in www.giurisprudenzadelleimprese.it

Cass., 4 novembre 2005, n. 21392, in www.cortedicassazione.it

Cass., 29 gennaio 2016, n. 1748, in www.cortedicassazione.it

Cons. Stato comm. spec., 29 maggio 1998, in *Foro amm.*, 1999

Corte Cost., 31 gennaio 2019, n. 13, in www.cortecostituzionale.it

SITOGRAFIA

www.eur-lex.europa.eu

www.iap.it

www.china.org.cn/government

www.hbr.org

www.agcm.it/media/comunicati-stampa

www.asa.org.uk/advice-and-resources

www.consumatori.it/comunicati-stampa

www.agcm.it/dotcmsdoc/bollettini/2020/11-20