



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Civile II

II CONTRATTO D'OPERA NEL DIGITAL MARKETING

RELATORE

**Chiar.mo Prof.
Giovanni Iudica**

CANDIDATA

**Giulia Foglietti
Matr. 154453**

CORRELATORE

**Chiar.mo Prof.
Silvio Martuccelli**

ANNO ACCADEMICO 2019/2020

IL CONTRATTO D'OPERA NEL DIGITAL MARKETING

CAPITOLO I

IL DIGITAL MARKETING NASCE DAI GIOVANI

1. L'approccio delle mini-micro-piccole e medie aziende al WEB
2. Il ruolo dei giovani e dell'educazione alle nuove tecnologie
3. Contratto d'opera nel digital marketing: inquadramento giuridico
4. Oggetto del contratto
5. Responsabilità
6. Contratto social media marketing: check-list

CAPITOLO II

IL CONTRATTO D'OPERA DELL'INFLUENCER MARKETING

1. Il quadro normativo di riferimento
2. Giurisprudenza e prassi amministrativa
3. Webmarketing, socialmediamarketing, influencer
4. Influencer, social networks e fake news
5. L'Astroturfing

CAPITOLO III

INFLUENCER NEL SETTORE FARMACEUTICO

1. Evoluzione dei social network quale realtà anche di tipo commerciale
2. La pubblicità istituzionale delle imprese farmaceutiche
3. La pubblicità su alcuni social network dei medicinali o.t.c. e dei medicinali senza obbligo di prescrizione
4. I dettagli delle Linee Guida sulla pubblicità dei farmaci sui social network
5. Il futuro della comunicazione relativa ai farmaci sui social network: la contraffazione, il tema della profilazione, e la partecipazione delle imprese farmaceutiche al dibattito presente su pagine di soggetti terzi
6. La partecipazione delle imprese farmaceutiche al dibattito presente su pagine di soggetti terzi

BIBLIOGRAFIA INIZIALE

- Barabási, *Network Science*, Cambridge, 2016.
- Bianconi, *Multilayer Networks*, Oxford, 2018.
- Caldarelli - Catanzaro, *Networks. A Very Short Introduction*, Oxford, 2011.
- Degenne - Forsé, *Introducing Social Networks*, London, 2006.
- Galli-Mainini-Zani, *Competere col Brand sul mercato globale*, Bologna, 2017.
- Gneiser - Heidemann - Klier - Landherr - Probst, *Valuation of online social networks taking into account users'interconnectedness*, in *Information Systems and e-Business Management*, 2012.
- Gneiser - Heidemann - Klier - Landherr - Probst, *Valuation of Online Social Networks Taking into Account Users'Interconnectedness*, *Information Systems and e-Business Management* 10, 1, 61-84 <https://pdfs.semanticscholar.org/7ba9/6a7f82563fa2b65b7963a73c6c2f1f0b47e8.pdf>. 2012.
- Heidemann - Klier - Probst, *Online social networks: a survey of a global phenomenon*, Elsevier, 2012.
- Higgins, *La matematica dei social network. Una introduzione alla teoria dei grafi*, Bari, 2012.
- Jackson, *Social and Economic Networks*, Princeton, 2008.

- Joo - Kim - Yang, *Valuing customers for social network services*, in *Journal of Business Research*, 2011.
- Knoke - Yang, *Social Network Analysis*, Los Angeles, 2008.
- Liu -Kliman-Silver - Bell - Krishnamurty - Mislove, *Measurement and analysis of OSN ad auctions*, Proceedings of the second ACM conference on Online social networks, Dublin, Ireland - October, 2014.
- Luo - Zhang - Duan, *Social Media and Firm Equity Value*, in *Information Systems Research*, 2013.
- Massari - Campeti - Gianfrate, *La valutazione dei social network: un approccio customer-based*, in *La valutazione delle aziende*, 2012.
- Newman, *Networks. An Introduction*, Oxford, 2010.
- Passaglia - Poletti, *Nodi virtuali, legami informali: Internet alla ricerca di regole*, Pisa, 2017.
- Riva, *I social networks*, Bologna, 2016.

Introduzione

I social network incidono pesantemente sul diritto d'autore e sulla concorrenza.

Il diritto della concorrenza sleale ha una tradizione più che centenaria. Raccolto in un solo articolo del codice civile, il leggendario 2598, è sopravvissuto a tre Rivoluzioni industriali, adattandosi, nel quadro dell'evoluzione giurisprudenziale, alle novità che le multiformi esigenze del traffico e dell'economia man mano imponevano.

Travolto dalla vertigine che il web genera in tutti noi, v'è chi si chiede se le norme sulla concorrenza sleale, e in generale, le norme sulla concorrenza, sopravviveranno alla convergenza, alla piattaforma digitale, e, soprattutto, ai social networks.

Per il giurista, il ricorso al legislatore è l'*Ultima Ratio Regis*. Per scongiurarla, occorre una ricognizione del presente, e un esame dell'ordinamento giuridico, alla ricerca di soluzioni che permettano di evitare nuove leggi e nuovi regolamenti. E così faremo.

Incominciamo ad esaminare gli elementi di destabilizzazione dell'ordinamento giuridico in relazione alla rete e alla convergenza: Il tempo, lo spazio e il numero.

Il primo elemento destabilizzante è il tempo.

Delle tre Rivoluzioni industriali che si sono succedute dal 700 ad oggi la Rivoluzione digitale è quella che è stata cronologicamente dirompente. Pochi decenni sono passati dalla nascita dei primi computer. Poi i personal computer sono comparsi sulle nostre scrivanie. Poi la rete si è fatta web. E il web ha scatenato la Rivoluzione digitale. Il tutto in un brevissimo arco temporale. Il diritto è in affanno. Il diritto e gli istituti giuridici sono abituati a ben altre tempistiche. Il diritto della concorrenza si è sviluppato nell'arco di un secolo.

Il secondo elemento destabilizzante è lo spazio.

Il diritto, da quando è nato, ha valenza territoriale. Il principio di territorialità è uno dei fondamenti dell'ordinamento giuridico. È ben vero che il diritto industriale è, tra i rami del diritto, quello che maggiormente è

caratterizzato da una vocazione internazionale. Le grandi Convenzioni internazionali dell'800 ne fanno prova. Ma ci sono voluti anni e anni per giungere ad un Brevetto europeo ad effetti unitari.

Per contro, la rivoluzione digitale in pochi decenni si è diffusa in tutto il mondo, collegandolo, causa ed effetto della globalizzazione.

Il terzo elemento destabilizzante è il numero. Il numero di coloro che vivono attivamente il contesto sociale, economico e giuridico. La rivoluzione digitale ha moltiplicato esponenzialmente il numero degli attori e le modalità di comunicazione.

Per secoli, la possibilità di comunicare sui media è stata riservata a pochi. Nel settecento e nell'ottocento un cittadino poteva esprimere le proprie idee e le proprie opinioni in circoli politici o in comizi pubblici. Qualcuno riusciva a pubblicare le proprie idee in manifesti, in pamphlet, o sui giornali.

Con la diffusione della radio prima, e della televisione poi, questa possibilità si è allargata, naturalmente nel quadro delle regole che attengono alla gestione del monopolio statale.

Dopo le sentenze della Corte costituzionale del 1974 e del 1976, con la fine del monopolio statale, le radio libere e le televisioni commerciali hanno ulteriormente allargato la platea dei possibili opinionisti.

Con il web è cambiato tutto.

Come ogni rivoluzione, la rivoluzione digitale ha avuto effetti positivi e negativi. Nel bene e nel male, ha avuto effetti in vari aspetti della vita umana, dei rapporti sociali, dell'economia, del sapere e del diritto.

Gli effetti positivi sono emersi per primi: la condivisione della conoscenza, la diffusione della cultura, l'allargamento e il collegamento dei mercati, i vantaggi per i consumatori, l'allargamento della partecipazione popolare alla vita sociale, politica e della società civile.

Ma, nell'arco di breve tempo, la rete ha sviluppato un lato oscuro.

La diffusione della cultura e della conoscenza sulla rete ha comportato un attacco ai diritti di proprietà industriale come intesi tradizionalmente; la pubblicità ha trovato nuove e insidiose forme; l'informazione su prodotti e

servizi ha incominciato a nascondere atti di pubblicità occulta o menzognera; la concorrenza ha forgiato nuovi strumenti; l'allargamento della partecipazione politica e sociale alla società civile è turbata da infiltrati e da attacchi cibernetici.

Il diritto - da millenni tranquillamente costruito sul principio di territorialità e uso ad evolversi con prudente lentezza - è stato colto - come si potrebbe dire - impreparato dalla rivoluzione digitale.

Il computer e la rete nascono e si espandono in un sistema di assenza di regole (il c.d. diritto privato della rete) fortemente influenzato dalla sopranazionalità (dello sfondo normativo) e dal c.d. spazio virtuale (cyberspace). La rete non è ancora un mercato in senso giuridico. Nasce come strumento di libera comunicazione del pensiero. In un certo senso, come *ἀγορά* virtuale.

Al suo nascere, la rete non pose problemi giuridici. Ma a poco a poco, come in tutte le comunità, anche nella comunità virtuale incominciarono a sorgere conflitti di interesse, e esigenza di regole, sociali o giuridiche che siano.

Fino a quando la funzione della rete fu prevalentemente "civile", i conflitti d'interesse furono modesti, e non suscitarono la curiosità del giurista. I problemi sorsero quando nella rete irrupero le imprese, che incominciarono a svolgere attività commerciali.

Con il nascere della commercializzazione della rete e l'espandersi del commercio elettronico, penetrano nella rete conflitti di interessi che tendono ad essere regolati da norme di diritto commerciale.

Viene così a crearsi un sistema complesso, ove sempre più intenso si fa il ricorso a regole di diritto commerciale, nazionale o internazionale che sia.

E così, in pochi anni, le imprese sono venute svolgendo nella rete le stesse attività che erano andate svolgendo e svolgono nel mondo materiale. Fanno, sulla loro pagina web, vetrina di sé stesse. Espongono prodotti e servizi. Fanno pubblicità. Vendono i loro prodotti. E, naturalmente, si fanno concorrenza. E, qualche volta, concorrenza sleale.

Ripropongono, nel web, i temi dei rapporti concorrenziali tra imprese, e i conflitti tra imprese e consumatori.

Queste attività tipiche della vita dell'impresa - concorrenza tra imprese e protezione dei consumatori - sono attentamente regolate nel mondo materiale. Ma la trasposizione di queste ben note regole nel mondo virtuale trova gli ostacoli che abbiamo indicato prima: tempo, spazio e numero.

E non è tutto. Il web ha creato fenomeni nuovi, sconosciuti al mondo materiale.

Uno di questi attiene, tra i tanti, al mondo dei social networks.

I social networks nascono e si sviluppano come luogo immateriale di incontro tra privati.

Ben presto il successo dei networks (Facebook, YouTube, Instagram, Twitter, LinkedIn e altri ancora) ove sono attivi ogni giorno milioni di persone, suscita l'interesse delle imprese. Come è ovvio, l'ingresso delle imprese sui *social networks* porta seco i temi classici del diritto industriale, che fanno fatica ad integrarsi con il nuovo modo di comunicare. Se i temi attinenti il diritto d'autore e la sua difesa erano già presenti sul web, l'ingresso delle imprese nei *social networks* aggiunge i temi della concorrenza, della concorrenza sleale, della pubblicità.

Il presente lavoro si soffermerà, altresì, sul contratto d'opera intellettuale e sul relativo carattere personale nell'era digitale.

CAPITOLO I

IL DIGITAL MARKETING NASCE DAI GIOVANI

SOMMARIO. 1. L'approccio delle mini-micro-piccole e medie aziende al WEB - 2. Contratto d'opera nel digital marketing: inquadramento giuridico -3. Oggetto del contratto - 4. Responsabilità -5. Contratto social media marketing: check-list

1. L'approccio delle mini-micro-piccole e medie aziende al WEB

In un panorama di approfondimento giuridico di quanto l'informatica ormai è inserita nella vita quotidiana e lavorativa di ogni persona del mondo e, nello specifico, in Italia, può essere utile conoscere l'esperienza dei professionisti e delle aziende che operano nel mondo dei social media e della gestione della sicurezza informatica in genere. Al momento in cui siamo ora, si comincia infatti a rendersi conto del fatto che l'interazione con gli strumenti informatici, in primis gli smartphone, è stato un passaggio generazionale che somiglia ad una specie di rivoluzione industriale.

In un parallelo con la nascita di Internet e la sua diffusione, ci si rende conto che la necessità di conoscenza e di attenzione che la semplificazione e le nuove tecnologie inseriscono "forzatamente" nelle vite e nelle professioni di ognuno di noi, è diventata ormai una emergenza oltre che una necessità. Ci sono

operazioni che svolgiamo quotidianamente ormai, e che ci sembrano innocue, che invece necessitano di conoscenze profonde a livello strategico e di gestione della privacy. Questo impatto oltremodo altisonante che il mondo dei social media ha avuto ed ha quotidianamente sulle vite e sulle attività di tutti i cittadini italiani (rimanendo nella nostra nazione) ha ovviamente molti aspetti delicati, ma permette anche un nuovo paradigma di diffusione e di presentazione delle attività aziendali¹.

Ormai i canali di comunicazione sono cambiati, e sono aggiornati in modo rapidissimo, in un modo che nemmeno le istituzioni più attente sono state in grado di misurare e accompagnare nel modo più corretto, ma il verso della medaglia che guarda al positivo di questi nuovi paradigmi di comunicazione e diffusione, risplende di opportunità di visibilità e rintracciabilità, che fino a qualche tempo fa non erano nemmeno immaginabili.

La nascita di strumenti come MySpace, e poi del campione Facebook, ha infatti permesso a realtà che erano piccole, o microscopiche addirittura, di affacciarsi a tutto il mondo con risorse limitate e possibilità quasi inimmaginabili. Ecco il motivo di una riflessione che metta in luce le opportunità ma soprattutto l'attenzione che le stesse hanno generato nell'imprenditoria italiana negli ultimi 20 anni.

Dalla nascita di Internet, che si può considerare il 1983, ad oggi, con 35 anni di evoluzione esponenziale delle tecnologie e del loro utilizzo, ci si deve interrogare sul come un canale come il web, sia diventato finestra imprescindibile sul successo (o insuccesso) per ogni tipologia di attività. Nello specifico, occorre individuare e rappresentare un percorso quasi *standard* necessario per le aziende, piccole o grandi che siano, per ottenere il massimo vantaggio per chi desidera intraprendere il viaggio nel mondo contemporaneo.

Trentacinque anni, per quasi tutte le tecnologie, per quello che alcune delle generazioni prima della nostra, ma anche fino alle nostre, hanno visto, sono oggettivamente pochi, ma in questo caso la crescita esponenziale

¹ MORO VISCONTI, *I beni immateriali: valutazione e merito creditizio*, Roma, 2018, 36 ss.

dell'innovazione ha generato un'accelerazione a dir poco miracolosa, ma spaventosa al contempo, delle opportunità che si pongono a disposizione dell'imprenditore del 2018.

Anche dal confronto con altri professionisti, emerge un approccio apatico e sterile da parte di molte imprese alla conoscenza delle novità tecnologiche, che rivela quanto questo *gap* generazionale abbia pesato in senso negativo per le piccole e micro attività. Aziende strutturate in Italia con consulenti dedicati e specialisti preparati, sono in grado di cogliere al volo le possibilità e di competere in un mercato globale e velocissimo. Al contrario, le piccole e le micro imprese non riescono ad affrontare questo sovrabbondante flusso di novità legate alla tecnologia e annaspano, affrontando con sufficienza un approccio al web, senza comprendere quanto pesi la *web reputation* e continuando a pensare che con il web basti essere presenti per guadagnare e crearsi nuove opportunità.

Se infatti non esiste una formula vincente per tutti, né uno standard che sia semplice da implementare, tuttavia vi sono passaggi obbligati, fatti di impegno, costanza, valutazioni statistiche, appoggio a professionisti del campo, e strategie immaginate prima e valutate empiricamente in base al risultato. Certo, ci sono strumenti che sono apparentemente "facili": una pagina Facebook, che è o può diventare una grande vetrina ed oggi può anche essere strumento per vendere direttamente i propri prodotti o servizi, è facile da creare, ma quando il progetto dietro ad una presenza online non è chiaro, studiato, valutato e riqualificato di continuo, esso è quasi inutile o addirittura può diventare deleterio, se non viene perseguito in modo efficace.

Quello che buona parte delle realtà coinvolte non riesce a comprendere, è dunque la portata di quello che una buona strategia, sviluppata con i giusti professionisti, può offrire ad un'attività, sia essa offline o online.

Si possono riassumere in 6 punti chiave le differenze che dovrebbero far capire ad un imprenditore non solo il *perché*, ma soprattutto il *come* sfruttare questo nuovo paradigma, che nuovo è solo per queste differenze che ora riassumerò, ma che nella realtà dei fatti, muove da una premessa molto semplice, quasi preistorica: se mi faccio conoscere, vendo; se rimango nell'anonimato,

vendo con molta difficoltà. In questa prospettiva, lo *switch* dall'analogico al digitale è necessario, è semplice ed è economico, ma non banale.

1. *Il Digital Marketing costa meno del tradizionale.* Il Digital Marketing è più conveniente rispetto alla pubblicità nei media tradizionali come televisione, radio, e la carta stampata. Dunque, impostando bene una strategia, con un investimento mensile non paragonabile agli altri, esso offre alle aziende l'opportunità di promuoversi in modo efficace, di raggiungere un pubblico più vasto di clienti qualificati, di generare nuove entrate, e soprattutto di ottenere i dati necessari per misurare con precisione il ritorno sull'investimento (ROI).

2. *È misurabile.* La parte relativa alla facilità di creazione e consultazione delle statistiche, rendono infatti il digitale uno strumento misurabile: il tempo di latenza della visita in una determinata pagina, il Paese dal quale ci si collega, il numero di click e tantissimi altri dati sono espressi da numeri precisi e concreti, da mediare con intelligenza, ma sicuramente maggiormente misurabili del numero di persone che passano davanti ad un cartellone e ne rimangono (realmente) colpiti. Questo consente di impostare una strategia di *marketing* su base empirica (si prova una strategia per poi verificarne la bontà), purché la verifica sia sostenuta da dati certi.

3. *Genera brand building.* Quando si offre valore attraverso informazioni e risposte si comincia a costruire il senso di fiducia vero il proprio brand, che è una componente determinante del successo imprenditoriale².

4. *Ha un enorme potenziale di visibilità.* Sempre più, grazie allo sviluppo e diffusione delle tecnologie, soprattutto *mobili*, il marketing digitale ha il potenziale per raggiungere un numero esponenzialmente crescente di clienti.

5. *Consente di raggiungere un target sempre più mirato.* Data l'ampia gamma di possibilità e capacità di diffusione (viralità), e grazie alle statistiche, è più facile riuscire a creare un target veramente interessato al proprio brand. In pratica è possibile indirizzare le campagne per mostrare messaggi solo ai potenziali clienti che sono pronti a comprare *oggi*.

² GALLI-MAININI-ZANI, *Competere col Brand sul mercato globale*, Bologna, 2017, 12.

6. *Riesce a produrre il coinvolgimento dei clienti.* Tramite un lavoro costante e attento e grazie al continuo approfondimento delle conoscenze del proprio o propri target, si può riuscire a sviluppare il coinvolgimento (ossia la fiducia conquistata). Che si tratti di ricevere telefonate da clienti che vedono gli annunci online di un'impresa, di iscriversi ad una newsletter mensile, di commentare un blog o di discutere nei social media, comunque il digitale facilita la comunicazione con i clienti.

Non ci allontana però da un concetto che, a ben guardare, è pienamente espresso dai 6 punti precedentemente riassunti e fa emergere una delle parole che sono state riconosciute come cruciali: la *fiducia*.

Da sempre, il consumatore nelle sue esperienze d'acquisto tende a fidarsi della parola di chi aveva già comperato quel determinato prodotto, dell'esperienza già vissuta da altri e poi da sé stesso, costruendo progressivamente la propria fiducia nei confronti del produttore, per il quale questa fiducia rappresenta il patrimonio più grande. Questo è uno dei problemi, ma anche delle grandi opportunità che il web aiuta ad esaltare: la grandissima facilità con la quale grazie al web le imprese sono visibili, con la quale il loro pubblico scambia opinioni, e con la quale lancia anche accuse, è infatti da incanalare e gestire, cosa in sé non facile, ma più agevole per i servizi ed i prodotti che fanno della semplificazione la loro arma migliore per poter essere presenti nel mercato di oggi, nella consapevolezza del fatto che la rete offre facilità di comunicazione, pubblico immenso, rapidità, ma anche facilità di affossamento.

Il web, paradossalmente, richiede tempo e pazienza, per evitare di bruciare rapidamente i frutti del proprio investimento in comunicazione: in particolare, lo standard del settore richiede di regola un piano a lungo termine, almeno 3 anni, per poter ottenere dei risultati concreti, che portino l'impresa ad essere presente in modo regolare negli smartphone dei propri clienti, nei loro dispositivi wearable, negli assistenti vocali, e cioè ad avere guadagnato la loro fiducia³.

³ GALLI-MAININI-ZANI, *Competere col Brand sul mercato globale*, cit., 15.

Deve essere compreso che la fiducia è la chiave di volta della comunicazione ed è decisiva per imporsi nel mondo della comunicazione digitale.

2. Contratto d'opera nel digital marketing: inquadramento giuridico

Il contratto per social media marketing non è disciplinato dal codice civile, ma si può inserire nella fattispecie del contratto di realizzazione d'opera, nelle due versioni del contratto d'appalto, se il servizio è svolto da un'agenzia, e nel contratto d'opera se invece il cliente si affida ad un freelance.

Le caratteristiche tipiche di questo rapporto di collaborazione sono l'assenza di un rapporto di subordinazione fra le parti; il cliente è il committente e il suo obbligo è di pagare il corrispettivo; il professionista è il prestatore d'opera che deve eseguire il servizio.

Durante l'esecuzione del servizio il committente può chiedere delle modifiche, ed è una parte molto importante da gestire nel contratto gestione social network.

L'obbligazione, essendo legata all'esecuzione di un servizio e non alla creazione di un prodotto, deve essere definita contrattualmente come obbligazione di mezzo e non di risultato.

Infatti entrambe le tipologie sono compatibili con il contratto di prestazione d'opera.

Passiamo ora ad identificare i tre diversi corpi normativi ricavabili dagli artt. 2229-2238 c.c., e verifichiamo per ognuno l'area ed i presupposti

soggettivi di applicazione. A) Partiamo dalle norme che riguardano il contratto d'opera intellettuale. Anzitutto l'art. 2230 c.c. identifica le fonti che disciplinano questo schema contrattuale, costituite precisamente dagli artt. 2231-2237 c.c., dagli artt. 2222-2228 sul contratto d'opera, "in quanto compatibili" con gli artt. 2231-2237 c.c. e "con la natura del rapporto", ed infine, per i contratti aventi ad oggetto prestazioni intellettuali protette, dalle diverse norme contenute nelle leggi speciali istitutive degli ordinamenti professionali particolari. L'art. 2230 comma 1° coordinato con l'art. 2222 c.c. fissa poi la definizione normativa del contratto d'opera intellettuale: e precisamente lo qualifica come quello con cui un soggetto "si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio intellettuale senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente". Gli artt. 2231-2237 c.c. disciplinano infine alcune clausole inderogabili o suppletive di questo tipo contrattuale, costituite *a)* dalla previsione di una causa speciale di invalidità del contratto per il caso che questo abbia ad oggetto prestazioni "protette" promesse da un soggetto che non sia iscritto al relativo albo professionale (art. 2231 c.c.)⁴; *b)* dall'obbligo di esecuzione personale della prestazione (art. 2232 c.c.); *c)* da un criterio di determinazione del compenso svincolato dal prezzo di mercato della prestazione, e collegato "all'importanza dell'opera e al decoro della professione" (art. 2233 comma 1°-2° c.c.); *d)* da alcune ipotesi speciali di illiceità dell'oggetto del contratto d'opera intellettuale (art. 2233 comma 3° c.c.); *e)* dall'obbligo per il committente di anticipare le spese e gli acconti sul compenso (art. 2234 c.c.); *f)* da un diritto del professionista protetto di ritenere le cose ed i documenti ricevuti dal cliente, e reciprocamente da un divieto di ritenzione a carico del professionista non protetto (art. 2235 c.c.); *g)* da una regola speciale di responsabilità contrattuale (art. 2236 c.c.)⁵; ed infine *h)* dalla

⁴ Nel caso del contratto stipulato in violazione dell'art. 2231 comma 1° c.c. la dottrina concorda sulla natura della sanzione, ma si divide sulle cause della nullità. Alcuni ritengono che questa nullità dipenda da mancanza della capacità giuridica. SANTORO PASSARELLI, *Professioni intellettuali*, in *Noviss. Dig. Italiano*, Torino, 1967, p. 24.

⁵ Secondo l'interpretazione preferibile l'art. 2236 c.c. prevede una regola speciale di diligenza che specifica nel campo libero-professionale la regola generale *ex art.* 1176 comma 2° c.c. In base a questa impostazione l'art. 2236 c.c. non introduce pertanto una attenuazione della responsabilità del libero professionista, e così in particolare per i casi di risoluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà non vale ad escludere la responsabilità del professionista per culpa laevis. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 79, secondo cui la

possibilità di recesso *ad nutum* del committente e per giusta causa del professionista (art. 2237 c.c.).

Resta da dire dell'area e dei presupposti soggettivi di applicazione della disciplina legale ora ricordata del contratto d'opera intellettuale. Questi profili soggettivi devono essere indagati secondo due diverse linee. La prima vuole stabilire quali prestazioni professionali *devono* essere oggetto di questo schema negoziale, e reciprocamente quali soggetti sono obbligati a servirsene per regolare i rapporti con i loro clienti; mentre la seconda vuole verificare quali prestazioni professionali *possono* essere oggetto dello schema negoziale *ex artt.* 2229 ss. c.c., e reciprocamente quali soggetti possono scegliere di servirsene per disciplinare i rapporti con la loro clientela.

Procedendo dalla prima linea di indagine rilevo anzitutto che il percorso argomentativo di questo studio non impone di prendere posizione *ex professo* sul carattere derogabile o inderogabile dello schema del contratto d'opera intellettuale per l'esercizio delle attività intellettuali protette. Qui mi limito pertanto a ricordare che una parte cospicua della dottrina ritiene questo schema negoziale per diverse ragioni inderogabile per l'esercizio delle attività ora dette⁶.

colpa grave richiamata dall'art. 2236 c.c. non è altro che la colpa lieve valutata tenendo conto delle speciali difficoltà dei problemi tecnici affrontati dal professionista; PERULLI, *Il lavoro autonomo*, nel *Trat. di dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1996, XXVII, 1, pp. 611 ss., 620, secondo cui "l'apparente limitazione della responsabilità si traduce, più semplicemente, in una direttiva volta a condurre il giudizio in modo adeguato alla complessità e alle imperfezioni delle conoscenze scientifiche, limitandosi, quindi, ad applicare nella specifica *sedes materiae* il principio dettato dall'art. 1176 comma 2° c.c.". Per contro un parte importante della giurisprudenza procedendo da un'interpretazione letterale dell'art. 2236 c.c. ne ha talvolta ricavato un regime di responsabilità privilegiata per il professionista intellettuale (così ad esempio Cass. 28 aprile 1961 n. 961, in *Giur. it.* 1962, I, 1, 1247; Cass. 13 ottobre 1957 n. 3589, in *Giur. it.* 1957, I, 1, c. 78; in questo senso parrebbe anche P. Rescigno, voce *Obbligazioni (nozioni)*, cit., p. 192, secondo cui "nel sistema è in realtà evidente [...] la tendenza a circoscrivere la responsabilità del professionista intellettuale in un'area più ristretta di quella del debitore comune"), giungendo così al risultato di attenuare la diligenza richiesta al professionista proprio quando questi sia chiamato a fronteggiare "problemi tecnici di speciale difficoltà". Per una critica di questa soluzione v. già MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi" (studio critico)*, in *Riv. dir. comm.* 1954, I, p. 206.

⁶ CAMPOBASSO, *Diritto commerciale - Diritto delle società*⁴, 2, Torino, 2018, p. 19 s. In giurisprudenza v. Cass. 12 marzo 1987 n. 2555, in *Foro it.* 1988, I, c. 554, ed in *Riv. dir. comm.* 1987, II, p. 11, con nota di Stagno D'alcontres, *Professioni intellettuali protette ed associazione in partecipazione*.

Rilevo per contro che numerosi argomenti paiono suggerire la piena derogabilità dello schema del contratto d'opera intellettuale (quanto meno) per le prestazioni non protette, che per corollario possono costituire oggetto di qualsiasi altro contratto tipico o atipico idoneo a perseguire lo scopo voluto dalle parti.

Un primo argomento a conferma di questa conclusione si ricava dalla disciplina delle attività creative ed artistiche. Come vedremo tra breve gli autori e gli artisti operano frequentemente come lavoratori autonomi; nell'ipotesi tipica svolgono attività di natura intellettuale; e salvo alcuni casi atipici non sono assoggettati a sistemi pubblicistici di protezione. L'art. 107 l.a. dichiara d'altro canto che questi soggetti possono trasferire i diritti sui risultati delle loro prestazioni mediante qualsiasi contratto idoneo allo scopo, non solo per mezzo del contratto d'opera intellettuale; mentre gli artt. 118 ss. c.c. tipizzano gli schemi dei contratti d'edizione, di rappresentazione e di esecuzione, che hanno carattere inderogabile per il perseguimento delle rispettive funzioni tipiche: e che, come vedremo più avanti, paiono incompatibili con lo schema del contratto d'opera intellettuale. Ora per evitare un conflitto irriducibile tra gli artt. 107, 118 ss. l.a. e gli artt. 2230 ss. c.c., e per preservare così la coerenza interna dell'ordinamento giuridico, si deve concludere che gli autori e gli artisti sono liberi di scegliere se gestire i rapporti con i propri committenti mediante contratti d'opera intellettuale oppure per mezzo di diversi schemi contrattuali, siano essi quelli tipizzati dalla legge d'autore, oppure schemi diversi, tipici o atipici.

Un altro argomento a conferma della tesi qui sostenuta emerge poi sul piano politico-giuridico. Su questo piano è da tempo emersa e va continuamente rafforzandosi una tendenza alla liberalizzazione dei modi operativi del professionista intellettuale, ed alla loro uniformazione a quelli dell'imprenditore. Questa tendenza si riflette anche sul problema in esame, suggerendo di liberalizzare quanto più possibile gli schemi contrattuali utilizzati per esercitare le attività intellettuali: e precisamente di non vincolare all'uso del contratto d'opera intellettuale chi renda prestazioni intellettuali non protette.

Un argomento ulteriore a supporto della conclusione prima illustrata si ricava a fortiori qualora si ritenga derogabile lo schema

del contratto d'opera intellettuale per le prestazioni intellettuali protette: perché in questo contesto non avrebbe naturalmente senso vincolare all'uso di questo schema contrattuale le sole attività intellettuali non protette, che meritano certo un grado di autonomia organizzativa ed operativa se non maggiore almeno pari a quelle protette.

Un ultimo argomento a favore della tesi sopra illustrata si ricava infine dal carattere eccezionale della previsione dell'inderogabilità del contratto d'opera intellettuale: che rappresenta a sua volta un'eccezione rispetto al canone generale dell'autonomia privata, e merita per conseguenza un'interpretazione quanto più possibile restrittiva.

Passiamo ora alla seconda linea di indagine, che vuole verificare quali prestazioni professionali possano essere oggetto dello schema negoziale *ex artt. 2229 ss. c.c.*. A questo proposito viene anzitutto in gioco il principio dell'autonomia privata. Ora questo principio stabilisce tra l'altro che le parti possono modellare i loro rapporti in base a qualsiasi schema negoziale tipico o atipico, sempre che perseguano interessi meritevoli di tutela e non violino norme imperative. Entro questi limiti l'autonomia privata permette dunque che lo schema negoziale previsto dagli *artt. 2229 ss. c.c.* sia utilizzato per qualsiasi tipo di prestazione professionale da parte di qualsiasi soggetto: e così tra l'altro da chi sia sottoposto allo statuto delle professioni intellettuali, ma anche da chi sia sottoposto a quello dell'impresa; da chi sia iscritto ad un albo professionale, ma anche da chi non lo sia; da chi eserciti attività intellettuali protette, ma anche non protette; e così via.

Qui possono peraltro ipotizzarsi due diversi scenari. Nel primo l'accordo voluto dalle parti rientra nella definizione normativa del contratto d'opera intellettuale, perché prevede tutti i requisiti tipici dello schema negoziale *ex artt. 2229 ss. c.c.*, costituiti dalla natura intellettuale della prestazione e rispettivamente dall'esercizio dell'attività professionale nelle forme del lavoro autonomo. Questo scenario vede la sostituzione o l'integrazione automatica della volontà delle parti con le clausole inderogabili o rispettivamente suppletive stabilite dallo schema legale *ex artt. 2229 ss. c.c.* Nel secondo scenario le parti pattuiscono invece tra loro un accordo che ricalca gran

parte delle clausole tipizzate *ex lege* per il contratto d'opera intellettuale, ma non presenta tuttavia entrambi i requisiti tipici ora detti: e così ad esempio prevede che il lavoratore autonomo realizzi una prestazione priva di carattere intellettuale. In questo diverso scenario la volontà delle parti non è (necessariamente) integrata dalle clausole tipizzate *ex artt. 2229 ss. c.c.*, ma eventualmente da quelle di un altro tipo legale: e così ad esempio da quelle del contratto d'opera *ex artt. 2222 ss. c.c.*

B) Passiamo poi allo statuto delle libere professioni, e cioè alla normativa codicistica che regola in generale le attività intellettuali. Questo statuto è stabilito dall'art. 2238 c.c., e si risolve nella mancata applicazione di quello dell'impresa, o meglio della porzione di esso non richiamata espressamente dall'art. 2238 comma 2° c.c. e non compresa nel diritto generale della concorrenza⁷. Per conseguenza il contenuto dello statuto delle libere professioni è tra l'altro costituito a) dalla non applicazione delle procedure concorsuali, e dunque in caso di insolvenza dalla liquidazione del patrimonio e dal soddisfacimento dei creditori secondo le regole generali dell'esecuzione forzata individuale; b) dalla non applicazione della disciplina dell'azienda *ex artt. 2555 ss. c.c.* ai beni strumentali per l'esercizio della professione; c) dall'assenza dell'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese *ex art. 2195 c.c.*; d) dalla non applicazione delle regole speciali sulla rappresentanza nelle imprese (commerciali) *ex artt. 2203 ss. c.c.* a vantaggio delle regole di diritto comune *ex artt. 1387 ss. c.c.*; e) dall'assenza di un obbligo di tenuta dei libri contabili nelle forme stabilite *ex artt. 2214 ss. c.c.*; f) dalla non applicazione di tutte le altre norme dell'ordinamento che si dichiarino genericamente applicabili all'impresa, o ad alcuni tipi di imprese; e reciprocamente g) dall'applicazione di

⁷ Alla determinazione dell'area di applicazione soggettiva della porzione di statuto dell'imprenditore rappresentata dal diritto generale della concorrenza provvede una nozione di impresa diversa e più ampia di quella prevista dall'art. 2082 c.c., calibrata sulla nozione di impresa rilevante per il diritto antitrust, e dunque idonea a comprendere anche le libere professioni. Per questa conclusione in tema di diritto dei marchi e della concorrenza sleale v. già GALGANO, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa*, cit., p. 16 s. Ad una proposta di rilettura unitaria dell'area di applicazione soggettiva delle diverse normative sulla concorrenza (e così precisamente di quelle antitrust, sui patti di non concorrenza, sulla concorrenza sleale, sulla pubblicità e sui marchi) sarà poi dedicato il resto dello studio più di cui questo lavoro costituisce anticipazione.

tutte quelle che si dichiarino genericamente applicabili alle professioni intellettuali⁸.

Passando ora ai presupposti soggettivi di applicazione dello statuto delle libere professioni mi pare che esso debba applicarsi a chi eserciti *a*) in forma di lavoro autonomo *b*) un'attività di natura intellettuale *c*) non incardinata in altra più ampia di natura imprenditoriale *d*) organizzata in forma individuale e non societaria *e*) usando tipicamente il contratto d'opera intellettuale⁹.

I primi tre requisiti non hanno bisogno di essere argomentati, poiché sono previsti in modo univoco *ex lege*: e precisamente i primi due si ricavano da numerosi dati testuali contenuti nella normativa codicistica sulle libere professioni; mentre il terzo si desume a contrario dall'art. 2238 comma 1° c.c., secondo il quale le professioni intellettuali esercitate all'interno di una diversa attività di natura imprenditoriale sono soggette allo statuto dell'impresa.

Il quarto requisito è subito suggerito da alcuni dati testuali che prevedono l'applicazione necessaria di parte dello statuto dell'impresa a qualsiasi soggetto organizzato in forma societaria; ed è poi confermato dalle ragioni illustrate tra breve, che dimostrano l'incompatibilità tra lo schema societario e l'uso del tipo contrattuale *ex artt. 2229 ss. c.c.*

Resta da dire del quinto requisito, e precisamente resta da dimostrare che il prestatore d'opera intellettuale che nei rapporti con la clientela usa tipicamente il contratto d'opera intellettuale deve essere sottoposto allo statuto delle libere professioni; mentre quello che usa abitualmente contratti diversi ed incompatibili è assoggettato allo statuto dell'impresa¹⁰.

⁸ In questo senso v. ad esempio gli artt. 2778 e 2956 n. 4 c.c. sui privilegi e sulla prescrizione presuntiva relativi ai crediti per i compensi del professionista.

⁹ L'applicazione dello statuto delle libere professioni non è invece subordinata alla sussistenza del requisito della professionalità: e cioè all'esercizio della attività intellettuale in modo stabile e non occasionale.

¹⁰ L'opinione che sottopone le attività intellettuali non protette agli statuti delle libere professioni e rispettivamente dell'impresa a seconda che siano esercitate a mezzo del contratto d'opera intellettuale o rispettivamente di contratti diversi ed incompatibili risale a GALGANO, *L'imprenditore*, cit., p. 40 s. (ed è ripetuta da ultimo in *Diritto commerciale - L'imprenditore*, cit., p. 18), secondo cui "il prestatore d'opera intellettuale "non protetto" può scegliere di agire come imprenditore: che agisca come tale, e non come professionista intellettuale, lo si desumerà dal tipo di rapporti contrattuali - di appalto anziché d'opera intellettuale - che instaurerà con i clienti". Aderiscono all'opinione di Galgano anche COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., I, 1, p. 106 s., secondo il quale "il riferimento al tipo di contratti abitualmente conclusi dal professionista" costituisce "l'unica discriminante possibile

Questa conclusione discende anzitutto da un'applicazione analogica dell'art. 2238 comma 1° c.c. Questa norma disciplina direttamente il caso delle professioni intellettuali esercitate nel contesto di una diversa attività di natura imprenditoriale, che preveda prestazioni ulteriori e differenti rispetto a quelle intellettuali: come avviene ad esempio per il medico che gestisce una casa di cura, per l'insegnante che dirige una scuola, o per l'architetto che gestisce un'impresa edile. Secondo l'art. 2238 comma 1° c.c. le attività intellettuali così esercitate non meritano di accedere al regime privilegiato delle libere professioni, e reciprocamente non sono esentate dall'applicazione dello statuto dell'impresa: poiché il loro esercizio secondo modalità imprenditoriali fa venir meno le ragioni giustificative di questa esenzione. Veniamo ora al caso delle attività intellettuali esercitate mediante contratti incompatibili con quello d'opera intellettuale, e precisamente mediante contratti ispirati a modi operativi di tipo imprenditoriale, che tra breve vedremo essere estranei ed antitetici a quelli che ispirano il tipo contrattuale *ex artt. 2230 ss. c.c.*. Questa seconda fattispecie non ha ricevuto dal legislatore una disciplina *ad hoc*, e così tra l'altro non è direttamente regolata dall'art. 2238 comma 1° c.c. A ben vedere può essere tuttavia assoggettata al principio stabilito da questa norma in via di interpretazione analogica¹¹. Presenta infatti molti punti di contatto con il caso disciplinato dall'art. 2238 comma 1° c.c., se solo si considera che al pari di questo prevede l'esercizio di un'attività intellettuale con modalità imprenditoriali. E d'altro canto si adatta bene alla *ratio* che ispira l'art. 2238 comma 1° c.c., secondo cui l'uso di modalità operative imprenditoriali fa venire meno le ragioni della non applicazione dello statuto dell'impresa.

Questa conclusione ricavabile già dall'argomento analogico è poi confermata a fortiori dall'art. 2238 comma 1° c.c. Già si è detto che secondo

tra professione e impresa"; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale - Diritto delle società*, cit., p. 19 s.

¹¹ Questo primo argomento presuppone la possibilità di sottoporre l'art. 2238 comma 1° c.c. ad un procedimento di interpretazione analogica. Ora nell'economia degli artt. 2229 ss. c.c. questa norma ha probabilmente carattere speciale, poiché disciplina un caso di deroga all'applicazione dello statuto delle libere professioni. Ma se considerata in un quadro più ampio pare subito riflettere un principio generale: che vede lo statuto dell'impresa come *lex generalis* del lavoro autonomo; e quello delle libere professioni come regime speciale e privilegiato.

questa norma i possibili scenari entro cui esercitare un'attività intellettuale in forma di lavoro autonomo sono soltanto due, e vedono l'applicazione dello statuto dell'impresa, o alternativamente di quello delle libere professioni. Per le professioni esercitate mediante il contratto d'opera intellettuale ma incardinate in una diversa attività imprenditoriale l'art. 2238 comma 1° c.c. stabilisce l'applicazione dello statuto dell'impresa, poiché queste professioni mantengono un saldo aggancio con il *modus operandi* dell'imprenditore. Ora questa soluzione deve valere a fortiori per le attività intellettuali esercitate mediante contratti diversi ed incompatibili con quello d'opera intellettuale, poiché in questo secondo caso la distanza dal *modus operandi* del libero professionista e la vicinanza a quello dell'imprenditore sono ben maggiori. A ben vedere questa seconda fattispecie non prevede infatti alcun punto di contatto con le modalità operative tipiche delle libere professioni. Mentre quella disciplinata dall'art. 2238 comma 1° c.c. prevede quantomeno che il prestatore d'opera intellettuale possa (e per le prestazioni protette eventualmente debba) gestire i rapporti con la sua clientela mediante lo schema contrattuale *ex artt.* 2230 ss. c.c., che costituisce pur sempre lo strumento operativo appositamente studiato dal legislatore per l'esercizio delle libere professioni; e che ragionevolmente codifica il *modus operandi* tipico del professionista intellettuale¹².

La conclusione qui sostenuta pare poi ulteriormente rafforzata sul piano sistematico dall'orientamento dottrinale e giurisprudenziale che sottopone tipicamente allo statuto dell'impresa alcune attività intellettuali esercitate mediante contratti ispirati a logiche imprenditoriali: come accade ad esempio per l'attività del farmacista, che prevede l'uso tipico del contratto di vendita; per quella dell'agente di cambio, che comportava l'uso abituale dei contratti di vendita e di borsa; e per le attività di progettazione industriale, che sono abitualmente esercitate mediante contratti atipici di *engineering*.

¹² Si può dire pertanto che la tipizzazione del *modus operandi* tipico del libero professionista è affidata in via negativa ed implicita all'art. 2238 comma 1° c.c.; in via positiva ed esplicita allo schema contrattuale *ex artt.* 2229 ss. c.c.: che codifica l'*id quod plerumque accidit* riguardo al rapporto tra professionista e cliente e le aspettative della coscienza sociale riguardo a questo rapporto.

La linea interpretativa qui proposta è infine confermata da un argomento sistematico e storico. Già si è detto che lo statuto dell'impresa costituisce la disciplina generale delle attività economiche di lavoro autonomo; mentre quello delle libere professioni rappresenta un regime privilegiato ed eccezionale. Questo primo spunto sistematico è ora specialmente rafforzato dai recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali più volte ricordati, che rivelano una tendenza crescente verso l'uniformazione di questi due regimi sulla base del modello rappresentato da quello dell'impresa. In questo contesto le norme che dispongono l'applicazione dello statuto dell'impresa meritano pertanto un'interpretazione estensiva, ed eventualmente anche analogica; mentre quelle che prevedono la sua non applicazione hanno carattere eccezionale, e per conseguenza meritano di essere interpretate in modo quanto più possibile restrittivo¹³.

C) Vediamo infine il regime speciale delle cd. professioni "protette", e cioè delle prestazioni intellettuali riservate ai soli iscritti a determinati ordini o collegi professionali. Questo regime di protezione trova una prima disciplina uniforme nell'art. 2229 c.c., che prevede tra l'altro la subordinazione del lecito esercizio di queste professioni all'iscrizione in appositi albi o elenchi, accessibili soltanto a chi dispone di requisiti predeterminati, accertati da associazioni professionali di categoria costituite in forma di ente pubblico associativo ad adesione vincolata ed esercenti funzioni amministrative e disciplinari nei confronti degli iscritti. Questa disciplina uniforme è poi di volta in volta integrata dalle leggi speciali istitutive dei vari ordinamenti professionali particolari.

¹³ La distinzione tra prestazioni professionali protette e non protette si interseca ma non si sovrappone a quella tra professionisti intellettuali protetti e non protetti. Sono infatti prestazioni professionali protette quelle riservate in esclusiva ad una determinata categoria di professionisti protetti. Ciò non esclude peraltro che questi soggetti possano esercitare (ed esercitino tipicamente) anche attività professionali non protette, che non siano loro vietate da regole speciali di incompatibilità. Queste medesime attività non protette possono essere tuttavia esercitate anche da altri operatori economici non iscritti ad un ordine professionale. E qui si pensi ad esempio alle attività professionali tipicamente esercitate dai dottori commercialisti oppure all'attività di consulenza giuridica, che pur rientrando fra le mansioni tipiche degli avvocati non è loro riservata in esclusiva. Per la distinzione tra prestazioni protette e non protette nell'ambito dell'attività del professionista protetto v. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., 382; GALGANO, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa*, cit., p. 4 ss.

Veniamo ora ai requisiti di applicazione soggettiva del regime delle professioni protette. Alcuni sono indicati dalla disciplina codicistica delle libere professioni, e precisamente sono costituiti dalla natura intellettuale della prestazione professionale, e dal suo esercizio nelle forme del lavoro autonomo. I rimanenti sono invece di volta in volta indicati dalle singole leggi istitutive dei vari ordinamenti particolari, ed attengono specialmente (ma non solo) alla qualificazione professionale e culturale del prestatore d'opera.

3. Oggetto del contratto

Riguarda la gestione di account social che sono il canale attraverso cui il brand comunica con gli utenti. Con lo sviluppo del marketing relazionale i social sono il primo punto di contatto fra azienda e prospect o clienti. Quindi l'account social ha un valore economico per l'azienda. Ragion per cui vanno ben definiti quali sono i social che prendiamo in gestione: sono solo pagine (Facebook e LinkedIn) o anche account personali (LinkedIn e Twitter). In questo secondo caso ci sono maggiori responsabilità legate alla possibilità di avere accesso a messaggi personali, alla necessità di condividere i dati di accesso al social, e, non meno importante, il SMM non parla attraverso il brand ma attraverso la persona, anche se rappresenta il brand. Quando ci sono questi casi in cui si gestiscono anche account personali è opportuno sottolineare nel contratto una condivisione di responsabilità per i contenuti fra cliente e professionista. Quest'ultimo deve "imporre" al cliente di approvare i post prima della pubblicazione. Per quanto concerne la creazione post organici, occorre la descrizione dettagliata di numero post da pubblicare ogni settimana;

La moderazione commenti prevede la definizione del tone of voice da utilizzare, un numero di flight giornalieri all'interno della pagina, l'imposizione al cliente di dare indicazioni precise sulle modalità di risposta soprattutto se il settore del brand è di nicchia.

L'opinione tradizionale ritiene che le attività creative ed artistiche esercitate professionalmente nelle forme del lavoro autonomo rientrino tipicamente tra le professioni intellettuali non protette, e siano per conseguenza sottoposte all'applicazione integrale degli artt. 2229-2238 c.c. Ora a me pare che nell'ipotesi tipica quelle artistico-creative abbiano certamente natura di attività intellettuali non protette; e che d'altro canto gli autori e gli artisti possano ben valersi dello schema legale del contratto d'opera intellettuale *ex* artt. 2229 ss. c.c.: per tutte le ragioni già illustrate in precedenza¹⁴. Mi sembra invece che gli uni e gli altri non siano tipicamente soggetti allo statuto del libero professionista, e dunque lo siano per corollario a quello dell'imprenditore.

Questa conclusione vale anzitutto per gli autori e gli artisti organizzati in forma societaria, e per quelli esercenti l'attività artistico-creativa *ex* art. 2238 comma 1° c.c. nell'ambito di una diversa e più ampia organizzata in forma d'impresa: che sulla scorta della ricostruzione sin qui illustrata devono ritenersi soggetti allo statuto dell'impresa indipendentemente dal genere di contratti usati per gestire i rapporti con la clientela; e che rappresentano d'altro canto una parte degli ausiliari dell'impresa culturale già ora significativa e ragionevolmente destinata ad aumentare. Ma la conclusione qui sostenuta vale anche per quelli rimanenti, organizzati in forma individuale ed esercenti l'attività artistico-creativa senza collegamenti con altre più ampie di natura imprenditoriale: che tra breve vedremo gestire tipicamente i rapporti con la clientela a mezzo di schemi contrattuali incompatibili con quello d'opera intellettuale, ed ispirati a modi operativi imprenditoriali.

Vediamo ora più da vicino gli ausiliari dell'industria culturale organizzati in forma societaria, o nei modi previsti dall'art. 2238 comma 1° c.c.

A) Gli autori e gli artisti costituiscono talvolta società cui conferiscono le loro diverse prestazioni creative o artistiche, oppure i loro diritti d'autore connessi, perché li gestiscano nei rapporti con l'industria culturale a mezzo dei

¹⁴ Alcune ipotesi tipiche vedono l'assoggettamento delle attività creative (ma non di quelle artistiche) ad un regime di protezione: così si pensi ad esempio alle opere dell'architettura e dell'*industrial design*, ai disegni, ai modelli ed al *software* realizzati dagli ingegneri, agli atti giudiziari scritti dagli avvocati, alle cartelle cliniche dei medici, e così via.

diversi contratti¹⁵. Questo modo organizzativo tende ora a divenire sempre più diffuso. Per alcuni tipi di autori ed artisti, quali ad esempio quelli riuniti in complessi musicali, assume addirittura carattere tipico, e come tale è stato in passato codificato dal legislatore. Già si è detto peraltro che l'adozione della forma societaria impedisce al prestatore d'opera intellettuale di valersi dello schema negoziale *ex artt.* 2230 ss. c.c., e di qui l'accesso allo statuto delle libere professioni.

B) Gli autori e gli artisti esercitano poi talvolta le loro rispettive attività intellettuali nelle forme previste dall'art. 2238 comma 1° c.c., come "elemento di un'attività organizzata in forma d'impresa": e cioè all'interno di un'attività più ampia, che offre alla clientela *anche* prestazioni di carattere non propriamente intellettuale. Questa fattispecie può anzitutto ricorrere *a)* nel caso di stipulazione di contratti di riproduzione/distribuzione dell'opera o della prestazione artistica a spese ed a rischio dell'autore o rispettivamente dell'artista; e ricorre poi nei casi *b)* dell'attore o della compagnia teatrale che gestiscono un

¹⁵ Si pensi, ad esempio, al caso dell'artista interprete o esecutore o dell'autore di opere dell'arte figurativa che si accordino con uno o più soci capitalisti per conferire la propria opera in una società che abbia lo scopo di mettere a disposizione dell'industria culturale le prestazioni creative o artistiche o i diritti esclusivi che insistono su di esse; al caso di un autore o di più coautori che costituiscano una società al solo scopo di gestire i diritti sull'utilizzazione economica delle loro opere dell'ingegno stipulando contratti con l'industria culturale (per questa fattispecie v. già ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*³, Milano, 1960, p. 795); ovvero al caso di più artisti o autori che si accordino per esercitare in forma associata la loro attività professionale, come ad esempio una compagnia teatrale (sulla cd. Società teatrale v. BIGIAMI, *La professionalità dell'imprenditore*, cit., p. 106 ss.), un gruppo o complesso musicale, un gruppo di sceneggiatori cinematografici, un gruppo di programmatori ed analisti informatici. Risulta estranea al caso in esame la fattispecie oggetto della celebre controversia decisa da Trib. Firenze, 1 aprile 1947 (pubblicata in *Giur. it.*, 1948, I, 2, c. 217 con nota di Mossa; e commentata anche da SANTINI, *Associazione o società fra artisti*, in *Riv. trim.*, 1948, p. 708) riguardante il "Branco": poiché in questo caso la società costituita dal gruppo di pittori coinvolti non aveva come oggetto sociale l'esercizio dell'attività artistica, ma soltanto la gestione associata di attività collaterali, come ad esempio la partecipazione a mostre ed esposizioni. La qualifica imprenditoriale delle società costituite dall'autore e dall'artista è automatica per chi ritiene che l'uso della forma societaria richieda sempre l'esercizio di un'attività economica organizzata in forma d'impresa (v. per tutti CASANOVA, *Società e impresa*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1949, I, p. 2 ss.; ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 254). Non è necessitata ma consegue all'effettivo accertamento dei requisiti *ex art.* 2082 c.c. per chi ammette la possibilità di una società senza impresa: così in particolare tra gli altri GALGANO, *Le società in genere - Le società di persone*, cit., p. 20. Anche in questo secondo scenario la società costituita da più autori o artisti per gestire in comune l'esercizio di un'attività artistico-creativa mi pare peraltro tipicamente idonea a soddisfare i requisiti previsti *ex art.* 2082 c.c.: per le medesime ragioni che nel par. 8 hanno suggerito la compatibilità tipica della fattispecie *ex art.* 2082 c.c. con l'esercizio individuale delle attività artistico-creative.

teatro; *c*) del regista o degli attori che producono un'opera cinematografica o televisiva; *d*) del musicista o del gruppo musicale che producono i loro fonogrammi oppure organizzano i loro concerti; *e*) della redazione giornalistica che pubblica a proprie spese ed a proprio rischio giornali e riviste; *f*) dell'autore o dell'artista che gestiscono direttamente attività di *merchandising* dei segni e dei caratteri distintivi delle loro attività professionali, e così via.

Questi esempi rivelano subito che per l'autore e l'artista l'applicazione dell'art. 2238 comma 1° c.c. richiede all'uno ed all'altro di affiancarsi o addirittura di sostituirsi alle imprese editoriali tradizionali nella produzione o nella distribuzione dei prodotti e dei servizi culturali. Questa autointermediazione dei risultati del lavoro artistico-creativo mi sembra peraltro destinata a crescere non poco a seguito dello sviluppo delle tecnologie informatiche e delle reti telematiche: che abbattano sensibilmente i tempi tecnici ed i costi economici di edizione e di distribuzione dei prodotti culturali; pongono dunque a disposizione dell'autore e dell'artista un canale di comunicazione con il pubblico diretto e non eteromediato; e lasciano così intravedere per il futuro la possibilità che questi soggetti si affranchino dai vincoli con le imprese editoriali tradizionali, si sostituiscano a queste e divengano essi stessi editori¹⁶.

¹⁶ Sul fatto che, a seguito della diffusione delle reti telematiche, l'autore possa in alcuni casi diffondere l'opera senza l'intermediazione dell'impresa v. già AUTERI, *Internet ed il contenuto del diritto d'autore*, in *AIDA*, 2016, p. 86. A ben vedere la fattispecie ora descritta nel testo ha peraltro carattere sempre meno atipico, specialmente nel campo della musica pop. Le nuove tecnologie che permettono la riproduzione digitale e la trasmissione telematica delle informazioni riducono infatti drasticamente i costi di produzione e di distribuzione dei prodotti discografici, che divengono così sopportabili direttamente dall'autore e dall'artista. In questo contesto vanno sviluppandosi due diversi modelli organizzativi. Un primo modello prevede che i musicisti compongano musica, la interpretino, la indicano a proprie spese su supporti digitali, ne realizzino la postproduzione e distribuiscano per via telematica i fonogrammi così realizzati a mezzo di propri siti in Internet. Questo primo modello permette all'autore ed all'artista di affrancarsi completamente dalla collaborazione dell'impresa discografica. Offre tuttavia ai prodotti discografici una visibilità sul mercato che dipende da quella dell'autore/artista, e che nel caso di soggetti esordienti o non ancora affermati presso il pubblico rimane praticamente pari a zero. Un secondo modello organizzativo prevede, invece, che al termine del percorso di realizzazione del fonogramma l'autore/artista ne affidi la distribuzione ad un operatore specializzato nella trasmissione *on-line* di prodotti discografici, che nell'ipotesi tipica offre ai neturfers il *downloading* del fonogramma in cambio di compensi poi ripartiti con gli autori ora detti. Questo diverso modello organizzativo permette al prodotto discografico una visibilità maggiore, che dipende *anche* dalle iniziative promozionali di cui sia protagonista il (gestore del) servizio di distribuzione *on-line*. Anche questo secondo modello organizzativo pare attualmente prescindere dall'intervento delle case discografiche. Resta peraltro da capire se nel prossimo futuro l'editoria discografica classica sarà capace a riconvertire il proprio ruolo, e da riproporsi come *provider on-line* di registrazioni discografiche realizzate

10. - Anche gli autori e gli artisti lavoratori autonomi che svolgono professionalmente l'attività artistico-creativa in forma diversa da quelle ora viste sono poi tipicamente sottoposti allo statuto dell'impresa, perché gestiscono di norma i rapporti con l'industria culturale a mezzo di schemi contrattuali che assegnano loro modi operativi imprenditoriali, e sono dunque incompatibili con quello previsto dagli artt. 2230 ss. c.c. per il professionista intellettuale. Questa conclusione vuol essere qui dimostrata e lo sarà transitando *a)* per l'individuazione dei diversi schemi contrattuali usati tipicamente dagli autori e dagli artisti, *b)* per la ricostruzione del modo operativo loro assegnato da questi schemi, ed infine *c)* per un confronto di questi diversi modi operativi con quelli che già abbiamo visto essere previsti dallo schema legale del contratto d'opera intellettuale.

Vediamo anzitutto di individuare gli schemi contrattuali tipicamente usati dagli autori. Gli obiettivi di questo studio impongono subito di tralasciare i contratti di lavoro subordinato, che disciplinano fattispecie già definite estranee ai temi qui studiati; e reciprocamente suggeriscono di considerare i soli contratti di lavoro autonomo. Questa materia è anzitutto regolata dall'art. 107 l.a., secondo cui "i diritti di utilizzazione spettanti agli autori delle opere dell'ingegno [...] possono essere acquistati, alienati o trasmessi in tutti i modi e forme consentiti dalla legge, salva l'applicazione delle norme contenute" nel capo II del titolo III l.a.. Questa norma prevede in apparenza un rinvio ampio all'autonomia privata. A ben vedere questo rinvio è subito ridimensionato dal richiamo alle disposizioni del capo II del titolo III l.a., che vuole così stabilire l'inderogabilità dei tre tipi legali dei contratti di edizione, rappresentazione ed esecuzione. Per conseguenza ogni volta che le parti perseguano la causa tipica di uno dei tre schemi negoziali ora detti le clausole cogenti stabilite dagli artt. 118 ss. l.a. si sostituiscono automaticamente a quelle incompatibili volute dalle parti; e reciprocamente

direttamente dagli autori/artisti, e così precisamente come *leader* tra i provider di questo genere di servizi: perché in grado di offrire un repertorio di prodotti discografici particolarmente ricco e completo; e perché dotato di visibilità particolare a seguito di importanti politiche di *marketing*. In generale per alcuni esempi di siti Internet che offrono servizi di distribuzione *on-line* di prodotti discografici v. gli indirizzi napter.com; www.vitaminic.com; www.real.com; www.liquidaudio.com; www.iuma.com; www.a2bmusic.com.

quelle suppletive, se non derogate, integrano in modo altrettanto automatico quanto stipulato dai contraenti.

L'elaborazione dottrinale e l'esperienza giurisprudenziale sin qui maturate suggeriscono peraltro che l'area di applicazione del contratto di edizione è assai ampia, quella dei contratti di rappresentazione ed esecuzione lo è molto meno; mentre lo spazio lasciato libero da questi diversi tipi negoziali è occupato in ordine decrescente di utilizzazione (specialmente) dalla compravendita dei diritti d'autore e degli esemplari unici delle opere delle arti figurative; e poi a seguire dai contratti di edizione "a proprie spese", da quelli di edizione musicale e di riproduzione discografica, da alcuni schemi negoziali atipici che vedono l'autore gestire indirettamente i propri diritti mediante il conferimento alla SIAE di un mandato a stipulare per proprio conto (ma in nome di SIAE) contratti atipici di licenza di alcune utilizzazioni economiche dell'opera, dai contratti d'appalto, di associazione in partecipazione e d'opera intellettuale. Lo spazio lasciato libero dai diversi contratti ora detti è infine occupato da alcuni schemi negoziali che ricevono un'applicazione assolutamente atipica: e che per conseguenza restano estranei a questo studio¹⁷.

4. Responsabilità

Altro aspetto delicato è quello relativo alla responsabilità, perché il SMM viene a conoscenza di dati di accesso agli account del cliente; inoltre, il SMM può vedere le conversazioni in chat e venire a conoscenza di informazioni riservate dell'azienda; per il GDPR è necessaria nomina a responsabile del trattamento.

¹⁷ Tra questi contratti vengono, ad esempio, in considerazione *a*) quelli di concessione del potere di utilizzare l'opera in forme diverse dall'edizione, dalla rappresentazione e dall'esecuzione, come ad esempio i contratti di distribuzione ed adattamento dell'opera; *b*) il cd. Contratto di radiodiffusione, al quale secondo FABIANI, *I contratti di utilizzazione delle opere dell'ingegno*, Milano, 2018, p. 247 ss. si applicherebbero in quanto compatibili le norme della legge d'autore riguardanti i contratti tipici di rappresentazione ed esecuzione; *c*) i contratti di ricerca, e così via. In questo contesto non rilevano invece i contratti tra il consumatore e l'impresa culturale acquirente dell'esclusiva patrimoniale d'autore che mirino alla diffusione presso il pubblico delle opere dell'ingegno, come ad esempio i contratti di licenza di software e di accesso alle banche dati; quelli di noleggio di opere cinematografiche, musicali o drammatico-musicali; e così via.

Tutti questi aspetti devono essere inseriti come clausole in un **modello di contratto social media marketing**.

Questo modello sarà personalizzato sulla base del proprio processo lavorativo, e dovrà contenere una sezione specifica per ogni social che si intende gestire.

Bisogna essere attenti nel contrattualizzare tutto, perché solo quello che è scritto sul contratto può essere eccepito in caso di controversia. Poi ovviamente ci sono gli aspetti che rendono un **contratto gestione social** a norma di legge.

5. Contratto social media marketing: check-list

Consideriamo tutto quello che deve essere inserito nel contratto di social media marketing. Per essere a norma di legge, occorre la tutela delle parti ed il rispetto delle caratteristiche tipiche della gestione dei social network: il contratto deve avere forma scritta; occorre specificare chi sono le parti del contratto e indicare i dati che le identificano; in caso di società indicare anche il nome dell'amministratore autorizzato alla firma e quali sono le pagine social da gestire; la durata del rapporto contrattuale, con eventuale rinnovo tacito; gli obblighi del cliente in relazione alla consegna del materiale e ai tempi di approvazione dei contenuti; obblighi del SMM, quindi l'oggetto del contratto; modalità e termini di pagamento del corrispettivo; eventuali costi extra: utilizzo di tool a pagamento, creazione di particolari tipologie di inserzioni come il canvas su Facebook; previsione e costi dell'analisi iniziale; necessità o meno di una fase di start-up con precisazione di tempi e costi: creazione delle pagine e degli account pubblicitari. Creazione del Business Manager su Facebook.

Secondo la l. 22 aprile 1941, n. 633 (legge sul diritto d'autore, c.d. l.d.a.) sono protette dal diritto d'autore "le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione" (art. 1). Il diritto d'autore sulle opere dell'ingegno è disciplinato anche nel codice civile dagli artt. 2575 - 2583.

L'art. 2575 c.c. stabilisce che: "formano oggetto del diritto di autore le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alle scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia qualunque ne sia il modo o la forma di espressione".

Il *copyright* ("diritto di copia") è il corrispondente del diritto d'autore nei sistemi di *common law* di stampo anglosassone¹⁸.

A livello generale (art. 1 l.d.a.) sono protette le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, i programmi per elaboratore nonché le banche di dati.

Il diritto d'autore si estende ad un insieme assai vario ed eterogeneo di opere o creazioni, creando problemi di tassonomia delle opere tipizzate (dall'art. 2 della l.d.a.) ovvero, *a fortiori*, delle creazioni non tipizzate; sono comprese nella protezione le seguenti opere tipizzate:

1) le opere letterarie, drammatiche, scientifiche, didattiche, religiose, tanto se in forma scritta quanto se orale;

2) le opere e le composizioni musicali, con o senza parole, le opere drammatico-musicali e le variazioni musicali costituenti di per sé opera originale;

3) le opere coreografiche e pantomimiche, delle quali sia fissata la traccia per iscritto o altrimenti;

4) le opere della scultura, della pittura, dell'arte del disegno, dell'incisione e delle arti figurative similari, compresa la scenografia;

¹⁸ Vi sono peraltro alcune differenze, anche applicative, che rendono i sinonimi "diritto d'autore" e "copyright" non esattamente corrispondenti. Nel presente studio di natura economica non si considerano tali criticità.

- 5) i disegni e le opere dell'architettura;
- 6) le opere dell'arte cinematografica, muta o sonora, (...);
- 7) le opere fotografiche e quelle espresse con procedimento analogo a quello della fotografia (...);
- 8) i programmi per elaboratore [*software*, n.d.r.] (...);
- 9) le banche di dati (...), intese come raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili mediante mezzi elettronici o in altro modo;
- 10) le opere del disegno industriale che presentino di per sé carattere creativo e valore artistico.

Vi sono poi le creazioni non tipizzate¹⁹:

- le edizioni critiche e il restauro;
- gli eventi sportivi;
- le creazioni pubblicitarie;
- il personaggio di fantasia;
- il *format* televisivo;
- i musei;
- le opere multimediali;
- i siti *web*;
- altre fattispecie (carte geografiche; composizioni floreali; simboli di partito; *collage*; prodotti di ingegneria genetica; profumi; telecronache sportive; carte da *decoupage*; installazioni pubbliche; raccolte di SMS; ricami; itinerari storico-artistici, ecc.).

Bently e Sherman²⁰ propongono una tassonomia complementare del *copyright*, in cui rilevano:

1. le opere letterarie;
2. le opere drammatiche;

¹⁹ UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2016, 1478.

²⁰ IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore. Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Roma, 2010, 3.

3. le opere musicali;
4. i film;
5. la registrazione di suoni;
6. le trasmissioni;
7. le edizioni a stampa;

8. altri diritti connessi: degli esecutori (*performers*) di un'opera; relativi ad un *database*; misure di protezione tecnologica in ambito digitale; *software*; trasmissioni; gestione dei diritti d'informazione; diritto di prestito pubblico; diritto di seguito per la rivendita delle opere²¹.

Il variegato perimetro delle opere (semplici; composte; collettive; derivate) riconducibili alla tutela del diritto d'autore comporta problematiche anche di tipo economico, propedeutiche alla stima del valore. Ci si riferisce, anzitutto, all'analisi dei modelli di *business* e all'identificazione delle leve di creazione del valore connesse allo sfruttamento dell'opera.

Il diritto d'autore rientra a pieno titolo nell'ambito dei beni immateriali e la sua intangibilità lo rende agevolmente sovrapponibile ad altri beni (materiali o immateriali) con i quali può sinergicamente interagire. Si pensi ad esempio ad un *software* alimentato da *big data* e Internet delle Cose, con flussi informativi che poi confluiscono in applicazioni di intelligenza artificiale, talora validate tramite *blockchain*, archiviate in *cloud* o in *database* interoperabili.

Secondo quanto stabilito dall'art. 2424 c.c., i diritti di utilizzazione delle opere dell'ingegno devono essere iscritti in bilancio fra le immobilizzazioni immateriali, unitamente ai brevetti.

Il principio contabile nazionale OIC 24 attualmente vigente (ultima versione del 29 dicembre 2017) rileva che i diritti di autore comprendono:

- le opere dell'ingegno di carattere creativo (che appartengono alle scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia);
- altri mezzi multimediali di espressione, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione.

²¹ Noto anche come *Droit de Suite* ovvero *Artist's Resale Royalty Right*.

La tutela giuridica presuppone che l'opera abbia come destinazione specifica la rappresentazione intellettuale diretta ad una comunicazione , in quanto ciò che è oggetto di protezione non sono i principi scientifici o artistici contenuti bensì la forma di espressione (libro, opera cinematografica, esecuzione).

Sempre secondo il citato OIC 24, i diritti di autore possono essere iscritti nell'attivo dello stato patrimoniale quando sono soddisfatte le seguenti condizioni :

- titolarità di un diritto esclusivo di edizione, rappresentazione ed esecuzione derivante da un diritto d'autore o da un contratto che attui la traslazione dei diritti stessi (contratto di edizione, di rappresentazione, di esecuzione, ecc.);

- possibilità di determinazione attendibile del costo di acquisizione dei diritti;

- recuperabilità negli esercizi successivi dei costi iscritti tramite benefici economici che si svilupperanno dallo sfruttamento dei diritti stessi.

Le possibilità che un diritto d'autore ha di generare benefici economici nel futuro, dipendono :

- dalle caratteristiche intrinseche dell'opera e del favore che essa può incontrare presso il pubblico;

- dall'effettiva pianificazione del suo concreto sfruttamento;

- dalle disponibilità di adeguate risorse finanziarie e produttive idonee a sostenere lo sfruttamento economico.

Poiché i diritti nascenti dall'utilizzazione delle opere dell'ingegno sono autonomamente trasferibili, i costi iscrivibili nell'attivo dello stato patrimoniale possono essere rappresentati sia dai costi di produzione interna che da quelli di acquisizione esterna ; nel caso di acquisto da terzi, il costo iscrivibile è rappresentato dal costo diretto di acquisto e dai costi accessori anche nei casi in cui il pagamento di questo avvenga in maniera dilazionata ²².

²² Tuttavia, sempre secondo il principio OIC 24, se il contratto di acquisto del diritto d'autore prevede, oltre al pagamento del corrispettivo iniziale una *tantum*, anche il pagamento di futuri corrispettivi aggiuntivi commisurati agli effettivi volumi della produzione o

Per quanto concerne l'ammortamento, il principio OIC 24 (, in linea con quanto stabilito dall'art. 2426, comma 1, n. 2, c.c.) stabilisce che "il costo delle immobilizzazioni immateriali, la cui utilizzazione è limitata nel tempo, deve essere sistematicamente ammortizzato in ogni esercizio in relazione con la loro residua possibilità di utilizzazione".

Secondo i principi contabili internazionali, un'immobilizzazione immateriale a vita utile indefinita non deve essere ammortizzata (IAS 38, par. 107), ma assoggettata ad *impairment test* (IAS 36).

Fiscalmente, l'art. 103, comma 1, T.U.I.R. (d.P.R. n. 917/1986), dispone che "le quote di ammortamento del costo dei diritti di utilizzazione di opere dell'ingegno (...) sono deducibili in misura non superiore al 50 per cento del costo". Si noti la differenza fra la soprarichiamata disposizione fiscale e la prassi contabile in merito alla durata dell'ammortamento del diritto d'autore.

In merito allo sfruttamento dei diritti d'autore, si possono verificare due fattispecie: il caso in cui il diritto sia sfruttato dall'autore o il caso in cui questo sia ceduto e quindi venga sfruttato dal terzo acquirente.

La cessione del diritto di autore è disciplinata dalla l.d.a., la quale stabilisce che l'autore dell'opera ha il diritto esclusivo di utilizzarla economicamente; in particolare il diritto d'autore si può scindere in tre parti:

1. diritto di pubblicità;
2. diritto di utilizzazione;
3. diritto di paternità.

La l.d.a. elenca un serie di diritti patrimoniali:

- diritto di riproduzione in più esemplari dell'opera (art. 13);
- diritto di trascrizione dell'opera orale (art. 14);
- diritto di esecuzione, rappresentazione o recitazione in pubblico (artt. 15 e 15 bis);

delle vendite realizzati, è iscrivibile tra le immobilizzazioni immateriali solo l'ammontare relativo al costo diretto di acquisto ed ai costi accessori. Gli ammontari, parametrati ai volumi della produzione o delle vendite, degli esercizi successivi si imputano a conto economico e non si capitalizzano, in quanto direttamente correlati ai ricavi dei medesimi esercizi.

- diritto di elaborazione, traduzione e pubblicazione delle opere in raccolta (art. 18);

- diritto di noleggio e di dare in prestito (art. 18 *bis*).

Possono essere ceduti solo il primo ed il secondo diritto di cui sopra in quanto in tali casi trattasi di diritti patrimoniali. Il diritto di paternità è invece un diritto personale non cedibile.

I diritti concessi agli autori, oltre a quelli riconosciuti dalla Convenzione di Berna, sono:

- diritto di distribuzione (art. 6): il diritto di autorizzare la disponibilità al pubblico dell'opera originale o delle sue copie attraverso la vendita o altri trasferimenti di proprietà;

- diritto di noleggio (art. 7): il diritto di autorizzare il noleggio a scopo di lucro dell'opera originale o delle sue copie. Riguarda esclusivamente tre tipologie di opere: i programmi per elaboratore (fa eccezione la circostanza in cui il programma non risulti oggetto essenziale del noleggio), le opere cinematografiche (a meno che il noleggio a scopo di lucro non abbia provocato una così diffusa riproduzione dell'opera tale da compromettere sostanzialmente il diritto esclusivo di riproduzione), e opere contenute in fonogrammi²³;

- diritto di comunicazione al pubblico (art. 8): il diritto di autorizzare ogni forma di comunicazione al pubblico, via filo o via etere, in modo tale che "chiunque possa liberamente accedervi da un luogo o in un momento di sua scelta", così includendo servizi on-demand e comunicazione interattiva attraverso *internet*.

La recente Dir. 2019/790, approvata dal Parlamento europeo il 26 marzo 2019 e dal Consiglio dell'Unione europea il 15 aprile 2019 (ma - al momento - non ancora recepita in Italia), ha come obiettivo l'adeguata remunerazione dei produttori di contenuti (e titolari di diritti d'autore) e l'estensione delle norme sul diritto d'autore anche ai contenuti *online*. L'impatto sulla valorizzazione

²³ Le Parti contraenti che al 15 aprile 1994 applicavano un sistema di equo compenso per il noleggio di tali opere, e lo applicano tuttora, possono mantenerlo in vigore purché il noleggio delle opere non comprometta il diritto esclusivo di riproduzione degli autori.

del *copyright*, tenendo conto anche degli sviluppi delle applicazioni digitali, è potenzialmente rilevante.

La tutela patrimoniale del diritto d'autore è un presupposto per la sua utilizzazione economica²⁴ e per la conseguente valutazione. All'autore è riconosciuto un diritto patrimoniale, conseguente al diritto morale di inedito, che gli consente di moltiplicare gli esemplari dell'opera, con un diritto di copia (*copyright*).

Il diritto patrimoniale garantisce all'autore l'esclusività di moltiplicazione degli esemplari dell'opera. *Ex art. 12, comma 2, l.d.a.*, l'autore "ha altresì il diritto esclusivo di utilizzare economicamente l'opera in ogni forma e modo, originale o derivato".

La facoltà di riproduzione comprende tutti i modi di moltiplicazione in copie dell'opera originale e quella di rappresentazione, esecuzione e recitazione pubblica. L'opera può essere diffusa a distanza, nell'ambito della comunicazione al pubblico. Si notino, anche in questo ambito, le potenzialità delle tecnologie digitali.

Oltre all'esclusiva, l'autore ha diritto ad un compenso a fronte di determinate utilizzazioni dell'opera.

Il diritto di utilizzazione economica deve essere idoneo a procurare un'utilità per l'appunto economica all'autore, ricomprendendo ogni forma di sfruttamento dell'opera, anche priva di vantaggio economico.

Il fondamento dei diritti patrimoniali d'autore si rinviene nell'interesse a remunerare il lavoro creativo e gli investimenti anche imprenditoriali.

Il principio International Valuation Standards (IVS) 210 è interamente dedicato alle immobilizzazioni immateriali.

A livello nazionale, per i beni immateriali i Principi Italiani di Valutazione (PIV) riprendono in larga parte le disposizioni del sopra citato IVS 210.

²⁴ ALAVI - AZMI, *The copyright reward system and content owners in the creative industry: A study of the Malaysian film and TV industry*, in *The Journal of the world intellectual property*, 2019, May.

Secondo l'IVS 210, un'attività immateriale può essere identificabile ovvero non identificabile²⁵. Un'attività è identificabile se:

a) è separabile, ossia può essere separata o scorporata dall'azienda e venduta, trasferita, data in licenza, locata o scambiata, singolarmente o in connessione a un contratto o a attività o passività identificabili, indipendentemente dal fatto che l'azienda intenda fare ciò; oppure

b) deriva da diritti contrattuali o da altri titoli giuridici, indipendentemente dal fatto che tali diritti siano trasferibili o separabili dall'azienda o da altri diritti e obbligazioni.

Si definisce generalmente avviamento qualsiasi attività immateriale non autonomamente identificabile, associata a un'azienda o a un gruppo di attività .

Sempre secondo l'IVS 210, le principali classi di attività immateriali identificabili sono le seguenti :

- attività immateriali legate al *marketing*;
- attività immateriali legate ai clienti o ai fornitori;
- attività immateriali legate alla tecnologia;
- attività immateriali legate all'arte.

Le attività immateriali legate al *marketing*²⁶ (marchi registrati, nomi commerciali, loghi, *design* commerciale esclusivo, *digital branding*, nomi di domini *internet*, testate editoriali e patti di non concorrenza) sono usate principalmente nel *marketing* o nella promozione di prodotti o servizi .

Le testate editoriali possono fruire di contenuti soggetti al diritto d'autore.

Le attività immateriali legate ai clienti o ai fornitori derivano dai rapporti o dalla conoscenza di clienti e fornitori (accordi per la prestazione di servizi o forniture, accordi di licenza o di *royalty*, portafoglio clienti e contratti di lavoro).

²⁵ Così anche PIV, par. III.5.1.

²⁶ WOLFE, *Digital Marketing Defined: The definition of Digital Publishing extends far beyond the mighty PDF.*, 2019, Available at <https://www.thebalancecareers.com/digital-marketing-defined-3515308>.

Le attività immateriali legate alla tecnologia e a *internet* derivano da diritti contrattuali e non, per l'uso di tecnologie (brevetti, banche dati, formule, *design*, disegni industriali, modelli ornamentali, *software*, *know-how*, procedure o ricette). Le banche dati rientrano nella tassonomia prevista dall'art. 2 della l.d.a.

Le attività immateriali legate all'arte derivano dal diritto a benefici quali *royalty* per opere d'arte, tra cui opere teatrali, libri, film e musica e dalla tutela del *copyright* non contrattuale.

I principali metodi (approcci) utilizzati - singolarmente o in via complementare - dagli *standards* valutativi per la stima economica del valore dei beni immateriali sono i seguenti:

1. metodo di mercato;
2. metodo del costo (di ricostruzione o rimpiazzo);
3. metodo del reddito atteso (incrementale).

Secondo i sopracitati PIV (par. III.5.5), la valutazione di un bene immateriale può essere compiuta facendo riferimento a ciascuna delle suddette tre metodiche di valutazione conosciute. Ai fini della selezione del metodo più appropriato, l'esperto dovrebbe considerare le caratteristiche del bene immateriale e in particolare la sua riproducibilità, la natura dei benefici che esso è in grado di generare in capo al proprietario (attuale o potenziale, tenendo eventualmente conto anche del diritto di seguito) e all'utilizzatore e l'esistenza o meno di un mercato di riferimento.

L'ampiezza del possibile intervallo di valutazione è demarcata, nei suoi estremi, da limiti superiori e inferiori, in ipotesi di (*full*) *going concern* (piena continuità aziendale) ovvero in scenari liquidatori di *break up*, in cui tradizionalmente le risorse immateriali perdono gran parte del loro valore, soprattutto se non autonomamente negoziabili o sinergicamente collegabili ad altri *asset*; in ipotesi di discontinuità, viene completamente meno il "complesso organizzato di beni" che *ex art. 2555 c.c.* inquadra l'azienda. Le diverse gradazioni del valore rispecchiano anche le possibilità di crescita e, con esse i possibili scenari cui associare le stime.

La scelta dei metodi da usare, nell'ambito di quelli sopra menzionati o di ulteriori varianti, dipende dalla tipologia di risorsa immateriale e dalle finalità e dal contesto della valutazione, ma anche dalla facilità con cui possono essere reperite informazioni attendibili e significative sulla risorsa e sul mercato in cui essa si posiziona strategicamente²⁷.

Il metodo principale di questo approccio è quello della determinazione dei costi sostenuti per la realizzazione del bene immateriale (utilizzabile per gli intangibili in via di formazione) o da sostenere per la sua riproduzione: secondo tale metodo, il valore di un bene immateriale è determinato dalla sommatoria dei costi capitalizzati, sostenuti per la realizzazione dell'intangibile o da sostenere per riprodurlo (ripristino dei diritti e accredito del marchio rappresentato, in genere, da investimenti pubblicitari, promozionali e di rete distributiva ...).

Il limite di tale approccio risiede nel fatto che esso non considera i costi di manutenzione e il costo opportunità del tempo e che esso non risulta applicabile a beni in grado di generare redditi.

Le principali difficoltà applicative di tale approccio riguardano la difficoltà nella ricerca dei costi sostenuti in passato, specialmente se le spese si sono protratte per diversi esercizi e non sono state capitalizzate.

Si basa sui benefici economici passati e futuri collegabili a un'intangibile, sia in termini di ricavi da licenze (*royalties*) che di redditi incrementali.

Nell'ambito dei metodi reddituali, i beni immateriali hanno valore nella misura in cui sono in grado di incorporare un vantaggio competitivo sotto forma di *multi-period excess earnings*. Trattasi di una stima prettamente reddituale, in cui i beni intangibili agiscono da *Primary Income Generating Asset*. I metodi reddituali sono basati sulle stime dei benefici economici futuri, ad esempio attraverso i flussi di cassa scontati. Nell'ambito dei metodi reddituali, rientrano infatti anche quelli finanziari.

I principali metodi relativi a questo approccio sono i seguenti:

²⁷ MORO VISCONTI, *I beni immateriali: valutazione e merito creditizio*, Roma, 2018, 36 ss.

1. *attualizzazione dei redditi o dei flussi di cassa derivanti dallo sfruttamento del bene immateriale*: secondo tale metodo, il valore di un bene immateriale è dato dalla sommatoria dei redditi attualizzati derivanti dallo sfruttamento dello stesso (in termini di *royalties*, fatturato ...);

2. *criterio dell'Excess Earning* (reddito differenziale/incrementale), da utilizzarsi per la stima del valore di un'attività che svolge un ruolo rilevante o comunque primario, in base al quale il reddito figurativo è ottenuto calcolando il reddito che l'impresa registrerebbe nel caso in cui si liberasse della proprietà di tutti gli altri beni per riacquisirne il diritto d'uso tramite contratti di licenza o affitto o noleggio;

3. *criterio del reddito implicito (return on) nel valore di mercato*, che si basa sulla relazione tra valore e flussi di cassa che il bene può generare, sulla base della sua vita utile residua e di un congruo tasso di remunerazione.

4. *attualizzazione dei redditi o dei flussi di cassa differenziali (incrementali)*: si basa sulla quantificazione e attualizzazione dei benefici e dei vantaggi specifici del bene immateriale rispetto a situazioni "normali", cioè di prodotti ad esempio non marchiati o non coperti da brevettazione. Il reddito incrementale è ottenuto per differenza tra i ricavi e costi relativi al bene immateriale, con attualizzazione dei flussi differenziali e con esclusione di componenti reddituali estranei o poco rilevanti;

5. *attualizzazione delle perdite derivanti dalla cessione del bene immateriale*: si basa sul presupposto che il venir meno della disponibilità di un bene immateriale è suscettibile di determinare una riduzione del fatturato (giuridicamente assimilabile al "lucro cessante");

6. *opzioni reali*, utilizzate per valutare progetti di investimento flessibili e dagli esiti incerti²⁸.

Si fonda sul confronto con beni simili, in termini di reddito o patrimonio incrementale ovvero sull'analisi di transazioni comparabili e moltiplicatori di mercato.

²⁸ PIV, par. III.5.8; IVS 210, par. C36.

Il principale limite di tale approccio riguarda le asimmetrie informative strutturalmente connesse con la segretezza dei beni immateriali, che rendono le informazioni necessarie per le comparazioni difficilmente reperibili.

Le transazioni di pacchetti comprendenti più *assets* o più *intangibles* rendono più complicata la valutazione di intangibili *stand alone* sulla base di un metodo empirico. Tali difficoltà risultano ancora più evidenti tenendo conto che, da un punto di vista contabile, secondo lo IAS 38 non esiste un mercato attivo per gli intangibili, tendenzialmente non contabilizzati, e il loro *fair value* appare difficilmente stimabile.

I principali metodi relativi a questo approccio sono i seguenti:

1. metodo del *Relief from Royalties* (c.d. metodo delle *royalties* presunte), che permette di stimare il reddito del bene immateriale detraendo dalle *royalties* figurative che sarebbero riconosciute ad un terzo per l'utilizzo in licenza dell'opera gli eventuali costi diretti e indiretti di mantenimento/sviluppo non già ricompresi nella *royalty* figurativa;

2. *criterio del With or Without*, metodo indiretto di determinazione del vantaggio economico (*premium price*), che consiste nel confrontare la *performance* (incrementale) dell'impresa che dispone del bene immateriale in esame con quella di un'impresa simile sprovvista di tale bene; anche questo criterio utilizza un approccio differenziale/incrementale;

3. *metodo empirico*: i redditi imputabili allo sfruttamento di un determinato bene immateriale sono moltiplicati per un coefficiente espressivo della forza strategica del bene, che dipende da fattori come *leadership*, fidelizzazione, posizionamento di mercato, *trend*, investimenti di *marketing*, internazionalità, protezione legale ...;

4. *valutazione del patrimonio differenziale (incrementale)*, attraverso indicatori del plusvalore di mercato come il Q di Tobin, che rapporta il valore di mercato delle attività di una società al loro valore di sostituzione / rimpiazzo; se l'indice è superiore all'unità, ciò è dovuto alla presenza di un avviamento implicito che può dipendere, tra le altre cose, dal valore (non contabilizzato) del bene immateriale.

5. *indice Price / Book Value*, che rapporta il prezzo di borsa (capitalizzazione di mercato di una società quotata che possiede intangibili) al patrimonio netto contabile, facendo emergere un plusvalore (se l'indice è maggiore di 1) in gran parte imputabile ai beni immateriali.

La protezione del diritto d'autore e la sua conseguente remunerazione economica traggono fondamento da diverse argomentazioni di natura giuridica, suscettibili di applicazioni economiche. A tale riguardo, Bently e Sherman²⁹ prendono spunto dai diritti naturali connessi alle produzioni intellettuali dell'autore, ai quali si ritiene giusto riconoscere un diritto di proprietà.

Ne consegue, a livello di equità, l'opportunità di garantire una protezione per lo sforzo dell'autore, attraverso una ricompensa rappresentata da un diritto di esclusiva. L'incentivo per l'autore ha anche una finalità di interesse pubblico, rappresentando uno stimolo alla creatività e anche un indennizzo per i costi sostenuti per la creazione e produzione di un'opera che, in molti casi, può essere facilmente copiata o manipolata, soprattutto con le moderne tecnologie digitali (si pensi alla duplicazione seriale o al *photoshopping*).

Tra gli interessi protetti a fondamento dei diritti patrimoniali dell'autore, rileva l'interesse a remunerare il lavoro creativo e gli investimenti imprenditoriali necessari alla produzione e alla diffusione delle opere della cultura e dello spettacolo.

Tra i diritti patrimoniali riconosciuti dalla l.d.a. vi sono:

- il diritto di pubblicare l'opera (la pubblicazione coincide con la prima forma di utilizzazione economica);
- il diritto di riprodurre copie in qualsiasi modo;
- il diritto di rappresentare l'opera in pubblico;
- il diritto di diffondere con un mezzo di diffusione a distanza, anche via satellite e via cavo;

²⁹ Il concetto di royalty (canone), che etimologicamente deriva dalla "rendita sovrana", può meglio essere specificato - come tipicamente si fa nei contratti di licenza - individuandone la natura esclusiva o meno, le categorie merceologiche e il territorio di applicazione, la durata, la possibilità o meno di sub-licenziare e altre caratteristiche. Sotto il profilo economico, rileva anche l'analisi del mercato effettivo e potenziale di riferimento.

- il diritto di distribuzione;
- il diritto di tradurre, di elaborare;
- il diritto di noleggio e di prestito delle biblioteche.

I diritti di utilizzazione economica sono esclusivi dell'autore, sono tutti fra loro indipendenti (e quindi possono portare ad una valutazione incrementale, in presenza di più diritti economicamente dotati di autonomia ovvero sinergica valorizzazione), ed il loro sfruttamento economico viene realizzato secondo accordi, contratti e licenze.

La valutazione del diritto d'autore può essere effettuata sulla base dei tre approcci illustrati in precedenza. L'approccio del costo ha una validità limitata se non connesso con lo sfruttamento economico del diritto d'autore³⁰.

Le *royalties* rappresentano un importante *benchmark* per l'approccio finanziario, anche in forma ipotetica (*relief from royalties*).

La vita utile del diritto d'autore è tipicamente estesa; in genere, i diritti perdurano per tutta la vita dell'autore e per 50/70 anni dalla sua morte (a seconda dell'ordinamento), o anche per un periodo maggiore in caso di opera anonima o sotto pseudonimo.

La (lunga) durata del diritto d'autore, a fini valutativi, potrebbe pertanto essere considerata pressoché perpetua (senza applicazione del *terminal value*)³¹, anche se in genere il diritto di sfruttamento concesso dagli autori (nei contratti di

³⁰ GILBERT, *The Valuation of Copyright-Related Intangible Assets*, in "Intellectual Property Valuation Insights", Autumn 2009, pp. 35-46; SMITH, YOSSIFOV, *Monetization of Copyright assets by creative enterprises*, World Intellectual Property Organization, 2013, in https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/955/wipo_pub_955.pdf.

³¹ Il *Terminal Value* (valore terminale) è utilizzato nella valutazione delle aziende (o di singoli beni) ogniqualvolta si proceda a stimare i flussi economici o finanziari lungo un arco temporale definito. Quando l'orizzonte temporale è indefinito (perpetuo), i flussi economici o finanziari non hanno scadenza; in tale ambito, il valore terminale (VT) va scontato ad un tasso infinito; essendo $VT/\infty \approx 0$, in caso di proiezione illimitata dei flussi, non si considera alcun valore terminale. Nel caso di specie, se l'orizzonte temporale è particolarmente esteso (ad es. 70 anni), si ha un valore terminale matematicamente molto vicino a zero ed economicamente spesso limitato o addirittura insussistente (a meno che l'opera non diventi un "classico"). Da qui l'orientamento che può portare a non prevedere, in motivati casi, alcun valore terminale nelle metriche di valutazione. Per approfondimenti sulla valutazione delle aziende in generale, si veda: ZANDA - LACCHINI - ONESTI, *La valutazione delle aziende*, Torino, 2013, 76; COTTA RAMUSINO - RINALDI, *La valutazione d'azienda*, Milano, 2003, 45; PELLATI, *Valutazione d'azienda*, Milano, 2016, 12.

edizione, etc.) spesso ha una durata più limitata di quanto astrattamente previsto dalla legge.

Ai fini della valutazione del diritto d'autore rileva inoltre la recente Dir. europea 2019/790, che prevede (tra l'altro) alcune novità in tema di remunerazione dei c.d. *content creator*.

CAPITOLO II

IL CONTRATTO D'OPERA DELL'INFLUENCER MARKETING

SOMMARIO. 1. Il quadro normativo di riferimento - 2. Giurisprudenza e prassi amministrativa - 3. Webmarketing, socialmediamarketing, influencer - 4. Influencer, social networks e fake news.- 5. L'astroturfing.

1. Il quadro normativo di riferimento

Il quadro di riferimento è costituito dalle norme che, sia in ambito statale che in ambito autodisciplinare, vietano la pubblicità occulta, ossia la pubblicità che non riveli in maniera trasparente la sua natura.

Per quanto riguarda il Codice del consumo, vengono in considerazione l'art. 22, comma 2, che configura un'ipotesi di pratica commerciale ingannevole consistente nella omessa indicazione da parte del professionista della natura commerciale della stessa, quando tale natura non risulti evidente dal contesto; nonché l'art. 23.m), che prevede nella *black list* delle pratiche commerciali ingannevoli l'impiego di contenuti redazionali nei mezzi di comunicazione per promuovere un prodotto, quando i costi della promozione siano stati sostenuti dal professionista, senza che ciò emerga chiaramente dal contenuto oppure "da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore".

Il D.Lgs. n. 145/2007 sul divieto di pubblicità ingannevole stabilisce l'obbligo di trasparenza della pubblicità, che "deve essere chiaramente riconoscibile come tale" (art. 5, comma 1); si tratta di norma non applicabile al caso di specie, dal momento che riguarda specificamente la pubblicità business to business, ma che vale tuttavia la pena di ricordare, perché evidenzia come

l'esigenza di riconoscibilità della pubblicità sia avvertita dall'ordinamento a vari livelli.

L'obbligo di trasparenza della pubblicità è contenuto anche nell'art. 7 del Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale, che stabilisce - per quanto riguarda i mezzi e le forme di comunicazione commerciale in cui vengono diffusi anche contenuti di altro genere - l'obbligo di adottare "idonei accorgimenti" per distinguere i contenuti pubblicitari dagli altri contenuti, rinviando al Regolamento *digital chart* per quanto riguarda talune forme di comunicazione pubblicitaria diffuse attraverso internet.

Il Regolamento *digital chart* è attualmente l'unico testo normativo specificamente dedicato alla comunicazione commerciale veicolata da *influencer* e altre figure simili, e contiene una serie di indicazioni pratiche relativamente ai casi di *endorsement* di un prodotto da parte di soggetti appartenenti a vario titolo a tale categoria (art. 2). Per quanto riguarda il caso di nostro interesse, il regolamento individua alcune diciture che devono essere inserite nella parte iniziale del *post* o di altro tipo di comunicazione diffusa in rete dall'*influencer*, quando si tratti di comunicazioni postate, o comunque diffuse, in adempimento di un contratto concluso con un committente: "Pubblicità/*Advertising*", "Promosso da *brand*/*Promoted by brand*", "Sponsorizzato da *brand*/*Sponsored by brand*", oppure "In collaborazione con *brand*/*In partnership with brand*". Lo stesso risultato si può ottenere, nel caso specificamente di *post*, inserendo uno dei seguenti *hashtag* entro i primi tre *hashtag* del *post*:
"#Pubblicità/#Advertising",
"#Sponsorizzatodabrand/#Sponsoredbybrand", "#ad#brand".

Quando si tratti invece dell'invio di prodotti in omaggio o dietro modico corrispettivo, senza alcuna controprestazione a carico dell'*influencer*, il Regolamento *digital chart* stabilisce per quest'ultimo l'obbligo di inserire, nelle proprie comunicazioni diffuse in rete che contengano la raffigurazione o la citazione del prodotto, un *disclaimer* quale "prodotto inviato da ... *brand*", o similare. L'inserzionista ha il solo obbligo di segnalare all'*influencer* la necessità di inserire il *disclaimer*, ed è per il resto esente da qualsiasi responsabilità (art. 2, ultimo comma).

2. *Giurisprudenza e prassi amministrativa*

Come ogni rivoluzione, la rivoluzione digitale ha avuto effetti positivi e negativi. Nel bene e nel male, ha avuto effetti in vari aspetti della vita umana, dei rapporti sociali, dell'economia, del sapere e del diritto.

Gli effetti positivi sono emersi per primi: la condivisione della conoscenza, la diffusione della cultura, l'allargamento e il collegamento dei mercati, i vantaggi per i consumatori, l'allargamento della partecipazione popolare alla vita sociale, politica e della società civile.

Ma, nell'arco di breve tempo, la rete ha sviluppato un lato oscuro. Come se ogni conquista positiva dovesse necessariamente nascondere una faccia maligna.

La diffusione della cultura e della conoscenza sulla rete ha comportato un attacco ai diritti di proprietà industriale come intesi tradizionalmente; la pubblicità ha trovato nuove e insidiose forme; l'informazione su prodotti e servizi ha incominciato a nascondere atti di pubblicità occulta o menzognera; la concorrenza ha forgiato nuovi strumenti; l'allargamento della partecipazione politica e sociale alla società civile è turbata da infiltrati e da attacchi cibernetici.

Il diritto - da millenni tranquillamente costruito sul principio di territorialità e uso ad evolversi con prudente lentezza - è stato colto - come si potrebbe dire - impreparato dalla rivoluzione digitale.

Il computer e la rete nascono e si espandono in un sistema di assenza di regole (il c.d. diritto privato della rete) fortemente influenzato dalla soprannazionalità (dello sfondo normativo) e dal c.d. spazio virtuale (cyberspace). La rete non è ancora un mercato in senso giuridico. Nasce come strumento di libera comunicazione del pensiero. In un certo senso, come *ἀγορά* virtuale.

Al suo nascere, la rete non pose problemi giuridici. Ma a poco a poco, come in tutte le comunità, anche nella comunità virtuale incominciarono a sorgere conflitti di interesse, e esigenza di regole, sociali o giuridiche che siano.

Fino a quando la funzione della rete fu prevalentemente "civile", i conflitti d'interesse furono modesti, e non suscitavano la curiosità del giurista. I problemi sorsero quando nella rete irrupero le imprese, che incominciarono a svolgere attività commerciali.

Con il nascere della commercializzazione della rete e l'espandersi del commercio elettronico, subentrano nella rete conflitti di interessi che tendono ad essere regolati da norme di diritto commerciale.

Viene così a crearsi un sistema complesso, ove sempre più intenso si fa il ricorso a regole di diritto commerciale, nazionale o internazionale che sia³².

E così, in pochi anni, le imprese sono venute svolgendo nella rete le stesse attività che erano andate svolgendo e svolgono nel mondo materiale. Fanno, sulla loro pagina web, vetrina di sé stesse. Espongono prodotti e servizi. Fanno pubblicità. Vendono i loro prodotti. E, naturalmente, si fanno concorrenza. E, qualche volta, concorrenza sleale.

Ripropongono, nel web, i temi dei rapporti concorrenziali tra imprese, e i conflitti tra imprese e consumatori.

Queste attività tipiche della vita dell'impresa - concorrenza tra imprese e protezione dei consumatori - sono attentamente regolate nel mondo materiale. Ma la trasposizione di queste ben note regole nel mondo virtuale trova gli ostacoli che abbiamo indicato prima: tempo, spazio e numero.

E non è tutto. Il web ha creato fenomeni nuovi, sconosciuti al mondo materiale.

Uno di questi attiene, tra i tanti, al mondo dei social networks.

Ben presto il successo dei networks (Facebook, YouTube, Instagram, Twitter, LinkedIn e altri ancora) ove sono attivi ogni giorno milioni di persone, suscita l'interesse delle imprese. Come è ovvio, l'ingresso delle imprese

³² FRANCESCHELLI, *Premesse generali per uno studio del commercio elettronico*, in Aa.Vv., *Commercio elettronico*, Milano, 2001, 57.

sui *social networks* porta seco i temi classici del diritto industriale, che fanno fatica ad integrarsi con il nuovo modo di comunicare. Se i temi attinenti il diritto d'autore e la sua difesa erano già presenti sul web, l'ingresso delle imprese nei *social networks* aggiunge i temi della concorrenza, della concorrenza sleale, della pubblicità.

La giurisprudenza di autodisciplina è poco rilevante ai fini della questione di nostro interesse, dal momento che le pronunce più significative hanno riguardato casi in cui si discuteva dell'esistenza o meno di un rapporto di committenza fra impresa titolare del marchio e *influencer*, e quindi dell'applicabilità della normativa sopra ricordata.

Più interessante è invece la prassi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che dapprima (anni 2017 e 2018) ha effettuato vari interventi di *moral suasion* nei confronti di *influencer* e imprese, nei quali ha raccomandato l'adozione di *disclaimer* uguali o simili a quelli contenuti nel Regolamento *digital chart*, e successivamente, fra la fine del 2018 e il 2019, ha aperto due procedimenti in materia, entrambi conclusi con provvedimenti di accettazione degli impegni proposti dai professionisti. Si tratta dei provvedimenti n. 27787 del 22 maggio 2019, relativo ad attività di *influencer* nel settore della moda, e n. 28167 del 25 febbraio 2020, relativo ad attività di *influencer* nel settore dei prodotti di largo consumo.

I due provvedimenti sono di particolare interesse per quanto riguarda gli impegni assunti dalle imprese committenti per assicurare la trasparenza della comunicazione posta in essere dagli *influencer*, che comportano:

a. la predisposizione e l'invio a tutte le funzioni aziendali interessate di Linee Guida nelle quali: vengano richiamati i principi cardine dell'obbligo di trasparenza della pubblicità; si impartiscano chiare indicazioni sui *disclaimer* che devono essere adottati, in linea con le indicazioni contenute nel Regolamento *digital chart* e nei precedenti interventi di *moral suasion* svolti dall'Autorità; si imponga l'adozione di specifici modelli contrattuali nei rapporti con *influencer* e agenzie;

b. l'inserimento, nei contratti stipulati direttamente con gli *influencer*, di un impegno degli stessi a rendere evidente la natura pubblicitaria delle

comunicazioni da loro diffuse in esecuzione del contratto, attraverso l'adozione di *disclaimer* in linea con le indicazioni del Regolamento *digital chart* e con le raccomandazioni dell'AGCM, *disclaimer* che dovranno essere raccolti in un'appendice da allegare ad ogni singolo contratto;

c. la previsione, all'interno di tali contratti, di meccanismi sanzionatori gradati a carico degli *influencer* che non rispettino le indicazioni di cui sopra, con la previsione di penali, e/o di riduzione o sospensioni dei pagamenti, fino a giungere alla risoluzione del contratto in caso di inadempienze ripetute;

d. per i casi in cui l'*influencer* sia ingaggiato attraverso un'agenzia, la previsione nei contratti con l'agenzia dell'impegno di quest'ultima di vigilare sul rispetto dell'obbligo di trasparenza da parte degli *influencer*, e dunque sull'adozione da parte degli stessi delle indicazioni volte a rendere evidente la natura pubblicitaria delle loro comunicazioni, con meccanismi di deterrenza a carico dell'agenzia analoghi a quelli visti sopra (penali, riduzione o sospensione del corrispettivo, fino a giungere alla risoluzione del contratto); e l'obbligo per l'agenzia di replicare analoghi meccanismi di deterrenza nei rapporti con gli *influencer*.

Per quanto riguarda l'invio di omaggi agli *influencer*, senza alcuna controprestazione a loro carico, gli impegni accettati dall'Autorità prevedono solo l'obbligo di accompagnare l'omaggio con una comunicazione nella quale si sottolinei l'importanza di una pubblicità trasparente, e si chieda agli *influencer* di inserire negli eventuali *post* le avvertenze viste sopra.

La prassi recente dell'Autorità garante evidenzia come la semplice raccomandazione agli *influencer* di rispettare l'obbligo di trasparenza della comunicazione commerciale attraverso l'adozione delle indicazioni contenute nel Regolamento *digital chart* e condivise dall'AGCM non sia sufficiente ad esentare da responsabilità l'impresa, nel caso in cui tale obbligo venga disatteso dall'*influencer*. Va ricordato che una pratica commerciale scorretta, ed in particolare una pratica commerciale ingannevole, si qualifica come tale innanzitutto per la sua contrarietà ai principi della diligenza professionale (artt. 20 e 21 Codice del consumo). Solo l'adozione e l'effettiva applicazione da parte dell'impresa committente di un meccanismo contrattuale di deterrenza può

essere considerato comportamento conforme alla diligenza professionale, quale delineata dall'AGCM nei provvedimenti di adozione degli impegni sopra ricordati.

La predisposizione di contratti che vincolino l'*influencer* o il suo intermediario (agenzia) a rispettare l'obbligo di trasparenza, con conseguenze in termini di penali/riduzione o sospensione dei compensi/risoluzione in caso di inadempimenti e a seconda della loro gravità, è dunque un accorgimento necessario per rendere effettivo tale obbligo e, al tempo stesso, per escludere la responsabilità dell'impresa in caso di sua violazione.

3. Webmarketing, socialmediamarketing, influencer

Il web generò dapprima un particolare ramo del marketing, il webmarketing³³ che già sembrò a molti una novità.

Ma gli studiosi di economia aziendale presto definiscono i contorni del socialmediamarketing. Uno strumento, si dice, che ha l'effetto di fidelizzare i consumatori, e di coinvolgerli nella diffusione e nell'apprezzamento del prodotto. Le grandi case, per esempio, creano "brand fan pages" sui siti social di networking. Il loro compito è, appunto, la fidelizzazione.

Si pensi che persino le banche - che fino a qualche decennio fa consideravamo istituti austeri - ne fanno uso. Una ricerca dell'ABI ci informa che, nel 2016, 9 banche su 10 erano già attive sul social network³⁴.

³³ Enciclopedia Treccani: "*Web marketing*: Attività di marketing attuata in rete, possibilmente coordinata con le strategie di promozione e vendita tradizionali. L'avvento delle nuove tecnologie ha fatto proliferare il numero dei canali di comunicazione: se da un lato la maggior parte di essi ha un costo di accesso limitato o del tutto gratuito, dall'altro ognuno richiede una declinazione del messaggio commerciale che implica un adattamento alla rete dei contenuti e del tono comunicativo. In tale contesto, il consumatore diviene in parte anche produttore di ciò che consuma e l'utente finale diventa parte attiva anche nella produzione delle informazioni, secondo la filosofia del web 2.0".

³⁴ Comunicato stampa ABI - 11 ottobre 2016, n. 114082: *Banche: con i social media nuove figure professionali per un'organizzazione integrata e pronta all'innovazione*.

Il socialmediamarketing crea inoltre nuove figure: gli "influencer"³⁵. Difficile definirli. La loro figura nasce, probabilmente, dai "testimonial" (figura storica del mondo della pubblicità). Alcuni si creano da soli (come la notissima Chiara Ferragni), altri sono arruolati dalle grandi case³⁶: difficile, ancora oggi, distinguere gli uni dagli altri.

La pubblicità, e la concorrenza, hanno, da tempo, le loro regole, che ben conosciamo. Ben regolata la pubblicità sui media tradizionali: la stampa, la televisione, la radio. Ma tutto sembra sfuggire sulla piattaforma digitale della convergenza. E non è solo un problema collegato al web che sfugge alle regole. È che il web, e in esso i social networks, creano situazioni nuove.

Sta di fatto che alcuni aspetti del webmarketing e del socialmediamarketing riguardano la distorsione del messaggio pubblicitario, le nuove forme di concorrenza sleale, il potere degli influencer sui social networks, il tema della loro individuazione come tali, i #tag, il loro uso e la loro eventuale protezione, le nuove insidiose forme di pubblicità occulta, l'uso delle informazioni tratte dai giornali tradizionali e dai media, il conflitto tra media e rassegne stampa, il ruolo dei monopoli della ricerca, per finire ai Big Data e al loro commercio.

Sarebbe interessante esaminare ognuno e ciascheduno di questi nuovi fenomeni, anche in relazione della trasposizione delle regole di diritto dal mondo materiale al mondo virtuale. Mi limiterò, qui di seguito, ad uno.

Un aspetto di questi fenomeni oscuri è dato da quelle che sono ormai definite genericamente "fake news"³⁷. Le *fake news*, presenti in tutta la rete,

³⁵ Influencer: "Personaggio popolare in Rete, che ha la capacità di influenzare i comportamenti e le scelte di un determinato gruppo di utenti e, in particolare, di potenziali consumatori, e viene utilizzato nell'ambito delle strategie di comunicazione e di marketing" (Dizionario Treccani).

³⁶ RUOTOLO - ANDREOLETTI, *I destini incrociati di antitrust e e-commerce: dalle iniziative della commissione europea alla recente sentenza della corte di giustizia*, in *Dir. comm. internaz.*, 1° giugno 2018, 2, 361 "Sono moltissimi i brand che ingaggiano una o più persone quali 'influencer'/'opinion leader' per divulgare un messaggio aziendale presso i propri follower".

³⁷ Questa la definizione data dalla Enciclopedia Treccani: "*fake news*. Locuzione inglese (lett. notizie false), entrata in uso nel primo decennio del XXI secolo per designare un'informazione in parte o del tutto non corrispondente al vero, divulgata intenzionalmente o inintenzionalmente attraverso il Web, i media o le tecnologie digitali di comunicazione, e caratterizzata da un'apparente plausibilità, quest'ultima alimentata da un sistema distorto di aspettative dell'opinione pubblica e da un'amplificazione dei pregiudizi che ne sono alla base, ciò che ne agevola la condivisione e la diffusione pur in assenza di una verifica delle fonti".

trovano terreno particolarmente fertile sui social networks, il grande luogo immateriale dell'interagire sociale. I loro effetti nel mondo della comunicazione sociale e politica sono noti.

Ma esse hanno anche effetti nell'ambito della disciplina della concorrenza e dei diritti di proprietà industriale e intellettuale.

Le *fake news*, quando penetrano nel grande mare della concorrenza, lo sconvolgono, al pari di quanto malevolmente fanno negli altri aspetti della vita sociale. Una *fake news* contro un concorrente o un prodotto può essere un atto di concorrenza sleale. Una *fake news* nel sistema della comunicazione pubblicitaria può configurare un atto di pubblicità decettiva e aggressiva.

Come vedremo, definirle semplicemente "notizie false" non solo può essere riduttivo, ma anche fuorviante.

Le *fake news* sono, così, il tema del momento. Tutti sembrano, quindi, volerle combattere.

A tal punto che nel Contratto nazionale di Servizio della Rai si prevede che la Rai stessa debba "iii) *attivare strumenti finalizzati a contrastare la diffusione di fake news*"³⁸. Una Regione (la Regione Marche) ha addirittura approvato una legge contro, tra l'altro, le *fake news*³⁹.

Che il tema sia ormai planetario lo attesta la *Joint declaration on freedom of expression and fake news, disinformation and propaganda*, sottoscritto, tra l'altro, dalle Nazioni Unite.

Il problema è che non si sa bene che cosa siano le *fake news*.

Per il giurista il tema diventa sostanziale. Se devo applicare una norma che mi impone di contrastare le *fake news*, devo conoscere esattamente la portata del comando e la definizione della fattispecie.

È sufficiente dire che una *fake news* è una notizia falsa, per farla rientrare nella fattispecie? Non credo.

³⁸ Comunicato Del Ministero Dello Sviluppo Economico 7 marzo 2018 (in *G.U.* 7 marzo 2018, n. 55). - Approvazione del Contratto Nazionale di Servizio tra il Ministero dello sviluppo economico e la Rai - Radiotelevisione italiana S.p.a. - 2018-2022.

³⁹ "Contrastare la diffusione di *fake news* e prevedere in proposito: l'istituzione di un osservatorio interno permanente; lo sviluppo di specifici prodotti di natura educativa e didattica; la realizzazione di iniziative di promozione riguardo ai rischi derivanti dalla diffusione di notizie false".

Appare però evidente, a prima lettura, che il tema delle *fake news* si collega alla distinzione tra vero e falso, tra verità e menzogna.

Un aspetto dell'essere che ha accompagnato gli studi filosofici per millenni, e che nuovamente lo riporta all'attualità, quasi a dimostrazione dell'eterno nel pensiero umano.

Secondo Aristotele, in applicazione del principio di non contraddizione, una proposizione è vera o falsa, non potendo essere contemporaneamente vera e falsa.

Possiamo dedurre che il tema delle *fake news* supera la non contraddizione aristotelica del vero e falso.

Una *fake news* è tale indipendentemente dal fatto che il fatto sia vero o falso. Nel senso che la *exceptio veritatis* non la priva, da sola, della sua qualifica.

Del resto, nell'ambito della disciplina della diffamazione a mezzo stampa, la Suprema Corte ha affermato come l'*exceptio*, da sola, non è sufficiente ad escludere la diffamazione. Occorre verità - pertinenza - continenza. La notizia ha da essere suggestiva, inventata, ingannevole o distorta⁴⁰.

D'altro canto si può dire che una notizia è falsa se, conoscendo la verità, affermo e diffondo il falso. Allo stesso tempo, se diffondo una notizia falsa, credendola vera, non mento. Ipotesi che si potrebbe collegare, per alcuni aspetti, alla c.d. verità putativa. Credo vero un fatto che vero non è.

La verità putativa - o la *exceptio veritatis* nella diffamazione a mezzo stampa - o, se si vuole, il "verosimile" di Gian Battista Vico - richiedono onestà intellettuale e un ragionevole sforzo nella ricerca dei dati che sorreggono l'informazione. E, aggiungo, la trasparenza delle fonti.

Un ulteriore punto può essere condiviso: le *fake news* riguardano i fatti, non le opinioni.

Una opinione non è né vera né falsa: è una opinione. Se l'opinione è diffamatoria, seguirà i dettami della giurisprudenza della Suprema Corte sulla

⁴⁰ Cass., Sez. III, 13 marzo 2018, n. 6035. Ivi si legge: "notizie suggestive, inventate, ingannevoli o distorte (quelle che la stessa società ricorrente definisce, nella memoria successivamente depositata, come 'fake news')".

diffamazione. Se l'opinione cela un atto di concorrenza sleale, rientrerà nel perimetro dell'art. 2598 c.c. con tutto quello che consegue.

Escluse le opinioni dalla nostra categoria dagli incerti confini, possiamo individuare un quarto elemento.

La verità del fatto - o il suo essere verosimile, come direbbe Vico - non è decisiva, ma ha una sua rilevanza. Ciò che conta è l'opera di verifica. In altre parole, la onesta ricerca e verifica dei fatti.

4. Influencer, social networks e fake news

Questi ultimi fenomeni introducono un tema che richiede una riflessione supplementare: come già si accennava, infatti, il primo servizio che il *Blogger* intende promuovere è il suo stesso proporsi come aspirante *influencer* o *trend setter*, convogliando su di sé l'attenzione del pubblico, in modo da diventare "appetibile" per i soggetti che intendano realizzare pubblicità, ma anche per quelli che intendano evitare pubblicità negativa.

E se in questo caso è difficile parlare di pubblicità nascosta, perché lo scopo autopromozionale è evidente, è tuttavia doveroso rimarcare che questa autopromozione assurge essa stessa alla dignità (se così si può dire) di attività economica, portando quindi con sé necessariamente l'onere, da parte di chi la pone in essere, di rispettare sia le esclusive sui segni distintivi altrui - i cui titolari potrebbero non desiderare l'abbinamento con determinati personaggi (tanto più in un tempo caratterizzato da veri e propri "marchi personificati", con i quali il consumatore instaura un rapporto di tipo emotivo), ove lo stesso risultasse screditante o comunque incoerente con l'immagine veicolata da tali segni -, sia più in generale le regole della concorrenza, comprese naturalmente quelle sul divieto di attività confusorie e parassitarie, ma anche delle forme di *ambush marketing* di cui proprio i *social media*, attraverso il possibile accostamento di messaggi che consentono di realizzare agevolmente sembrano essere un terreno di elezione.

Il tema è stato sfiorato da un recente provvedimento giudiziario, che ha vietato al contraffattore dei modelli registrati di alcuni costumi di bagno di valersi per un anno della collaborazione professionale ai fini di promozione dei suoi costumi di una modella che aveva prima pubblicizzato i costumi originali per il titolare dei modelli imitati e poi, per conto dell'imitatore, le copie, indossandoli in fotografie diffuse sulle proprie pagine *social* e richiamate nel sito web del contraffattore. Ci si può infatti domandare (e io credo che la risposta alla domanda debba essere positiva) se non sarebbe stato possibile vietare alla stessa modella, naturalmente ove fosse stata parte del giudizio, di mostrarsi sui *social* con prodotti in grado, proprio per essere da lei indossati, di ingenerare confusione o agganciamento sul mercato in relazione ai capi originali (e al loro marchio), di cui in precedenza era stata *testimonial*, posto che anche questa sua attività è un'attività economica a tutti gli effetti, in grado di riverberarsi negativamente sulla posizione di mercato altrui.

Ma il discorso può allargarsi ancora. Da un lato io credo che si debba mettere in discussione la stessa nozione di rapporto di concorrenza, così come elaborata dalla nostra "storica" giurisprudenza, che appare sempre più anacronistica, se si pensa che la protezione allargata dei marchi di rinomanza (e i marchi imitati lo sono quasi sempre) non è più un'eccezione, ma la regola, e non ha quindi senso - né può dirsi, di nuovo, conforme al principio costituzionale di eguaglianza - discriminare il trattamento legale delle forme di concorrenza che avvengono attraverso l'uso di segni distintivi rispetto a quello di tutte le altre. Dunque è tempo di adeguare anche la nostra giurisprudenza a quella degli altri Paesi, la Germania per prima, che considera in rapporto di concorrenza tra loro due operatori economici ogni volta che le azioni del primo sul mercato sono in grado di riverberarsi sulla posizione di mercato del secondo, a prescindere dal fatto che gli stessi si rivolgano alla medesima clientela finale, essendo sufficiente al riguardo l'alterazione del corretto svolgimento dell'attività economica da queste azioni deriva⁴¹.

⁴¹ Per l'interpretazione della nozione di rapporto di concorrenza data dai Giudici tedeschi si vedano in particolare Bundesgerichtshof, 9 dicembre 1982, in *IIC*, 1984, 240 ss.; Bundesgerichtshof, 29 novembre 1984, *ivi*, 1986, 271 ss.; e Bundesgerichtshof, 4 giugno 1987, *ivi*, 1988, 682 ss. Proprio in ragione di quest'interpretazione, in Germania prima dell'attuazione della Dir. n. 89/104/C.E.E. era appunto attraverso la disciplina della concorrenza

Dall'altro lato, occorre domandarsi se sia ancora ammissibile, in tempi di web interattivo, una sostanziale esenzione da responsabilità - o, se si preferisce, una responsabilità fondata soltanto sulla regola generale dell'art. 2043 c.c. e sui rimedi meramente indennitari da essa previsti - in capo a soggetti che intervengono attivamente nel mondo *social* con messaggi suscettibili di riverberarsi negativamente appunto sulla posizione di mercato di altri soggetti. Anche in questo caso, non sono infatti ammissibili "passamontagna telematici" che consentano di danneggiare altri impunemente, ad esempio viralizzando *fake news* o messaggi screditanti: il potere di intervenire attivamente sulla rete non può cioè non implicare, in una logica di bilanciamento d'interessi, una corrispondente posizione di responsabilità, a monte della quale sta evidentemente anche la posizione di responsabilità dei gestori di queste piattaforme, che attraverso la pubblicità veicolata nell'ambito di esse e più ancora attraverso la gestione dei *big data* da esse generati sono in grado di ricavare profitti relevantissimi⁴² e quindi non possono non essere soggetti alle regole generali della responsabilità degli intermediari, almeno nei limiti in cui questa è ammessa dalla Direttiva sul commercio elettronico, così come interpretata e chiarita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea⁴³.

sleale che sia era conseguita la prima protezione allargata del marchio rinomato: in argomento si vedano SCHRICKER, *La tutela della Ausstattung e del marchio celebre nella Germania Federale*, in *Riv. dir. ind.*, 1980, I, 254 ss.; e LEHMANN, *Rafforzamento della tutela del marchio attraverso le norme sulla concorrenza sleale*, *ivi*, 1988, I, 19 ss. Nel nostro Paese, invece, la possibilità di valersi delle norme in materia di concorrenza sleale nelle ipotesi di agganciamento al marchio "celebre" altrui mediante l'uso del segno in settori merceologici distanti era stata negata, proprio a causa della mancanza di un rapporto concorrenziale tra imprese prive di una clientela comune, almeno potenziale, da Cass. 21 ottobre 1988, n. 5716, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1988, 109 e ss., che aveva anche escluso che in tal caso si potesse fare ricorso alla tutela di cui all'art. 2043 c.c. (invece riconosciuta in passato da App. Torino 15 febbraio 1952, in *Rass. propri. ind.*, 1952, 220 ss.; e da Cass. 30 luglio 1955, n. 2468, in *Giust. civ.*, 1956, I, 62 ss. e in *Riv. dir. ind.*, 1956, II, 425 ss.). La tutela concorrenziale di un marchio celebre pur in difetto di un pericolo di confusione sull'origine dei prodotti contrassegnati era stata invece ammessa da Trib. Genova 23 maggio 1984, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1984, 502 ss. e da Trib. Milano 9 marzo 1987, *ivi*, 1989, 96 e ss., senza però affrontare *ex professo* il problema della sussistenza di un rapporto di concorrenza. A favore del superamento dell'interpretazione tradizionale del rapporto di concorrenza si era espresso già FERRARI, *Osservazioni sui soggetti della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, II, 436 ss.

⁴² GALLI-BOGNI, *I requisiti per la tutela IP dei Big Data*, in Aa.Vv., *Informazione e Big data tra innovazione e concorrenza*, a cura di Falce - Ghidini - Olivieri, Milano, 2017, 93 ss.

⁴³ Cfr. in particolare le decisioni di Corte giust. 23 marzo 2010, nelle cause riunite da C-236/08 a 238/08, *Google*, Corte giust. 12 luglio 2011, n. C-324/09, *L'Oréal v. eBay* e Corte giust. 22 settembre 2011, n. C-323/09, *Interflora*.

Certamente la strada da percorrere in questa direzione è ancora lunga, ma va seguita tutta e senza le facili scorciatoie delle leggi speciali, che proprio in tema di commercio elettronico hanno mostrato la corda⁴⁴, quanto piuttosto attraverso un'applicazione rigorosa dei principi generali, non solo del diritto della proprietà intellettuale, ma del diritto civile. Ciò di cui abbiamo bisogno è di regole astratte e generali, che nascano dal basso, cioè da quello che l'azione umana concretamente rappresenta nelle relazioni interpersonali che è in grado di istituire, quindi al di sotto del diritto positivo e come ossatura di esso e misura della sua interpretazione, del diritto naturale.

Anche sotto questo profilo, la rete web può essere veramente un banco di prova importante della nostra capacità di costruire un futuro fatto non di protezionismi e di regole arbitrarie rimesse alla volontà di un legislatore, ma appunto di norme che siano il riflesso della giustizia, e non viceversa. Pensare ancora, interrogarci in questa prospettiva, è quindi un dovere tanto degli studiosi, che dei pratici, degli operatori del mercato, degli amministratori della giustizia, attraverso un lavoro maieutico di riflessione comune e di confronto su questi temi, che appaiono decisivi non solo per la proprietà intellettuale, ma per l'intero nostro vivere civile.

Se applichiamo questi principi ai social network, e ai temi che ci interessano, vediamo come essi possono essere utili nel valutare - per esempio - il comportamento di un *influencer*.

Già l'AGCM ha segnalato come "I principi che ispirano la comunicazione commerciale, sebbene pensati per i mezzi tradizionali, non possano trovare una differente applicazione in ragione del mezzo con cui tale comunicazione è veicolata".

⁴⁴ La previsione di una disciplina speciale degli intermediari della rete web prevista dalla Dir. n. 2000/31/C.E. sul commercio elettronico, derogatoria rispetto alle regole generali sulla responsabilità degli intermediari ricavabili dalla Direttiva *enforcement* (la Direttiva n. 48/2004/C.E.), è in effetti risultata per più versi insoddisfacente, tanto che in materia di diritto d'autore è in corso di parziale superamento, dopo il voto del Parlamento europeo del 12 settembre 2018 sulla proposta di Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale del 14 settembre 2016, alla quale il Parlamento ha bensì richiesto di apportare emendamenti, ma lasciandone sostanzialmente intatto l'impianto generale. Di questo intervento appare criticabile dunque non tanto la sostanza, quanto il metodo, imperniato sul sistema di prevedere deroghe ad altre deroghe, anziché adottare regole di carattere generale.

Ora, un *influencer* è tale, in quanto influenza i comportamenti dei *followers*. Se li influenza in relazione a prodotti o servizi, svolge attività equivalente a promozione pubblicitaria.

La stessa AGCM ha correttamente osservato che "un passaggio preliminare è proprio quello di comprendere se il messaggio veicolato dall'*influencer* sia spinto da intenti commerciali o rientri nella libera espressione del soggetto, che, in base alla propria esperienza, può ritenere opportuno suggerire ai *followers* un determinato prodotto o servizio".

Quanto detto ci permette di accentrare l'attenzione sull'*influencer* e su quanto afferma. Come si è detto, poco rileva poco o nulla se la notizia sia vera o falsa.

Preliminare e fondamentale è verificare se la notizia è stata indotta da un terzo, e se è stata ragionevolmente verificata.

Si pensi alla notizia: "Sono andato nel tal ristorante e ho mangiato bene". È una *fake news* se non ci sono andato, o se, essendoci andato, ho mangiato male.

Si pensi alla notizia "Sono andato nel tal ristorante e ho mangiato male". È un atto di concorrenza sleale se la frase mi è stata assegnata da un concorrente.

Per l'*influencer*, prevale, dunque, la trasparenza. Trasparenza che include, in alcuni casi, l'onere della ragionevole verifica del fatto.

Ma non basta. La trasparenza impone che l'*influencer* palesi il proprio collegamento con l'impresa.

In altre parole, il *follower* - i *followers* - hanno il diritto di sapere se l'*influencer* sta esprimendo una opinione sua, o se sta raccontando un fatto collegato ad altri; se, insomma, il suo dire è conseguenza di un contratto pubblicitario. Se, per dirla in modo crudo, è stato pagato.

Il modo più efficace per informare i *followers* che una certa notizia è il risultato di un accordo pubblicitario è dirlo, e non lo si fa, imporre all'*influencer* di informare i *followers* a cose fatte.

L'*influencer* deve, quindi, palesare il collegamento con l'impresa.

Come si fa a saperlo, se l'*influencer* non lo palesa? Un metodo c'è. Pragmatico, ma inesorabile. Gli *influencer* vivono della rete, e la rete raccoglie

tutto. Come dire, *Qui gladio ferit, gladio perit* - Si va a vedere la dichiarazione dei redditi. Non si trova nulla? Beh, allora si vanno a vedere gli estratti conto.

Contro le *fake news* che integrino ipotesi di concorrenza sleale, o di pubblicità occulta o indiretta, si possono utilizzare gli strumenti che la rete stessa sta sviluppando in relazione, per esempio, alla protezione delle opere dell'ingegno. Il mezzo più veloce per eliminare una notizia "falsa" è la cancellazione della notizia stessa, fino all'oscuramento del sito o del profilo, attraverso la procedura "notice and take down" sviluppata dall'Agcm⁴⁵.

Per concludere occorre riporre fiducia nell'ordinamento quale è, adattando le regole di diritto alle nuove realtà. Cercare, come giuristi, di applicare, nel miglior modo possibile, e nonostante tutto, le regole del diritto materiale al mondo immateriale, naturalmente adattandole, come, del resto, il diritto, da secoli, ci ha insegnato a fare.

Dunque In un contesto dove è sempre più difficile distinguere tra notizie fondate e *fake news*, è importante che tutti gli attori in rete si impegnino alla maggior trasparenza possibile. Un importante compito che coinvolge aziende, agenzie di comunicazione e *influencer*.

Gli *influencer*, in particolare, sono chiamati a dichiarare in modo esplicito le loro collaborazioni, in modo da rendere noto al lettore quando i contenuti pubblicati sono frutto di un rapporto con le aziende.

Le aziende devono trasmettere informazioni corrette e non manipolate a fini commerciali, in modo da contribuire all'*education* dei consumatori.

Le agenzie devono fare da garanti perché il rapporto tra aziende e *influencer* sia corretto e crei valore per entrambe le parti.

Queste collaborazioni possono dar luogo ad esempi virtuosi: gli *influencer* possono diventare dei partner preziosi per le aziende e le istituzioni nel farsi promotori di una corretta informazione rispetto all'ambiente spesso fuorviante della Rete.

⁴⁵ Delibera 680/13/CONS con la quale è stato approvato il "Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70".

È utile, in questo senso, favorire momenti di incontro tra aziende e influencer, alla presenza di esperti (medici, nutrizionisti, psicologi, ...) proprio con l'obiettivo di smentire le *fake news* e far circolare nozioni fondate su basi scientifiche. Grazie alla credibilità che le *influencer* hanno rispetto alle loro community di riferimento, diventa possibile veicolare al pubblico finale informazioni fondate e veritiere.

5. L'*astroturfing*

Quanto mai appropriato - in quanto ugualmente subdoli e pericolosi allorché si inseriscono nel processo di libera formazione della volontà del consumatore - risulta il parallelismo tra la falsa recensione e il triste fenomeno dell'*astroturfing* termine, questo, nato nel settore del *marketing* a metà degli anni ottanta, con cui si definisce la creazione di consenso dal basso, "a tavolino", per tutta una serie di beni, servizi, prodotti, e pure candidati politici.

"Un *feedback* posticcio, creato ad arte grazie all'aiuto di persone generalmente pagate per produrre commenti positivi attorno alla cosa reclamizzata, e innescare un meccanismo in grado di influenzare gli altri", produce l'effetto di creare fittiziamente quel consenso intorno a prodotti su internet idoneo a influenzare i nostri acquisti. Stando a uno studio della *Harvard Business School*⁴⁶, il fenomeno del finto *feedback* positivo avrebbe un valore commerciale "inestimabile" e sarebbe in grado di influenzare l'acquisto o la prenotazione *online* "in modo molto importante", mentre, al contrario, una pessima *web* o *brand reputation* può avere effetti pesantissimi sul fatturato di un'azienda.

Di fatto, dunque, se attraverso l'uso di internet ci è data la massima libertà di promuovere o meno la reputazione di prodotto, di un servizio, di una struttura alberghiera, tale effetto può essere subdolamente amplificato (se affidato a soggetti che godono di una certa popolarità digitale o commissionato a pagamento a una pluralità di utenti compiacenti) e, simulando consensi attorno

⁴⁶ GREEN CARMICHAEL, in *Everything You Need to Know About Giving Negative Feedback*, studio dell'*Harvard Business Review* disponibile su: <https://hbr.org/2014/06/everything-you-need-to-know-about-negative-feedback/>.

a un prodotto o a un servizio attraverso l'uso di forum, *community*, *blog*, *social network*, si ottiene l'effetto di falsare in maniera apprezzabile le decisioni libere, la scelta di acquisto consapevole e il comportamento economico degli utenti e consumatori. Attraverso, dunque, l'utilizzo massiccio di *professional reviewer* o *influencer on - demand*, altrimenti detti falsi recensori - pagati direttamente dalle agenzie di pubblicità o società di ottimizzazione che hanno commissionato il servizio - si può contribuire a incrementare, o addirittura costruire, la reputazione commerciale di un prodotto, di un servizio o di un certo marchio, minando quella trasparenza che è essenziale per la crescita e l'incremento dell'economia - digitale e non solo -.

La normativa in materia di pratiche commerciali scorrette sanziona la messa in atto di quelle ingannevoli laddove provenienti da professionisti, perciò arduo risulta poter colmare tale *bug* normativo e sanzionare quei messaggi, spesso subliminali e non veritieri, provenienti da *blogger* o recensori che, talvolta falsamente, affermano la non sponsorizzazione dei loro *post* e asseriscono il valore autentico delle loro opinioni come frutto della loro onestà intellettuale e della soggettiva esperienza di utilizzo.

Essenziale e imprescindibile è che il consumatore sia reso edotto che si tratta di comunicazione commerciale e non di espressione di opinioni personali, ma di fatto, allorché così non fosse, il nostro ordinamento giuridico risulta comunque gravemente lacunoso e non ancora pronto a disciplinare il fenomeno della pubblicità occulta diffusa in rete.

Come noto, infatti, lo strumentario normativo offerto dal D.Lgs. n. 146/2007 contempla unicamente il rapporto tra professionista e consumatore e non il caso in cui a compiere l'illecito sia un terzo pagato dal professionista; mentre lo sguardo comparatistico si volge agli Stati Uniti - dove la *Federal Trade Commission* (l'Agenzia governativa preposta al controllo delle pratiche commerciali), ha emanato una serie di raccomandazioni rivolte al mondo dei *blogger*, agenzie nonché alle imprese committenti, atte a promuovere onestà e trasparenza nella blogosfera e ha previsto sanzioni pecuniarie molto alte (fino

a 11 mila dollari) in caso di *astroturfing* o di *buzz marketing*⁴⁷ - e alla Francia, unica realtà europea che ha normato il fenomeno con la legge per la fiducia nell'economia digitale (Lcen) in cui si stabilisce che "tutta la pubblicità accessibile come servizio di comunicazione al pubblico *on line* deve rendere chiaramente identificabile la persona fisica o giuridica per conto della quale è realizzata". In caso di trasgressione, si prevede un'ammenda che può arrivare fino a 37.500 euro, oltre alla possibilità di comminare anche due anni di reclusione.

Nel mercato digitale, in sostanza, così come in quello reale, occorre più che mai un bilanciamento tra i diversi interessi in gioco, alla ricerca di un non facile punto di equilibrio tra libertà di impresa, libera concorrenza e tutela del consumatore, contrastando quella pubblicità occulta che mina le buone regole di mercato che sono espresse dalla legge *antitrust* a tutela e salvaguardia di tutti i soggetti del mercato, anche e soprattutto dei consumatori, come ha più volte ribadito la nostra Cassazione a Sezioni Unite⁴⁸.

⁴⁷ Con tale termine si intende quella forma di comunicazione la cui corrispondenza italiana è quella di "brusio" o "ronzio delle api", nel quale viene chiesto, spesso a pagamento, a siti, forum e *blogger* di informare su un *brand* o su un certo prodotto o servizio. Il *buzz* di per sé non ha nulla di negativo al suo interno, anzi se fatto in maniera adeguata è un ottimo modo per veicolare informazioni su un prodotto o una novità, ma diventa negativo nel momento in cui chi viene interpellato viene anche retribuito per parlarne con la speranza che non lo faccia sfavorevolmente, fuorviando, quindi, quello che dovrebbe essere un giudizio oggettivo. Il *buzz marketing* mira, dunque, a creare un passaparola che tende gradualmente a ingigantirsi e a non passare inosservato.

⁴⁸ Tra le altre, Cass., SS.UU., 4 febbraio 2005, n. 2207, disponibile per intero su *Foro italiano*, n. 1, 2005,1014 s., con nota di commento a cura di Palmieri, Pardolesi e Scoditti.

CAPITOLO 3

INFLUENCER NEL SETTORE FARMACEUTICO

SOMMARIO. 1. Evoluzione dei social network quale realtà anche di tipo commerciale - 2. La pubblicità istituzionale delle imprese farmaceutiche - 3. La pubblicità su alcuni social network dei medicinali o.t.c. e dei medicinali senza obbligo di prescrizione - 4. I dettagli delle Linee Guida sulla pubblicità dei farmaci sui social network - 5. Il futuro della comunicazione relativa ai farmaci sui social network: la contraffazione, il tema della profilazione, e la partecipazione delle imprese farmaceutiche al dibattito presente su pagine di soggetti terzi -6. La partecipazione delle imprese farmaceutiche al dibattito presente su pagine di soggetti terzi.

1. Evoluzione dei social network quale realtà anche di tipo commerciale

Ormai da anni, i social *network* hanno assunto un ruolo di primaria importanza nel mercato dei beni e dei servizi, essendosi sviluppata all'interno degli stessi una vasta realtà di carattere commerciale. Su *Facebook* sono prima comparse le inserzioni pubblicitarie (e, soprattutto, le inserzioni mirate, con tutti i problemi legati ai limiti di legittimità della profilazione degli utenti e della condivisione con soggetti terzi, ovvero i soggetti che fanno appunto pubblicità, della profilazione stessa); poi le pagine istituzionali delle imprese; le pagine dedicate ai prodotti, che non solo li pubblicizzano ma, prima ancora, contribuiscono a costruirne un'identità, quasi che anch'essi fossero un'entità che partecipa attivamente alla comunità del *social*; le pagine che, tramite il pulsante "acquista ora", rimandano a siti esterni dove è possibile comprare i prodotti; fino ai c.d. *influencer*, che parlano

della loro vita e dei prodotti che della stessa fanno parte, determinando problemi riconducibili al tema della pubblicità occulta.

In questa realtà si stanno inserendo, con incertezze e difficoltà, anche legate ad una disciplina frastagliata e da ricostruire attraverso il collegamento di fonti normative diverse, anche le imprese operanti nel *pharma*.

Tradizionalmente, la medicina ed il diritto tutelano la salute dell'individuo da prospettive diverse e non di rado confliggenti. Il progresso tecnologico, nell'estendere il grado di efficacia e di sofisticazione dell'intervento medico, ha progressivamente innalzato le aspettative sociali che l'individuo rivolge alla medicina, con l'effetto di assoggettare l'esercizio di tutte le attività che interagiscono con la salute individuale e collettiva ad un'esigenza di controllo giuridico sempre più penetrante. La pervasività di questo controllo appare oggi direttamente proporzionale al modo in cui l'innovazione tecnologica influisce sull'esercizio e sulle modalità di erogazione delle attività dirette a salvaguardare la salute.

Come accade in ogni settore della società, anche in medicina la digitalizzazione delle informazioni sta rendendo possibili nuove forme di interazioni (di tipo culturale, professionale, organizzativo e sociale) in una dimensione che si proietta ontologicamente ben al di là dei singoli contesti nazionali. L'avvento della telemedicina, ovvero della pratica di erogare la medicina a distanza, mercé il trasferimento di informazioni digitalizzate reso possibile dalle reti telematiche, è forse il fenomeno più immediatamente evidente in questo nuovo scenario. Accanto ad esso si stagliano però nuovi fenomeni sociali legati agli inediti processi di condivisione e fruizione delle informazioni mediche (o comunque inerenti la salute) concessi dal WEB.

Non è difficile individuare il nesso che lega le due considerazioni appena formulate. Si tratta dell'elemento su cui incide l'innovazione tecnologica che sta rivoluzionando la medicina, e dunque del fattore che, indirettamente, alimenterà negli anni a venire la crescita delle aspettative sociali legate al progresso della medicina. È cioè dell'informazione, un 'bene' che tradizionalmente assume un ruolo di assoluto rilievo nell'esplicarsi di tutte le attività volte a ristabilire la salute. L'importanza di questo ruolo può cogliersi da diverse angolature. Lo

faremo subito, per mettere a fuoco come la telematica stia trasformando la medicina e, di riflesso, quali sono le problematiche che questo cambiamento si accinge a prospettare al giurista.

L'informazione è al cuore della cura. Anzi: l'informazione per molti versi coincide con la cura. L'individuo che non comunica il suo malessere, non condivide con il medico curante i dati anamnestici e non esplicita le caratteristiche della sua richiesta di salute è da sempre considerato un paziente difficile da curare.

La moderna diagnostica strumentale tende a supplire (ma sappiamo trattarsi di supplenza pericolosa, se intesa in termini assoluti) ai problemi sottesi al deficit informativo nella relazione medico-paziente, per sostituire (ma meglio sarebbe dire: per affiancare) l'informazione mediata dalla soggettività del malato con un'informazione diretta ed oggettiva, letta dall'occhio quantitativo dello strumento o della prova diagnostica. Queste due tipologie di informazioni sono destinati a combinarsi in un quadro analitico, sistematizzato ed interpretato dal sapere posseduto da chi elabora la diagnosi ed impartisce (ma anche qui oggi sarebbe meglio dire: propone) la cura⁴⁹.

La medicina è dunque, in primo luogo, informazione *dal* paziente, sia essa intesa in senso soggettivo che oggettivo. Ogni diagnosi presuppone ed implica un flusso di dati che il medico deve saper raccogliere, organizzare ed interpretare.

Ma la medicina è anche (e soprattutto) informazione *sul* paziente: diventa tale quando il medico cerca la diagnosi e la terapia confrontandosi con le mille sfaccettature del sapere medico, quando egli - posto di fronte all'ineluttabile incapacità di gestire da solo le dimensioni sovrumane di questa conoscenza - condivide con i colleghi i dati raccolti per ricevere responsi specialistici atti ad integrare il quadro diagnostico ch'egli va componendo avendo sott'occhio la soggettività del malato.

L'informazione così condivisa (la storia clinica, la sintomatologia, il trattamento terapeutico del paziente ed i suoi esiti) può essere archiviata e resa accessibile ad altri medici, divenendo così *esperienza* per la comunità scientifica

⁴⁹ GADAMER, *Dove si nasconde la salute*, Milano, 1994, 135 ss., spec. 139.

e, in generale, per quanti potranno in futuro rievocarla, sì da riscontrare analogie e differenze con nuovi casi clinici. Divenuta *caso*, l'informazione sul paziente si oggettivizza, viene aggregata e validata secondo canoni epidemiologici e scientifici, per diventare nuova conoscenza da impiegare a fini diagnostici e terapeutici.

È così che la medicina moderna (propiziata - l'annotazione storica è carica di significati ai nostri fini - nel XIX secolo da un nuovo statuto epistemologico fondato su due innovazioni che rivoluzionarono il trasferimento della conoscenza: l'organizzazione dei primi grandi congressi medici internazionali a Londra, Berlino e Parigi e l'introduzione delle tecniche di stampa industriali, con la circolazione seriale dei primi grandi trattati didattici) si evolve e si rinnova: attraverso un processo di circolazione dell'informazione medica, che, in un flusso bidirezionale, parte dal paziente per tornare al paziente.

Se dunque l'erogazione della cura presuppone una fase di raccolta delle informazioni dal paziente, seguita da una fase di elaborazione inferenziale che ne consente l'interpretazione alla luce dei criteri validati e sistematizzati dalla scienza medica, si può subito dopo osservare che gran parte delle attività necessarie a mantenere e ristabilire la salute si esplicano attraverso l'erogazione di informazioni *al* paziente. Il flusso informativo è in questo caso rovesciato.

Si pensi alla medicina preventiva, sul cui ruolo prioritario oggi ogni moderno sistema sanitario si dichiara disposto a scommettere, nell'antica consapevolezza - drammaticamente attualizzata dalle preoccupazioni economiche e distributive che animano la medicina contemporanea - che prevenire (non solo è meglio, ma) costa molto meno che curare. Prevenire, ripetono le più accorsate direttive internazionali e nazionali di *health policy*, significa raccogliere e studiare informazioni per delineare tempestivamente lo sviluppo epidemiologico delle malattie, e allo stesso tempo diffondere informazioni inerenti la cura e la conservazione della salute, eleggendo ogni assistito a medico di se stesso⁵⁰. Prevenire significa dunque, in ultima battuta,

⁵⁰ KAHN, Diabetic Risk Taking: The Role of Information, Education and Medication, in 18 Journal of Risk and Uncertainty 147 (1999).

garantire la migliore accessibilità, fruibilità, tempestività, completezza ed accuratezza di queste informazioni. Informazioni *al* paziente *per* il paziente.

Ma anche quando la prevenzione è ormai fuori gioco e l'individuo cerca e riceve la cura, l'informazione non cessa d'essere parte integrante della terapia: è questo il profondo significato etico-sociale sotteso al consenso informato ed al suo riconoscimento quale principio giuridico coesistente al trattamento del malato ed al rispetto della sua soggettività di fronte alla cura.

L'informazione sull'attività medica - il giurista si preoccuperà di aggiungere - ha poi un ruolo chiave nel garantire l'attuazione dei diritti del paziente. Un ruolo che si evidenzia, in primo luogo, quando la valutazione sulla prestazione sanitaria da quest'ultimo ricevuta transita in un'aula di giustizia. È questo il momento in cui l'informazione medica assume (o almeno: dovrebbe assumere) forme documentali idonee a soddisfare le esigenze di certezza ed autenticità richieste dal diritto. Nell'assolvere una funzione estranea a quella per la quale era stata raccolta e prodotta, l'informazione medica viene in rilievo quale dato incorporato in un documento ed assoggettato a regole precise, che deve rispondere a requisiti formali atti ad attestare l'integrità e la completezza delle informazioni in esso contenute, anche quando ciò confligga con le esigenze di speditezza connesse al compito terapeutico che la stessa informazione, *in primis*, serve ad assolvere.

In questa sorta di eterogenesi dei fini, ove l'informazione raccolta e prodotta per curare è, ad un tempo, dato per giudicare, affiorano i termini di un conflitto epistemologico latente fra gli operatori della medicina e del diritto. Un conflitto che, ad un livello meno sofisticato, ma certo più tangibile, si disvela nel disagio avvertito dagli operatori sanitari quando lamentano la burocratizzazione o la cartolarizzazione della loro prassi quotidiana. In un mondo (temporaneamente) astretto al valore documentale dell'informazione cartacea, il delicato compito di coniugare le esigenze legate all'utilizzo professionale dell'informazione medica con la necessità di documentarne i contenuti secondo requisiti di forma (estranei alla mentalità professionale del medico, ma) funzionali alla valutazione che di quella stessa informazione potrà compiere il giurista, ha impegnato in misura crescente gli operatori sanitari, distogliendo

preziose risorse professionali dal compito primario di curare, con notevoli costi indiretti per il sistema sanitario.

In questa prospettiva, l'informazione in medicina può essere intesa come un elemento che, nel diventare (tradizionalmente) dato documentale attraverso la mediazione di un filtro umano, subisce, a ridosso della sintesi operata in quel passaggio, una definitiva metamorfosi che condiziona sul nascere ed in modo sovente decisivo ogni futura valutazione giuridica che potrà essere svolta sul modo in cui la gestione di quelle stesse informazioni ha interagito con la salute del paziente⁵¹. L'osservazione ha più di un significato per chi rifletta sul diverso scenario evocato dalla possibilità che non solo l'atto curativo (nella forma di un'indicazione clinica o diagnostica trasmessa a distanza), ma anche il complesso di informazioni mediche dal quale quest'ultimo prende le mosse, nasca (e dunque sia originariamente documentato) da una sequenza di bit.

Ma la trasformazione dell'informazione medica in dato sanitario affida agli operatori della sanità un secondo compito, anch'esso funzionale alla garanzia dei diritti del paziente e per molti versi ancor più delicato di quello appena considerato. Il rispetto della *privacy*, oggi consacrato con non poche difficoltà operative dalla legge 675/96, ha mutato profondamente la tradizionale impostazione - imperniata sul valore etico (ancor prima che giuridico) del segreto professionale - attraverso cui la classe medica era solita dare rilievo all'esigenza di tutelare la riservatezza dei pazienti.

Il nuovo valore sociale e giuridico fotografato dall'aggettivo che qualifica i dati personali «idonei a rivelare lo stato di salute» (è significativo, sotto il primo profilo, che il sintagma «dato sensibile» sia stato subito recepito dal gergo quotidiano), con il complesso apparato di adempimenti e cautele previste dal sistema normativo che oggi presidia la riservatezza dei dati, minaccia di collidere con le esigenze legate alla funzione scientifica e professionale dell'informazione medica, per poi evocare in tutta la loro portata i rischi ed i problemi generati

⁵¹ BENUCCI et al., *Il controllo di qualità della cartella clinica: un ruolo della Medicina Legale nelle Aziende Sanitarie. I criteri e i risultati di un'indagine sperimentale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, 675. Ed è salutare che nelle ipotesi più eclatanti la giurisprudenza cominci a sanzionare duramente le omissioni documentative dei sanitari responsabili della redazione della cartella clinica, v. Cass. 15 gennaio 1997, n. 364, in questa Rivista, 1997, 178, con nota di V. Carbone, *Il consenso informato all'operazione vale come consenso all'anestesia?*.

dalla conservazione e dalla circolazione di queste informazioni in formato digitale.

L'aggregazione e la standardizzazione delle informazioni sanitarie personali concessa dalla tecnologia digitale conferisce a queste informazioni un valore (non solo scientifico, ma anche) economico del tutto inedito, dando luogo alla necessità di garantire effettività ad un regime giuridico a geometria variabile, che non può permettersi di intralciare lo sfruttamento di queste informazioni a fini scientifici e terapeutici, ma deve reprimerne ogni altro impiego che non rispetti il doppio livello di controllo (basato sul consenso scritto del titolare e sull'autorizzazione del Garante) cui è subordinata la circolazione dei dati sensibili. E - se è vero che l'effettività di una disciplina giuridica è funzione della sua idoneità a prestarsi ad un'implementazione fluida, che non ingessi la prassi quotidiana (determinando la sua sistematica disapplicazione ovvero la sua applicazione ad un livello meramente formale) - v'è motivo di credere che negli anni a venire il successo della tutela giuridica dei dati sensibili dipenderà in larga misura dal modo in cui la stessa tecnologia saprà interpretare (e rendere agevolmente azionabili nella prassi quotidiana) i criteri di controllo giuridico sui dati personali sanitari portati in esponente dalla legge n. 675/96⁵².

Riflettere sui molteplici ruoli che l'informazione assume in medicina agevola il compito di descrivere l'opzione sistematica che anima questa riflessione.

⁵² SARZANA DI S. IPPOLITO, *La protezione dei dati personali nel campo sanitario: problemi giuridici e tecnologici*, in *Dir. inf.*, 2019, 29.

2. La pubblicità istituzionale delle imprese farmaceutiche

Non costituiscono una novità, sui *social network*, le pagine istituzionali delle imprese farmaceutiche: su *Facebook*, ad esempio, le pagine istituzionali (caratterizzate dalla "spunta blu") di Bayer, Teva, Pfizer e Novartis datano 2010 e quelle di Eli Lilly 2013.

La disciplina dettata, a partire dal 2010, con le Linee Guida del Ministero della Salute in merito all'utilizzo dei nuovi mezzi di diffusione della pubblicità sanitaria, a cominciare da *Internet* (relativamente medicinali di automedicazione, dispositivi medici e dispositivi medico-diagnostici, presidi medico chirurgici e medicinali veterinari), prevedeva la possibilità di diffondere, senza necessità di preventiva autorizzazione, (solo) la pubblicità che "promuove l'immagine o il logo di un'impresa, senza alcuna estensione, neppure indiretta, ai prodotti - a qualunque titolo - ad essa ascrivibili".

Tale nozione di pubblicità istituzionale non soggetta a preventiva autorizzazione è stata tuttavia allargata con l'Aggiornamento delle Linee Guida del febbraio 2017, ove si dispone invece che, sui siti *web* istituzionali sia anche possibile inserire la pubblicazione "dell'elenco dei propri medicinali senza obbligo di prescrizione e di automedicazione, le cui denominazioni rimandino (con link attivabile) esclusivamente al Foglio Illustrativo ed, eventualmente, ad un'immagine della confezione" con la precisazione che, nel contesto in cui queste informazioni compaiono, "non deve essere visibile alcun messaggio relativo alle proprietà sanitarie del prodotto". Detta estensione era già stata prevista con le Nuove Linee Guida del marzo 2013 dedicate specificamente ai dispositivi medici, medico-diagnostici in vitro e presidi medico chirurgici, che consentivano, a loro volta "a condizione che non si vantassero specifiche proprietà" dei prodotti, che nel messaggio pubblicitario potesse "essere riportato, ad esempio, che una ditta commercializza una tipologia di dispositivi medici e l'immagine della loro confezione, sulla quale sia visibile esclusivamente il marchio, il nome commerciale del prodotto e la sua tipologia" senza che

"dall'immagine della confezione non deve essere visibile alcun messaggio di pubblicità"⁵³.

Le pagine *web* istituzionali come sopra definite non necessitano dunque di preventiva autorizzazione, fatto salvo ovviamente il rispetto anche (ed anzitutto) delle norme generali in materia di concorrenza e pubblicità, nonché tutela del consumatore.

Tuttavia, con riferimento alle pagine istituzionali presenti sui *social media*, sembra necessario fare qualche distinguo, alla luce dell'Integrazione delle Linee Guida per la pubblicità dei medicinali di automedicazione su *Facebook* del luglio 2018, dove si accostano, in un'unica disciplina, le pagine *Facebook* "aziendali, di prodotto o di brand", con la previsione di "Tutti i post in esse pubblicati, compresi quelli a contenuto scientifico, dovranno essere depositati e autorizzati dal Ministero della Salute, ad esclusione di quelli relativi ai prodotti la cui pubblicità al pubblico non è sottoposta all'autorizzazione ministeriale". Tale disciplina sembra contraddire, per il più celebre *social media*, la regola che non richiederebbe la preventiva autorizzazione per la pubblicità istituzionale, conclusione questa che sembra confermata dal fatto che sempre l'Integrazione prevede invece la libera pubblicazione (non pre-autorizzata) dei contenuti per le pagine *Facebook* aziendali tematiche, che "trattano tematiche diverse dalla pubblicità istituzionale e/di prodotto/brand"⁵⁴.

Non è chiaro a quale *ratio* si ispiri questa diversità di trattamento dei contenuti istituzionali, a seconda che siano presenti su *Facebook* o su pagine *web* che non siano profili *social*.

La previsione della preventiva autorizzazione dei post a contenuto scientifico sembra, inoltre, conciliarsi con difficoltà con la previsione di cui all'art. 113 del D.Lgs. n. 219/2006 (il c.d. "Codice del Farmaco"), a mente del quale non rientrano nella nozione di pubblicità "le informazioni relative alla salute umana o alle malattie umane, purché non contengano alcun riferimento, neppure indiretto, ad un medicinale".

⁵³ CAROTTI, *La riforma della Pubblica Amministrazione - L'Amministrazione digitale e la trasparenza amministrativa*, in *Foro.it*, 2020, 5, 621.

⁵⁴ NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 129.

3. La pubblicità su alcuni social network dei medicinali o.t.c. e dei medicinali senza obbligo di prescrizione

La grande, recente, novità è invece costituita dallo "sbarco" sui *social network* (o meglio, come diremo, su alcuni *social network*, ovvero *Facebook, YouTube e Instagram*) della pubblicità dei farmaci, novità cui si riferiscono una serie di quattro Linee Guida emanate dal Ministero della Salute nel febbraio, nel luglio 2017 (queste ultime, con specifico riferimento ai dispositivi medici, dei dispositivi medico diagnostici in vitro e dei presidi medico chirurgici di cui all'art. 21 del D.Lgs. n. 46/1997) e, quindi, nel luglio 2018, sotto forma di integrazione delle linee guida precedenti.

Le Linee guida sembrano circoscrivere la facoltà di diffondere pubblicità sui *social network* ai soli farmaci c.d. o.t.c., ovvero da banco o di automedicazione, sulla scorta della disciplina contenuta nel Codice del Farmaco⁵⁵.

Esiste tuttavia un recente orientamento giurisprudenziale (enunciato in particolare Cons. Stato 12 maggio 2017, n. 2217) che, sulla base di una diversa interpretazione del richiamo fatto dal Codice alle disposizioni della L. n. 537/1993, apre alla possibilità di pubblicizzare presso il pubblico anche i farmaci c.d. SOP, ovvero senza obbligo di prescrizione: orientamento che sembra essere stato recepito a livello amministrativo, tanto che le pagine del portale del Ministero della Salute contenenti il *vademecum* per l'autorizzazione alla pubblicità dei farmaci indicano espressamente che tali istruzioni valgono sia per gli OTC sia per i SOP.

Le Linee Guida del Ministero della Salute del 2017/2018 esprimono, in realtà, il principio generale della non utilizzabilità dei *social network* per la

⁵⁵ DUNI, *L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, 2018, Milano, 15.

pubblicità dei farmaci, giustificato in ragione del fatto che tali piattaforme, e la facoltà che queste offrono agli utenti di manifestare le proprie opinioni rispetto a ciò che viene pubblicato dal titolare della pagina, porrebbero a rischio il carattere di "*staticità*" del messaggio pubblicitario, che, una volta autorizzato dal Ministero, non deve più essere alterato da chi fa pubblicità o da terzi.

La possibilità di pubblicare pubblicità di farmaci su alcuni *social network* (e dunque, come si diceva, *Facebook*, *You Tube*, in prima battuta, cui è poi stato aggiunto *Instagram*) viene dunque espressamente presentata dalle Linee Guida come eccezione, giustificata dalle caratteristiche tecniche di tali *social* (rispetto ad altri che ne sono sprovvisti che consentono di disattivare i meccanismi di alterazione del messaggio (nelle Linee Guida del febbraio 2017, tuttavia, l'esclusione delle piattaforme diverse da quelle autorizzate è collegata al fatto che le prime "non consentono di fornire al destinatario in un unico messaggio il contenuto minimo della pubblicità al pubblico dei farmaci" così come delineato dagli artt. 113 ss. D.Lgs. 219/2006).

4. I dettagli delle Linee Guida sulla pubblicità dei farmaci sui social network

Proprio in relazione alla necessità di garantire la staticità del messaggio pubblicitario autorizzato, le Linee Guida impongono che, per tutti i contenuti pubblicati su *Facebook*, vengano disabilitate le funzioni che consentono agli utenti di commentare i post o di esprimere reazioni (con *like*, i *dislike* ecc); lo stesso vale ovviamente per *YouTube*, dove viene disabilitato il "contatore" delle reazioni (che l'utente può esprimere, senza tuttavia visualizzare i numeri dei *like* e dei *dislike* degli altri), mentre, quanto ad *Instagram*, la pubblicità può essere inserita solo nella sezione "storie", dove gli utenti non hanno la possibilità di commentare o esprimere reazioni⁵⁶.

Poiché non è tecnicamente possibile escludere la funzione di condivisione dei contenuti fra gli utenti di *Facebook*, al soggetto che gestisce la pagina è richiesto di introdurre un *disclaimer* secondo cui "Il Ministero della salute autorizza esclusivamente il contenuto del messaggio pubblicitario. Eventuali commenti sono di esclusiva responsabilità dell'utente, l'azienda si dissocia dai commenti degli utenti; quanto a *YouTube*, deve essere disabilitata la funzione "*consenti incorporamento*", cosicché agli utenti è sì consentito di condividere il video, che rimane tuttavia visibile solo sulla *watch page* dello stesso *social*.

Infine, con riferimento ad *Instagram*, probabilmente allo stato attuale la piattaforma più utilizzata, i video presenti nella sezione "Storie" non possono essere tecnicamente condivisi.

Le Linee Guida offrono altresì ulteriori istruzioni di maggior dettaglio, cui gli operatori dovranno attenersi, al fine della legittimità del messaggio pubblicitario.

⁵⁶ NAPOLITANO, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2020, 2, 611.

È interessante notare che, con le Linee luglio 2018, sia stata autorizzata, rispetto a quelle del 2017, una presenza più estesa della pubblicità dei farmaci inserita su *Facebook*.

Essa, infatti, poteva inizialmente essere collocata solo sulla colonna a destra del c.d. "muro", ovvero nell'area in cui compaiono tipicamente i messaggi pubblicitari (dove l'inserzione poteva contenere, fra l'altro, il *link* ad un sito esterno alla piattaforma, con l'indicazione del sito *web* cui si è indirizzati e se lo stesso contiene messaggi autorizzati dal Ministero): mentre ora essa può essere posizionata anche sul muro ed essere presente non solo nella versione *desktop* della pagina, anche in quella *app* mobile⁵⁷.

Infine, mentre la pubblicità dei farmaci è preclusa sulla pagina istituzionale dell'impresa, l'inserzione relativa ad un medicinale può contenere un link che rinvia appunto a tale pagina istituzionale.

5. Il futuro della comunicazione relativa ai farmaci sui social network: la contraffazione, il tema della profilazione, e la partecipazione delle imprese farmaceutiche al dibattito presente su pagine di soggetti terzi

Il futuro della pubblicità dei farmaci (o.t.c. e senza obbligo di prescrizione) sui *social network* è ancora tutto da costruire. Le recenti novità nella disciplina ed il fatto che la stessa è stata soggetta ad aggiornamenti (e "aggiustamenti") in rapida sequenza giustifica la presenza ancora scarsa della stessa sulle piattaforme autorizzate; mentre sono numerose le pagine, ad esempio su *Facebook*, chiaramente non gestite dall'impresa farmaceutica, che tuttavia utilizzano come "nome" il marchio di un farmaco: cosa che dà luogo ad una contraffazione, ove si possa ritenere che sia stato fatto un uso del segno nell'attività economica, da parte dell'utente ma, si potrebbe ritenere, anche da

⁵⁷ CALDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. informatica*, 2019, 2, 227.

parte dello stesso *social*, visto il valore economico di ciascuno dei profili presenti sulla piattaforma, anche in relazione ai dati che attraverso di esso si raccolgono.

Sotto questo profilo, la posizione del *social network* potrebbe ritenersi distinta da quella del mero *hosting provider*, fermo restando che anche quest'ultimo, alla luce della disciplina contenuta nella Direttiva sul Commercio elettronico, recepita nel nostro Paese, dal D.Lgs. 9 aprile 2003, è soggetto ad obblighi di attivazione diretti all'eliminazione dell'illecito, qualora ne sia a conoscenza, e può essere destinatario di provvedimenti di inibitoria.

Ove la pubblicità dei farmaci sui social si diffondesse, si porrebbe il tema dei soggetti destinatari delle inserzioni, che comparirebbero nei post sul "muro" della pagina o nella colonna a destra. È infatti noto che, ad esempio, *Facebook* profila gli utenti in modo che sulle loro pagine compaiano inserzioni pubblicitarie relative a beni o servizi di loro interesse. Nel caso dei farmaci, il problema generale che la profilazione determina, in particolare in relazione alla condivisione con soggetti terzi, ai soggetti che fanno pubblicità, dei dati dell'utente, risulterebbe particolarmente critico, data la "tutela rafforzata" di cui godono le informazioni, come definite dall'art. 4 del GDPR, "attinenti alla salute fisica o mentale di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni relative al suo stato di salute".

6. La partecipazione delle imprese farmaceutiche al dibattito presente su pagine di soggetti terzi

Si è qui parlato solo delle pagine dei *social network* gestite dalle imprese farmaceutiche; ma si pone anche il problema dell'ammissibilità - e se sì, con che limiti - della partecipazione dell'impresa farmaceutica a discussioni che potrebbero sorgere su pagine di terzi. Si immagini, ad esempio, l'ipotesi di una pagina *social* che raccolga la *community* dei pazienti affetti da una certa patologia.

L'impresa farmaceutica potrebbe anzitutto offrire informazioni di carattere generale appunto sulla malattia, essendovi tuttavia l'elemento di ambiguità rappresentato dalle disposizioni delle Linee Guida del 2018, che prevedono la preventiva autorizzazione dei post anche di carattere scientifico, ove compaiano nelle pagine "*aziendali, di prodotto o di brand*", mentre non lo prevedono con riferimento ai contenuti delle pagine tematiche, diverse dalle prime: fattispecie quest'ultima alla quale mi sembra maggiormente assimilabile quella dell'intervento su una pagine di terzi, finalizzato a fornire informazioni sulla patologia (e senza nessun riferimento, anche indiretto, a propri farmaci)⁵⁸.

Vi potrebbero essere profili social nei quali si discute di un certo farmaco, sollevando domande a proposito dello stesso.

L'intervento dell'impresa che ha sviluppato e che commercializza il medicinale mi sembrerebbe auspicabile a questo proposito, trattandosi di soggetto ovviamente altamente qualificato a fornire informazioni (quanto ai possibili sospetti di faziosità, bisognerebbe rispondere che, specie in un'epoca di larga diffusione di *fake news* anche in campo sanitario, è auspicabile una partecipazione il più ampia possibile al dibattito, in modo che gli utenti siano in grado di avere informazioni provenienti da un ampio spettro di fonti).

⁵⁸ SGUEO, *La comunicazione di un Ministro attraverso un social network integra gli estremi di un atto amministrativo?*, in Foro.it, 2019, 4, 523.

Sotto il profilo dell'inquadramento giuridico di questa condotta, e della sua liceità, potrebbe venire in considerazione l'art. 113, comma 2, lett. b, D.Lgs. n. 219/2006, a mente del quale non rientra nella nozione di pubblicità "la corrispondenza necessaria per rispondere a una richiesta precisa e non sollecitata di informazioni su un determinato medicinale", ove si potesse (come io ritengo, alla luce della *ratio* della norma, si possa) interpretare il termine "richiesta" come ricomprensivo anche le domande non direttamente indirizzate all'impresa farmaceutica, ma comunque non sollecitate da quest'ultima⁵⁹.

Infine, si verifica sul web, e quindi a maggior ragione anche sui social, la diffusione di affermazioni pregiudizievoli per la reputazione dell'impresa o di un suo farmaco: in questi casi, l'intervento di quest'ultima su pagine che recano tali contenuti, nei limiti della rettifica di informazioni obiettivamente falsi, dovrebbe essere senz'altro consentito, sotto il profilo dell'istituto della legittima difesa.

L'esercizio in forma societaria dell'attività intellettuale è frutto della pressante e sempre più avvertita esigenza dei professionisti di creare strutture organizzative efficienti e competitive per ottimizzare l'impiego delle risorse umane e materiali e far fronte alle complesse istanze che provengono dalla realtà economico-giuridica⁶⁰. Bisogna che è rimasto per lungo tempo insoddisfatto a causa del perentorio divieto di costituire società e altri enti collettivi previsto dall'art. 2 della l. n. 1815 del 1939, il quale è stato in parte abrogato dalla cd. riforma Bersani del 2006 ed oggi eliminato totalmente dalla recentissima normativa contenuta nella legge di stabilità 2012, che ha attribuito ai professionisti la possibilità di costituire società di persone, cooperative e di capitali purché evidenzino la loro peculiare natura, apponendo nella ragione sociale l'espressione società tra professionisti, e attribuiscano l'esecuzione dell'incarico a professionisti iscritti in Albi, Ordini o Collegi.

In realtà, l'esigenza di svolgere in forma societaria l'attività intellettuale è stata così sentita dal mondo professionale che il predetto divieto, prima ancora

⁵⁹ SGUEO, *La comunicazione di un Ministro attraverso un social network integra gli estremi di un atto amministrativo?*, cit., 525.

⁶⁰ SPADA, *Tipicità delle società e società e associazioni "atipiche" fra professionisti*, in *Giur. comm.*, 1977, I, p. 117. STOLFI, *Struttura e natura giuridica della società di professionisti*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, I, p. 99.

di essere eliminato, è stato per lungo tempo letto in maniera restrittiva, ammettendosi l'esercizio delle attività professionali da parte sia delle società di servizi - quali, ad esempio, le società di ingegneria - sia delle società di mezzi. In particolare, la giurisprudenza aveva rilevato come l'ammissibilità di tali strutture societarie derivasse dalla netta distinzione tra l'attività professionale - prestata a titolo personale e individuale dal professionista abilitato - ed i servizi di supporto forniti dalla società, alla quale partecipa il professionista che detti servizi utilizza⁶¹. Cosicché - si è affermato - l'oggetto sociale, in questi casi, è costituito non già dallo svolgimento delle prestazioni intellettuali, che continuano ad essere caratterizzate da un rapporto personale e diretto tra professionista e cliente, ma dalla gestione e organizzazione dei beni strumentali all'esercizio dell'attività, di guisa che non vi è alcuna ragione ostativa ad ammettere la validità della struttura societaria della quale il professionista è membro. Tant'è vero che, ancora oggi, soprattutto in ambito sanitario, accade che i centri medici o i poliambulatori privati sono spesso organizzati e gestiti da società costituite tra privati imprenditori in cui operano medici liberi professionisti che si avvalgono della struttura societaria per svolgere in modo più efficiente la loro attività professionale.

La S.C., proprio facendo leva sulla complessità dell'organizzazione, ha così riconosciuto la legittimità dell'attività svolta in forma d'impresa (societaria o individuale) da parte dei laboratori di analisi, delle case di cura e delle farmacie. In particolare, ha precisato come in queste ipotesi i servizi siano rappresentati da prodotti diversi e più complessi rispetto alla prestazione del professionista, in quanto richiedono "una prevalente azione di coordinamento e di controllo dei fattori produttivi che, unitamente all'attività medico-intellettuale, dà luogo alla produzione del servizio finale"⁶².

⁶¹ Cass., 13 maggio 1992, n. 5656, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 711, ha chiarito che l'art. 2 della [l. 23 novembre 1939 n. 1815](#), non si applica ai casi in cui la società abbia ad oggetto "soltanto la realizzazione e la gestione di mezzi strumentali per l'esercizio di una attività professionale, ancorché protetta, che resti nettamente separata e distinta dalla organizzazione dei beni di cui si serve, anche sul piano contabile".

⁶² Così Cass., 22 luglio 2004, n. 13677, in *Giust. civ.*, 2005, 6, I, p. 1573, che, in applicazione dei principi esposti nel testo, ha ravvisato l'esistenza di un'attività imprenditoriale da parte del laboratorio di analisi cliniche che si connota solitamente come struttura organizzativa di dimensioni più o meno rilevanti, in cui il professionista titolare si avvale stabilmente di una pluralità di collaboratori e di dotazioni tecniche, di guisa che l'attività professionale rappresenta

Analogo, del resto, è il caso delle società di ingegneria, visto che, anche in tali fattispecie, le prestazioni intellettuali rappresentano soltanto una delle componenti dell'attività societaria e del risultato che viene promesso al committente. Più precisamente, tali enti riuniscono in un'unica struttura tutti i professionisti necessari per la realizzazione di opere e impianti civili, industriali e commerciali e si caratterizzano - in entrambe le forme del "*commercial*" o del "*consulting engineering*" - per il fatto che l'apporto del prestatore d'opera intellettuale si traduce in una prestazione preparatoria e accessoria rispetto alla più vasta e articolata attività di tipo imprenditoriale svolta dalla società. Rappresenta, cioè, soltanto uno dei fattori che contribuiscono a realizzare il risultato finale, che fuoriesce dalle attività tipiche del singolo professionista in quanto spesso comprende, oltre alla progettazione, anche la costruzione e la manutenzione dell'opera.

In realtà, la giurisprudenza, ancor prima del legislatore - si è visto⁶³ - ha evidenziato come in tali strutture societarie il momento intellettuale, costituito dalla prestazione d'opera professionale, "si inserisca con carattere strumentale in un processo di commercializzazione della produzione di servizi", di guisa che l'attività intellettuale, se valutata alla stregua dell'opera finale, finisce per perdere la sua caratteristica e "rimane assorbita in una dimensione organizzativa assolutamente preponderante, al cui interno costituisce un mero strumento per la realizzazione dello scopo e dell'oggetto tipici di un'impresa commerciale".

una componente non predominante, per quanto indispensabile, del processo operativo. In questo senso, v. Cons. Stato, 11 maggio 1998, n. 72/98, in *Foro amm.*, 1998, c. 10; Cons. Stato, 3 aprile 1990, n. 314, *ivi*, 1990, p. 917; Tar Lazio, 10 luglio 1996, n. 1394, in *Trib. amm. reg.*, 1996, I, p. 2975; App. Napoli, 13 dicembre 1994, in *Dir. giust.*, 1995, p. 484, la quale aveva rilevato come non si traduca nella violazione di una norma imperativa (art. 2, l. n. 1815 del 1939) la costituzione di una società per lo svolgimento di diagnostica medica di laboratorio, là dove la prestazione venga eseguita da un professionista abilitato, in quanto scopo della società "non è mai l'esercizio comune della prestazione, ma solo l'organizzazione di strumenti e apparecchiature diagnostiche".

⁶³ Cass., 29 novembre 2007, n. 24922; Cass., 2 ottobre 1999, n. 10937, entrambe in *De iure*. V. altresì le leggi n. 109 del 1994, n. 266 del 1997 e il d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che, ai fini dell'individuazione delle forme nelle quali possono costituirsi le società di ingegneria, rinviano ai capi V, VI e VII del titolo V e al capo I del titolo VI del c.c. e precisano che oggetto delle stesse è lo svolgimento di un'attività professionale consistente nell'esecuzione di studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica e di impatto ambientale, e dunque in un complesso di attività i cui contenuti trascendono, sebbene possano in parte ricomprenderli, quelle delle libere professioni.

E tuttavia è solo in seguito all'entrata in vigore della cd. riforma Bersani del 2006 e della normativa sui servizi che si è formalmente riconosciuto ai professionisti la possibilità di costituire società di persone per svolgere in comune attività intellettuali, anche diverse tra loro, con comunione di spese e utili. Il legislatore, infatti, attraverso la multidisciplinarietà, ha inteso attribuire ai professionisti la possibilità di ottimizzare le loro competenze in modo da favorire la fornitura di un'ampia gamma di servizi alle imprese (soprattutto piccole e medie) che hanno spesso bisogno di avere come punto di riferimento un unico soggetto. Anche se la scelta di circoscrivere esclusivamente alle società di persone o all'associazione tra privati la struttura adottabile per l'esercizio in comune dell'attività professionale non aveva mancato di suscitare dubbi e perplessità⁶⁴.

Più precisamente, la cd. riforma Bersani aveva previsto che tutti i soci dovessero possedere l'abilitazione richiesta dall'art. 33 Cost., non potessero partecipare ad altre società di professionisti e che queste ultime dovessero avere come oggetto esclusivo l'esercizio in comune della professione, svolgere l'attività *nomine proprio*, ed essere sottoposte al medesimo regime di responsabilità applicabile al professionista individuale. Di qui il sensibile allargamento dell'area della responsabilità verso il cliente, dal momento che alla responsabilità illimitata del socio a cui è stato affidato il mandato si affiancava quella della società.

Tale normativa, in linea con le previsioni normative che avevano legittimato la costituzione delle società tra Avvocati, aveva peraltro circoscritto alle sole società di persone la forma adottabile per l'esercizio in comune dell'attività professionale, al fine di salvaguardare i principi di personalità e professionalità della prestazione, il carattere fiduciario del rapporto che lega il cliente al socio, e la natura individuale della responsabilità del professionista⁶⁵. Non solo, ma proprio in virtù delle peculiarità che si ritenevano contraddistinguere il rapporto tra società e cliente, da un lato, si era esclusa la validità dei patti tesi a favorire la libera trasmissibilità delle quote a terzi;

⁶⁴ DISABATO, op. cit., p. 15.

⁶⁵ PONZANELLI, *Responsabilità civile dell'avvocato: un sistema in evoluzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 421.

dall'altro, si era vietato l'ingresso nella società di soggetti privi dei titoli abilitativi, ritenendo che la loro eventuale partecipazione più che essere volta al concreto svolgimento dell'attività intellettuale, avesse una finalità essenzialmente lucrativa e potesse pregiudicare l'indipendenza del professionista.

Esigenze, queste, che sono state oggi superate dalla recentissima normativa di cui alla legge 2011/183, che consente sia la trasformazione delle società esistenti che hanno un oggetto diverso da quello professionale in società tra professionisti, sia la costituzione di nuove società di persone, cooperative e di capitali anche con soggetti non iscritti ad Albi, Collegi o Ordini, purché evidenzino la loro peculiare natura, apponendo nella ragione sociale l'espressione società tra professionisti.

In realtà, da un lato, si è ribadita l'autonomia di giudizio del professionista e la libertà di scegliere i settori ed il *modus operandi* della sua attività, nonché la necessità che l'incarico sia conferito personalmente e per iscritto dal cliente e venga svolto da un professionista iscritto all'Albo - di guisa che quest'ultimo, insieme alla società, possano essere sottoposti all'osservanza delle norme deontologiche ed ai poteri disciplinari dell'Ordine - ; dall'altro si è ammessa la presenza di soci anche non professionisti, per lo svolgimento di prestazioni tecniche o per finalità di investimento, senza alcuna predeterminazione di capitale. Il che può portare alla nascita di società composte in gran parte da non professionisti che potranno accedere liberamente anche agli organismi di gestione.

In tal modo, fermo restando il divieto per il professionista di partecipare a più di una società, da un lato, si è rimessa alla scelta del tipo sociale l'applicazione delle regole in tema responsabilità dei soci, di dotazione patrimoniale minima e di strutturazione organica; dall'altro si è contribuito a creare una più equilibrata competizione tra le società di professionisti interne e le società straniere. Questo perché, in passato, era frequente che si trovassero ad operare in un medesimo mercato, offrendo le stesse prestazioni, soggetti vincolati al rispetto delle restrizioni sopra descritte e società che godevano invece di un'ampia autonomia negoziale e organizzativa. Il che produceva

evidenti effetti distorsivi della concorrenza e richiedeva con urgenza l'adozione di soluzioni che consentissero ai professionisti di esercitare collettivamente l'attività in modo più efficace e competitivo.

Ancora più ampia, inoltre, è la soluzione prospettabile nelle ipotesi in cui si sia in presenza di attività che possono essere svolte anche da soggetti privi di una specifica abilitazione o non iscritti ad alcun Albo o Ordine. In tal caso, non essendo prevista una riserva in via esclusiva per una o più categorie professionali, le prestazioni sono sottratte ai principi dell'esecuzione personale e della retribuzione adeguata al decoro della professione. Cosicché lo stesso rapporto tra società e cliente può essere regolato dal contratto d'appalto, ovvero da altri schemi negoziali, diversi dal contratto d'opera intellettuale, che implicano una spersonalizzazione della prestazione e una determinazione della retribuzione secondo criteri "mercantilistici"⁶⁶. Il prestatore d'opera intellettuale, infatti, allorquando conferisce i propri servizi in società o li deduce in un contratto d'appalto, agisce non come professionista, soggetto alle regole di cui agli artt. 2229 ss., c.c., ma quale imprenditore, con conseguente sensibile mutamento del contenuto dell'attività svolta, la quale non si identifica più esclusivamente nell'opera intellettuale, ma si individua, per contro, in ragione degli specifici interessi che caratterizzano la situazione concreta e si pongono alla base delle singole previsioni contrattuali.

Tale ordine di idee sta altresì alla base della validità degli schemi societari in cui la compagine sociale è costituita sia da professionisti che da capitalisti ed abbia ad oggetto l'esercizio di attività intellettuali non riservate, che vengono svolte da propri dipendenti non iscritti all'Albo. Pure in queste ipotesi - come si è di recente precisato - si è in presenza di una società non tra professionisti, ma tra capitalisti che organizza servizi intellettuali, ossia che produce e offre ai terzi le prestazioni intellettuali non protette dei propri

⁶⁶ Tar Campobasso, 11 novembre 2005, n. 966, in *Foro amm. Tar*, 2005, 11, p. 3671, ha ribadito come il divieto di cui all'art. 2, l. 23 novembre 1939, n. 1815, relativo all'esercizio in forma societaria delle professioni intellettuali, si riferisca alle sole professioni protette. In questo senso, v. pure Tar Valle D'Aosta, 2 ottobre 1993, n. 115, *ivi*, 1993, I, 4464; Cass., 22 dicembre 1993, n. 12678, che hanno rilevato come, in questi casi, essendo le prestazioni eseguite dalla società ed essendo quest'ultima legittimata a percepire il corrispettivo per l'opera prestata - salvo poi suddividerlo tra i soci, sotto forma di partecipazione agli utili - sarebbe difficile quantificare il compenso sulla base dei criteri di cui all'art. 2233 c.c.

dipendenti o ausiliari autonomi, i quali, anziché prestare la loro opera in maniera libera e indipendente, preferiscono svolgerla per conto e alle dipendenze della società. Si ha quindi non una società tra professionisti che esercitano in comune la loro attività intellettuale, ma una società tra più soggetti che utilizzano il lavoro intellettuale altrui per produrre e offrire servizi professionali a terzi.

Sull'abbrivio delle considerazioni esposte può ritenersi che la disciplina attualmente prevista in ordine all'esercizio in forma collettiva delle attività intellettuali si presenti articolata e complessa e risulti ancora oggi caratterizzata dall'essere una determinata prestazione riservata in via esclusiva ad una o più categorie professionali, ovvero eseguibile anche da soggetti non iscritti ad alcun Albo o elenco.

Del resto, ponendosi in una prospettiva di carattere generale, è dato ritenere che i diritti di stabilimento e di libera prestazione di servizi, pur favorendo un processo di riadattamento delle professioni intellettuali, tramite l'introduzione di dinamiche di competizione tra i diversi soggetti che operano in questo settore, non siano giunti a neutralizzare la specificità delle singole attività professionali. Al contrario, siffatte specificità sono state - e continuano ad essere - spesso richiamate proprio in funzione della legittimazione dei limiti che le normative interne prevedono ai principi della libera concorrenza. Basta pensare, ad esempio, come l'attuale disciplina dei servizi e dell'esercizio in forma societaria dell'attività professionale riservata, nonché le recenti aperture della Corte di Giustizia in tema di tecniche pubblicitarie, non prescindano affatto dal rispetto dei principi tipici delle attività intellettuali (dignità, integrità, credibilità, decoro), i quali ancora oggi si pongono come confini inderogabili entro i quali è possibile esercitare, anche in forma societaria, e pubblicizzare lecitamente, con modalità né equivoche o ingannevoli, né denigratorie, le prestazioni professionali.

Le indicazioni ed i risultati cui si è pervenuti in ambito comunitario non implicano, quindi, un'astratta, generale e meccanica estensione alle professioni intellettuali del diritto della concorrenza. Quest'ultimo se certamente non può essere ignorato dai legislatori nazionali, allo stesso modo deve tener conto delle caratteristiche e delle peculiarità delle attività intellettuali e della specifica

situazione in cui le stesse vengono esercitate. Il processo di integrazione europea e la progressiva apertura dei mercati alle logiche concorrenziali, sebbene forniscano basi solide per una lettura della disciplina giuridica dettata per le professioni intellettuali non più strettamente ancorata alla sua dimensione tradizionale, non trascurano affatto, però, la necessità di un bilanciamento tra tali regole e gli interessi fondamentali sottesi all'esercizio delle prestazioni intellettuali.

In realtà, sia la giurisprudenza nazionale, sia le decisioni della Corte di Giustizia e le normative comunitarie, in presenza di attività destinate ad incidere su interessi pubblici o su valori e principi costituzionalmente protetti, hanno da sempre riconosciuto la fondatezza delle deroghe e degli strumenti restrittivi della concorrenza. Ciò anche in attuazione del Trattato di Lisbona, dove la libertà di concorrenza non è un valore in sé, da proteggere in ogni caso, ma rappresenta piuttosto uno strumento per accrescere la produzione di beni e servizi in modo da soddisfare il maggior numero di bisogni. Cosicché essa può subire una serie di limitazioni in virtù di altri valori, quali quelli sopra citati, che tengano conto della salvaguardia dei livelli morali etici e di qualità delle prestazioni professionali nei quali le persone confidano.

Conseguentemente, sia nel campo delle professioni non regolamentate - che è quello maggiormente sensibile a recepire le normative *antitrust* - sia in materia di attività protette, il principio del libero mercato, seppur con graduazioni diverse, non può non essere bilanciato con i compiti di interesse pubblico che gli ordinamenti nazionali affidano ai singoli professionisti. Il che significa che spetta al legislatore interno, visto l'ampio spazio di manovra che le direttive comunitarie generalmente gli offrono nell'ingerirsi nelle dinamiche concorrenziali dei processi produttivi per la realizzazione di obiettivi di carattere generale, coniugare tradizione e modernità, armonizzando le specifiche esigenze sottese alle singole professioni con la definizione di un quadro sistematico di regole che, in linea con le indicazioni provenienti dal diritto comunitario, rappresenti il punto di riferimento comune per le attività intellettuali.

Conclusioni

Il **contratto per social media marketing, dunque**, non è disciplinato dal codice civile, ma si può inserire nella fattispecie del [contratto di realizzazione d'opera](#), nelle due versioni del contratto d'appalto, se il servizio è svolto da un'agenzia, e nel contratto d'opera se invece il cliente si affida ad un freelance.

Il presente lavoro tratta dell'applicazione delle regole di concorrenza e di concorrenza sleale nel web e nei social networks. La Rivoluzione digitale ha generato elementi di destabilizzazione, in ragione del tempo, dello spazio e del numero. Si è celebrata in tempi straordinariamente brevi, ha superato il principio di territorialità e ha coinvolto milioni di soggetti. Queste caratteristiche hanno creato difficoltà nell'applicazione degli strumenti tradizionali del diritto commerciale ed industriale al web e ai social networks. La tesi, nel segnalare nuove problematiche, affronta il tema delle *fake news* nei social networks. Una *fake news* contro un concorrente o un prodotto può costituire un atto di concorrenza sleale. Una *fake news* nel sistema della comunicazione pubblicitaria può costituire un atto di pubblicità decettiva e aggressiva o una forma di pubblicità occulta. Il saggio cerca di definire i confini della fattispecie, indagando sui rapporti tra vero e falso.

I *social network* consistono in reti sociali su Internet sviluppatasi come *mass media* gratuiti e interattivi, dove gli utenti possono presentarsi ad un pubblico vasto, creando comunità virtuali nelle quali è possibile condividere contenuti di vario genere. La loro crescente diffusione comporta problematiche di tutela del diritto d'autore e di protezione di dati sensibili (*privacy*). Fornendo a terzi le preferenze di utenti (spesso ignari), i *social network* divengono uno strumento avanzato di *marketing* personalizzato e *digital branding*. La digitalizzazione delle relazioni ne aumenta fruibilità e valore. L'attribuzione di un valore economico per i *social network* risulta peraltro complessa, dal momento che la maggior parte del valore risiede negli utenti, nel numero e nella qualità di connessioni tra gli stessi e nell'effetto *network* (rete) che ne scaturisce.

Le mini e micro aziende, di cui il territorio italiano è costellato, sono ancora spesso scettiche o poco informate sulle reali potenzialità del marketing nel web, che sono enormi, ma richiedono pazienza, costanza, applicazione ed investimenti, ancorché più ridotti rispetto al marketing "tradizionale". Il fulcro di queste strategie è costituito dai giovani, che spesso non hanno idea di quanta potenza di calcolo hanno per le mani con gli strumenti mobili di cui sono forniti, ma soprattutto non sono ancora consci di quali strumenti di marketing appetibili ed appetiti risultino per le big companies con i loro comportamenti, complici i genitori che spesso non si occupano e preoccupano del pericolo. È quindi importante, sia per le imprese ed i loro consulenti, sia per gli utenti del web comprendere come usare gli strumenti, soprattutto *mobili*, che si trovano tra le mani e quanto le strategie di marketing siano basate su di essi.

BIBLIOGRAFIA

- ALAVI - AZMI, *The copyright reward system and content owners in the creative industry: A study of the Malaysian film and TV industry*, in *The Journal of the world intellectual property*, 2019.
- ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*³, Milano, 1960.
- AUTERI, *Internet ed il contenuto del diritto d'autore*, in *AIDA*, 2016.
- BENUCCI et al., *Il controllo di qualità della cartella clinica: un ruolo della Medicina Legale nelle Aziende Sanitarie. I criteri e i risultati di un indagine sperimentale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1997.
- CALDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. informatica*, 2019.
- CAMPOBASSO, *Diritto commerciale - Diritto delle società*⁴, 2, Torino, 2018.
- CAROTTI, *La riforma della Pubblica Amministrazione - L'Amministrazione digitale e la trasparenza amministrativa*, in *Foro.it*, 2020.
- CASANOVA, *Società e impresa*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1949.
- CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958.
- COTTA RAMUSINO - RINALDI, *La valutazione d'azienda*, Milano, 2003.
- DUNI, *L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, 2018, Milano.
- FABIANI, *I contratti di utilizzazione delle opere dell'ingegno*, Milano, 2018.

- FRANCESCHELLI, *Premesse generali per uno studio del commercio elettronico*, in Aa.Vv., *Commercio elettronico*, Milano, 2001.
- GALLI-BOGNI, *I requisiti per la tutela IP dei Big Data*, in Aa.Vv., *Informazione e Big data tra innovazione e concorrenza*, a cura di Falce - Ghidini - Olivieri, Milano, 2017.
- GALLI-MAININI-ZANI, *Competere col Brand sul mercato globale*, Bologna, 2017.
- GILBERT, *The Valuation of Copyright-Related Intangible Assets*, in "Intellectual Property Valuation Insights", Autumn 2009.
- GREEN CARMICHAEL, in *Everything You Need to Know About Giving Negative Feedback*, studio dell'*Harward Business Review* disponibile su: <https://hbr.org/2014/06/everything-you-need-to-know-about-negative-feedback/>.
- KAHN, *Diabetic Risk Taking: The Role of Information, Education and Medication*, in 18 *Journal of Risk and Uncertainty* 147 (1999).
- LEHMANN, *Rafforzamento della tutela del marchio attraverso le norme sulla concorrenza sleale*, *ivi*, 1988.
- MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi" (studio critico)*, in *Riv. dir. comm.* 1954.
- MORO VISCONTI, *I beni immateriali: valutazione e merito creditizio*, Roma, 2018.
- MORO VISCONTI, *I beni immateriali: valutazione e merito creditizio*, Roma, 2018.
- NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2019.
- NAPOLITANO, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2020.
- PELLATI, *Valutazione d'azienda*, Milano, 2016.

- PERULLI, *Il lavoro autonomo*, nel *Trat. di dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1996.
- PONZANELLI, *Responsabilità civile dell'avvocato: un sistema in evoluzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008.
- RUOTOLO - ANDREOLETTI, *I destini incrociati di antitrust e e-commerce: dalle iniziative della commissione europea alla recente sentenza della corte di giustizia*, in *Dir. comm. internaz.*, 1° giugno 2018.
- SANTINI, *Associazione o società fra artisti*, in *Riv. trim.*, 1948.
- SANTORO PASSARELLI, *Professioni intellettuali*, in *Noviss. Dig. Italiano*, Torino, 1967.
- SARZANA DI S. IPPOLITO, *La protezione dei dati personali nel campo sanitario: problemi giuridici e tecnologici*, in *Dir. inf.*, 2019.
- SCHRICKER, *La tutela della Ausstattung e del marchio celebre nella Germania Federale*, in *Riv. dir. ind.*, 1980.
- SGUEO, *La comunicazione di un Ministro attraverso un social network integra gli estremi di un atto amministrativo?*, in *Foro.it*, 2019.
- SMITH, YOSSIFOV, *Monetization of Copyright assets by creative enterprises*, World Intellectual Property Organization, 2013, in https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/955/wipo_pub_955.pdf.
- SPADA, *Tipicità delle società e società e associazioni "atipiche" fra professionisti*, in *Giur. comm.*, 1977.
- STOLFI, *Struttura e natura giuridica della società di professionisti*, in *Riv. dir. comm.*, 1975.
- UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2016.
- WOLFE, *Digital Marketing Defined: The definition of Digital Publishing extends far beyond the mighty PDF.*, 2019, Available

at <https://www.thebalancecareers.com/digital-marketing-defined-3515308>.

– ZANDA - LACCHINI - ONESTI, *La valutazione delle aziende*, Torino, 2013.

Rassegna giurisprudenziale

- Cass., 29 novembre 2007, n. 24922.
- Cass., SS.UU., 4 febbraio 2005, n. 2207.
- Cass., 22 luglio 2004, n. 13677.
- Cass., 2 ottobre 1999, n. 10937.
- Cass., 13 maggio 1992, n. 5656.
- Cass. 21 ottobre 1988, n. 5716.
- Cass. 12 marzo 1987 n. 2555.
- Cass. 28 aprile 1961 n. 961.
- Cass. 13 ottobre 1957 n. 3589.
- Cass. 30 luglio 1955, n. 2468.
- App. Torino 15 febbraio 1952.
- Trib. Milano 9 marzo 1987.
- Trib. Genova 23 maggio 1984.
- Cons. Stato, 11 maggio 1998, n. 72/98.
- Cons. Stato, 3 aprile 1990, n. 314.
- Tar Lazio, 10 luglio 1996, n. 1394,.

