

Dipartimento
di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Privato Comparato

**GREEN CLAIM E GREENWASHING NEL
DIRITTO STATUNITENSE E ITALIANO.
UN'ANALISI COMPARATISTICA.**

**Chiar.ma Prof.ssa
BARBARA
DE DONNO**

RELATORE

**Prof.
DOMENICO
BENINCASA**

CORRELATORE

GIUSEPPE LA GATTA
Matr. 150523

CANDIDATO

Anno Accademico 2021/2022

*A mio padre, a mio
nonno Tommaso, a mia
madre, ai miei fratelli,
a Sara.*

INDICE

Capitolo I: Il fenomeno del Greenwashing

1. Background sul greenwashing	5
2. Definizione di greenwashing	11
I. Volontaria divulgazione di informazioni societarie	14
II. Perché le società adottano il greenwashing?	19

Capitolo II: Profili di responsabilità per greenwashing negli USA

1. Federal Trade Commission	25
I. Cenni storici	26
II. I poteri della Federal Trade Commission nei casi di “deceptive claim”	29
III. Le Green Guides della FTC	36
IV. Casi giurisprudenziali della FTC	42
2. Lanham Act	53
3. Casi B-to-C e “reasonable consumer” test	65

Capitolo III: Profili di responsabilità per greenwashing in Italia

1. L’autodisciplina pubblicitaria in materia di tutela ambientale	82
I. Gli organi di controllo autodisciplinare	84
2. Giurisprudenza del Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria	88
3. Differenze con Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato	96
4. Ordinanza del Tribunale di Gorizia n. 71/2021 e le conseguenze	98

Conclusioni	105
--------------------------	-----

CAPITOLO I

IL FENOMENO DEL GREENWASHING

SOMMARIO: 1. Background sul greewashing – 2. Definizione di greenwashing – 2.1 Volontaria dilvugazione di informazioni societarie – 2.2 Perché le società adottano il greenwashing?

1. BACKGROUND SUL GREENWASHING

La massiccia industrializzazione del XIX secolo coincise con lo sviluppo di una crescente ideologia nella società occidentale legata alla tutela e al miglioramento dell'ambiente.

L'ambientalismo s'è sviluppato dapprima come risposta sociale ai primi segni di inquinamento manifestati nei primi decenni successivi al periodo della grande rivoluzione industriale. Dopo di che, tale movimento si è sviluppato in particolar modo durante la prima metà del 1900 abbracciando temi e ambiti sempre più diversi tra loro.

La cultura hippy degli anni '60 contribuì fortemente allo sviluppo dell'ideologia ecologista, trasformando il movimento sociale in una vera e propria cultura di massa.

Dalla metà del '900 il mondo ha assistito a numerosi disastri ambientali. La maggior parte di questi sono legati allo sversamento di idrocarburi nelle falde acquifere locali, come il caso Stoppani a Genova nel 1978 ovvero nello stesso anno negli Stati Uniti la Hooker Chemical ammise di aver versato 21.000 tonnellate di rifiuti nel Canal Love nello Stato di New York. Altri casi eclatanti che hanno mosso l'opinione pubblica hanno riguardato casi di intossicazione da metilmercurio nel 1952 in Giappone. Un caso ha coinvolto vari villaggi di pescatori che si nutrivano di pesce contaminato. La lista è lunga, basti pensare però che tutto ciò ha contribuito alla crescita senza precedenti del sentimento ecologico nella società moderna.

Il 2020 è stato l'anno che ha evidenziato ancora di più la pressante necessità di un'azione congiunta e coesa da parte di Stati e operatori economici nella lotta contro il cambiamento climatico che sta causando numerosi problemi al pianeta. "I cambiamenti climatici sono dovuti all'emissione nell'atmosfera terrestre di "gas ad effetto serra", i quali derivano da diverse attività umane e oggi sono ai livelli più alti mai registrati prima. Il rapporto redatto dalle Nazioni Unite riporta che il 2019 è stato l'anno più caldo mai registrato nell'ultimo decennio, causando incendi e diverse catastrofi a livello mondiale."¹ Lo stesso WWF ha pubblicato un rapporto nel 2020 dal titolo "*Pandemie, l'effetto boomerang della distruzione degli ecosistemi*"², che spiega come l'intervento dell'uomo abbia modificato a tal punto gli ecosistemi che ha spinto alla creazione di "pericolose opportunità per il contatto tra l'uomo e le malattie di origine animale."³

Nel mondo moderno la necessità di un'attenzione ai temi della sostenibilità, non solo in termini ambientali ma anche sociali ed economici, è sempre più fondamentale. Rispetto al tema, di fatto, le imprese richiedono sempre più capacità "green" ai loro dirigenti, come è da esempio il programma lanciato da Confindustria e Federmanager alla Luiss School of European Political Economy intitolato "Energie in transizione per un mondo sostenibile."⁴ Secondo quanto affermato dal presidente di Federmanager, "il nostro sistema produttivo, ad oggi, è chiamato a coniugare le esigenze di continuità e produttività aziendale con gli obiettivi in termini di sostenibilità fissati sul piano nazionale e internazionale."⁵

Gli obiettivi internazionali e nazionali a cui fa riferimento il presidente di Federmanager si ricollegano agli indici di sostenibilità economica, sociale e ambientali emanati dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. Nel settembre del 2015, i 193 Paesi membri dell'Organizzazione

¹ Vota Vincenza, "L'impatto della Pandemia da COVID-19 sui Sustainable Development Goals." Economia Aziendale Online- 12.1 (2021): 57-80, *disponibile*

<http://riviste.paviauniversitypress.it/index.php/ea/article/view/2059/2213>.

² Isabella Pratesi, "*Pandemie, l'effetto boomerang della distruzione degli ecosistemi*", marzo 2020, *disponibile* <https://www.wwf.it/cosa-facciamo/pubblicazioni/pandemie-leffetto-boomerang-della-distruzione-degli-ecosistemi/#:~:text=Molte%20delle%20cosiddette%20malattie%20emergenti,nostro%20impatto%20sugli%20ecosistemi%20naturali>.

³ Vedi nota 2.

⁴ Claudio Tucci, Arriva un corso per formare manager sostenibili, il Sole 24 Ore n. 186 (luglio 2022).

⁵ Vedi nota 4.

Nazioni Unite (ONU) hanno sottoscritto un programma d'azione, conosciuto anche come “Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile”, il quale ingloba diciassette obiettivi per lo sviluppo sostenibile del pianeta.⁶ Questi obiettivi rappresentano obiettivi comuni su un insieme di questioni importanti per lo sviluppo globale, tra questi la lotta alla povertà, l’eliminazione della fame e il contrasto al cambiamento climatico.

“Gli effetti della pandemia sugli obiettivi di *Sustainable Development Goals* (SDGs), adottati nel 2015 dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite, sembrano quindi poter essere oggetto di una chiave di lettura dicotomica, solo apparentemente contraddittoria: se, da un lato, essi sembrano indubbiamente rallentare il processo volto al raggiungimento degli SDGs, dall’altro possono costituire uno stimolo essenziale, alimentato non solo da una maggiore consapevolezza circa il valore della sostenibilità, ma dalla comprensione che le politiche per il perseguimento degli SDGs possono costituire un antidoto alle involuzioni della crisi pandemica e un rimedio a lungo termine per gli effetti negativi della stessa.”⁷

Le crescenti richieste dei movimenti e associazioni ambientaliste, unite alle ferite ancora aperte lasciate dal periodo della pandemia hanno evidenziato le lacune dei vari Paesi nella lotta alla sostenibilità. La necessità di una risposta concreta dalle imprese è stata necessaria. Tant’è che negli ultimi anni quegli stessi valori SDGs sono stati integrati nella governance societaria per rispondere alle esigenze di una fetta sempre maggiore di *stakeholders* attenti ai valori di sostenibilità ambientale legata a quella societaria. Negli ultimi tempi si è assistito ad una crescita annuale del 5% della richiesta di competenze “green” manageriali.⁸ La necessità di specifiche “green skills” in ambito manageriale è cruciale per poter perseguire quel processo di transizione sostenibile alla luce degli obiettivi imposti. Non solo, la presenza di dirigenti, alti funzionari con qualifiche “verdi” è

⁶ <https://unric.org/it/agenda-2030/>.

⁷ Vedi nota 1.

⁸ Vedi nota 4.

cruciale anche in risposta ad un crescente aumento delle “green claims” (dichiarazioni verdi) in Europa e negli Stati Uniti.⁹

Ad oggi grazie alla United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), una convenzione delle Nazioni Unite (ONU) che ha come obiettivo la lotta contro la minaccia globale del cambiamento climatico, ogni anno i capi di governo si riuniscono per discutere dei vari obiettivi da perseguire e attualizzare per salvaguardare l’ecosistema.¹⁰

La Conference of Parties (COP) è l’organo decisionale della convenzione sul clima. Durante la conferenza le parti esaminano l’attuazione della Convenzione sul clima, discutendo il modo in cui gli Stati possano far fronte ad eventuali problemi attuativi. La Convenzione utilizza strumenti giuridici, quali accordi internazionali, raccomandazioni e/o sanzioni in caso di mancato allineamento, cercando così di adottare risoluzioni necessarie per promuovere l’effettiva lotta al cambiamento climatico.

La prima COP s’è riunita a Berlino nel 1995, e negli anni successivi il lavoro delle nazioni ha portato alla stesura del Protocollo di Kyoto (1997) il quale ha cercato di limitare e ridurre l’utilizzo dei gas serra delle varie nazioni firmatarie della convenzione.¹¹ Altra data importante e cruciale è stato il 2015, anno in cui s’è tenuta la COP21 a Parigi. La conferenza in Francia ha portato alla stesura del “Patto di Parigi”, nel quale le parti hanno ufficialmente deciso di limitare il riscaldamento globale contenendo la temperatura della Terra sotto i 2°C, preferibilmente ad 1.5°C. L’accordo di Parigi, di cui si è già sopra detto, è una pietra miliare nel processo multilaterale sul cambiamento climatico perché, per la prima volta, è stato firmato un accordo vincolante che riunisce tutte le nazioni in una causa comune, quella contro il cambiamento climatico e i suoi

⁹ European Commission, *Consumer market study on environmental claims for non-food products*, pp. 32 e ss. (2014) *disponibile* https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/study_on_environmental_claims_for_non_food_products_2014_en.pdf ultimo accesso 09/07/2022.

¹⁰ <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-convention/what-is-the-united-nations-framework-convention-on-climate-change>.

¹¹ Kyoto Protocol (1997), *disponibile* <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>.

effetti.¹² Entro il 2030, tutte le nazioni dovranno ridurre l'emissione di gas serra di almeno il 55% rispetto ai livelli del 1990. Ulteriormente, nel dicembre 2019 il Consiglio europeo ha approvato l'obiettivo di realizzare un'UE a impatto climatico zero entro il 2050 e la Commissione europea ha presentato il Green Deal con la stessa finalità. L'implementazione del Green Deal e il raggiungimento della neutralità climatica entro il 2050 restano l'obiettivo prioritario delle politiche dell'Unione.¹³

A novembre del 2021 si è tenuta a Glasgow la Conferenza sul Clima arrivata alla 26esima edizione (COP26). La Conferenza rappresentava un punto di svolta per tutte le parti in causa, dal momento che era la prima dopo il lungo periodo di pandemia. Tutti si aspettavano un segnale forte e deciso per mettere una volta per tutte fine alle emissioni di carbone e all'utilizzo ancora massiccio in alcune parti del mondo dei combustibili fossili. Tale segnale però non è arrivato.

La COP26 ha deluso riguardo alle aspettative previste. Sono di fatto ancora molto lontani gli obiettivi formalizzati e enunciati negli accordi precedenti¹⁴, soprattutto rispetto agli accordi di Parigi del 2015. Nazioni come Cina e India sono ancora dipendenti dal carbone.

Novità di lustro è stata la presenza di moltissime "big companies" nella COP26. Evento che ha dimostrato come l'interesse sul clima sia più che mai al centro delle decisioni aziendali.¹⁵

I giorni che hanno preceduto il summit sull'ambiente sono stati teatro di numerose manifestazioni che, data la presenza di numerose società, hanno chiesto lo "STOP AL GREENWASHING".

Le aziende presenti e non sono state ammonite rispetto alle modalità con cui affrontano il tema della sostenibilità. Tra i vari ordini del giorno discussi a Glasgow anche uno riguardante la valutazione e la trasparenza aziendale rispetto al tema ecologico. Le "big companies" mondiali

¹² Paris Agreement (2015), disponibile <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/climate-change/paris-agreement/>.

¹³ Camera dei deputati Servizio Studi, Cambiamenti climatici, maggio 2022, disponibile a <https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1104844.pdf> ultimo accesso 09/07/2022.

¹⁴ Simon Mundy, Gillian Tett & Kristen Talman, *COP26 in review: our 5 takeaways*, Financial Times (12 Nov. 2021), disponibile a <https://www.ft.com/content/ef49bd75-46aa-4952-8116-b616e599357c> (ultimo accesso 18 Feb. 2022).

¹⁵ Vedi sub. nota 5.

dovranno impegnarsi maggiormente ad implementare trasparenza e obiettivi a lungo termine che tengano conto delle esigenze ambientali. Per l'occasione è stato istituito un nuovo organismo internazionale, l'International Sustainability Standards Board (ISSB).¹⁶

Gli investitori internazionali richiedono sempre più rapporti di alta qualità, trasparenti, affidabili e comparabili da parte delle aziende sul clima e su altre questioni ambientali, sociali e di corporate governance (Economic Social Governance issues), il ruolo dell'ISSB sarà centrale per aiutare a soddisfare questa domanda.¹⁷

La Conferenza s'è conclusa con la redazione del Glasgow Climate Pact. Si cercherà, da qui ai prossimi anni, di mettere in atto tutte le forze possibili per combattere il cambiamento climatico cercando di fermare l'aumento vertiginoso delle temperature del nostro pianeta. Un'ennesima regolamentazione che si spera non rimanga inattuata. I delegati di quasi tutto il mondo hanno portato alla luce temi centrali come quello della sostenibilità delle imprese globali. Il tema quindi del cambiamento climatico non ha toccato solo punti di vista macro, bensì s'è trattato di ciò che le varie aziende e imprese mondiali devono, oggi più che mai, integrare nei loro piani aziendali riferendosi in particolar modo a temi come la sostenibilità ecologica e sociale, oltre che la governance societaria – i cosiddetti indici ESG.

Gli indicatori ESG fanno i conti con i più classici indicatori di redditività aziendale. Le imprese sono riluttanti ad investire ingenti capitali per implementare gli indicatori ESG dal momento che le loro decisioni aziendali sono legate alla realizzazione di utili. La richiesta sempre maggiore di prodotti che possano salvaguardare l'ambiente è innegabile e ciò guida molti manager globali a scegliere strategie più "green". Essendo le società gestite secondo logiche reddituali, molte volte le "green statement" non trovano riscontro nella realtà dei fatti, non venendo di conseguenza implementate soluzioni ecosostenibili per il pianeta. Queste strategie commerciali adottate in maniera futile sono state definite come *greenwashing*.

¹⁶ International Financial Reporting Standards, <https://www.ifrs.org/groups/international-sustainability-standards-board/>, (ultimo accesso 18 Feb. 2022).

¹⁷ Vedi nota 7.

2. DEFINIZIONE DI GREENWASHING

La sempre più crescente richiesta di prodotti eco-friendly, come sottolineato dallo studio condotto da Bloomberg e dall'analisi di Moody's¹⁸, ha avuto come conseguenza lo sviluppo rapido di questa fetta di mercato. Da un lato ci sono stati interventi legislativi che hanno portato all'introduzione di una nuova tipologia societaria più attenta alle esigenze della comunità circostante – si pensi alle benefit corporations che hanno nel proprio atto costitutivo il fine del *bene comune* ovvero alle società con certificazione B-Corp, le quali sono chiamate a rispettare varie indicazioni per poter utilizzare tale *nomen*. D'altro canto, il fenomeno del “green consumerism” ha favorito la crescita di pratiche fraudolente e ingannevoli come il greenwashing.

Il fenomeno del “*greenwashing*” o ambientalismo di facciata è una strategia comunicativa che adottano le società per influenzare le persone – investitori istituzionali e consumatori su tutti – inducendole a credere che le stesse stiano adottando pratiche sostenibili a livello ecologico ma ciò è ben lontano dalla realtà fattuale. Un esempio pratico può essere quello di un'azienda che per essere più appetibile al mercato sostiene, coadiuvata magari da una massiccia campagna pubblicitaria, di star riducendo l'utilizzo di carbone ovvero di combustibili fossili investendo su fonti rinnovabili d'energia, come pale eoliche o pannelli solari. Tutto ciò però nascondendo le vere azioni che sono altamente inquinanti e nocive per l'ambiente e la comunità circostante.

Il crescente interesse verso il tema non ha comunque facilitato l'adozione di un'univoca definizione di “greenwashing”, ciò è dovuto principalmente alle molteplici forme con cui questo fenomeno si presenta, tanto che il più delle volte è difficile da individuare. Le definizioni più moderne si soffermano sulla relazione che questo fenomeno ha con le società e come queste decidano o meno di adottare dichiarazioni aventi scopi ambientali.

Il dizionario della Treccani definisce il “greenwashing” come una “strategia di comunicazione o di marketing perseguita da aziende, istituzioni, enti che presentano come

¹⁸ Vedi nota 49.

ecosostenibili le proprie attività, cercando di occultarne l'impatto ambientale negativo." Un neologismo di origine inglese che lega la parola "green" (verde), richiamante l'ambiente, l'espressione "white washing", usata in maniera figurativa per indicare il "tentativo di occultare la verità per proteggere o migliorare la reputazione di enti, aziende, prodotti".¹⁹

L'ideatore del termine "greenwashing" è l'ambientalista americano Jay Westerveld. Lo studioso statunitense nel 1986 scrisse un saggio riguardante la condotta ingannevole e fuorviante di alcune aziende alberghiere di quel periodo. Notò, in alcuni hotel americani, vari cartelli che incitavano il consumatore a non poggiare gli asciugamani in terra di modo che potessero essere riutilizzate in seguito risparmiando così tonnellate di acqua che ogni giorno venivano utilizzate per lavare gli stessi panni. Westerveld si rese conto però che le varie aziende proprietarie degli hotel, adottando questa pratica, risparmiavano moltissimi costi di lavanderia. Ciò, di fatto, aveva solo un impatto marginale e meramente secondario sull'ambiente, concludendo che il reale obiettivo dei gestori era la massimizzazione dei profitti, nonostante ciò venisse pubblicizzato come un'attività a carattere ambientale e capace come primo obiettivo di salvaguardare l'ambiente.

Nel trattare questa tematica, quindi, lo statunitense coniò il termine "greenwashing" per indicare una condotta inefficace dal punto di vista ambientale che ha l'unico scopo di distogliere l'attenzione dalle conseguenze negative di attività e prodotti commercializzati.²⁰

Negli anni '90 l'utilizzo della parola è cresciuto a dismisura. Le definizioni negli anni si sono sprecate, tanto che l'esperto pubblicitario Jerry Mander definì questa pratica commerciale come "ecopornografia", sottolineando la sensazione di benessere emotivo che il consumatore provava nell'acquisto di prodotto "verdi".

La maggior parte della letteratura in materia contiene definizioni più o meno simili del fenomeno. Non tratterò di tutte le differenti denominazioni ma basti sapere che le seguenti descrivono questo fenomeno come una scelta delle società di divulgare informazioni non vere,

¹⁹ "Greenwashing", Treccani *disponibile* [https://www.treccani.it/vocabolario/greenwashing_\(Neologismi\)](https://www.treccani.it/vocabolario/greenwashing_(Neologismi)) (ultimo accesso 18 Feb. 2022).

²⁰ Jay Westerveld, *A History of Greenwashing: How Dirty Towel Impacted the Green Movement* (1986).

fraudolente, ingannevoli e fuorvianti per avere un ritorno in termini di maggiori profitti; tutto ciò danneggiando il consumatore finale che il più delle volte, per assecondare un proprio bisogno, è disposto anche a pagare un “prezzo premium” per acquistare i prodotti.

Fonte	Definizione
Dizionario Treccani	Strategia di comunicazione o di marketing perseguita da aziende, istituzioni, enti che presentano come ecosostenibili le proprie attività, cercando di occultarne l’impatto ambientale negativo.
Commissione Europea	Strategia di marketing aziendale caratterizzata da «appropriazione indebita di virtù ambientaliste finalizzata alla creazione di un’immagine verde» ²¹
Articolo 12, Codice di autodisciplina pubblicitaria.	<p>“La comunicazione commerciale che dichiara o evoca benefici di carattere ambientale o ecologico deve basarsi su dati veritieri, pertinenti e scientificamente verificabili.</p> <p>Tale comunicazione deve consentire di comprendere chiaramente a quale aspetto del prodotto o dell’attività pubblicizzata i benefici vantati si riferiscono.”²²</p>
TerraChoice²³	Ingannare i consumatori rispetto le pratiche ambientaliste societaria (greenwashing a livello societario) ovvero rispetto i benefici di

²¹ Gennaro D’Andria, *Greenwashing: profili sanzionatori e rischi reputazionali*, ICC Italia (2022), che rinvia a Commissione UE, Dir. 2005/29/CE.

²² Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale, ed. 68, articolo 12 (Febbraio 2021).

²³ TerraChoice Environmental Marketing Inc ha condotto varie ricerche sul tema e nel 2010 ha elaborato una lista di 7 peccati del greenwashing. Una lista che aiuta i consumatori a capire, anche marginalmente, quando una società sta commettendo una frode. La lista comprende: Sin of the Hidden Trade-Off (Nascondere la verità), Sin of No Proof (Mancanza di dimostrazione empirica), Sin of Vagueness (Vaghezza e imprecisione nelle affermazioni), Sin of Worshipping False Labels (Etichette false/ingannevoli), Sin of Irrelevance (Irrelevanza delle dichiarazioni ambientali), Sin of Lesser of Two Evils (Il minore tra i due mali), Sin of Fibbing (Mentre sfacciatamente) *disponibili*
<http://faculty.wvu.edu/dunnc3/rprnts.TheSinsOfGreenwashing2010.pdf>.

prodotti/servizi offerti (greenwashing a livello di distribuzione)

Delmas & Bruno	L'unione di due condotte societarie: scarse prestazioni a livello ambientale e ottima strategia comunicativa societaria.
Lyon & Maxwell	La determinata divulgazione di informazioni riguardo le prestazioni ambientali e/o sociali dell'impresa, senza la totale rivelazione delle informazioni negative rispetto i temi, creando un'immagine positiva della società.

2.1 VOLONTARIA DIVULGAZIONE DI INFORMAZIONI SOCIETARIE

La pratica del greenwashing rappresenta principalmente una frontiera del marketing. Varie ricerche condotte da università e centri di statistica internazionali hanno dimostrato come il consumatore sia più favorevolmente attirato dai prodotti che egli ritiene “environmentally-friendly”. Uno studio condotto da due studenti ricercatori turchi e pubblicato dall'Università di Bucarest ha rivelato che la credibilità della campagna pubblicitaria rispetto l'impegno sostenibile dell'azienda può portare a un atteggiamento positivo nei confronti del marchio o dell'impresa da parte dell'acquirente. Ciò ha dimostrato alcuni degli effetti negativi di questa pratica ingannevole e scorretta. Nel momento in cui si venisse a scoprire che il prodotto “bio” che acquistiamo ogni settimana al supermercato non ha nulla di “bio” se non la scritta sull'etichetta, con molta probabilità smetteremmo di acquistarlo.^{24 25}

²⁴ An Investigation of The Effects of Consumers' Environmental Attitudes on Perceptions of Green Ads and Attitudes Toward the Brand, in *Journal of Academic Research in Economics (JARE)*, vol. 8, n. 1, 2016, pp. 7–37. Disponibile https://econpapers.repec.org/article/shcjaresh/v_3a8_3ay_3a2016_3ai_3a1_3ap_3a7-37.htm.

²⁵ Torelli R, Balluchi F, Lazzini A., *Greenwashing and environmental communication: Effects on stakeholders' perceptions.*, *Bus Strat Env.* 2020; 29:407-421. Disponibile <https://doi.org/10.1002/bse.2373> (ultimo accesso 10 Feb. 2022).

Un approccio più formale alla letteratura sul greenwashing permette di restringere il fenomeno riconducendolo a una mera condotta aziendale lesiva della concorrenza di mercato. Esistono molti esempi di greenwashing aziendale.

Nel febbraio del 2021, la società Mare Aperto Food Srl, produttrice del tonno in scatola, è stata accusata di “greenwashing” perché in un messaggio pubblicitario affermava che “il [loro] tonno è certificato e proviene da pesca 100% sostenibile, utilizzando solo materie prime!”²⁶ La decisione ha stabilito che la compatibilità ambientale del packaging oltre che la salvaguardia dell’ambiente marino erano dubbie e non corrispondevano a realtà di quanto sostenuto dall’azienda Mare Aperto. Dal momento che la rivendicazione dell’azienda induceva il consumatore medio a credere nella veridicità totale (*100% sostenibile*) della dichiarazione, oltre che all’acquisto di quel particolare tonno, il messaggio pubblicitario era lesivo della concorrenza del mercato in quanto ingannevole e fuorviante.

Altro esempio di greenwashing è il caso deciso dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato italiana che ha condannato l’Acqua San Benedetto Spa ad una sanzione amministrativa di settantamila euro (70.000 €) in merito alle indicazioni riportate nei messaggi pubblicitari circa la riduzione di peso delle bottiglie utilizzate per l’acqua minerale naturale San Benedetto e il conseguente risparmio energetico. Per di più l’Acqua San Benedetto sosteneva che l’imballaggio delle bottiglie era “*eco-friendly ottenuto con una riduzione del 43% di plastica.*”²⁷ Tutte le precedenti dichiarazioni, a seguito delle indagini della Pubblica Amministrazione, si sono rivelate false ovvero parzialmente rispondenti a realtà con l’unico risultato che “*un consumatore sensibile alle caratteristiche di ecosostenibilità delle bottiglie commercializzate da San Benedetto sarà sicuramente indotto al loro acquisto esclusivamente in virtù del fatto che queste garantiscono un maggior rispetto per la natura e l’ambiente.*”²⁸

²⁶ Bolton Food spa c. Mare Aperto Food srl, IAP pronuncia n. 4/2021.

²⁷ Acqua San Benedetto – la scelta naturale, PS4026, provvedimento n. 20559, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 2009.

²⁸ Acqua San Benedetto – la scelta naturale, PS4026, provvedimento n. 20559, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 2009, punto 43.

Tuttavia, anche governi, istituzioni del settore pubblico, organizzazioni internazionali, ONG sono stati, negli anni, criticati per aver comunicato falsi progressi su questioni ambientali, disinformando ovvero deviando l'attenzione dal tema "eco-friendly."

"L'accresciuta sensibilità ambientale dei consumatori ha indotto i professionisti a conferire sempre maggior risalto, nella pianificazione delle proprie campagne pubblicitarie, alle caratteristiche di compatibilità ambientale dei prodotti o servizi offerti. I cd. claim ambientali o verdi, diretti a suggerire o, comunque, a lasciar intendere o anche solo evocare il minor o ridotto impatto ambientale del prodotto o servizio offerto, sono, quindi, diventati un potente strumento di marketing in grado di incidere significativamente sulle scelte di acquisto dei consumatori."²⁹

Il più delle volte le società agiscono consapevoli della mancanza di una normativa che permetta di sanzionare questi comportamenti in maniera adeguata e specifica. Una normativa di *hard law*, quali leggi ovvero regolamenti di settore come possono essere quelli emanati dalle autorità pubbliche, è manchevole sia in Italia che negli Stati Uniti (i due ordinamenti giuridici oggetto del presente studio). L'Italia, pur dovendo far riferimento alla normativa unionale (la quale comunque non presenta regolamenti o direttive specifiche sulla tutela ambientale in campo commerciale), non ha negli anni introdotto una disciplina che potesse fermare ovvero identificare in maniera precisa il fenomeno dell'ambientalismo di facciata. Unica disposizione presente che fa chiaro riferimento al greenwashing è l'articolo 12 del Codice di Autodisciplina pubblicitaria, rubricata come "Tutela dell'ambiente naturale", e sanziona chiunque realizzi una "comunicazione commerciale che dichiari o evochi benefici di carattere ambientale o ecologico deve basarsi su dati veritieri, pertinenti e scientificamente verificabili. Tale comunicazione deve consentire di comprendere chiaramente a quale aspetto del prodotto o dell'attività pubblicizzata i benefici vantati si riferiscono."³⁰ I giudici italiani e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato fanno spesso riferimento a normative piuttosto generali come da esempio il "mendacio concorrenziale" di

²⁹ Acqua San Benedetto – la scelta naturale, PS4026, provvedimento n. 20559, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 2009, punto 45.

³⁰ Articolo 12, Codice di Autodisciplina Pubblicitaria cinquantottesima (58) edizione.

cui all'articolo 2598 Codice Civile, ovvero alla normativa che tutela la concorrenza sleale nel mercato presente nel Codice del Consumo.

Negli Stati Uniti, ad esempio, è presente una normativa di *soft law*. Nel 1992 sono state tracciate delle linee guida con lo scopo di aiutare le varie aziende di settore evitando che le stesse adottassero dichiarazioni ingannevoli che potessero fuorviare i consumatori.³¹ Tali linee guida, “Green Guides”³², non sono però una legislazione “binding” per le imprese. Vengono, altresì, utilizzate dalla Federal Trade Commission (FTC) per inibire l'attività che si discosta da tali raccomandazioni. Ciò verrà meglio approfondito nel capitolo secondo di questa tesi.

È notoriamente difficile per i consumatori analizzare con efficacia le dichiarazioni societarie. Anche i dipendenti di un'azienda stessa potrebbero non essere in grado di accorgersi della differenza tra parole e condotta della azienda.³³ Un esempio delle difficoltà di analisi delle dichiarazioni ci viene dato dalla copiosa giurisprudenza americana in questo specifico ambito. In un caso avente ad oggetto una bibita alla vaniglia, i consumatori hanno dovuto far analizzare da un laboratorio scientifico specializzato il contenuto della bibita venduta dalla A&W Concentrate Co. Tutto ciò al fine di verificare con accuratezza che il gusto di vaniglia della bibita provenisse al “100%” da “vaniglia naturalmente stagionata”. Le analisi hanno dimostrato il contrario, e il gusto speziato era dato da una copiosa quantità di additivi sintetici.³⁴ Il caso, uno dei tanti, qui è stato brevemente accennato tuttavia sarà successivamente approfondito nei capitoli seguenti. Ciò è servito da esempio per dimostrare come il consumatore possa essere facilmente ingannato dalle “claim” aziendali e delle volte è necessaria un'azione specifica e mirata affinché si possa comprendere la verità della *statement* aziendale.

³¹ 16 CFR Part 260(a).

³² Vedi nota 25.

³³ Frances Bowen, *After greenwashing*, in *After Greenwashing: Symbolic Corporate Environmentalism and Society*, p. 28 e ss. (2014) *che rinvia a* (Boxenbaum, E., Jonsson, S., Greenwood, R., Oliver, C., Suddaby, R., & Sahlin-Andersson, K. (2008). *The Sage handbook of organizational institutionalism. Isomorphism, diffusion and decoupling*, 78-98), Cambridge University Press.

³⁴ *Sharpe v. A&W Concentrate Co.*, 481 F. Supp. 3d 94 (2020).

Economisti e studiosi di marketing tendono a supporre che le aziende adottino volontariamente la pratica del greenwashing perché rispondono razionalmente agli incentivi e ai guadagni che questa condotta adduce al bilancio. Come sottolineato, ciò crea un divario tra quanto detto e quanto realmente fatto dalla società. Molto spesso gruppi di attivisti come Rainforest Action Net e il World Wide Fund for Nature (WWF) in cambio di copiose somme di danaro entrano in rapporti commerciali con le imprese per sviluppare al meglio una strategia comunicativa efficace e concreta, contribuendo così alla creazione di messaggi condivisi sulla responsabilità ambientale. Tale atteggiamento che però ha ricevuto molte critiche. Le varie ONG sono state più volte accusate di aver preso parte al greenwashing, minando così la credibilità dell'organizzazione. Le stesse hanno da sempre però sostenuto il bisogno di ripulire l'immagine di molteplici aziende globali che in passato sono state colpevoli di condotte ingannevoli e fuorvianti. L'aiuto che queste ONG danno non può che ribadire la necessità di un dialogo costruttivo tra le parti in gioco; ciò potrebbe essere d'aiuto per gettare le basi di un cambiamento ambientale concreto e sostenibile anche a livello di profitti aziendali – cosa che le società richiedono.³⁵

2.2 PERCHE' LE SOCIETA' ADOTTANO IL GREENWASHING?

Come spiegato, le aziende seguono “razionalmente l'onda del *green consumerism*” per ottenere più profitti. È naturale che la presenza di un importante mercato dedicato ai “prodotti verdi” faccia gola alle imprese che tentano con le loro condotte di accaparrarsi quanti più consumatori possibili.

Seguendo proprio quest'ottica e questo comportamento aziendale, McWilliams e Siegel, due economisti, hanno affermato che “esiste un livello ottimale di prodotti di corporate social responsibility (CSR) che le imprese forniscono, a seconda della domanda e dei costi per produrli”.

³⁵ An Investigation of The Effects of Consumers' Environmental Attitudes on Perceptions of Green Ads and Attitudes Toward the Brand, in Journal of Academic Research in Economics (JARE), vol. 8, n. 1, 2016, pp. 7–37. Disponibile https://econpapers.repec.org/article/shcjares/v_3a8_3ay_3a2016_3ai_3a1_3ap_3a7-37.htm.

L'applicazione del loro modello implica che esistono due principali fonti di domanda di soluzioni ecologiche: domanda del consumatore e domanda di altri stakeholder, come investitori, dipendenti, ONG e comunità.³⁶

Consumatore e stakeholder hanno interesse ad acquistare soluzioni ecologiche ma ciò dipende sempre dal prezzo di beni e servizi. Dal lato dell'offerta, le attività ecologiche sono viste come una forma di investimento. Fornire una soluzione “green” può incrementare di molto i profitti delle imprese. Le aziende però devono investire in diverse risorse (ad es. competenze dei dipendenti, cambiamento dei processi di produzione e di prodotto e reporting ambientale) per poter produrre soluzioni ecologicamente avanzate.³⁷

Attraverso un'analisi costi-benefici standard, i manager possono individuare il livello ideale di investimento in soluzioni green. McWilliams e Siegel si sono concentrati sui casi in cui gli attributi ESG dei prodotti sono incorporati efficacemente e camminano di pari passo con la strategia aziendale. I produttori, spesso, vengono premiati non solo direttamente dall'acquisto di tali prodotti ma anche indirettamente in termini di reputazione o altre valutazioni sociali attive.³⁸ Per “valutazioni sociali attive” ci si riferisce alla partecipazione attiva e presente dei soci nelle assemblee societarie. L'assenteismo in assemblea è da sempre stato un problema delle compagnie sociali, ma l'integrazione di fattori CSR ovvero ESG permette agli stessi proprietari di quote sociali di sentirsi maggiormente interessati alle questioni societarie quando queste ultime possano incidere in maniera positiva sulla comunità circostante salvaguardando il bene comune che è l'ambiente.

È importante anche la presenza di amministratori indipendenti esperti di sostenibilità nei consigli di amministrazione.

³⁶ McWilliams, A., & Siegel, D. (2001). Corporate social responsibility: A theory of the firm perspective. *Academy of management review*, 26(1), 117-127.

³⁷ Frances Bowen, Drivers and consequences of symbolic corporate environmentalism, in *After Greenwashing: Symbolic Corporate Environmentalism and Society* p. 81 e ss. (2014), *che rinvia a* (Buysse K. & Verbeke A. (2003). Proactive environmental strategies: A stakeholder management perspective. *Strategic management journal*, 24(5), 453-470), Cambridge University Press.

³⁸ *Sub.* nota 27.

Come spiega Bowen nel suo libro, i benefici provenienti da investimenti “green” sono molteplici. Nonostante i vantaggi possano dipendere da molteplici fattori, generalmente si è riscontrato che effetti reputazionali, distinzione sul mercato del proprio prodotto e sviluppo di valori positivi, sono tra i primi miglioramenti che un’azienda può riscontrare nel momento in cui decide di investire nel campo dell’eco-friendly. Il ritorno economico in termini di cashflows e margini operativi permetterà alle imprese di ottenere asset strategici capaci di ridurre, a lungo termine, il costo di produzione dei prodotti ecosostenibili.³⁹

Nonostante investire in soluzioni ambientali può generare differenti benefici non solo quantificabili in ritorni economici a lungo termine, ricerche statistiche e studi non tengono conto delle molteplici variabili dell’economia di mercato. Detto ciò, le aziende tendono, come ribadito diverse volte, a adottare condotte più simboliche che sostanziali, cercando così solo un ritorno in termini reputazionali e d’immagine che un vero e proprio impatto sull’ambiente.

La transizione ad una produzione totalmente, o quasi, ad impatto “0” per l’ambiente è dispendiosa in termini di impatto a bilancio. L’investimento in macchinari ad impatto zero, conformarsi alle varie normative specifiche di settore, la formazione di dirigenti e di dipendenti; tutto ciò ha un costo che le società non possono non tenere in conto. Ragionando quindi in ottica di bilancio le società preferiscono adottare condotte meramente simboliche in quanto meno dispendiose di energie e di soldi.

Il greenwashing diventa un’importante scelta aziendale per due motivi. In primo luogo, poco tempo e risorse sono necessarie affinché un’azienda modifichi la sua strategia di comunicazione adottando “statement” più green. Più tempo invece è richiesto ad un’impresa per modificare tutto il proprio modello di business. Successivamente, il costo significativo associato alle misure di sostenibilità è relativamente basso. Attuare una campagna di marketing “environmentally friendly”, è

³⁹ Vedi nota 37.

economicamente conveniente tale che molti amministratori optano pragmaticamente per quest'ultima opzione.⁴⁰

A causa dell'attrattiva dell'opzione di greenwashing e della sua facilità in termini realizzativi e di efficacia, è chiaro che fintanto che le imprese possono scegliere questa opzione in alternativa a quella più sostanziale di un'azione di sostenibilità, ci saranno molti meno progressi nel “green-business”.

Queste condizioni determinano un ambiente fuorviante rispetto alla divulgazione volontaria di informazioni sulla sostenibilità. Le imprese sono così in grado di soddisfare le aspettative delle parti interessate evitando i costi di attuazione di una migliore pratica sostenibile. Paradossalmente, queste condizioni influenzano anche i “buoni attori ambientali” che limitano la loro comunicazione sui loro risultati ambientali per non incorrere nel rischio di essere accusati di greenwashing.⁴¹

Sempre più consumatori hanno il desiderio di comprare prodotti ecosostenibili, come prodotti realizzati con materie rinnovabili o realizzati localmente. Uno studio ha dimostrato che, posti di fronte a due prodotti identici con la sola differenza che uno ha un'etichetta che richiama la salvaguardia dell'ambiente, i consumatori dichiarano di essere disposti a pagare per l'opzione simbolicamente più verde. Questo nuovo modo di scegliere del consumatore finale è stato definito come “green-consumerism” proprio ad indicare l'attitudine verso l'eco-friendly.

Difficilmente si riescono a definire i danni precisi del greenwashing. Al fine di analizzare i potenziali danni, l'attenzione si concentra sul classico caso sopra citato di greenwashing, il cartello che esorta gli ospiti a riutilizzare gli asciugamani dell'hotel per il bene dell'ambiente. Supponiamo che la vera motivazione della direzione alberghiera sia il risparmio sui costi e che il cartello sia quindi ingannevole.

⁴⁰ Delmas, M. A., & Burbano, V. C., *The drivers of greenwashing*. California management review, 54(1), pp. 64-87 (2011).

Lyon, T. P., & Maxwell, J. W., *Greenwash: Corporate environmental disclosure under threat of audit*, Journal of economics & management strategy, 20(1), pp. 3-41 (2011).

La parte difficile di questa analisi è che, anche se l'hotel sembra essere impegnato in una qualche forma di greenwashing, il danno è difficile da quantificare.

Quando un investitore prende una decisione, quest'ultima è sempre basata su motivazioni miste e non sempre legata solo ed esclusivamente alle rendite profittuali. La decisione dell'investitore si basa in parte sulle speranze di crescita del valore dell'investimento e in parte sul desiderio di sostenere obiettivi aziendali socialmente responsabili. Se si scopre che una delle società ha deciso di fare greenwash, piuttosto che essere "accountable", e il prezzo delle azioni dell'azienda aumenta, è difficile dire che il singolo investitore è stato danneggiato. Sì, c'è stata una divulgazione inadeguata ma se le partecipazioni dell'investitore aumentassero effettivamente di valore, sembrerebbe non esserci nessun danno quantificabile

Alcuni direbbero che un consumatore o investitore coscienzioso dovrebbe indagare sulle singole imprese interrogandosi su temi come l'ambiente, il lavoro e la responsabilità sociale che queste ultime adottano nel corso della loro attività aziendale. Tuttavia, tale operazione si traduce in uno sforzo che comporta molti ed eccessivi costi da sostenere nella ricerca delle informazioni.⁴²

In uno studio pubblicato ad inizio 2022 da Climate Action 100+, un fondo d'investimento con più di 150 società con un valore complessivo di 10.6bn di dollari, si evince l'urgenza di un cambio di rotta da parte delle società, soprattutto americane. 23 delle 45 aziende a stelle e strisce gestite dal fondo d'investimento non hanno raggiunto nessuno dei task richiesti per il loro "Net-Zero Benchmark", un indice valutativo aziendale che ricomprende diversi aspetti di sustainable corporate governance.⁴³

Tra le raccomandazioni alle aziende c'è quello di garantire che tutti i gestori di fondi patrimoniali o i fornitori di servizi votino nel consiglio d'amministrazione anche per le proposte

⁴² Miriam A. Cherry, *The Law and Economics of Corporate Social Responsibility and Greenwashing*, Business Law Journal, University of California (2014).

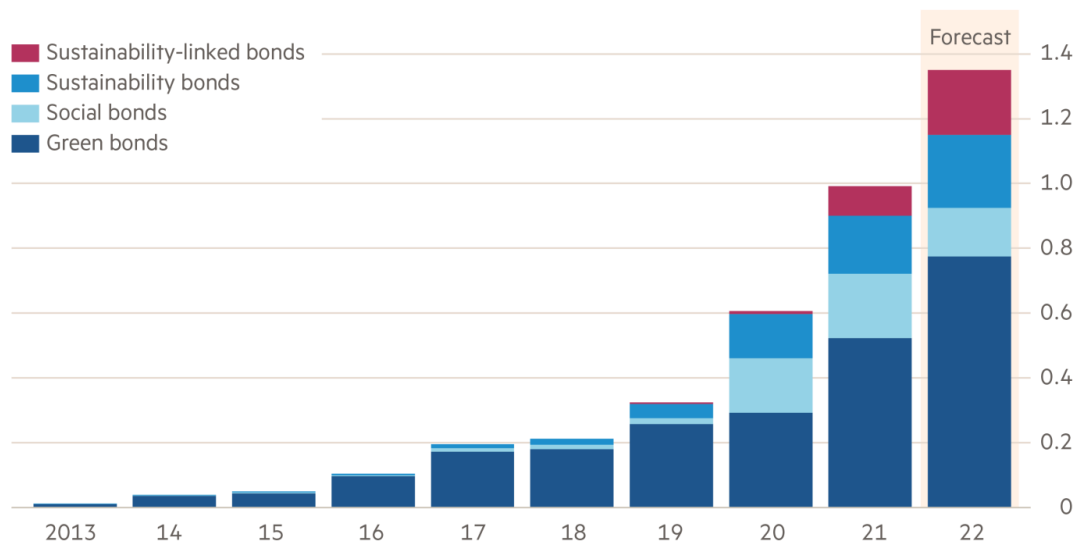
⁴³ Climate Action 100+, *Fulfilling the Promise: How Climate Action 100+ Investor-Signatories Can Mitigate Systemic Climate Risk*, pp. 16 e ss (Feb. 2022).

degli azionisti cruciali per il clima e contro gli amministratori nel caso in cui la società sia non in linea con gli obiettivi climatici.⁴⁴

Secondo gli analisti di Moody's, la crescita delle obbligazioni "GSSS", ovvero quelle verdi, sociali, legate alla sostenibilità ha raggiunto quasi il 64% lo scorso anno, e le emissioni di bond hanno raggiunto poco meno di 1 trilione di dollari.⁴⁵

Sustainable bond issuance to hit \$1.35tn globally in 2022 for another record year

Annual issuance of GSSS bonds (\$tn)



Sources: Moody's ESG Solutions; Environmental Finance Bond Database
© FT

46

Inoltre, una ricerca condotta da Bloomberg ha rivelato come entro il 2025 il mercato finanziario di prodotti ESG raggiungerà i 50 trilioni di dollari. Cifre monstre che rendono l'idea su quanto interesse il clima stia portando.⁴⁷

⁴⁴ Vedi sub. nota 6 a pp. 42 e ss.

⁴⁵ Simon Mundy, Patrick Temple-West & Kristen Talman, 'It's greenwashing': Climate Action 100+ members let standards slip, Financial Times (Feb. 2022), disponibile a <https://www.ft.com/content/911da247-43fb-41a9-836e-8388788eb6d8> (ultimo accesso 18 Feb. 2022).

⁴⁶ Vedi sub. nota 12.

⁴⁷ Bloomberg.com, ESG Assets Rising to \$50 Trillion Will Reshape \$140.5 Trillion of Global AUM by 2025, Finds Bloomberg Intelligence (Luglio 2021) disponibile a <https://www.bloomberg.com/company/press/esg-assets-rising-to-50-trillion-will-reshape-140-5-trillion-of-global-aum-by-2025-finds-bloomberg-intelligence/> (ultimo accesso 18 Feb. 2022).

Come dimostrato da questo grafico, il mercato dei prodotti ecosostenibili è in forte crescita e la necessità di avere un corpo normativo chiaro e definito può sicuramente aiutare consumatori e investitori nell'azionare eventuali rimedi in seguito a danni provocati da questo tipo di condotte fuorvianti e ingannevoli delle aziende globali.

Per concludere, in una recente decisione del Tribunale di Gorizia il giudice nell'ordinanza ha scritto: “La sensibilità verso i problemi ambientali è oggi molto elevata e le virtù ecologiche decantate da una impresa o da un prodotto possono influenzare le scelte di acquisto del consumatore. Le dichiarazioni ambientali ‘verdi’ devono essere chiare, veritiere, accurate e non fuorvianti, [ma] basate su dati scientifici”.⁴⁸

⁴⁸ Ordinanza Trib. di Gorizia N. RG 712/2021.

CAPITOLO II

PROFILI DI RESPONSABILITA' PER GREENWASHING NEGLI USA

SOMMARIO: 1. Federal Trade Commission – 1.1 Cenni storici – 1.2 I poteri della Federal Trade Commission nei casi di “deceptive claim” – 1.3 Le Green Guides della FTC – 1.4 Casi giurisprudenziali della FTC – 2. Lanham Act – 3. Casi B-to-C e “reasonable consumer” test

1. FEDERAL TRADE COMMISSION

La Federal Trade Commission (anche FTC), grazie ai poteri previsti dalla Section 5 del FTC Act, negli anni ha adottato vari ordini di “cease and desist” capaci di contrastare le condotte lesive della concorrenza nel mercato.

Gli ordini di “cease and desist” corrispondono alle ordinanze inibitorie dell'autorità giudiziaria italiana ovvero delle ordinanze della Pubblica Amministrazione, come quelle emanate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel caso in cui si ravvisino situazioni *contra ius*. Questo tipo di ordini, negli Stati Uniti, sono soprattutto utilizzati dall'autorità pubblica che ha discrezione sull'ampiezza del contenuto dell'ordinanza.⁴⁹ Tale ampiezza deve essere proporzionale all'illecito e possono essere emanate con o senza una vera e propria udienza a seconda dell'urgenza, così come valutata dall'autorità. In ogni caso, il “violator” può richiedere un “hearing” per poter contestare l'inibitoria, altrimenti l'ordine diventerà finale.⁵⁰

Tali prerogative sono state utilizzate per rafforzare le disposizioni presenti in diversi atti non aventi forza di legge, né regolamentare, come linee guida. La posizione della FTC in quanto autorità amministrativa indipendente federale ha assunto sempre più un ruolo centrale nella lotta contro le

⁴⁹ Cornell Law School, cease and desist order, disponibile a https://www.law.cornell.edu/wex/cease_and_desist_order#:~:text=A%20cease%20and%20desist%20order,the%20issuance%20of%20the%20order.

⁵⁰ Vedi nota precedente.

condotte fraudolente. L'esistenza di linee guida della FTC, nonostante atti che non hanno forza di legge *re ipsa*, non deve lasciare carta bianca alle imprese che sono chiamate al rispetto di tali previsioni che hanno carattere di *linee interpretative*.

Dal 1992 poi i poteri dell'autorità sono stati estesi anche alle previsioni in tema ambientale, di conseguenza utili per la lotta al greenwashing. Ordini di "cease and desist" sono stati adottati svariate volte dalle commissioni in seno alla FTC per ottenere una rapida inibitoria della condotta aziendale che contrastava la Sec. 5 dell'FTC Act e le linee guida di settore, le Green Guides di recente introduzione.⁵¹ La stessa agenzia governativa può adottare però anche provvedimenti differenti dalla *semplice* inibitoria, prevedendo una richiesta correttiva con effetti *pro-futuro* della condotta illecita che la società ha intrapreso. Tutte queste valutazioni dipenderanno naturalmente dalla gravità della violazione, permettendo alla FTC di adottare un provvedimento *ragionevole e proporzionale* alla *misconduct* del trasgressore.

Ragionevolezza e proporzionalità del contenuto dell'ordinanza sono spiegati in *Warner-Lambert Co. v. FTC* (1977), intendendo che l'azione dell'autorità federale debba essere quanto meno invasiva possibile e soprattutto deve essere funzionale al raggiungimento degli obiettivi di governo e di quelli che sono i principi di *common law*.⁵²

1.1 CENNI STORICI

L'importanza della Federal Trade Commission si è evoluta nel tempo.

Nella Costituzione americana all'articolo 1 paragrafo 8, è prevista la possibilità da parte del Congresso di adottare atti avente forza di legge che possano tutelare il commercio tra Stati.

⁵¹ Le Green Guides sono state adottate nel 1992.

⁵² *Warner-Lambert Co. v. FTC*, 183 U.S. App. D.C. 230, 562 F.2d 749, 771 (1977).

*“The Congress shall have the power to regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes...”*⁵³

Il potere di regolamentare il “commercio” prescrive la possibilità di imporre condizioni e leggi per *“carrying-on of commercial transactions, the keeping-free of channels of commerce, the regulating of prices and terms of sale.”*⁵⁴ Nonostante la *commerce clause* sembri garantire la regolamentazione dell’ “interstate commerce”, negli anni la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti ha esteso lo scopo della clausola in differenti occasioni. *“Congress can certainly regulate interstate commerce to the extent of forbidding and punishing the use of such commerce as an agency to promote immorality, dishonesty, or the spread of any evil or harm to the people of other states from the state of origin.”*⁵⁵

Lo sforzo principale del Congresso per regolare il commercio tra gli Stati americani inteso come “traffico di merci” è incarnato dallo Sherman Antitrust Act del 1890, la cui *section* iniziale dichiara illecito ogni contratto, *“combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy in restraint of trade and commerce among the several States, or with foreign nations”*⁵⁶, mentre nella seconda sezione prevede che chiunque monopolizza ovvero tenti di monopolizzare qualsiasi *“part of such commerce”* commette un illecito.⁵⁷

Proprio in seguito a due *landmark decisions* della Corte Suprema degli Stati Uniti sul tema del monopolio, il Congresso ha iniziato a domandarsi se fosse necessaria la presenza di un ente capace di sorvegliare e regolamentare in maniera più puntuale i soggetti agenti del mercato statunitense.

Nel 1911, la Corte Suprema decide, nello stesso giorno, due casi che porteranno da lì a poco alla costituzione della Federal Trade Commission (FTC). *“Standard Oil Co. of New Jersey v.*

⁵³ Constitution of the United States, art. 1, sec. 8, clause 3.

⁵⁴ Constitution of the United States, art. 1, sec. 8, clause 3.

⁵⁵ Brooks v. United States, 267 U.S. 432, 436–37 (1925).

⁵⁶ 26 Stat. 209, 51 Cong. Ch. 647.

⁵⁷ Vedi nota 2.

*United States*⁵⁸ e “*United States v. American Tobacco Company*”⁵⁹ hanno riguardato l’abuso della posizione dominante nel mercato. Le dimensioni dei due colossi avrebbero permesso alle stesse imprese di ridurre all’osso i competitors nel mercato di riferimento facendo sì che le stesse rafforzassero la loro posizione.

In entrambe le decisioni, la Corte ha concluso che è nel potere del Congresso di regolamentare la concorrenza nel mercato ai sensi della Commerce Clause di cui alla Section 8, clause 4 dell’articolo 1 della Costituzione. La Corte ha riconosciuto che interpretato letteralmente il termine “*limitazione del commercio*” potrebbe riferirsi a un numero indefinito di contratti che tradizionalmente vengono conclusi nel mercato, ma che per loro natura non danneggiano il commercio anche se di fatto lo “limitano”. I giudici della Corte statunitense hanno quindi interpretato il significato di “restraint of trade” facendo riferimento a concetti giuridici inglesi e giungendo alla conclusione che le condotte monopolistiche rientrassero all’interno di tale concetto.

Le conseguenze tangibili della presenza di un monopolista sono l’aumento dei prezzi, la possibile riduzione della produzione con la conseguente minor qualità dei prodotti. Naturalmente, ciò non accade tutte le volte in cui nel mercato v’è la presenza di un monopolio, ma la Corte ha invitato il Congresso ad attivarsi in materia, sottolineando come situazioni sempre più eterogenee necessitassero di un intervento più competente e puntuale.

Nel gennaio del 1912, il congresso firma il FTC Act, legge con cui viene a costituirsi la Federal Trade Commission, meglio nota come FTC.

L’FTC Act prevede che la Commissione operi come garante della concorrenza e del mercato adottando misure che permettano l’inibizione di comportamenti illeciti, fraudolenti, fuorvianti e con lo scopo di monopolizzare un determinato mercato. L’azione della FTC si rivolge alle persone, alle partnerships e alla società, eccetto determinati soggetti come banche o istituzioni che concedono

⁵⁸ *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 31 S. Ct. 502, 55 L.Ed. 619 (1911).

⁵⁹ *United States v. Am. Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, 31 S. Ct. 632, 55 L.Ed. 663 (1911).

mutui o contratti simili meglio definiti dalla Section 18(f)(3)⁶⁰ dello stesso atto. La principale attività della Federal Trade Commission è prevista dalla Section 5 dell'Act.

1.2 I POTERI DELLA FEDERAL TRADE COMMISSION NEI CASI DI “DECEPTIVE CLAIMS”

La Sezione 5 del Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C. § 45 concede alla FTC il potere di indagare e prevenire pratiche commerciali ingannevoli. Lo statuto dichiara che “i metodi sleali di concorrenza nel [commercio] o che incidono sul commercio, e gli atti o le pratiche sleali o ingannevoli nel [commercio] o che pregiudicano il commercio, sono dichiarati illeciti.”⁶¹ L'ingiustizia e l'inganno nei confronti dei consumatori rappresentano due aree distinte dell'applicazione del potere di controllo della Federal Trade Commission. *“Whenever the Commission shall have reason to believe that any such person, partnership, or corporation has been or is using any unfair method of competition or unfair or deceptive act or practice in or affecting commerce, and if it shall appear to the Commission that a proceeding by it in respect thereof would be to the interest of the public, it shall issue and serve upon such person, partnership, or corporation a complaint stating its charges in that respect and containing a notice of a hearing upon a day and at a place therein fixed at least thirty days after the service of said complaint.”*⁶²

Dalla lettura di parte della Section 5 del FTC Act, si evince come la Commissione possa iniziare, in qualunque momento si rilevi la violazione, un procedimento nei confronti dei soggetti sorvegliati. La discrezionalità della Commissione potrebbe apparire molto ampia dal momento che nell'Act non sono presenti definizioni puntuali delle condotte oggetto della violazione.

L'FTC Act si limita a identificare i soli poteri, il loro esercizio e il campo d'applicazione. Grazie ad una lettura combinata delle sezioni 5 e 12 del FTC Act, la Commissione ha elaborato una

⁶⁰ 15 U.S.C.S. § 57(a) con specifico riferimento a “For purposes of this Act, the term “savings and loan institution” has the same meaning as in section 3 of the Federal Deposit Insurance Act”.

⁶¹ 15 U.S.C. § 45(a).

⁶² 15 U.S.C.S. § 45(b)

giurisprudenza più specifica che ha permesso con il tempo di circoscrivere le *deceptive acts or practices* realizzate dalle aziende, grazie principalmente ad un approccio “*driven by the facts*”.

Secondo la Section 12, articolo 52(a)(2), il Congresso definisce come “*unlawful for any person ... to disseminate, or cause to be disseminated, any false advertisement ... for the purpose of inducing, or which is likely to induce, directly or indirectly, the purchase in or having an effect upon commerce of food, drugs, devices, services, or cosmetics.*”⁶³ La Section 12, al paragrafo (b) dell’articolo 52 del FTC Act definisce: “(b)Unfair or deceptive act or practice: *The dissemination or the causing to be disseminated of any false advertisement within the provisions of subsection (a) of this section shall be an unfair or deceptive act or practice in or affecting commerce within the meaning of section 5.*”⁶⁴

Grazie all’interpretazione sistematica delle sezioni 5 e 12, la Commissione ha elaborato una casistica più specifica che ha permesso con il tempo di circoscrivere le *deceptive acts or practices* realizzate dalle aziende, modellando la sua azione sulle fattispecie del caso specifico da analizzare.

Le varie decisioni della Federal Trade Commission hanno permesso l’individuazione di 3 circostanze fattuali, tendenzialmente ricorrenti, nelle condotte “*deceptive*” e “*misleading*” delle imprese: 1) rappresentazione, omissione o un atto che possa ingannare il consumatore, 2) reasonable consumer standard, 3) tale rappresentazione, omissione o condotta deve essere materiale tale da influenzare la scelta del consumatore.

1. Le pratiche che sono risultate “*misleading*” o “*deceptive*” in molti casi coincidono con false dichiarazioni scritte o orali. Possono risultare anche in dichiarazioni di prezzo ingannevoli, vendita di prodotti o servizi pericolosi o sistematicamente difettosi senza un’adeguata *disclosure* del difetto, mancata divulgazione di informazioni relative alle vendite piramidali, mancato rispetto dei servizi promessi e mancato rispetto degli obblighi di garanzia. In caso di messaggi pubblicitari con dichiarazioni “*espresso*” (senza bisogno di ulteriori interpretazioni), lo stesso messaggio

⁶³ 15 U.S.C.S. § 52(a)(2).

⁶⁴ 15 U.S.C.S. § 52 (b).

pubblicitario dà origine all'illecito, senza così la necessità di ricercare significati impliciti nella divulgazione. Nei casi invece in cui la “claim” è implicita, la Commissione dovrà determinare il significato attraverso un esame più accorto della rappresentazione stessa, compresa una valutazione di fattori tra i quali: l'analisi dell'intero documento, l'apposizione di varie frasi nel testo, la natura della “statement” e altre analisi “driven by the facts of the case”. In altre situazioni ancora la Commissione richiederà l'allegazione di prove che dimostrino che un “reasonable consumer”⁶⁵ riesca a comprendere la natura di tali affermazioni.

2. Il “reasonable consumer” test è stato elaborato dalle corti americane grazie all'intensa attività della FTC.

È un test che viene applicato il più delle volte nei casi di class actions proposte dai consumatori nei confronti delle aziende colpevoli di ingannare le persone con le proprie dichiarazioni. Lo standard è quello del consumatore medio, un concetto abbastanza generale, che le corti dei vari Stati hanno interpretato riconducendolo principalmente al processo di scelta che un normale e ragionevole consumatore adotta nel comprare un determinato prodotto. Un esempio, in *Sharpe v. A&W Concentrate*⁶⁶, la Eastern District Court di New York ha affermato come un “reasonable consumer” non legge in maniera attenta la lista degli ingredienti presenti sulla confezione di un prodotto, fidandosi *prima facie* della disclosure del produttore. Il caso di specie si riferiva ad una bevanda al gusto di vaniglia che il produttore sosteneva fosse “natural aged vanilla”. *“It is true that the products’ labels disclose that the beverages are “Natural and Artificially Flavored.” A consumer, however, does not know if this is referring to vanilla or to the host of other ingredients present in the drinks, including the root beer or cream soda flavoring. More importantly, to adequately review this disclosure on some of the products, one must maneuver and rotate the bottle. If the Court in Mantikas emphasized that a consumer should not be expected to turn and consult the side of a box to correct misleading information set forth in large bold type on*

⁶⁵ Williams v. Gerber Prods. Co., 552 F.3d 934 (9th Cir. 2008).

⁶⁶ Sharpe v. A&W Concentrate Co., 481 F. Supp. 3d 94 (E.D.N.Y. 2020).

*the front of the box, I see no reason why a consumer purchasing a bottle of soda should be expected to do the same.”*⁶⁷

Nonostante quanto sostenuto dalla corte newyorkese, una società non è responsabile per ogni azione o interpretazione di un consumatore, seppur quest’ultima sia ragionevole come da standard proposto. La stessa Federal Trade Commission spiega come l’ignoranza o la mancanza di comprensione di alcune persone non può sfociare in un’azione di responsabilità contro l’azienda perché non ha tenuto conto di *“every conceivable misconception to its representations”*.

Qui in Heinz W. Kirchner:

*“An advertiser cannot be charged with liability with respect to every conceivable misconception, however outlandish, to which his representations might be subject among the foolish or feeble-minded. Some people, because of ignorance or incomprehension, may be misled by even a scrupulously honest claim. Perhaps a few misguided souls believe, for example, that all “Danish pastry” is made in Denmark. Is it therefore an actionable deception to advertise “Danish pastry” when it is made in this country? Of course not, A representation does not become “false and deceptive” merely because it will be unreasonably misunderstood by an insignificant and unrepresentative segment of the class of persons to whom the representation is addressed.”*⁶⁸

Il concetto del “reasonable consumer” è qualcosa di non definito entro limiti precisi che si adatta alle diverse realtà che le corti analizzano nei vari casi. Quest’ultimo punto sarà analizzato in maniera più puntuale quando si tratterà della giurisprudenza nei casi di B-to-C (business to consumer) actions.

3. Il terzo elemento che le corti analizzano nei casi di “deception” è la *“materiality”*. L’omissione o la condotta oggetto della violazione deve essere *“material”*, cioè rilevante, determinante per trarre in inganno. Il concetto di *“materiality”* è inteso come possibilità concreta di ingannare ovvero manipolare il processo di autodeterminazione del consumatore.

⁶⁷ Sharpe v. A&W Concentrate Co., 481 F. Supp. 3d 94, 103 (E.D.N.Y. 2020).

⁶⁸ Heinz W. Kirchner, 63 F.T.C. 1282, 1290 (1963).

In una decisione della Supreme Court è stato stabilito che “*in the absence of factors that would distort the decision to advertise, [the court] may assume that the willingness of a business to promote its products reflects a belief that consumers are interested in the advertising.*”⁶⁹ In pratica, le pubblicità sono promosse con la chiara volontà di attirare il consumatore perché interessato a tale prodotto. Richiamando il Restatement 2 of Contracts, si afferma che “quando il venditore sapeva, o avrebbe dovuto sapere, che un consumatore ordinario necessitava dell’informazione omessa, si presume che tale informazione sia “*material*”.”⁷⁰ Dunque, si evince come l’elemento della materiality sia legato alla possibilità che la “misleading claim” possa influenzare il consumatore a tal punto da indurlo ad acquistare il prodotto, e in alcuni casi, a pagare anche un “*premium price*”⁷¹ che giustifichi la differenza del prodotto dalla concorrenza. “*A misleading claim or omission in advertising will violate Section 5 or Section 12, however, only if the omitted information would be a material factor in the consumer’s decision to purchase the product.*”⁷²

Nel caso in cui non si provi la “materiality” della *misleading conduct* nella scelta del consumatore, sarà comunque possibile dimostrarne la sua “importanza”. Sarà al riguardo necessario produrre prove che dimostrino che quel prodotto sia costato di più rispetto ad altri simili o che la *falsa* informazione risulti determinante per l’acquisto mediante sondaggi rivolti ai consumatori, ovvero una testimonianza. In un’altra decisione che ha sempre coinvolto American Home Products Corporation, i giudici della Court of Appeals for the Third Circuit hanno stabilito come: “*The Commission’s right to scrutinize the visual and aural imagery of advertisements follows from the principle that the Commission looks to the impression made by the advertisements as a whole. Without this mode of examination, the Commission would have limited recourse against crafty*

⁶⁹ Cent. Hudson Gas & Elec. Corp. v. Pub. Serv. Comm'n, 447 U.S. 557, 567-68 (1980).

⁷⁰ Restatement on Contracts, Second ¶ 162(l).

⁷¹ Anderson v. Jamba Juice Co., No. 12-CV-01213 YGR, 2012 U.S. Dist. LEXIS 120723, at 3-4 (N.D. Cal. Aug. 25, 2012) *con specifico riferimento a*: “The “All Natural” representation was material to Plaintiff’s decision to buy the smoothie kits, and he paid a price premium for the Jamba Juice smoothie kits that he would not have paid had the true facts been disclosed to him”.

⁷² American Home Products Corp., 98 F.T.C. 136, 368 (1981).

advertisers whose deceptive messages were conveyed by means other than, or in addition to, spoken words.”⁷³

Una volta che la Commissione ha analizzato la possibile violazione e inviato la notifica della violazione, l'impresa ha 30 giorni per poter presentare una opposizione presentandosi in udienza. L'udienza prevista dalla FTC permetterà alla parte di esporre le proprie difese. È prevista l'introduzione di prove. È data la facoltà di introdurre una testimonianza solo in modalità scritta a sostegno della propria posizione, dal momento che non è prevista nessuna modalità di audizione dei testimoni. Nel caso in cui la FTC non ritenga legittimo il comportamento adottato dall'impresa, provvederà con un ordine di “cease and desist”.

Un ordine di “cease and desist” è un tipico provvedimento di una *agency* che richiede l'interruzione immediata di determinate pratiche contestate. Tipicamente, un giudice amministrativo ha la discrezionalità nel decidere dell'emissione dell'ordinanza, in questo caso sarà un giudice della Federal Trade Commission. Esistono due diversi tipi di ordini di “cease and desist”: “summary cease and desist orders” e “final cease and desist orders.” Un ordine di “cease and desists” emesso prima di un'udienza è definito sommario, perché deciso in via cautelare da parte del giudice amministrativo. Il trasgressore deve chiedere un'udienza entro un certo lasso di tempo – di solito trenta o quarantacinque giorni – altrimenti l'ordinanza diventa definitiva. È quindi definito come un ordine finale quel provvedimento emesso a conclusione di un procedimento ordinario.

Gli ordini di “cease and desist” non rappresentano l'unico strumento per combattere le violazioni da parte della FTC. Diverse volte la Commissione ha adottato ordinanze più specifiche, con scopo correttivo, che meglio potessero adattarsi al caso di specie.⁷⁴

Gli ordini di pubblicità correttiva (*corrective advertising orders*) possono contrastare con la libertà di espressione prevista in Costituzione al First Amendment, tant'è che la Corte Suprema

⁷³ American Home Products, 695 F.2d 681, 688 (3d Cir. Dec. 3, 1982).

⁷⁴ 15 U.S.C.S. § 46.

degli Stati Uniti, in *Colgate-PalmOlive*⁷⁵, ha stabilito come tali provvedimenti possano essere legittimi solo se sono funzionali, specifici e ragionevoli in ragione della contestata violazione. Così come scritto dalla Court of Appeals for the District of Columbia Circuit in *Warner-Lambert Co. v. FTC*: *“Corrective advertising orders, such as that imposed here may give rise to concern as to their chilling effect on protected truthful speech. The potential advertiser must consider not only the possibility that he will be forced, at some future date, to abandon his advertising campaign, but also that he may be required to include specific disclaimers in future advertisements. But this danger seems more theoretical than real. As the Supreme Court pointed out in Virginia State Board, not only is the truth of commercial speech “more easily verifiable by its disseminator” than other forms of speech, but “since advertising is the sine qua non of commercial profits, there is little likelihood of its being chilled by proper regulation and forgone entirely.”*⁷⁶ Un contrasto più concreto con il First Amendment potrebbe sussistere nel caso in cui alla parte soggetta all’ordine correttivo è fatto divieto di veicolare messaggi pubblicitari a meno che non introduca un “disclaimer” che sottolinei la precedente presenza di “deceptive claims”.⁷⁷

Concludendo, tra i vari poteri della Commissione è importante sottolineare la possibilità di iniziare una causa civile per *“recover a civil penalty in a district court of the United States against any person, partnership, or corporation which violates any rule ... respecting unfair or deceptive acts or practices. In such action, such person, partnership, or corporation shall be liable for a civil penalty of not more than \$10,000 for each violation.”*⁷⁸

⁷⁵ *FTC v. Colgate-PalmOlive CO. ET AL.*, 380 US 374 (1965).

⁷⁶ *Warner-Lambert Co. v. FTC*, 562 F. 2d 749 at 770 (1977).

⁷⁷ Vedi nota 22, con riferimento a: *“A more serious First Amendment problem which may be raised by corrective advertising orders involves the burden thereby imposed upon the constitutional right recognized in Virginia State Board to advertise truthfully: the party subject to a corrective advertising order may be precluded from exercising his right to advertise unless he also includes specified statements undermining his prior deceptive claims.”*

⁷⁸ 15 U.S.C.S §45(m)(1)(A).

1.3 LE GREEN GUIDES DELLA FTC

Le Green Guides sono linee guida interpretative che hanno lo scopo di informare i “marketers” su quale sia il modo giusto per proporre le “environmental claim”. Queste ultime prevedono principi generali da applicare nelle vendite di un prodotto/servizio al pubblico.

Il decennio che va dal 1970 al 1980 fu teatro di moltissimi interventi della FTC nei confronti delle aziende a causa delle varie “environmental marketing claims”. Durante gli anni ‘80, ad esempio, la FTC emise diversi ordini di cease and desist nei confronti di quelle imprese che affermavano che i loro prodotti erano “ozone friendly”⁷⁹, cosa che chiaramente viola la Section 5 del FTC.

La Federal Trade Commission, infatti, può prevedere regole interpretative e “general statements” di policy in funzione delle condotte che possono essere oggetto dell’azione ispettiva della FTC.⁸⁰ La Commissione può prevedere regole specifiche che definiscano in maniera chiara e puntuale qualsiasi atto o condotta che possa essere lesiva della “*fairness*” del mercato.⁸¹ La stessa sezione nelle parti successive spiega poi il procedimento che la FTC deve seguire nel caso in cui voglia adottare tali regole. Un procedimento lungo che di fatto ha rallentato molte volte il lavoro dell’agenzia governativa, che più volte ha preferito adottare correttivi interpretativi ovvero regolamenti amministrativi che hanno aiutato ad identificare i limiti delle azioni *unfair or deceptive*, circoscrivendo così il campo d’analisi della Commissione.

Proprio grazie all’autorità generale garantita dalla Section 5, la FTC ha implementato la disciplina in materia di environmental marketing, andando a delineare una normativa di settore. La crescita costante della giurisprudenza della Commissione ha poi portato allo sviluppo di una “climate of frustration” nelle situazioni di frode pubblicitaria legata a dichiarazioni collegate

⁷⁹ Ass'n of Nat'l Advertisers v. Lungren, 44 F.3d 726 (9th Cir. 1994).

⁸⁰ 15 U.S.C.S §57(a).

⁸¹ 15 U.S.C.S §57a(1)(B).

all'ambiente. Ciò ha permesso a diversi Stati americani di sviluppare e promulgare una disciplina indipendente e applicabile a livello statale.

La presenza sul territorio nazionale di una disciplina ambientale disomogenea e molto generale non è stata funzionale agli obiettivi che i diversi Stati federali auspicavano. L'eterogeneità della normativa non permetteva una lotta efficace e concreta ai cambiamenti climatici e ambientali. La mancanza di uniformità, per di più, ha inizialmente danneggiato le stesse aziende, per le quali era difficile conformare la loro azione alle differenti disposizioni delle leggi statali. Ad esempio, in Pennsylvania una proposta di legge permetteva di etichettare un prodotto come "biodegradabile" nel caso in cui poteva decomporsi entro un certo periodo di tempo non ben specificato, mentre in California il termine poteva essere usato solo se il prodotto si decomponeva entro un anno. Altri stati, invece, avevano vietato completamente l'uso di alcuni termini "green". Per esempio, in Rhode Island era vietato l'utilizzo della parola "biodegradabile."

Tutto ciò fece sviluppare una diffusa esigenza di formulare una disciplina uniforme in materia di disposizioni ambientali destinate alle imprese.

Nel 1990, la *National Association of Attorneys General* e l'Agenzia Nazionale dei Consumatori (*National Association of Consumer Agency*) sotto la direzione della FTC e in collaborazione con gli Stati e la *Environmental Protection Agency* (EPA) furono chiamate a redigere una regolamentazione generale che potesse regolare il "green marketing". La presenza di molteplici parti chiamate a dire la loro su questo specifico tema era la riprova che tutti gli operatori economici chiedevano a gran voce l'adozione di tale normativa.

Nel maggio del '91 la FTC ricevette differenti proposte di regolamentazione: si richiedeva (1) una maggiore applicazione della sezione 5 caso per caso e maggiore diffusione delle decisioni in tali casi, (2) l'adozione di una normativa commerciale (*trade regulation*) e/o (3) l'emissione di guide interpretative o linee guida.

Un approccio case-by-case avrebbe permesso alla FTC di adottare ordini più specifici analizzando così in maniera puntale e minuziosa le varie situazioni. Ciò, come può ben

comprendersi, è dispendioso di molte energie e risorse per la stessa Commissione. Le decisioni della FTC vengono pubblicate in registri pubblici oppure spedite alle aziende del settore interessato dalla decisione così da potersi adeguare in futuro. Un'interpretazione adottata dalla Commissione in un procedimento ai sensi della sezione 5, lettera b), del FTC Act può essere sintetizzata e notificata ad altri membri dell'industria interessata in modo da soggetto? potersi adeguare alla determinazione della Commissione. La determinazione può quindi costituire la base per le azioni civili ovvero penali contro tali altre società se si scopre che svolgono la stessa condotta con la reale consapevolezza che la pratica è sleale o ingannevole.⁸²

Un'altra strada con cui la Commissione avrebbe potuto regolare i problemi legati alle environmental claims sarebbe stata la promulgazione di una normativa commerciale under section 18 of FTC Act. La section 18 del FTC Act autorizza la Commissione a condurre “*rulemaking proceedings*” per determinare se una particolare dichiarazione o condotta possa essere o meno definita come deceptive. L'adozione di “trade regulations” richiede un procedimento lungo e impegnativo. Le “regulations” promulgate seguendo il procedimento “*under Section 18*” sono binding. La Commissione per modificarle dovrà iniziare un nuovo procedimento di rulemaking rendendo il tutto più lento e meccanico. Il Congresso, tuttavia, ha ridotto il potere della FTC di avviare procedimenti di regolamentazione basati su una “injustice legal theory” nel FTC Improvements Act del 1980, svuotando così parte dei poteri della stessa agenzia governativa.

Le indicazioni di settore possono anche essere fornite attraverso guide interpretative o linee guida. Ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della legge FTC, la Commissione ha il potere generale di fornire interpretazioni autentiche delle proprie leggi mediante orientamenti, pareri consultivi ovvero dichiarazioni. Le linee guida del settore sono promulgate dalla Commissione di propria iniziativa o in base alla petizione presentata da aziende ovvero associazioni dei consumatori quando sembra alla Commissione che una guidance a pratiche particolari sarebbe necessaria nell'interesse pubblico e servirebbe a determinare un'osservanza più diffusa ed equa delle normative. In relazione alla

⁸² 56 FR 24968.

promulgazione di guide del settore, la Commissione può in qualsiasi momento condurre indagini, effettuare studi e tenere qualsiasi conferenza o audizione che ritenga appropriato.⁸³

La Federal Trade Commission ha adottato l'ultima delle soluzioni suggerite, emanando nel 1992 le Green Guides. La decisione di affrontare il marketing "verde" ingannevole e fraudolento utilizzando una guida del settore, anziché un regolamento vincolante, ha consentito alla FTC di affrontare più rapidamente il problema in un momento in cui era sotto pressione vista la crescente richiesta di imprese e consumatori sul tema.⁸⁴

Come detto, le Green Guides sono linee guida interpretative che hanno lo scopo di guidare i “marketers” rispetto al miglior modo con cui proporre le “environmental claim”. Pongono principi generali che dovranno essere applicati durante tutto il processo produttivo di un prodotto, dall'imballaggio alla vendita. Le dichiarazioni pubblicitarie circa il prodotto dovranno rispettare le disposizioni dettate dalla Federal Trade per non ingannare il pubblico rispetto alla qualità “ecofriendly” di un servizio/prodotto.

I “marketers” sono chiamati a seguire queste indicazioni indipendentemente dal fatto che le loro “*environmental claims*” possano essere “direttamente o implicitamente richiamate.”⁸⁵ Ciò significa che le imprese dovranno seguire le disposizioni “green” anche se sull'etichetta o durante la pubblicità del prodotto non vengono richiamate proprietà ambientali particolari, come l'essere o meno “biodegradabile”, composto da prodotto “riciclati” e così via. Citando le Green Guides alla *section 260.1(c)*: “*The guides apply to environmental claims in labeling, advertising, promotional materials, and all other forms of marketing in any medium, whether asserted directly or by implication, through words, symbols, logos, depictions, product brand names, or any other means.*”⁸⁶

⁸³ Vedi nota 29.

⁸⁴ Vedi nota 29.

⁸⁵ 16 CFR Part 260.3(c).

⁸⁶ 16 CFR Part 260.1(c).

L'utilizzo corretto di qualifiche "green", unita alla buona informazione delle claim ambientali sono la base su cui le Green Guides si fondano. Tali linee guida prescrivono che si dovrebbe evitare l'adozione di "statements" che sono incoerenti nei loro elementi o che utilizzano fattori di distrazione che potrebbero sviare o contraddire (*mislead or contradict*) la disclosure in materia ambientale.

A meno che non venga specificato dall'etichetta, si dovrà far presente se la claim faccia riferimento a tutto il prodotto o solo a parte di esso.⁸⁷ "An environmental marketing claim" deve evitare l'utilizzo di "overstating" di attributi o benefici ambientali del prodotto. "It should not overstate, directly or by implication, an environmental attribute or benefit. Marketers should not state or imply environmental benefits if the benefits are negligible."⁸⁸ Ad esempio: se una bottiglia è stata prodotta con il 50% di plastica riciclata in più rispetto alla precedente versione, ma magari il riciclo di plastica è passato dal 2% al 3%, l'affermazione è fuorviante. Seppur vera tecnicamente, la FTC ritiene che tale affermazione lasci intendere che il produttore abbia incrementato notevolmente l'utilizzo della plastica riciclata, quando nella realtà non è stato così.

"An advertiser notes that its glass bathroom tiles contain "20% more recycled content." Depending on the context, the claim could be a comparison either to the advertiser's immediately preceding product or to its competitors' products. The advertiser should have substantiation for both interpretations. Otherwise, the advertiser should make the basis for comparison clear, for example, by saying "20% more recycled content than our previous bathroom tiles."⁸⁹ Qui, invece, si fa riferimento alle "comparisons" che le aziende possono utilizzare nelle proprie campagne pubblicitarie ovvero sulle etichette dei propri prodotti. La Federal Trade Commission prescrive che tali comparazioni possono essere fatte solo se "clear to avoid confusion to the consumer".⁹⁰

⁸⁷ 16 CFR Part 260.3(b).

⁸⁸ 16 CFR Part 260.3(c).

⁸⁹ 16 CFR Part 260.3(d).

⁹⁰ Vedi nota 35.

I soggetti principali a cui le Green Guides si rivolgono sono, come scritto, le imprese. Nonostante ciò, queste linee guida sono utili anche ai consumatori aiutandoli a comprendere al meglio le affermazioni pubblicitarie in materia d'ambiente. Non conferiscono “*any rights*” alle persone e non sono obbligatorie né per la Federal Trade Commission né per il pubblico. La FTC indica le stesse come “*general statements of policy with respect to unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce*”.⁹¹ Sebbene però manchino dell'efficacia *erga omnes*, tipica delle leggi, la Commissione comunque può “*take action under the FTC Act if a marketer makes an environmental claim inconsistent with the guides*.”⁹² Inoltre, le linee guida hanno un ruolo centrale nella giurisprudenza delle corti a livello statale perché molto spesso vengono citate dai consumatori nelle “*civil action*” come fonte autorevole per poter sostenere le proprie allegazioni.

Seguirà un'analisi della giurisprudenza della FTC nelle ipotesi in cui la Commissione ha adottato ordinanze di “*cease and desist*” ovvero sentenze con lo scopo di correggere la condotta aziendale incriminata. Innanzitutto, il primo caso analizzato riguarda un ordine correttivo contro la Brown & Williamson Tobacco deciso nel 1985, poco prima dell'entrata in vigore delle Green Guides. Un caso importante in quanto la Commissione all'epoca aveva già emanato alcune “*linee guida*”, che nel caso di specie vennero utilizzate per dichiarare illegittima l'azione della Brown. Successivamente, altre due decisioni pre-1992 utili per comprendere le problematiche legate agli ordini della FTC e la libertà d'espressione prevista nella Costituzione americana. A concludere il caso “*ECM Biofilms*” deciso nel 2017 che riassume i principi generali delle sentenze precedenti.

⁹¹ 15 U.S.C.S. § 57a(a)(1)(A).

⁹² 16 CFR Part 260.1(a).

1.4 CASI GIURISPRUDENZIALI DELLA FTC

*FTC v. Brown & Williamson Tobacco Corp (1985)*⁹³

FTC v. Brown & Williamson Tobacco Corp. è un caso deciso dalla Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. La decisione della Corte d'Appello conferma la *holding* della corte di primo grado, ma la modifica nella misura in cui l'ordinanza del giudice non permetteva la produzione di documenti che potevano dimostrare risultati differenti da quelli raggiunti dalla Federal Trade Commission.

La Brown&Williamson Corporation (ora in avanti B&W, ovvero Brown) è un'azienda fondata nel 1894 e da sempre nell'industria delle sigarette. Nel 1924 la B&W è acquistata dalla British American Tobacco (BAT) che immediatamente amplia la produzione e le linee di spedizione dell'azienda statunitense. Nel gennaio 1981, B&W introduce le sigarette Barclay sul mercato nazionale. Barclays sono sigarette a bassissimo contenuto di catrame con un design innovativo del filtro. B&W iniziò una massiccia campagna pubblicitaria per promuovere le sue “king-size” con 1 milligrammo ("mg") di catrame, che rappresentava una delle quantità di catrame più basse contenute da qualsiasi sigaretta dell'epoca. Nel 1970, tutte le pubblicità della Barclay inizialmente affermavano che nelle sigarette erano contenuti “1 mg di 'catrame', 0,2 mg di nicotina secondo quanto stabilito dal *metodo FTC*”.

Il “*metodo FTC*” prevedeva il richiamo alle ultime ricerche che la Commissione aveva svolto in quel settore e su quel prodotto. In sei mesi il marchio “Barclays” aveva conquistato più dell'uno per cento del mercato nazionale delle sigarette.⁹⁴

Dalla metà degli anni '50, la FTC si è preoccupata della validità delle affermazioni sul contenuto di catrame e nicotina nella pubblicità delle sigarette. Nel 1955 la Commissione pubblicò linee guida

⁹³ FTC v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 250 U.S. App. D.C. 162, 778 F.2d 35, 37 (1985).

⁹⁴ FTC v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 250 U.S. App. D.C. 162, 778 F.2d 35, 37 (1985).

pubblicitarie sulle sigarette consigliando ai produttori di non rilasciare dichiarazioni sul contenuto di catrame e nicotina che non potessero essere supportate da prove scientifiche affidabili.⁹⁵

Poco dopo l'introduzione di Barclays, due dei competitors di B&W, la RJ Reynolds Tobacco Company e la Philip Morris Incorporated, si sono lamentati con l'FTC che l'affermazione di 1 mg di catrame era imprecisa e fuorviante. La Commissione iniziò così un'indagine nei confronti di tutti i produttori di sigarette per verificare la veridicità delle proprie affermazioni. Gli studi della FTC evidenziarono che il quantitativo di catrame e di nicotina presente nel prodotto della B&W era compreso tra il 3mg e 7mg, e non 1mg come dichiarava l'azienda. La Commissione, quindi, ordinò la modifica delle affermazioni sul pacchetto, ma la Brown si rifiutò continuando ad affermare che le sigarette erano “senza catrame al 99%” con solo “1 MG di TAR”. B&W, tuttavia, modificò la sua legenda e in piccoli caratteri indicò come tali risultati erano stati ottenuti grazie ad “un metodo riconosciuto e utilizzato da B&W e supportato da laboratori indipendenti”. Tutto ciò eliminando il richiamo alla normativa FTC.⁹⁶

La Court of Appeals for the District of Columbia Circuit ha ritenuto che l'affermazione di “1 mg di catrame” sulle sigarette Barclay ha fuorviato i consumatori che nel corso degli anni hanno fatto affidamento sul sistema di classificazione della FTC e la semplice annotazione di un sistema diverso di valutazione non è sufficiente affinché il pubblico né comprende a pieno la differenza. “[The judge] found that “B & W's change in the wording of its advertising legend, deleting specific reference to the FTC testing method, is not sufficient to put consumers on notice that the rating given is not an official FTC rating. The [court] concluded that the FTC had succeeded in demonstrating that Barclay was “improperly rated 1 mg by the FTC method and that any claim that Barclay is a 1 mg. cigarette is deceptive.”⁹⁷

La B&W in appello ha sostenuto che la corte di primo grado avrebbe commesso un errore di diritto nell'adottare un “consumer survey” come principale prova a sostegno dell'inganno del

⁹⁵ Vedi nota 40.

⁹⁶ FTC v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 250 U.S. App. D.C. 162, 778 F.2d 35, 38 (1985).

⁹⁷ FTC v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 250 U.S. App. D.C. 162, 778 F.2d 35, 39 (1985).

consumatore. Senza tale indagine al pubblico la “lower court” non aveva alcuna base per dichiarare la “deception” o per determinare la “materiality” della dichiarazione. Come scritto precedentemente, la corte può adottare l’utilizzo di sondaggi, inchieste e indagini al pubblico per dimostrare la natura “misleading” di una determinata dichiarazione dell’azienda. Da “American Home Products v. Johnson&Johnson”: “*Much of the jurisprudence of false advertising emphasizes the importance of "examining . . . consumer data" to determine the consumer's understanding of the advertisement at issue, if the language of the advertisement is ambiguous and the deception not, therefore, facially apparent.*”⁹⁸ “La prova della reazione dei consumatori “di solito [assume] ... la forma di ricerche di mercato o sondaggi sui consumatori”⁹⁹. I sondaggi ai consumatori condotti da autorità indipendenti possono senza dubbio costituire il modo migliore per stabilire la comprensione e la preferenza degli stessi verso i prodotti, eppure tali sondaggi non sono l’unica forma di prova della percezione pubblica. Questa forma di prova non è vincolante per le corti, ma godendo di ampia discrezionalità nel valutare il peso specifico delle prove prodotte in giudizio le stesse possono valutare la produzione di un sondaggio al pubblico come una prova avente un peso specifico sostanziale da “*support a finding that an advertisement has a tendency to deceive and violates section 5 of the FTC Act.*”¹⁰⁰

La Corte Suprema in *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel*¹⁰¹ ha suggerito che quando il presunto inganno diventa "un luogo comune", un tribunale può definire l'inganno come “self-evident.” La Corte ha inoltre dichiarato come nelle situazioni che coinvolgono "termini tecnici", è ragionevole presumere che i consumatori possano “non essere a conoscenza del significato di tali termini” e che “numeri sostanziali” potrebbero essere fuorvianti. I consumatori non hanno la capacità innata di valutare in maniera precisa le cifre di milligrammo di catrame. Come riportato da un “*expert testimony*” durante la propria deposizione in tribunale: “*After 12 years of exposure to*

⁹⁸ American Home Products Corp. v. Johnson & Johnson, 577 F.2d 160, 166 (2d Cir. 1978).

⁹⁹ McNeilab, Inc. contro American Home Products Corp., 501 F. Supp. 517, 525 (S.D.N.Y. 1980).

¹⁰⁰ FTC v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 250 U.S. App. D.C. 162, 778 F.2d 35, 40-41 (1985).

¹⁰¹ Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel 471 US 626, 105 S. Ct. 2265, 85 L. Ed. 2d 652 (1985).

FTC ratings consumers have become "habituated" to the tar and nicotine "legends" in cigarette advertisements, and hence will only pay attention to those portions of the legend they expect to change from ad to ad -- the numerical tar and nicotine ratings themselves. A consumer reading the Barclay ad would be likely either not to read the wording of the legend, or not realize that the terminology employed signified a departure from the long-utilized FTC Report numerical ratings."¹⁰² Le dichiarazioni assumono valore solo se comparate alle dichiarazioni presenti su altre sigarette.

Per quanto sopra affermato, la corte d'appello ha confermato l'ingiunzione contro la B&W che vietava, in assenza dell'approvazione della Federal Trade Commission, la pubblicazione degli "statement" che dichiarano l'assenza al "99% di catrame e nicotina" sui pacchetti delle Barclays. La corte d'appello, in più, definisce l'ordinanza come "reasonable and necessary to prevent deception."¹⁰³ Sebbene quanto detto, la corte ha permesso la B&W discostarsi da quanto ordinato dalla FTC a patto che la pubblicità faccia riferimento ai ratings emanati dalla stessa autorità federale (ovvero standard simili utilizzati dalle altre sigarette) richiedendo, infine, che le successive pubblicità non contrastino con la Section 5 dell'FTC Act che protegge la pubblicità ingannevole.¹⁰⁴

FTC v. Colgate-Palmolive Co. et al. (1965)¹⁰⁵

FTC v. Colgate-Palmolive Co. et al. è un caso deciso dalla Supreme Court of the United States. La Federal Trade Commission ha impugnato il rifiuto della United States Court of Appeals for the First Circuit di eseguire un'ordinanza che vietava l'uso di "*undisclosed simulations*" negli spot televisivi. La questione è arrivata all'attenzione della Corte Suprema degli Stati Uniti che ha concesso "certiorari" per poter esaminare la questione di diritto sollevata dalla Colgate-PalmOlive.

¹⁰² FTC v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 250 U.S. App. D.C. 162, 778 F.2d 35, 43 (1985).

¹⁰³ FTC v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 250 U.S. App. D.C. 162, 778 F.2d 35, 43-44 (1985).

¹⁰⁴ Vedi nota 48.

¹⁰⁵ FTC v. COLGATE-PALMOLIVE CO. ET AL., 380 US 374, 376, 85 S. Ct. 1035, 1038, 13 L.Ed.2d 904, 909 (1965).

La società ricorrente ha eccepito il potere della Federal Trade Commission di adottare un provvedimento inibitorio che impedisse la pubblicazione, anche *pro-futuro*, di spot pubblicitari con elementi dimostrativi. La FTC, dal canto suo, ha sostenuto che la falsa rappresentazione di qualsiasi fatto che abbia materialmente indotto un acquirente ad acquistare è vietata dal § 5 del Federal Trade Commission Act (Act), 15 U.S.C.S. § 45. La Corte Suprema ha dato ragione all'Agency sostenendo che la stessa si trovasse in una posizione migliore per poter decidere questi tipi di controversie. A maggior ragione la Corte ha sottolineato come la società in questione avesse utilizzato per molti anni questi tipi di spot pubblicitari tale da far presumere altre violazioni in futuro, giustificando così l'ampia natura del provvedimento della FTC.

In tre spot televisivi di un minuto, la Colgate-PalmOlive pubblicizzava una crema da barba. Gli advertisement mostravano un plexiglass su cui era stata applicata della sabbia che veniva rasata dopo l'applicazione della crema da barba. L'applicazione della schiuma da barba su questa piattaforma aveva lo scopo di dimostrare il potere idratante del prodotto della PlamOlive. Il plexiglass con sopra la sabbia aveva creato una superficie dura e ruvida. Da dimostrazione però anche questa superficie poteva essere rasata "in un colpo solo" e dopo "pochi minuti" grazie all'applicazione della schiuma.

La Federal Trade Commission ha ritenuto che gli annunci pubblicitari costituissero pratiche ingannevoli vietate dalla Section 5 del Federal Trade Commission Act e ha emanato un'ordinanza di "cease and desist" affinché il produttore terminasse l'utilizzo di quegli spot pubblicitari.

Le prove allegate dall'agenzia governativa evidenziavano come la superficie utilizzata negli spot pubblicitari non poteva essere rasata immediatamente dopo l'applicazione di "Rapid-Shave", ma richiedeva un sostanziale periodo di ammollo di circa 80 minuti. La FTC ha dimostrato, inoltre, che la dimostrazione nella pubblicità era un "artefatto" costruito ad arte per girare gli spot

pubblicitari. Nonostante “Rapid-Shave” fosse in grado di radere la carta vetrata, ciò non era possibile nel breve lasso di tempo rappresentato dagli spot pubblicitari.¹⁰⁶

Il focus principale del ragionamento della Corte si è concentrato su tre dichiarazioni differenti: 1) la prima legata alla possibilità di Rapid-Shave di rasare completamente la superficie vetrata/sabbiosa; 2) l’esperimento condotto negli spot pubblicitari; e infine, 3) gli effetti della pubblicità sullo spettatore.¹⁰⁷ Ciò è stato stabilito nella decisione contro la Palm-Olive e la stessa corte ha specificato come i poteri dei giudici e della FTC sono chiaramente indicati nel FTC Act emanato dal Congresso. La creazione della FTC aveva come unico scopo la tutela delle pratiche commerciali scorrette proteggendo così la concorrenza nel commercio. Il Congresso ha poi successivamente esteso la giurisdizione della Commissione anche a quelle pratiche ingannevoli e fuorvianti lesive della concorrenza, come spiegato in precedenza. I divieti di cui al § 5 sono flessibili, e gli stessi “da definire con particolarità dalla miriade di casi del settore”.¹⁰⁸

Questo, come spiegato, conferisce necessariamente alla Commissione un ruolo centrale nell’interpretazione della Section 5 e nella sua applicazione ai fatti di casi particolari. “*As an administrative agency which deals continually with cases in the area, the Commission is often in a better position than are courts to determine when a practice is "deceptive" within the meaning of the Act. This Court has frequently stated that the Commission's judgment is to be given great weight by reviewing courts.*”¹⁰⁹ Le interpretazioni della Commissione sono in linea con la visione della Supreme Court degli Stati Uniti. La stessa nella decisione richiama un proprio ragionamento in un altro caso riguardante la FTC. La Corte Suprema ha affermato in *Federal Trade Comm'n v. Algoma Lumber Co.*: “Il pubblico ha il diritto di ottenere ciò che sceglie, sebbene la scelta possa essere

¹⁰⁶ FTC v. COLGATE-PALMOLIVE CO. ET AL., 380 US 374, 376, 85 S. Ct. 1035, 1038, 13 L.Ed.2d 904, 909 (1965).

¹⁰⁷ FTC v. COLGATE-PALMOLIVE CO. ET AL., 380 US 374, 386, 85 S. Ct. 1035, 1043, 13 L.Ed.2d 904, 914 (1965).

¹⁰⁸ Federal Trade Comm'n v. Motion Picture Advertising Service Co., 344 U.S. 392, 394 (1953).

¹⁰⁹ FTC v. COLGATE-PALMOLIVE CO. ET AL., 380 U.S. 374, 385, 85 S. Ct. 1035, 1042-43, 13 L.Ed.2d 904, 914 (1965).

dettata dal capriccio o dalla moda o forse dall'ignoranza.”¹¹⁰ Come deciso in *Federal Trade Comm'n v. Royal Milling Co.*:

*“If consumers or dealers prefer to purchase a given article because it was made by a particular manufacturer or class of manufacturers, they have a right to do so, and this right cannot be satisfied by imposing upon them an exactly similar article, or one equally as good, but having a different origin.”*¹¹¹

Il presente caso non riguarda una modalità di comunicazione, ma una rappresentazione ingannevole. Tale raffigurazione è simile ai casi citati in precedenza, in quanto tutti accomunati dallo scopo di indurre il consumatore ad acquistare un prodotto con quelle caratteristiche specifiche. Le aspettative o le speranze che quel prodotto sia o meno all'altezza di quanto dichiarato è una mera questione incidentale su cui i giudici della Corte Suprema non hanno disposto.¹¹² La Corte è in accordo con la posizione della Commissione.

Per quanto descritto, secondo la Supreme Court of the United States, le corti non dovrebbero "modificare [seppur] leggermente" gli ordini della Commissione.¹¹³ È inoltre asserito che il contenuto di un'ordinanza “dovrebbe essere chiaro e preciso in modo che possa essere compresa da coloro contro i quali sono diretti” e che “la gravità delle eventuali sanzioni irrogate ... debbano essere necessarie e ragionevoli per evitare di sollevare seri interrogativi sul loro significato e sulla loro applicazione, contrastando così con il *freedom of speech*.”¹¹⁴ Quando lo spot non solo fa una “claim”, ma invita anche lo spettatore a fare affidamento sulla propria percezione facendo riferimento alla prova dimostrativa della pubblicità si deve riconoscere che l'utilizzo degli oggetti di scena potrebbe ingannare lo spettatore.¹¹⁵ Si ritiene che la FTC abbia fornito una base sufficiente per ritenere che la Colgate-PalmOlive è incline all'utilizzo di pubblicità simili rispetto anche ad altri prodotti. Perciò, è ragionevole che la Commissione indichi nel suo ordine in modo sufficientemente

¹¹⁰ *Federal Trade Comm'n v. Algoma Lumber Co.*, 291 US 67, 78 (1934).

¹¹¹ *Federal Trade Comm'n v. Royal Milling Co.*, 288 U.S. 212, 216 (1933).

¹¹² *FTC v. COLGATE-PALMOLIVE CO. ET AL.*, 380 US 374, 388-89 (1965).

¹¹³ *Federal Trade Comm'n v. Cement Institute*, 333 US 683, 726 (1948).

¹¹⁴ *Federal Trade Comm'n v. Henry Broch & Co.*, 368 US 360, 367-368 (1962).

¹¹⁵ Vedi nota 56.

ampio il “cease and desist” così da impedire future pratiche illegali. “*The Commission is not limited to prohibiting the illegal practice in the precise form in which it is found to have existed in the past. Having been caught violating the Act, respondents "must expect some fencing in."*”¹¹⁶

In conclusione, sebbene il Primo Emendamento protegga il “*free flow of commercial information*”, la Corte ha concluso che “*yet, "false, deceptive, or misleading advertising" does not serve, and, in fact, disserves, that interest, and thus the subcategory of commercial speech consisting of false and deceptive advertising "remains subject to restraint."*”¹¹⁷

Warner-Lambert Co. v. FTC (1977)¹¹⁸

La Warner-Lambert Co., per più di 50 anni, ha pubblicizzato il collutorio “Listerine” come una cura per il mal di gola. Convinti che, oltre ad avere proprietà positive per l’igiene orale, il collutorio avesse anche proprietà curative i consumatori hanno acquistato maggiormente il prodotto, pagando anche un “premium price” per ottenerlo.

Questo è un caso deciso dalla Supreme Court of the United States nel 1977 che ha concesso *certiorari* in seguito alla richiesta della Warner-Lambert di eccepire la carenza di potere della Federal Trade Commission di imporre un’ordinanza correttiva della pubblicità “Listerine”. La condotta utilizzata per più di mezzo secolo da parte del produttore del collutorio ha creato un inganno sostanziale nel pubblico. Pertanto, la FTC ha ritenuto che l'ordine correttivo fosse necessario per dissipare gli effetti delle rappresentazioni ingannevoli dell’azienda.

Come già definito dalla Supreme Court il “*commercial speech*” rientra nella tutela del Primo Emendamento solo se quest'ultimo è veritiero e utile ai fini della scelta del consumatore. Pratiche commerciali scorrette, come visto nel caso “Colgate-PalmOlive”¹¹⁹, non rientrano sotto la

¹¹⁶ FTC v. Nat'l LEAD CO., 352 U.S. 419, 431 (1957).

¹¹⁷ In re R. M. J., 455 U.S. 191, 102 S. Ct. 929, 71 L.Ed.2d 64 (1982).

¹¹⁸ Warner-Lambert Co. v. FTC, 183 U.S. App. D.C. 230, 562 F.2d 749, 771 (1977).

¹¹⁹ Vedi nota 58.

protezione del Primo Emendamento e per questo motivo possono essere oggetto di divieti/imposizioni specifiche da parte delle autorità competenti. *“The governmental interest, of course, is in protecting citizens against deception -- with its attendant waste and misallocation by consumers to the benefit of the wrongdoers -- by ensuring that advertising conveys truthful information to the public.”*¹²⁰ Come già precedentemente scritto, la Corte valuta *“these dangers seems more theoretical than real.”*¹²¹ Nel momento in cui la FTC decide di intervenire con un’ordinanza correttiva, la pubblicità, seppur falsa e ingannevole, avrà già ottenuto il proprio scopo e avrà già *“have served its purpose by deceiving the public.”*¹²²

Considerato, quindi, lo scopo, i diritti tutelati, il campo di applicazione del Primo Emendamento e *“the governmental purposes and public interests affected by the ban, and the availability of alternative”*¹²³ in questo caso *“it does seem clear that the corrective advertising order ... is the least restrictive means of achieving a substantial and important governmental objective and that, on balance, it must be upheld.”*¹²⁴

ECM Biofilms v. FTC (2017)¹²⁵

ECM Biofilms v. FTC è una decisione presa dalla United States Court of Appeals for the Sixth Circuit nel marzo del 2017. È una decisione di rilievo perché tocca i temi precedentemente trattati: procedimento di enforcement della Section 5 del FTC Act e il contrasto dell’ordinanza della Federal Trade Commission con il First Amendment. Una sentenza che, seppur non esplicitamente, richiama il concetto del greenwashing legato alla biodegradabilità del prodotto commercializzato.

La maggior parte dei prodotti di plastica conclude il proprio ciclo di utilizzo in discariche a cielo aperto. ECM ha deciso di sviluppare una plastica speciale che potesse biodegradarsi in pochi

¹²⁰ Warner-Lambert Co. v. FTC, 183 U.S. App. D.C. 230, 562 F.2d 749, 771 (1977).

¹²¹ Vedi nota 22.

¹²² Warner-Lambert Co. v. FTC, 183 U.S. App. D.C. 230, 562 F.2d 749, 770 (1977).

¹²³ Vedi nota 64.

¹²⁴ Warner-Lambert Co. v. FTC, 183 U.S. App. D.C. 230, 562 F.2d 749, 771 (1977).

¹²⁵ ECM Biofilms v. FTC, 851 F. 3d 599, 605 (6th Cir. 2017).

anni dopo il consumo; tutto ciò per cavalcare l'onda del *green-consumerism* e accontentare la fetta di mercato di consumatori più “environmentally-conscious”. La plastica commercializzata dalla ECM, a detta della società, impiegava dai 9 mesi ai 5 anni per degradarsi completamente. Nel 2012, la FTC modifica le sue “Green Guides” e introduce una disposizione che mira ad evitare il “*solid waste stream*”. Secondo le Guides: “*It is deceptive to make an unqualified degradable claim for items entering the solid waste stream if the items do not completely decompose within one year after customary disposal. Unqualified degradable claims for items that are customarily disposed in landfills... are deceptive because these locations do not present conditions in which complete decomposition will occur within one year.*”¹²⁶ Con l'introduzione di questa disposizione, la ECM cambia il proprio marketing. Dopo il 2012, di fatto, a fianco la parola “biodegradabile” è stata aggiunto un asterisco che chiarificava come i prodotti di plastica con additivo ECM si degradavano in un ambiente “biologically-active”, tra cui molte discariche a cielo aperto, in un periodo maggiore di un anno.¹²⁷ Nonostante ciò, sul sito-web della società continuavano a comparire le dichiarazioni di “9 mesi a 5 anni”, così come nelle comunicazioni ai vari clienti.

La FTC dopo aver condotto varie ricerche sulla veridicità delle affermazioni della ECM ha emesso un'ordinanza che ha fatto divieto di divulgare informazioni false, ingannevoli e fuorvianti e la invitava ad utilizzare solamente informazioni che potessero basarsi su ricerche scientifiche riconosciute al fine di dichiarare con certezza il grado di biodegradabilità del prodotto venduto. Le eccezioni mosse dalla ECM all'ordinanza della Federal Trade Commission fanno riferimento alla mancanza di prove da parte dell'amministrazione pubblica e il contrasto dell'ordinanza con il primo emendamento.

Rispetto alla prima questione, la United States Court of Appeals for the Sixth Circuit richiama il ragionamento della Corte Suprema in *Colgate-PalmOlive* stabilendo che la Commissione, trattando spesso di questi casi, è nella situazione migliore per poter determinare

¹²⁶ 16 CFR Part 260.8(c).

¹²⁷ *ECM Biofilms v. FTC*, 851 F. 3d 599, 605 (6th Cir. 2017).

quale pubblicità possa essere definita ingannevole o meno. I poteri della FTC derivano dalla Section 5 del FTC Act e data l'ampia discrezionalità dell'amministrazione, le corti “*give great weight to the Commission's judgment*”.¹²⁸ La Federal Trade Commission “*will deem an advertisement to convey a claim if consumers acting reasonably under the circumstances would interpret the advertisement to contain that message.*”¹²⁹ Per incontrare lo standard del “reasonable consumer”, la pubblica amministrazione ha introdotto due differenti indagini di mercato condotte una da un esperto della FTC e l'altra altro non era che un sondaggio dell'azienda. Entrambe le ricerche corroborano la posizione della FTC, tant'è che la corte le definisce come “*valid form of extrinsic evidence*”¹³⁰ capaci di dimostrare lo standard di ragionevolezza richiesto. Sebbene ECM contesti queste prove perché il concetto di “biodegradabile” è qualcosa di scientifico e non legato all'interpretazione comune di un consumatore medio, la corte ha chiarito come nonostante la conoscenza scientifica di un *reasonable consumer* non rientri nello standard di ragionevolezza “*[i]n considering charges of false and deceptive advertising, the public's impression is the only true measure of deceptiveness.*”¹³¹

Tutto ciò perché la Corte Suprema ha affermato in diverse occasioni che la conoscenza scientifica del consumatore può variare nel corso del tempo e tale non sarebbe uno standard veritiero dal momento che la conoscenza in campo scientifico è mediamente limitata. Le allegazioni della FTC, quindi, supportano che ECM ha violato la Section 5 del FTC Act.

Con riguardo alla seconda questione, l'ordinanza della Commission inibisce la pubblicizzazione della plastica di ECM come biodegradabile a meno che ... non sia veritiera, basata quindi su evidenza scientifica definita “*competent*” e “*reliable*”. Quindi: “*if ECM possesses scientific evidence that ECM plastic will completely decompose within five years, then it may use the word "biodegradable" in its advertisements without any restriction whatsoever. Second, if ECM*

¹²⁸ FTC v. Colgate-PalmOlive, 380 US 374, 385 (1965).

¹²⁹ ECM Biofilms, Inc. v. FTC, 851 F.3d 599, 610 (6th Cir. 2017).

¹³⁰ ECM Biofilms, Inc. v. FTC, 851 F.3d 599, 611 (6th Cir. 2017).

¹³¹ FTC v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 778 F.2d 35, 39-40, 250 U.S. App. D.C. 162 (D.C. Cir. 1985).

does not possess scientific evidence that ECM plastic will completely decompose within five years, but does possess scientific evidence that ECM plastic will decompose at some other rate, then it may use the word "biodegradable" only if it also includes certain disclaimer."¹³² La restrizione quindi non fa divieto all'azienda di utilizzare la parola "biodegradabile" nelle pubblicità o con propri prodotti, ma semplicemente indica un modo corretto di adottare tale dichiarazione, in ossequio ai principi prescritti dalla Section 5 e dalle Green Guides della FTC. Dal momento che in ogni avvertenza della Federal Trade Commission c'è una restrizione della libertà d'espressione "*in some degrees*", l'adozione della posizione di ECM "*would render any disclaimer requirement a prohibition on speech.*"¹³³

3. LANHAM ACT

L'azione di iniziativa della Federal Trade Commission non è l'unico metodo, come accennato, per combattere il greenwashing ottenendo una decisione da parte di un giudice. "Una falsa campagna pubblicitaria può completamente screditare il prodotto di un'impresa, distruggere la fiducia dei consumatori e compromettere il senso comune o quel determinato settore di mercato. Meno tangibile ma pur sempre reale è il danno sofferto da quella parte di commercianti che dovranno abbassare i prezzi per far fronte alla concorrenza sleale di terzi. La concorrenza di un bugiardo è sempre pericolosa, anche se la quantificazione esatta del danno non è sempre facile da provare."¹³⁴ Ciò è quanto sostenuto nella *concurring opinion* dal giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti John P. Stevens nella decisione *Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana Inc.* del 1992. Le corti statunitensi hanno utilizzato la Section 43(a) del Lanham Act per far fronte a situazioni che potessero confliggere con la leale concorrenza nel mercato nazionale.

¹³² *ECM Biofilms, Inc. v. FTC*, 851 F.3d 599, 615 (6th Cir. 2017).

¹³³ *ECM Biofilms, Inc. v. FTC*, 851 F.3d 599, 618 (6th Cir. 2017).

¹³⁴ *Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc.*, 505 U.S. 763, 778 n.4 (1992).

Nel corso degli anni la Section 43(a) ha garantito un solido appoggio contro quelle “claim” che riguardassero la pubblicità ingannevole, permettendo di ottenere inibitorie capaci di “proteggere sia i consumatori che i commercianti” e per di più grazie all’allegazione di prove specifiche le corti hanno garantito anche un risarcimento del danno subito, che può andare ben oltre la soglia della sanzione FTC prevista dal FTC Act.

La Section 43(a) del Lanham Act, nonostante tuteli la “unfair competition”, distingue due ambiti di applicazione. Il primo riguarda la tutela in materia di marchi e brevetti con la protezione nei confronti dei casi di “false association”, come previsto dalla Section 43(a)(1)(A). La pubblicità ingannevole ricade, invece, nella sub-sezione (B) della stessa norma.

Trattando del tema del greenwashing, l’analisi della disciplina del Lanham Act si focalizzerà su quest’ultima sezione; avendo definito il greenwashing come quella strategia di comunicazione che certe imprese adottano con il fine di costruire un’immagine di sé ingannevolmente positiva sotto il profilo dell’impatto ambientale, utilizzando slogan che non corrispondono alla realtà dei fatti.

La Section 43(a)(1)(B) prevede un’azione di responsabilità nei confronti di chi commette una “misrepresentation in commercial advertising or promotion” of “the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person’s goods, services, or commercial activities”¹³⁵

Il Lanham Act non definisce con certezza i limiti entro i quali può avvenire una violazione della normativa citata. La giurisprudenza maggioritaria ritiene che l’applicazione di profili di responsabilità previsti dalla sezione 43 non possano non prescindere dalla definizione di “commercial advertising or promotion”. Una volta stabilito il campo di applicazione della normativa poi si potrà applicare il cd. *Skil test*¹³⁶ che permetterà l’individuazione del danno e la successiva quantificazione dell’ammontare da parte dei giudici della corte.

¹³⁵ Section 43(a)(1)(B) of Lanham Act.

¹³⁶ *Skil Corp. v. Rockwell Int’l Corp.*, 375 F. Supp. 777, 782–83 (N.D. Ill. 1974).

SECTION 43 of the Lanham Act:

“(a) Civil action

(1) Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which—

(A) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or

(B) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities, shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act.”¹³⁷

A prima lettura la Section 43(a) sembrerebbe legittimare qualunque persona ad iniziare un'azione di responsabilità nei confronti della società in violazione del Lanham Act. Nella “standing provision”¹³⁸ la Section 43(a) indica come: “[The violator] ... shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act.”¹³⁹ Di fatti, con la locuzione “any person” è come se il diritto a richiedere il risarcimento del danno spettasse anche al comune consumatore danneggiato dalla condotta ingannevole e fuorviante di un'impresa; a maggior ragione se la stessa norma contiene la previsione di una presunzione che potrebbe riferirsi ad un “aggrieved consumer”.

Un consumatore che ha acquistato un prodotto inteso come “naturale” e “privo di additivi artificiali” potrebbe riconoscere solo successivamente che in quello stesso prodotto erano presenti in

¹³⁷ 15 U.S.C.S 1125(a).

¹³⁸ Significa “legittimazione ad agire”.

¹³⁹ 15 U.S.C.S 1125(a).

grandi quantità additivi artificiali.¹⁴⁰ Quello stesso consumatore potrebbe aver subito un duplice danno. Inizialmente un danno, seppur lieve, alla salute. La presenza di grandi quantità di ingredienti artificialmente prodotti può recare un danno in termini di salute fisica. Secondariamente, il consumatore ha subito un danno di natura patrimoniale acquistando un prodotto rivelatosi fraudolento e ingannevole. Per questi motivi, “any person” potrebbe essere “damaged” da una condotta di pubblicità ingannevole. Nonostante ciò, la locuzione “any person” è stata interpretata dalle corti in maniera restrittiva.

La giurisprudenza statunitense conviene che un “ordinary consumer” manchi di legittimazione per invocare un danno “under Section 43(a).” Sebbene ciò, il consumatore può trovare rimedio nelle corti statali che negli anni, come si vedrà, hanno adottato differenti decisioni per tutelare la condotta ingannevole delle imprese, garantendo una protezione anche per la comune persona e non le sole aziende operanti sul mercato.

La struttura del Lanham Act e le sezioni dedicate alle definizioni della legge, 15 U.S.C. § 1127 (“Section 45”), permettono di comprendere il motivo per cui le corti americane non prevedono una legittimazione ad agire ai consumatori. Sebbene nella definizione di “persona” il Lanham Act preveda, tra le varie, sia le persone giuridiche che le persone fisiche, il Congresso ha chiarito come il Lanham Act abbia come scopo principale quello di proteggere le persone che sono “*engaged in such commerce against unfair competition.*”¹⁴¹

Per essere legittimato ad agire, “*a plaintiff*” deve dimostrare di aver subito un danno ad un “*commercial interest in sales or business reputation*” che sia stato “*proximately caused*” da un inganno del “*defendant.*” In una decisione che ha fatto scuola, la corte ha chiarito come: “*A consumer who is hoodwinked into purchasing a disappointing product may well have an injury-in-*

¹⁴⁰ Sharpe v. A&W Concentrate Co., 481 F. Supp. 3d 94 (E.D.N.Y. 2020).

¹⁴¹ Daniel J. Mulcahy, Section 43(a) of the Lanham Act: its development and potential, Loyola University Chicago Law Journal 1972, disponibile a <https://lawcommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2433&context=luclj> ultimo accesso 08/07/2022.

fact cognizable under Article III, but he cannot invoke the protection of the Lanham Act—a conclusion reached by every Circuit to consider the question.”¹⁴²

La corte in Lexmark ha elaborato un “two-part test”: *zone of interest* e *proximate cause*.¹⁴³ Il concetto di “*zone of interest*” descrive un concetto di legittimazione “prudenziale” che incorpora tre principi generali della legittimazione ad agire, vale a dire “the general prohibition on a litigant raising another’s rights, the rule barring adjudication of “generalized grievances,” and the requirement that a plaintiff’s complaint fall within the “zone of interests” protected by the invoked statute.”¹⁴⁴ Così la corte ha poi chiarito come una società non era legittimata ad agire “under Section 43(a)” nel caso di danno economico diretto causato da un acquisto non soddisfacente da un “supplier”. Questo perché il danno subito dalle imprese sarebbe stato simile a quello di un normale consumatore, che, come detto, è “*barred to start a claim under this Section of the Lanham Act.*” Con le parole delle corte, “[e]ven a business misled by a supplier into purchasing an inferior product is, like consumers generally, not under the Act’s aegis.”¹⁴⁵

La “proximate-cause” generalmente proibisce l’azione nel caso in cui il nesso di causalità tra l’azione e il danno è debole. Ciò significa che nel caso in cui la condotta illecita del “defendant” è “too remote” dal danno che l’attore allega in giudizio allora l’attore non è legittimato ad agire, almeno nei confronti di tale “defendant.”¹⁴⁶ Di conseguenza, un attore che sostiene una falsa affermazione pubblicitaria ai sensi della Section 43(a) deve mostrare “danni economici o reputazionali” derivanti direttamente dall’inganno, il che induce i consumatori a “withhold trade” dall’attore.

La Corte ha osservato che il caso Lexmark non comportava una controversia tra concorrenti diretti. Tuttavia, ha ritenuto che il convenuto affermasse sufficientemente che le sue lesioni fossero “*proximately caused*” dalle presunte false dichiarazioni di Lexmark. “*For example, while a*

¹⁴² Lexmark Int’l, Inc. v. Static Control Components Inc., 572 U.S. 118, 109 U.S.P.Q.2d 2061, 2072 (2014).

¹⁴³ Vedi nota 141.

¹⁴⁴ Vedi nota 141.

¹⁴⁵ Vedi nota 141.

¹⁴⁶ Vedi nota 141.

competitor who is forced out of business by a defendant's false advertising generally will be able to sue for its losses, the same is not true of the competitor's landlord, its electric company, and other commercial parties who suffer merely as a result of the competitor's 'inability to meet [its] financial obligations.'"¹⁴⁷

Oltre alla generale previsione normativa sulla legittimazione ad agire, la Section 43(a) non definisce con precisione quali siano le condotte che possano violare le previsioni di legge. La giurisprudenza degli Stati Uniti ha utilizzato l'analisi condotta dalla Southern District Court of New York in *Gordon&Breach Sci. Pub v. Am. Inst. Of Physics*.¹⁴⁸ Analisi che ha permesso di ricondurre le ipotesi di "*false and misleading advertising*" ai casi "*generally understood as so.*" Il caso in questione ha riguardato false dichiarazioni espresse in una rivista scientifica da parte di Gordon&Breach nei confronti di due associazioni no-profit, che figurano come parte convenuta. La corte ha definito la condotta della rivista scientifica come attività promozionale, nonostante l'azienda eccepisse la natura scientifica e di ricerca di tali dichiarazioni. La corte ha valutato che tali dichiarazioni contrastavano con le previsioni del Lanham Act perché spingevano i "core consumers" all'acquisto di prodotti alternativi rispetto quelli offerti dalle aziende no-profit in questione. La decisione della corte newyorkese, nonostante non avesse condotto un'analisi esaustiva della normativa dell'Act, ha comunque avuto un forte impatto sulle decisioni delle altre corti statunitensi, tant'è che Gordon&Breach è la decisione più citata nei casi di pubblicità ingannevole legati al Lanham Act.

Le corti hanno comunque potuto discostarsi da questa holding per questo motivo in alcune giurisdizioni, come nel Second Circuit, dove sono state elaborate definizioni e standard differenti da quelli di Gordon&Breach. Nonostante ciò, i test hanno tutti la stessa base di partenza e la maggior parte analizza spesso i medesimi fattori, quali: *commercial speech, commercial competition with plaintiff, for the purposes of influencing consumers.*

¹⁴⁷ *Lexmark Int'l, Inc. v. Static Control Components Inc.*, 572 U.S. 1134, 109 U.S.P.Q.2d 2061, 2072 (2014).

¹⁴⁸ *Gordon & Breach Sci. Publs. S.A. v. Am. Inst. of Physics*, 859 F. Supp. 1521 (S.D.N.Y. 1994).

Il primo fattore utile per poter comprendere la previsione della Section 43(a)(1)(B) è determinare che la dichiarazione dell'impresa sia effettivamente *commercial speech*. Sembra un ragionamento tautologico, eppure per determinare con certezza la presenza di un *commercial speech* per gli scopi del Lanham Act basterà analizzare se quella comunicazione si riferisce ad un prodotto/servizio preciso e che tale abbia come scopo principale una motivazione economica. Questo standard è stato introdotto dalle corti dell'Eighth Circuit nella decisione *Porous Media Corp. v. Pall Corp.*¹⁴⁹ del 1999.

Altre corti hanno, come di solito accade, adottato standard differenti, ma la motivazione economica è la chiave per poter tracciare una linea netta capace di identificare la presenza di un *commercial speech*. Altre giurisdizioni statunitensi parlano di “*commercial transaction purpose*”, “*economic interest*” ovvero “*economic benefit*”. La sostanza non cambia e tutte fanno riferimento all'aspetto economico della comunicazione.

Il secondo fattore richiede che le parti in giudizio fossero legate da una situazione di “*commercial competition*”. Ciò però non è più ritenuto applicabile, dal momento che nel 2014 la Corte Suprema in *Lexmark Int'l, Inc. v. Static Control Components, Inc.*, 572 U.S. 118, 134 S. Ct. 1377, 188 L. Ed. 2d 392 (2014) ha abrogato il termine “*competition*” come elemento necessario nell'analisi della legittimazione ad agire.

Il terzo elemento da analizzare è quello “*for the purposes of influencing the consumers.*” Così come analizzato nelle disposizioni del FTC Act e della giurisprudenza della Commissione, la corte dovrà interrogarsi sulla tendenza della dichiarazione a influenzare l'acquisto da parte del consumatore. In un caso della California è stata condannata un'impresa di ristorazione online che sulla propria piattaforma dichiarava come “chiusi, non disponibili o troppo lontani” quei ristoranti non-partner della società. Nei fatti ciò ha spinto i consumatori ad acquistare presso i ristoranti convenzionati con il servizio di consegne che guadagnava una percentuale sulle consegne effettuate.

¹⁴⁹ *Porous Media Corp v. Pall Corp*, 186 F.3d 1077 (8th Cir. 1999).

*“In other words, [plaintiff] has alleged injury to its commercial interests that is proximately cause[d] by [defendant’s] misrepresentations.”*¹⁵⁰

Concludendo è possibile affermare che la Section 43(a)(1)(B) del Lanham Act non protegge tutte le pratiche commerciali che possono avere ad oggetto una misrepresentation, ma si propone di tutelare solo i casi in cui il commercial speech coinvolge situazioni fraudolente, false o ingannevoli.

“Actionable misrepresentations under Section 43(a)(1)(B)” sono limitate a quelle “false statements” che hanno ad oggetto “*nature, characteristics, qualities, or geographic origin*” of “*goods, services, or commercial activities.*”¹⁵¹ In “Grove Fresh” una corte della Florida ha stabilito che indicare un prodotto come realizzato al “100% Florida oranges” integra le false rappresentazioni indicate dal Lanham Act quando allo stesso sono stati aggiunti edulcoranti e additivi artificiali.¹⁵²

È facile comprendere come interpretazioni di questo tipo possano essere adottate nei casi di greenwashing; possono esserne un esempio quei casi in cui le imprese sostengono l’origine biologica ed ecosostenibile dei propri prodotti. Il concetto di “origine” descritto nella normativa ha molto spesso causato incomprensioni tra giuristi e corti. Le “claims” che includono “misrepresentations or confusion” dell’origine del prodotto, servizio o di altre attività commerciali potrebbero essere introdotte come allegazioni in una “passing-off claim” ai sensi della Section 43(a)(1)(A).¹⁵³

Il termine “origine” potrebbe riferirsi a molteplici aspetti di un prodotto, dai materiali utilizzati sino alla più ovvia origine geografica. Una decisione della Third Circuit che ha coinvolto il colosso dei liquori “Bacardi” ha sottolineato proprio come il termine “origine” fosse riferito all’origine geografica che la Section 43(a)(1)(B) intende tutelare nei casi di misrepresentation.¹⁵⁴ Il caso ha riguardato l’utilizzo – definito come *improprio* su eccezione di Pernod USA – delle parole

¹⁵⁰ Lona’s Lil Eats, LLC v. Doordash, Inc., 2021 U.S. Dist. LEXIS 8930, at 21–23 (N.D. Cal. Jan. 18, 2021).

¹⁵¹ 15 U.S.C. 1125(a).

¹⁵² Grove Fresh Dist. Inc. v. New England Apple Prods. Co., 969 F.2d 552 (7th Cir. 1992).

¹⁵³ 15 U.S.C. 1125(a).

¹⁵⁴ Pernod Ricard USA, LLC v. Bacardi U.S.A., Inc., 702 F. Supp. 2d 238 (D. Del. 2010), aff’d, 653 F.3d 241 (3d Cir. 2011).

“Havana Club” sulla bottiglia di un rum prodotto in Porto Rico. Bacardi ha sostenuto come l’utilizzo di quelle parole non costituisca una pubblicità ingannevole ai sensi della Section 43(a)(1)(B) perché il prodotto ha un’origine cubana ed è basato su ricette e altri accordi contrattuali che l’azienda aveva con altri produttori cubani di rum. La Third Circuit ha stabilito: “*A statement concerning trademark rights ... [does] not confer information regarding the nature, characteristics or qualities of its rum, [and] cannot be the basis for a false advertising claim under [Section 43(a)(1)(B)].*”¹⁵⁵ Il caso ha evidenziato un problema particolare: “*is the statutory category “geographic origin” more akin to “heritage” of a product, or to the geographic source of its production?*”¹⁵⁶ Bacardi ha sostenuto la prima posizione e la corte ha dato ragione all’azienda di rum. Rispetto all’origine geografica la corte ha sottolineato come la bottiglia in questione avesse raffigurata la scritta “Puerto Rican Rum” e “Made in Puerto Rico”, indicando come l’etichetta chiaramente specificava l’origine geografica del liquore. Con rispetto all’origine intesa come “heritage”, la corte ha dichiarato che Bacardi era protetta dal First Amendment. Tale previsione costituzionale ha garantito l’azienda di “dipingere” il rum come “historically made” a Cuba. Per fare un parallelo, le Green Guides della FTC sono manchevoli di disposizioni che tutelino l’origine dei prodotti “green”. Naturalmente sarà comunque possibile per un consumatore “costruire” la propria azione in giudizio citando casi che abbiamo trattato situazioni affini.

Analizzate le condotte che possono costituire una violazione della Section 43(a), la corte per valutare l’ammontare del danno applicherà lo Skil test, uno standard che è stato elaborato dalla Second Circuit Court nell’omonima decisione. Per ottenere il risarcimento dei danni, l’attore dovrà dimostrare *under section 43(a)* del Lanham Act i cinque elementi che la corte in “Skil” ha elaborato:

1. The defendant made false or misleading statements of fact concerning a product;
2. The statement deceives a substantial portion of the intended audience;

¹⁵⁵ Vedi nota 93.

¹⁵⁶ Vedi nota 96.

3. The statement will likely influence the deceived consumers' purchasing decisions;
4. The advertisements were introduced into interstate commerce; and
5. There is some causal link between the challenged statements and harm to the plaintiff.

Nell'analizzare nel merito la decisione “Skil”, il giudice Austin ha messo in dubbio la precedente giurisprudenza che a quel tempo riteneva che la Sezione 43(a) fosse applicabile solo alle ipotesi di falsa pubblicità sul proprio prodotto, ma non alle false affermazioni relative al prodotto di un concorrente. *“With due respect to [the appellate court], it does not seem logical to distinguish between a false statement about the plaintiff’s product and a false statement about the defendant’s product Rather it would seem that in comparison advertising, a false statement by the defendant about plaintiff’s product would have the same detrimental effect as a false statement about defendant’s product. I.e., it would tend to mislead the buying public concerning the relative merits and qualities of the products, thereby inducing the purchase of a possibly inferior product.”*¹⁵⁷

Alcuni tribunali hanno ritenuto che, per essere perseguibile, la “accused representation” debba essere una “dichiarazione”, anziché un’opinione. “Essenziale per qualsiasi pretesa ai sensi della sezione 43(a) del Lanham Act è determinare se la dichiarazione impugnata sia una dichiarazione di fatto – perseguibile ai sensi della sezione 43(a) – o una di opinione generale – non perseguibile ai sensi della sezione 43(a).” In una decisione della corte del Delaware del Maggio 2021 si legge: *“Only statements of fact capable of being proven false are actionable under the Lanham Act because, when personal opinions on non-verifiable matters are given, the recipient is likely to assume only that the communicator believes the statement, not that the statement is true.”*¹⁵⁸

L’elemento cruciale da analizzare è il primo ovvero la possibilità che una dichiarazione venga definita come falsa o ingannevole. La differenza tra “false” e “misleading” è rilevante non solo per poter incontrare il primo dei cinque elementi richiesti dalla giurisprudenza bensì la presenza dell’una o l’altra avrà effetti diversi sul piano del diritto processuale.

¹⁵⁷ Skil Corp. v. Rockwell Int’l Corp., 375 F. Supp. 777, 782–83 (N.D. Ill. 1974).

¹⁵⁸ Peloton Interactive v. Icon Health & Fitness, 2021 U.S. Dist. LEXIS 101436, 16 (D. Del. May 28, 2021).

Definire una dichiarazione come falsa o ovvero ingannevole comporterà un diverso onere probatorio a carico dell'attore, modificando così anche le allegazioni che lo stesso sarà chiamato a produrre in giudizio. Avere una "claim" per una dichiarazione "falsa" eviterà all'attore di produrre prove che richiedano l'avvenuto inganno del consumatore. Così come analizzato nella giurisprudenza della FTC, le corti faranno sempre riferimento allo standard del "reasonable consumer" che non ha profili chiari, per questo motivo è stato poi applicato diversamente dalle corti nei vari Stati americani.

"[T]he Lanham Act contemplates two variants of actionable advertising representations: (1) those that are literally false, and (2) those that, while literally true, are likely to mislead and confuse consumers." I tribunali hanno tracciato un'importante distinzione tra affermazioni "letteralmente false" e affermazioni "fuorvianti".

La Seventh Circuit Court ha spiegato la distinzione: *"Where the statement in question is actually false, then the plaintiff need not show that the statement either actually deceived consumers or was likely to do so. But where the statement is literally true or ambiguous, then the plaintiff is obliged to prove that the statement is 'misleading in context, as demonstrated by actual consumer confusion.'"*¹⁵⁹

Le affermazioni letteralmente false sono "false on [their] faces." Quando un'affermazione si dimostra letteralmente falsa, l'inganno del consumatore è una presunzione assoluta e la corte può concedere un rimedio senza richiedere la prova dell'effettivo inganno della pubblicità sul pubblico di consumatori. *"No extrinsic evidence of consumer confusion is required."*¹⁶⁰ Al contrario, a differenza di un'affermazione letteralmente falsa - in cui l'inganno del consumatore è "presunto" - chi vuole contestare un'affermazione implicitamente falsa o fuorviante deve fare affidamento su "prove estrinseche" di inganno o confusione del consumatore per supportare la scoperta di un

¹⁵⁹ B. Sanfield Inc. v Finlay Fine Jewelry Corp., 168 F.3d 967, 971–72 (7th Cir. 1999).

¹⁶⁰ Time Warner Cable, Inc. v. DIRECTV, Inc., 497 F.3d 158 (2007).

messaggio implicitamente falso. Queste prove, come scritto precedentemente nel capitolo, potrebbero comprendere prove di sondaggi, indagini di mercato *et similia*.

Un caso interessante è stato deciso dalla Eight Circuit, in *Rhone-Poulenc Rorer Pharma., Inc. v. Marion Merrell Dow, Inc.*,¹⁶¹ che ha sottolineato la differenza tra: “*my product is better than yours*” e “*tests prove that my product is better than yours.*”¹⁶²

“La differenza è significativa dal punto di vista dell’onere probatorio. Se un attore è stato in grado di convincere un tribunale che un’affermazione di superiorità, come “Il prodotto X è migliore del prodotto Y”, implicando che i test effettuati avessero stabilito la presunta superiorità, l’affermazione potrebbe essere trattata come “*establishment claim*”. Ciò significherebbe che l’attore potrebbe prevalere con la prova che il convenuto non ha condotto questo test o che il test non ha dimostrato la superiorità. Al contrario, se il tribunale non interpreta la dichiarazione effettuata come “*imply testing*”, allora l’attore avrebbe l’onere di provare affermativamente, attraverso i propri test indipendenti o altro, che il Prodotto X non è migliore del Prodotto Y. Test di questo tipo sono costosi e dispendiosi in termini di tempo e potrebbe diventare un ostacolo significativo nel caso in cui l’attore voglia ottenere un’ingiunzione nel breve periodo.”¹⁶³

Un caso simile è stato deciso dalla Southern District Court of New York in *Stokely-Van Camp v. Coca-Cola Corp.*¹⁶⁴ Senza entrare nel dettaglio della decisione, il Giudice ha valutato che le affermazioni presenti nelle pubblicità della Powerade, marchio di Coca-Cola, non implicavano un confronto con Gatorade. Tali affermazioni definivano Powerade come il “*più completo tra gli sport drink della concorrenza; con una formula migliorata.*” Per di più, il tribunale ha stabilito che “*consumers could also interpret the ads as truthfully communicating that the defendant’s Powerade product is a “complete” sports drink. Reasonable consumers could read the upgrade claim to be*

¹⁶¹ *Rhone-Poulenc Rorer Pharma., Inc. v. Marion Merrell Dow, Inc.*, 93 F.3d 511, 514–15 (8th Cir. 1996).

¹⁶² Vedi 99.

¹⁶³ Vedi 99.

¹⁶⁴ *Stokely-Van Camp v. Coca-Cola Corp.*, 646 F.Supp.2d 510 (S.D.N.Y. 2009).

making comparative statements about [plaintiff's] Gatorade, but they could also read the upgrade claim to be comparing [defendant's] Powerade ION4 to the old Powerade."¹⁶⁵

Nel caso di “*comparative claims*”, le Green Guides prevedono espressamente la necessità che le stesse contengano informazioni chiare per evitare confusione con altri prodotti.¹⁶⁶ La stessa FTC prescrive un esempio che dovrebbe essere evitato perché confusionario e poco chiaro. All’esempio 3 della già menzionata normativa, la Commissione richiede che si evitino dichiarazioni come “*this packaging creates ‘less waste than the leading national brand.’*” O ancora, affermazioni come “*environmentally preferable*” implicano che un prodotto sia superiore a livello di impatto ambientale rispetto a quello della concorrenza. Poiché difficilmente il “marketer” può convalidare il contenuto dell’affermazione, la FTC la reputa come ingannevole. L’affermazione non sarebbe ingannevole se il messaggio fosse accompagnato da un linguaggio chiaro che limita la rappresentazione della superiorità ambientale agli attributi particolari per i quali la società può dare una prova certa, a condizione naturalmente che l’annuncio non contenga differenti dichiarazioni ingannevoli. Indicare, per esempio, che il proprio prodotto contiene “50% recycled content compared to 20% for the leading brand” potrebbe non essere interpretato come una dichiarazione ingannevole e fuorviante.

Concludendo il Lanham Act rappresenta una legge federale che garantisce una forte tutela della concorrenza del mercato, permettendo alle imprese di ottenere ingiunzioni e risarcimento del danno pari, se dimostrato, al lucro cessante qualora le condotte di aziende terze possano integrare una violazione della Section 43(a).

¹⁶⁵ Stokely-Van Camp v. Coca-Cola Corp., 646 F.Supp.2d 529 (S.D.N.Y. 2009).

¹⁶⁶ 16 CFR Part. 260.3(d).

3. CASI B-TO-C E IL REASONABLE CONSUMER TEST

Nelle sezioni precedenti di questo capitolo si è analizzata la giurisprudenza americana legata maggiormente alle sanzioni che possono derivare dalle condotte illecite delle imprese. I casi hanno sottolineato come la Federal Trade Commission ovvero le aziende in concorrenza tra loro possano ottenere un provvedimento del giudice per far fronte in maniera veloce ed efficace alla violazione di legge. Le sentenze analizzate non hanno però coinvolto i consumatori, coloro i quali sono i principali soggetti ad essere danneggiati dall'attività ingannevole delle società.

La tutela nelle corti statali ha permesso *class actions* volte a tutelare i diritti dei consumatori nei confronti di quelle imprese colpevoli di frodare il pubblico con le proprie affermazioni. I vari Stati hanno elaborato il test di ragionevolezza da applicare per poter qualificare la condotta come “deceptive” ovvero “misleading”.

Il *reasonable consumer test* è stato elaborato nella decisione *Williams v. Gerber*, nella giurisdizione della California.¹⁶⁷ La decisione della corte californiana ha avuto una rilevanza tale che il caso è stato citato in tutte le altre giurisdizioni degli Stati Uniti, venendo introdotto direttamente o indirettamente da più di novecento sentenze.¹⁶⁸

In *Williams v. Gerber* non c'è un diretto riferimento alle Green Guides dal momento che la questione principale ha riguardato l'etichetta di succhi di frutta. Riferendosi ad un prodotto alimentare quindi, l'analisi della corte ha fatto riferimento a normative emanate dalla Federal Drug Administration (FDA), l'amministrazione pubblica che strettamente ha potere normativo in questo campo.

Nonostante ciò, la decisione della Ninth Circuit Court della California ha come oggetto principale l'allegazione di differenti etichette definite come fuorvianti in quanto facevano riferimento a succhi di frutta con prodotti naturali, eppure in seguito a verifiche ciò non

¹⁶⁷ *Williams v. Gerber Prods. Co.*, 552 F.3d 934, 934 (9th Cir. 2008).

¹⁶⁸ Questo dato è stato preso dalle banche dati legali che l'università Temple di Philadelphia mi ha fornito durante la stesura del mio elaborato. La banca dati di riferimento è stata *lexisnexis.com/lawschool*.

corrispondeva a realtà. Inoltre, la descrizione del succo di frutta come naturale è stata definita “deceptive” dal momento che sulla confezione c’erano frutti che non apparivano poi nel succo di frutta stesso. Una confezione su cui era raffigurata una macedonia di frutta conteneva al suo interno solo uva bianca “concentrata.” Infine, la maggioranza degli ingredienti consisteva in “corn syrup” e zucchero, piuttosto che “real fruit” come indicato dall’azienda.

Il caso ha avuto tanta risonanza in California all’epoca dei fatti tanto che il Center of Public Science e lo stesso Attorney General della California hanno allegato un “amicus brief” a supporto delle allegazioni di parte attrice.

In California la “unfair competition law” proibisce “any unlawful, unfair or fraudulent business act or practice.” Il consumatore che risulta danneggiato da tale condotta può appellarsi al Consumer Act californiano. Quest’ultima normativa garantisce rimedi legali ai consumatori in risposta ai danni subiti dalle condotte *contra ius* delle aziende.

La Ninth Circuit Court ha elaborato il *reasonable consumer test* sostenendo che gli “appellants must show that members of the public are likely to be deceived.” Inoltre, la stessa corte suprema della California ha riconosciuto che questo test viene applicato non solo alle pubblicità false “*on their face*”, come nel caso di specie, bensì anche a quelle pubblicità che risultano vere soltanto in parte e per questo sono “*actually misleading*”, oppure hanno “*the capacity, the likelihood or the tendency to deceive or confuse the public.*”

Per spiegare l’essenza del test prospettato, la corte fa riferimento a quanto dichiarato in *Freeman v. Time, Inc.*: “... the court should apply standard of “*the eye of the ordinary purchaser*” to the interpretation of unfair competition and misleading advertising under California law. By explicitly imposing a ‘reasonable care’ standard on advertisers, unless particularly gullible consumers are targeted, a reasonable person may expect others to behave reasonably as well.”¹⁶⁹

¹⁶⁹ *Freeman v. Time, Inc.*, 68 F.3d 285, 289 (9th Cir. 1995).

“Although a reasonable consumer need not to be exceptionally acute and sophisticated and might not necessarily be wary or suspicious of advertisement claims.”¹⁷⁰

In *Williams v. Gerber*, ci sono una serie di caratteristiche della confezione che Gerber ha usato per il suo prodotto “Fruit Juice Snacks” che potrebbero ingannare un consumatore ragionevole. Il prodotto è chiamato “spuntini di succo di frutta” e le immagini dell’imballaggio rappresentano una serie di frutti diversi, potenzialmente suggerendo che quei frutti o i loro succhi sono contenuti nel prodotto. Inoltre, la dichiarazione che gli “snack” al succo di frutta sono fatti con “succo di frutta e altri ingredienti naturali” potrebbe essere facilmente interpretata dai consumatori come un’affermazione che tutti gli ingredienti del prodotto siano naturali, il che risulta essere falso.¹⁷¹

La Corte conclude sostenendo che da un *reasonable consumer* non si aspetta che guardi oltre la “misleading representation” della parte frontale della confezione.

Leggere la lista degli ingredienti scritta anche in “small print” è qualcosa che va oltre lo standard ordinario richiesto per soddisfare il test di ragionevolezza del consumatore. Nel caso di prodotti di cibo la lista degli ingredienti è utile per soddisfare le richieste della Federal Drug Administration. Per di più un “*reasonable consumers expect that the ingredient list contains more detailed information about the product that confirms other representations on the packaging.*”¹⁷²

Il reasonable consumer test è stato successivamente applicato in svariate decisioni nella giurisdizione della California. In un caso simile al precedente che ha riguardato una famosa società produttrice di cioccolato. In *Miller v. Ghirardelli Chocolate Co.*, l’attore voleva comprare delle gocce di cioccolato bianco e ha scelto le “Ghirardelli Chocolate's Premium Baking Chips - Classic White”. Dopo aver assaggiato il prodotto della Ghirardelli, Miller ha notato che non avevano il

¹⁷⁰ *Hill v. Roll Internat Corp.* 195 Cal.App.4th 1295, 127 Cal. Rptr. 3d 109 (Cal. Ct. App. 2011).

¹⁷¹ *Williams v. Gerber Prods. Co.*, 552 F.3d 934, 939 (9th Cir. 2008).

¹⁷² *Williams v. Gerber Prods. Co.*, 552 F.3d 934, 940 (9th Cir. 2008).

gusto di cioccolato bianco. Esaminando la lista degli ingredienti sulla confezione ha notato che le chips bianche non contenevano per nulla cioccolato bianco, cacao o burro di cacao.^{173,174}

Questione particolare del caso Ghirardelli Chocolate è che l'attore ha richiesto i danni legati alla pubblicità ingannevole anche rispetto ad alcuni prodotti che non aveva acquistato ma che a quanto sosteneva fossero “substantially similar to the ones purchased.”

La corte in Ghirardelli Chocolate Co: “*The majority of the courts that have carefully analyzed the question hold that a plaintiff may have standing to assert claims for unnamed class members based on products he or she did not purchase so long as the products and alleged misrepresentations are substantially similar.*”¹⁷⁵

Secondo l'attore questo il caso Ghirardelli è simile a Jamba Juice¹⁷⁶ e Astiana¹⁷⁷, due decisioni che hanno coinvolto allegazioni simili. Nei due casi precedentemente nominati la corte ha analizzato affermazioni simili. Le società, una produttrice di gelati e l'altra produttrice di succo di frutta sostenevano che il loro prodotto era 100% naturale.

In *Astiana*, gli attori hanno prodotto prove sufficienti per supportare la somiglianza tra i vari prodotti allegati perché: i prodotti avevano lo stesso tipo di prodotti alimentari (cioè gelati) così come le stesse etichette, cioè “All Natural Flavors” per i prodotti Dreyer's/Edy's e “All Natural Ice Cream” per i prodotti Haagen-Dazs. Il fatto che i diversi gelati possano alla fine avere ingredienti diversi non è determinante in quanto gli attori avevano contestato la stessa pratica di etichettatura errata alla base dei prodotti attraverso differenti confezioni di gelato.¹⁷⁸

In *Anderson v. Jamba Juice Co.*, il tribunale ha ritenuto che l'attore, che ha acquistato diversi gusti di kit di frullati etichettati “All Natural”, avesse il diritto di presentare reclami per altri

¹⁷³ Il cioccolato bianco o un gusto simile può essere ottenuto con l'aggiunta di cacao naturale o di burro cacao nell'impasto del prodotto.

¹⁷⁴ Miller v. Ghirardelli Chocolate Co., 912 F. Supp. 2d 861, 864 (N.D. Cal. 2012).

¹⁷⁵ Miller v. Ghirardelli Chocolate Co., 912 F. Supp. 2d 861, 869 (N.D. Cal. 2012).

¹⁷⁶ Anderson v. Jamba Juice Co., Case No. 3:12-cv-1213 (JST) (N.D. Cal. Mar. 19, 2013).

¹⁷⁷ Astiana v. Dreyer's Grand Ice Cream, Inc., No. C-11-2910 EMC (N.D. Cal. Jul. 20, 2012).

¹⁷⁸ Astiana v. Dreyer's Grand Ice Cream, Inc., No. C-11-2910 EMC (N.D. Cal. Jul. 20, 2012).

prodotti con altri gusti perché tali erano sufficientemente simili e perché la “stessa presunta dichiarazione fourviante era su tutti i kit di frullati, indipendentemente dal loro gusto...”¹⁷⁹

La corte ha notato come i prodotti, nel caso di Ghirardelli, avessero alcune caratteristiche simili, come alcune somiglianze nella confezione, nella composizione e nell’etichettatura. Ad esempio, l’etichetta dei vari prodotti suggerisce un collegamento al cioccolato in generale, nonostante nei prodotti di Ghirardelli non ci sia cioccolato bianco. Eppure, secondo la corte i prodotti sono necessariamente differenti. “*They may all be Ghirardelli products, but they are otherwise dissimilar. They look different, they are labeled differently. They also - based on their labels - have different customers in that two of the drink powders on their labels say that they are marketed to retailers.*”¹⁸⁰ La corte continua sostenendo: “*However, reading this label as a whole and in context with the allegations about the marketing, the court cannot say, as a matter of law, that no reasonable consumer would be deceived by the baking chips label.*”¹⁸¹

Le varie corti della California hanno poi applicato il concetto di *reasonable consumer* ad altre decisioni che hanno avuto oggetto un’analisi più stringente sui temi della tutela ambientale e la lotta al greenwashing. La giurisprudenza californiana ha adottato lo standard di ragionevolezza nei casi in cui i consumatori fossero stati fuorviati dalle dichiarazioni “green” delle aziende sui loro prodotti. L’applicazione dello standard non è sempre semplice dal momento che i temi di tutela ambientale si legano a questioni più tecniche e scientifiche, conoscenze che le corti non associano implicitamente ad un consumatore medio. Nonostante tali ostacoli, utilizzando le Green Guides della Federal Trade Commission e le decisioni delle varie corti il più delle volte l’applicazione dello standard del *reasonable consumer* è concessa.

Ora analizzeremo alcuni casi sul punto.

¹⁷⁹ Anderson v. Jamba Juice Co., Case No. 3:12-cv-1213 (JST) (N.D. Cal. Mar. 19, 2013).

¹⁸⁰ Miller v. Ghirardelli Chocolate Co., 912 F. Supp. 2d 861, 870 (N.D. Cal. 2012).

¹⁸¹ Miller v. Ghirardelli Chocolate Co., 912 F. Supp. 2d 861, 874 (N.D. Cal. 2012).

Koh v. S.C. Johnson & Son, Inc. (2010)

Questo caso ha riguardato le allegazioni di Wayne Koh nei confronti della Johnson&Son, che durante il 2010 aveva iniziato a commercializzare uno sgrassatore per vetri con un marchio “green”. L’apposito “seal” sull’etichetta suggeriva, a detta di Koh, che tale prodotto fosse meno dannoso per l’ambiente e di conseguenza per l’uomo. La stessa corte ha definito questo caso come un danno da “greenwashing”, tenendo presente che sull’etichetta la Johnson & Son definiva questo “seal” come garante di un sistema di rating che promuove l’utilizzo di “environmentally responsible ingredients”, invitando lo stesso consumatore a visitare il sito dell’azienda.

*“Plaintiff alleges that, among today's environmentally-conscious consumers, products seen as "green," or environmentally friendly, often command a premium price and take market share away from similar, non-"green" products.”*¹⁸² L’utilizzo di questo “green label” ha giustificato l’aumento del 50% del prezzo rispetto i diretti concorrenti da parte della Johnson. Lo stesso Koh però ha sostenuto che non avrebbe acquistato prodotto se avesse saputo che lo stesso “Greenlist label” era stato creato dalla stessa azienda produttrice e non da terze parti indipendenti.

Il ragionamento della corte inizia con l’analisi della normativa relativa alla tutela del consumatore in caso di concorrenza sleale. La corte della California, dalla lettura combinata e disposta delle norme del Unfair Competition Law (UCL) e del California False Advertising Law (FAL), sostiene che *“person who has suffered injury in fact and has lost money or property as a result of a violation.”*¹⁸³ In *Hall v. Time*, la corte ha sostenuto che chiunque sia stato spinto ad acquistare un prodotto che non avrebbe altrimenti acquistato non può risultare in una “loss of money or a damage” se lo stesso consumatore ha ricevuto un beneficio dall’acquisto.¹⁸⁴

¹⁸² Koh v. S.C. Johnson & Son, Inc., No. C-09-00927 RMW, 2010 U.S. Dist. LEXIS 654, 3 (N.D. Cal. Jan. 5, 2010).

¹⁸³ Koh v. S.C. Johnson & Son, Inc., No. C-09-00927 RMW, 2010 U.S. Dist. LEXIS 654, 4 (N.D. Cal. Jan. 5, 2010).

¹⁸⁴ Hall v. Time, 158 Cal. App. 4th 847, 854-55, 70 Cal. Rptr. 3d 466 (2008).

Nel caso di specie però la corte sostiene che il consumatore non ha ricevuto alcun beneficio dall'acquisto perché lo stesso prodotto (sgrassatore per vetri) poteva essere acquistato ad un prezzo inferiore dalla concorrenza, la quale non aveva sull'etichetta il "misleading label".

La corte, successivamente, analizza la decettività dell'etichetta "green" richiamando *Williams v. Gerber*. In quest'ultima, i giudici aveva analizzato come un "packaging" potesse ingannare un *reasonable consumer* rispetto agli ingredienti presenti nel prodotto, nonostante tali fossero richiamati in "small and fine prints" nel retro della confezione.

Nel caso tra Koh e Johnson, l'attore ha sufficientemente allegato che il "greenlist label" fosse fuorviante. La corte, richiamando la disciplina delle Green Guides della Federal Trade Commission, ha sostenuto: "*a product label containing an "environmental seal," such as a globe icon with the text "Earth Smart" around it, "is likely to convey to consumers that the product is environmentally superior to other products" and would be deceptive "[i]f the manufacturer cannot substantiate this broad claim.*"¹⁸⁵

La corte ha concluso rigettando la richiesta della Johnson e sostenendo che il consumatore è stato ingannato dall'etichetta della società in quanto tale "seal" d'approvazione sembra richiamare un'organizzazione indipendente che valuta la bontà delle dichiarazioni ambientali. Quindi, Koh è stato fuorviato nonostante il suo comportamento da *reasonable consumer*.¹⁸⁶

Hill v. Roll Internat Corp. (2011)

Un consumatore ha affermato che una goccia d'acqua di colore verde sulla bottiglia d'acqua della Roll Internat l'ha fuorviata facendole credere che quello fosse un certificato implicito di un prodotto superiore a livello ambientale rispetto ai competitors. La corte ha valutato queste

¹⁸⁵ Koh v. S.C. Johnson & Son, Inc., No. C-09-00927 RMW, 2010 U.S. Dist. LEXIS 654, 6 (N.D. Cal. Jan. 5, 2010).

¹⁸⁶ Koh v. S.C. Johnson & Son, Inc., No. C-09-00927 RMW, 2010 U.S. Dist. LEXIS 654, 8 (N.D. Cal. Jan. 5, 2010).

allegazioni alla luce di Green Guides della Federal Trade Commission, con particolare riferimento alla sezione 260.7(a) che fa esplicito riferimento ai prodotti compostabili.¹⁸⁷

In questo caso specifico tale normativa ha rappresentato il test di ragionevolezza che la corte ha applicato per dirimere la controversia.

Il livello di consapevolezza dei consumatori rispetto alle questioni ambientali è cresciuto molto negli ultimi anni, così come sostenuto da Hill. Il termine “green” è utilizzato comunemente dalle società. Le stesse raffigurano i prodotti come “green” utilizzando scritte e immagini – nel caso specifico, una goccia d’acqua verde – e i consumatori che vedono queste immagini sui prodotti sono portati a credere che quegli stessi prodotti sono “environmentally superior” rispetto a quelli della concorrenza. In questo caso: *“Defendants ‘accomplish this deception,’ first, through conspicuous placement of a ‘Green Drop’ seal of approval label on the front of the product” that “looks similar to environmental ‘seals of approval’ ... by several independent, third-party organizations.” in their packaging and marketing, defendants have “called their product FijiGreen” and, in stores and other public places, “stated that ‘Every Drop is Green.’ [Hill] paid a price about 15 percent higher than other bottled water, and would not have bought Fiji water “had she known the truth that the Green Drop was the creation of defendants.”*¹⁸⁸

Nonostante però la corte attesti la grande crescita nella richiesta di “green products”, le allegazioni di Hill non soddisfano il *reasonable consumer standard*, imposto dalle linee guida della FTC.¹⁸⁹

La corte nel suo reasoning: *“Does the green drop on Fiji water bottles convey to a reasonable consumer in the circumstances that the product is endorsed for environmental superiority by a third-party organization? No. The drop itself. It bears no name or recognized logo of any group, much less a third party organization, no trademark symbol, and no other indication that it is anything but a symbol of Fiji water. The example in the FTC guides does include, as likely*

¹⁸⁷ 16 CFR Part 260.7(a).

¹⁸⁸ Hill v. Roll Internat. Corp., 195 Cal. App. 4th 1295, 1299, 128 Cal. Rptr. 3d 109, 112 (2011).

¹⁸⁹ Hill v. Roll Internat. Corp., 195 Cal. App. 4th 1295, 1303, 128 Cal. Rptr. 3d 109, 115 (2011).

*to mislead, a “globe icon” with or without the words “Earth Smart” around it. Fiji water has just a green drop, the drop being the most logical icon for its product — water.”*¹⁹⁰

Le linee guida della FTC non proibiscono ad un’impresa di pubblicizzare le caratteristiche “verdi” di un proprio prodotto. Le Green Guides semplicemente hanno lo scopo di aiutare le aziende a adottare dichiarazioni che non ingannino i consumatori, definiti come *reasonable consumers*. In questo caso, di fatto, il richiamo al sito internet dell’acqua Fiji permetteva di comprendere come la società era impegnata attivamente nel rispettare e tutelare l’ambiente.

La corte ha sostenuto come *“no reasonable consumer would be misled to think that the green drop represents a third-party organization's endorsement or that Fiji water is environmentally superior to that of the competition.”*¹⁹¹

Bush v. Rust-Oleum (2021)

Il caso riguarda una class action guidata da Anthony Bush contro la Rust-Oleum.

I consumatori hanno notato che l’etichetta di Krud Kutter, uno sgrassatore, definito come “non tossico” e “eco-friendly” fosse in realtà dannoso per l’uomo, gli animali e lo stesso ambiente che la società intende tutelare. La corte nel suo ragionamento ha sostenuto la posizione dei consumatori concludendo che fossero stati ingannati dalle dichiarazioni presenti sull’etichetta.

*“The plaintiff alleges that Rust-Oleum's labeling the products as non-toxic and earth friendly is deceptive “greenwashing,” meaning, claiming that the cleaning products are safe and non-toxic when, in fact, they can cause harm to humans, animals, or the environment. To support this allegation, the plaintiff cites the Green Guides, which were created by the Federal Trade Commission (“FTC”) to help companies avoid making misleading and deceptive claims.”*¹⁹²

¹⁹⁰ Hill v. Roll Internat. Corp., 195 Cal. App. 4th 1295, 1304, 128 Cal. Rptr. 3d 109, 116 (2011).

¹⁹¹ Hill v. Roll Internat. Corp., 195 Cal. App. 4th 1295, 1307, 128 Cal. Rptr. 3d 109, 118 (2011).

¹⁹² Bush v. Rust-Oleum Corp., No. 20-cv-03268-LB, 2021 U.S. Dist. LEXIS 507, 3-4 (N.D. Cal. Jan. 4, 2021).

Secondo la corte, questa decisione si distingue da *Rugg v. J&J*¹⁹³, caso nel quale l'attore aveva sostenuto che un *reasonable consumer* intendesse come "ipoallergenico" un prodotto che non conteneva "any skin sensitizer", cosa che il prodotto della Johnson&Johnson aveva. La corte in questo caso ha sostenuto come l'interpretazione data dalla parte non fosse ragionevole e per tal motivo non potesse superare il *reasonable consumer test* elaborato in *Williams v. Gerber*, proprio perché è implausibile pensare che un prodotto per la pella non contenga affatto skin sensitizers.

In *Bush v. Rust-Oleum* l'affermazione di non tossicità del prodotto era legata all'affermazione di "earth friendly", cosa che la FTC ha affermato nelle Green Guides essere un'affermazione *deceptive* se legata a prodotti che sono per antonomasia realizzati con ingredienti dannosi per l'ambiente, quale il caso di uno sgrassatore. Anche in questo caso una delle difese della società faceva riferimento alla disclosure che era presente nella lista degli ingredienti. Eppure, la corte facendo riferimento alla decisione *Williams v. Gerber* ha riaffermato il suo principio di diritto sostenendo che un consumatore medio non ha il dovere giuridico di leggere il "back-label" con la lista degli ingredienti, nonostante non debba essere del tutto trascurata. In questo caso poi la lista degli ingredienti (legata ad un prodotto per la pulizia) ha una funzione totalmente differente rispetto alla lista presente nei prodotti alimentari.

Concludendo, quindi sulla scorta anche delle conclusioni della US Environmental Protection Agency (EPA)¹⁹⁴, la corte ha definito l'etichetta della Rust-Oleum come "deceptive" e capace di fuorviare un consumatore ragionevole.

Il case law delle Corti ed i fatti allegati in ogni decisione sono diversi. Tali situazioni hanno però in comune lo standard delineato in *Williams v. Gerber* del consumatore ragionevole e coscienzioso. L'applicazione dello standard poi varia a seconda delle allegazioni di parte e dal contesto in cui questo test si cala. Un esempio dalle corti newyorkesi spiega come l'apposizione

¹⁹³ *Rugg v. Johnson & Johnson*, Case No. 17-cv-05010-BLF (N.D. Cal. Jan. 7, 2019).

¹⁹⁴ Nella decisione la corte cita la "EPA" sostenendo che "*rarely, if ever, be able to adequately qualify and substantiate such a claim of non-toxic in a manner that will be clearly understood by consumers.*" Dal momento che è quasi impossibile dimostrare la mancanza di tossicità in un prodotto come quello della Rust-Oleum. *Bush v. Rust-Oleum Corp.*, No. 20-cv-03268-LB, 2021 U.S. Dist. LEXIS 507, 5 (N.D. Cal. Jan. 4, 2021).

sull'etichetta di una scritta come “made with natural aged vanilla” può portare ad argomentazioni irreali e irragionevoli. *“There are many scenarios in which a consumer's "preferred" or "desired" ingredient may not necessarily be the product's main or predominant ingredient. A chocolate chip cookie may not necessarily be comprised predominantly of chocolate (one can only dream), but it would still likely be misleading to label it as "Made With Natural Chocolate" if the cookie's chocolate's content is 99.999% artificial and synthetic. Likewise, a frozen pizza manufacturer that labels its products as "Made with Real Pepperoni" likely cannot prevail at the motion to dismiss stage ... by unabashedly using 99.999% artificial or synthetic meat fillers and simply arguing a pizza's main ingredient is dough. The list goes on.”*¹⁹⁵ Questo a dimostrazione che il ragionamento della corte è differente e la ponderazione dello standard giuridico da applicare anche ai casi propriamente di “greenwashing” vari a seconda della claim dichiarata e affermata dall'azienda.

Dal momento che le corti intendono tutelare *in primis* il consumatore danneggiato dalla strategia aziendale, tutti gli standard giuridici ovvero i ragionamenti nelle varie *holdings* si sono soffermate sull'analisi del comportamento di un consumatore di fronte la claim dell'azienda. Dalla normativa della Section 5 del FTC Act, il Latham Act ed infine l'analisi delle leggi a tutela del consumatore si comprende come il cuore del ragionamento giuridico sia simile. L'attenzione è rispetto alla decettività della claim aziendale e a quanto quest'ultima possa o meno ingannare un consumatore ragionevole, e il risultato finale dipenderà da ogni caso specifico che la corte analizzerà.

¹⁹⁵ Sharpe v. A&W Concentrate Co., 481 F. Supp. 3d 94, 104 (E.D.N.Y. 2020).

CAPITOLO III

PROFILI DI RESPONSABILITA' PER GREENWASHING IN ITALIA

SOMMARIO: 1. L'autodisciplina pubblicitaria in materia di tutela ambientale – 1.1 Gli organi di controllo autodisciplinare – 2. Giurisprudenza del Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria – 3. Differenze con Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – 4. Ordinanza del Tribunale di Gorizia n. 721/2021 e le conseguenze

Le teorie e gli studi economico-aziendali hanno trovato terreno fertile anche in Italia introducendo teorie di ammodernamento dei vecchi modelli di fare impresa. Gli studi socioeconomici sull'utilità dei modelli di impresa attenti alle tematiche Corporate Social Responsibility (CSR) hanno attecchito anche in Italia. Come sostenuto da M. Libertini, ne "Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa", uno dei settori nelle quali le strategie CSR vengono più applicate è nella politica ambientale d'impresa.¹⁹⁶ Le imprese hanno cominciato effettivamente a farsi concorrenza rivendicando a sé risultati di best practice in materia ambientale, ed enfatizzando tali risultati nella comunicazione d'impresa, e in particolare nel settore della pubblicità.¹⁹⁷

Così come spiegato in precedenza per il caso degli Stati Uniti, anche in Italia l'attenzione sempre maggiore del consumatore a prodotti eco-friendly ha portato alla crescita di pratiche scorrette nel mercato, integrando le ipotesi di *greenwashing*.¹⁹⁸ Come più volte ricordato, tale pratica ha la capacità di alterare la concorrenza leale nel mercato merceologico di riferimento,

¹⁹⁶ M. Libertini, "Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa", *Orizzonti del diritto commerciale* 2013, disponibile a http://images.rivistaodc.eu/f/articoli/96_articolo_qwQzA_ORIZZONTI.pdf, ultimo accesso 05/07/2022

¹⁹⁷ F. Rossi, "Marketing e comunicazione della sostenibilità", Università Ca' Foscari 2017, disponibile a <https://edizionicafoscari.unive.it/media/pdf/books/978-88-6969-202-4/978-88-6969-202-4-ch-09.pdf> ultimo accesso 05/07/2022

¹⁹⁸ Beatrice La Porta, "Riflessioni a margine dell'ordinanza cautelare del 26 novembre 2021 del Tribunale di Gorizia: greenwashing tra concorrenza sleale e diritto del consumatore all'acquisto consapevole.", *Diritto agroalimentare* n. 1/2022, 7-44.

ledendo così non solo il diritto dei consumatori ad un acquisto ragionevole, bensì anche quello del libero mercato degli operatori economici.

Alla luce della recente riforma della Costituzione Italiana che ha introdotto la tutela ambientale come principio di diritto fondamentale, il tema del greenwashing è quanto mai attuale.

L'introduzione delle espressioni “tutela dell'ambiente, biodiversità e ecosistemi” in ottica di protezione di questi ultimi aspetti nell'interesse delle future generazioni, ha permesso di dare articolazione al principio della tutela dell'ambiente ulteriore rispetto alla precedente previsione del solo articolo 117, comma secondo della Costituzione. L'aggiunta non si è fermata all'articolo 9, bensì è stato novellato anche l'articolo 41 Costituzione, che fa proprio riferimento alla libertà di iniziativa economica privata. Quest'ultima non dovrà porsi in contrasto non solo con l'utilità sociale ovvero sicurezza, libertà e dignità umana, ma anche con la tutela della salute (in primis) e dell'ambiente poi. I fini a cui l'attività economica deve essere *indirizzata e coordinata* ritrovano anche qui un richiamo a quelli ambientali.

Come si vede l'intervento non è stato di quelli di poco conto. Se la stessa tutela del paesaggio, sancita dall'articolo 9 Costituzione, è stata declinata dalla giurisprudenza in modo espansivo andando a salvaguardare ogni parte del patrimonio nazionale e non solo il *mero monumento in natura*, così in questa prospettiva la tutela ambientale è da configurarsi non solo come un mero bene o materia di competenza bensì come un valore primario e sistemico. “In questa prospettiva la cura del paesaggio riguarda l'intero territorio, anche quando degradato o apparentemente privo di pregio”¹⁹⁹, aggiunge la sentenza n. 71 del 2020 - la quale sottolinea altresì che “la tutela paesistico-ambientale non è [solo] una disciplina confinata nell'ambito nazionale”, soprattutto in considerazione della Convenzione europea del paesaggio, firmata a Strasburgo e ratificata in Italia con legge n. 14/2006. Tale convenzione collega il concetto di tutela indissolubile della gestione del patrimonio ambientale a quello che quest'ultimo può garantire alle popolazioni sul territorio.

¹⁹⁹ Corte Costituzionale, sentenza 71/2020.

La sentenza 407/2002 sostiene come “l’evoluzione legislativa e la giurisprudenza costituzionale portano ad escludere che possa identificarsi una “materia”²⁰⁰ in senso tecnico, qualificabile come “tutela ambientale”, dal momento che non sembra configurabile come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario, essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze”.²⁰¹ Donde “una configurazione dell’ambiente come “valore” costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia “trasversale”, in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull’intero territorio nazionale.”

Naturalmente in questa sede non potrà essere analizzato il tema della tutela ambientale in Costituzione in maniera esaustiva, ma basterà analizzare in maniera breve e concisa il novellato articolo 41 della Costituzione, articolo che si pone come fulcro centrale dell’analisi dal momento che il fenomeno del *greenwashing* lede proprio quella libertà che al 41 è fatta salva ai cittadini, anzi “a chiunque” prevedendo al primo comma che “la libertà di iniziativa economica è libera” senza indicare nei confronti di chi ciò è applicabile, contenendo una clausola aperta e generale.

Con la sentenza 83 del 2013, la Corte aveva definito come primari i valori dell’ambiente della salute significando che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non tali siano posti alla sommità di un ordine generico assoluto. Il punto di equilibrio tra i vari interessi in gioco è sempre da trovarsi andando ad applicare quei criteri di proporzionalità e ragionevolezza, che permettono un bilanciamento oculato dei differenti diritti.²⁰²

La modifica della Costituzione italiana si inserisce nel contesto evolutivo del diritto già affermato in vicini Paesi europei, che riconoscono espressamente nei loro testi costituzionali la tutela dell’ambiente e dello sviluppo sostenibile.

²⁰⁰ Corte Costituzionale, sentenza n.407/2002.

²⁰¹ Vedi nota precedente.

²⁰² Corte Costituzionale, sentenza n. 83/2013.

La Costituzione spagnola, ad esempio, all'articolo 45 sancisce il diritto di tutti di fruire di un ambiente adeguato allo sviluppo della persona e al contempo il dovere di conservarlo. Prevede inoltre l'obbligo per i poteri pubblici di assicurare un utilizzo razionale delle risorse naturali, rimandando alla legge dello Stato la determinazione di sanzioni nel caso di violazione di tali obblighi.²⁰³ In maniera analoga, la Costituzione greca, all'articolo 24, precisa che la protezione dell'ambiente naturale e culturale costituisce un dovere dello Stato e che questo è tenuto a prendere misure speciali preventive o repressive per la sua conservazione.²⁰⁴

Alla luce di quanto scritto appare ancora più importante sostenere come di questi tempi il tema della sostenibilità ambientale sia entrato nelle corti ordinarie italiane facendo riferimento proprio a quel fenomeno distorto che è il *greenwashing*.

L'ordinanza del tribunale di Gorizia n. 721/2021 ha portato finalmente alla luce un annoso problema, che prima di quest'anno era il più delle volte circoscritto nelle corti amministrative ovvero nelle corti di autodisciplina.

Le previsioni costituzionali aiutano nel caso italiano a delineare alcuni principi cardine su cui i consumatori, e chiunque sia danneggiato da condotte di *greenwashing*, possono far leva per limitare i danni di questo fenomeno.²⁰⁵ Nonostante a livello europeo ci siano stati molti interventi in materia ambientali, ciò per auspicare un massiccio intervento degli Stati membri sul tema, in Italia l'evoluzione normativa è spesso andata a rilento. Un primo vero intervento in tema di pubblicità ingannevole è stato il decreto legislativo n. 17/1997 che dava attuazione ad una direttiva europea.

²⁰³ Costituzione spagnola, articolo 45 tradotto: "Tutti hanno il diritto di utilizzare un ambiente idoneo allo sviluppo della persona, così come il dovere di conservarlo.

I poteri pubblici veglieranno sulla utilizzazione razionale di tutte le risorse naturali al fine di proteggere e migliorare la qualità di vita, difendere e ripristinare l'ambiente, appoggiandosi all'indispensabile solidarietà collettiva.

Per coloro che violino quanto disposto nel comma precedente, nei termini fissati dalla legge si stabiliranno sanzioni penali o, se del caso, amministrative, così come l'obbligo di riparare il danno causato."

²⁰⁴ Dossier n. 396/2021, Legislatura XVIII, "Tutela dell'ambiente in costituzione", disponibile a <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01299303.pdf> ultimo accesso 05/07/2022.

²⁰⁵ Circonomia VII edizione, "Greenwashing", Festival dell'economia circolare e della transizione ecologica è organizzata da Gmi (Greening Marketing Italia), Cooperativa Erica, Aica (Associazione internazionale per la comunicazione ambientale) ed Eprcomunicazione 2022, disponibile a https://circonomia.it/wp-content/uploads/2022/05/Primo-Rapporto-sul-greenwashing-a-cura-di-Circonomia_compressed.pdf ultimo accesso 05/07/2022.

La disciplina europea²⁰⁶ introduceva il concetto di “ingannevolezza” legato alle dichiarazioni delle aziende nelle loro campagne pubblicitarie.

L’ingannevolezza è legata alla “decettività” della dichiarazione e a quanto tale messaggio potesse influenzare il consumatore nelle sue scelte economiche ovvero alla possibilità che tale inganno potesse concretizzarsi in una lesione di interessi di un’azienda concorrente. Successivamente, nel 2007 il Legislatore italiano dà attuazione all’articolo 14 della direttiva 2005/29/CE formalizzando il concetto di ingannevolezza, andando però ad introdurre nuove possibilità di tutela come l’opportunità di agire d’ufficio da parte dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nei casi di pubblicità ingannevole ovvero comparativa, la previsione per l’azienda di modificare il messaggio fuorviante risolvendo l’infrazione evitando la sanzione e in ultima ipotesi c’è stata l’introduzione di soglie più elevate delle sanzioni.

Nel 2014, con grande ritardo rispetto ad altri Paesi europei, in Italia si è introdotto una normativa specifica in tema di pubblicità ambientale. L’articolo 12 del Codice di Autodisciplina pubblicitaria, così come introdotto nella sessantottesima edizione del codice, prevede che “la comunicazione commerciale che dichiara o evoca benefici di carattere ambientale o ecologico deve basarsi su dati veritieri, pertinenti e scientificamente verificabili. Tale comunicazione deve consentire di comprendere chiaramente a quale aspetto del prodotto o dell’attività pubblicizzata i benefici vantati si riferiscono.”²⁰⁷

1. L’autodisciplina pubblicitaria in materia di tutela ambientale

L’autodisciplina è un fenomeno diffuso in tutto il mondo, in particolar modo in Europa stante il ruolo guida che ha assunto il “Codice delle pratiche leali in materia di pubblicità” della

²⁰⁶ Direttiva 2006/114/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa.

²⁰⁷ Articolo 12 Codice di Autodisciplina pubblicitaria.

Camera di Commercio internazionale di Parigi²⁰⁸, che sin dal 1937 con la sua prima edizione ha rappresentato il testo base su cui si sono evoluti tutti i Codici di autodisciplina pubblicitaria europei.²⁰⁹

L'autodisciplina è il fenomeno per il quale una pluralità di soggetti, accomunati dall'esigenza di conformare il proprio comportamento a regole di correttezza, decide di sottostare a norme di comportamento comuni, nonché a norme strumentali volte a far rispettare le prime mediante appositi meccanismi coercitivi.²¹⁰ Alla base dei codici di autodisciplina, oltre che il senso comune di lealtà e interesse, vi è un'assunzione di una responsabilità settoriale basata su regole di deontologia professionale che ha permesso, in Italia e in Europa, lo sviluppo di questo ordinamento parallelo che non si sostituisce in toto a quello classico dello Stato.

In Italia il sistema di autodisciplina fa capo all'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria, denominato IAP. L'Istituto è un'associazione privata riconosciuta che opera dal 1966 per opera di un Codice che la stessa associazione ha emanato e costantemente aggiorna.

Nelle “norme preliminari e generali” del Codice di Autodisciplina (ora C.A.) sono stabilite le finalità della normativa. Il Codice ha lo scopo di *“assicurare che la comunicazione commerciale, nello svolgimento del suo ruolo particolarmente utile nel processo economico, venga realizzata come servizio per il pubblico, con speciale riguardo alla sua influenza sul consumatore.*

Il Codice definisce le attività in contrasto con le finalità suddette, ancorché conformi alle vigenti disposizioni legislative; l'insieme delle sue regole, esprimendo il costume cui deve uniformarsi l'attività di comunicazione, costituisce la base normativa per l'autodisciplina della comunicazione commerciale²¹¹.” Ciò è volto a garantire *“l'onesta, corretta e veritiera comunicazione commerciale”* alla luce della *“vigente legislazione e in piena conformità ad essa”*,

²⁰⁸ ICC Advertising and Marketing Communication Code, disponibile a <https://iccwbo.org/publication/icc-advertising-and-marketing-communications-code/> ultimo accesso 06/08/2022.

²⁰⁹ Vincenzo Guggino, “La dimensione europea dell'autodisciplina pubblicitaria”, CRIО Papers n.29 ISSN 2037-6006, 2015 disponibile a https://www.lex.unict.it/sites/default/files/crion/papers/CRIО_Papers_29_Guggino_2015.pdf ultimo accesso 05/07/2022.

²¹⁰ Vedi nota precedente.

²¹¹ Codice di Autodisciplina pubblicitaria cinquantottesima (58) edizione, lettera a).

così come stabilito dall'articolo 1 del C.A. Le norme del Codice di Autodisciplina²¹² sono accolte come “usi e consuetudini commerciali” da varie Camere di Commercio sul territorio italiano, rendendole di fatto una fonte del diritto. Molte norme poi sono comuni ad altri settori normativi. Un semplice esempio è il divieto di concorrenza sleale o di pubblicità denigratoria che è presente nel codice civile, ovvero la possibile tutela da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che può sanzionare gli illeciti in materia di pubblicità ingannevole.

Tutto ciò però non crea un contrasto normativo, semplicemente perché la responsabilità che discende dalle differenti norme è diversa. Nel caso del Codice di Autodisciplina le norme prevedono una responsabilità contrattuale (mentre si tratta di responsabilità amministrativa nel caso di azione dell'AGCM, ovvero responsabilità civile nell'ipotesi del giudice ordinario) che il Giurì (organo decisionale dell'IAP) dovrà accertare nel caso di presunta violazione.²¹³

“Il Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale è vincolante per utenti, agenzie, consulenti di pubblicità e di marketing, gestori di veicoli pubblicitari di ogni tipo e per tutti coloro che lo abbiano accettato direttamente o tramite la propria associazione, ovvero mediante la conclusione di un contratto ... finalizzato all'effettuazione di una comunicazione commerciale²¹⁴.” Quanto riportato è previsto dalla lettera b) delle norme generali e preliminari al Codice. Tale previsione sta a significare che l'adesione al sistema di autodisciplina e il rispetto delle discendenti norme è completamente volontaria. Si rispettano le norme e ci si uniforma alle decisioni degli organi preposti (il Giurì e il Comitato di Controllo). L'adesione, poi, di importanti enti del settore pubblicitario rende il sistema di autodisciplina maggiormente rilevante.

L'applicazione del Codice di Autodisciplina è pressoché totale. In Italia, le più grandi imprese operanti nel settore pubblicitario accettano e sottoscrivono contratti con richiamo alla normativa dell'autodisciplina. Grazie anche alla cd. Clausola di accettazione, le norme promosse

²¹² Antonino Baldassarre e Vincenzo Guggino, Autodisciplina pubblicitaria e il suo giurì, Camera di Commercio di Milano 1996, disponibile a http://impresa-stato.mi.camcom.it/im_35/guggino.htm ultimo accesso 05/07/2022.

²¹³ Vedi nota precedente.

²¹⁴ Codice di Autodisciplina pubblicitaria cinquantottesima (58) edizione, lettera b).

dall'IAP sono applicate anche ai non associati. La clausola in questione prevede esplicitamente l'accettazione del codice di autodisciplina e le decisioni degli organi da parte dei contraenti.

1.1 Gli organi di controllo autodisciplinare

Il comitato di controllo

Il Comitato è l'organo requirente dell'IAP. Ha il compito di promuovere l'azione di responsabilità sia d'ufficio che su segnalazioni provenienti da cittadini o imprese. Rilevata una violazione il Comitato sottopone la questione direttamente al Giurì che sarà chiamato a decidere. Nei casi di lieve entità lo stesso Comitato può invitare l'impresa a desistere dalla pubblicità diffusa, chiedendone una modifica delle parti che contrastano con il Codice, tale ultima possibilità viene definita come *moral suasion*. Sempre su richiesta, il Comitato può esaminare in via preventiva le comunicazioni commerciali non ancora diffuse.²¹⁵ Com'è prevedibile, la possibilità di sottoporre preventivamente il messaggio pubblicitario all'organo requirente è uno strumento molto efficace per ridurre istanze e reclami in fase successiva.

I suoi membri non possono essere scelti tra esperti che esercitano la loro attività professionale in materia di autodisciplina della comunicazione commerciale e sono posti in condizione di giudicare con assoluta indipendenza e imparzialità.

Indipendenza e imparzialità sono garantite, tra l'altro, anche dalla *non diretta* ingerenza della legge dello Stato nelle decisioni, ovvero nella promozione dell'azione di responsabilità nei confronti delle imprese.²¹⁶ La previsione di cui all'articolo 1 del Codice di Autodisciplina che definisce la comunicazione commerciale come "onesta, veritiera e corretta"²¹⁷ e non legale,

²¹⁵ Sito ufficiale dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria, <https://www.iap.it/conoscere-iap/organizzazione/>.

²¹⁶ Antonino Baldassarre e Vincenzo Guggino, Autodisciplina pubblicitaria e il suo giurì, Camera di Commercio di Milano 1996, disponibile a http://impresa-stato.mi.camcom.it/im_35/guggino.htm ultimo accesso 05/07/2022.

²¹⁷ Codice di Autodisciplina pubblicitaria cinquantottesima (58) edizione, articolo 1.

permette agli organi decisionali di svincolarsi dai dogmi dell'ordinamento statale andando ad applicare il più largo panorama di principi in tema di pubblicità che il C.A. prescrive agli artt. 1 e ss. che vanno oltre il mero inganno del consumatore e spaziano in diritti propri del cittadino come: diritto alla dignità della persona umana in tutte le sue forme ed espressioni, tutela delle convinzioni morali, civili e religiose, divieto di sfruttamento dell'immagine dei minori, tutela ambientale.

Dal momento che i temi da analizzare sono molteplici, ad oggi, il Comitato è formato da membri appartenenti a differenti settori istituzionali. Attualmente ci sono avvocati, giuristi d'impresa, psicologi, professori universitari di diverse facoltà che spaziano dall'ambito farmaceutico a quello economico includendo anche esperti in chimica e nutrizione. La composizione del Comitato garantisce quindi una conoscenza ampia dei temi da affrontare permettendo un'analisi più precisa e specifica dell'illecito.

Il Giurì

L'organo giudicante dell'IAP è il Giurì. Quest'organo ha una composizione quasi speculare al Comitato di Controllo ed è assolutamente indipendente dal sistema pubblicitario, per garantire che non ci siano influenze nel momento decisionale.²¹⁸

Il Giurì rappresenta il più qualificato punto di riferimento nell'applicazione delle norme e dei principi di cui si fa portatore il Codice di Autodisciplina.

Il procedimento decisionale del Giurì può iniziare, come accade molto spesso, su istanza del Comitato di Controllo che riscontra un'anomalia nella dichiarazione pubblicitaria aziendale. L'organo può essere investito anche in seguito ad un ricorso di parte ovvero successivamente all'opposizione dell'impresa ad un'ordinanza sospensiva del Comitato.

²¹⁸ Antonino Baldassarre e Vincenzo Guggino, Autodisciplina pubblicitaria e il suo giurì, Camera di Commercio di Milano 1996, disponibile a http://impresa-stato.mi.camcom.it/im_35/guggino.htm ultimo accesso 05/07/2022.

Nel momento in cui il Giurì è investito della questione, darà notizia dell'udienza dibattimentale nella quale le parti e il Comitato, che svolge un ruolo simile al Pubblico Ministero nel processo penale, potranno esporre le proprie argomentazioni.

Citando l'articolo 38 del C.A.: *“Il Giurì, al termine della discussione, si ritira in camera di consiglio ed eccezionalmente, al fine di chiarire residuali dubbi, può invitare il consulente tecnico, se designato, a partecipare senza diritto di voto.*

Qualora il Giurì ritenga di non aver acquisito elementi tecnici sufficienti per la pronuncia di merito, ammette una consulenza tecnica d'ufficio, nomina il C.T.U., formula il quesito e fissa il termine di deposito della relazione. Durante la fase di consulenza tecnica d'ufficio deve essere rispettato il principio del contraddittorio e garantito il diritto di difesa.

Il Giurì emette la sua decisione, comunicando immediata-mente il dispositivo alle parti. Quando la decisione stabilisce che la comunicazione commerciale esaminata non è conforme alle norme del Codice di Autodisciplina, il Giurì dispone che le parti interessate desistano dalla stessa, nei termini indicati dall'apposito Regolamento autodisciplinare.

Il dispositivo, quando opportuno, fornisce precisazioni sugli elementi riprovati.

Nel più breve termine il Giurì deposita la pronuncia presso la Segreteria che ne trasmette copia alle parti e agli enti interessati.

Le decisioni del Giurì sono definitive.”²¹⁹

Le decisioni del Giurì dell'IAP avvengono in maniera rapida. Per i procedimenti complessi il Giurì impiega dai dodici ai venti giorni per emanare una sentenza. Contrariamente, nelle situazioni più semplici e lievi i tempi della decisione possono variare dalle 24 alle 72 ore successive alla richiesta di cui l'organo giudicante è investito.

Questa tempestività decisionale permette al Giurì di pronunciarsi nel mentre della trasmissione del messaggio pubblicitario, il che permette di inibire la produzione dei propri

²¹⁹ Codice di Autodisciplina pubblicitaria cinquantottesima (58) edizione, articolo 38.

effetti.²²⁰ Quindi il blocco in tempo della comunicazione, qualora non conforme al CAP, può avere effetti assai gravi per le aziende che contravvengono.²²¹ Questo perché il mancato passaggio in televisione ovvero tramite altri metodi pubblicitari non permette all'impresa di pubblicizzare il proprio prodotto sul mercato, vanificando così, in parte, i piani aziendali rispetto a quel bene/servizio. Naturalmente non potendo far pubblicità ovvero non potendo far uso di determinate dichiarazioni il bene soggetto al provvedimento del Giurì potrebbe, in potenza, perdere parte della sua “forza comunicativa.”

2. Giurisprudenza del Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria

Seguirà un'analisi della giurisprudenza del Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria che verterà su casi nei quali l'organo giudicante ha cercato di contrastare comportamenti aziendali che hanno portato a condotte assimilabili al *greenwashing*. Non tutti i casi prevedono l'applicazione diretta dell'articolo 12 CAP riguardante la “tutela ambientale”, ma, nonostante ciò, il tema della “sostenibilità”, soprattutto ambientale, è una tematica ricorrente nei vari provvedimenti.

Il primo caso che verrà analizzato sarà Froneri Italy c. Unilever del 2019. Il caso ha riguardato una campagna di Unilever riguardo i gelati Carte d'Or incentrata sul carattere della sostenibilità ambientale richiamata sulla confezione con un “bollino verde.”

Successivamente seguirà l'analisi della pronuncia contro la Olive S.r.l., su istanza della Fater S.p.a. Nel caso di specie il Giurì ha ritenuto che le dichiarazioni “100% naturali”, “prodotti con materie prime di origine vegetale”, “biodegradabili”, “compostabili”, “Chemical free” della Olive S.r.l. fossero in contrasto con gli articoli 2, 12 e 14 del Codice di Autodisciplina pubblicitaria perché ingannavano i consumatori nell'acquisto di pannolini per bambini.

²²⁰ Marco Di Toro, “Pubblicità ingannevole: autorità antitrust vs Giurì di Autodisciplina”, Università degli Studi di Milano Bicocca, Consumatori Diritti e Mercato 2009, numero 2 *disponibile a* http://www.consumatoridirittimercato.it/wp-content/uploads/2009/07/2009-2-13CDM002_ditoro.pdf ultimo accesso il 06/07/2022.

²²¹ Vedi nota precedente.

Infine, i casi “Madel S.p.A. c. Real Chimica S.r.l.” e “Compagnia di Surgelati Italiana S.p.A. c. Frosta Italia S.r.l.”, che hanno riguardato rispettivamente le dichiarazioni di sostenibilità circa lo sgrassatore “Chanteclair” e la campagna di verdure surgelate dichiarate come “nuovi surgelati 100% naturali.” In entrambi i casi il Giurì ha dichiarato il contrasto del messaggio pubblicitario delle imprese resistenti.

Froneri Italy c. Unilever, pronuncia n. 49/2019

Il Giurì è stato chiamato a decidere circa una campagna pubblicitaria di Unilever Italia, incentrata sul suo carattere di sostenibilità. Le caratteristiche eco-friendly della nuova confezione gelati Carte d’Or venivano richiamate da un “bollino verde” con la dicitura “compostabile.” Il sigillo di sostenibilità era l’elemento che maggiormente distingueva la confezione Carte d’Or dalle sue concorrenti. Nonostante la presenza di tale “certificazione verde” possa aver indotto qualche consumatore all’acquisto del gelato, il Giurì ha ritenuto che la *green claim* e il carattere di sostenibilità vantato dalla Unilever non fossero in contrasto con la disciplina in materia di pubblicità ingannevole.²²²

Il giudizio innanzi al giudice dell’IAP è iniziato su richiesta di Froneri Italy srl che ha lamentato il contrasto della campagna di Unilever con gli artt. 1, 2, 3, 12 e 12bis del C.A. Secondo la società ricorrente, il messaggio della Unilever presenta vari profili di ambiguità che vengono accentuati dal voice over negli spot televisivi. Secondo Froneri, il “bollino” induce il consumatore medio a ritenere che la confezione possa essere smaltita all’interno di sistemi di compostaggio domestici, quando in realtà la stessa, per diventare “compost”, deve essere portata in siti di compostaggio industriale e sottoposta a un processo di degradazione.

La resistente Unilever sostiene di aver sviluppato un processo innovativo di smaltimento dei rifiuti compostabili tali da poter permettere ai consumatori di provvedere al compostaggio del

²²² Froneri Italy c. Unilever, pronuncia n. 49/2019, punto 1-3.

prodotto direttamente a casa, senza dover per forza recarsi ad un sito industriale, come sostenuto da Froneri. La caratteristica innovativa sfrutta la sostenibilità dei materiali con cui la confezione è prodotta.

Richiamando un concetto già analizzato nelle Green Guides della FTC, la Unilever sostiene che il bollino “compostabile recuperami nell’umido” e il claim “compostabile” si riferiscano allo smaltimento nell’umido per l’avvio ai siti di compostaggio preposti. Le Green Guides prevedono che un “marketer” nel sostenere che un proprio prodotto sia “compostabile” debba avere un’evidenza scientifica che “all the materials in the item will break down into usable compost in a safe and timely manner.”²²³ Successivamente, l’*example 3* alla Section 260.7 delle Green Guides chiarisce come un “marketer” faccia una dichiarazione sbagliata (definita come “unqualified claim”) di compostabilità del prodotto nel caso in cui “the package will not break down into usable compost in a home compost pile or device.”²²⁴ Le Green Guides di fatti consigliano di “disclose that the package is not suitable for home composting” direttamente sulla confezione per evitare ogni possibilità di inganno. *“Unilever precisa, del resto, che le confezioni Carte d’Or non arrecherebbero alcun pregiudizio all’ambiente nemmeno se gettate nella compostiera domestica. Richiama dati tecnici che portano a ritenere che in questi casi sarebbero al più necessari maggiori tempi di biodegradazione per raggiungere la completa mineralizzazione.”*

Secondo il Giurì di Autodisciplina, in situazioni del genere, l’ingannevolezza non può essere analizzata nella prospettiva di un “super consumatore attento e consapevole delle caratteristiche tecniche e scientifiche del compostaggio.” L’organo giudicante ritiene che le imprese “non siano tenute a trasmettere informazioni circa l’attività di compostaggio attraverso tali marchi di certificazione, né ad adeguarsi alla terminologia di questi marchi.” Tutto ciò perché il consumatore “non è interessato a sapere dove e come avviene il compostaggio.”

²²³ 16 CFR Part 260.7, Green Guides.

²²⁴ 16 CFR Part 260.7, example 3, Green Guides.

Il Giurì continua: “I consumatori sensibili alla raccolta differenziata non devono essere né particolarmente smaliziati, né consultare i siti web, né ponderare particolarmente le loro decisioni d’acquisto, per leggere il riferimento alla compostabilità come riferimento alla destinazione fra i rifiuti umidi, chiaramente specificata nel contesto comunicazionale contestato. La gran parte dei consumatori d’altro canto utilizza, quando disponibili, i bidoni dei rifiuti umidi.”²²⁵

La Unilever ha dimostrato con dati scientifici e tecnici la bontà delle proprie affermazioni e nulla di illecito e contrario alle norme del Codice di Autodisciplina è stato rilevato in seguito l’attività del Giurì.

Non è stato, inoltre, ordinato un esplicito riferimento al compostaggio domestico sulla confezione dei gelati Carte d’Or, considerando che l’attività a posteriore del compostaggio dei rifiuti non rientra nella sfera di competenza di conoscenza dello standard di consumatore medio cui il Giurì fa riferimento.

Fater S.p.A. c. Olive S.r.l., pronuncia 69/2016

Una delle prime pronunce, alla luce dell’introduzione dell’articolo 12 posto a tutela dell’ambiente, ha riguardato una campagna pubblicitaria relativa a dei pannolini, prodotti dalla Olive srl. Il Giurì, nell’occasione, ha ritenuto le dichiarazioni “100% naturali”, “prodotti con materie prime di origine vegetale”, “biodegradabili”, “compostabili”, “Chemical free” fossero in contrasto con gli articoli 2, 12 e 14 del Codice di Autodisciplina pubblicitaria.²²⁶

Nel caso di specie la Fater S.p.a., un’azienda italiana che produce prodotti per la cura della persona titolare tra i vari dei marchi Ace e Tampax, ha richiesto l’intervento del Giurì in relazione alla campagna pubblicitaria che promuoveva i pannolini “Nappynat” della Olive S.r.l., perché in contrasto con gli artt. 2, 3, 12, 12bis, 14 e 15 del C.A.

²²⁵ Froneri Italy c. Unilever, pronuncia n. 49/2019, punto 20.

²²⁶ Fater S.p.A. c. Olive S.r.l., pronuncia 69/2016, punto 2-3.

I messaggi promozionali erano incentrati sulle qualità ecologiche dei pannolini e sulla loro capacità di proteggere la pelle dei bambini perché privi di additivi chimici e costituiti *totalmente* da prodotti naturali.

La Fater, in udienza innanzi al Giurì, ha sostenuto che tali messaggi indurrebbero i consumatori a pensare che i pannolini “Nappynat” siano completamente naturali, biodegradabili e compostabili, cosa che non corrispondeva al vero.²²⁷ La stessa confezione del prodotto riportava informazioni contrastanti con quanto sostenuto dalla Olive s.r.l., tuttavia queste informazioni venivano riportate in caratteri di piccole dimensioni tali da non poter esser lette e apprese facilmente dal consumatore. Oltre, quindi, alla violazione dell’articolo 2 del C.A. che prescrive che la comunicazione commerciale debba evitare ogni situazione di decettività o di induzione in errore dei consumatori-medi di quel gruppo di riferimento, la Fater S.p.a. sosteneva anche la violazione degli artt. 12 C.A., per l’evocazione di vantaggi ambientali che deriverebbero dall’uso del prodotto, e 12bis in quanto i consumatori, credendo di utilizzare prodotti completamente naturali, biodegradabili e compostabili, avrebbero potuto adottare comportamenti imprudenti. L’articolo 12-bis prevede che *“la comunicazione commerciale non deve contenere descrizioni tali da indurre i [consumator] a trascurare le normali regole di prudenza o a diminuire il senso di vigilanza e di responsabilità verso i pericoli, in particolare per ... la sicurezza e l’ambiente.”*²²⁸

Olive s.r.l. ha eccepito la validità delle prove prodotte dal ricorrente, oltre che la mancanza di prove di contratti pubblicitari stipulati che garantirebbero la giurisdizione del Giurì dal momento che non avrebbe accettato, neanche implicitamente, alcuna causa di accettazione di cui alla let. d) del C.A.

Il Giurì ha ritenuto gli spot pubblicitari esaminati in contrasto con gli artt. 2 e 12 del Codice. Il Giurì ha ritenuto altresì in contrasto con gli artt. 2, 12 e 14 le seguenti espressioni, contenute sulle confezioni: “100% Naturali” – “Chemical free” – “Antibatterici” – “Senza ftalati” – “Compostabili”

²²⁷ Vedi nota precedente al punto 6.

²²⁸ Codice di Autodisciplina pubblicitaria cinquantottesima (58) edizione, articolo 12-bis.

– “Biodegradabili” – “Prodotti con materie prime di origine vegetale”. Il Giurì ritiene altresì che l’infrazione alle disposizioni del Codice sia, nel caso in esame, di particolare gravità, sia per l’elevato numero di messaggi ingannevoli, sia per la ricorrente strumentalizzazione del messaggio ecologico, che dovrebbe invece essere usato con particolare attenzione e serietà.

Per quanto testé riportato, il Giurì ha ordinato la cassazione con conseguente pubblicazione della decisione motivata sul “Corriere della Sera” a spese di Olive srl.²²⁹

Madel S.p.A. c. Real Chimica S.r.l., pronuncia 39/2018

Il Giurì si è pronunciato circa la campagna pubblicitaria della Real Chimica s.r.l che per promuovere la linea di prodotti “Chanteclair Vert” ha utilizzato dichiarazioni come “100% Vert”, “Qualità 100% Vert Certificata”, “100% attivi di origine vegetale”, “Proprietà 100% Vert”, “Completamente biodegradabili”, “Da fonti rinnovabili”, accompagnati da immagini e affermazioni atte a suggerire l’idea di una perfetta compatibilità dei prodotti con la protezione dell’ambiente naturale. In aggiunta, sulle confezioni della nuova linea di prodotti la Real Chimica aveva aggiunto un “bollo di qualità” statuendo che il prodotto commercializzato avesse ottenuto la certificazione “100% Vert” da Certiquality.²³⁰

La ricorrente Madel S.p.a. ha contestato la massiccia campagna pubblicitaria condotta dall’azienda resistente mettendo in dubbio la qualità ecologica idonea solamente a ingannare i consumatori portati a ritenere i prodotti totalmente privi di impatto ambientale. Secondo la Madel spa la garanzia del rispetto dei criteri di elevata sostenibilità ambientale stabiliti dall’ente privato non sarebbe ammissibile. La certificazione, oltre che ingannare i consumatori circa le qualità biodegradabili e di origine vegetale dei prodotti, si limitava ad accertare dei parametri che la stessa

²²⁹ Fater S.p.A. c. Olive S.r.l., pronuncia 69/2016, punto 20.

²³⁰ Madel S.p.A. c. Real Chimica S.r.l., pronuncia 39/2018, punto 1-4.

azienda produttrice aveva proposto e quindi per nulla veritieri. Sostenendo quindi il contrasto, tra gli altri, degli artt. 2 e 12 del C.A.²³¹

Real Chimica ha eccepito che i messaggi relativi al claim 100% Vert non presenterebbero alcun aspetto di decettività, poiché quanto riferito al pubblico corrisponderebbe effettivamente alle qualità ecologiche dei prodotti e ciò sarebbe facilmente verificabile dal consumatore anche grazie ad un collegamento tra prodotto-etichetta e sito web. Con riferimento invece alla qualità dei detergenti essi utilizzano solo prodotti ecologicamente sostenibili e, inoltre, il marchio ricevuto da Certiquality comporta una serie di verifiche molto penetranti. Concludendo, la resistente sostiene che nessun prodotto potrebbe sostenere una dichiarazione di ecologicità assoluta al 100%, semplicemente il messaggio era per informare il consumatore che la bontà e la sostenibilità del prodotto fossero molto alte.

Il Giurì ha ritenuto fondata la contestazione di ingannevolezza in relazione all'espressione completamente biodegradabili, convenendo che possa essere intesa come sinonimo di "integralmente, al 100%"; sotto questo aspetto la Resistente da un lato non ha sollevato vere obiezioni, dall'altro le specificazioni contenute nelle confezioni dei prodotti e nel suo sito si porrebbero in contraddizione con una tale decodifica. L'espressione "100% Vert" non presenta, ad avviso del Giurì, quei caratteri di assolutezza che la Ricorrente vi scorge. Le informazioni desumibili dai documenti tecnici prodotti da Real Chimica hanno fatto emergere che elementi potenzialmente dannosi per l'ambiente compaiono in proporzioni infinitesimali e, nelle etichette dei prodotti e nel sito internet, compaiono espressioni idonee a limitare il senso dell'espressione contestata (es. ridotto impatto ambientale). Neppure la censura relativa alla certificazione rilasciata da Certiquality appare fondata, dal momento che gli standard presi in considerazione sono risultati scientificamente accettabili e rispettati.²³²

²³¹ Madel S.p.A. c. Real Chimica S.r.l., pronuncia 39/2018, punto 7-8.

²³² Madel S.p.A. c. Real Chimica S.r.l., pronuncia 39/2018, punto 18.

Concludendo il Giurì ha ravvisato il contrasto con l'articolo 2 del C.A. solo rispetto alla dichiarazione "completamente biodegradabile" e rispetto alla stessa ne ordina la cessazione.

Compagnia di Surgelati Italiana S.p.A. c. Frosta Italia S.r.l., pronuncia n. 39/2017

Il Giurì di Autodisciplina ha dichiarato come l'espressione "i nuovi surgelati" della campagna pubblicitaria della Frosta Italia S.r.l. fosse in contrasto con l'articolo 2 del Codice di Autodisciplina perché ingannevole dal momento che ogni prodotto della resistente Frosta può trovare sostituti nei prodotti della concorrenza.

Il Giurì, di fatti, ritiene che Frosta "non possa agganciare la novità della produzione a caratteristiche di naturalità che sono presenti in uno od altro prodotto di uno od altro concorrente; quand'anche nessuno di questi concorrenti commercializzi esclusivamente prodotti privi di additivi."

La pubblicità contestate dalla Compagnia di Surgelati Italiana S.p.A. (di seguito "Surgelati" ovvero "Surgelati Italiani") miravano a promuovere una gamma di prodotti surgelati "100% naturali." Per di più, la campagna pubblicitaria della resistente sosteneva come "la natura ha scelto Frosta" proprio per le molteplici qualità "eco-friendly" dei propri prodotti, tra le tante l'assenza di additivi e di segreti per il consumatore. La contestazione di Surgelati Italiani riguarda la possibilità che la resistente, mediante la pubblicità dei nuovi prodotti, possa aver insinuato nel consumatore medio l'idea che tali prodotti siano i primi e gli unici a non avere additivi ovvero 100% prodotti naturali surgelati. La Compagnia di Surgelati Italiani "commercializza piatti pronti fabbricati con ingredienti "100% naturali" senza l'impiego di additivi. Così pure molti prodotti a marca Orogel sono fabbricati senza l'uso di additivi alimentari o di aromi chimici." L'espressione "I nuovi

surgelati” risulta non solo ingannevole, ma anche istitutiva di una illecita comparazione, in violazione degli artt. 2 e 15 del codice.²³³

Al punto 6 della pronuncia si legge come “*Frosta puntualizza inoltre che la sua scelta di trasparenza comunicazionale è rafforzata dall’uso delle etichette cosiddette parlanti, ossia ampiamente informative sulle caratteristiche dei vari ingredienti utilizzati. Accanto ad ogni ingrediente compare un trafiletto che dà notizia al consumatore del metodo di produzione utilizzato: per il pesce zona e sistema di pesca, per i vegetali la varietà utilizzata. Frosta ha inoltre messo a disposizione del consumatore il suo sistema di tracciabilità, che consente di risalire alla provenienza di tutti gli ingredienti utilizzati in ogni singolo prodotto. Inserendo il numero di lotto che compare su ogni confezione sul sito, oppure scannerizzando il QR Code che compare su ogni confezione, il consumatore può sapere in quale paese sono stati prodotti i vari ingredienti utilizzati. Il consumatore si trova così in condizione di avere sugli ingredienti utilizzati un numero di informazioni superiore a quello imposto dalla normativa vigente. Tanto ad avviso di Frosta giustifica il claim “zero segreti.”*”²³⁴

Il Giurì, in seguito alle argomentazioni delle parti, ha ritenuto provato il carattere di “naturalità” e sostenibilità dei prodotti a marchio Frosta. Nulla contrasta con la disciplina della Codice di Autodisciplina dal momento che tali affermazioni sono state provate. La comunicazione, per di più, totalmente trasparente della Frosta s.r.l. garantisce la possibilità di comunicare quelle caratteristiche ed enfatizzare – con l’utilizzo di espressioni quali “zero segreti” – la sostenibilità e il carattere eco-friendly dei prodotti.²³⁵

L’espressione utilizzata, “nuovi surgelati”, crea più problemi in quanto, nonostante agganciato alla naturalità dei prodotti, rivendica una qualità “nuova” che nuova non è. La nuova linea di prodotti sfugge alla percezione del consumatore che viene ingannato dalle dichiarazioni di Frosta. La novità in termini di sostenibilità e naturalezza dei surgelati seppur reale è decettiva,

²³³ Compagnia di Surgelati Italiana S.p.A. c. Frosta Italia S.r.l., pronuncia n. 39/2017, punto 3.

²³⁴ Compagnia di Surgelati Italiana S.p.A. c. Frosta Italia S.r.l., pronuncia n. 39/2017, punto 6.

²³⁵ Compagnia di Surgelati Italiana S.p.A. c. Frosta Italia S.r.l., pronuncia n. 39/2017, punto 18.

attirando il consumatore che ignaro tende a screditare i prodotti della concorrenza, come ad esempio quelli in marca Orogel.²³⁶

Stante le dichiarazioni veritiere sull'assenza di additivi, il Giurì dichiara illegittima l'espressione i "nuovi surgelati" attribuendo, la Frosta, qualità di novità a prodotti con già dei sostituti sul mercato.

3. Differenze con Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

L'IAP è un sistema di autotutela che è parallelo a quello pubblico statale.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (ora AGCM) rappresenta l'amministrazione che è chiamata a dirimere le controversie in materia di pubblicità ingannevole, ovvero tutelare la leale concorrenza del mercato italiano.

L'autorità in questione è definita come un'autorità generalista, esercitando i propri poteri in modo trasversale nei confronti di tutte le imprese operanti nel mercato. È stata istituita nel 1990, con la legge 287/1990. Nonostante la natura generalista dell'Autorità, la funzione principale è quella relativa all'applicazione della concorrenza in ossequio all'articolo 41 della Costituzione italiana.

L'Autorità ha poteri di accertamento e di repressione dei comportamenti illeciti posti in essere dalle imprese operanti nel settore. Tali poteri hanno una regolamentazione *ex post*, significando che la legge attribuisce la facoltà all'Autorità di intervenire, in linea generale, successivamente all'avvenuta violazione delle imprese vigilate. Non manca però la possibilità di adottare provvedimenti cautelari nei casi d'urgenza e di gravità della violazione ovvero la possibilità di richiedere all'impresa di ripristinare *pro-futuro* le condizioni di mercato concorrenziale.²³⁷

²³⁶ Compagnia di Surgelati Italiana S.p.A. c. Frosta Italia S.r.l., pronuncia n. 39/2017, punto 19.

²³⁷ Marcello Clarich, Manuale di diritto amministrativo, quarta edizione, il Mulino 2019, pagine 344-346.

Le differenze tra l'AGCM e l'IAP sono sostanziali, sia a livello procedurale che circa l'approccio critico nei casi di violazione della concorrenza.²³⁸

La prima differenza tra i due organismi vigilanti è l'efficacia delle decisioni. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato fa discendere il proprio potere direttamente dalla legge istitutiva e con ciò le sue decisioni hanno efficacia erga omnes. L'IAP invece utilizza le norme del Codice di Autodisciplina pubblicitaria e, come detto, accerta la responsabilità contrattuale delle imprese che hanno sottoscritto ovvero accettato (implicitamente o esplicitamente) le norme del Codice. Questa tipologia di accertamento fa sì che le decisioni dell'IAP siano vincolanti solamente per coloro i quali vi abbiano aderito.

Altra differenza cruciale è la rapidità di decisione. Se, nel caso dell'IAP l'adozione di una decisione ha tempi molto rapidi, l'Antitrust italiana, invece, deve sottostare ai termini dettati dal processo amministrativo che prevedono tempi sicuramente più lunghi dell'ente privato. Le tempistiche sono di circa novanta giorni per l'Autorità pubblica e di soli venti, massimo trenta giorni nei procedimenti più complessi per l'Istituto di Autodisciplina.²³⁹

Ancora c'è da aggiungere la possibilità da parte dell'AGCM di irrorare sanzioni in seguito all'accertamento di illeciti, cosa che l'IAP invece non può fare. L'istituto può solo ordinare la cessazione del messaggio pubblicitario, ma agendo in tempi molto rapidi la cessazione ordinata ha effetto immediato fermando la campagna quando ancora è in fase di trasmissione.

Altra differenza è sul piano dei soggetti ricorrenti. L'Antitrust è preferita dai consumatori e dalle loro associazioni, avendo come interesse principale l'irrogazione di una sanzione pecuniaria. Mentre il Giurì di autodisciplina si rivolge alle imprese, nascendo proprio come un organismo

²³⁸ Marco Di Toro, "Pubblicità ingannevole: autorità antitrust vs Giurì di Autodisciplina", Università degli Studi di Milano Bicocca, Consumatori Diritti e Mercato 2009, numero 2 *disponibile a* http://www.consumatoridirittimercato.it/wp-content/uploads/2009/07/2009-2-13CDM002_ditoro.pdf *ultimo accesso il 06/07/2022.*

²³⁹ Antonino Baldassarre e Vincenzo Guggino, Autodisciplina pubblicitaria e il suo giurì, Camera di Commercio di Milano 1996, *disponibile a* http://impresa-stato.mi.camcom.it/im_35/guggino.htm *ultimo accesso 05/07/2022.*

vicino alla realtà aziendale che fa della rapidità e pragmaticità delle proprie decisioni il punto di forza dell'Istituto.

Non è da escludere, in ultimo, l'apertura di due procedimenti nei confronti di entrambi gli organi. Seppur in rari casi, l'articolo 27 del Codice del Consumo prevede la possibilità che vi siano due procedimenti qualora *“iniziata la procedura davanti a un organismo di autodisciplina, le parti possono convenire di astenersi dall'adire l'autorità fino alla pronuncia definitiva. [...] L'autorità, valutate tutte le circostanze, può disporre la sospensione del procedimento per un periodo non superiore a trenta giorni.”* Essendo due procedimenti autonomi e indipendenti tra loro non è esclusa la possibilità che le decisioni possano differire.

4. Ordinanza del Tribunale di Gorizia n. 721/2021 e le conseguenze

I principi discendenti dalle pronunce del Giurì di autodisciplina hanno da sempre influenzato anche le decisioni dei giudici ordinari, eppure solo in un'ordinanza del Tribunale di Gorizia di recente decisione s'è avuto un diretto richiamo sia ai principi di autodisciplina sia ai principi discendenti dalle pronunce dell'AGCM.

L'ordinanza del Tribunale di Gorizia n. 721/2021 rappresenta un primo vero e proprio passo della giurisprudenza ordinaria verso il riconoscimento effettivo del fenomeno del *“greenwashing”* in ambito commerciale in Italia.²⁴⁰ Il caso di specie ha riguardato la Miko S.r.l., una società impegnata nella produzione e vendita di materiale tessile per il settore automobilistico. La società introduceva nel mercato un materiale in microfibra di cui ne esaltava la sua spiccata capacità ecologica per via dell'impegno di materiale riciclato. Le dichiarazioni contenevano slogan come *“amica dell'ambiente”*, *“100% materiale naturale e riciclato”* quando in realtà ciò s'è dimostrato non corrispondere al vero.

²⁴⁰ Beatrice La Porta, *“Riflessioni a margine dell'ordinanza cautelare del 26 novembre 2021 del Tribunale di Gorizia: greenwashing tra concorrenza sleale e diritto del consumatore all'acquisto consapevole.”*, Diritto agroalimentare n. 1/2022, 7-44.

L'ordinanza ha chiarito come sia necessaria l'esigenza di veridicità e correttezza delle dichiarazioni ambientali delle società, andando a richiamare, in maniera generale, la giurisprudenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato oltre che le molteplici decisioni del Giurì di Autodisciplina pubblicitaria.

Le comunicazioni di sostenibilità ambientale dell'imprenditore sono del tutto lecite e legittimate dalla giurisprudenza; nel caso in cui tali comunicazioni siano inconsistenti con dati scientifici allora si potrebbe configurare un caso di concorrenza sleale. La libertà di comunicazione aziendale si esplica quale pretesa di autoaffermazione economica della persona attraverso l'esercizio della impresa²⁴¹. Tale principio di autoaffermazione si esercita in un mercato luogo della competizione così nell'ipotesi di un comportamento che riduca tale competitività, diminuendo la possibilità potenzialmente per chiunque di esercitare liberamente la propria pretesa allora quel comportamento debba essere definito come illecito.²⁴²

La sensibilità sempre maggiore verso le esigenze di tutela del suolo, della biodiversità, dell'ecosistema e più in generale del rapporto tra l'uomo e la natura è tale da aver impattato profondamente le politiche interne e unionali, imponendo un cambio di prospettiva assumendo così una consapevolezza diversa della minaccia dei cambiamenti climatici.²⁴³

Naturalmente non è semplice affrontare temi in continua evoluzione.

Le prime difficoltà si incontrano nel definire parametri rigidi nella regolamentazione del fenomeno del *greenwashing* e più in generale rispetto al significato delle parole "sostenibilità", "eco-friendly" e via discorrendo. Le concrete difficoltà di definizione si traducono in una concreta difficoltà di comunicazione delle imprese operanti nel settore che non di rado, come visto, possono abusare di queste forme comunicative edulcorando ed enfatizzando le dichiarazioni "green" senza

²⁴¹ Cass. Civile Sentenza n. 2207/05.

²⁴² Vedi nota precedente.

²⁴³ Vedi nota precedente.

però un metodo chiaro per poter verificare le informazioni divulgate, favorendo così la veicolazione di messaggi fuorvianti e ingannevoli.²⁴⁴

Il concetto di sostenibilità ambientale che richiama la capacità dei soggetti di realizzare comportamenti capaci di preservare le risorse ambientali per le generazioni future, rischia uno svuotamento quanto mai concreto in ragione delle difficoltà di controllo dei comportamenti posti in essere dalle imprese sul mercato da parte delle competenti autorità.²⁴⁵

Nel dicembre 2019, il legislatore unionale con il Green Deal ha introdotto il concetto di “programmazione economica ambientale”²⁴⁶ che è volto all’adozione di scelte di matrice economica prevalentemente orientate alla tutela ambientale. Tale misura è indirizzata allo sviluppo di una sostenibilità ambientale che ricalca i concetti già introdotti dall’Agenda delle Nazioni Unite e gli obiettivi di Sustainable Development Goals (SDGs) tra gli altri anche il forte richiamo all’ambiente con l’obiettivo di ridurre l’impatto della produzione sull’ecosistema cercando di preservare così le generazioni future.

Proprio in questa direzione di contenimento dei rischi di attività potenzialmente fraudolente come quella del *greenwashing*, la proposizione di metodologie volte a misurare in modo omogeneo le prestazioni ambientali come il Product Environmental Footprint (PEF)²⁴⁷ e l’Organization Environmental Footprint (OEF)²⁴⁸ della Commissione Europea sono utili allo scopo e rappresentano anche un metodo iniziale di dialogo rispetto alla creazione di sistemi con la previsione di disciplinari da delineare guardando i singoli settori di riferimento.

²⁴⁴ European Commission, Consumer market study on environmental claims for non-food products, July 2014, disponibile a https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/study_on_environmental_claims_for_non_food_products_2014_en.pdf ultimo accesso 06/07/2022.

²⁴⁵ Antonioli M., La sostenibilità dello sviluppo tra principi del diritto, proceduralizzazione, eticità e crescita economica, in Riv. Diritto pubblico comparato, 2017.

²⁴⁶ COM/2019/640, COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI Il Green Deal europeo, disponibile a <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52019DC0640> ultimo accesso 06/07/2022.

²⁴⁷ The environmental footprint, disponibile a https://ec.europa.eu/environment/eussd/smgp/ef_pilots.htm ultimo accesso 06/07/2022.

²⁴⁸ Organizational Environmental footprint, disponibile a https://ec.europa.eu/environment/eussd/pdf/footprint/OEF%20Guide_final_July%202012_clean%20version.pdf ultimo accesso 06/07/2022.

Questi parametri sono previsioni di “soft law” che in ogni caso permettono di tracciare dei limiti identificabili che si legano al rispetto e alla tutela dell’ambiente in una visione olistica della sostenibilità legata anche ai temi dello sviluppo economico e sociale, travalicando il mero piano ambientale.

La possibilità che la comunicazione delle imprese nel campo della ecosostenibilità sia rispettosa dei principi dettati dai vari ordinamenti passa anche dalla necessità di accordi e dialoghi interprofessionali. L’incontro tra le varie esigenze della filiera e le migliori risultanze tecniche e scientifiche deve essere posto alla base di questo processo di sensibilizzazione così da poter garantire una comunicazione commerciale che non violi quanto previsto dall’articolo 12 del Codice di Autodisciplina pubblicitaria.

L’articolo 2598 Codice Civile, di fatti, prevede il “mendacio concorrenziale” che si concretizza quando la condotta dell’imprenditore è tale da “attribuire alla propria imprese o ai prodotti pregi inesistenti”²⁴⁹, così come stabilito dal comma 3 della suddetta previsione normativa. L’ipotesi di “mendacio concorrenziale” lede due piani di diritti tra di loro interconnessi: quello dei rapporti tra le imprese e il rapporto della singola impresa con il consumatore.

Nel primo caso, la lesione proveniente dall’atto di concorrenza sleale provoca un danno a cascata nei confronti delle altre aziende del mercato che sostengono “claims ambientali” veritieri e non ingannevoli.

Secondariamente, il danno ascrivibile all’ipotesi di concorrenza sleale è di più facile previsione. La capacità dell’impresa di incidere negativamente sull’autodeterminazione del consumatore attraverso comportamenti che possono indurre il secondo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Secondo la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 2207/2005, c’è un abbandono dell’ordinamento tradizionale del semplice interesse del consumatore come soggetto debole e si riconosce la portata plurioffensiva delle condotte anticoncorrenziali con conseguente lesione

²⁴⁹ Articolo 2598, comma 3, Codice Civile.

dell'interesse generale all'incremento del benessere economico. La Corte distingue poi anche tra i profili segnatamente protezionistici della disciplina della concorrenza come la salvaguardia della salute ovvero della sicurezza, e il diverso aspetto della libertà di autodeterminazione del consumatore.²⁵⁰

In ragione della natura pericolosa che comportamenti anticoncorrenziali hanno di orientare le scelte del consumatore e di stravolgere il mercato concorrenziale è necessario che, nel caso di dichiarazioni ambientali, queste ultime siano “chiare, veritiere, accurate e non fuorvianti, e basate su dati scientifici”.²⁵¹

Nel caso sottoposto al Tribunale di Gorizia, la Miko S.r.l., una società impegnata nella produzione e vendita di materiale tessile per il settore automobilistico, immetteva sul mercato un prodotto fatto di alcantara, un materiale di microfibra simile al camoscio. La Miko Srl ne esaltava la sua spiccata capacità ecologica per via dell'impegno di materiale riciclato. La società tessile con dichiarazioni quali “amica dell'ambiente” e “scelta naturale” riconducibili al prodotto, secondo il Giudice di Gorizia, ha infranto quelle basilari esigenze di chiarezza, veridicità e accuratezza, in quanto eccessivamente generici infondendo nel consumatore un'immagine “green” ovvero ecosostenibile senza però dar conto delle reali politiche aziendali rivelatesi del tutto in contrasto con quanto sostenuto nella campagna pubblicitaria.²⁵²

Alcantara S.p.a. depositava d'urgenza il ricorso con il quale il Tribunale di Gorizia ha poi accertato le mendaci dichiarazioni dei messaggi pubblicitari della Miko Srl, ordinando la pubblicazione dell'ordinanza sul proprio sito internet e su diversi canali di comunicazione, come giornali e riviste specialistiche.²⁵³

²⁵⁰ Cass. Civile Sentenza n. 2207/05.

²⁵¹ Ordinanza del Tribunale di Gorizia n. 721/2021.

²⁵² Ordinanza del Tribunale di Gorizia n. 721/2021.

²⁵³ Vedi nota precedente.

Come è facilmente intuibile e secondo dottrina²⁵⁴ è chiaro come la pubblicazione dell'ordinanza attestante l'ingannevolezza delle dichiarazioni ambientali rappresenta una sanzione severa in ambito commerciale, stante che l'ammissione della falsità o non verificabilità dei propri comunicati è un elemento fortemente capace di intaccare la credibilità dell'impresa e, in prospettiva la permanenza della stessa sul mercato. Questo perché, come è intuibile, avere una buona reputazione sul mercato è sinonimo, il più delle volte, di una buona organizzazione aziendale e di solidità dell'impresa stessa. *L'aver una buona reputazione* incide su molteplici aspetti della vita aziendale dai profitti fino alla differenziazione del proprio prodotto nei confronti della concorrenza, di fatto andando a influenzare in senso positivo la percezione del consumatore finale.

La capacità di ingannare i consumatori attraverso gli aggettivi ecologici dei prodotti della Miko Srl ha rappresentato un indebito accaparramento di clientela che l'ordinamento sanziona in ragione della tendenza lesiva dell'autodeterminazione del consumatore. Inoltre, ai sensi dell'articolo 2599 c.c., la pubblicazione della “sentenza che accerta atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione.”²⁵⁵ La pubblicazione è possibile solo in caso di dolo o colpa del concorrente che ha slealmente agito, colpa che è possibile presumere una volta accertati gli atti di concorrenza sleale e congiuntamente è possibile anche prevedere un risarcimento del danno.²⁵⁶

²⁵⁴ Beatrice La Porta, “Riflessioni a margine dell'ordinanza cautelare del 26 novembre 2021 del Tribunale di Gorizia: greenwashing tra concorrenza sleale e diritto del consumatore all'acquisto consapevole.”, *Diritto agroalimentare* n. 1/2022, 7-44.

²⁵⁵ Articolo 2599 Codice Civile.

²⁵⁶ Beatrice La Porta, “Riflessioni a margine dell'ordinanza cautelare del 26 novembre 2021 del Tribunale di Gorizia: greenwashing tra concorrenza sleale e diritto del consumatore all'acquisto consapevole.”, *Diritto agroalimentare* n. 1/2022, 7-44.

Conclusioni

Ad oggi il tema della sostenibilità è diventato cruciale. Nonostante lo studio si sia concentrato sulle dichiarazioni di *greenwashing*, che per antonomasia è un concetto legato a dichiarazioni di stampo ambientale, la sostenibilità è sempre collegata agli aspetti climatici, sociali e economici. Si rileva pertanto una “dissonanza cognitiva” che porta le persone a pensare che il *greenwashing* riguardi soltanto il tema dell’energia e dell’ambiente.²⁵⁷

L’esigenza di mitigazione degli effetti dell’inquinamento deve comunque essere legata ad un processo di adattamento, e sostenere la crescita economica orientata in tal senso è indispensabile per realizzare lo sviluppo sostenibile.²⁵⁸

Il benessere odierno è tuttavia a volte legato ad una insostenibilità sistemica anche come conseguenza del poco controllo cui nel tempo le imprese dei differenti settori sono state sottoposte. La mancanza di una normativa stringente e puntuale ha permesso uno sviluppo economico poco sostenibile dal punto di vista ambientale e affatto in linea con gli obiettivi di *corporate social responsibility* che le varie aziende sono chiamate a rispettare, soprattutto negli ultimi anni.

Negli esempi studiati tra Stati Uniti e Italia si è compreso come il tema della tutela ambientale attraverso il contrasto del *greenwashing*, seppur presente in giurisprudenza, ancora tarda ad arrivare in maniera puntuale a livello legislativo.

Sia negli Stati Uniti che nel nostro Paese il tema del *greenwashing* è legato alla concorrenza di mercato. I poteri e le tutele però presenti sono ben diverse nei due ordinamenti giuridici, seppur possa trovarsi qualche punto di contatto.

Nell’ordinamento giuridico americano la tutela della concorrenza nel mercato è affidata ad un’autorità pubblica quale la Federal Trade Commission e a varie leggi federali o statali, come il Lanham Act e leggi anticoncorrenziali statali.

²⁵⁷ Andrea Illy, La sostenibilità ambientale, economica e sociale crea valore per le imprese, Sole 24 Ore, 28 maggio 2022.

²⁵⁸ Vedi nota precedente.

I poteri della Federal Trade Commission, negli Stati Uniti, sono tanto ampi quanto poco delineati. La possibilità di iniziare un procedimento in caso di dichiarazioni fraudolente ovvero “misleading” è presente, ma l’individuazione delle fattispecie che integrano l’illecito del “mendacio concorrenziale” è comunque rimessa al giudizio discrezionale dell’Autorità.

In questo spazio così ampio poi si collocano le diverse discipline statali e federali come il Lanham Act ovvero le varie leggi anticoncorrenziali che in parte limitano il campo d’applicazione dei poteri della FTC.

Vero è che in un paese di *common law* come gli Stati Uniti la possibilità di lasciare ai giudici spazi di manovra più ampi garantisce anche l’introduzione e la costruzione di *standard* giurisprudenziali che saranno più facilmente applicabili da avvocati e operatori del diritto.

I poteri della FTC sono legati poi a quello *standard* di ragionevolezza, che è presente anche in Italia, del “reasonable consumer” (“consumatore medio” potremmo tradurlo). La ragionevolezza è legata al “case-by-case study” che la Commissione in prima istanza e i giudici poi svolgeranno nell’analisi del caso. Un test di ragionevolezza ampio che permette però l’analisi più accurata della fattispecie fraudolenta e di come quest’ultima possa aver influenzato la scelta del consumatore medio, ingannato dal “green claim misleading.”

Il reasonable consumer test è presente in diverse modalità anche nel Lanham Act. Grazie allo Skil test, di cui si è ampiamente trattato nel capitolo II di questo elaborato, l’attore potrà presentare una richiesta di risarcimento dei danni “under section 43(a)” della stessa legge. Seppur l’azione della FTC venga in parte limitata dalle leggi a livello federale e statale, il Lanham Act garantisce una tutela maggiore a quel danno “meno tangibile ma pur sempre reale”²⁵⁹ che soffrono i commercianti. Sempre per citare la una concurring opinion in una decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti: “La concorrenza di un bugiardo è sempre pericolosa, anche se la quantificazione esatta del danno non è sempre facile da provare.” CITARE IN NOTA IL CASO Le corti statunitensi hanno negli anni elaborato una copiosa giurisprudenza in materia di mendacio

²⁵⁹ Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc., 505 U.S. 763, 778 n.4 (1992).

concorrenziale legato al Lanham Act, in particolar modo alla Section 43(a) la quale prevede proprio una “civil action” per chiunque formuli una dichiarazione commerciale che sia in grado di confondere o indurre in errore ogni altra persona.

Come ampiamente spiegato, i giudici americani hanno stabilito che un semplice consumatore non abbia legittimazione attiva per invocare un danno “under Section 43(a)” perchè il Congresso ha chiarito come il Lanham Act abbia come scopo principale quello di proteggere le persone che sono “engaged in commerce against unfair competition.” Addirittura, la giurisprudenza americana ha chiarito come una società non fosse legittimata ad agire “under Section 43(a)” nel caso di danno economico diretto causato da un acquisto non soddisfacente da un rivenditore. Ciò perchè il danno subito sarebbe stato simile a quello di un “ordinary consumer” che, come detto, non è legittimato a invocare direttamente il Lanham Act. Una volta adottato il test della “zone of interest” elaborato in *Lexmark Int'l*²⁶⁰, la giurisprudenza ha introdotto lo *Skil test*²⁶¹ che permette ai giudici di quantificare in maniera più precisa quel danno economico cui si faceva riferimento in *Two Pesos* nella concurring opinion.

Una questione di rilievo è la necessità che la “accused representation” debba essere una dichiarazione e non un’opinione della impresa. Questo perché, come da recente giurisprudenza, solo dichiarazioni di fatto capaci d’essere dimostrate false posso essere analizzate “under the Lanham Act” in quanto il “recipient is likely to assume only that the communicator believes the statement.”²⁶²

La tutela dei diritti dei consumatori è rimessa alle corti statali che hanno autorizzato class actions volte a tutelare tali diritti nei confronti di quelle imprese colpevoli di frodare il pubblico con le proprie affermazioni. I vari Stati hanno elaborato poi il test di ragionevolezza da applicare per

²⁶⁰ *Lexmark Int’l, Inc. v. Static Control Components, Inc.*, 572 U.S. 118, 134 S. Ct. 1377, 188 L. Ed. 2d 392 (2014).

²⁶¹ *Skil Corp. v. Rockwell Int’l Corp.*, 375 F. Supp. 777, 782–83 (N.D. Ill. 1974).

²⁶² *Peloton Interactive v. Icon Health & Fitness*, 2021 U.S. Dist. LEXIS 101436, 16 (D. Del. May 28, 2021).

poter qualificare la condotta come “deceptive” ovvero “misleading” in relazione all’annoverato standard di ragionevolezza del “reasonable consumer.”

Il principio di ragionevolezza, applicato alle decisioni coinvolgenti i consumatori, impone alla corte di analizzare la dichiarazione pubblicitaria oggetto della causa con gli occhi di un ordinario acquirente imponendo un “reasonable care” standard in capo gli advertisers.

La giurisprudenza americana ha adottato lo standard di ragionevolezza anche nei casi in cui i consumatori fossero stati fuorviati dalle dichiarazioni “green” delle aziende sui loro prodotti. L’applicazione del test non è sempre stata agevole dal momento che i temi di tutela ambientale si legano a questioni più tecniche e scientifiche, conoscenze che le corti non associano implicitamente ad un consumatore medio. L'utilizzo delle Green Guides, emanate dalla FTC, ha di fatti aiutato le corti a ricondurre nozioni più specifiche come quelle legate alla sostenibilità ambientale a quello standard di “reasonable care” necessario quando l'attore è un “ordinary consumer.”

Un caso che ha aiutato nella comprensione del tema della *green sustainability* in America è stato *Hill v. Roll Internat Corp.* del 2011²⁶³. La North District Court della California ha respinto le allegazioni di parte attrice nella misura in cui esse sostenevano che una "green drop" apposta sulla confezione potesse ingannare il consumatore inducendolo a credere che il prodotto fosse “environmentally superior” rispetto a quelli della concorrenza. Tali allegazioni sono state respinte perchè richiamando il proprio sito internet, l’azienda spiegava come la stessa fosse impegnata attivamente nel rispettare e tutelare l'ambiente. Il collegamento al sito e le varie *disclosure* sull'etichetta non avevano lo scopo di ingannare il consumatore, bensì di informarlo e educarlo al rispetto dell’ambiente.

Tutti i criteri o le argomentazioni giuridiche nelle varie sentenze sono incentrati sullo studio del comportamento di un cliente medio di fronte alla pretesa dell'azienda, ciò perché i giudici vogliono salvaguardare il consumatore che è stato in gran parte ingannato ovvero fuorviato dalla dichiarazione aziendale.

²⁶³ *Hill v. Roll Internat. Corp.*, 195 Cal. App. 4th 1295, 1299, 128 Cal. Rptr. 3d 109 (2011).

È evidente quanto sia simile il nucleo del ragionamento giuridico rispetto alle regole della Sezione 5 dell'FTC Act, al Latham Act e, infine, all'esame delle leggi a tutela dei consumatori. Il fulcro del discorso si concentra sull'accertamento del fatto che l'affermazione aziendale sia fuorviante o meno tale da poter ingannare un consumatore prudente.

La presenza delle Green Guides, infine, negli Stati Uniti garantisce una linea interpretativa univoca circa le dichiarazioni commerciali a contenuto ambientale.

In Italia la situazione cambia rispetto a quella degli Stati Uniti. Se in America almeno sono presenti delle linee guida capaci di rendere uniforme l'attività dei giudici e delle imprese, seppur in via teorica, in Italia non è presente nessun tipo di raccomandazione ovvero atto avente forza di legge a cui è possibile appellarsi nel caso di dichiarazioni fuorvianti o fraudolente di stampo ambientale.

Il consumatore italiano ingannato dalle dichiarazioni dell'azienda può rivolgersi principalmente all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ovvero all'Istituto di Autodisciplina pubblicitaria per cercare di tutelare i propri diritti.

Rispetto all'analisi del caso italiano, il mio studio si è soffermato sul fenomeno dell'autodisciplina pubblicitaria cui fa riferimento l'ordinanza del tribunale di Gorizia n.721/2021, rimandando a principi ovvero decisioni che in tale sede si sono prese.

L'istituto d'autodisciplina pubblicitaria rappresenta un'alternativa all'AGCM per chiunque sia stato ingannato da una dichiarazione pubblicitaria di un'azienda. Vero è che l'IAP è più rivolto alle imprese che al consumatore finale, nonostante l'Istituto offra servizi per il cittadino che voglia dare impulso al relativo procedimento.

Le differenze tra l'ordinamento statale rappresentato dal procedimento in seno all'AGCM e il fenomeno privato sono molteplici.

Innanzitutto, l'autodisciplina è il fenomeno per il quale una pluralità di soggetti, accomunati dall'esigenza di conformare il proprio comportamento a regole di correttezza, decide di sottostare volontariamente a norme di comportamento comuni, nonché a norme strumentali volte a far

rispettare le prime mediante appositi meccanismi coercitivi. Il sistema autodisciplinario si sviluppa in maniera parallela a quello classico dello Stato, e non si sostituisce ad esso. L'Istituto di autodisciplina è composto da due organi principali: il comitato di controllo e il giurì. Il comitato di controllo svolge la funzione di organo requirente e ha il compito di promuovere l'azione di responsabilità sia d'ufficio che su segnalazione. Una volta rilevata la violazione, la questione viene sottoposta direttamente al Giurì che è l'organo giudicante dell'IAP.

Nell'ordinamento statale, invece, le controversie in materia di pubblicità ingannevole ovvero tutela della leale concorrenza del mercato sono affidate, principalmente, all'Autortità Garante della Concorrenza e del Mercato. Quest'ultima è una pubblica amministrazione indipendente che è più volte stata definita come un'autorità generalista operando in maniera trasversale nei confronti di tutte le imprese operanti nel mercato.

Le differenze tra l'AGCM e l'IAP sono sostanziali, sia a livello procedurale che circa l'approccio critico nei casi di violazione della concorrenza.

Una differenza cruciale riguarda i tempi per la decisione. L'IAP fa della rapidità di decisione uno dei propri punti di forza. Le sentenze del Giurì di autodisciplina sono emesse in circa venti giorni, e non più di trenta giorni nei casi più complessi. Per quanto riguarda l'AGCM le tempistiche si allungano inevitabilmente perché l'autorità deve sottostare alle norme del procedimento amministrativo. Invece della ventina di giorni dell'IAP, il procedimento dell'AGCM dura all'incirca novanta giorni. Una differenza più che considerevole, soprattutto se si pensa che il mercato pubblicitario è in costante mutamento e le imprese hanno bisogno di risposte in tempi rapidi qualora dovessero essere soggette ad un provvedimento disciplinare.

Rispetto alle possibili sanzioni in seguito ai procedimenti disciplinari, altre differenze sono da sottolineare. L'AGCM può irrorare sanzioni in seguito all'accertamento dell'illecito. Le sanzioni dell'autorità pubblica sono, però, più volte risultate vane o quantomeno poco efficaci dal momento che le imprese interessate avevano grande disponibilità economica e le sanzioni non sono proporzionali al fatturato delle stesse. L'istituto di autodisciplina, invece, può solo ordinare la

cessazione del messaggio pubblicitario, ma agendo in tempi molto rapidi l'inibitoria ha effetto immediato fermando la campagna quando ancora è in fase di trasmissione causando molti più danni, in potenza, di una mera sanzione pecuniaria.

Altra differenza è sul piano dei soggetti ricorrenti. L'Antitrust è preferita dai consumatori e dalle loro associazioni, avendo come interesse principale l'irrogazione di una sanzione pecuniaria. Mentre il Giurì di autodisciplina nasce come un organismo più vicino alla realtà aziendale, si rivolge a queste ultime.

Giacché i due procedimenti sono indipendenti tra di loro non è da escludere la possibilità dell'apertura di due procedimenti innanzi ad entrambi gli enti. Tale situazione si verifica raramente e al momento non si sono verificate sovrapposizioni di decisioni. Come previsto dal Codice del Consumo all'articolo 27, le parti possono comunque decidere di astenersi dall'adire l'autorità privata fino alla decisione definitiva [dell'AGCM].

In questo contesto normativo si inserisce la recente ordinanza n.721/2021 emanata dal Tribunale di Gorizia, che ha rappresentato un primo vero e proprio approccio al tema del *greenwashing* da parte della giurisprudenza ordinaria. L'ordinanza ha chiarito come sia necessaria l'esigenza di veridicità e correttezza delle dichiarazioni ambientali delle società e ha fatto riferimento alle decisioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato oltre che alle molteplici decisioni del Giurì di Autodisciplina pubblicitaria.

L'ordinanza riprende, tra gli altri, il principio di diritto sancito dalla sentenza della Cassazione n. 2207/05 secondo cui le comunicazioni di sostenibilità ambientale dell'imprenditore sono del tutto lecite e legittimate dalla giurisprudenza, a meno che siano in contrasto con dati scientifici, in tal caso si potrebbe configurare un caso di concorrenza sleale. La Corte nella stessa sentenza ha definito il "mendacio concorrenziale" come una condotta dalla portata pluri-offensiva con conseguente lesione dell'interesse generale all'incremento del benessere economico.

La necessità, si ribadisce, di un incontro tra le varie esigenze della filiera e le migliori risultanze tecniche e scientifiche deve essere posta alla base di un processo di sensibilizzazione così

da poter garantire una comunicazione commerciale che non inganni i consumatori nel momento della scelta dei prodotti.

La previsione di una disciplina-quadro di *hard law* sia negli Stati Uniti che in Italia sembra quanto mai auspicabile per permettere più chiarezza sul piano dei diritti dei consumatori e per garantire alle imprese di rivolgersi al mercato senza incorrere in contestazioni dall'esito spesso incerto.

BIBLIOGRAFIA

- Andrea Illy, *La sostenibilità ambientale, economica e sociale crea valore per le imprese*, 28 maggio 2022, Sole 24 Ore.
- Antonino Baldassarre e Vincenzo Guggino, *Autodisciplina pubblicitaria e il suo Giurì*, Camera di Commercio di Milano 1996, *Impresa&Stato* n. 35, *disponibile online a http://impresa-stato.mi.camcom.it/im_35/guggino.htm*.
- Antonioli M., *La sostenibilità dello sviluppo tra principi del diritto, proceduralizzazione, eticità e crescita economica*, 2017, *Riv. Diritto pubblico comparato*, 1(1), pp. 17-36.
- Beatrice La Porta, *“Riflessioni a margine dell’ordinanza cautelare del 26 novembre 2021 del Tribunale di Gorizia: greenwashing tra concorrenza sleale e diritto del consumatore all’acquisto consapevole.”*, 2022, *Diritto agroalimentare* n. 1/2022, pp. 7-44.
- Bloomberg.com, *ESG Assets Rising to \$50 Trillion Will Reshape \$140.5 Trillion of Global AUM by 2025*, luglio 2021, *Finds Bloomberg Intelligence*.
- Camera dei deputati Servizio Studi, *Cambiamenti climatici*, maggio 2022.
- Circonomia VII edizione, *“Greenwashing”*, Festival dell’economia circolare e della transizione ecologica - Gmi (Greening Marketing Italia), Cooperativa Erica, Aica (Associazione internazionale per la comunicazione ambientale) ed Eprcomunicazione 2022.
- Claudio Tucci, *Arriva un corso per formare manager sostenibili*, luglio 2022, *il Sole 24 Ore* n. 186.
- Climate Action 100+, *Fulfilling the Promise: How Climate Action 100+ Investor-Signatories Can Mitigate Systemic Climate Risk*, febbraio 2022, pp. 16 e ss.
- COM/2019/640, COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI, *Il Green Deal europeo*, *disponibile a <https://eur->*

lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0006.02/DOC_1&format=PDF.

- Daniel J. Mulcahy, *Section 43(a) of the Lanham Act: its development and potential*, Loyola University Chicago Law Journal 1972, pp. 327 e ss.
- Delmas, M. A., & Burbano, V. C., *The drivers of greenwashing*, 2011, California management review, 54(1), pp. 64-87.
- European Commission, *Consumer market study on environmental claims for non-food products*, July 2014, disponibile a https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/study_on_environmental_claims_for_non_food_products_2014_en.pdf.
- F. Rossi, “*Marketing e comunicazione della sostenibilità*”, 2017, “L’azienda sostenibile: trend, strumenti e case study”, a cura di Marco Fasan e Stefano Bianchi, Università Ca’ Foscari, pp. 79-102.
- Frances Bowen, *After greenwashing*, in *After Greenwashing: Symbolic Corporate Environmentalism and Society*, p. 28 e ss. (2014), Cambridge University Press.
- Boxenbaum, E., Jonsson, S., Greenwood, R., Oliver, C., Suddaby, R., & Sahlin-Andersson, K. (2008). *The Sage handbook of organizational institutionalism. Isomorphism, diffusion and decoupling*, 78-98, Cambridge University Press.
- Frances Bowen, *Drivers and consequences of symbolic corporate environmentalism*, 2014, *After Greenwashing: Symbolic Corporate Environmentalism and Society* p. 81 e ss., Cambridge University Press.
- Buysse K. & Verbeke A. 2003. *Proactive environmental strategies: A stakeholder management perspective*, Strategic management journal, 24(5), 453-470), Cambridge University Press.

- Gennaro D’Andria, *Greenwashing: profili sanzionatori e rischi reputazionali*, ICC Italia 2022.
- Isabella Pratesi, “*Pandemie, l’effetto boomerang della distruzione degli ecosistemi*”, marzo 2020, WWF Italia.
- Jay Westerveld, *A History of Greenwashing: How Dirty Towel Impacted the Green Movement*, 1986, The Guardian, 7.
- Lyon, T. P., & Maxwell, J. W., *Greenwash: Corporate environmental disclosure under threat of audit*, Journal of economics & management strategy, 2011, 20(1), pp. 3-41.
- M. Libertini, “*Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell’impresa*”, Anno I 30 novembre 2013, Orizzonti del diritto commerciale rivista telematica.
- Marcello Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, IV edizione, il Mulino 2019, pagine 344-346.
- Marco Di Toro, “*Pubblicità ingannevole: autorità antitrust vs Giurì di Autodisciplina*”, 2009, Università degli Studi di Milano Bicocca, Consumatori Diritti e Mercato 2009, numero 2, 90-102.
- McWilliams, A., & Siegel, D. (2001). *Corporate social responsibility: A theory of the firm perspective*. Academy of management review, 26(1), 117-127.
- Miriam A. Cherry, *The Law and Economics of Corporate Social Responsibility and Greenwashing*, 2014, Business Law Journal, University of California. pagina
- Simon Mundy, Gillian Tett & Kristen Talman, *COP26 in review: our 5 takeaways*, 12 novembre 2021, Financial Times.
- Simon Mundy, Patrick Temple-West & Kristen Talman, ‘*It’s greenwashing*’: *Climate Action 100+ members let standards slip*, febbraio 2022, Financial Times.
- T. Özsoy & Avcilar, 2016, *An Investigation Of The Effects Of Consumers’ Environmental Attitudes On Perceptions Of Green Ads And Attitudes Toward The Brand*, Journal of

Academic Research in Economics, Spiru Haret University, Faculty of Accounting and Financial Management Constanta, vol. 8(1 (March)), pages 7-37.

- Torelli R, Balluchi F, Lazzini A., *Greenwashing and environmental communication: Effects on stakeholders' perceptions.*, Bus Strat Env. 2020; 29:407-421.
- Vincenzo Guggino, "*La dimensione europea dell'autodisciplina pubblicitaria*", 2015, CRIOPapers n. 29, Fogli di Lavoro per il Diritto Internazionale.
- Vota Vincenza, "*L'impatto della Pandemia da COVID-19 sui Sustainable Development Goals.*", 2021, Economia Aziendale Online- 12.1, pp. 57-80.