

MARKETING D'INFLUENZA E PUBBLICITA' NON TRASPARENTE: LA RESPONSABILITA' DELL'INSERZIONISTA, DEGLI INFLUENCER E DELL'INTERNET SERVICE PROVIDER

| 548

Di Antonio Paolo Seminara

Marketing d' influenza e pubblicità non trasparente: la responsabilità dell' inserzionista, degli influencer e dell' internet service provider (Antonio Paolo Seminara)

SOMMARIO: 1. *L'influencer marketing nell'era della web advertising.* - 2. *La pubblicità occulta come forma particolare di pubblicità ingannevole.* - 3. *La pubblicità redazionale.* - 4. *Il product placement.* - 5. *La Digital Chart dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria e le forme di autoregolamentazione dell'influencer marketing.* - 6. *L'accertamento della pubblicità occulta nella prassi relativa alla pubbliredazionale e al product placement.* - 7. *Le decisioni in materia di influencer marketing e le analogie con le forme tradizionali di pubblicità occulta.* - 8. *La responsabilità dell'Internet Service Provider per le informazioni immesse nelle piattaforme*

ABSTRACT. *Dopo aver introdotto l'influencer marketing, il saggio offre una lettura giuridica del fenomeno evocando le categorie tradizionali della pubblicità occulta (pubblicità redazionale e product placement), esaminate con uno sguardo alla prassi delle autorità giudicanti.*

Approfondendo la regolazione autodisciplinare specificamente dedicata al marketing d'influenza (in primis la Digital Chart dell'IAP) e le decisioni in materia, l'indagine ricava le principali assonanze esistenti con la pubblicità occulta, applicando i medesimi criteri di giudizio al fenomeno esaminato. Emerge, così, l'architettura delle responsabilità di tutti gli attori coinvolti: l'inserzionista, l'influencer e il gestore della piattaforma digitale.

After introducing influencer marketing, the essay offers a legal reading of the phenomenon by evoking the traditional categories of hidden advertising (advertorial and product placement), examined looking at the practice of the judging authorities. By deepening the specific self-disciplinary regulation of influencer marketing (primarily the Digital Chart of the IAP) and the existing decisions on the subject, the survey draws the main similarities existing with hidden advertising, applying the same judgment criteria to the examined phenomenon. Thus, the architecture of the responsibilities of all the actors involved emerges: the advertiser, the influencer and the Internet Service Provider.



1. L'influencer marketing nell'era della web advertising

A distanza di circa trent'anni dalla sua nascita¹, Internet ha fortemente condizionato il paradigma della comunicazione commerciale, dando avvio ad una rivoluzione senza precedenti nel mondo del marketing. Spazio digitale privo di barriere in cui ciascun individuo può esprimersi e interagire con altri, il *World Wide Web* è il *medium* che, più di ogni altro, si presta alla naturale tendenza ipertrofica della pubblicità grazie alla possibilità di raggiungere il consumatore in ogni momento della sua vita².

La *web advertising* si inserisce nei segmenti dell'*economia digitale*, espressione con cui si allude ai processi di digitalizzazione dell'economia e ai loro risultati, quindi alle attività di produzione e di scambio economico che si basano sulle nuove tecnologie³. La sua centralità per lo sviluppo del mercato unico europeo trova conferma nel progressivo interesse che l'economia digitale ha assunto per le istituzioni europee: significativa, al riguardo, è la c.d. «*Digital Market Strategy*» del maggio 2015, l'agenda europea mirante a creare le basi per un mercato unico digitale sicuro ed efficiente, che consenta di sfruttare appieno le potenzialità dello scenario tecnologico⁴.

Con lo sviluppo degli impieghi commerciali della rete si diffondono gli *electronic marketplaces*⁵; un ruolo centrale, in questo scenario, deve riconoscersi al fenomeno delle piattaforme *online*, tra cui, accanto alle vere e proprie piattaforme di compravendita, devono menzionarsi i

*social network*⁶, le piattaforme di valutazione (ad esempio quelle di ristorazione⁷) e quelle di *sharing* di contenuti (ad esempio video). Il modello di *business* che le contraddistingue si caratterizza per una combinazione tra comunicazione pubblicitaria tradizionale, possibilità per gli utenti di produrre, oltre che ricevere, nuovi contenuti e, di conseguenza, possibilità per i professionisti di profilare i destinatari della comunicazione in base ai dati personali trasmessi alla piattaforma.

Il nuovo scenario digitale incide sulla stessa efficacia del messaggio pubblicitario, crescente grazie allo sviluppo dei mezzi di comunicazione "orizzontali" (cd. *peer to peer*), che rimpiazzano le forme di comunicazione tradizionali, implicanti una retorica monodirezionale (o anche "verticale") dall'azienda al pubblico. Nel *cyberspazio*, il consumatore viene ad assumere un ruolo attivo, generando contenuti idonei a conformare l'immagine di un'impresa, assurgendo a vero e proprio *testimonial* dell'offerta commerciale⁸.

Nel contesto dell'economia digitale, la pubblicità ha individuato nuovi canali di espressione, sfruttando le potenzialità tecnologiche di Internet per magnificare la propria efficacia persuasiva. La natura della *web advertising* attraversa un processo di continuo mutamento parallelamente all'ampliamento delle potenzialità offerte dalla tecnologia digitale. Vi è chi ha parlato⁹, con riguardo alla pubblicità su Internet, di "interactive advertising", sottolineando la dinamica interattiva che essa crea con l'utente, il quale partecipa alla formazione ed evoluzione della comunicazione commerciale attraverso le proprie decisioni.

¹ I due eventi significativi nei quali si può collocare l'instaurazione di una "società digitale" sono nascita del World Wide Web nel 1991 e l'apparizione di Google nel 1998,

² Secondo uno studio Audiweb del 2022, nella media in Italia risultano connessi ogni giorno a Internet circa 37 milioni di utenti, i quali navigano *online* per 2 ore e 29 minuti ciascuno. Più nel dettaglio, navigano mediamente al giorno 12,3 milioni di persone da computer (il 21% della popolazione dai 2 anni in su) e 34,1 milioni da *mobile*, *smartphone* e/o *tablet* (il 79,2% della popolazione tra i 18 e i 74 anni). Cfr. <https://www.audiweb.it/news/comunicati-stampa/Comunicato-Stampa-total-digital-audience-Aprile-2022.html#>.

³ Si rinvia, sul tema, alle digressioni di G. CONTI, *Lineamenti di diritto delle piattaforme digitali – Volume I. Le tutele del consumatore e dell'utente commerciale nei confronti dei cybermediary*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2020. p. 25 ss. Con un approccio non giuridico al fenomeno dell'economia digitale, si consiglia la lettura di P. GARRONE, S. MARIOTTI (a cura di), *L'economia digitale*, Bologna, 2001.

⁴ Sul tema si rinvia a S. MACCHIAFAVA, *La disciplina europea del settore digitale in itinere: le proposte*, in A. CONTALDO (a cura di), *Le piattaforme digitali. Profili giuridici e tecnologici nel nuovo ecosistema*, Pisa, 2021

⁵ P. GARRONE, S. MARIOTTI (a cura di), *op. cit.*, p. 72.

⁶ Sui *social network* dal punto di vista civilistico, in prima approssimazione: R. CATERINA, *La libertà di comunicazione: il fenomeno dei social network*, in C. PERLINGIERI, L. RUGGIERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, p. 117 ss.; A. COGO, *Le regole del contratto tra social network e utente sull'uso della proprietà intellettuale del gestore, dell'utente e degli altri utenti: riflessioni a partire dall'individuazione del fenomeno, dei suoi soggetti e della funzione del contratto*, in *AIDA*, 2011, 20, 305 ss.; C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014; S. SICA, G. GIANNONE CODIGLIONE, *Social network sites e il "labirinto" delle responsabilità*, in *Giur. merito*, 1012, 12, p. 2715.

⁷ Per una panoramica sulle questioni giuridiche coinvolte da una piattaforma digitale di ristorazione, mi permetto di rinviare a A. P. SEMINARA, *La disciplina delle piattaforme digitali di ristorazione: profili di tutela tra corretta informazione e privacy*, in *Dir. Agroalimentare*, 2022, 2, p. 311 ss.

⁸ T. A. SHIMP, S. L. WOOD, L. SMARANDESCU, *Self-Generated Advertisements: Testimonials and the Perils of Consumer Exaggeration*, in *Journal of Advertising Research*, vol. 47, 2007, p. 453 ss.

⁹ D. W. SCHUMAN, E. THORSON, *Internet advertising theory and research*, Mahwah, 2007.



Alcune forme di *web advertising* sono assimilabili a quelle di altri *media*, tra cui i video trasmessi sui siti¹⁰, le pagine web delle aziende¹¹, i *banners*¹² che compaiono durante la navigazione e consistenti in brevi messaggi promozionali¹³. Accanto a queste, la pubblicità digitale contempla, tra le forme di *interruption marketing*: lo *spamming*, consistente nell'invio di *newsletters* non richieste alla posta elettronica degli utenti; gli *interstitial*, immagini inviate all'utente nel corso della navigazione, eliminabili tramite *click*; le *sister window*, finestre a comparsa automatica, successive alla completa visione della pagina visitata.

Prerogativa dell'*e-commerce* è il c.d. *permission marketing* nel quale, attraverso i *big data* ottenuti dagli utenti tramite i *cookies*, la comunicazione pubblicitaria viene personalizzata in modo da apparire meno sgradita ai propri destinatari¹⁴. Si parla oggi di *data driven economy*, nella quale l'utente digitale rappresenta una risorsa del mercato, e i suoi dati divengono una vera e propria merce, valorizzabile nella comunicazione commerciale delle imprese, discriminante di competitività idoneo a condizionare le dinamiche concorrenziali.

Tra le ipotesi di pubblicità profilabile può menzionarsi il *native advertising*¹⁵, comunicazione in grado di inserirsi armonicamente nella *user experience*, combinandosi agevolmente con i contenuti della pagina visitata¹⁶. Il messaggio pubblicitario, piuttosto che presentarsi come ospite

indesiderato durante la navigazione online, si immerge nei contenuti digitali riducendo, o eliminando, il potenziale rischio di disturbo.

In questo segmento di realtà digitale si inserisce l'*influencer marketing*, una particolare forma di *social media advertising*, diffusa all'interno delle piattaforme digitali e veicolata tramite *post* o video¹⁷. Si tratta di una pratica in continuo sviluppo, sulla quale il mondo imprenditoriale ha investito molto a partire dal 2016¹⁸.

Il marketing d'influenza consiste nella comunicazione di messaggi commerciali da parte di un personaggio (cd. *influencer*) che gode di un certo seguito nella collettività degli utenti di internet (cd. *follower*)¹⁹, solitamente raggiunti tramite l'utilizzo dei *social network*, o anche di altre piattaforme di condivisione di contenuti audio-video (come *Youtube* o *Vimeo*)²⁰. In sostanza, l'*influencer*, tramite la pubblicazione di un *post* sulle proprie pagine *social*, manifesta al pubblico la propria approvazione di beni o servizi, o il proprio *endorcement* verso un *brand*, su incarico di un'impresa commerciale²¹.

Il grado di influenza del professionista coinvolto può derivare da una sua competenza specifica in un determinato settore (si pensi ad uno chef o a un ingegnere informatico), o dalla sua semplice notorietà presso il pubblico (come per il caso di attori o di VIP dello spettacolo). In base alla quantità di *follower*, si parla di *micro-influencer* per quei profili che possiedono circa 10/15 mila utenti,

¹⁰ Tra i casi di pubblicità illegittima tramite video su *Youtube*, cfr. A.G.C.M., PS/11603, 13 ottobre 2020, Provv. n. 28385, in *Boll.* 43/2020.

¹¹ A.G.C.M., PS/9030, 9 settembre 2015, Provv. n. 25618, in *Boll.* 34/2015.

¹² A.G.C.M., PS/2082, 15 ottobre 2009, Provv. n. 20385, in *Boll.* 41/2009.

¹³ Il *banner* rappresenta, dall'inizio del commercio elettronico, la forma principale di pubblicità digitale, il cui primo esempio risale al 1994.

¹⁴ Una particolare forma di *permission marketing* digitale consiste nei *metatags*, messaggi nascosti che, riconosciuti dai motori di ricerca, risultano invece irriconoscibili ai consumatori, indotti il più delle volte inconsapevolmente verso siti non richiesti. In giurisprudenza, riconduce i *metatags* alla nozione pubblicità CGUE, 11 luglio 2013, C-657/2011, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2016, 1, p. 1315. In ambito nazionale, identifica il *metatag* quale possibile forma di pubblicità ingannevole Trib. Milano, 8 febbraio 2002, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2002, p. 618; quale possibile atto di concorrenza sleale pubblicitaria, Trib. Monza, 15 luglio 2008, in *Giur. ann. dir. ind.* 2008, 1, p. 1000.

¹⁵ Si rinvia a C. VACCARO, *Native advertising. La nuova pubblicità*, Milano, 2016.

¹⁶ Una definizione di *native advertising* può ricavarsi dal "The Native Advertising Playbook – Six native ad categories, six marketplace considerations and IAB recommended disclosure principles, 2013" dell'*Interactive Advertising Bureau*, che vi riconduce gli «*annunci a pagamento coerenti con il contenuto della pagina, con il design e il comportamento della piattaforma in cui sono ospitati, in modo che l'utente li percepisca semplicemente come parte di essa*».

¹⁷ Per un'analisi delle tecniche di *influencer marketing* sulla piattaforma *Instagram*, si rinvia a I. BARBOTTI, *Instagram marketing. Strategia e regole nell'influencer marketing*, Milano, 2018.

¹⁸ Secondo uno studio condotto dagli Utenti Pubblicità Associati, nel 2022 gli investimenti nell'*influencer marketing* sono aumentati rispetto agli anni precedenti, raggiungendo i 294 milioni di euro. Cfr. al link <https://www.upa.it/it/news/nel-2022-investimenti-in-influencer-marketing-a-294-milioni-di-euro-8-sul-2021.html>.

¹⁹ Le pratiche di costruzione di una rete di *followers* rappresenta un momento costitutivo del *self branding* (auto-pubblicizzazione), modalità condivisa di gestione tipica di un *account* nelle piattaforme *social*, come *Instagram* e *Facebook*. Così I. BARBOTTI, *op. cit.*, p. XXI.

²⁰ Nel caso di piattaforme di condivisione di video si parla di "vlog", filmato auto-prodotto da un "vlogger" (variante del "blogger", dunque di colui che gestisce e crea contenuti in un *blog*) per esprimere le proprie opinioni su determinati argomenti rispetto ai quali gode di seguito nel pubblico.

²¹ L'*influencer marketing*, oltre che identificarsi come forma di *endorcement* del pubblico, può essere ricondotta anche ad un'altra ipotesi di *native advertising* individuata dall'IAP, e cioè le "in-feed units": contenuti testuali o audio-video creati per un determinato mezzo di comunicazione, di cui riproducono il formato tecnico, grafico e lo stile editoriale. Cfr. Digital Chart IAP, nell'attuale versione al seguente link <https://www.iap.it/wp-content/uploads/2016/05/Digital-Chart-IAP-VERSIONE-ONLINE.pdf>.





inferiori rispetto agli influencer veri e propri che ne possiedono almeno 50 mila²².

La pratica consente all'azienda di farsi conoscere e di raggiungere nuovi consumatori attraverso il racconto suggestivo dei propri prodotti e del proprio *brand*, messi in rilievo dall'*influencer*, con possibilità di accesso diretto al sito dell'azienda tramite *link* (*tag* del *brand*). Superando lo scetticismo del consumatore verso il *claim* palesemente pubblicitario, tale nuova forma di *marketing* si presta ad essere più efficace e credibile, provenendo da un soggetto terzo rispetto all'impresa, dunque apparentemente disinteressato²³.

È proprio dietro al velo di apparente neutralità che può svilupparsi il virus dell'illegittimità dell'*influencer marketing*, che non tarda a tradursi in una pubblicità potenzialmente occulta, idonea a giustificare l'attivazione del dispositivo giuridico, nel caso in cui l'*influencer* non renda noto il carattere promozionale del proprio messaggio. In mancanza di una normativa *ad hoc* – nonostante si fosse ipotizzato l'inserimento di una disciplina specifica all'interno del DDL Concorrenza nell'estate del 2017 –, il fenomeno dell'*influencer marketing* è stato vagliato considerando l'attuale quadro normativo esistente in materia di pubblicità, con particolare riguardo al principio di trasparenza, che permea trasversalmente l'architettura di cui si compone il diritto dell'*advertising*²⁴.

²² Così I. BARBOTTI, *op. cit.*, pp. 91-92.

²³ La maggiore credibilità, agli occhi del consumatore medio, dei commenti pubblicati da altri utenti del Web rispetto alla comunicazione pubblicitaria tradizionale trova conferma in uno studio statistico del 2013, condotto da Nielsen. Cfr. Nielsen Global Survey of Trust in Advertising Q2013 "Under The Influence: Consumer Trust in Advertising", <http://www.nielsen.com/us/en/insights/news/2013/under-the-influenceconsumer-trust-in-advertising.html>. In dottrina, analizza la maggiore efficacia della comunicazione promozionale apparentemente terza R. FERRANDI, *Pubblicità redazionale e product placement: gli effetti sul consumatore e l'intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2001, 1, p. 57 ss.

²⁴ Sul tema dell'*influencer marketing* dal punto del diritto della pubblicità, cfr.: G. ALFANO, *Social network e pubblicità occulta. Riflessioni in tema di influencer marketing a margine dei primi interventi dell'Agcm*, in *Riv. dir. impr.*, 2020, 1, p. 130 ss.; G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Diritto della pubblicità. Tutele e contenzioso*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p. 92 ss.; D. DE PASQUALE, *Influencer marketing, tra pubblicità occulta e diritto dei marchi: i paletti dell'Antitrust*, in www.agendadigitale.eu, 18 luglio 2021; A. P. SEMINARA, *L'informazione pubblicitaria nella regolamentazione giuridica dei mercati*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 182 ss. Analizza il fenomeno sotto il profilo negoziale, evidenziando la natura di contratto *intuitu personae*, G. CORAPI, *Il contratto di influencer marketing*, in *Nuovo dir. civ.*, 2022, 1, p. 245 ss. Per quanto riguarda, invece, la legittimità della rappresentazione di segni distintivi altrui all'interno dei contenuti pubblicati sui

Occorre dunque rivolgere lo sguardo al panorama giuridico dedicato alla pubblicità occulta, nella quale rientrano diverse forme di pubblicità non trasparente rispetto alle quali appare interessante confrontare il fenomeno qui trattato. A ciò seguirà l'analisi del contesto autodisciplinare, dove invece si registra una maggiore attenzione all'*influencer marketing*, oggetto di una specifica regolazione grazie alla *Digital Chart* dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria.

2. La pubblicità occulta come forma particolare di pubblicità ingannevole

Una peculiare forma di ingannevolezza pubblicitaria consiste nella dissimulazione della natura commerciale del messaggio, inserito strategicamente all'interno dei contenuti informativi del *medium*²⁵. Si parla, in queste ipotesi, di comunicazione commerciale "occulta", la cui definizione normativa può ricavarsi dal settore audiovisivo, ed in particolare dall'art. 3, co. 1, lett. *rr*), del Testo unico sui servizi di media audiovisivi e radiofonici (d.lg. 8 novembre 2021, n. 208, attuativo della dir. 2018/1808/UE), secondo cui è tale «*la presentazione orale o visiva di beni, di servizi, del nome, del marchio o delle attività di un produttore di beni o di un fornitore di servizi in un programma, quando tale presentazione è compiuta dal fornitore di servizi di media per scopi pubblicitari e può ingannare il pubblico circa la sua natura, con presunzione del suo carattere intenzionale, in particolare nei casi di svolgimento a pagamento o dietro altro compenso*»²⁶.

In sintesi, secondo il legislatore un messaggio deve considerarsi pubblicità occulta se è fatto per scopi commerciali e ha una potenziale idoneità ingannatoria; il fine pubblicitario è implicito se l'inserimento del messaggio avviene dietro compenso al fornitore del *medium* di comunicazione.

La pubblicità che non sia riconoscibile come tale è vietata dal legislatore, con disposizioni

social, vedi in giurisprudenza Trib. Genova, sez. spec. Imprese, 4 febbraio 2020, in www.ilquotidianogiuridico.it, 20 maggio 2020, con nota di C. Centola, *Social network: quando è illecito l'uso del marchio altrui da parte dell'influencer*.

²⁵ Analizzano il percorso di progressiva ibridazione tra comunicazione pubblicitaria e informazione massmediatica J. CIANI, M. TAVELLA, *La riconoscibilità della natura pubblicitaria della comunicazione alla prova del digital: native advertising tra obbligo di disclosure e difficoltà di controllo*, in *Inf. e dir.*, 2017, 1-2, p. 485 ss.

²⁶ Analogamente è previsto dall'art. 1, par. 1, lett. *j*), dir. 2010/13/UE in materia di servizi di media audiovisivi, che ha trovato attuazione all'interno del Testo Unico.

trasversalmente presenti nelle diverse fonti che compongono il diritto della comunicazione commerciale²⁷. Si tratta, innanzi tutto, di un'omissione ingannevole rilevante per il Codice del consumo (d.lg. 6 settembre 2005, n. 206), da intendersi come quella «*pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o è idonea ad indurre*» quest'ultimo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso» (art. 22, co. 1, Cod. cons.). L'art. 22, co. 2, Cod. cons. – analogamente all'art. 7 della dir. 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali sleali, di cui è attuazione – include tra le omissioni ingannevoli la pratica che non indichi l'intento commerciale, ove ciò non risulti in modo evidente già dal contesto: ne deriva che, ove l'omissione informativa sia rilevante e idonea a falsare il comportamento economico del consumatore medio²⁸, essa deve considerarsi illegittima, a prescindere dalla concreta realizzazione del negozio.

Secondo il dispositivo di tutela approntato dalla disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette, l'inganno pubblicitario costituisce un illecito di pericolo, che prescinde da una concreta,

²⁷ Per lo studio delle diverse regole sulla pubblicità non trasparente, si rinvia a: J. CIANI, M. TAVELLA, *op. cit.*, p. 497 ss.; G. DE CRISTOFARO (a cura di), *op. cit.*, p. 85 ss.; M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, Lupetti, Milano, 2006, p. 80 ss.; A. P. SEMINARA, *L'informazione*, cit., p. 171 ss.

²⁸ Sulla scia della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, il considerando 18 della dir. 2005/29/CE fornisce una nozione ideal-tipica di "consumatore medio", considerato come quel soggetto «*normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici*». Per approfondimenti sul tema, cfr.: G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, Bologna, 2016, p. 141 ss.; R. CATERINA, *Pratiche commerciali scorrette e psicologia della decisione*, in *Studi in onore di Aldo Frignani - Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, 2011; B.B. DUIVENVOORDE, *The consumer benchmark in the Unfair Commercial Practices Directive*, Overijssel, 2014; R.A. HEINER, *Imperfect Decision and the Law: On the Evolution of Legal Precedent and Rules*, in *Journal of Legal Studies*, 15/2, 1986, p. 227 ss.; R. INCARDONA, C. PONCIBÒ, *The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution*, in *Journal of Consumer Policy*, 30, 2007, p. 21 ss.; M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 96 ss.; S. Pagliantini, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012; A. P. SEMINARA, *L'informazione*, cit., p. 122 ss.; N. ZORZI GALGANO, *Il consumatore medio e il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contr. impr./Eur.*, 2010, p. 549 ss.

attuale, lesione²⁹. L'idoneità a falsare il comportamento economico è espressamente definita dall'art. 18 lett. e), cod. cons., che la configura come idoneità «*ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso*». Vi rientra, in altre parole, qualsiasi alterazione sensibile del comportamento economico del consumatore.

Dal canto suo, l'art. 5 del d.lg. 2 agosto 2007, n. 145, in materia di pubblicità ingannevole e scorretta comparativa a tutela dei professionisti – e analogamente l'art. 7 del Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale, nella sua versione aggiornata del 2021 – dispone che la pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile come tale. Per quanto riguarda specificamente i servizi di media audiovisivi, nei quali rientra certamente l'*influencer marketing*³⁰, l'art. 43 del d.lg. 208/2021 stabilisce, in linea con le precedenti disposizioni, che «*le comunicazioni commerciali audiovisive devono essere prontamente riconoscibili come tali e sono proibite le comunicazioni commerciali audiovisive occulte*».

Secondo la lettura condivisa dalla giurisprudenza amministrativa³¹, il divieto di pubblicità occulta assurge a protezione delle "naturali difese rappresentate dalle risorse critiche alle quali il pubblico è solito ricorrere dinanzi ad una pressione pubblicitaria scoperta" (cd. *advertising consciousness*)³². A parere dell'Autorità antitrust, la pubblicità occulta è "particolarmente insidiosa

²⁹ Ciò è confermato da Cons. St., 22 luglio 2014, n. 3896, in *Guida al diritto*, 38, 2014, p. 50, che ha evidenziato come rilevi esclusivamente la potenzialità lesiva della pratica, indipendentemente da una concreta lesione patrimoniale al comportamento del consumatore. Allo stesso modo, cfr., *ex multis*, TAR Lazio, sez. I, 17 gennaio 2011, n. 348, in *Foro amm.*, 1, 2011, p. 92.

³⁰ In particolare, in questa sede rileva il servizio di media audiovisivo "a richiesta", detto anche "non lineare", definito dall'art. 3, co. 1, lett. p), T.U. come «*un servizio di media audiovisivo fornito da un fornitore di servizi di media per la visione di programmi al momento scelto dall'utente e su sua richiesta sulla base di un catalogo di programmi selezionati dal fornitore di servizi di media*».

³¹ *Ex multis*, cfr.: TAR Lazio, Sez. I, 21 ottobre 2003, n. 8919, in *Foro amm. TAR*, 2003, p. 2971; TAR Lazio, sez. I, 2 luglio 2003, n. 5827, inedita; Cons. St., sez. VI, 11 aprile 2003, n. 1929, in *Cons. St.*, 2003, II, p. 1419.

³² Ripercorre le diverse modalità di persuasione commerciale del consumatore E. BACCIARDI, *Tecniche di marketing e condizionamento del consumatore: dal dolus bonus alle pratiche commerciali "generalmente ammesse"*, in *Persona e mercato*, 2021, 4, p. 799 ss. Per una lettura in chiave psicologica della pratica commerciale aggressiva e dell'indebito condizionamento che può derivare dalla pubblicità, mi permetto di rinviare a SEMINARA, *Libertà del consumatore e psicologia della pubblicità*, in *Contr. impr.*, 1, 2020, p. 493 ss.





poiché è in grado di condizionare impropriamente il destinatario in quanto capace di aggirare o annullare molte delle difese che l'utente di una pubblicità riconoscibile pone in essere", e per tale motivo il legislatore ha "inteso garantire ai consumatori quel livello critico necessario allorché si apprestano a decodificare un comportamento commerciale teso alla promozione e all'invito all'acquisto"³³.

Il TAR Lazio si è spinto fino a sostenere che l'occultamento della natura promozionale sarebbe di per sé idoneo a falsare il comportamento del consumatore³⁴. Con riguardo all'art. 7 cod. aut., il Giurì ha evidenziato l'ampia portata della sua tutela: la stessa, infatti, separando informazione giornalistica e comunicazione aziendale, espressione di "un punto di vista pro parte", protegge gli interessi dei consumatori "che debbono restare il più possibile liberi nelle proprie scelte, e possono esserlo solo se il messaggio pubblicitario sia chiaramente riconoscibile come tale e solo se i consumatori possono valutarlo con un senso critico più vigile e maggiore di quello altrimenti consueto di fronte alle informazioni giornalistiche". Da ciò consegue che, come principio cardine dell'autodisciplina pubblicitaria, l'art. 7 costituisce una norma che deve avere interpretazione ampia e applicazione rigorosa, che assume necessariamente come parametro di giudizio il criterio del consumatore più sprovveduto, tutelandolo dalla pubblicità che egli non percepisca chiaramente e nettamente come tale³⁵.

Se idonea ad indurre il consumatore ad un determinato comportamento, la pubblicità occulta può incidere in modo scorretto sulla competizione imprenditoriale. Si tratta, pertanto, di una fattispecie plurioffensiva, idonea a pregiudicare il corretto funzionamento della concorrenza, a danno sia dei consumatori che dei professionisti³⁶.

3. La pubblicità redazionale

La prima forma di pubblicità occulta è stata la pubblicità "redazionale", consistente nell'inserimento strategico di messaggi promozionali negli spazi di un articolo giornalistico apparentemente informativo³⁷. La giurisprudenza

amministrativa l'ha definita come comunicazione "con le ingannevoli sembianze di un normale servizio giornalistico, apparentemente riconducibile ad una disinteressata scelta della redazione"³⁸. L'accertamento dei casi di pubblicità redazionale richiede quindi di distinguere tra le comunicazioni che hanno non solo l'apparenza, ma anche la sostanza dell'informazione giornalistica, espressione della libertà di stampa tutelata dall'art. 21 Cost., e i messaggi pubblicitari dissimulati all'interno di un contesto solo apparentemente informativo³⁹.

La forma contemporanea della pubbliredazionale è quella digitale, che si traduce in *native advertising* nella misura in cui riesca a combinarsi armonicamente con l'estetica e i contenuti dei siti informativi e delle piattaforme *social* ospitanti. Si assiste, infatti, alla progressiva ibridazione tra *medium* informatico e *claim* promozionale, con un nuovo genere di "pubblicità di contenuto", capace di raggiungere il consumatore senza interrompere fastidiosamente la navigazione sul Web⁴⁰.

Il Codice del consumo include la pubblicità redazionale tra le pratiche in ogni caso ingannevoli, ritenute tali dal legislatore senza l'esigenza di un accertamento nel caso concreto della loro idoneità ad incidere sul comportamento economico del consumatore medio. L'art. 23, lett. m), cod. cons. vieta, infatti, la pratica consistente nell'impiegare contenuti redazionali nei *media* per promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati sostenuti dal professionista, senza che ciò emerga chiaramente dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore. Allo stesso modo, l'art. 5 del d.lg. 145/2007 stabilisce che «la pubblicità a mezzo stampa deve essere distinguibile dalle altre forme di

industriale in onore di A. Vanzetti, Milano, 2004, p. 646; M. FUSI, P. TESTA, *op. cit.*, p. 85 ss.; S. MAGELLI, *La pubblicità redazionale*, in *Dir. ind.*, 1999, 8, p. 702 ss.; L. PRINCIPATO, *Pubblicità redazionale tra libertà di cronaca e libertà di comunicazione pubblicitaria*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 4-5, p. 855 ss.; U. RUFFOLO, *Manifestazione del pensiero e pubblicità redazionale: il percorso tortuoso di una libertà scomoda*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, p. 132 ss.

³³ TAR Lazio Roma, 8 febbraio 2005, n. 1128, in *Conc. merc. rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante*, 2007, 15, p. 129.

³⁴ TAR Roma, sez. I, 16 aprile 2007, n. 3292, in *Giur. merito*, 4, 2008, p. 1150, con nota di C. Tuveri, *Il labile confine tra diritto di cronaca e pubblicità redazionale*.

⁴⁰ Analizzano in chiave psicologica il disagio e lo scetticismo del consumatore causati dall'identificazione di una pubblicità R. D. PETTY, C. ANDREWS, *Covert Marketing Unmasked: a Legal and Regulatory Guide for Practices That Mask Marketing Messages*, in *Journal of Public Policy & Marketing*, 2008, 27, n. 7.

³³ A.G.C.M., PS/2861, 11 giugno 2009, Provv. n. 19955, in *Boll.* 24/2009.

³⁴ TAR Lazio, Sez. I, 13 gennaio 2014, nn. 356 e 358, inedita.

³⁵ *Cit.* Giurì n. 150/89.

³⁶ Cons. St., sez. VI, 11 marzo 2010, n. 1435, in *Giorn. amm.*, 6, 2010, p. 635.

³⁷ Per approfondimenti sul tema, vedi: E. APA, *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, Napoli, 2011, p. 268 ss.; M. FUSI, *Pubblicità occulta e globalizzazione della comunicazione*, in *Studi di diritto*

comunicazione al pubblico, con modalità grafiche di evidente percezione»⁴¹.

Come emerge dal dettato normativo, la pubblicità redazionale non è vietata di per sé, ma viene assoggettata a due particolari obblighi di forma: l'uso di idonei accorgimenti e di modalità grafiche di evidente percezione che ne rivelino la natura commerciale, distinguendola dal contesto redazionale⁴². Analogamente, il codice di autodisciplina prevede, più in generale, che ogni comunicazione commerciale deve essere nettamente distinta dal contesto comunicativo di altro genere «per mezzo di idonei accorgimenti» (art. 7).

Nel prosieguo vedremo come queste regole siano state interpretate nella prassi delle autorità giudicanti, che hanno fornito importanti suggerimenti per calibrare il giudizio sulla identificabilità di un messaggio commerciale camuffano nel contesto di una informazione apparentemente neutrale.

4. Il product placement

Sulla medesima scia della pubbliredazionale, si è sviluppato nel contesto televisivo il *product placement*, consistente nell'inserimento strategico di prodotti e riferimenti commerciali all'interno di uno spettacolo⁴³. Il Testo unico in materia di servizi

⁴¹ Dal canto suo, il contratto nazionale del lavoro giornalistico stabilisce all'art. 44 che «allo scopo di tutelare il diritto del pubblico a ricevere una corretta informazione, distinta e distinguibile dal messaggio pubblicitario e non lesiva degli interessi dei singoli, i messaggi pubblicitari devono essere chiaramente individuabili come tali e quindi distinti, anche attraverso apposita indicazione, dai testi giornalistici. (...) Gli articoli elaborati dal giornalista nell'ambito della sua normale attività redazionale non possono essere utilizzati come materiale pubblicitario».

⁴² L'Autorità antitrust ha stigmatizzato l'inserimento, all'interno di un articolo di un settimanale, di un messaggio promozionale di un prodotto per bambini, in quanto la natura commerciale risultava dissimulata nella neutralità del contesto editoriale (A.G.C.M., PS/8962, 29 gennaio 2015, Provv. n. 24778, in *Boll.* 8/2014). Più in generale, L'A.G.C.M. considera la pubblicità redazionale una condotta particolarmente insidiosa (*ex multis*, cfr. A.G.C.M., PS/11131, 19 dicembre 2018, Provv. n. 27494, in *Boll.* 2/2019).

⁴³ Sul tema, cfr.: M. AMMENDOLA, *Product placement e direttiva sull'esercizio delle attività televisive*, in *AIDA*, 2008, p. 233 ss.; E. BERTI ARNOLDI, *Product placement*, in *Riv. dir. ind.*, 1994, p. 62 ss.; P. CARBALLO-CALERO FERNANDEZ, *Pubblicità occulta e product placement*, Padova, 2004; G. DE CRISTOFARO (a cura di), *op. cit.*, p. 85 ss.; G. FLORIDIA, *Il divieto della pubblicità camuffata*, in *AIDA*, 1994, p. 5 ss.; M. FUSI, *Il Product Placement fra divieto di pubblicità non trasparente e nuova disciplina del Cinesponsoring*, in *Riv. dir. ind.*, 2005, p. 10 ss.; M. FUSI, P. TESTA, *op. cit.*, p. 91 ss.; E. MINA, *La nuova regolamentazione del "product placement" nelle opere cinematografiche*, in *dir. Ind.*, 2004, p. 589 ss.; S.

di Media Audiovisivi definisce all'art. 3, co. 1, *lett. uu*), l'«inserimento di prodotti» come «ogni forma di comunicazione commerciale audiovisiva che consiste nell'inserire o nel fare riferimento a un prodotto, a un servizio o al relativo marchio così che appaia all'interno di un programma o di un video generato dall'utente dietro pagamento o altro compenso». A sua volta, la «comunicazione commerciale audiovisiva» ricomprende tutte le immagini, siano esse sonore o non, destinate a promuovere, direttamente o indirettamente, i beni, i servizi o l'immagine di una persona fisica o giuridica che esercita un'attività economica, inserite o di accompagnamento in un programma o in un video generato dall'utente dietro pagamento o altro compenso o a fini di autopromozione (art. 3, co. 1, *lett. oo*)

L'art. 48, co. 1, T.U. precisa che l'inserimento di prodotti può avvenire sia dietro corrispettivo monetario ovvero dietro fornitura gratuita di beni e servizi, quali aiuti alla produzione e premi, in vista della loro inclusione all'interno di un programma. Il riferimento promozionale può essere visivo (cd. *product placement visuale*) o orale (cd. *product placement verbale*), e può rappresentare la base su cui viene costruita un'intera opera (cd. *product placement integrato*).

La pratica non può dirsi integrata nel caso in cui l'esibizione di un marchio o di un prodotto derivi dalla libera valutazione dei produttori dell'opera, o comunque sia privo di un intento promozionale in quanto, ad esempio, la riconoscibilità sia notoria e non sollecitata.

L'efficacia del *product placement*, indotta dalla suggestione socio-psicologica del contesto spettacolare⁴⁴, è ampliata dalla sua capacità di inserirsi armoniosamente nella narrazione, e pertanto di influenzare il consumatore pur rimanendo l'attenzione di quest'ultimo concentrata esclusivamente sulla storia rappresentata. Analogamente alla pubbliredazionale, dietro all'apparente neutralità artistica, il motivo commerciale potrebbe incidere in modo più efficace sulla percezione del destinatario, non irrigidita dalla consapevolezza di una comunicazione prettamente pubblicitaria. Diversamente, nella sponsorizzazione (art. 46 T.U)⁴⁵ il riferimento pubblicitario viene

SALVETTI, *Il product placement cinematografico nel nuovo branded entertainment*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, p. 52 ss.

⁴⁴ TAR Lazio, Sez. I, 14 ottobre 2008, n. 8900, inedita.

⁴⁵ L'art. 46 del Testo Unico sui servizi audiovisivi prescrive una serie di condizioni per la legittimità della sponsorizzazione, volte ad evitare che il contenuto e (per la radio-televisione) la programmazione delle trasmissioni siano influenzati dallo sponsor, e a consentire un chiaro riconoscimento della sponsorizzazione, vietando altresì specifici riferimenti ai prodotti o al brand, a tutela dell'autonomia editoriale e della





inserito in modo evidente, ma resta esterno allo sviluppo narrativo, mentre nel *product placement* il *brand* o il prodotto è più o meno integrato con i contenuti rappresentati⁴⁶.

Recependo l'impostazione del legislatore eurounitario (dir. 2018/1808/UE), **il legislatore** ha escluso una stigmatizzazione *tout court* del *product placement*, liberamente praticabile con l'adozione di apposite misure⁴⁷. In particolare, l'art. 48, co. 3, T.U. prevede che i programmi nei quali sono inseriti i prodotti devono essere conformi ai seguenti requisiti: a) il loro contenuto e l'organizzazione all'interno di un palinsesto, nel caso di trasmissioni televisive, o all'interno di un catalogo, nel caso di servizi di media audiovisivi a richiesta, non sono in alcun caso influenzati in modo da compromettere la responsabilità e l'indipendenza editoriale del fornitore di servizi di media; b) non incoraggiano direttamente l'acquisto o la locazione di beni o servizi, in particolare facendo specifici riferimenti promozionali a tali beni o servizi; c) non danno indebito rilievo ai prodotti in questione; d) i telespettatori sono chiaramente informati dell'inserimento di prodotti tramite apposita identificazione all'inizio e alla fine della trasmissione e quando il programma riprende dopo un'interruzione pubblicitaria⁴⁸, per evitare ogni possibile confusione da parte del telespettatore⁴⁹.

Come può evincersi, analogamente alla pubblicità redazionale la normativa prescrive la chiara separazione tra il contesto informativo e il messaggio commerciale, vietando specifici riferimenti promozionali o indebiti rilievi, ed imponendo un'apposita identificabilità della natura pubblicitaria degli inserimenti.

integrità dell'opera trasmessa. Vista la fisiologica estraneità della sponsorizzazione dai contenuti audio-video finanziati, non si pone per la stessa un problema di mancanza di trasparenza, ma semmai, come visto, un problema di eccessiva invadenza, stigmatizzata dal legislatore.

⁴⁶ Così R. P. NELLI, P. BENSI, *Il product placement nelle strategie di convergenza della marca nel settore dell'intrattenimento*, Milano, 2007, p. 187 ss.

⁴⁷ Tale approccio trova conferma nella dir. 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali scorrette, che al considerando 6 esclude espressamente dal perimetro di applicazione le «pratiche pubblicitarie e di marketing generalmente ammesse, quali il *product placement* consentito».

⁴⁸ La previsione di un avviso nei soli titoli di coda è prescritta, per le opere cinematografiche, dall'art. 2, co. 2, D.M. 20 luglio 2004, sulle «Modalità tecniche di attuazione del collocamento pianificato di marchi e prodotti nelle scene di un'opera cinematografica *product placement*».

⁴⁹ Il *product placement* è assolutamente vietato all'interno dei notiziari, i programmi di attualità, quelli religiosi, per i consumatori o per bambini (art. 48 T.U.), o per promuovere prodotti quali tabacco, medicinali e trattamenti sanitari soggetti a prescrizione medica obbligatoria, o i giochi d'azzardo (art. 43, co. 1, lett. e), f) e h) T.U.).

I principi descritti sono applicabili anche ai video diffusi sulle piattaforme digitali, ai quali si estende espressamente il Testo Unico del 2021 (art. 1, co. 1)⁵⁰. Ciò emerge anche dalla definizione di «servizio di piattaforma per la condivisione di video»: un servizio il cui obiettivo principale, anche solo di una sua sezione distinguibile o di una sua funzionalità essenziale, sia la fornitura di programmi, video generati dagli utenti o entrambi destinati al grande pubblico⁵¹, per i quali il fornitore della piattaforma per la condivisione di video non ha responsabilità editoriale, al fine di informare, intrattenere o istruire attraverso reti di comunicazioni elettroniche⁵², e la cui organizzazione è determinata dal fornitore della piattaforma per la condivisione di video, anche con mezzi automatici o algoritmi, in particolare mediante visualizzazione, attribuzione di *tag* e sequenziamento (art. 3, co. 1, lett. c)).

Alla luce del quadro normativo esaminato, appare del tutto ragionevole estendere l'applicazione delle regole in materia di pubblicità occulta all'*influencer marketing*, trattandosi di una fattispecie ibrida, idonea a condensare tanto una pubblicità redazionale, quanto una forma di *product placement*. Alla mancanza di una disciplina normativa *ad hoc* non corrisponde, dunque, un'anomia in senso stretto, dovendosi in ogni caso ricondurre tale pratica commerciale ai diversi prismi della disciplina pubblicitaria esistente.

Per comprendere la misura della rilevanza giuridica del fenomeno, occorre individuarne le peculiarità che lo contraddistinguono rispetto alle forme più tradizionali di *réclame*. Notevoli spunti, in questo senso, possono ricavarsi dalle regole che al marketing d'influenza sono state dedicate nel contesto autodisciplinare, originate da quel

⁵⁰ L'estensione delle regole in materia di pubblicità audiovisiva alle piattaforme di condivisione di video trova conferma nell'art. 43, co. 5, del Testo Unico in materia di servizi di media.

⁵¹ Secondo la lettera h) dell'art. 3: con «video generato dall'utente» s'intende «una serie di immagini animate, sonore o non, che costituiscono un singolo elemento, indipendentemente dalla sua durata, creato da un utente e caricato su una piattaforma per la condivisione di video dal medesimo o da un qualunque altro utente».

⁵² Ai sensi dell'articolo 2, lett. a), dir. 2002/21/CE, sono tali «i sistemi di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e altre risorse che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo di fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici, comprese le reti satellitari, le reti terrestri mobili e fisse (a commutazione di circuito e a commutazione di pacchetto, compresa Internet), le reti utilizzate per la diffusione circolare dei programmi sonori e televisivi, i sistemi per il trasporto della corrente elettrica, nella misura in cui siano utilizzati per trasmettere i segnali, le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di informazione trasportato».

medesimo mondo imprenditoriale al quale le stesse sono rivolte.

5. La Digital Chart dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria e le forme di autoregolamentazione dell'influencer marketing

| 556

Il settore pubblicitario vanta una delle più importanti ed efficaci forme di autoregolamentazione, modello ricco di implicazioni giuridiche, non di rado avanguardia dello sviluppo giuridico in materia⁵³. Attento all'evoluzione tecnologica dell'*advertising*, l'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria ha emanato nel luglio 2016 la *Digital Chart*, contenente una serie di suggerimenti non vincolanti per l'applicazione del principio di trasparenza al fenomeno dell'*influencer marketing* (e più in generale alla *digital advertising*).

Primo provvedimento in materia nel contesto nazionale, la Carta trae ispirazione da altre forme di *soft law* straniere, tra cui *in primis* quelle dalla *Federal Trade Commission* statunitense, emanate nel 1972, e pubblicate tre anni dopo⁵⁴. Nel contesto europeo, altre autorità autodisciplinari si sono orientate seguendo il modello dell'*European Advertising Standard Alliance*⁵⁵, attraverso l'adozione delle *Digital Marketing Communications - Best Practice Recommendation* del 2015⁵⁶, a loro volta basate sui principi contenuti nel *Consolidated Code on Advertising and Marketing Communication Practice*, redatto dalla Camera di commercio internazionale⁵⁷.

⁵³ Per approfondimenti sul tema dell'autodisciplina pubblicitaria, si rinvia a C. ALVISI, V. GUGGINO (a cura di), *Autodisciplina pubblicitaria. La soft law della pubblicità italiana*, Torino, 2020.

⁵⁴ Si tratta delle *Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising* (37 Fed. Reg. 25,548, Dec. 1, 1972). A queste è seguita la *Native Advertising Guide*, pubblicata nel 2015, che chiarisce i presupposti e le modalità di applicazione degli obblighi di *disclosure*. Per una panoramica della disciplina nel quadrante statunitense e sul fronte europeo, si rinvia a J. CIANI, M. TAVELLA, *op. cit.*, p. 502 ss.

⁵⁵ L'EASA è un organismo rappresentativo con sede a Bruxelles, che riunisce attualmente 40 organizzazioni, portatrici delle istanze dei sistemi di autoregolamentazione (per la maggior parte) e del mondo che compone la *industry* pubblicitaria, espressione quest'ultimo degli interessi degli inserzionisti, delle agenzie e dei diversi *mass media*.

⁵⁶ Consultabile al link seguente <https://www.easa-alliance.org/wp-content/uploads/2022/04/EASA-Best-Practice-Recommendation-on-Digital-Marketing-Communications.pdf>.

⁵⁷ Cfr. il codice al seguente link: <https://iccwbo.org/news-publications/policies-reports/icc-advertising-and-marketing-communications-code/>.

La *Digital Chart*, a distanza di un anno dall'emanazione, è stata sostituita da una seconda versione, nella quale sono indicate le condizioni per rendere riconoscibile la (eventuale) natura pubblicitaria dei messaggi pubblicati, da parte degli *influencer*, tramite *post* sui *social network*⁵⁸. Secondo il principio, recepito dalle *Guides* statunitensi, della cd. *material connection*, deve esservi un rapporto di tipo commerciale tra autore del *post* e azienda inserzionista, da cui l'obbligo di *disclosure*⁵⁹.

L'art. 7 cod. aut. prevede che, ove il fine promozionale non sia già chiaramente riconoscibile dal contesto, esso deve essere reso noto agli utenti con mezzi idonei⁶⁰. Occorre partire da tale principio, che segna il *discrimen* tra *influencer marketing* lecito e illecito, ancorandolo alla riconoscibilità, agli occhi del pubblico, della natura commerciale del messaggio veicolato⁶¹.

Più in dettaglio, la Carta prescrive l'indicazione nella parte iniziale del *post* di un'espressione, in italiano o in inglese, che faccia riferimento alla funzione pubblicitaria o alla collaborazione con un certo *brand*, tra cui a titolo esemplificativo: "*Advertising/Pubblicità*", "*Promoted by/Promosso da*", "*Sponsored by/Sponsorizzato da*", "*in partnership with/in collaborazione con*", accompagnate dal *brand*. In aggiunta, o in alternativa, viene suggerito l'inserimento entro i primi tre *hashtag* (#)⁶², di una dicitura quale:

⁵⁸ Rimangono fuori dall'applicazione delle regole autodisciplinari i commenti spontanei, le opinioni e le preferenze espresse, in quanto libera manifestazione del pensiero. Attenzione: anche un *user generated content* può avere, dietro all'apparente neutralità, una finalità commerciale, con la conseguente applicazione delle regole esaminate. Prova della natura commerciale della comunicazione (sia essa di un *influencer* o di un normale *user*) è l'esistenza di un accordo con un inserzionista per la promozione di un prodotto o di un *brand*.

⁵⁹ La connessione è *material* (significativa) quando sia idonea ad influenzare il comportamento del consumatore reso edotto del rapporto di collaborazione commerciale.

⁶⁰ Come evidenziato dalla Carta, la riconoscibilità della *réclame* rappresenta un profilo fondamentale per preservare il rapporto fiduciario tra inserzionisti e utenti del *web*, necessario alla stessa efficacia della comunicazione.

⁶¹ Lo stesso criterio è stato applicato nel sindacato sulla legittimità della raffigurazione, all'interno dei *post*, di marchi altrui da parte di *influencer*, considerata illecita quando il pubblico "non può che percepire le immagini condivise dall'*influencer* come aventi finalità commerciali e pubblicitarie". Così Trib. Genova, sez. spec. Imprese, 4 febbraio 2020, cit.

⁶² L'*hashtag* (individuato dal segno "#") è una chiave di ricerca che assegna una categoria al contenuto del *post*, consentendogli di raggiungere più utenti. Nella piattaforma Instagram, l'esigenza di porre l'informativa entro le prime tre righe si giustifica per il fatto che, nel caso in cui l'utente acceda alla piattaforma tramite *smartphone*, per visualizzare il messaggio per intero potrebbe essere necessario cliccare su "more".





“#pubblicità/advertising”; “#sponsorizzato da/sponsored by”, seguito dal brand; “#ad”, unitamente al *brand*.

Nel caso di *vlog* (un *post* in formato video), occorre la ripresa del *disclaimer* all’inizio o alla fine del video, o ancora un’espressa rivelazione verbale, da parte del protagonista, della natura pubblicitaria delle sue dichiarazioni ove queste siano confondibili, per stile, tono e contenuti, con quelle ordinariamente utilizzate dall’*influencer*. Nel caso particolare di *product placement*, oltre alle predette misure si ammette anche l’inserimento in sovraimpressione del *disclaimer* in concomitanza con le inquadrature promozionali, mentre le dichiarazioni verbali del protagonista dovrebbero accompagnare l’eventuale citazione, uso o inquadramento di un prodotto o del *brand* all’interno del video, o quella parte del *vlog* esclusivamente dedicata alla promozione commerciale.

A partire dall’aprile 2019, l’art. 7 cod. aut. contiene un espresso rinvio ad un nuovo “Regolamento Digital Chart sulla riconoscibilità della comunicazione commerciale diffusa attraverso internet”, che impone le medesime indicazioni viste sopra, considerandole sufficienti a garantire l’identificabilità della *réclame*. Diversamente dalle versioni precedenti della *Digital Chart*, grazie al rinvio dell’art. 7, le prescrizioni regolamentari diventano vincolanti per gli aderenti al sistema autodisciplinare, ferma restando la facoltà di adottare diciture differenti, purché sostanzialmente idonee a consentire ai destinatari di conoscere la natura pubblicitaria e commerciale dei *claims*.⁶³

Alcuni suggerimenti su modalità alternative di *disclosure* possono ricavarsi dal quadrante statunitense, ed in particolare dalla *Native Advertising Guide* del 2015⁶⁴. Si consiglia di localizzare l’avvertenza dove l’utente ordinariamente pone lo sguardo nel senso della lettura, vicino al punto focale o a una *headline* pubblicitaria⁶⁵, o ancora, nel caso di video, all’inizio e più vicino possibile al messaggio commerciale. I *disclaimer*, preferibilmente uno per ogni annuncio,

devono essere facilmente percepibili dai destinatari, per cui: quelli testuali devono avere carattere e colore tali da risultare leggibili⁶⁶, anche per contrasto rispetto allo sfondo; quelli audio devono essere recitati ad un volume e con una cadenza che li renda comprensibili; quelli video devono essere rappresentati sullo schermo per una durata sufficiente.

Il Regolamento *Digital Chart* prevede che nel caso in cui il rapporto tra *influencer* e inserzionista non sia di committenza ma si limiti all’invio occasionale da parte di quest’ultimo di propri prodotti gratuitamente o per un modico corrispettivo, i post o altre comunicazioni diffuse in rete dall’*influencer* che citino o rappresentino tali prodotti dovranno contenere, in luogo delle avvertenze di cui sopra, un *disclaimer* (verbale, nel caso di video) del seguente tenore: “prodotto inviato da..” seguito dal *brand*, o equivalente. In quest’ultima ipotesi, l’inserzionista deve informare l’*influencer*, in modo chiaro e inequivoco, al momento dell’invio del prodotto, dell’esistenza dell’obbligo di inserire tale avvertenza; la responsabilità dell’inserzionista è circoscritta alla segnalazione all’*influencer* dell’esistenza di tale obbligo.

Come precisato dalla *Digital Chart*, l’*influencer marketing* è soggetto all’applicazione di tutte le disposizioni del Codice di autodisciplina. Pertanto, oltre all’art. 7, deve applicarsi anche l’art. 4 cod. aut., specificamente richiamato dalla Carta, secondo cui «*le testimonianze e le altre forme di accreditamento di un prodotto, con finalità promozionali, devono rendere palese la loro natura ed essere autentiche e responsabili*» (art. 4 cod. aut.). Si tratta, come può evincersi, di una particolare declinazione del principio di trasparenza e di correttezza della comunicazione commerciale.

Dalle testimonianze vere e proprie vanno chiaramente distinte le comparse e gli attori che operano nello spot in quanto mere finzioni sceniche. Le prime, infatti, devono consistere in “attestazioni di verità di fatti accaduti da parte di chi è in grado di conoscerli perché vi ha partecipato oppure perché ne è venuto a conoscenza” personalmente o professionalmente⁶⁷: nel caso dell’*influencer*, dunque, il *claim* assurge a testimonianza ove connesso ad un’esperienza o competenza del protagonista, idonee ad attribuire a quest’ultimo un certo credito presso il pubblico.

Le prescrizioni autodisciplinari in materia di *influencer marketing* confermano l’esigenza,

⁶³ Nella *Digital Chart* si precisa infatti che il Codice di autodisciplina «non indica le modalità obbligatorie per segnalare agli utenti il fine promozionale del contenuto pubblicato».

⁶⁴ Cfr. la *Federal Trade Commission, Native Advertising: A Guide for Business* del 2015, al link www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/native-advertising-guide-businesses.

⁶⁵ L’utilizzo della forma di *tag*, *hashtag* o *link* è sconsigliato, vista la propensione degli users a non leggerli. Allo stesso modo, il *claim* non dovrebbe essere posto nelle note, o in un blocco di testo, né essere raggiungibile tramite link ad un’altra pagina.

⁶⁶ Devono evitarsi abbreviazioni poco familiari al lettore o formulazioni criptiche o ambigue.

⁶⁷ Così Giurì n. 75/1986, n. 156/92 e n. 209/95.

avvertita dallo stesso mondo pubblicitario, di stigmatizzare messaggi commerciali dissimulati dall'*endorsement* apparentemente neutrale di un prodotto⁶⁸. Prime avvisaglie si erano già avute, con taglio sostanzialmente analogo a quello della Carta, nel luglio 2017, quando l'Autorità antitrust aveva inviato a sette *influencer* e a undici celebri società lettere di *moral suasion* nelle quali invitava ad adottare tutte le precauzioni necessarie per eliminare i profili di ingannevolezza e ad adeguare al principio di trasparenza pubblicitaria le comunicazioni commerciali trasmesse attraverso le *piattaforme social*⁶⁹.

Un'iniziativa simile a quella dell'IAP è stata realizzata dall'Associazione Igersitalia⁷⁰, che ha costituito nel 2017 un comitato scientifico per la definizione di un Codice etico per i *Digital Content Creator*⁷¹, che si occupano di creare contenuti sul Web con finalità pubblicitarie⁷². Il Codice etico conferma l'obbligo di rendere nota l'attività promozionale attraverso diciture chiare e riconoscibili, suggerendo qualche esempio sulla scia di quelli della *Digital Chart*. Lo stesso comitato si è anche proposto di sviluppare tavoli di concertazione insieme alle associazioni di categoria per la redazione di un disegno di legge in materia.

Come emerso, il fenomeno del marketing d'influenza ripropone le medesime esigenze giuridiche di trasparenza che hanno incentivato la normazione sulla pubblicità occulta. Pur mancando una disciplina *ad hoc*, i punti di convergenza tra le fattispecie più tradizionali di pubblicità e l'*influencer marketing* consentono di estendere a quest'ultimo le soluzioni adottate per le prime.

⁶⁸ Preoccupazioni sono state manifestate, in questo senso, dal Commissario dell'AGCom all'incontro annuale dell'IAP del 15 maggio 2017, reperibile al link <https://www.agcom.it/documents/10179/7627613/Comunicato+stampa+15-05-2017/899d61d3-be5a-405a-963d-4cab4a0292ea?version=1.2>. Nel giugno 2018, l'AGCom e l'IAP hanno stipulato un accordo quadro per il coordinamento delle relative competenze, al fine di garantire una maggiore tutela ai destinatari della comunicazione commerciale, con una specifica attenzione al contesto digitale, mediante l'approfondimento di tematiche tecniche e regolamentari e l'implementazione di una serie di misure preventive e informative di interesse comune. Cfr. l'accordo al link www.iap.it/2018/06/accordo_quadroagcm_iap/.

⁶⁹ L'Autorità antitrust ha esteso, nell'agosto 2018, tali suggerimenti anche ai *microinfluencer*.

⁷⁰ L'associazione riunisce i professionisti specializzati nella produzione di contenuti digitali su Instagram.

⁷¹ Il Codice è reperibile sul sito *Instagramersitalia.it*.

⁷² Un'altra iniziativa di rilievo in termini di soft law proviene dagli operatori del settore della comunicazione digitale, ed in particolare dall'*Interactive Advertising Bureau (IAB)* e dalla sua filiale italiana, *IAB Italia*, che hanno pubblicato nel 2015 la guida "Native Advertising, The art of Making", che riporta indicazioni dettagliate sulla *disclosure* pubblicitaria sul web.

Sotto questo profilo, importanti spunti possono trarsi dalla prassi applicativa, attraverso un confronto tra i precedenti in materia di pubbliciredazionale e di *product placement*, e quelli, più recenti, che hanno individuato nelle pratiche di alcuni *influencer* delle ipotesi di pubblicità non trasparente.

6. L'accertamento della pubblicità occulta nella prassi relativa alla pubbliciredazionale e al product placement

Il sindacato sulla pubblicità occulta sconta le difficoltà derivanti dalla ibridazione tra il messaggio principale (l'opera, l'articolo di giornale, il *post* etc.) e quello commerciale, in alcuni casi tale da renderli indistinguibili. In pratica, andrebbe preliminarmente verificato se la presenza di un elemento promozionale sia o meno identificabile da parte dei destinatari del messaggio, in quest'ultimo caso dovendosi escludere l'illegittimità. Occorrerebbe poi accertare se l'eventuale riferimento ad un prodotto o azienda sia intenzionalmente diretto ad una finalità promozionale o se esso sia giustificato da altre ragioni, tra cui le esigenze pratiche, la fedeltà ad un modello storico, le necessità sceniche. In sintesi, a rilevare non è l'effetto pubblicitario derivante da una determinata rappresentazione, bensì lo scopo perseguito⁷³.

L'intento commerciale troverebbe definitiva conferma in un rapporto di commissione tra impresa e mezzo di comunicazione. Tuttavia, la stessa Autorità antitrust ha evidenziato che, nella generalità dei casi, "la dissimulazione dell'effettivo intento pubblicitario non può conciliarsi con la formalizzazione di un rapporto di committenza che renderebbe palese e trasparente la nascosta finalità reclamistica e quindi vanificherebbe il raggiungimento degli scopi dell'operazione pubblicitaria rivolta appunto all'aggiramento e all'elusione del divieto di pubblicità ingannevole"⁷⁴.

Viste le difficoltà istruttorie, nella prassi applicativa l'Autorità ha fatto spesso ricorso ad un insieme di presunzioni sul carattere commerciale del messaggio⁷⁵: ove nel contesto comunicativo vi siano indizi gravi, precisi e concordanti, idonei a far

⁷³ Così TAR Lazio, 21 ottobre 2003, n. 8919, cit.

⁷⁴ Così A.G.C.M., PS/2861, 11 giugno 2009, Prov. n. 19955, in *Boll.* 24/2009.

⁷⁵ Si rinvia, per riferimenti alla prassi meno recente, a M. CARTELLA, *Trasparenza della pubblicità e tendenze applicative dell'Autorità Garante*, in *Riv. dir. ind.*, 1995, 3, p. 231 ss.





presumere ragionevolmente l'intento promozionale, si verserebbe in un'ipotesi di pubblicità⁷⁶.

Per quanto riguarda la pubblicità redazionale, ad esempio, la natura promozionale può essere desunta dagli elementi grafici e dalle modalità di inserimento della menzione commerciale all'interno dell'informazione⁷⁷. Tra gli indizi, l'Autorità antitrust ha preso in considerazione il tipo di giornale⁷⁸, il pubblico di riferimento e l'esistenza di investimenti pubblicitari in altre riviste dell'editore⁷⁹, o ancora la compatibilità della citazione commerciale con l'esercizio obiettivo della cronaca e dell'informazione, e dunque la sua strumentalità rispetto alla rappresentazione giornalistica⁸⁰. La presenza della firma del giornalista autore dell'articolo è stata interpretata come indizio di una natura meramente informativa, anche se non di per sé sufficiente a dimostrarla⁸¹.

Sotto il profilo contenutistico, appare sintomatico della natura pubblicitaria uno stile elogiativo del tutto ingiustificato rispetto alle esigenze narrative e alle finalità informative⁸², o poco coerente con il contesto informativo⁸³, ad esempio in mancanza di contenuti ulteriori rispetto a quelli aventi una valenza meramente commerciale⁸⁴. Così, l'Autorità antitrust ha attribuito natura commerciale a un messaggio inserito all'interno di una rubrica stampata a sfondo sociale informativo, ritenuta "evidente" sulla base delle modalità comunicative elogiative e dell'invito particolarmente enfatico a prendere contatti con l'operatore pubblicitario⁸⁵.

Tra i segni grafici di evidente percezione richiesti ai fini dell'identificazione della natura pubblicitaria dell'inserito, nella prassi è stata ritenuta sufficiente a volte la semplice indicazione

dell'espressione "informazione commerciale" o simili, mentre altre volte la si è ritenuta inadeguata, a seconda del contesto redazionale⁸⁶. Sono stati considerati idonei a rendere identificabile la natura del messaggio l'utilizzo di caratteri tipografici e di un *format* differente rispetto a quello dell'articolo principale⁸⁷, l'inserimento in un riquadro perimetrato da una filettatura⁸⁸, la mancanza del numero della pagina⁸⁹.

Nel caso di pubblicità redazionale su Internet, trova conferma l'orientamento dell'Autorità antitrust e della giurisprudenza amministrativa secondo cui, ai fini della valutazione del messaggio, occorre prendere in considerazione la sola pagina web visitata e non tutto il sito, secondo il principio dell'autosufficienza informativa⁹⁰. Già in passato l'Autorità aveva sottolineato come l'ingannevolezza di un messaggio non potesse essere sanata dal fatto che nella medesima pagina fosse rinvenibile una finestra all'interno della quale, mediante un cursore, risultava possibile accedere alle informazioni rilevanti per la decisione consumeristica, in ragione del fatto che le stesse richiedono da parte dell'utente un onere nient'affatto scontato⁹¹.

È fatta salva l'ipotesi in cui sia imposto all'utente di navigare obbligatoriamente al fine di conoscere tutte le informazioni negoziali utili alla decisione⁹², nel qual caso i messaggi articolati in più pagine *web* e collegati da *link* ipertestuali devono essere considerati come un *unicum* per ciò che concerne il contenuto informativo, da giudicare nel suo complesso⁹³.

In analogia con la pubblicità redazionale, l'accertamento del *product placement* deve essere compiuto prendendo in considerazione le inquadrature, le esigenze narrative e il contesto della rappresentazione. In particolare, sono stati ritenuti indizi di pubblicità occulta, all'interno di film o programmi, l'esibizione artificiosa e non giustificata di marchi e segni distintivi al di fuori

⁷⁶ A.G.C.M., PS/3011, 25 giugno 2009, Provv. n. 20010, in *Boll.* 26/2009.

⁷⁷ A.G.C.M., PI/1191, 20 marzo 1997, Provv. n. 4806, in *Boll.* 12/97. Appare chiaro che, ove si provasse l'assenza di un rapporto di committenza, andrebbe esclusa la presenza di una forma di pubblicità occulta (Così TAR Lazio, Sez. I, 16 ottobre 2006, n. 10212, inedita).

⁷⁸ A.G.C.M., PI/2491, 10 agosto 1999, Provv. n. 7466, in *Boll.* 31-32/99.

⁷⁹ A.G.C.M., PI/2674, 10 febbraio 2000, Provv. n. 8026, in *Boll.* 6/2000.

⁸⁰ A.G.C.M., PI/3531, 24 gennaio 2002, Provv. n. 10379, in *Boll.* 4/2002.

⁸¹ A.G.C.M., PI/1496, 8 gennaio 1998, Provv. n. 5607, in *Boll.* 1-2/98. Analogamente, Giurì n. 393/99 e n. 101/95.

⁸² A.G.C.M., PI/4643, 17 marzo 2005, Provv. n. 14148, in *Boll.* 11/2005.

⁸³ A.G.C.M., PI/2642, 25 gennaio 2000, Provv. n. 7975, in *Boll.* 4/2000.

⁸⁴ A.G.C.M., PI/1443, 26 agosto 1997, Provv. n. 5273, in *Boll.* 34-35/1997.

⁸⁵ A.G.C.M., PI/3236, 29 marzo 2001, Provv. n. 9371, in *Giust. civ.*, I, 2001, p. 2861.

⁸⁶ Così A.G.C.M. PI/2171, 14 gennaio 1999, Provv. n. 6808, in *Boll.* 2/99 e Giurì n. 24/76 e n. 130/89.

⁸⁷ A.G.C.M., PI/2225, 25 gennaio 1999, Provv. n. 6937, in *Boll.* 8/1999.

⁸⁸ A.G.C.M., PI/2665, 2 dicembre 1999, Provv. n. 7797, in *Boll.* 48/1999.

⁸⁹ A.G.C.M., PI/1302, 15 maggio 1997, n. 4998, in *Boll.* 20/1997.

⁹⁰ A.G.C.M., PB/260, 18 novembre 2009, Provv. n. 20490, in *Boll.* 47/2009.

⁹¹ *Ex multis*, cfr. A.G.C.M., PB/523, 30 marzo 2010, Provv. 20952, in *Boll.* 13/2010; A.G.C.M., PI/5961, 27 marzo 2008, Provv. n. 18194, in *Boll.* 12/2008; A.G.C.M., PI/6254, 21 febbraio 2008, Provv. n. 17856, in *Boll.* 1/2008.

⁹² A.G.C.M., PS/1003, 15 luglio 2009, Provv. n. 20090, in *Boll.* 28/2009.

⁹³ A.G.C.M., PS/2082, 15 ottobre 2009, Provv. n. 20385, cit.

delle esigenze comunicative⁹⁴, nonché il carattere esageratamente laudativo o ripetitivo rispetto al contesto narrativo⁹⁵.

Sono state considerate pubblicità televisive occulte la menzione costante di un prodotto da parte di un protagonista della trasmissione, accompagnata da inquadrature prive di nessi funzionali con il programma⁹⁶, come pure la costante ripresa di un prodotto indossato da un partecipante alla trasmissione con il marchio pienamente riconoscibile⁹⁷. Gli stessi criteri di giudizio adottati per il *product placement* sono stati estesi alla pubblicità occulta nei video diffusi su Internet⁹⁸.

A parere di chi scrive, l'applicazione analogica dei suddetti criteri appare ragionevole anche con riguardo all'*influencer marketing*, figura ibrida tra le categorie tradizionali di pubblicità potenzialmente occulta: per i *claim* scritti paragonabile alla pubbliciredazionale, per la parte video affine all'inserimento di prodotti.

Non pare condivisibile l'opinione *tranchant* di parte della dottrina, secondo cui le differenze formali tra un articolo di giornale e un post pubblicato sul Web non consentirebbero di estendere all'*influencer marketing* gli standard di giudizio adottati dalle autorità per l'accertamento della pubblicità occulta⁹⁹. A ben vedere, non sembra che le differenze – tra l'altro non specificate dai medesimi autori – siano tali da impedire un'applicazione analogica quantomeno dei principali criteri di valutazione adottati nella prassi, con le opportune declinazioni per il fenomeno esaminato, che possono ricavarsi dalle prime decisioni in materia.

7. Le decisioni in materia di influencer marketing e le analogie con le forme tradizionali di pubblicità occulta

Alcuni casi di *influencer marketing* sono finiti sotto la lente delle autorità giudicanti, che hanno censurato *post* che non indicavano in modo sufficientemente chiaro e riconoscibile la natura commerciale del messaggio. Pur in mancanza di una

disciplina *ad hoc*, l'*influencer marketing* è stato oggetto di analisi da parte dell'Autorità antitrust alla luce del quadro normativo in materia di pubblicità occulta.

In un recente caso, veniva in particolare stigmatizzata una strategia promozionale definita "call to action", volta a creare una interazione con i *follower* che, nell'aspettativa di ricevere in cambio una maggiore visibilità personale, sono stati indotti dall'*influencer* a rispondere all'invito diffondendo su un noto *social network* contenuti collegati ad un marchio di sigarette elettroniche, generando così un effetto pubblicitario in favore di quest'ultimo senza che, nei *post* diffusi, fossero indicate le avvertenze pubblicitarie¹⁰⁰. In tale occasione, l'Autorità garante ha evidenziato come, proprio per il fatto che *post*, *tweet*, foto e video pubblicati sui *social media* costituiscono gli strumenti abituali degli utenti per comunicare con l'esterno e realizzare un coinvolgimento emotivo dei destinatari al proprio racconto, è di fondamentale importanza rendere i consumatori consapevoli della natura pubblicitaria di taluni messaggi, frutto quindi di una decisione commerciale, piuttosto che di un racconto disinteressato del personaggio.

Si porrebbero, in altre parole, le medesime esigenze di trasparenza e chiarezza comunicativa che sorgono nelle ipotesi di pubblicità occulta, poste alla base del consolidato orientamento dell'Autorità. L'A.G.C.M. ha sottolineato l'importanza di adottare mezzi idonei per l'identificazione della comunicazione commerciale, tramite per esempio l'utilizzo di *hashtag* quali #pubblicità, #adv, #sponsorizzato o #sponsored by. Si tratta, come può evincersi, di prescrizioni analoghe a quelle suggerite dalla *Digital Chart* dell'IAP.

Ancora, in un altro caso l'Autorità ha censurato alcuni *post* nei quali era artificiosamente inquadrato il logo di una nota compagnia aerea nazionale, impresso sui capi di abbigliamento indossati dagli *influencer*, senza alcun riferimento alla finalità promozionale dell'inserimento¹⁰¹. Allo stesso modo, è stata giudicata quale pubblicità occulta la pubblicazione di due *post* su un profilo Instagram, l'uno con una foto ravvicinata di un campione del prodotto, e l'altro rappresentante un *contest* avente come premio la fornitura di prodotti della stessa linea¹⁰².

I procedimenti avviati dall'Autorità in materia di *influencer marketing* si sono conclusi con

⁹⁴ A.G.C.M., PI/87, 12 luglio 1993, Provv. n. 1291, in *Boll.* 17/93.

⁹⁵ A.G.C.M., PI/121, 23 agosto 1993, Provv. n. 1387, in *Boll.* 22-23/93. In ambito autodisciplinare, vedi Giurì n. 378/99 e n. 102/89.

⁹⁶ A.G.C.M., PI/1855, 25 giugno 1998, Provv. n. 6145, in *Boll.* 26/98.

⁹⁷ A.G.C.M., PS/2862, 11 giugno 2009, Provv. n. 19956, in *Boll.* 24/2009.

⁹⁸ Per un caso di pubblicità occulta in un *videoclip* musicale, cfr. A.G.C.M., PS11603, 13 ottobre 2020, Provv. n. 28385, cit.

⁹⁹ Così J. CIANI, M. TAVELLA, *op. cit.*, p. 513 ss.

¹⁰⁰ A.G.C.M., PS/12009, 30 settembre 2021, Provv. n. 29837, in *Boll.* 41/2021.

¹⁰¹ A.G.C.M., PS/11270, 22 maggio 2019, n. 27787, in *Boll.* 23/2019

¹⁰² A.G.C.M., PS/11435, 25 febbraio 2020, Provv. n. 28167, in *Boll.* 11/2020,





l'assunzione, da parte dei soggetti coinvolti, dell'impegno a rimuovere, anche per il futuro, i profili di illegittimità delle condotte adottate, attraverso l'indicazione chiara e trasparente delle finalità promozionali a cura degli *influencer*. Inoltre, si è previsto che le società committenti si assumessero l'obbligo di implementare, nelle attività di comunicazione promozionale mediante *influencer*, tutte le misure necessarie a rendere trasparente la pubblicità, sia attraverso linee guida e comunicazioni ufficiali da inviare al proprio personale e ai propri collaboratori, sia attraverso l'inserimento di vere e proprie clausole contrattuali nei contratti di collaborazione professionale con i *testimonial*. In un altro caso recente, l'Autorità ha ottenuto, da parte dell'impresa giudicata, l'adozione di impegni consistenti nella richiesta agli *influencer* di inserire, ogni qualvolta utilizzassero il *claim* "vendere è gratis", il *disclaimer* "questo video è sponsorizzato da"¹⁰³.

Quanto al contesto autodisciplinare, il Giurì ha censurato l'occultamento della natura promozionale di un *post* video di un noto rapper che, apparentemente neutrale e disinteressato, mostrava, con tono elogiativo, il marchio e l'ultimo modello di auto di una importante azienda¹⁰⁴. Essendosi successivamente scoperta la presenza di un contratto pubblicitario tra la società e il noto personaggio, il Giurì ha vietato il *post* suddetto in quanto lesivo dell'art. 7 del codice di autodisciplina.

Nonostante il contratto di sponsorizzazione prevedesse l'obbligo di un *disclaimer* sulla natura promozionale dei futuri messaggi dell'*influencer* (oltre che una preventiva autorizzazione da parte della committente), il Giurì ha imputato oggettivamente, ed in via esclusiva, alla casa automobilistica la condotta tenuta dal *rapper*, in ragione del rapporto commerciale esistente e dei vantaggi concreti per la società; quest'ultima, inoltre, aveva previsto nel contratto la visita del *rapper* all'evento organizzato e la partecipazione del proprio personale (in quanto *sponsor* dell'evento) allo *stand* in cui è stato girato il video. La condotta della società inserzionista è stata stigmatizzata in quanto, pur avendone la possibilità, la medesima non è intervenuta per evitare la pubblicazione (o chiedere la cancellazione) del video da parte del personaggio ingaggiato: pertanto la committente è stata considerata responsabile sia

per fatto omissivo proprio, sia indirettamente *ex art.* 2049 c.c. per fatto dei propri ausiliari.

In un altro caso, riguardante alcuni *post* nei quali un *influencer* raccontava di utilizzare i prodotti, vantandone le caratteristiche positive, il Comitato di controllo ha ritenuto che la natura promozionale del *claim* non fosse sufficientemente esplicitata¹⁰⁵. In particolare, il solo rimando alla pagina dell'azienda attraverso il *tag* (@) è stato ritenuto elemento inidoneo a rendere inequivocabile l'identificazione di tali contenuti come frutto di un accordo di natura commerciale con l'inserzionista, secondo quanto previsto, invece, dal Regolamento *Digital Chart*.

Allo stesso modo, in un altro caso riguardante una fotografia pubblicata da una *influencer* mentre consumava il prodotto alimentare promosso, è stato considerato insufficiente a dimostrare l'esistenza di un accordo commerciale l'inserimento di *tag* e *hashtag* con il nome dell'azienda inserzionista¹⁰⁶; parimenti insufficiente, in altra fattispecie, è stato ritenuto il semplice rinvio alla pagina *social* dell'inserzionista tramite *link*¹⁰⁷. Ciò, a parere del Comitato di controllo, richiedeva uno sforzo interpretativo da parte del pubblico poco coerente con la necessità di una facile e diretta riconoscibilità della natura promozionale del messaggio¹⁰⁸.

Nel contesto autodisciplinare si è posto l'accento sul fatto che "il principio della trasparenza nelle comunicazioni pubblicitarie intende assicurare la distinzione non solo formale, ma sostanziale tra contenuti promozionali e contenuti di altro genere, così da assicurare che la pubblicità si presenti e possa essere facilmente riconosciuta dal pubblico"¹⁰⁹. Dunque, l'identificabilità della natura promozionale dei *post* richiede una netta distinzione tra i contenuti spontanei, disinteressati, della rappresentazione e quelli che accadono dietro richiesta di un partner commerciale, che quindi condiziona l'operato dell'*influencer*.

Applicando i criteri di giudizio adottati in materia di pubblicità occulta, in mancanza della prova della sussistenza di un rapporto di committenza tra inserzionista e *influencer*, la natura commerciale può essere dimostrata sulla base di presunzioni desunte dall'oggettiva articolazione dei *post* valutati, sempre che siano gravi, precise e

¹⁰³ A.G.C.M., PS/12003, 25 ottobre 2022, Provv. n. 30355, in *Boll.* 41/2022.

¹⁰⁴ Giurì n. 45/2018. La decisione è stata oggetto di un ampio commento di C. PAPPALARDO, *Influencer e Autodisciplina pubblicitaria – prime applicazioni della Digital Chart*, in *Riv. Dir. Ind.*, 6, 2018, p. 388.

¹⁰⁵ Comitato n. 24/2021.

¹⁰⁶ Comitato n. 48/2018. Anche in questo caso, il provvedimento autodisciplinare ha riguardato sia l'impresa inserzionista sia la società che gestiva i profili *social* dell'*influencer*.

¹⁰⁷ Comitato n. 7/2020, relativo a due *post* contenenti *claims* commerciali su una nota marca di intimo.

¹⁰⁸ Cfr. Comitato n. 26/2019, n. 21/2019, n. 60/2018, n. 61/2018, n. 79/2018 e n. 85/2018.

¹⁰⁹ Così Comitato n. 21/2019.

concordanti¹¹⁰. In tal senso, tornano utili i riferimenti a tutti i fattori considerati rilevanti dalle decisioni sulle ipotesi di pubblicità redazionale e di inserimento di prodotti.

Sicché, devono prendersi in considerazione gli elementi grafici e le modalità di rappresentazione del *claim* commerciale, guardando altresì al contesto informativo, al pubblico di riferimento, alla strumentalità del riferimento commerciale rispetto all'esigenza di diffondere una data informazione. Nel caso di una piattaforma *social* o di un profilo personale, l'esame dovrebbe incentrarsi sull'estetica grafica dei riferimenti sul post ad un prodotto o a un brand - verificando se siano più o meno evidenziati rispetto al resto dei messaggi -, sulla loro integrabilità nella pagina web e sulla loro compatibilità con gli obiettivi di informazione del pubblico; con riguardo a quest'ultimo aspetto, nel caso in cui il sito o la pagina *social* sia dedicata ad una determinata informazione (ad esempio, a fornire istruzioni di informatica o ricette di cucina), andrebbe valutata la strumentalità dei riferimenti commerciali rispetto all'obiettivo perseguito.

Sotto il profilo contenutistico, andrebbe indagato lo stile elogiativo rispetto alle esigenze narrative e alle finalità informative. Nel caso di *post* in formato video, dovrebbero essere esaminate le inquadrature, l'esibizione artificiosa e non giustificata del *brand* o del prodotto al di fuori delle esigenze comunicative, nonché il carattere esageratamente laudativo o ripetitivo rispetto alla narrazione complessiva. Così, l'eventuale ripresa costante di un prodotto o la menzione ripetuta, o esageratamente scenica, da parte dell'*influencer*, di affermazioni con chiari riferimenti ad un *brand* sono tutti indizi di una possibile funzione promozionale dei messaggi.

Quanto alle modalità di rivelazione della natura pubblicitaria dei *claims*, oltre a quelle tipizzate dalla *Digital Chart* e dal successivo Regolamento dell'IAP, sulla scia della disciplina della pubbliredazionale dovrebbe farsi ricorso a contenuti, immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore (art. 23, co. 1, lett. m) cod. cons.), a modalità grafiche di evidente percezione (art. 5 del d.lg. 145/2007) o comunque a idonei accorgimenti (art. 7 cod. aut.). Si pensi ad altre diciture che richiamino la finalità commerciale, magari a comparsa immediata in modo da risultare più evidenti rispetto alle indicazioni statiche del post

¹¹⁰ In giurisprudenza, cfr.: TAR Roma, sez. I, 16 settembre 2008, n. 8345, in www.entilocali.leggiditalia.it; TAR Lazio, sez. I, 27 luglio 2007, n. 6891; TAR Lazio, sez. I, 9 maggio 2007, n. 4185, in *Foro amm. TAR*, 2007, 5, c. 1671; TAR Roma, sez. I, 12 marzo 2004, n. 2427, in *Foro amm. TAR*, 2004, c. 704.

Nel caso di video, in linea con le indicazioni sul *product placement* (art. 48 T.U. servizi di media audiovisivi) si può immaginare l'inserimento di *disclaimer* sia all'inizio che alla fine del video, in particolar modo ove quest'ultimo sia accompagnato o preceduto da altri *post* dell'*influencer*, evitando ogni possibile confusione con le rappresentazioni neutrali e spontanee; o ancora, si potrebbe ricorrere a banner a comparsa laterale, con un'estetica evidente rispetto ai colori del filmato.

L'idoneità dei *disclaimer* a rendere palese, agli occhi del consumatore medio, la natura promozionale delle rappresentazioni e delle dichiarazioni deve essere accertata caso per caso, tenendo in considerazione anche i limiti, di spazio e di tempo, del mezzo di comunicazione utilizzato (art. 22, co. 3, cod. cons. e 16 cod. aut.). La fisiologica brevità del messaggio veicolato tramite post, spesso ridotto a poche parole, a una fotografia o a un video di pochi secondi, non può non risultare decisiva per calibrare la severità del sindacato sulle possibili omissioni informative; ciò non esclude, con tutta evidenza, l'imprescindibile esigibilità di una informazione minima, chiara e evidente sulla natura pubblicitaria della narrazione.

8. La responsabilità dell'Internet Service Provider per le informazioni immesse nelle piattaforme online

Merita una trattazione a parte il tema della posizione giuridica dell'*Internet Service Provider*, titolare della piattaforma *online* che ospita le informazioni commerciali, canale attraverso cui le imprese e i professionisti (e dunque anche gli *influencer*) raggiungono nuovi consumatori¹¹¹.

Supporto del substrato tecnologico¹¹², il *cybermediary* svolge un ruolo centrale nel mercato virtuale, non privo di criticità se esaminato rispetto al fenomeno dell'"infodemia", da intendersi come diffusione incontrollata di una mole gigantesca di informazioni provenienti da fonti diverse¹¹³, il cui fondamento non risulta immediatamente verificabile. La questione ha stimolato riflessioni sui rischi giuridici delle false informazioni (cd. *fake*

¹¹¹ G. CONTI, *op. cit.*, p. 51.

¹¹² Per approfondimenti sul tema delle piattaforme digitali, si rinvia a: A. CONTALDO (a cura di), *Le piattaforme digitali. Profili giuridici e tecnologici nel nuovo ecosistema*, Pisa, 2021; G. CONTI, *Lineamenti di diritto delle piattaforme digitali – Volume I. Le tutele del consumatore e dell'utente commerciale nei confronti dei cybermediary*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2020.

¹¹³ Cfr. voce *Infodemia* in *Enr. On line Treccani*.



news)¹¹⁴, ma analoghe problematiche sorgono rispetto alle informazioni commerciali non trasparenti, particolare declinazione dell'ingannevolezza mass-mediatica.

Nella dimensione giuridica, entra in gioco il d.lg. 9 aprile 2003, n. 70, attuativo della direttiva 2000/31/CE (“direttiva sul commercio elettronico”)¹¹⁵, recentemente modificata dal nuovo Reg. (UE) 2022/2065 (cd. *Digital Service Act*). La disciplina si applica ai prestatori dei “servizi della società dell’informazione”, che includono «la trasmissione di informazioni mediante una rete di comunicazione, la fornitura di accesso a una rete di comunicazione o lo stoccaggio di informazioni fornite da un destinatario di servizi» (considerando 18 dir. 2000/31/CE), e comprendono tutte le attività economiche svolte online, cioè a distanza e per via elettronica (art. 2, co. 1, lett. a) d.lg. 70/2003)¹¹⁶.

Il modello di *business* degli *Internet Service Provider* prevede una combinazione tra fornitura di servizi gratuiti agli utenti, attività di *réclame* pagata dai professionisti che diffondono contenuti e raccolta dei *big data* degli utenti, valorizzati economicamente¹¹⁷. Gli stessi spazi pubblicitari vengono strutturati sulla base dei contenuti generati, analizzati in forma aggregata e organizzati secondo le preferenze manifestate da ciascun *cybernauta*.

Nell’ottica di compensare il difetto genetico di potere negoziale del consumatore¹¹⁸, strumentale allo sviluppo del mercato unico digitale, il

legislatore introduce un *corpus* di regole in materia di comunicazioni pubblicitarie, di contrattazione telematica e di responsabilità del *provider*. Concentrandoci su quest’ultimo aspetto, occorre distinguere le attività del gestore della piattaforma in semplice trasporto di informazioni (*mere conduit*¹¹⁹), memorizzazione temporanea (*caching*¹²⁰) e memorizzazione duratura (*hosting*¹²¹).

Attribuendo all’intermediario un ruolo ausiliario rispetto alle parti, il legislatore europeo sancisce il principio del cd. *safe harbour*, secondo cui il *cybermediary* è tendenzialmente esonerato da responsabilità per le condotte degli utenti, consistenti nella creazione di contenuti digitali (*content editing*) all’interno della piattaforma¹²². Eccezione alla normale responsabilità civile d’impresa¹²³, il principio vale per tutte e tre le attività viste sopra, con alcune declinazioni.

Nel caso di *mere conduit*, l’art. 4 Reg. 2022/2065, analogamente all’art 14 d.lg. 70/2003, prevede che se il servizio del *cybermediary* consiste nel «trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio o nel fornire un accesso a una rete di comunicazione, il prestatore del servizio non è responsabile delle informazioni trasmesse o a cui si è avuto accesso a condizione che: a) non dia origine alla trasmissione; b) non selezioni il destinatario della trasmissione; c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse».

Sulla medesima scia, l’art. 5 del *Digital Service Act* (e così l’art. 15 d.lg. 70/2003) esclude la responsabilità dell’intermediario per il *caching*, ove eseguito al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltrò delle informazioni a richiesta di altri destinatari, purché l’ISP: a) non modifichi le informazioni; b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni; c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un

¹¹⁴ Sul tema, si rinvia a E. ANDREOLA, *Fake news e danno da false informazioni in Internet – I parte*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2020, 5, p. 1604 ss. e ID., *Fake news e danno da false informazioni in Internet – II parte*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2020, 6, p. 2000 ss.

¹¹⁵ Sul tema, si rinvia a: G. CASSANO (a cura di), *Commercio elettronico e tutela del consumatore*, Milano, 2003; F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, Padova, 2004; V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Commercio elettronico*, Milano, 2001; A. SARDINI, *La «product liability» e il commercio elettronico*, in *dir. dell’informazione e dell’informatica*, 1, 2021, p. 81 ss.; E. TOSI (a cura di), *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico*, Milano, 2012.

¹¹⁶ Una definizione di servizio della società dell’informazione è fornita anche dall’art. 1, par. 1, lett. b), dir. 2015/1535/UE, secondo cui è tale «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi».

¹¹⁷ G. CONTI, *op. cit.*, p. 63.

¹¹⁸ Alla figura del consumatore il legislatore ha affiancato quella del “destinatario dei servizi della società dell’informazione”, identificato come «il soggetto che, a scopi professionali e non, utilizza un servizio della società dell’informazione, in particolare per ricercare o rendere accessibili informazioni» (art. 2, co. 1, lett. d)). Vi è chi vi ha identificato una forma primordiale di quello che sarebbe diventato, successivamente, il *cyberconsumatore*, “risultato dell’incontro di principi antichi del diritto e delle nuove tecnologie di comunicazione”. Così G. CASSANO (a cura di), *op. cit.*, p. 37.

¹¹⁹ Nel caso di *mere conduit* il gestore si limita a trasmettere le informazioni sulla rete di comunicazione, memorizzandole nei limiti di quanto necessario per tale scopo (art. 4 Reg. 2022/2065).

¹²⁰ Il *caching* comprende la trasmissione e il salvataggio temporaneo di informazioni su una rete di comunicazione, inserite ed usate dagli utenti (art. 5 Reg. 2022/2065). La memorizzazione temporanea dei dati consente una più efficiente e sicura trasmissione dei dati.

¹²¹ Con l’*hosting* si determina una memorizzazione duratura delle informazioni immesse nel sito.

¹²² Il principio di *safe harbour* per il gestore della piattaforma è stato recentemente confermato, nella normativa nazionale, dal Testo Unico dei servizi di media audiovisivi (d. lg. 208/2021), che definisce i «servizi di piattaforma per la condivisione di video» come quelli «generati dagli utenti o comunque destinati al grande pubblico, per i quali il fornitore della piattaforma per la condivisione di video non ha responsabilità editoriale» (art. 3, co. 1, lett. c)).

¹²³ E. TOSI (a cura di), *op. cit.*, p. 34.



modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore; d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni; e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato, oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione.

Nel caso di *hosting*, al quale possono ricondursi le attività dei *social network*, il prestatore del servizio digitale sarà esente da responsabilità per le informazioni memorizzate nella sua piattaforma a condizione che: non sia effettivamente a conoscenza dell'illiceità del fatto e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; non appena a conoscenza dei fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso (art. 6 Reg. 2022/2065; art. 16 d.lg. 70/2003). Il *provider* è responsabile anche nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa, non provveda ad impedire prontamente l'accesso alle informazioni illecite o se, pur conosciuto il carattere illecito o pregiudizievole delle informazioni contenute in un proprio servizio, non provveda a informarne l'autorità competente (art. 9 Reg. 2022/2065; art. 17 d.lg. 70/2003).

Dunque, è responsabile il prestatore dei servizi che non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti o abbia continuato a pubblicarli, purché ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: a) sia a conoscenza legale dell'illecito perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure *aliunde*; b) l'illiceità dell'altrui condotta sia ragionevolmente constatabile, onde egli sia in colpa grave per non averla positivamente riscontata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico; c) abbia la possibilità di attivarsi utilmente, in quanto reso edotto in modo sufficientemente specifico dei contenuti illeciti¹²⁴.

Riassumendo, il *cibermediary* è in linea di principio sottratto a responsabilità per le informazioni veicolate tramite la sua piattaforma, in ragione del fatto che gli mancherebbe il controllo

sul loro contenuto. Sulla base della disciplina appena esaminata, appare più corretto affermare che manca in capo al *provider* un obbligo di sorveglianza preventivo, mentre rimane spazio, nei limiti suddetti, per un obbligo di sorveglianza e di intervento sui fatti illeciti già avvenuti¹²⁵. Naturalmente le misure organizzative richieste al gestore della piattaforma, secondo il principio dell'*accountability*, devono essere proporzionate alle sue dimensioni e competenze, con un giusto bilanciamento tra gli interessi del professionista da un lato, e le legittime aspettative degli utenti dall'altro.

Sulla base di tali principi, è stata riconosciuta la responsabilità di Facebook per taluni contenuti illeciti – dichiarati offensivi, oltre che lesivi del diritto d'autore altrui – immessi su una pagina della piattaforma *social* e non prontamente rimossi nonostante la concreta conoscenza degli stessi da parte del gestore¹²⁶. La pronuncia si pone in controtendenza con il generale orientamento che attribuisce natura passiva ai *social network* rispetto ai contenuti inseriti dagli utenti, eppure non si discosta troppo dalla realtà.

Il panorama digitale vede infatti l'emersione di diverse piattaforme di *hosting* che si riservano la possibilità di intervenire sui contenuti degli utenti, da cui l'esigenza, avvertita in dottrina già da tempo¹²⁷, di rimeditare la posizione giuridica di taluni *cybermediary*. Il principio del *safe harbour*,

¹²⁵ E. TOSI (a cura di), *op. cit.*, pp. 38 – 39. In giurisprudenza, oltre a Cass. 19 marzo 2019 n. 7708, cit., cfr.: App. Milano, 7 gennaio 2015, cit.; Trib. Torino, 6 maggio 2014, in *Dejure*, 2015, 1684; contra, in favore della necessità di un ordine delle autorità, cfr.: App. Roma, 19 febbraio 2018, in *Dejure*, 2018, 1868; Trib. Firenze, ord. 25 maggio 2012, in *Dir. inf.*, 2012, p. 1210; Trib. Roma, 11 luglio 2011, in *Dejure*, 2013, 1540; Trib. Milano, 20 marzo 2010, in *Dir. inf.*, 2010, p. 90.

¹²⁶ Così Trib. Roma, 10 gennaio 2019, n. 693, in *AIDA*, 2019, 1, p. 766. Per un'analisi critica della decisione del Tribunale capitolino, cfr. C. NOVELLI, *Il social giudiziario. La giurisprudenza italiana sulla responsabilità civile degli Internet Service Providers*, in *Riv. Italiana Informatica e diritto*, I, 2019, p. 97 ss.

¹²⁷ Sul punto, tra i vari contributi, vedi: G. CONTI, *op. cit.*, p. 46; M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, Milano, 2010; V. FRANCESCHELLI, *Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vividown*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, p. 347 ss.; A. MANTELETO, *La responsabilità degli intermediari di irete nella giurisprudenza italiana alla luce del modello statunitense e di quello comunitario*, in *Contr. impr. Eur.*, 2010, p. 529 ss.; M. L. MONTAGNANI, *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, Segrate, 2018, p. 3 ss.; G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2020, p. 177 ss.; O. POLLICINO, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider*, in www.giurcost.org/studi/pollicino1.pdf, 2014; E. TOSI, *Responsabilità civile dell'Internet Service Provider passivo e attivo*, in *dir. ind.*, 6, 2019, p. 590 ss.

¹²⁴ Cass., sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708, cit.





in altre parole, deve essere correttamente calibrato nella misura in cui lo stesso appaia come il giusto compromesso fra le esigenze di protezione degli utenti dai contenuti illegittimi o illeciti, da un lato, e l'interesse dei titolari delle piattaforme a non vedersi gravati da irragionevoli e inesigibili obblighi di controllo, dall'altro.

In ogni caso, come confermato dall'art. 8 del *Digital Service Act*, ai prestatori di servizi intermediari non può essere imposto «alcun obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che tali prestatori trasmettono o memorizzano, né di accertare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illegali»¹²⁸. E ciò, anche per ragioni di opportunità pratica: si pensi, come ricordato in dottrina¹²⁹, che Youtube, nota piattaforma di condivisione di video, nel 2015 ha raccolto circa cento ore di video al minuto; sarebbe irragionevole immaginare un obbligo di controllo preventivo su tutti i contenuti a cura del gestore della piattaforma, se non al costo di pregiudicare il normale funzionamento del sistema.

Rimane chiaro che l'esenzione trova applicazione quando il *cybermediary* si limiti alla trasmissione neutrale dei contenuti digitali, mentre permane la sua responsabilità secondo il principio dell'*accountability* ove sia in grado di intervenire sui contenuti digitali¹³⁰. In questo caso, si parla di *hosting provider* «attivo», cioè capace di manipolare direttamente i dati immessi dagli utenti, attraverso un'attività di modifica, riedizione, rielaborazione, riorganizzazione, ristrutturazione e indicizzazione delle informazioni.

Secondo la Cassazione, è tale il prestatore dei servizi della società dell'informazione che contribuisca, con la propria condotta, alla commissione dell'illecito, rendendosi civilmente responsabile secondo le regole comuni¹³¹; sulla base di tale assunto, la Corte ha riconosciuto la natura

passiva di un noto *social network*, escludendo la responsabilità del gestore per la diffusione di video lesivi del diritto di autore di Reti Televisive Italiane S.p.A. e rinviando alla Corte d'Appello di Milano per i concreti accertamenti tecnici¹³².

Il principio del *safe harbour*, di per sé elastico, tende a sfumare ancor più con particolare riguardo ai contenuti pubblicitari. La Corte di Giustizia ha considerato attivo il gestore della piattaforma che assista gli utenti commerciali ottimizzando o promuovendo la presentazione delle offerte in vendita¹³³. In questo senso, ove il gestore intervenga positivamente nella formulazione o nella rappresentazione estetica di un *claim* pubblicitario illegittimo, contribuendo all'illecito, rimangono margini per una sua responsabilità; si tratta di una circostanza da valutare caso per caso, a seconda delle concrete attività del *cybermediary*¹³⁴.

Proprio con riguardo alla *digital advertising*, il *Digital Service Act* riconosce un ruolo di primaria importanza al gestore della piattaforma, attribuendogli il compito di «provvedere affinché i destinatari del servizio dispongano di determinate informazioni personalizzate che consentano loro di comprendere quando e per conto di chi è presentata la pubblicità» (considerando 68). Un'attenzione particolare è rivolta alla trasparenza pubblicitaria, per la quale si prevede che i fornitori di piattaforme online dovrebbero garantire che le informazioni siano salienti, anche attraverso contrassegni visivi o audio standard, chiaramente identificabili e inequivocabili per il destinatario medio del servizio, e che siano adattate alla natura dell'interfaccia *online* del singolo servizio (considerando 68)¹³⁵.

Sembrirebbe quindi che, con particolare riguardo alla comunicazione pubblicitaria, il

¹³² Cass., sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708, cit.

¹³³ CGUE, 23 marzo 2010, *Google c. Luis Vuitton*, C-236/2008 a C-238/2008, in *Racc.* 2010 I-02417.

¹³⁴ In giurisprudenza, si rinvia a: Corte Giust.UE, 7 agosto 2018, C-521/2017, *Coöperatieve Vereniging Snbreact U.A. c. Deepal Mehta*, ECLI:EU:C:2018:639; CGUE, 11 settembre 2015, C-291/2013, *Sotiris Papasavvas*, ECLI:EU:C:2014:2209; CGUE, 23 marzo 2010, *Google c. Luis Vuitton*, C-236/2008 a C-238/2008, cit. In ambito nazionale, cfr.: Corte App. Milano, 7 gennaio 2015, n. 29, in *Ilcaso.it*, con nota di N. Lo Franco, *Deroghe all'ordinario regime di responsabilità del provider, e dubbi alla luce dell'orientamento della Corte di Giustizia*; Trib. Milano, 24 febbraio 2010, n. 1972, in *Riv. dir. ind.*, 2010, p. 328 ss.; Trib. Roma, 11 febbraio 2010, in *Riv. dir. informazione e informatica*, 2010, p. 275 ss.; Cass. 23 dicembre 2009, n. 49474, in *Riv. dir. informazione e informatica*, 2010, p. 437 ss.

¹³⁵ I destinatari del servizio dovrebbero inoltre disporre di informazioni, direttamente accessibili sull'interfaccia online in cui è presentata l'inserzione pubblicitaria, sui principali parametri utilizzati per stabilire che viene mostrata loro una pubblicità specifica, con spiegazioni rilevanti sulla logica seguita a tal fine, anche quando essa è basata sulla profilazione (considerando 68).

¹²⁸ Esiste un generale obbligo di segnalare alla pubblica autorità i contenuti illeciti di cui il *provider* sia venuto a conoscenza, e di rimuoverli immediatamente su richiesta dell'autorità amministrativa o giurisdizionale. In caso di violazione del suddetto obbligo, l'art. 9 dl Reg. 2022/2065 (e così l'art. 17 d. lg. n. 70/2003), prevede una responsabilità risarcitoria in capo al gestore della piattaforma di intermediazione.

¹²⁹ R. PANETTA, *Il ruolo dell'Internet Service Provider e i profili di responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2019, p. 1015 ss.

¹³⁰ Aderiscono ad un orientamento difforme: R. BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione dei contenuti illeciti*, in *Giur. it.*, 3, 2017, p. 639; R. D'ARRIGO, *Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Internet Service Providers*, Milano, 2012, p. 78 ss.; F. PIRAINO, *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli internet service providers*, in *AIDA*, 2017, pp. 197-200.

¹³¹ Così: Cass., sez. I, 13 dicembre 2021, n. 39763, in *Foro it.*, 9, I, p. 2832; Cass., sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708, in *Riv. dir. ind.*, 2019, 4-05, II, p. 201.

legislatore eurounitario abbia riservato un ruolo attivo al *provider*, il quale deve assicurare un'interfaccia che agevoli l'identificazione della natura commerciale dei *claim* inseriti nella sua piattaforma. Ciò trova conferma nell'art. 26 del regolamento, secondo cui i gestori delle piattaforme online che veicolano pubblicità provvedono affinché i destinatari del servizio siano in grado di identificare in modo chiaro, conciso, inequivocabile e in tempo reale: la natura pubblicitaria dell'informazione, anche attraverso contrassegni visibili; la persona fisica o giuridica per conto della quale viene presentata la pubblicità e, se diversa, quella che paga per la pubblicità; informazioni rilevanti, direttamente e facilmente accessibili dalla pubblicità, sui parametri di profilazione e sulla possibilità eventuale di modificarli. Ancora, i fornitori di piattaforme online devono mettere a disposizione dei destinatari del servizio una funzionalità che consente di dichiarare se i contenuti che forniscono siano o contengano comunicazioni commerciali (art. 26, par. 2).

Tali regole appaiono pienamente applicabili all'*influencer marketing*. Per questi contenuti, i *cybermediary* sembrano non potersi sottrarre all'obbligo preventivo di assicurare che sia resa adeguatamente nota al pubblico la natura pubblicitaria dei messaggi diffusi. Il divieto di pubblicità non trasparente si dilata fino a includere nella propria orbita la posizione giuridica del *provider* della piattaforma, che deve preoccuparsi di predisporre, con autonomia tecnologica, un adeguato sistema di informazione del consumatore medio; a ciò si aggiunge il dovere, applicabile a qualsiasi gestore, di intervenire per la rimozione di contenuti illegittimi, perché offensivi o comunque idonei a ledere l'altrui posizione giuridica, nel caso di segnalazioni e reclami da parte degli utilizzatori.

In conclusione, con particolare riguardo alla *web advertising*, e quindi all'*influencer marketing*, emerge un profilo di intermediario digitale responsabile, che deve assicurare, con obblighi preventivi e successivi, che la pubblicità veicolata attraverso la sua piattaforma sia trasparente. Nel caso in cui violi tali doveri, dunque, lo stesso sarà passibile di censura a cura delle autorità giudicanti.

Ciò, d'altronde, si pone in linea con la prassi sulla pubblicità occulta, che individua tra i soggetti passivi dei provvedimenti, accanto al committente del messaggio, anche il proprietario del mezzo di diffusione, dunque la società editoriale o l'emittente radiotelevisiva che ha diffuso il messaggio¹³⁶.

Queste ultime, fatta salva l'assenza di colpa¹³⁷, sono considerate quali coautrici della condotta illecita, dato il loro potere/dovere di controllo sui rispettivi mezzi di comunicazione di massa. L'autore, in altre parole, coincide con colui che diffonde il messaggio presso il pubblico¹³⁸.

¹³⁶ A.G.C.M., PI/5088, 21 giugno 2006, Provv. n. 4776, in *Boll.* 25/2006. In giurisprudenza, cfr. TAR Lazio, sez. I, 27 giugno 2001, n. 5724, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, p. 2208.

¹³⁷ TAR Lazio, sez. I, 3 aprile 2000, n. 2667 in *Trib. amm. reg.*, 2000, I, p. 1051.

¹³⁸ TAR Lazio, sez. I, 3 marzo 2004, n. 1997, in *Giur. Ann. dir. ind.*, 2006, p. 980.

