

FRANCO TRUBIANI

INFLUENCER MARKETING: LIBERTÀ DELLA SCELTA DI CONSUMO NEL MONDO DIGITALE

SOMMARIO: 1. Note introduttive. — 2. Il fenomeno del c.d. *influencer marketing* e le sue implicazioni giuridiche. — 3. Pratiche commerciali scorrette e qualificazione giuridica degli *influencer*. — 4. Cenni sul Regolamento *Digital Chart* e sulle Linee guida dell'AGCOM per regolare l'attività di promozione pubblicitaria dei prodotti da parte degli *influencer*. — 5. Pluralità di fonti e tecniche regolatorie.

1. NOTE INTRODUTTIVE.

La scelta di consumo assume nuovo rilievo e momento di riflessione con l'erompere delle piattaforme *social* e, di conseguenza, la sempre crescente importanza nell'ecosistema digitale ¹ della figura dei c.d. *influencer* comporta un problema anzitutto giuridico, e poi probabilmente anche sociologico, legato alla vulnerabilità del consumatore/utente, il quale viene sottoposto ad una pressione pubblicitaria costante ed è stimolato ad aderire acriticamente alle indicazioni fornite dall'*influencer* seguito in un contesto di informazioni o contenuti di natura pubblicitaria e non ^{2 3}.

Negli ultimi anni, l'*influencer marketing* sui *social media* è emerso come un settore di spicco, rivoluzionando il modo in cui i marchi entrano in un contatto diretto con il proprio pubblico di riferimento. Le piattaforme dei *social media* sono diventate un terreno fertile per gli *influencer*, che possono coinvolgere e persuadere attraverso contenuti sponsorizzati ⁴ gli utenti/consumatori, i quali nella gran parte dei casi non conoscono in modo

¹ Su tale nozione v. D. POLETTI, *A proposito di fonti dell'ecosistema digitale*, in F. RICCI (a cura di), *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, Milano, 2018, p. 344.

² In questo contributo ci si soffermerà sulla natura pubblicitaria delle informazioni tenendo presente che nella prassi si vanno sempre più diffondendo anche messaggi di natura politica.

³ Nella letteratura statunitense v. T.B. CORNWELL - H. KATZ, *Influencer. The science behind swaying others*, Oxfordshire, 2020, *passim*.

⁴ G. GRISI, *Le magnifiche sorti progressive del turismo 5.0*, in *Europa dir. priv.*, 2020, p. 482, nota che "in verità, la rete è uno sterminato supermarket ricco di luci ed offerte mirabolanti che, non solo stimolano, ma creano la domanda e — per

approfondito il funzionamento tecnico delle piattaforme digitali che utilizzano quotidianamente⁵ e tutte le loro diverse applicazioni indirette e cioè gli effetti che determina la consultazione delle diverse piattaforme.

La riflessione prende spunto anche dal provvedimento n. 31002 (c.d. caso “Ferragni/Balocco”)⁶ attraverso il quale l’AGCM ha sanzionato le società Balocco S.p.A. Industria Dolciaria, Fenice S.r.l. e TBS Crew S.r.l. (riconducibile alla sig.ra Chiara Ferragni) per un caso di pratiche commerciali scorrette, nella specie ingannevoli ai sensi degli artt. 20 co. 2, 21 e 22 cod. cons.⁷

Il caso in questione appare particolarmente interessante⁸ poiché offre un contributo assai stimolante al dibattito giuridico che si sta sviluppando intorno alle complesse tematiche relative alle pratiche commerciali scorrette in ambito digitale e legate al fenomeno del c.d. *influencer marketing* con espresso riferimento alle

essere più precisi — un certo tipo di domanda. Fare turismo è la risposta ad un bisogno insopprimibile dell'individuo, ma molti fattori esogeni — la rete, in primis — hanno un ruolo decisivo nel conformare quel bisogno e, quindi, nella definizione delle modalità di soddisfazione”

⁵ L. AMMANNATI, *Il paradigma del consumatore nell'era digitale. Consumatore digitale o digitalizzazione del consumatore?*, in F. CAPRICCIONE (a cura di), *Liber Amicorum Guido Alpa*, Padova, 2019, p. 436.

⁶ Pubblicato nel Bollettino AGCM n. 48 del 18 dicembre 2023 e consultabile in www.agcm.it.

⁷ In seguito si è aggiunto anche, con riferimento tuttavia solo alla società Balocco S.p.A., il provvedimento del Trib. Torino, 23 aprile 2024 (consultabile in www.codacons.it) che ha sostanzialmente confermato la valutazione dell’AGCM e, pertanto, dichiarato la responsabilità di Balocco per la pratica commerciale scorretta di cui sopra. Sul punto si veda A. BARBA, *In tema di inibitoria collettiva della pratica commerciale scorretta. Riflessioni a margine di un recente decreto del Tribunale di Torino*, in *Accademia*, 2024, p. 533 ss.

⁸ Balocco S.p.A. Industria Dolciaria, Fenice S.r.l. e TBS Crew S.r.l. concludono in data 11 novembre 2021 due differenti contratti (il primo di licenza di marchio, il secondo di sponsorizzazione) relativi al progetto “Pandoro Pink Christmas” attraverso il quale le parti convengono di realizzare, commercializzare e promuovere un pandoro in versione “brandizzata” Chiara Ferragni nel periodo natalizio 2022, nel dichiarato intento per Balocco di “riposizionare” il brand presso un pubblico di consumatori maggiormente giovanile. All’interno del con-

tratto di licenza di marchio veniva inserita una clausola specifica per cui Balocco si impegnavano a realizzare una donazione *in tantum* all’Ospedale Infantile Regina Margherita di Torino indipendentemente, quindi, dall’andamento delle vendite del Pandoro stesso; circostanza poi puntualmente avvenuta nel mese di maggio 2022 (quindi circa sei mesi prima l’inizio della campagna pubblicitaria del pandoro) per un importo di 50.000 €. Secondo quanto riportato dal provvedimento a p. 77, il prezzo medio di vendita al pubblico relativo al “Pandoro Pink Christmas” è stato individuato in 9,37 € a confezione, mentre quello relativo al Pandoro Balocco tradizionale in 3,68 €. Come da accordi commerciali a partire dal 2 novembre 2022 e fino al 6 gennaio 2023 la sig.ra Ferragni attraverso una serie di *post*, *repost*, *stories* nell’ambito del proprio canale *Instagram* (che contava in quel momento circa 29,7 milioni di *follower*) pubblicizzava la vendita del pandoro; appare, pertanto, ragionevole ritenere che i *follower* siano venuti a conoscenza dell’iniziativa direttamente accedendo al canale *Instagram* della stessa, anziché dalle notizie stampa che hanno ripreso il comunicato sull’iniziativa. Rignardo la collaborazione commerciale tra Balocco S.p.A. e Fenice/TBS Crew, il cartiglio del pandoro riportava unicamente la seguente informazione: “Chiara Ferragni e Balocco sostengono l’Ospedale Regina Margherita di Torino, finanziando l’acquisto di un nuovo macchinario che permetterà di esplorare nuove strade per le cure terapeutiche dei bambini affetti da Osteosarcoma e Sarcoma di Ewing”, senza specificare nulla in ordine alla donazione già effettuata diversi mesi prima da Balocco S.p.A. nei confronti dell’Ospedale Regina

ricadute nei confronti dei consumatori/utenti delle piattaforme digitali. Si analizzeranno, quindi, proprio i riflessi giuridici del fenomeno del c.d. *influencer marketing* con particolare riferimento ad un sistema normativo complesso e ancora in via di formazione.

2. LE IMPLICAZIONI GIURIDICHE DEL FENOMENO DEL C.D. INFLUENCER MARKETING.

Si può affermare, in via introduttiva, che i c.d. *influencer*⁹ sono quei soggetti che hanno acquisito particolare visibilità nel mondo digitale e che, per il ruolo che hanno acquisito, sono diventati uno dei più rilevanti strumenti di comunicazione inducendo le scelte degli utenti dei *social media* siano essi meri utenti o anche consumatori. In particolare gli influencer assumono una rilevanza effettiva in molti casi per l'esperienza e la conoscenza maturate in un determinato settore merceologico (come, ad esempio, per tutto ciò che concerne viaggi, moda e cucina ma a volte anche prodotti finanziari e cripto-attività¹⁰) ed, in altri, anche per la partecipazione a quei gruppi nati attorno ad un'azienda cioè le c.d. *brand*

Margherita di Torino. Di qui, ad avviso dell'AGCM, sussisterebbe l'ingannevolezza del messaggio nei confronti dei consumatori/utenti nella misura in cui veniva lasciato intendere che, contrariamente al vero, quest'ultimi acquistando il pandoro brandizzato Ferragni avrebbero contribuito alla donazione all'Ospedale Regina Margherita di Torino per l'acquisto di un nuovo macchinario che avrebbe permesso di esplorare nuove strade per le cure terapeutiche dei bambini affetti da Osteosarcoma e Sarcoma di Ewing. Non è questa la sede per commentare la fondatezza della sanzione dell'AGCM, tralasciando, quindi, i profili che potrebbero condurre a diverse conclusioni riguardo l'ingannevolezza del — pur equivoco — messaggio pubblicitario.

⁹ Si possono distinguere, in base al numero di *follower* ed interazioni del profilo, anche le figure dei *micro-influencer* (seguiti da un minimo di 10 e un massimo di 100.000 *follower*) e dei *nano-influencer* (seguiti da un minimo di 1.000 ad un massimo di 10.000 *follower*).

¹⁰ I c.d. *Fin-influencer*, figure nate negli Stati Uniti e che si vanno diffondendo sempre più anche in Europa e che si rivolgono tramite le piattaforme *social* ad un pubblico spesso giovanissimo (in argomento v. N. AGGARWAL, D. BONDY VALDOVINOS KAYE, C.K. ODINET, *#Fintok and Financial Regu-*

lation, in *Arizona State Law Journal*, 2023, p. 10 ss.). Negli USA ha destato particolare interesse il provvedimento della *Securities and Exchange Commission* (SEC) che il 17 febbraio 2023 ha accusato l'ex giocatore dell'NBA Paul Pierce, divenuto poi a seguito del ritiro dalle competizioni agonistiche un vero e proprio *influencer*, per aver pubblicizzato i *token* EMAX, criptovalute offerte e vendute da EthereumMax, sui *social media* senza rivelare il pagamento ricevuto per la promozione e per aver fatto dichiarazioni promozionali false e fuorvianti sulla stessa criptovaluta. Pierce ha accettato di patteggiare le accuse e di pagare 1,409 milioni di dollari in sanzioni ed interessi. L'ordine della SEC stabilisce che Pierce non ha rivelato di essere stato pagato per oltre 244.000 dollari in *token* EMAX per promuovere i *token* su Twitter. L'ordinanza della SEC stabilisce inoltre che Pierce ha twittato dichiarazioni fuorvianti relative a EMAX, tra cui uno *screenshot* di un conto che mostrava grandi partecipazioni e profitti senza rivelare che le sue partecipazioni personali erano in realtà molto inferiori a quelle dello *screenshot*. Inoltre, uno dei *tweet* di Pierce conteneva un *link* alla piattaforma di EthereumMax, che forniva istruzioni agli utenti-potenziali investitori per acquistare i *token* EMAX. In questo delicato settore, peraltro, colpisce che il recente Regola-

*community*¹¹. Secondo quanto stabilito dalle “Linee-guida volte a garantire il rispetto delle disposizioni del testo unico da parte degli influencer e istituzione di un apposito tavolo tecnico” introdotte dalla delibera n. 7/24 AGCOM¹² e che si applicano unicamente agli *influencer* con almeno 1 milione di *follower*, lo scopo principale del servizio offerto è “la fornitura di contenuti, creati o selezionati dall’influencer, che informano, intrattengono o istruiscono e che sono suscettibili di generare reddito direttamente in esecuzione di accordi commerciali con produttori di beni e servizi o indirettamente in applicazione degli accordi di monetizzazione applicati dalla piattaforma o dal social media utilizzato”.

Gli studi giuridici-aziendalistici più recenti¹³ hanno chiarito come essi vanno assumendo sempre maggior capacità di suggestionare le scelte di consumo dei propri *follower*, con cui entrano in contatto diretto e senza filtri, attraverso la pubblicazione di *post*, *repost* e *stories* od anche dirette *streaming* volti a promuovere uno specifico marchio¹⁴, anche alternando specifici momenti in cui viene unicamente mostrata la quotidianità dell’influencer¹⁵.

In più uno dei tratti distintivi dell’influencer marketing sta nel fatto che la platea dei destinatari del messaggio pubblicitario è decisamente ampia ed in certi casi potenzialmente infinita (basti pensare all’attività di *scrolling* di Tik Tok). Si ritiene che, in certi casi, gli *influencer* attraverso tali condotte attuano sui consumatori/utenti una sorta di pressione psicologica mediante stimoli emozionali¹⁶, spesso sproporzionati al bisogno che quella speci-

mento relativo ai mercati delle cripto-attività (MiCA) (Reg. UE, 31 maggio 2023, n. 1114) non prende specificamente in considerazione l’attività degli *influencer* che negli anni è stata di particolare rilevanza ai fini della pubblicità di diversi prodotti finanziari sui *social networks* (comenota F.P. PATTI, *L’offerta al pubblico di cripto-attività nel Titolo II del Regolamento MiCA*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, p. 101).

¹¹ T. MARRONE, *Il customer engagement nella teoria di marketing*, Torino, 2021, p. 75 ss.

¹² Consultabili in www.agcom.it.

¹³ Nella letteratura aziendalistica, tra gli altri, v. A. MAZZUCHELLI - R. CHERICI, *Social commerce e comportamento d’acquisto. Gli effetti del digital sulla fiducia del consumatore*, Torino, 2017, spec. p. 71 ss.

¹⁴ Nell’ambito della dottrina statunitense v. O. DAVIS, *The New Normal: Navigating Legal Challenges in the World of Influencer Marketing & How ADR Can Help*, in *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2023, p. 70 ss., disponibile al link <https://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol23/iss1/4>.

¹⁵ Nota correttamente 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, p. 130 che le pratiche pubblicitarie poste in essere dagli *influencer* possono rivelarsi “distorsive per la concorrenza sul mercato e, soprattutto, dannose per i consumatori, qualora sia celata la natura pubblicitaria dei contenuti condivisi. Ipotesi, questa, affatto remota: infatti “scorrendo i profili social di questi personaggi celebri, si osserva che spesso i contenuti promozionali si alternano ad altri strettamente personali, in un flusso che dà l’impressione di una narrazione privata della propria quotidianità. Pertanto, agli occhi dei propri seguaci, gli *influencer* appaiono solitamente come fonti neutrali e disinteressate, non operanti per scopi professionali”.

¹⁶ A.P. SEMINARA, *Libertà del consumatore e psicologia della pubblicità*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 493 ss., in tal senso, parla di “prodotto psicologico”, inteso come “entità astratta creata da molteplici filtri mentali di natura psicologica e culturale” che, “diversamente dal prodotto reale, sod-

fica merce può soddisfare, ma “a tal punto impressionanti e intensi da alterare in misura decisiva la capacità decisionale dei riceventi”¹⁷, tanto che, in alcuni casi, tale pubblicità emozionale può configurare una vera e propria pratica commerciale aggressiva¹⁸.

Nel caso in cui la rappresentazione di determinate informazioni commerciali od anche il contesto venga manipolato la scelta di consumo, pertanto, rischia di essere influenzata¹⁹ in modo non corretto.

Come è noto la direttiva 2005/29/UE sulle pratiche commerciali scorrette mira anche a prevenire lo sfruttamento dei consumatori le cui caratteristiche, come l'età, l'infermità fisica o mentale o la credulità, li rendono particolarmente suscettibili alle pratiche commerciali sleali o ai prodotti sottostanti (ad esempio, i minori o gli anziani). Quando una pratica commerciale si rivolge specificamente a un gruppo vulnerabile di consumatori, è auspicabile che l'impatto della pratica commerciale venga valutato dal punto di vista del consumatore medio di tale gruppo²⁰, per quanto l'interpretazione di tale parametro è stato oggetto da diversi anni di valutazioni critiche da parte della dottrina²¹.

Nel caso del mercato digitale, tuttavia, la riflessione sembra

disfarebbe il c.d. 'bisogno sottostante' connesso a problematiche di natura psicofisiologica”.

¹⁷ M. FUSI, *Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolatoria*, in *Dir. ind.*, 2009, p. 22. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2631, in *Giustiziacivile.com*, 18 maggio 2021, con nota di V. RICCIUTO, C. SOLINAS, *Fornitura di servizi digitali e prestazione di dati personali: punti fermi ed ambiguità sulla corrispettività del contratto*, per cui la pratica commerciale, per essere aggressiva, deve “provocare una sorta di manipolazione concreta o anestetizzare abilmente la volontà dell'utente, non incidendo meramente o semplicemente sul suo diritto a conoscere le informazioni necessarie ad effettuare una libera e consapevole scelta, ma concretizzandosi « in una condotta che sia addirittura capace di coartare il comportamento (e quindi la libertà di scelta) dell'utente”.

¹⁸ A. MENDOLA, *Considerazioni sul divieto di pubblicità occulta nell'influencer marketing*, in *Medialaws*, 2022, p. 7.

¹⁹ R. CATERINA, *Pratiche commerciali scorrette e psicologia del consumatore*, in G. AJANI, A. GAMBARO, M. GRAZIADEI, R. SACCO, V. VIGORITI, M. WÄELBROECK (a cura di), *Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, 2011, p. 133; *Id.*, *La libertà di comunicazione: il fenomeno dei*

social network, in C. PERLINGIERI e L. RUGIERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, p. 126 ss.; C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, *passim*; A. COCO, *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, p. 305 ss.; C. GALLA, *Social media, segni distintivi e lealtà della concorrenza, tra influencer, trend setters, fake news e pubblicità*, in *Dir. ind.*, 2019, p. 122 ss.

²⁰ La corretta interpretazione della nozione di consumatore medio ai sensi dell'art. 20 cod. cons. è al momento oggetto di rinvio pregiudiziale di fronte alla Corte di Giustizia UE da parte di Cons. Stato, 10 ottobre 2022. Sul punto sia consentito il rinvio a F. TRUBIANI, *Le incerte sorti del “consumatore medio” tra condizionamenti cognitivi e nuove aperture dalla giurisprudenza*, in *Accademia*, 2023, p. 100 ss.; in argomento v. anche E. BACCIARDI, *Lo standard del consumatore medio tra homo oeconomicus e homo heuristics*, *ivi*, p. 77 ss.

²¹ V., tra gli altri, R. CATERINA, *Architettura delle scelte e tutela del consumatore*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, 2012, p. 76 ss.; N. ZORZI GALCANO, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile*

spostarsi sul forte rischio di vulnerabilità dell'utente a fronte delle pratiche commerciali poste in essere attraverso gli *influencer*. Tale ultima circostanza emerge particolarmente proprio con riferimento ai consumatori/utenti delle piattaforme *social*, la cui vulnerabilità appare non essere più unicamente legata ad una situazione di debolezza o fragilità intrinseca²² ma sembra trovare uno spazio allargato in situazioni di vulnerabilità di tipo situazionale o relazionale che vanno considerate in una prospettiva differente²³: ciò necessita evidentemente di una rimeditazione di alcune categorie da parte degli interpreti²⁴, tenendo sempre a mente il rischio che dietro l'ampiamiento eccessivo della nozione di vulnerabilità possa nascondersi una deriva di stampo paternalistico²⁵ che comprime la "libertà positiva" del consumatore²⁶ che si risolve nella sua consapevolezza²⁷.

Le linee guida della Commissione europea affermano, in primo luogo, che gli *influencer* sono in grado di fornire informazioni su come agire in modo corretto²⁸; inoltre viene detto che la dimensione del pubblico dell'*influencer* è irrilevante, a condizione che "si impegni in tali pratiche su base frequente" e che ottenga "una qualsiasi forma di corrispettivo per la pubblicità di un prodotto".

Nell'analisi della natura professionale relativa alle attività di *marketing* dell'*influencer*, devono essere considerate tutte le circostanze del singolo caso (ad esempio la regolarità, la frequenza, l'asimmetria informativa, la ricerca del profitto e il fatturato).

Una prima valutazione che si può effettuare è che il mercato

nel diritto comunitario, in *Contr. impr./Eur.*, 2010, p. 608 ss.; V. MELI, 'Diligenza professionale', 'consumatore medio' e regola di 'de minimis' nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, in V. MELI e P. MARANO (a cura di), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Torino, 2011, p. 24 ss.

²² Ritene che la vulnerabilità sociale ed esistenziale sia da ricondursi ad "un indice caratterizzante del diritto del post-moderno che esige di essere ... adattato alla specificità delle singole situazioni concrete", N. LIPARI, *Vulnerabilità esistenziale e strumenti di tutela*, in *Annali Sisdic*, 2018, p. 1 ss.

²³ E. BATTELLI, *Dal concetto di debolezza alla nozione di vulnerabilità*, in P.E. CORRIAS (a cura di), *I soggetti vulnerabili nella disciplina di diritto comune e nei mercati regolamentati*, Napoli, 2022, p. 35 ss.; M. RABITTI, *Il consumatore vulnerabile e la fragilità del diritto. Brevi considerazioni*, in *Dialoghi dir. econ.*, 2023, p. 1 ss.

²⁴ Sulla necessità di un esame della situazione soggettiva di vulnerabilità se-

condo le categorie della teoria generale del diritto privato v. A. GENTILI, *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, p. 41 ss.

²⁵ E. BATTELLI, *Il paternalismo giuridico libertario nella prospettiva dell'autonomia privata tra vincoli strutturali e limiti funzionali*, in *Pol. dir.*, 2018, p. 579.

²⁶ Scrive N. IRTI, *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 75 che "il diritto del mercato non assiste né soccorre, non beneficia né elargisce doni: esso, come tutela la pluralità dell'offerta e la lealtà dell'informazione, così esalta l'autoresponsabilità". Sul concetto di autoresponsabilità del consumatore v. Cass. civ., 8 luglio 2020, n. 14257, in *Danno resp.*, 2021, p. 80 ss., con nota di A. VOLPATO, *Il danno da vacanza rovinata: tra difetto informativo e autoresponsabilità del consumatore*.

²⁷ Sul punto v. A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017, p. 63.

²⁸ Commission Notice — Guidance on the interpretation and application of Directive 2005/29/EC [2021] OJ C 526/1 pp. 26-27 and 97-99.

digitale degli *influencer* conosce una situazione fluida che impone di considerare diverse variabili. Alcuni *influencer* collaborano in modo pressoché stabile con determinate aziende, mentre altri si impegnano solo occasionalmente in un accordo commerciale. Inoltre, esistono numerosi modi in cui gli *influencer* possono essere compensati per i loro servizi pubblicitari: ad esempio, gli *influencer* possono ricevere una somma di denaro fissa, una ricompensa basata sul numero di vendite che generano nel caso del *marketing* affiliato, prodotti gratuiti o un codice sconto per l'acquisto dei prodotti di una specifica azienda. Di conseguenza, in alcuni casi sarà evidente che l'*influencer* riveste lo *status* di professionista, mentre altri scenari di *influencer marketing* non saranno così definiti e chiari ²⁹. Tuttavia, per analogia con il contesto dell'economia collaborativa, non è possibile stabilire soglie quantitative a livello europeo, come il livello o la percentuale di reddito ricavato dalle attività di *influencer*, al fine di distinguere tra *influencer* professionisti e non professionisti, in particolare a causa delle differenze nel livello di reddito tra gli Stati membri dell'UE e delle caratteristiche peculiari dell'*influencer marketing*.

La seconda valutazione da effettuare ossia se l'*influencer* agisce in nome o per conto di un professionista riguarda due profili. In primo luogo, come indicato in precedenza, quando un *influencer* professionista o non professionista agisce come intermediario, il professionista che ha avviato l'attività sarà sempre responsabile della conformità alla direttiva sulle pratiche commerciali scorrette. In secondo luogo, il fatto che l'*influencer* agisca o meno in nome o per conto di un professionista comporta che, se una specifica pratica commerciale svolta dall'*influencer* nell'interesse di tale professionista possa essere collegata all'*influencer* ai fini dell'applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette ex art. 20 ss. cod. cons., e quindi se l'*influencer* sarà soggetto agli obblighi imposti dalla direttiva in relazione a tale specifica pratica commerciale.

Diverse variabili possono potenzialmente giocare un ruolo importante: anzitutto, la natura degli accordi tra l'*influencer* e l'azienda può assumere modalità differenti: alcuni *influencer* devono attenersi a istruzioni ampie e dettagliate sui contenuti richiesti dall'azienda ³⁰, mentre in altri casi (come ad esempio nel caso Balocco/Ferragni) la situazione è completamente rovesciata ed anzi

²⁹ Come notato in dottrina v. C. RIEFA - C. CLAUSEN, *Towards fairness in digital influencers' marketing practices*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2019, p. 66.

³⁰ Come probabilmente è alla base del caso deciso da Trib. Roma, 4 marzo 2024, n. 2615, in *Dir. banc.*, 2024, che ha quali-

ficato il rapporto di lavoro di alcuni *influencer* come agenti di commercio ingaggiati da una società per promuovere i propri prodotti tramite i propri canali social. La qualificazione operata dal Tribunale in questione, tuttavia, non ricomprende una lunga serie di casi che prevedono complessi rap-

si è al cospetto di una situazione di disparità di forza contrattuale a favore dell'*influencer*. Inoltre, la durata della collaborazione può essere un fattore determinante: in alcuni casi, gli *influencer* stipulano solo un accordo contrattuale occasionale con un'azienda, mentre in altri sono coinvolti in *partnership* a lungo termine come cc.dd. *brand ambassadors*. Infine, si potrebbe prendere in considerazione anche il tipo di incentivo ricevuto dall'*influencer* per promuovere i prodotti di una specifica azienda ³¹.

L'analisi del caso "Balocco/Ferragni", peraltro, risulta assai utile per comprendere come, in molti casi, non vi è un solo contratto di *influencer marketing* ³², bensì una serie di fasci di rapporti contrattuali interdipendenti tra loro ³³ che possono ricomprendere la licenza del marchio dell'*influencer*, gli aspetti negoziali specifici della sponsorizzazione ³⁴, del c.d. *personality*

porti contrattuali che coinvolgono non solo l'azienda e l'*influencer* ma anche le agenzie.

³¹ Come ad esempio nel caso posto alla base del Prov. Giuri del Codice di Autodisciplina pubblicitaria, n. 4 del 29 marzo 2022, in *Riv. dir. ind.*, 2022, p. 296, secondo cui "ancorché un messaggio relativo a un determinato prodotto non sia stato specificatamente commissionato da un inserzionista a un *influencer*, tuttavia, la circostanza che sia stato diffuso in concomitanza dell'omaggio del prodotto in questione da parte dell'inserzionista all'*influencer*, in aggiunta ad una oggettiva valenza promozionale del messaggio medesimo, determina la natura pubblicitaria di quest'ultimo anche in assenza di uno specifico rapporto di committenza e a prescindere dalle intenzioni effettive degli autori".

³² G. CORAPI, *Il contratto di influencer marketing*, in *Nuovo dir. civ.*, 2022, p. 243 ss.

³³ Per una riflessione più in generale sulla odierna concezione dello strumento contrattuale v. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Indica-Zatti*, 2a ed., Milano, 2011, spec. p. 54-55.

³⁴ Sul contratto di sponsorizzazione, si segnalano, senza pretesa di esaustività, i seguenti contributi: E. GIACOBBE, *Atipicità del contratto di sponsorizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, pp. 399 ss.; B. INZITARI, *Sponsorizzazione*, in *Contr. impr.*, 1985, pp. 249 ss.; M. FUSI e P. TESTA, *I contratti di sponsorizzazione*, in *Dir. inf.*, 1985, pp. 445 ss.; V. FRANCESCHELLI, *I contratti di sponsorizzazione*, in *Giur. comm.*, I, 1987, pp. 228 ss.; M.V. DE GIORGI, *Sponsorizzazione e*

mecenatismo, I, *Le sponsorizzazioni*, Padova, 1988; EAD., *Contratto di sponsorizzazione e lesione delle aspettative di ritorno commerciale*, in *Dir. inf.*, 1990, pp. 178 ss.; ID., *Scorrettezze dello sponsor e diritti dello sponsor*, ivi, 1991, pp. 629 ss.; C. VERDE, *Il contratto di sponsorizzazione*, Napoli, 1989; M. BIANCA, *I contratti di sponsorizzazione*, Rimini, 1990; ID., voce *Sponsorizzazione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., XV, Torino, 1998, pp. 134 ss.; ID., *Contratti di pubblicità, sponsorizzazione, sfruttamento del nome e dell'immagine*, in *Tratt. Contratti Roppo*, III, 1, *Opere e servizi*, Milano, 2014, pp. 1091 ss.; S. GATTI, voce *Sponsorizzazione*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 509; ID., *Sponsorizzazione e pubblicità sponsorizzata*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, I, pp. 149 ss.; A. FRIGNANI, *La sponsorizzazione*, Torino, 1993; V. AMATO, voce *Sponsorizzazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, pp. 1 ss.; R. ROSSOTTO e C. ELESTICI, *I contratti di pubblicità. Il contratto di agenzia. Il contratto di sponsorizzazione*, Milano, 1994; D. BEZZI, *Accordi di collaborazione e contratti di sponsorizzazione: problemi e casi pratici*, Milano, 1998; L. COLANTUONI, *La sponsorizzazione sportiva*, in *Contratti*, 2006, pp. 1006 ss.; R. GIAMPETRAGLIA, *Il contratto di sponsorizzazione*, in R. BOCCHINI e A.M. GAMBINO (a cura di), *I contratti di somministrazione e distribuzione*, Torino, 2011, p. 499 ss.; G. BRUNO, *Autonomia sportiva e fenomeni negoziali*, Napoli, 2012, pp. 256 ss.; V. FAJCE, *I contratti di sponsorizzazione*, in A.M. GAMBINO (a cura di), *I contratti di pubblicità e di sponsoriz-*

*merchandising*³⁵ e dell'*endorsement*³⁶ (figure nelle quali l'accostamento tra l'immagine pubblica della *well known person* e il marchio crea "un'interferenza simbolica fra l'identità personale del disponente e l'attività esercitata dall'impresa autorizzata"³⁷).

Desta molto interesse su questo specifico punto quanto previsto dalla Loi n. 451 del 9 giugno 2023 che disciplina in Francia l'attività dell'*influencer marketing*³⁸: l'art. 3 ricomprende, difatti, all'interno della definizione di *influencer* le persone giuridiche. Tale soluzione permette di superare le incertezze sopra descritte legate all'interpretazione della figura dell'*influencer*: la legge francese pone, pertanto, una interessante soluzione ai problemi di qualificazione giuridica dei complessi rapporti negoziali posti alla base degli accordi tra *brand*, agenzie ed *influencer*.

In questo senso risulta certamente coerente il successivo l'art. 7 che definisce attività di agenzia quella che consiste nel rappresentare, a titolo oneroso, le persone fisiche o giuridiche che esercitano l'attività di *influencer* ed anche il successivo art. 8 secondo cui l'agente è tenuto a garantire la conformità delle attività alle norme previste dalla legge ed è responsabile in solido con l'in-

zazione, Torino, 2012, pp. 47 ss.; G. FACCÌ, *La sponsorizzazione sportiva e la violazione della buona fede: questioni vecchie e nuove*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, pp. 523 ss.; C. DORE JR., *Contratto di sponsorizzazione sportiva e possibili violazioni della buona fede contrattuale da parte dello sponsor*, in *Riv. giur. Sarda*, 2015, pp. 119 ss.

³⁵ I contratti atipici di *personality merchandising* hanno ad oggetto lo sfruttamento commerciale del nome o dell'immagine di una determinata personalità (cfr. artt. 7, 10 c.c.; 8, comma 2, d.lgs. n. 30/2005, il quale consente di registrare come marchio, se notorio, il nome di una persona). Sul punto v. A. MENDOLA, *Il personality merchandising e i limiti alla libera determinazione negoziale nei social network*, in A. MENDOLA e L. CARRUBBO, *Le scelte "inconspicive" nelle nuove dinamiche di acquisto: il neuromarketing e la tutela del consumatore-follower*, Milano, 2022, p. 145 ss.; A. FACCIECHI, *A proposito di personality merchandising*, in *Giur. it.*, 2019, I, p. 60 ss., la quale nota che "[t]ra le peculiarità dei contratti di sfruttamento commerciale di personalità nota vi è, infatti, la clausola di esclusiva del c.d. 'patrimonio d'immagine', vale a dire l'assunzione dell'obbligo, da parte del contraente famoso, di avvalersi solo dei beni riconducibili ad un determinato brand e di non servirsi di quelli concorrenti, so-

prattutto allorché si agisca in pubblico".

³⁶ Sui profili giuridici dell'*endorsement* v. A.M. GAMBINO e E. MACCIO, *Il contratto di endorsement*, in R. BOCCHINI e A.M. GAMBINO (a cura di), *I contratti di somministrazione e distribuzione*, Torino, 2011, p. 467 ss., i quali sottolineano che, a differenza di quanto avviene nella sponsorizzazione dove l'effetto pubblicitario si realizza in maniera indiretta, l'*endorsement* è volto a pubblicizzare in modo diretto ed immediato i prodotti di un'impresa; E. MACCIO, *I contratti per lo sfruttamento del nome e dell'immagine. I contratti di endorsement*, in A.M. GAMBINO (a cura di), *I contratti di pubblicità e di sponsorizzazione*, Torino, 2012, p. 127 ss.; S. DELL'ARTE, *Il contratto di endorsement*, in *Contratti*, 2007, p. 89 ss.; in ordine ad un peculiare problema che si è posto nella prassi v. R. CARLEO, *False endorsement e disgorgement*, in *Contratti*, 2013, p. 494 ss.;

³⁷ Così C. MIGNONE, *Identità della persona e potere di disposizione*, Napoli, 2014, p. 354 s.; spunti interessanti anche in S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Torino, 2018, p. 23 ss.

³⁸ Sul punto v. E. CALZOLAIO, *L'attività pubblicitaria dell'influencer nel diritto francese (Loi n. 451 del 9 giugno 2023)*, in *Dir. inf.*, 2023, p. 913.

fluencer e con il soggetto committente per il risarcimento dei danni cagionati a terzi in esecuzione del contratto.

3. PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE E QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEGLI INFLUENCER.

Le attività di *marketing* degli *influencer* o dei *content creator* sui *social media* sono certamente inquadrabili nell'alveo delle pratiche commerciali poste in essere da un professionista.

L'art. 18, co. 1, lett. d), cod. cons. definisce le pratiche commerciali come "qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori"³⁹.

La disciplina in esame, come è noto, mira a salvaguardare la libertà di scelta del consumatore che tuttavia non è protetta dalla dir. 2005/29 nell'ambito del singolo rapporto, attraverso la tradizionale tecnica rimediale che da sempre caratterizza il diritto europeo dei consumi⁴⁰. La libertà di scelta del consumatore viene tutelata piuttosto sul piano generale del mercato, quale componente essenziale del buon funzionamento della concorrenza⁴¹; difatti, come è noto, la stessa normativa delle pratiche commerciali scorrette viene letta come disciplina non dell'atto ma dell'attività⁴².

È indubbio che le comunicazioni commerciali, comprese la pubblicità e il *marketing*, che hanno luogo prima o al di fuori della conclusione di un contratto, possono costituire pratiche commerciali ai sensi della direttiva. Tale circostanza, tuttavia, avverrà solo se la comunicazione commerciale è "*direttamente collegato alla promozione, alla vendita o alla fornitura di un prodotto ai consumatori*". Al fine di determinare se le attività di *marketing* dell'*influencer* che possono avere luogo prima o al di

³⁹ Scrive G. DE CRISTOFARO, *Le « pratiche commerciali sleali » tra imprese e consumatori*, Torino, 2007, p. 3 che quella di pratica commerciale scorretta è "nozione amplissima, che include qualsivoglia comportamento (attivo o anche solo meramente passivo) tenuto da un professionista anteriormente, contestualmente o anche posteriormente alla conclusione di un qualsivoglia contratto con un consumatore, che sia finalizzato a promuovere la stipulazione di un contratto siffatto o comunque presenti una "diretta connessione" con un tale contratto".

⁴⁰ In argomento, per tutti, v. S. MAZZAMUTO e A. PLAIA (a cura di), *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, *passim*.

⁴¹ Sul punto v. le attente pagine di A. BARBA, *Capacità del consumatore e funzionamento del mercato*, Torino, 2021, p. 13 ss. e p. 51 ss., il quale nota come "*la protezione dell'autodeterminazione economica del consumatore assicura il corretto funzionamento del mercato interno in quanto realizza la condizione di efficienza e di efficacia della dinamica concorrenziale*".

⁴² Il riferimento va a L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 704.

fuori della conclusione di un contratto, rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, è necessario distinguere tra: a) l'*influencer* che promuove i propri prodotti; b) l'*influencer* che promuove i prodotti di un'azienda terza. Quest'ultima categoria deve essere suddivisa in b1) *influencer* che agiscono in nome o per conto dell'azienda terza e b2) *influencer* che non agiscono in nome o per conto dell'azienda terza.

I messaggi commerciali riguardanti i prodotti dell'*influencer* sono soggetti alla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette se, come si è visto, l'*influencer* riveste lo *status* di professionista, i messaggi fanno parte della sua strategia commerciale e sono direttamente collegati alla promozione, alla vendita o alla fornitura dei prodotti dell'*influencer* ai consumatori.

La disciplina sulle pratiche commerciali scorrette può essere invocata, ad esempio, quando l'*influencer* fornisce ai suoi *follower* un codice sconto per l'acquisto dei suoi prodotti o organizza un *giveaway* (ossia un concorso *online* per vincere i suoi prodotti). In altri scenari (ad esempio, l'*influencer* indossa i suoi prodotti in una foto o in un video), è meno chiaro se si possa stabilire un collegamento diretto con la promozione, la vendita o la fornitura dei prodotti dell'*influencer* ai sensi della direttiva. Se l'*influencer* condivide contenuti di *marketing* relativi ai prodotti di un'azienda terza e agisce in nome o per conto di tale azienda terza, il contenuto deve essere direttamente collegato alla promozione dei prodotti dell'azienda in questione affinché si applichi la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette.

Come nel caso dell'*influencer* che promuove i propri prodotti, tale connessione diretta è presente se, ad esempio, il contenuto fornisce informazioni relative a un'offerta di sconto o ad un omaggio. Per attinenza con quanto stabilito dalla Corte di Giustizia UE nel caso *Peek & Cloppenburg*⁴³, la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette si applica anche alla pubblicazione di un *post/stories* in cui l'*influencer* invita i suoi *follower* ad una serata di vendite private organizzata dall'azienda terza.

Inoltre, si può presumere che la pubblicazione di contenuti editoriali sponsorizzati da parte dell'*influencer*, che agisce in

⁴³ Corte Giust. UE, 2 settembre 2021, C-371/20, in *DCPE online*, 2021, con nota di A. TRANFO, *Il consumatore al riparo da pratiche commerciali sleali e pubblicità redazionale*. La pronuncia della Corte UE riguardava la pubblicità redazionale cioè una forma di comunicazione occulta, trasmessa sui *media* mediante formati tali da impedire al consumatore medio di riconoscere il fine pubblicitario del messaggio. Quest'ultimo viene difatti inserito in un contesto

apparentemente spontaneo e armonicamente integrato con altre immagini, suoni o informazioni tali da distogliere l'attenzione del destinatario dalla reale natura della comunicazione. In presenza di una pubblicità redazionale l'utente infatti sarebbe indotto a percepire il contenuto pubblicato come una disinteressata scelta della redazione, anziché come una puntuale volontà dell'impresa inserzionista di promuovere un prodotto o un servizio.

qualità di operatore dei *media*, non sia direttamente collegata alla promozione del mezzo attraverso il quale il contenuto è distribuito (ad esempio, il *blog*, il profilo Instagram o il canale YouTube/Tik Tok dell'*influencer*).

Un collegamento diretto con il prodotto dell'*influencer* potrebbe essere presente, ad esempio, quando l'*influencer* organizza un *give-away* riguardante i prodotti dell'azienda terza, richiedendo alle persone che vogliono partecipare di seguire o iscriversi al profilo dell'*influencer* sui *social*. Quando, in base ai criteri specifici enunciati dalla Corte di Giustizia UE nel caso *Kamenova* ⁴⁴ (ad esempio, regolarità, frequenza, asimmetria informativa, scopo di lucro e fatturato), si stabilisce che l'*influencer*-venditore ha lo *status* di professionista ⁴⁵, la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette si applica all'*influencer* se esiste un collegamento diretto con la promozione dei prodotti dell'*influencer* ma anche all'*influencer* professionista quando opera attraverso un'altra persona che agisce in suo nome o per suo conto ⁴⁶.

Ai sensi della clausola generale prevista dall'art. 6 della dir. 2005/29, come è noto, una pratica commerciale è considerata ingannevole se contiene informazioni false ed è quindi non veritiera o in qualsiasi modo, compresa la presentazione complessiva, inganna o è probabile che inganni il consumatore medio, anche se le informazioni sono di fatto corrette, in relazione a una serie di elementi essenziali, quali l'esistenza o la natura del prodotto, le caratteristiche principali del prodotto o la natura, gli attributi e i diritti del professionista o del suo agente. Una pratica commerciale è considerata ingannevole se comporta la commercializzazione di un prodotto che crea confusione con i prodotti, i marchi, le denominazioni commerciali o altri segni distintivi di un concorrente o l'inosservanza da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il professionista si è impegnato a rispettare ⁴⁷.

Inoltre, deve essere dimostrato che la pratica commerciale

⁴⁴ Corte Giust. UE, 4 ottobre 2018, C-105/17, in *Giur. it.*, 2019, p. 1813 ss., con nota di C. SCAPINELLO, *La nozione di professionista nel commercio elettronico*.

⁴⁵ Sulla complessa interpretazione delle nozioni di consumatore e professionista sia consentito il rinvio a F. TRUBIANI, *I soggetti del commercio elettronico: limiti delle attuali definizioni legislative e prospettive future*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, p. 133 ss. ed in A. CATRICALÀ e M.P. PIGNALOSA (a cura di), *Saggi di diritto dei consumi*, Torino, 2020, p. 11 ss.

⁴⁶ Per un'interessante riflessione sui criteri delineati dalla pronuncia *Kamenova* v. R. BOCCHINI, *La polivalenza delle posi-*

zioni contrattuali nella sharing economy (seconda parte), in *Nuovo dir. civ.*, 2021, p. 285 ss.

⁴⁷ Secondo V. D'ANTONIO, *Principi di diritto della comunicazione commerciale*, Napoli, 2012, p. 3 ss., "l'inganno pubblicitario si configura come un tipico illecito di pericolo, dal momento che le norme in esame non presuppongono l'effettiva induzione in errore del destinatario del messaggio o, ancora, la concreta lesione del comportamento economico di questi, bensì la mera idoneità della comunicazione a produrre determinate conseguenze pregiudizievoli. Ed allora, perché si realizzi in concreto l'ipotesi di illecito in esame è sufficiente la mera

induce o è probabile che induca il consumatore ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso ⁴⁸.

Lo spostamento della prospettiva dall'atto all'attività non deve, tuttavia, indurre a sottovalutare l'incidenza concreta che l'attività del professionista esercita sui singoli atti di consumo che il consumatore pone o meno in essere ⁴⁹. Difatti l'art. 18, lett. m, cod. cons., come modificato dal decreto di recepimento della dir. 2005/29, nel delineare la definizione di "decisione di natura commerciale" presa dal consumatore sotto l'influenza della pratica scorretta, fa riferimento alla scelta di acquisto o meno del prodotto, alle modalità e alle condizioni dell'acquisto stesso, nonché al *quantum* e alle modalità di pagamento del prezzo ⁵⁰.

Dalla formulazione dell'art. 18, lett. m, cod. cons., risulta evidente che il concetto di "decisione di natura commerciale" è ampiamente definito. Nel caso *Trento Sviluppo*, la Corte di Giustizia UE ha affermato che il concetto in questione comprende non solo la decisione di acquistare o meno un prodotto, ma anche qualsiasi decisione direttamente correlata a tale decisione ⁵¹. In tal senso, il concetto di decisione di natura commerciale comprende anche le decisioni precedenti all'acquisto, come la decisione di entrare in un negozio fisico o sul sito/piattaforma *web*.

Nel contesto dell'*influencer marketing*, l'art. 7 della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette offre, quindi, un'altra possibilità di contrastare la pubblicità occulta e altre pratiche sleali di *influencer marketing*. Tuttavia, il contenuto dell'*influencer* equivale ad una omissione ingannevole ai sensi dell'art. 7 solo se induce o è probabile che induca il consumatore a prendere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso, circostanza specifica che non è sempre riscontrabile nel caso delle

potenzialità decettiva del messaggio, senza che l'effetto ingannatorio o quello lesivo si debbano essere effettivamente prodotti nella realtà o, nello specifico, che la comunicazione abbia concretamente comportato la conclusione di uno o più contratti relativi ai prodotti o servizi reclamizzati". Inoltre, secondo A. MENDOLA, *Considerazioni sul divieto di pubblicità occulta nell'influencer marketing*, cit., p. 145 ss., "non è indispensabile che l'induzione in errore si traduca nella conclusione del contratto per ottenere il bene (o il servizio) reclamizzato e nell'alterazione del patrimonio del consumatore, risultando sufficiente che costui sia condizionabile nelle proprie preferenze di mercato dalla portata decettiva della comunicazione".

⁴⁸ In argomento, per tutti, si rimanda a L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione com-*

merciale alle pratiche commerciali sleali, in L. ROSSI CARLEO e E. MINERVINI (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali (direttiva comunitaria e ordinamento italiano)*, Torino, 2007, p. 1 ss.

⁴⁹ E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette ed autonomia privata*, Torino, 2018, p. 23.

⁵⁰ Nota S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012, p. 77, come si può riscontrare "un momento nel quale si esce dalla massa indistinta dei consumatori ed occorre valutare se, e quanto, la scorrettezza di una pratica abbia potuto influenzare la scelta di un singolo e ben determinato soggetto".

⁵¹ Corte Giust. UE 19 dicembre 2013, C-281/12, consultabile in www.economiae-diritto.it.

pratiche commerciali elencate in precedenza. Inoltre, le autorità nazionali dovranno valutare caso per caso se sono state omesse informazioni rilevanti, dal momento che la comunicazione commerciale dell'*influencer* di solito non costituisce un invito all'acquisto⁵², e se l'*influencer* ha rispettato i requisiti di trasparenza di cui all'art. 7 della direttiva sulle omissioni ingannevoli.

Un post sui *social* in cui l'*influencer* promuove un prodotto per la cura della pelle potrebbe, ad esempio, potenzialmente violare il divieto di azioni ingannevoli ex art. 6 dir. 2005/29 quando l'*influencer* utilizza un filtro di bellezza per esagerare l'effetto del prodotto, soprattutto quando l'*influencer* dichiara il contrario (ad esempio, utilizzando l'*hashtag* #nofilter). Se il contenuto è fuorviante e può avere un impatto sulla decisione commerciale del consumatore deve, tuttavia, essere valutato caso per caso⁵³.

4. CENNI SUL REGOLAMENTO *DIGITAL CHART* E SULLE LINEE GUIDA DELL'AGCOM PER REGOLARE L'ATTIVITÀ DI PROMOZIONE PUBBLICITARIA DEI PRODOTTI DA PARTE DEGLI *INFLUENCER*.

Le fonti normative "classiche" non esauriscono il complesso sistema di regole che disciplinano il fenomeno dell'*influencer marketing*: trovano un importante spazio in questo settore anche le regole del Codice di Autodisciplina dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria (IAP). Quest'ultimo, all'art. 7, statuisce che: *"La comunicazione commerciale deve sempre essere riconoscibile come tale. Nei mezzi e nelle forme di comunicazione commerciale in cui vengono diffusi contenuti e informazioni di altro genere, la comunicazione commerciale deve essere nettamente distinta per mezzo di idonei accorgimenti. Per quanto riguarda talune forme di comunicazione commerciale diffuse attraverso internet, i principali idonei accorgimenti sono indicati nel Regolamento Digital Chart"*⁵⁴.

⁵² Il tema della riconoscibilità della comunicazione commerciale è stato studiato ormai da tantissimi anni: tra gli altri e senza pretesa di completezza, si rimanda a U. RUFFOLO, *Manifestazione del pensiero e pubblicità redazionale: il percorso tortuoso di una libertà scomoda*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, I, p. 132 ss.; G. GUGLIELMETTI, *Pubblicità nascosta e autodisciplina pubblicitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1990, I, p. 384 ss.; M. ANSANI, *La repressione della pubblicità nascosta*, in *Contr. impr.*, 1995, p. 188 ss.; Id., *Product placement: la pubblicità nascosta negli spettacoli cinematografici e televisivi*, ivi, 1988, p. 904 ss.; G. FLORIDIA, *Il divieto della pubblicità camuffata*, in *AIDA*, 1994, p. 5 ss.; M. FUSTI, *Pubblicità occulta e globalizza-*

zione della comunicazione, in *Studi in onore di Adriano Vanzetti*, Milano, 2004, p. 641 ss.; più di recente v. A. MENDOLA, *op. cit.*, p. 14 ss.

⁵³ European Commission, *Guidance*, p. 40.

⁵⁴ La prima applicazione dell'art. 7 si è avuto con il caso Fedez/Peugeot oggetto del Provvedimento del Giurì di Autodisciplina pubblicitaria n. 45 del 26 giugno 2018 (sul quale il commento di C. PAPPALARDO, *Influencer e autodisciplina pubblicitaria - prime applicazioni della Digital Chart*, in *Riv. dir. ind.*, 2018, p. 376 ss.). Il caso in esame aveva ad oggetto una serie di Instagram Stories del cantante *influencer* Fedez che ritraevano la visita di quest'ultimo allo

La *Digital Chart*, nella specie, ha fornito suggerimenti operativi specifici per consentire, da un lato, ai fruitori dello strumento digitale di riconoscere i contenuti promozionali rispetto a quelli di altro tipo, e, dall'altro, agli operatori di realizzare messaggi trasparenti e corretti per non incorrere in sanzioni.

Il detto strumento prevede, infatti, che nei casi in cui un *endorsee* realizzi una forma di comunicazione commerciale, lo stesso sia soggetto a tutte le disposizioni del C.A.P. applicabili alla pubblicità *offline* e, in particolare, alle disposizioni di cui all'art. 7 relativo al principio di trasparenza e riconoscibilità⁵⁵.

Secondo la *Digital Chart*, i contenuti pubblicitari diffusi dall'*endorser* sui *social network* devono contenere nella parte iniziale del post la dicitura “Pubblicità /Advertising”, o “Promosso da ... brand/Promoted by...brand” o “Sponsorizzato da...brand/ Sponsored by...brand” o “in collaborazione con ...brand” o “in partnership with ...brand”. In alternativa, o in aggiunta, è necessario inserire nei primi tre *hashtag* (#) una delle seguenti diciture: “#Pubblicità/#Advertising”, o “#Sponsorizzato da ...brand/#Sponsored by... brand ” o “#ad” unitamente a “brand”.

Il 1° giugno 2023 è stata pubblicata una versione aggiornata e

stand Peugeot nel corso degli Internazionali di Tennis in svolgimento in quel momento a Roma, di cui la casa automobilistica era sponsor ufficiale. Le immagini mostrano chiaramente i veicoli nello stand, il loro marchio, nonché una ripresa della *celebrity* all'interno di un'auto mentre ne illustra le funzionalità. La casa automobilistica era inoltre taggata (con un *link* al suo profilo ufficiale Instagram) in apertura della IG Story. Il giorno successivo alla pubblicazione della Story, il Presidente del Comitato di Controllo ingiungeva ex art. 39 C.a. alla casa automobilistica, nonché alla società Newtopia S.r.l., di desistere dalla diffusione su ogni mezzo della comunicazione commerciale costituita dalla IG Story, in quanto manifestamente contraria all'art. 7 C.a., ai sensi del quale “la comunicazione commerciale deve sempre essere riconoscibile come tale”, non avendo la comunicazione adottato quegli accorgimenti indicati nella *Digital Chart* per renderla distinguibile, anche da un punto di vista sostanziale, dai contenuti di altro genere. Sul punto v. anche V. FRANCESCHI, *Fake news e social networks: riflessi sul diritto d'autore e concorrenza*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, p. 241 ss.

Per un diverso caso in cui alcune *influencer* sfruttavano un marchio altrui (nella specie la vettura Ferrari) in varie *stories* sui loro profili Instagram, v. Trib. Genova, 4 febbraio 2020, in *Riv. dir. internet*, 2020,

con nota di G. CASSANO, *Quanto l'influencer non può fare brumbrum. A proposito dell'illecito uso del marchio altrui*. Nella specie, per il giudice figure, “l'uso di marchi da parte dell'influencer può configurarsi come lecito laddove i) sia stato autorizzato dal titolare del segno distintivo, o quando ii) le immagini in cui il marchio appare “possano comunicare — in capo al pubblico — un significato diverso da quello pubblicitario e commerciale, e cioè siano descrittive di scene di vita dell'influencer • di terze persone”. Al contrario, ravvisa il Tribunale, “quando il pubblico dei *social media* non può che percepire le immagini condivise dall'influencer come aventi finalità commerciali e pubblicitarie, l'uso del marchio altrui è da intendersi abusivo, e ciò accade in particolare quando: i) accanto all'esposizione del marchio sono presenti inserzioni o didascalie espressamente pubblicitarie; ii) l'esposizione del marchio avviene in contesti prevalentemente indirizzati alla comunicazione pubblicitaria, ossia che “contengano primariamente messaggi commerciali” (come ad esempio un sito internet, o un profilo Instagram o di altri *social networks*) o iii) il marchio compare in immagini che “di per sé, non possano avere altro significato che l'esposizione di un prodotto a scopi commerciali, e non già scene di vita dell'influencer o terzi”.

⁵⁵ A. MENDOLA, *op. cit.*, p. 14.

modificata della *Digital Chart*, dove è stato rafforzato il principio di riconoscibilità dei contenuti pubblicitari, prevedendosi che l'indicazione della natura pubblicitaria di ciò che viene postato debba essere mantenuta anche in caso di condivisioni o “repost” su altre piattaforme o interfacce *online*.

Inoltre, la *Digital Chart* riconosce la possibilità che gli *influencer* siano non solo umani ma anche virtuali, i quali sono sottoposti agli stessi obblighi di trasparenza dei primi. Si ribadisce, anche in questa nuova versione, l'obbligatorietà dell'apposizione, nei *post* e nelle comunicazioni diffuse in rete, di diciture quali, a titolo esemplificativo, “*Pubblicità/Advertising*”, “*Sponsorizzato da ... brand/Sponsored by ... brand*”.

Lo IAP ha altresì previsto che nel caso di c.d. “*call to action*”, l'*influencer* e/o l'azienda debbano sollecitare gli utenti a indicare la natura promozionale del contenuto. Infine, in caso di utilizzo di codici sconto o di pratiche di c.d. “*affiliate marketing*”, l'*influencer* deve inserire un'avvertenza, in modo ben visibile, che renda evidente la finalità promozionale dei contenuti pubblicati.

Più di recente l'AGCOM attraverso la del. 7/24/Cons. ha approvato le Linee Guida per regolare l'attività di promozione pubblicitaria dei prodotti da parte degli *influencer* e individuare le disposizioni del Testo Unico sui Servizi di Media Audiovisivi (“TUSMA”) ⁵⁶ che questi ultimi saranno tenuti a rispettare. La Delibera ha anche istituito un Tavolo Tecnico, con la missione di redigere un apposito Codice di Condotta che definirà le misure e le modalità concrete per garantire il rispetto delle disposizioni rilevanti del TUSMA da parte degli *influencer*.

Appare evidente, pertanto, come la straordinaria evoluzione delle tecniche di *marketing* e pubblicità che si svolgono attraverso le piattaforme *social media* pongono dei problemi di tutela del consumatore inediti e sempre in divenire: a fronte di tutto ciò lo strumento classico di c.d. *hard law* (quindi leggi, regolamenti e direttive) non riesce a regolare compiutamente il fenomeno e ad esso vanno correttamente affiancate iniziative di co-regolazione ⁵⁷, come quelle sopra citate, che rappresentano probabilmente la principale forma di intervento della regolazione pubblica sui mercati ⁵⁸ ed anche la più coerente con l'attuale evoluzione del mercato digitale ⁵⁹.

⁵⁶ In via generale v. C. CONTESSA e P. DEL VECCHIO, *Testo unico dei servizi dei media audiovisivi e radiofonici*, Piacenza, 2021, *passim*.

⁵⁷ Sul fenomeno della co-regolazione e delle sue implicazioni in concreto si rimanda, per tutti, alle considerazioni di F. BASSAN, *Digital Platforms and Global Law*, Elgar, 2021.

⁵⁸ F. BASSAN, *Le piattaforme digitali tra co-regolazione, concorrenza e codificazione di diritto uniforme*, in R. LENER, G. LUCHENA e C. ROBUSTELLA (a cura di), *Mercati regolati e nuove filiere di valore*, Torino, 2021, p. 171 ss.; A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, p. 1031 ss.

⁵⁹ Il punto sembra condiviso anche

5. PLURALITÀ DI FONTI E TECNICHE REGOLATORIE.

Alla luce di quanto fin qui esposto emerge che il fenomeno dell'*influencer marketing* sia oggetto di una pluralità di fonti normative non sempre facili da coordinare tra loro⁶⁰ e che in molti casi, come si è visto per la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, sono in origine dettate unicamente per il mercato *off-line*. Sembra emergere, pertanto, una oggettiva difficoltà nell'applicare una normativa di chiaro stampo consumeristico, come quella delle pratiche commerciali scorrette originariamente ideata per il mercato *off-line*, all'ecosistema *on-line* digitale delle piattaforme che vivono di una loro specificità e, al cui interno, sorgono di continuo nuovi comportamenti sleali e che portano con sé la connessa esigenza di porre una tutela giuridica adeguata per i soggetti deboli che spesso è ancora tutta da costruire. Non aiuta certamente anche la mancanza di una solida giurisprudenza della Corte di Giustizia UE che negli ultimi anni si è pronunciata sporadicamente e su questioni forse oggi superate dall'evoluzione del mercato digitale (come, ad esempio, con le pronunce *Peek & Cloppenburg*⁶¹).

L'*acquis* europeo già esistente in materia di pratiche commerciali scorrette, come si è cercato di dimostrare, potrebbe essere in linea teorica già sufficiente per regolare un fenomeno del genere⁶²; tuttavia l'incertezza in ordine alla corretta perimetrazione del parametro tipico della clausola generale⁶³ cioè l'idoneità della pratica a falsare il comportamento economico del consumatore medio rischia di rendere complessa l'applicazione della disciplina consumeristica in caso di pratiche commerciali scorrette.

Sarebbe certamente utile all'interno della *black list* delle prati-

dalla dottrina straniera: tra gli altri v. C. BUSCH, *Self-regulation and regulatory intermediation in the platform economy*, in M. CANTERO GAMITO - H.W. MICKLITZ (eds.), *The role of EU in transnational legal ordering: standards, contracts and codes*, Cheltenham, 2019, ad avviso del quale "a future regulatory framework for the platform economy should not only address platform operators as market intermediaries, but should also consider their role as actors participating in the regulatory chain... In this sense a future EU policy for platform regulation should be focused on a co-operative regulatory approach combining elements of regulated self-regulation and regulatory intermediation"; v. anche M. FINK, *Digital co-regulation: designing a supranational legal framework for the platform economy*, in *European Law Review*, 2018, p. 47 ss.; D.

HARVEY, *Collisions in the digital paradigm: law and the rule making in the Internet age*, Oxford, 2017.

⁶⁰ Sul punto v. C. CAMARDI, "Gigantismo" e disegualianze nell'economia dei dati. Appunti sulla governance europea delle relazioni digitali, in *Iamus*, 2023, p. 59 ss.

⁶¹ Corte Giust. UE, 2 settembre 2021, C-371/20, in *DCPE online*, 2021, con nota di A. TRANFO, *Il consumatore al riparo da pratiche commerciali sleali e pubblicità redazionale*.

⁶² B. DUIVENVOORDE, *The Protection of Vulnerable Consumers under the Unfair Commercial Practices Directive*, in *EuCML*, 2013, pp. 77.

⁶³ Sul punto e per tutti, v. M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 73 ss.

che commerciali ingannevoli l'aggiunta di una nuova e specifica pratica commerciale scorretta nel mondo digitale che chiarisca, come nel caso Ferragni/Balocco, i parametri per ritenere corretta la pubblicizzazione della destinazione in beneficenza di parte o della totalità dei proventi della vendita di un prodotto pubblicizzato dagli *influencer*.

Tale nuova regola di dettaglio, che andrebbe a descrivere una preventiva delineazione delle condotte scorrette (e permettendo così di costruire a contrario una vera e proprio nuova *best practice* da seguire nell'ipotesi ad esempio di pubblicità tramite *influencer* di prodotti anche con finalità totalmente o parzialmente di beneficenza), potrebbe certamente non solo offrire migliori prospettive di tutela per i consumatori, ma rappresentare uno strumento di assistenza concreta proprio per gli *influencer* nell'ottica di contribuire a creare anche nell'ambito digitale un diritto sempre più certo e meno imprevedibile⁶⁴.

Rafforzare la normativa di settore del diritto dei consumi permetterebbe, inoltre, di adeguare ancora di più al contesto digitale la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, come è già avvenuto con l'introduzione di nuove specifiche pratiche commerciali vietate, ad opera della dir. UE 2161/2019 (c.d. direttiva *Omibus*) che ha trovato attuazione con il d. lgs. 7 marzo 2023, n. 26⁶⁵.

Stante la globalità del fenomeno in esame sarebbe auspicabile un intervento legislativo di matrice europea per evitare le fughe in avanti degli Stati membri, come già accaduto in Francia e come sembra stia per accadere anche in Italia, sulla scia del caso Balocco/Ferragni, con il c.d. d.d.l. "Beneficenza" approvato dal Consiglio dei Ministri lo scorso 25 gennaio e che intende disciplinare la pubblicità e le pratiche commerciali poste in essere dai produttori e dai professionisti, ivi compresi gli *influencer*, in tema di promozione, vendita e fornitura di prodotti ai consumatori i cui proventi siano destinati, in parte, in beneficenza⁶⁶.

Nelle more dell'auspicato intervento legislativo appare opportuna, nell'ottica della complementarità dei rimedi anche in que-

⁶⁴ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, *passim*.

⁶⁵ In argomento, tra gli altri, v. L. GUFFANTI PESENTI, *Note in tema di piattaforme digitali e pratiche commerciali scorrette*, in *Jus online*, 2021, p. 17 ss.

⁶⁶ In particolare, ai sensi dell'art. 2 co. 2 dello schema di DDL, i produttori o i professionisti dovranno indicare sulle confezioni dei prodotti: il soggetto destinatario dei proventi della beneficenza; le finalità a cui siano destinati i proventi della beneficenza; l'importo complessivo destinato alla beneficenza, se predeterminato, o, nel caso

in cui non lo sia, la quota percentuale del prezzo di vendita o l'importo destinato all'attività benefica per ogni unità di prodotto. Prima di porre in vendita i prodotti, il produttore o il professionista dovrà comunicare all'AGCM, da un lato, le informazioni di cui all'art. 2 co. 2, dall'altro, il termine entro cui sarà versato l'importo destinato al soggetto beneficiario. Entro tre mesi dalla scadenza di tale termine, il produttore o il professionista dovrà comunicare all'AGCM l'avvenuto versamento. Ciò permetterà, anche ai consumatori, di sapere con certezza che l'iniziativa benefica

sto settore ⁶⁷, l'applicazione della *soft law* che muove verso una sinergia tra rimedi giudiziali ed amministrativi e che già stanno emergendo nell'ultimo periodo sia a livello europeo ⁶⁸ che nazionale ⁶⁹: si veda, come già accennato in precedenza, le nuove Linee guida dell'AGCOM che aprono alla possibilità di redigere un vero e proprio codice di condotta sottoscritto dall'AGCOM e delle Associazioni di riferimento di *influencer* e *content creator*. Sembra, tuttavia, esserci una sorta di "convitato di pietra": cioè la piattaforma digitale che ospita i contributi creati dagli *influencer* ⁷⁰.

Ebbene alla luce di ciò appare evidente che nell'*influencer marketing*, le piattaforme *social* giocano un ruolo significativo di

alla quale hanno partecipato sia stata effettivamente realizzata. In caso di violazione dei predetti obblighi, l'AGCM, designata quale autorità competente, potrà irrogare sanzioni pecuniarie, il cui importo può variare da 5.000 euro a 50.000 euro. Oltre alle sanzioni pecuniarie, l'AGCM potrà disporre, ai sensi dell'art. 4, co. 3 dello schema di DDL, la pubblicazione, anche per estratto, dei provvedimenti sanzionatori su un'apposita sezione del proprio sito internet, sul sito del produttore o del professionista destinatario della sanzione, su uno o più quotidiani o su qualsiasi altro mezzo considerato idoneo a informare i consumatori. L'AGCM potrà inoltre comminare una sanzione amministrativa in caso di inottemperanza.

⁶⁷ R. CARLEO, *Navigazione internet e pratiche commerciali scorrette*, in S. MASINI (a cura di), *Neomarketing ed emozioni sostenibili. Miti e mode, illusioni e inganni del consumatore digitale*, Milano, 2023, p. 141 ss. In giurisprudenza si veda, di recente, Consiglio di Stato, n. 499/2024, proprio in questa ottica, pur in mancanza di esresse disposizioni di legge, ha auspicato una "forma di collaborazione" tra AGCM e Autorità della privacy per quanto riguarda forme di indagine circa la compatibilità o meno con la disciplina consumeristica di condotte sviluppate da professionisti in una pluralità di ipotesi riconducibili anche all'attività di trattamento dei dati personali.

⁶⁸ Si veda l'attenzione riservata dal Digital Services Act (DSA) ai codici di condotta: ad una normativa di carattere generale volta a promuovere e disciplinare i codici di condotta nel mondo dei servizi digitali (art. 45), seguono norme specifiche relative ai codici di condotta per la pubblicità *online* (art. 46) e ai codici di condotta diretti a migliorare l'accessibilità ai servizi per le persone con disabilità (art. 47). La finalità che si intende raggiungere con i codici di condotta per la pubblicità *online* è quella di "contribuire a una maggiore tra-

sparenza per gli attori nella catena del valore della pubblicità *online*" e, in particolare, garantire un'efficace trasmissione delle informazioni, nel rispetto dei diritti e degli interessi di tutte le parti coinvolte, e inoltre che il settore sia competitivo ed equo, conformemente al diritto europeo e nazionale, con riguardo principalmente alle materie della concorrenza, della protezione della vita privata e dei dati personali. Sul punto v. A. BELLELLA, *Soft Law e co-regolazione*, in R. BOCCINI (a cura di), *Manuale di diritto privato dell'informatica*, Napoli, 2023, p. 56 ss.

⁶⁹ Sulla rilevanza di attività di questo tipo a tutela del consumatore e nella dichiarata ottica della "degirisdizionalizzazione" v. M. ANGELONE, *La "degirisdizionalizzazione" della tutela del consumatore*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 724 ss. Con particolare riferimento alle iniziative dell'AGCOM v. F. LA FATA, *La regolazione indipendente delle comunicazioni. L'AGCOM tra tutela della concorrenza ed equilibrio delle posizioni di mercato*, in M. ANGELONE e M. ZARRO (a cura di), *Diritto civile della regolazione. Conformazione degli atti di autonomia e disciplina dei mercati*, Napoli, 2022, p. 101 ss.

⁷⁰ Si segnala, tuttavia, la recente apertura di un'istruttoria da parte dell'AGCM (PS12635 del 17 novembre 2023) nei confronti dell'*influencer* Asia Valente e di Meta/Instagram per una sospetta pratica commerciale ingannevole ai sensi degli artt. 20, 23, comma 1, lett. *bb-quater*) cod. cons., nonché una violazione dell'art. 3, comma 1, lett. a) e c), del d.lgs. 145/2007, consistente nella pubblicizzazione tramite il profilo Instagram della suddetta *influencer* (che consta circa 2 milioni di *follower*) di ristoranti, di spa, di hotel e di altre strutture turistiche, con le quali si ritiene possa intrattenere rapporti commerciali, senza utilizzare alcuna dicitura che evidenzia la natura promozionale di questi contenuti. Meta-Instagram, inoltre, non fornirebbe ade-

promozione dei contenuti pubblicati loro tramite e in tal senso può trovare applicazione il principio che si evince dall'art. 26 del *Digital Services Act* (DSA) secondo cui le piattaforme devono garantire che, per ogni specifico annuncio pubblicitario, gli utenti siano in grado di comprendere la reale natura ed in caso di violazione di tale obbligo sono previste specifiche sanzioni.

L'obiettivo alla base di tale disposizione è quello di cercare di responsabilizzare maggiormente le piattaforme⁷¹ nel caso di situazioni in cui vi sia un concreto rischio di ingannevolezza del messaggio pubblicitario veicolato tramite la piattaforma nei confronti dei consumatori/utenti⁷².

Le piattaforme digitali, difatti, nell'elaborazione del nuovo Re-

guata informazione sull'esistenza e sulle modalità d'uso dello strumento per contrassegnare i contenuti brandizzati né controllerebbe l'effettivo e corretto utilizzo di tale strumento, soprattutto in relazione a contenuti promozionali pubblicati da utenti estremamente popolari, quali gli *influencer*. Infine, la società non svolgerebbe verifiche in merito all'autenticità delle interazioni sulla propria piattaforma in modo da evitare la raccolta "artificiale" di "mi piace" e di *follower*.

⁷¹ Sulla nuova disciplina legislativa del DSA v., tra gli altri, R. BOCCHINI, *La responsabilità extracontrattuale del provider*, in R. BOCCHINI (a cura di) *Manuale di diritto privato dell'informatica*, Napoli, 2023, p. 533 ss.; F. PIRAINO, *La responsabilità dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti online*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 146 ss.; S. SCOLA, *Digital Services Act: occasioni mancate e prospettive future nella recente proposta di regolamento europeo per il mercato unico dei servizi digitali*, in *Contr. impr./Eur.*, 2022, p. 127 ss.; M. ASTONE, *Digital services act e nuovo quadro di esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari: quali prospettive?*, in *Contr. impr.*, 2022, p. 1050 ss.; M. MAZZARELLA, *La responsabilità degli hosting provider sulle piattaforme digitali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, p. 396 ss.; A. COCCO, *Prestatori intermediari "attivi" e "passivi": profili evolutivi della responsabilità civile*, in *Tecn. dir.*, 2022, p. 35 ss.; sotto la disciplina pre-DSA, tra gli altri, v. R. BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in *Giur. it.*, 2017, p. 636; *Id.*, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, Napoli, 2003; M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'internet service provider*, Napoli, 2006; V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili attivi e pas-*

sivi della responsabilità dell'utente in Internet, in A. PALAZZO e U. RUFFOLO (a cura di), *La tutela del navigatore*, Milano, 2002, p. 195 ss.; G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet service providers*, Torino, 2002, p. 57 ss.; G. PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service providers*, in *Danno resp.*, 2002, p. 5 ss.; F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003; S. SICA, *Giurisprudenza nazionale ed europea e frammentazione legislativa della responsabilità civile del provider*, in *Comp. dir. civ.*, 2019, p. 1 ss.; *Id.*, *Responsabilità del provider: per una soluzione "equilibrata" del problema*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 505 ss.; S. SICA e N. BRUTTI, *Internet e commercio elettronico: la responsabilità civile*, in V. D'ANTONIO e S. VICIAR (a cura di), *Studi di diritto della comunicazione. Persone, società e tecnologie dell'informazione*, Padova, 2009, p. 121 ss.; P. SAMMARCO, *Il ruolo di Youtube tra intermediario del commercio elettronico e fornitore di servizi media audiovisivi*, in *Dir. inf.*, 2012, p. 960 ss.; F. BRAVO, *La responsabilità civile degli Internet service provider*, in G. ALPA e G. CONTI (a cura di), *La responsabilità di impresa*, Milano, 2015, p. 745 ss.; M. TESCARO, *Una proposta ricostruttiva contrastante con il diritto vivente in tema di responsabilità civile dell'internet provider nel diritto italiano tra direttiva 2000/31CE, regolamento UE 2016/679 e direttiva UE 2019/790*, in *Jus civile*, 2020, p. 102 ss.

⁷² Sul punto, di recente, si segnala una interessante pronuncia del Consiglio di Stato, 13 maggio 2024, n. 4277 (consultabile in www.dint.it) ha confermato la piena legittimità della prima sanzione dell'AGCOM, di cui alla del. n. 541/20 del 22 ottobre 2020 per violazione dell'art. 9 della l. 9 agosto 2018, n. 96 - c.d. "Decreto dignità") nei confronti di Google per il servizio Google

golamento diventano una sorta di “guardiani della rete”⁷³ e, pertanto, nel caso in cui i contenuti pubblicitari veicolati tramite gli *influencer* risultino in concreto ingannevoli, le stesse devono intervenire pur tenendo presente la distinzione tra contenuti illegali in senso stretto (come ad esempio quelli concernenti pratiche di cyberbullismo⁷⁴) e contenuti “solo” potenzialmente ingannevoli come possono essere i messaggi pubblicitari veicolati tramite *influencer*.

Sul punto certamente coerente è l'art. 7 DSA che detta la c.d. “regola del buon samaritano” attraverso la quale il legislatore statuisce che né le indagini volontarie svolte dai prestatori intermediari in buona fede ed in modo diligente, volte ad individuare, indentificare e rimuovere contenuti illegali o a disabilitare il loro accesso, determinano un'esimente dalla responsabilità rispetto alle attività di semplice trasporto, memorizzazione temporanea o memorizzazione duratura (artt. 4, 5 e 6), e neppure l'aver adottato le misure necessarie per conformarsi alle prescrizioni del diritto dell'Unione o dei diritti nazionali⁷⁵: in ogni caso, attraverso tale disposizione, il legislatore europeo afferma un principio comunque di proattività da parte delle piattaforme digitali⁷⁶ che potrebbe trovare applicazione concreta anche nel settore dell'*influencer marketing*.

In più possono essere valorizzate le disposizioni di cui agli artt. 19-22 del DSA in tema di *trusted flaggers* (o, nella traduzione italiana del DSA, “segnalatori attendibili”), vale a dire quei soggetti terzi che si avvalgono degli strumenti messi a disposizione dai prestatori di servizi *online* per segnalare i contenuti che, a loro avviso, devono essere sottoposti a moderazione o rimozione.

La qualifica di segnalatore attendibile viene riconosciuta dal coordinatore dei servizi digitali di ciascun Stato membro (nel nostro ordinamento l'AGCOM, come designato dall'art. 15 del

ADS tramite il quale è stato pubblicato un annuncio *online* di pubblicità del gioco d'azzardo. Nello specifico il Consiglio di Stato ha riconosciuto per Google la natura di *hosting provider* attivo.

⁷³ Spunti interessanti si colgono in A. CANEPA, *I mercanti dell'era digitale. Un contributo allo studio delle piattaforme*, Torino, 2020, *passim*.

⁷⁴ R. BOCCHINI e M. MONTANARI, *Le nuove disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 340 ss.; sul punto v. anche I. GARACI, *La “capacità digitale” del minore nella società dell'informazione. Riflessioni sul corretto esercizio della responsabilità genitoriale fra esigenze di autonomia e protezione*, in *Nuovo dir. civ.*, 2019, p. 69 ss.

⁷⁵ Con il rischio già paventato da attenta dottrina del c.d. “*Good Samaritan paradox*” (in via generale si rimanda alle note pagine di R. NOZICK - R. ROUTLEY, *Escaping the Good Samaritan paradox*, in *Mind*, 1962, p. 377 ss.) espressione che si riferisce in questo caso al paradosso della mancanza, per gli *hosting provider* di incentivi ad adottare misure proattive per la paura di assumere un ruolo troppo “attivo” e, di conseguenza, perdere la tutela in materia di responsabilità, v. M. BUTTEN, *The Digital Services Act: From Intermediary Liability to Platform Regulation*, available at SSRN https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3876328.

⁷⁶ R. BOCCHINI, *La responsabilità extracontrattuale del provider*, cit., p. 550.

d.l. 15 settembre 2023, n. 123, convertito in l. 13 novembre 2023, n. 159), su richiesta degli enti “che abbiano dimostrato, tra l'altro, di disporre di capacità e competenze particolari nella lotta ai contenuti illegali e di svolgere le propria attività in modo diligente, accurato e obiettivo”⁷⁷.

Anche per quanto riguarda strettamente l'ambito delle piattaforme digitali si affiancano alle norme anche le regole di natura privata: difatti la maggior parte delle piattaforme fornisce specifiche linee guida della *community* che dovrebbero seguire anche gli *influencer*: queste regole di fonte privata la cui natura è oggetto di riflessione in dottrina⁷⁸, spesso chiamate “standard della *community*” o “termini di utilizzo del servizio” possono essere considerate come un ulteriore livello di *governance* di *content moderation*⁷⁹ per integrare il quadro regolatorio esistente⁸⁰ e per promuovere buone pratiche di *influencer marketing* che non superino la normale soglia di correttezza del messaggio pubblicitario.

Una prima analisi delle politiche di moderazione dei contenuti adottate dai vari *Tech Giants* sembra mostrare un risultato interessante: si nota, difatti, che non tutte le piattaforme affrontano direttamente nelle loro linee guida il tema del *marketing* occulto e/o ingannevole; inoltre i rimedi proposti non sembrano efficaci per combattere il fenomeno in questione. Facebook e Instagram, ad esempio, hanno stabilito delle linee guida che mirano a garantire la trasparenza delle attività di *marketing* poste all'interno dell'ecosistema dell'*influencer marketing*⁸¹. Le condizioni d'uso di Instagram nella loro ultima versione, attra-

⁷⁷ Considerando n. 61 DSA.

⁷⁸ Tra gli altri v. F. RUCCERI, *Poteri privati e mercati digitali. Modalità di esercizio e strumenti di controllo*, Roma, 2023, p. 111 ss.; E. CREMONA, *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, Napoli, 2023, p. 62 ss.; P. STANZIONE (a cura di), *I “poteri privati” delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Torino, 2022, A. FEDERICO, *Il nomos della ‘infosfera’*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, p. 533 ss.; R. PARDOLISI, *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, in *Dir. pubbl.*, 2021, p. 941 ss.; F. MEZZANOTTE, *I poteri privati nell'odierno diritto dello sviluppo economico*, in *Pol. dir.*, 2018, p. 507 ss.

⁷⁹ Sull'attività di moderazione dei contenuti posta in essere dalle piattaforme digitali e sugli inevitabili problemi che si pongono in ordine al rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo: su questo aspetto v. U. RUFFOLO, *Piattaforme e content moderation negoziale*, in *Giur. it.*, 2024, p. 442; C. PERLINGIERI, *Libertà di espressione e di in-*

formazione nella comunicazione digitale, in *Rass. dir. civ.*, 2023, p. 507 ss.; A. PAPA, *La tutela del pluralismo informativo nell'ecosistema digitale*, in *De Iustitia*, 2019, p. 9 ss.

⁸⁰ È appena il caso di ricordare come il problema dei contenuti riguarda in gran parte le ipotesi di diffusione di *fake news* e *deep-fake* realizzati con sistemi di intelligenza artificiale che pongono problemi diversi ed in certi casi anche più gravi rispetto a quello oggetto di questo scritto.

⁸¹ Meta Platforms Inc, ‘Facebook Community Standards: The Facebook Community Standards outline what is and isn't allowed on Facebook’ (Meta Platforms Inc, 2024) consultabili in <https://transparency.fb.com/en-gb/policies/community-standards/>; Meta Platforms Inc, Instagram: Community Guidelines’ (Meta Platforms Inc, 2023) in https://help.instagram.com/477434105621119?Mcms_id=477434105621119. Per esempio, Facebook e Instagram richiedono agli *influencer* e ai marchi di divulgare qualsiasi *partnership* a pagamento o conte-

verso uno specifico avviso, prendono atto dell'esistenza della definizione di "utente commerciale" ex art. 2, par. 21, Reg. UE 2022/1925 (DMA), ma unicamente al fine di informare che è possibile consultare il meccanismo alternativo di risoluzione delle controversie ai sensi dell'art. 6, par. 12, DMA.

La mancata osservanza di queste linee guida della piattaforma può comportare specifiche sanzioni, tra cui la rimozione dei contenuti, la sospensione dell'*account*, fino ad arrivare al *ban*. Pertanto, Facebook e Instagram richiedono che i marchi comprendano e rispettino queste linee guida della piattaforma, soprattutto quando si tratta di prodotti vietati o soggetti a restrizioni come prodotti a base di alcool o tabacco. Facebook e Instagram vietano severamente qualsiasi attività che violi la legge e i termini di servizio indicano chiaramente che gli *influencer* possono essere ritenuti responsabili per aver intrapreso azioni illegali, compreso il *ban* permanente.

Si nota, pertanto, come le linee guida e i termini d'uso delle piattaforme Meta non prevedono alcuna forma di monitoraggio e controllo dei contenuti pubblicitari espressi tramite *influencer*, ad eccezione, come si è visto, di alcuni prodotti specifici.

Anche TikTok ha le sue linee guida per regolare l'*influencer marketing*⁸²: gli *influencer* e i marchi devono rivelare qualsiasi collaborazione promozionale in modo chiaro, utilizzando funzioni come il tag "*Branded content toggle*" o attraverso la divulgazione diretta nelle didascalie dei video ("*#Ad*"). TikTok prevede anche regole specifiche per alcuni prodotti regolamentati, tra cui alcool, prodotti del tabacco, armi da fuoco, servizi sessuali, merce contraffatta e gioco d'azzardo. La violazione di tali linee guida può portare alla rimozione del contenuto ritenuto illecito ed anche il *ban* permanente per l'*influencer*. Anche qui non vi è alcuna forma di monitoraggio e controllo ad eccezioni dei casi sopra elencati.

L'ottica di un sistema di co-regolazione che certamente pone un vantaggio competitivo rispetto agli strumenti tradizionali di *hard law* che si sostanzia nella velocità e nella straordinaria capacità di adattare ad un contesto tecnologico caratterizzato da una assai elevata mutevolezza e che apre sempre di più alle ipotesi di condizionamento cognitivo legato all'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale per il c.d. *neuromarketing*⁸³ che evidenzia la necessità di una ripermimetrazione dei confini tra le pratiche lecite

nuti sponsorizzati in modo chiaro. Le due piattaforme in questione forniscono anche specifiche linee guida sull'uso di *hashtag*, *tag* e altri mezzi per divulgare contenuti promozionali.

⁸² TikTok Inc, 'Regulated Goods and Commercial Activities' (TikTok Inc, 2024)

in <https://www.tiktok.com/community-guidelines/en/regulated-commercial-activities/>.

⁸³ Per tutti v. S. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e "pratiche di intelligenza artificiale" vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act, in Persona e mercato*, 2022, p. 346 ss., spec. p. 362 ss.

e quelle illecite e un chiarimento sulla soglia di vulnerabilità del consumatore/utente ⁸⁴.

Abstract

The paper analyzes the phenomenon of influencer marketing and its many legal implications starting with the Ferragni/Balocco case. The author reflects on the existing legal framework with particular reference to the Digital Services Act and soft law practices put in place by the Italian Communications Authority, as well as on the need to introduce a new commercial practice suitable for such contexts into the Consumer Code.

⁸⁴ Tra gli altri v. M. IMBRENDA, *Persona e scelte di consumo fra conoscenze neuroscientifiche e nuove frontiere tecnologiche*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2021, p. 815 ss.; A. MOLLO, *La vulnerabilità tecnologica. Neurorights ed esigenze di tutela: profili etici e giuridici*, in *European Journal of Privacy Law & Tech-*

nologies, 2021, p. 199 ss.; L. TAFARO, *Some reflections on Neuroscience and Civil Law*, in *Neuroscience and Law*, 2021, p. 113 ss.; L. SPOSINI, *Impact of New Technologies on Economic Behavior and Consumer Freedom of Choice: from Neuromarketing to Neuro-Rights*, in *Journal of Digital Technologies and Law*, 2024, p. 74 ss.