

ERMANNO CALZOLAIO

L'ATTIVITÀ PUBBLICITARIA DELL'*INFLUENCER* NEL DIRITTO FRANCESE (LOI N. 451 DEL 9 GIUGNO 2023)

SOMMARIO: 1. *Influence marketing* e vulnerabilità digitale: spunti introduttivi. — 2. La definizione di influenza commerciale nella legge francese e gli obblighi dell'*influencer*. — 3. L'agente dell'*influencer*, i requisiti del contratto e la responsabilità. — 4. Il quadro di riferimento normativo in ambito europeo. — 5. I limiti di una disciplina di diritto interno.

1. *INFLUENCE MARKETING* E VULNERABILITÀ DIGITALE: SPUNTI INTRODUTTIVI.

Nel volgere di pochi anni, lo sviluppo delle nuove tecnologie ha trasformato anche le strategie di pubblicizzazione dei prodotti. È ampiamente noto il fenomeno legato all'attività dei cd. *influencers*, che diffondono, attraverso i *social media*, messaggi sulla loro vita privata o circa eventi di varia natura, inserendo in essi anche segnalazioni e comunicazioni di carattere pubblicitario¹.

Le statistiche mostrano che il numero degli *influencers* è aumentato in modo vertiginoso in tutto il mondo. Ad esempio, negli Stati Uniti nel 2021 più dei due terzi (67,9%) delle case produttrici hanno usato qualche forma di *influence marketing* e questi numeri sono in costante crescita². Nel nostro paese, secondo gli analisti del settore, circa 350 mila persone sono attualmente considerate *influencers* e *content creators* professionisti³. Si stima che 28 milioni di italiani (pari al 76% della popolazione tra 16 e

* Il presente lavoro si inserisce nell'ambito del progetto "Innovazione e vulnerabilità: problemi giuridici e tutele" del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata (finanziamento MUR, programma: Dipartimenti di Eccellenza 2023-2027).

¹ Nella letteratura economica, si attira l'attenzione da tempo sul fatto che la comunicazione è più efficace quando viene mediata da soggetti influenti all'interno di

un gruppo. Per questi rilievi e per ampi riferimenti, cfr. G. CORAPI, *Il contratto di influencer marketing*, in *Nuovo Diritto Civile*, 2022, pp. 243 ss.

² M. LEHAT, *The Power of Influence: Standardizing the Influencer Marketing Industry through Alternative Dispute Resolution*, in *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 2023, p. 453, in specie pp. 455 ss.

³ <https://24plus.ilsolo24ore.com/art/influencer-mercato-400-milioni-AFjHQOq>.

65 anni) seguono regolarmente almeno un *influencer* e che ben 21 milioni ne seguono più di due ⁴.

Nei loro messaggi si moltiplicano comunicazioni di natura commerciale e suggerimenti di acquisto di prodotti che, nel complesso, realizzano una attività pubblicitaria imponente, ovviamente a vantaggio delle imprese titolari dei rispettivi marchi. Essa non avviene a titolo gratuito, ma sulla base di precisi accordi che prevedono una remunerazione, in genere sotto forma di *royalties* attribuite all'*influencer*, o secondo altre modalità, quali ad esempio la fornitura gratuita di prodotti. La varietà dei contenuti degli accordi stipulati tra gli *influencers* e le società intenzionate a promuovere i loro prodotti per loro tramite è così ampia da rendere difficile la loro riconduzione non solo entro schemi contrattuali tipici, ma anche una completa assimilazione alle figure emerse nell'ambito del settore pubblicitario, come ad esempio i contratti di sponsorizzazione conclusi con sportivi o personaggi celebri. Infatti, benché tutte queste figure siano accomunate dallo sfruttamento della notorietà e dell'immagine, nel caso degli *influencers* l'attività pubblicitaria in qualche modo si confonde con il contenuto che viene veicolato, formando un tutt'uno con esso ⁵.

Gli utenti della rete si vedono esposti ad una quantità considerevole di messaggi che veicolano la promozione di prodotti, a volte in modo occulto, raggiungendo soggetti particolarmente vulnerabili, per età o per condizione. Ma, in termini ancor più generali, ogni utente è vulnerabile, perché stimolato ad aderire acriticamente alle indicazioni fornite dal personaggio seguito, nel contesto di informazioni o contenuti di natura non pubblicitaria. I messaggi possono veicolare anche la promozione di prodotti dannosi per la salute o invitare al gioco, rendendo così ancora più acuta la portata del problema.

Il riferimento alla 'vulnerabilità' evoca un tema emergente nella riflessione giuridica contemporanea. Fino ad un recente passato, con questo termine veniva designata la situazione in cui versano specifiche categorie di soggetti deboli, quali ad esempio le minoranze razziali, i richiedenti asilo, le persone affette da disabilità e

⁴ Questi dati emergono da una indagine realizzata dalla società di ricerche Eurometra e dal Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali dell'Università di Pavia: http://www.ansa.it/canale_lifestyle/notizie/societa_diritti/2023/10/03/cosa-pensano-gli-italiani-degli-influencer-tutto-in-un-report_b9ef2cc5-7db3-4fcc-b20a-f5716c4b6936.html.

⁵ In linea di principio, la nostra giurisprudenza ormai ritiene perfettamente leciti i contratti volti a programmare operazioni di sfruttamento commerciale del nome e dell'immagine, stante la crescente 'patri-

monializzazione' di questo settore del diritto privato, indotta dall'evoluzione del costume sociale e dei rapporti economici, che vede nel contratto la principale tecnica di disposizione dei diritti della personalità. Cfr. G. ALPA-G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, 2^a ed., Torino, 2019, pp. 569 ss. Tuttavia, la estrema varietà degli obblighi assunti dalle parti, oltre a rendere difficile la ricostruzione unitaria della fattispecie contrattuale, pure impone di verificarne caso per caso la liceità e la meritevolezza.

via di seguito. Senonché, da tempo si attira l'attenzione sul fatto che il ricorso alla vulnerabilità per individuare gruppi considerati svantaggiati all'interno della società spesso si traduce anche nella loro stigmatizzazione, mentre essa si presta ad essere riguardata piuttosto come il paradigma espressivo di una condizione umana che, per un verso, è universale e, per altro verso, si manifesta in varie circostanze rispetto alle quali le necessità di una tutela giuridica si fa avvertire in modo più penetrante, impegnando le istituzioni a rimuovere le condizioni che impediscono di affrontare le sfide connesse alle singole fragilità ⁶.

In quest'ottica, è al centro del dibattito in materia di disciplina del mercato *on line* il problema dell'esistenza di vulnerabilità nell'ecosistema digitale ⁷. Anche nell'ambito del diritto UE, pur nel contesto di un panorama ancora frammentario, si moltiplicano i riferimenti alla vulnerabilità. Ad esempio, si parla di consumatore vulnerabile all'interno della disciplina in materia di pratiche commerciali sleali ⁸, si parla di soggetti vulnerabili nell'ambito delle norme sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano ⁹, oltre che in altri settori come la tutela dei lavoratori ¹⁰. Il paradigma della vulnerabilità è stato recentemente assunto come una chiave di lettura delle norme a tutela dei dati personali in ambito europeo (GDPR) ¹¹, costituendo un'utile lente per enucleare quelle situazioni che emergono di pari passo con lo sviluppo delle nuove tecnologie.

Senza indugiare oltre, ciò che interessa porre in luce è che il fenomeno dei messaggi pubblicitari veicolati dagli *influencers* nel mondo dei *social media* è suscettibile di far emergere nuove vulnerabilità. Esse possono riguardare gli utenti della rete, ma a ben vedere anche gli stessi *influencers*. Infatti, se talvolta ci si trova in presenza di soggetti seguiti da un numero elevato di persone e strutturati in solide compagini societarie, sovente si tratta invece di giovani, non di rado adolescenti, proiettati in un mondo ricco di insidie, in balia delle società interessate alla

⁶ Cfr. M. FINEMAN, *The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition*, in *Yale Journal of Law and Feminism*, 2008, pp. 8 ss.; ID., *The vulnerable subject and the Responsive State*, in *Emory Law Journal*, 2010, pp. 251 ss.

⁷ Per primi riferimenti, cfr. P.E. CORRIAS (cur.), *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati*, Napoli, 2022. Nella letteratura straniera, v. R. CALO, *Privacy, Vulnerability, and Affordance*, in *DePaul L. Rev.*, 2017, pp. 592 ss..

⁸ Direttiva 2005/29/CE del Parlamento e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno.

⁹ Regolamento (UE) n. 536/2014 del 16 aprile 2014 sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano.

¹⁰ Cfr. per un approfondimento G. MALCERI-N. JEDRZEJ, *Vulnerable data subjects*, in *Computer Law & Security Review*, 2020, pp. 1 ss.

¹¹ Cfr. G. MALCERI, *Vulnerability and Data Protection Law*, Oxford, 2023.

pubblicità, che possono costituire una controparte contrattuale molto più organizzata ¹².

È allora agevole avvedersi che la diffusione delle nuove tecnologie è all'origine, anche in questo ambito, di numerose problematiche tutte da esplorare ¹³. Trattandosi di un fenomeno che si è diffuso con grande rapidità, sotto il profilo giuridico esso non ha ancora trovato un preciso inquadramento e forma oggetto di un dibattito crescente, che ha preso avvio oltre Oceano, ove da tempo la dottrina è impegnata ad analizzarne i contorni. In particolare, negli Stati Uniti, in assenza di specifiche leggi in materia, per l'*influence marketing* si ricorre agli strumenti tradizionali e, quindi, alla vigilanza della *Federal Trade Commission* (FTC), che ha il compito, tra gli altri, di indagare e prevenire condotte e pratiche commerciali inique o ingannevoli ¹⁴. L'attività degli *influencers* rientra senz'altro nell'ambito del campo di intervento della FTC, ma in concreto è tutt'altro che chiara l'efficacia dei meccanismi sanzionatori, soprattutto dopo una sentenza pronunciata nel 2021 dalla *US Supreme Court* secondo cui, in base alla legislazione in vigore, né la FTC, né il giudice eventualmente investito della questione possono irrogare sanzioni pecuniarie ¹⁵. Per questa ragione, vi è chi ritiene che l'attività di vigilanza della FTC non sia in grado di costituire un utile argine ai problemi posti dall'*influence marketing* ¹⁶. Analoghe considerazioni possono svolgersi anche per il Regno Unito, ove l'*Advertising Standards Authority* (ASA) negli ultimi anni è praticamente assorbita da casi relativi alla pubblicità mediante *influencers*, con strumenti spesso poco efficaci, tanto da essere in discussione proposte di riforma

¹² Attira l'attenzione sulla vulnerabilità degli *influencers* 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, in specie pp. 76 ss., disponibile al link <https://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol23/iss1/4>. Sulla tutela della riservatezza dell'*influencer* si concentrano le riflessioni di F. TROLLI, *Tutela della riservatezza dell'influencer e rimedi contrattuali*, in *juscivile*, 2022, pp. 1598 ss.

¹³ Per alcuni rilievi circa le sfide delle nuove tecnologie per giurista contemporaneo, sia consentito rinviare a E. CALZOLAIO, *Comparative Law between Bitcoins and Data*, in G. DI COSIMO (cur.), *Processi democratici e tecnologie digitali*, Torino, pp. 123 ss., disponibile al link <https://www.giapichelli.it/media/catalog/product/openaccess/9788892178564.pdf>.

¹⁴ "Investigate and prevent unfair or deceptive acts or practices affecting commerce". Cfr. il *Federal Trade Commission Act* (FTCA) in vigore sin dal 1914 e successivamente emendato. Per una ampia ricostruzione, cfr. K. HOWIE, *That's Hot: Influencer Stars Should Not Be Blind to Properly Disclosing Social Media Advertisements*, in *Suffolk Transnational Law Rev.*, 2023, p. 71, in specie pp. 77 ss. Sul ruolo della *Federal Trade Commission* rispetto alla attività degli *influencers*, cfr. T. JAMES, *The Real Sponsors of Social Media: How Internet Influencers Are Escaping FTC Disclosure Laws*, in *Ohio State Business Law Journal*, 2017, pp. 61 ss.

¹⁵ Si tratta di una decisione del 22 aprile 2021, *AMG Capital Management, LLC v. FTC/AMG Cap. Mgmt.* 141 S. Ct., in particolare pp. 1347-52.

¹⁶ M. LEHAT, *op. cit.*, in specie pp. 470 ss.

per una più adeguata disciplina della materia ¹⁷. In ambito europeo la situazione è più articolata, come si avrà occasione di illustrare nel prosieguo, in ragione dei molteplici interventi regolatori del mercato digitale, che, pur in assenza di una specifica disciplina, interessano indirettamente anche il settore dell'*influence marketing*.

In questo contesto, assume rilievo la recente iniziativa del legislatore francese, che ha invece scelto di adottare una normativa in materia, emanata il 9 giugno 2023, per “lottare contro le derive” (così si legge nel titolo) degli *influencers* sui *social networks* ¹⁸. Come si vedrà, viene seguito un approccio piuttosto rigoroso, ricco di prescrizioni, divieti e norme imperative, che merita di essere indagato più dappresso, per poi collocarlo nel più ampio contesto del diritto dell'Unione Europea e svolgere, infine, alcune riflessioni sulle soluzioni adottate e, più in generale, sull'utilità di iniziative di diritto interno per far fronte a fenomeni di natura ‘globale’ come l'*influence marketing*.

2. LA DEFINIZIONE DI INFLUENZA COMMERCIALE NELLA LEGGE FRANCESE E GLI OBBLIGHI DELL'*INFLUENCER*.

La legge francese definisce l'influenza commerciale come quell'attività svolta da persone fisiche o giuridiche che, a titolo oneroso, utilizzano la loro notorietà presso il pubblico per comunicare per via elettronica dei contenuti che mirano a promuovere, direttamente o indirettamente, beni, servizi o una qualunque causa (art. 1) ¹⁹.

Spicca, anzitutto, il criterio della notorietà dell'*influencer* ²⁰, che costituisce la premessa necessaria per l'applicabilità della disciplina. Non previsto nel testo originario della proposta di legge, il riferimento alla notorietà è stato inserito in sede di discussione parlamentare e può rivelarsi problematico, essendo disancorato da un parametro oggettivo per determinarne la ricorrenza in concreto ²¹.

In secondo luogo, dalla definizione si ricava chiaramente che deve trattarsi di comunicazioni per via elettronica, sicché restano

¹⁷ Per un'ampia trattazione circa i poteri dell'ASA e le proposte di riforma, cfr. K. Hovie, *op. cit.*, in specie pp. 100 ss.

¹⁸ Loi n° 2023-451 del 9 giugno 2023 « visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux ». Il testo è reperibile al link <https://www.legifrance.gouv.fr/jorfid/JORFTEXT000047663125>.

¹⁹ « Les personnes physiques ou morales qui, à titre onéreux, mobilisent leur notoriété auprès de leur audience pour communiquer au public, par voie électronique,

des contenus visant à faire la promotion, directement ou indirectement, de biens, de services ou d'une cause quelconque exercent l'activité d'influence commerciale par voie électronique ».

²⁰ Utilizziamo qui il termine inglese, sebbene, come di consueto, esso sia stato ‘francesizzato’ in *influenceur* dal legislatore d'oltralpe.

²¹ G. LOISEAU, *Une loi sur les influenceurs*, in *Communication-Commerce électronique*, 2023, fasc. 9, n. 60.

escluse le attività di promozione al di fuori della rete. Rientra comunque nel campo applicativo della legge qualsiasi contenuto, non distinguendosi quindi tra messaggi realizzati direttamente dall'*influencer* o solamente da questi diffusi ma confezionati da altri.

Deve infine trattarsi di attività a titolo oneroso, con ciò ricomprendendosi sia un corrispettivo in danaro, sia altre forme di remunerazione, come ad esempio sconti sull'acquisto dei prodotti o altri benefit.

Sotto il profilo soggettivo, è interessante che nella definizione di *influencer* siano ricomprese esplicitamente anche le persone giuridiche. La legge è dunque applicabile anche se il profilo attivo nei *social media* non viene creato da una persona fisica, ma da una società, come accade spesso, essendo diffusi ormai anche profili realizzati attraverso l'intelligenza artificiale, cui non corrisponde una persona esistente nella realtà.

Tra le disposizioni più rilevanti, vi è senza dubbio quella che estende l'ambito di applicazione a tutti i soggetti, ovunque operanti, laddove i loro contenuti si rivolgano al pubblico francese.

Ispirandosi a quanto previsto nel Regolamento europeo sui servizi digitali ²², destinato a trovare applicazione a partire dal 17 febbraio 2024, l'art. 9 della legge francese prevede che l'*influencer* non stabilito sul territorio dello spazio economico europeo è tenuto a designare per iscritto una persona fisica o giuridica che assicuri una forma di rappresentanza legale sul territorio dell'UE, al fine di garantire la conformità dei contratti dell'*influencer* con il diritto francese.

La dottrina non ha mancato di rilevare che mentre il legislatore europeo prevede che "il rappresentante legale designato può essere ritenuto responsabile del mancato rispetto degli obblighi derivanti dal presente regolamento, fatte salve le responsabilità e le azioni legali che potrebbero essere avviate nei confronti del prestatore di servizi intermediari" (art. 13, co. 3, Reg. 2022/2065), la legge francese non chiarisce se il rappresentante è in realtà in ogni caso responsabile in solido con l'*influencer* ²³. Ad ogni buon conto, appare evidente lo scopo della norma, che è appunto quello di rendere applicabile la nuova disciplina ad ogni soggetto che svolga l'attività di *influencer* presso il pubblico francese, a prescindere dal fatto che si tratti di una persona fisica o giuridica residente in Francia.

Quanto al contenuto del contratto tra l'*influencer* e l'inserzionista, la legge si limita a prevedere che, nel caso in cui si tratti di

²² Regolamento (UE) 2022/2065 del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE.

²³ In tal senso, cfr. i rilievi di T. GIRARD-GAYMARD, *Nouveau statut des influenceurs: la fin d'un vide juridique?*, in JCP, éd. gén., 2023, pp. 1249 ss.

promuovere il gioco a titolo oneroso o d'azzardo, deve essere espressamente pattuita una clausola con la quale l'*influencer* attesti di aver preso conoscenza delle norme in materia e si obblighi a rispettarle (art. 4). Questa disposizione, che può apparire pleonastica, assume rilievo nelle ipotesi di un *influencer* che, ubicato fuori dal territorio, si rivolge ad un pubblico francese.

Numerose sono invece le norme, di carattere imperativo, che introducono obblighi a carico dell'*influencer*.

Anzitutto, sono previsti specifici divieti riguardo alla natura del bene o del servizio veicolati nel messaggio. In particolare, la promozione pubblicitaria è vietata per gli atti e le procedure estetiche, per i prodotti di qualunque genere che inducano a preferire o sostituire prescrizioni terapeutiche, per i prodotti a base di nicotina, nonché per la commercializzazione di animali non domestici, di prodotti e servizi finanziari (ivi comprese le criptovalute), di abbonamenti a pronostici sportivi, di giochi a titolo oneroso o d'azzardo nel caso in cui la piattaforma sponsorizzata non offra la possibilità tecnica di escludere gli utenti di età inferiore a 18 anni.

In secondo luogo, vengono introdotti specifici obblighi informativi a scopo di trasparenza, al fine di far apparire in modo chiaro sull'immagine o sul video, durante l'intera durata del messaggio, la menzione "pubblicità" o "collaborazione commerciale". L'assenza di questa indicazione costituisce pratica commerciale ingannevole ai sensi del codice del consumo e, dunque, anche suscettibile di ingenerare la responsabilità penale dell'*influencer* (sanzione pecuniaria di 300.000 euro e due anni di reclusione).

Infine, l'*influencer* deve segnalare se le immagini del volto o del profilo sono ritoccate e anche in questo caso la mancata ottemperanza è punita con la reclusione (un anno) e una sanzione pecuniaria (4.500 euro).

3. L'AGENTE DELL'*INFLUENCER*, I REQUISITI DEL CONTRATTO E LA RESPONSABILITÀ.

Pure di rilievo è la previsione di norme specifiche per l'attività di agente dell'*influencer*. L'art. 7 definisce attività di agenzia quella che consiste nel rappresentare, a titolo oneroso, le persone fisiche o giuridiche che esercitano l'attività di *influencer*.

Quando il contratto è stipulato tramite un agente, sono previste specifiche disposizioni circa il suo contenuto. Esso deve essere redatto per iscritto a pena di nullità e deve contenere obbligatoriamente alcune clausole, tra cui spicca quella secondo cui il contratto va assoggettato al diritto francese quando l'attività di *influencer* è destinata ad un pubblico francese (art. 8). Si tratta di una disposizione davvero inedita, stante il principio generale di libertà di scelta della *lex contractus*, che è riconosciuto pressoché

ovunque come un pilastro del diritto internazionale privato. È appena il caso di ricordare che neanche in materia di contratti conclusi con il consumatore ci si era mai spinti a derogare alla libertà di scelta della legge applicabile²⁴.

Inoltre, il contratto deve contenere la precisa indicazione delle parti (con menzione delle coordinate sia postali che elettroniche e del paese di residenza fiscale), il contenuto dell'incarico attribuito all'*influencer*, il corrispettivo economico e, nel caso di prestazioni in natura, il loro equivalente monetario con indicazione delle modalità di corresponsione. Da ultimo, esso deve anche specificare i diritti e gli obblighi delle parti, come ad esempio la disciplina relativa al rispetto dei diritti di proprietà intellettuale nella realizzazione dei messaggi dell'*influencer*²⁵.

La legge introduce anche una forma di responsabilità solidale particolarmente penetrante. Infatti, l'agente è tenuto a garantire la conformità delle attività alle norme previste dalla legge ed è responsabile in solido con l'*influencer* e con il soggetto committente per il risarcimento dei danni cagionati a terzi in esecuzione del contratto (art. 8). Questa disciplina si connette alla *ratio* perseguita dal legislatore francese, che è appunto quella di regolamentare l'attività degli *influencers* e tutelare l'utente che può vedersi esposto a subire gli abusi di una simile attività.

Va comunque precisato che la legge prevede l'applicazione delle sue norme solo laddove il corrispettivo percepito dall'*influencer* sia superiore ad una soglia che sarà fissata con un decreto del *Conseil d'Etat*, che al momento non è ancora stato emanato.

Oltre alla responsabilità solidale tra l'*influencer*, il suo (eventuale) agente e il committente, va segnalata la responsabilità esclusiva dell'*influencer*, relativa al cd. *drogshipping*. Si tratta di una pratica piuttosto diffusa nel settore del commercio elettronico, in base alla quale gli ordini di acquisto dei prodotti avvengono attraverso una piattaforma, che si limita ad inoltrarli al fornitore, cui poi spetta occuparsi della spedizione e della consegna ed è responsabile del corretto adempimento del contratto. Ebbene, la legge francese prevede ora che se è l'*influencer* a promuovere simili prodotti attraverso i suoi messaggi, egli è responsabile nei confronti dell'acquirente dell'adempimento della prestazione e della consegna in tempi ragionevoli. Egli deve inoltre fornire tutte le informazioni precontrattuali previste in materia di vendita a distanza (art. 6).

²⁴ Cfr. Reg. CE 593-2008 del 17 giugno 2008, Roma I, art. 6, co. 2. Non esita a denunciare il dirigismo contrattuale che ispira queste disposizioni, T. GIRARD-GAYMARD, *op. ult. cit.*, p. 1251.

²⁵ C. MARÉCHAL POLLAUD-DULIAN, *In-*

fluencer sur l'influence: la loi n° 2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux, in *Communication-Commerce électronique*, 2023, fasc. 8, n. 19.

4. IL QUADRO DI RIFERIMENTO NORMATIVO IN AMBITO EUROPEO.

La legge francese si inserisce in un contesto caratterizzato dalla proliferazione di norme sul 'mercato digitale' nell'Unione Europea, che, seppure non specificamente rivolte a disciplinare l'*influence marketing*, sono però già suscettibili di essere ad esso applicabili.

Non è questa la sede per ricostruirne il quadro completo ²⁶, ma merita di essere ricordato, anzitutto, il recente Regolamento UE 2022/2065 del 22 ottobre 2022 (*Digital Services Act*), che peraltro contempla all'art. 26 una norma specificamente rivolta a prevedere precisi obblighi affinché sia chiaramente percepibile la natura pubblicitaria dei messaggi che vengono diffusi nella rete. Più in generale, anche se non è previsto un obbligo di sorveglianza preventiva e, quindi di responsabilità dei soggetti che gestiscono le piattaforme (*hosting provider*) per le informazioni veicolate (principio del cd. *safe harbour*), tuttavia si assiste ad un loro progressivo coinvolgimento nella adozione di misure idonee a ridurre i rischi di abusi. Infatti, non solo gli *hosting providers* sono tenuti a rimuovere i contenuti illeciti, offensivi, o lesivi del diritto di autore, ma il *Digital Service Act* ora prevede che le piattaforme online "molto grandi" (ovvero quelle "che hanno un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni") sono obbligate a valutare e adottare misure di contrasto ai c.d. "rischi sistemici" (art. 33). Altri obblighi sono poi previsti in capo alle piattaforme con caratteristiche di "gatekeepers" dal regolamento europeo sui mercati digitali, pure di recente entrata in vigore (*Digital Markets Act*) ²⁷.

Un'ulteriore fonte di disciplina del settore è la direttiva 2018/1808/UE, che contiene norme in materia di pubblicità 'occulta'. Essa è stata recepita in Francia, come anche nel nostro ordinamento, attraverso il testo unico sui servizi di media audiovisivi e radiofonici (d.lgs. 8 novembre 2021, n. 208), che accoglie una definizione ampia di "comunicazione commerciale audiovisiva": "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 e comprendenti, tra l'altro, la pubblicità televisiva, la sponsorizzazione, la telepromozione, la televendita e l'inserimento di prodotti, 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) d.lgs. n. 208/2021).

²⁶ Per utili approfondimenti, cfr. G. BAROZZA REGGIANI, *Influencer marketing e regolazione pubblica nel prisma del costituzionalismo digitale*, in *Rivista Corte dei Conti*, 2022, n. 5, pp. 96 ss.

²⁷ Regolamento Ue 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive Ue 2019/1937 e Ue 2020/1823.

Stante l'ampiezza della definizione, in essa rientra gran parte delle attività di *influence marketing*, tanto che la pubblicità degli *influencers* forma oggetto di una crescente attenzione da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Negli anni scorsi, alcune attività sono state censurate perché non indicavano in modo sufficientemente chiaro e riconoscibile la natura commerciale del messaggio²⁸. Da ultimo, nel mese di dicembre 2023 l'Autorità è intervenuta relativamente ad un caso di pubblicità ingannevole da parte di una nota *influencer*, che ha destato una grande attenzione mediatica e che si è concluso con la condanna al pagamento di cospicue sanzioni pecuniarie a carico dei soggetti coinvolti²⁹.

Tenendo presente questo quadro normativo così variegato, nonché in ragione della competenza riconosciuta all'UE in materia, la Commissione europea non ha mancato di contestare l'iniziativa assunta dal legislatore francese, con una lettera ufficiale del Commissario per il mercato interno del 14 agosto 2023, che ha indotto il Governo a correre ai ripari, introducendo nel progetto di legge presentato il 15 novembre 2023 sull'attuazione di varie norme di origine europea una delega per modificare la legge sugli *influencer* a pochi mesi di distanza dalla sua approvazione³⁰. In sostanza, emerge il timore che gli Stati membri si muovano in ordine sparso, mentre semmai dovrebbe essere il legislatore europeo a dettare una disciplina specifica sull'*influence marketing*, come auspica il Comitato economico e sociale europeo in un suo recente parere, ove appunto si legge che è opportuna "un'armonizzazione a livello europeo che preveda esplicitamente la regolamentazione della figura dei creatori di contenuti/influencer e delle loro responsabilità quando generano e/o diffondono comunicazioni commerciali, in modo da garantire una maggiore trasparenza e responsabilità nello svolgimento delle loro attività"³¹ (3.3.3)³¹.

²⁸ V. ad esempio A.G.C.M., PS/12009, 30 settembre 2021, Provv. n. 29837, in Boll. 41/2021. Cfr. A. P. SEMINARA, *Marketing d'influenza e pubblicità non trasparente: la responsabilità dell'inserzionista, degli influencer e dell'internet service provider*, in *Persona e Mercato*, 2023, pp. 548 ss.

²⁹ A.G.C.M., PS/12506, 15 dicembre 2023, Provv. n. 31002, *Balocco-Sostegno all'Ospedale Regina Margherita*, in Boll. 48/2023, disponibile al link <https://www.agcm.it/publicazioni/bollettino-settimanale/2023/48/Bollettino-48-2023>. Cfr. altresì le linee-guida volte a garantire il rispetto delle disposizioni del testo unico da parte degli *influencer* adottate in data 10 gennaio 2024

(delibera n. 7/24/CONS, reperibile nel sito www.agcom.it).

³⁰ Proj. L. Sénat n° 112, recante norme per l'adattamento al diritto UE, art. 3, <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl23-112.html>. T. DOUVILLE, *De la conformité au droit de l'Union de la loi visant à encadrer l'influence commerciale*, in *Bulletin Joly Bourse*, 2023, n. 6, pp. 7 ss.

³¹ Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema « La pubblicità attraverso gli influencer e il suo impatto sui consumatori » (parere esplorativo richiesto dalla presidenza spagnola) del 13 luglio 2023 (2023/C 349/15), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023AE1658>.

5. I LIMITI DI UNA DISCIPLINA DI DIRITTO INTERNO.

La Francia è il primo paese ad affrontare con una normativa *ad hoc* un fenomeno che sta assumendo proporzioni considerevoli. Nel loro complesso, le disposizioni molto penetranti che vengono introdotte si prestano ad essere lette come il tentativo di proteggere gli utenti della rete, introducendo limiti all'attività pubblicitaria degli *influencers*. Lo strumento utilizzato fa perno su un formalismo contrattuale accentuato, con norme imperative che sanciscono obblighi specifici, tra i quali spicca quello relativo all'applicazione universale della legge francese rispetto a qualsiasi contenuto pubblicitario predisposto da soggetti ubicati al di fuori del territorio, se esso è indirizzato al pubblico francese, giungendosi fino al punto di imporre la scelta della legge francese nei contratti stipulati tra l'agente e l'*influencer*.

Pur essendo comprensibile il tentativo perseguito dal legislatore francese di fornire risposte di fronte alle derive di un mercato pubblicitario sempre più subdolo, la recente legge in materia suscita più di un motivo di perplessità, su cui è opportuno concentrarsi a conclusione di queste brevi note.

Un primo ordine di rilievi prende le mosse dal fatto che ci si trova in presenza di un fenomeno che si sviluppa nello spazio 'globale' del web e ciò rende di per sé poco realistico il tentativo di ricondurlo entro i confini di una disciplina nazionale. Per avvedersene, basta rilevare che la legge si applica ai messaggi destinati ad un pubblico francese. Senonché, vi sono *influencer* seguiti in tutto il mondo, i cui messaggi si rivolgono quindi ad un pubblico eterogeneo e ubicato in numerosi paesi. In tali casi, è quanto meno discutibile che potrà ritenersi integrato il presupposto applicativo della legge per il sol fatto che il messaggio, pur non essendo destinato al pubblico francese, è visibile anche in Francia, con ciò vanificandosi probabilmente lo scopo perseguito dal legislatore.

Una seconda osservazione riguarda la difficoltà di immaginare soluzioni realmente efficaci per affrontare un fenomeno dai contorni piuttosto sfuggenti. Si pensi al requisito della notorietà, che costituisce l'altro presupposto per l'applicabilità della legge francese. Sulla base di un ragionamento empirico, si potrebbe essere indotti a ritenere che un cd. nano-influencer (che ha un numero di followers inferiore a 10.000 persone) non goda di una notorietà sufficiente a candidarlo ad un'utile promozione di prodotti, il cui 'impatto' sarebbe trascurabile. Ma questa conclusione potrebbe rivelarsi del tutto fallace, ove si consideri che il mercato si rivolge sempre più spesso proprio a questi soggetti, particolarmente attivi sui *social media*, perché, sebbene raggiungano un numero limitato di utenti, essi sono ritenuti particolarmente affidabili dai loro *followers*, con evidenti ricadute commerciali. Sicché, la strategia commerciale per diffondere un prodotto può rivelarsi molto utile

(e forse anche più economica) se realizzata attraverso la parcelizzazione attraverso una fitta rete di *nano-influencer*, destinata a raggiungere una vasta platea di soggetti. In modo paradossale, allora, l'attività di questi *influencers* sfuggirebbe alle rigide maglie della normativa, non essendo sufficientemente 'notori', sicché potrebbero operare con maggiore libertà rispetto a quelli più 'noti'.

Come si vede, più si immaginano soluzioni dettagliate, più la situazione rischia di complicarsi. In conclusione, allora, può osservarsi che il fenomeno dell'*influence marketing* costituisce un ulteriore tassello di un mosaico che fa emergere, per un verso, la vulnerabilità cui ciascuno è esposto nella rete e, per altro verso, la difficoltà di farvi fronte con l'emanazione di norme da parte dei legislatori nazionali che, oltre ad appesantire un panorama regolamentare già piuttosto affollato, rischiano di non raggiungere l'obiettivo di una tutela effettiva.

Abstract

The paper discusses the recent French statute aimed at regulating influence marketing and countering the abuses of influencers on social networks. The new legislation adopts a rather strict approach, abounding in prescriptions, prohibitions, and mandatory rules. While influence marketing is growing all over the world and in search of specific rules, single initiatives by the national legislators, like the French one, seem to be inadequate to face the challenges of a phenomenon having a global character.