

Laura Maria Franciosi

DISCIPLINA DELLA PUBBLICITÀ COMPARATIVA E RUOLO DEGLI INFLUENCERS IN PROSPETTIVA COMPARATA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il contesto statunitense e quello europeo. – 3. L'influenza della disciplina europea sui singoli sistemi nazionali: l'esperienza francese e italiana. – 4. Il modello statunitense e quello europeo a confronto. – 5. (*segue*) La cd. *puffery defence* e la connessione con la *doctrine of caveat emptor*. – 6. Il ruolo dei *social media influencers*. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il ricorso alla pubblicità comparativa è divenuto un fenomeno molto comune nel contesto delle comunicazioni commerciali e degli annunci pubblicitari. La locuzione ‘pubblicità comparativa’ si riferisce a ogni forma di pubblicità nella quale viene posto in essere un confronto tra il prodotto pubblicizzato e quello di un concorrente¹. Questa forma di pubblicità può essere di varia natura: il nome del *competitor* può essere menzionato espressamente oppure no; può trattarsi di una comparazione positiva, in cui vengono enfatizzate le somiglianze tra i due prodotti (soprattutto nel caso di una start-up o produttore poco noto, che voglia affiancare i propri prodotti a quelli del leader di mercato) o le differenze, generalmente accentuando gli aspetti che rendono migliore il prodotto reclamizzato rispetto a quello preso a confronto. Nel primo caso sono

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Si veda, ad esempio, l'articolo 2 lettera a) della Direttiva 2006/114/CE concernente la pubblicità ingannevole e comparativa, che definisce ‘comparativa’ «qualsiasi pubblicità che identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente»: *L_2006376IT.01002101.xml (europa.eu)* [l'ultima data di consultazione di tutti i siti riportati è il 16 maggio 2024, n.d.A.].

frequenti i cd. *equivalence claims*, nel secondo i cd. *superiority claims*². Negli Stati Uniti sono note le battaglie commerciali a suon di pubblicità comparative tra Coca Cola e Pepsi Cola, McDonald's e Burger King, e i colossi delle telecomunicazioni Verizon e AT&T, in cui una parte canzona i prodotti del concorrente perché noiosi, antiquati, poco convincenti o, in generale, inferiori³.

Nel disciplinare i limiti di ammissibilità della pubblicità comparativa occorre tenere conto degli interessi di tre soggetti distinti: quello di chi reclamizza i propri prodotti, quello del concorrente e quello dei consumatori, destinatari del messaggio pubblicitario. Il primo ha interesse a enfatizzare le qualità dei propri prodotti a scapito di quelle del concorrente; il secondo, invece, ha interesse a proteggere il proprio nome e la propria reputazione; i consumatori hanno interesse a ricevere informazioni veritiere, che consentano loro di compiere scelte consapevoli⁴.

La sfida per gli ordinamenti è perciò quella di trovare un punto di equilibrio tra queste posizioni e la soluzione dipende da quale interesse venga ritenuto prioritario: se è quello di proteggere gli imprenditori, le regole saranno orientate a circoscrivere il più possibile la pubblicità comparativa; qualora, invece, si voglia privilegiare la libera concorrenza e lo sviluppo del mercato, si tenderà a mitigarne i limiti⁵.

² In generale: K.C. WILLIAMS, R.A. PAGE, JR., *Comparative Advertising as a Competitive Tool*, in *J. Marketing Dev. & Competitiveness*, 2013, 7, p. 47 ss., in particolare pp. 48-51.

³ Cfr., ad esempio, T.W. DORNIS, T. WEIN, *Trademarks, Comparative Advertising, and Product Imitations: An Untold Story of Law and Economics*, in *Penn St. L. Rev.* 2016, n. 121, p. 421.

⁴ Per una disamina delle evoluzioni occorse nel contesto europeo: V. ROPPO, *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto. Le coordinate del dibattito, con qualche elemento di novità*, in *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, a cura di G. ALPA, V. ROPPO, Roma, 2013, p. 178-203.

⁵ In una prospettiva di respiro generale, sugli equilibri tra il ruolo delle Istituzioni e il rispetto dei diritti umani, la funzione della concorrenza e del mercato e quella dell'*acquis* comunitario, sono molto interessanti le considerazioni di R. TARCHI, *L'approdo europeo del Rule of law. Riflessioni introduttive e di sintesi*, in *Il Rule of law in Europa*, a cura di R. TARCHI, A. GATTI, Geno-

La tendenza comune negli ordinamenti occidentali⁶ è ormai quella di favorire la libera concorrenza e il benessere dei consumatori⁷, e la pubblicità comparativa è vista come uno strumento utile per conseguire tali obiettivi, purché entro limiti determinati: tratto comune ai modelli della tradizione giuridica occidentale è che la pubblicità deve essere veritiera e non deve ingenerare confusione nel consumatore, a scapito anche dei concorrenti⁸. Altro tratto comune è la presenza di un sistema articolato di tutele e competenze che, di norma, vede coinvolti i Giudici nazionali, le Autorità preposte alla tutela della concorrenza e gli organismi di *self-regulation* del settore⁹.

Tuttavia, il modello statunitense – connotato da un approccio liberista al tema e dalla priorità accordata allo sviluppo della concorrenza e del mercato – differisce da quello dei Paesi europei¹⁰, all'interno dei quali si assiste a una dicotomia tra (i) orientamento delle Istituzioni europee, da sempre favorevoli a privilegiare la libera concorrenza e lo sviluppo del mercato e, quindi, inclini a interpretare in senso restrittivo e

va, 2023, in particolare p. 14. Il volume è reperibile al link: *IL RULE OF LAW IN EUROPA* (calameo.com).

⁶ Per un'originale analisi delle interazioni tra globalizzazione e diritti soggettivi e sul ruolo del diritto comparato: G. MARINI, *Globalizzazione attraverso i diritti e metamorfosi del diritto comparato*, in *La vocazione civile del giurista*, cit., p. 349 ss.

⁷ Per un'interessante disamina comparata, cfr. *Armonizzazione del diritto dei consumatori in Europa e in America Latina*, a cura di S. LANNI, Napoli, 2018.

⁸ Si confronti sul punto il FEDERAL TRADE COMMISSION, *Policy Statement on Comparative Advertising*, 16 CFR 14.15: «(b) ... Additionally, the use of truthful comparative advertising should not be restrained by broadcasters or self-regulation entities. (c) ... Comparative advertising, when truthful and nondeceptive, is a source of important information to consumers and assists them in making rational purchase decisions. Comparative advertising encourages product improvement and innovation, and can lead to lower prices in the marketplace»; e l'articolo 4 della Direttiva 2006/114/CE.

⁹ H. COLLINS, *Regulating contracts*, Oxford University Press, Oxford, 2005, *passim*. Per una disamina del tema in prospettiva generale: A. GUARNERI, *Usi*, in *Digesto disc. priv. – Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, pp. 206-227.

¹⁰ *Ex multis*: C. ROMANO, *Comparative Advertising in the United States and in France*, in *NW J. Int'l L. & Bus.*, 2005, 25, p. 371; T.W. DORNIS, T. WEIN, *Trademarks, Comparative Advertising, and Product Imitations*, cit., pp. 424-426.

residuale i limiti alla pubblicità comparativa, e (ii) quello dei Giudici nazionali (fatta eccezione per quelli inglesi) che, come si avrà modo di evidenziare, risulta ancora caratterizzato da una sorta di diffidenza culturale verso tale forma di pubblicità e da un atteggiamento di protezione del consumatore, quasi paternalistico.

Il tema è reso ancora più interessante in virtù del ruolo di primo piano assunto dai social media, e in particolare dai cd. *social media influencers*: come si avrà modo di illustrare, il volume di affari generato da questa peculiare forma di pubblicità (peraltro sovente non dichiarata) ha raggiunto, negli ultimi anni, dimensioni assolutamente notevoli, tanto che oramai molti produttori la considerano il modello privilegiato di promozione e commercializzazione dei propri prodotti. Tale fenomeno mette quindi alla prova l'adeguatezza delle tutele approntate dai singoli sistemi, tanto nei confronti dei consumatori quanto delle imprese concorrenti, oltretutto della disciplina finalizzata a regolamentare l'attività (e le responsabilità) delle piattaforme digitali.

In prospettiva comparata il tema in esame assume dunque particolare rilievo perché in esso si ravvisano alcuni fenomeni paradigmatici, da tempo posti in luce dagli studi di diritto comparato¹¹, quali la dissociazione tra enunciazioni teoretiche

¹¹ Vengono in considerazione in proposito o i pilastri della comparazione giuridica, come enunciati e sintetizzati nelle cd. 'Tesi di Trento', in particolare la prima: «Il compito della comparazione giuridica, senza il quale essa non sarebbe scienza, è l'acquisizione di una migliore conoscenza del diritto, così come in generale il compito di tutte le scienze comparatistiche è l'acquisizione di una migliore conoscenza dei dati appartenenti all'area a cui essa si applica. L'ulteriore ricerca e promozione del modello legale o interpretativo migliore sono risultati considerevolissimi della comparazione, ma quest'ultima rimane scienza anche se questi risultati fanno difetto». Come noto, le cinque 'Tesi di Trento', originariamente sviluppate da un gruppo di comparatisti italiani, rappresentano il manifesto del comparatista, sintetizzando appunto i tratti costitutivi di tale scienza. Per approfondimenti: A. GAMBARO, R. SACCO, P.G. MONATERI, *Comparazione giuridica*, in *Digesto disc. priv. – Sez. civ.*, III, Torino, 1988, p.48; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. SACCO, Torino, 1992, rist. 2003, pp. 16, 48-51.

e regole operazionali¹², l'operatività di formanti diversi¹³ e, soprattutto, l'influenza – sovente crittotipica – di fattori culturali, economici e sociali¹⁴, oltre alle sfide poste dalle nuove tecnologie ai confini geografici dei singoli diritti nazionali¹⁵.

In particolare, nel paragrafo 2 si descrive il contesto giuridico statunitense e quello europeo: il primo rappresenta infatti l'espressione per eccellenza del ricorso alla pubblicità comparativa, nonché del ruolo di crescente importanza assunto dai cd. *social media influencers* («influencers»), mentre il secondo costituisce un modello di particolare interesse nella tradizione giuridica occidentale, anche per le interazioni tra diritto europeo e singoli diritti nazionali¹⁶; nel paragrafo 3 si analizza l'influenza della disciplina europea sui sistemi francese e italiano, entrambi rappresentativi del contesto dei singoli Stati membri, così da porre a confronto – nel paragrafo 4 – i tratti salienti del modello americano con quelli del modello europeo; il paragrafo 5 si sofferma su un aspetto particolare della disciplina giuridica statunitense, la cd. *puffery defence*

¹² Si veda in particolare la quarta tesi di Trento: «La conoscenza dei sistemi giuridici in forma comparativa ha il merito specifico di controllare la coerenza dei vari elementi presenti in ogni sistema, dopo aver identificato e ricostruito questi stessi elementi. In specie, essa controlla se le regole operazionali presenti nel sistema siano compatibili con le proposizioni teoretiche elaborate per rendere conoscibili le regole operazionali»: A. GAMBARO, R. SACCO, P.G. MONATERI, *Comparazione giuridica*, cit., *ibidem*.

¹³ R. SACCO, *Formante*, in *Digesto disc. priv. – Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 438 ss. Molto interessanti in proposito anche le riflessioni di E. IORIATTI, *Comparative Law Method and the Legal Formants as Catalysts of Normative Realities*, in *The Grand Strategy of Comparative Law: Themes, Methods, Developments*, a cura di L. SILIQUINI-CINELLI, D. GIANTI, M. BALESTRIERI, Abingdon-on-Thames, Routledge, 2024, p. 250 ss.

¹⁴ R. SACCO, *Crittotipo*, in *Digesto disc. priv. – Sez. civ.*, V, Torino, 1989, p. 39 ss.: «Tutto il cammino della scienza procede rendendo noti dati (operanti ma) non conosciuti. Il crittotipo di oggi può essere la regola nota di domani. In particolare, anche il diritto consta, per una parte, di proposizioni note e verbalizzate, e per un'altra parte, di crittotipi».

¹⁵ N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 48, I, p. 625 ss.

¹⁶ Sul punto (e in particolare sulle interazioni tra Corte di Giustizia europea e Giudici nazionali): A. MIRANDA, *Smoke gets in euro-eyes: fusione e fissione del diritto comunitario*, in *Europa e dir. priv.*, 2021, 3, p. 407 ss.

– figura non ammessa nel contesto giuridico europeo – descrivendone le origini e le connessioni con la più famosa *doctrine of caveat emptor*; il paragrafo 6 analizza invece il crescente ruolo, negli Stati Uniti, della pubblicità realizzata mediante gli *influencers*, soprattutto nell’ambito delle cd. *social media platforms* e i problemi di adeguamento della disciplina attuale con tale nuovo fenomeno, soffermandosi poi su due casi emblematici, uno statunitense e uno italiano. Ciò assume rilievo non solo ai fini di una migliore conoscenza del modello statunitense, ma anche come spunto per una riflessione sulle criticità che il ruolo degli *influencers* e delle piattaforme *social* pone in relazione alla disciplina della pubblicità, anche nel contesto europeo¹⁷.

2. *Il contesto statunitense e quello europeo*

La disciplina degli USA e quella dell’Europa continentale, in particolare italiana e francese, sono state caratterizzate per lungo tempo da un approccio antitetico: mentre negli Stati Uniti la pubblicità comparativa viene, sin dagli anni Cinquanta del secolo scorso, riconosciuta come strumento utile non solo per lo sviluppo del mercato, ma anche per orientare le scelte dei consumatori, in Europa il suo riconoscimento è avvenuto solo di recente. Come anticipato, questo è un ambito in cui si percepisce con chiarezza il fenomeno, individuato proprio dagli studi comparatistici, per cui, a parità di regole, la loro interpretazione e applicazione diverge¹⁸ in considerazione delle

¹⁷ Sui capisaldi del diritto comparato e sugli scopi della comparazione, si vedano anche gli interessanti rilievi di: D. CORAPI, *Lo studio e l’insegnamento del diritto privato comparato nelle università italiane*, in *Rassegna di diritto civile*, 1986, p. 435 ss.; A. GUARNERI, *Nova et vetera nella ricerca e nell’insegnamento del diritto comparato*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, 2, p. 6 ss.

¹⁸ Proprio la dissociazione tra formanti può portare, a parità di regola legislativa, a risultati differenti, così come enunciazioni teoretiche opposte possono invece dare luogo a regole operazionali convergenti: «Una legge uniforme, se non viene messo in funzione un meccanismo giurisdizionale che ne as-

influenze esercitate, *inter alia*, da elementi storici, culturali, economici, oltretutto da spinte inconsapevoli per il giurista municipale¹⁹, dando vita a uno scenario peculiare e dinamico²⁰.

L'evoluzione della disciplina della pubblicità comparativa in Europa continentale è, infatti, stata caratterizzata da una prima fase di chiusura, nella quale tale forma di pubblicità non era consentita perché si riteneva – con un atteggiamento piuttosto paternalistico – che troppe informazioni potessero trarre in inganno il consumatore. Si è assistito poi a una successiva fase di apertura regolamentata, dovuta alle istanze provenienti dalle Istituzioni europee, che hanno finito per vincere le resistenze dei singoli Stati. La cautela verso questa forma di pubblicità è, tuttavia, rimasta, spesso in forma crittotipica, e ancora oggi pare connotare l'interpretazione e applicazione delle regole vigenti da parte dei Giudici nazionali, come *infra* meglio evidenziato.

Le Corti USA hanno riconosciuto la legittimità della pubblicità comparativa da molti anni ormai. Tuttavia, fino alla fine degli anni Sessanta del secolo scorso, la stessa era assoggettata a forme di *self-regulation* da parte degli operatori

sicuri un'applicazione omogenea, sarà applicata in modi diversi nei vari paesi. È ciò che è avvenuto, ad es., con la legge cambiaria. Leggi formulate diversamente vengono invece interpretate in modi convergenti, o si dimostrano compatibili con formulazioni teoretiche, classificatorie, parallele». R. SACCO, *Formante*, cit., § 2.

¹⁹ Viene in considerazione in particolare la quinta tesi di Trento: «La conoscenza di un sistema giuridico non è monopolio del giurista appartenente al sistema dato; se da una parte è favorito dall'abbondanza delle informazioni, sarà però impacciato più di ogni altro dal presupposto che gli enunciati teoretici presenti nel sistema siano pienamente coerenti con le regole operazionali del sistema considerato»: R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2019⁷, p. 61.

²⁰ Si veda in particolare A. WATSON, *From Legal Transplants to Legal Formants*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1995, 43, 3, p. 469, che enfatizza come la cultura determini i parametri del ragionamento decisorio del giudice, i sistemi giuridici dai quali il giurista municipale sarà influenzato e l'ampiezza stessa di tale influenza. Inoltre l'Autore evidenzia come la natura del dato culturale vari da una società a un'altra, ribadendo che, in conclusione, in assenza di consapevolezza circa l'importanza dell'essere radicati in una particolare cultura giuridica, non si è in grado di comprendere i parametri del discorso giuridico.

del settore. In particolare, si riteneva che menzionare espressamente il nome del concorrente potesse suscitare forme di simpatia da parte dei consumatori nei confronti di quest'ultimo: per tale motivo si preferiva fare riferimento al concorrente utilizzando espressioni quali «il brand X» o «il brand leader di mercato»²¹.

Questa tendenza è mutata decisamente alla fine degli anni Sessanta, per effetto di due accadimenti significativi. Il primo è il *leading case* del 1968, *Smith v. Chanel*²², nel quale si è ritenuto ammissibile menzionare espressamente il nome del prodotto concorrente, a condizione che il messaggio pubblicitario sia veritiero e non crei confusione o integri un'ipotesi di *misrepresentation*²³. Tutti requisiti ancor'oggi richiesti dalle Corti statunitensi. In quel caso, il messaggio pubblicitario dichiarava che i profumi prodotti dal concorrente «duplicate 100% perfect the exact scent» dei migliori profumi al mondo, a un prezzo così basso che non si era mai visto, tanto da sfidare i consumatori «to try to detect any difference between Chanel#5 (25\$) and Ta'Ro's 2nd Chance. \$7.00»²⁴. Il secondo è la pubblicazione, nel 1969, da parte della Federal Trade Commission ('FTC'), del *Policy Statement on Comparative Advertising*, che incoraggiava la citazione esplicita del nome del prodotto o del produttore concorrente²⁵. La *ratio* dichiarata di tale scelta versa nel fatto che la pubblicità comparativa veri-

²¹ D.I. THOMPSON, *Problems of Proof in False Comparative Product Advertising: How Gullible is the Consumer?*, in *Trademark Rep.*, 1982, 72, p. 385 ss., p. 386.

²² *Smith v. Chanel, Inc.*, 402 F.2d 562 (9th Cir. 1968).

²³ Nel *common law* inglese, la *misrepresentation* è una «assertion that is not in accord with the facts», resa da una parte, che induce la controparte a stipulare un contratto. Esistono tre tipi di *misrepresentation*: *fraudulent*, *negligent* e *innocent*. La prima ricorre quando la falsa dichiarazione viene resa intenzionalmente; la seconda quando è frutto di negligenza; la terza quando la parte che l'ha resa aveva ragionevoli motivi per ritenere che la dichiarazione fosse veritiera. Nei primi due casi la controparte può chiedere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno, nel terzo solo il risarcimento del danno. Per approfondimenti: AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement Second of Contracts*, §159 ss.

²⁴ *Smith v. Chanel, Inc.*, cit., 563.

²⁵ 16 C.F.R. 14.15 (2004), cit.

tiera è ritenuta un'importante fonte di informazioni per i consumatori, tale da «assist them in making rational purchase decisions»²⁶. Successivamente, il ricorso alla pubblicità comparativa è aumentato esponenzialmente e le Corti ne hanno spesso richiamato gli effetti positivi²⁷. Ad esempio, si è evidenziato che indicare il nome del concorrente è utile per i consumatori perché «they learn at a glance what kind of product is for sale and how it differs from a known benchmark»²⁸.

Nel contesto dell'Europa continentale, sono state invece le Istituzioni europee a svolgere un ruolo di primo piano nell'evoluzione dei singoli sistemi nazionali verso un'apertura a questa forma di pubblicità. Nel 1975, il Consiglio dell'allora Comunità Economica Europea annunciò una politica favorevole alla pubblicità comparativa, quale strumento per facilitare le scelte dei consumatori tra diversi prodotti, adottando quindi una risoluzione che individuava cinque diritti fondamentali dei consumatori²⁹, tra cui quello ad essere informati³⁰. L'idea era che il consumatore dovesse poter disporre di sufficienti informazioni per valutare le caratteristiche essenziali, incluse la natura, qualità, quantità e prezzo dei prodotti e servizi reclamizzati, così da compiere scelte razionali tra prodotti e servizi concorrenti³¹. Analogamente, nel 1991 la Commis-

²⁶ 16 C.F.R. 14.15(c) (2004).

²⁷ *Ex multis*: E. BARRY, *Comparative Advertising: What Have We Learnt in Two Decades?*, in *J. Advert. Res.*, 1993, p. 19; D.I. THOMPSON, *Problems of Proof*, cit., p. 387.

²⁸ *August Storck K.G. v. Nabisco, Inc.*, 59 F.3d 616, 618 (7th Cir., 1995). In termini simili: *Deere & Co. v. MTD Prods., Inc.*, 41 F.3d 39, 44 (1994).

²⁹ In particolare: «the right to protection of health and safety, the right to protection of economic interests, the right to claim for damages, the right to an education, and the right to legal representation (or the right otherwise to be heard)». Per approfondimenti, oltre alla nota successiva, cfr. *Consumer Protection in the EU – Policy overview*, 2015, a cura del PARLAMENTO EUROPEO, reperibile a: *Consumer protection in the EU (europa.eu)*.

³⁰ Council Resolution, April 14, 1975: *Preliminary Programme of the European Economic Community for a Consumer Protection and Information Policy*, in *O.J.*, 1975, C-092, p. 1, reperibile al sito: *EUR-Lex - 31975Y0425(01) - EN - EUR-Lex (europa.eu)*.

³¹ 75/C 92/02, *Programma preliminare della Comunità economica europea per una politica di protezione e di informazione del consumatore*, *ibidem*, p. 2 ss. Per un'interessante prospettiva, nell'ambito del settore degli investi-

sione Europea, avanzando la proposta di una direttiva proprio sulla pubblicità comparativa, ritenne necessario armonizzare questo settore per favorire lo sviluppo del mercato, evidenziando in particolare che la pubblicità comparativa è uno strumento per promuovere sia la consapevolezza del consumatore che la libera concorrenza³².

La prima Direttiva europea in materia di pubblicità è stata la n. 84/450/CEE, finalizzata al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di pubblicità ingannevole³³, che tuttavia non si occupava della pubblicità comparativa, stante le ancora persistenti macro-differenze tra gli Stati. Successivamente è entrata in vigore la Direttiva 1997/55/CEE, finalizzata a modificare la direttiva precedente, proprio al fine di ammettere espressamente la pubblicità comparativa, disciplinandone i limiti³⁴. In particolare, in tale Direttiva la pubblicità com-

menti finanziari, A. CANDIAN, *Temi e problemi di diritto comparato dei mercati assicurativi e finanziari: una prima ricognizione...*, in *Le nuove frontiere della comparazione* (Atti del 1. Convegno Nazionale della SIRD Milano, 5-6-7 maggio 2011), a cura di L. ANTONIOLLI, G.A. BENACCHIO, R. TONIATTI, Trento, 2012, p. 327 ss.; EAD., *Professione forense e ricerca scientifica. Nuove prospettive del diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, in *Economia e diritto del terziario*, 2011, 2, p. 355 ss.

³² Si veda, ad esempio, R.C. PALANCA, *The Directive on Comparative Advertising*, in *Revue des Affaires Europeennes*, 1998, 3, p. 195 ss., p. 198.

³³ *Direttiva - 84/450 - EN - EUR-Lex (europa.eu)*.

³⁴ La direttiva era infatti rubricata *Direttiva 97/55/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 6 ottobre 1997 che modifica la direttiva 84/450/CEE relativa alla pubblicità ingannevole al fine di includervi la pubblicità comparativa: Direttiva - 97/55 - EN - EUR-Lex (europa.eu)*. Significativo, *inter alia*, il considerando n. 2, secondo cui «considerando che col completamento del mercato interno la varietà dell'offerta è destinata ad aumentare sempre più; che, poiché i consumatori possono e devono ricavare il massimo vantaggio dal mercato interno, e la pubblicità costituisce uno strumento molto importante per aprire sbocchi reali in tutta l'Unione europea per qualsiasi bene o servizio, le disposizioni essenziali che disciplinano la forma e il contenuto della pubblicità comparativa devono essere uniformi e le condizioni per l'utilizzazione della pubblicità comparativa in tutti gli Stati membri devono essere armonizzate; che, a queste condizioni, ciò contribuirà a mettere oggettivamente in evidenza i pregi dei vari prodotti comparabili; che la pubblicità comparativa può anche stimolare la concorrenza tra i fornitori di beni e di servizi nell'interesse dei consumatori».

parativa viene definita «qualsiasi pubblicità che identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente» e, ai sensi dell'articolo 3bis, aggiunto al testo della precedente direttiva del 1984, la stessa è ammessa a condizione che: (a) non sia ingannevole, (b) confronti beni o servizi che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi; (c) confronti obiettivamente una o più caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative, compreso eventualmente il prezzo, di tali beni e servizi; (d) non ingeneri confusione sul mercato fra l'operatore pubblicitario ed un concorrente o tra i marchi, le denominazioni commerciali, altri segni distintivi, i beni o i servizi dell'operatore pubblicitario e quelli di un concorrente; (e) non causi discredito o denigrazione di marchi, denominazione commerciali, altri segni distintivi, beni, servizi, attività o circostanze di un concorrente; (f) per i prodotti recanti denominazione di origine, si riferisca in ogni caso a prodotti aventi la stessa denominazione; (g) non tragga indebitamente vantaggio dalla notorietà connessa al marchio, alla denominazione commerciale o a altro segno distintivo di un concorrente o alle denominazioni di origine di prodotti concorrenti; (h) non rappresenti un bene o servizio come imitazione o contraffazione di beni o servizi protetti da un marchio o da una denominazione commerciale depositati. Tale regime giuridico è stato in seguito parzialmente modificato dall'articolo 14 della Direttiva 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali sleali³⁵. La disciplina della pubblicità comparativa è poi confluita nell'articolo 4 della Direttiva 2006/114 /CE, che ha abrogato le due Direttive precedenti, mantenendo tuttavia inalterate sia la definizione di pubblicità comparativa, che le condizioni di ammissibilità di essa, sopra richiamate³⁶.

Si è così venuto a creare un doppio binario di tutela, con discipline che talvolta si sovrappongono: da un lato, le previsioni della Direttiva 2005/29/CE, attuate in Italia con il D.lgs. 146/2007 e confluite nel Codice del consumo (Titolo III, artt.

³⁵ *Direttiva - 2005/29 - EN - EUR-Lex (europa.eu).*

³⁶ *Direttiva - 2006/114 - EN - EUR-Lex (europa.eu).*

20-26), finalizzate a tutelare i consumatori avverso le pratiche commerciali scorrette poste in essere dalle imprese³⁷; dall'altro, quelle della Direttiva 2006/114/CE, attuata con il citato D.lgs. 145/2007, con lo scopo di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali e di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa.

3. *L'influenza della disciplina europea sui singoli sistemi nazionali: l'esperienza francese e italiana*

L'evoluzione della disciplina della pubblicità comparativa in Francia è caratterizzata da tre distinti periodi. Fino al 1992, in assenza di disposizioni legislative, la pubblicità comparativa era guardata con sospetto e ritenuta una forma impropria e inopportuna di concorrenza, contraria alle regole del fair play e agli standard etici della pubblicità³⁸. Inoltre, si riteneva che la stessa potesse ingenerare confusione nel pubblico dei consumatori, in contrasto con quanto previsto dalle norme a tutela della proprietà intellettuale³⁹. In seguito, sulla scorta delle istanze provenienti dalle Istituzioni comunitarie, nel 1986 la Corte di Cassazione francese ha abbandonato l'orientamento consolidato che proibiva tale forma di pubblicità⁴⁰.

³⁷ La disciplina della Direttiva 2005/29/CE è stata in parte modificata nel 2019, con la Direttiva 2019/2161/UE, finalizzata a migliorare il livello di protezione dei consumatori in Europa. La Direttiva è stata attuata in Italia con il D.lgs. n. 26/2023: in particolare, si è ampliato l'elenco delle pratiche commerciali scorrette e si è introdotta una tutela civilistica individuale, attualmente disciplinata dall'articolo 27, comma 15bis del Codice del consumo. In generale: A. PURPURA, *Private enforcement delle pratiche commerciali scorrette: il nuovo comma 15-bis dell'art. 27 c. cons.*, in *Eur. dir. priv.*, 2023, 4, p. 815 ss.

³⁸ A. PIROVANO, *Publicité comparative et protection des consommateurs*, in *Dalloz*, 1974, chron. 279; T. BODEWIG, *The Regulation of Comparative Advertising in the European Union*, in *Tul. Eur. & Civ. L.F.*, 1984, 9, p. 179 ss., p. 187.

³⁹ G. BONET, *L'usage de la marque d'autrui dans la publicité. Le nouveau droit des marques en France*, Publications de l'IRPI No. 10, Paris, 1991, p. 109.

⁴⁰ Cass. com., 22 luglio 1986, in *J.C.P.*, 1987, II, p. 14901.

Successivamente, la Legge n. 60 del 18 gennaio 1992 ha recepito le linee guida elaborate dalla *Cour de Cassation* e, per la prima volta, si è autorizzato espressamente il ricorso a tale forma di pubblicità, assoggettandola, tuttavia, a limiti stringenti, con lo scopo di proteggere gli interessi dei consumatori (ritenuti soggetti vulnerabili) e quelli dei concorrenti coinvolti nella comparazione⁴¹. La promulgazione di tale Legge ha segnato il passaggio al secondo periodo dell'evoluzione occorsa in Francia, caratterizzato da un'apertura formale alla possibilità di utilizzare la pubblicità comparativa, che però non ha trovato effettiva corrispondenza nella realtà, soprattutto a causa dei limiti cui si faceva cenno. La maggior parte dei tentativi di ricorrere a forme di comparazione è stata stroncata dalle Corti francesi, ancora non avvezze a tale strumento e connotate da una forma di diffidenza, per la verità neppure tanto celata, verso di esso⁴². L'ostacolo normativo principale era costituito dalla necessità di rivelare in anticipo al concorrente il contenuto del messaggio pubblicitario comparativo, così da procurarsi il suo preventivo assenso. In concreto ciò si è tradotto, da un lato, nel proliferare del diniego all'autorizzazione necessaria da parte dei *competitors* e, dall'altro, nell'incremento di richieste di inibitoria giudiziale alla diffusione della *réclame* o, ancora, nella possibilità per il concorrente di giocare d'anticipo, strutturando in tempi molto rapidi campagne pubblicitarie in risposta a quella comparativa, che ancora doveva essere trasmessa⁴³.

Inoltre, le pubblicità ritenute non conformi alle previsioni legislative venivano sanzionate a titolo di pubblicità ingan-

⁴¹ In particolare, la disciplina della pubblicità comparativa era contenuta nell'articolo 10 della Legge. Sul punto: Y. SERANDOUR, *L'avènement de la publicité comparative en France: article 10 de la loi No. 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs*, in *J.C.P.*, 1992, I, p. 3596 ss.

⁴² Per una rassegna critica: J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la Consommation*, Dalloz, Paris, 1996⁴, pp. 15-16.

⁴³ In particolare: F. PICOD, *L'obligation de communication préalable à l'épreuve de la directive communautaire sur la publicité comparative*, in *Dalloz Affaires*, 2001, chron. 914.

nevole e/o violazione del marchio altrui⁴⁴. Ad esempio, la Corte d'Appello di Parigi ha proibito una pubblicità raffigurante tre biscotti affiancati da una tabella riportante i rischi alla salute dovuti al consumo di – o all'esposizione a – vari prodotti: comparato ai rischi da esposizione al fumo, indicati all'ottavo posto con una probabilità di sviluppare un tumore ai polmoni pari al 1,19%, il consumo di un biscotto al giorno veniva collocato al quinto posto, associato al rischio di malattie cardiovascolari dell'1,49%. La Corte ha ritenuto la pubblicità denigratoria dei produttori di biscotti⁴⁵. In un diverso caso, si è ritenuta denigratoria una pubblicità nella quale il servizio reclamizzato veniva associato alla luce solare, mentre quello del concorrente al buio della notte⁴⁶. La Corte d'Appello di Bourges ha considerato ingannevole una *réclame* che metteva a confronto i prezzi di un supermercato con quelli di altri concorrenti, perché la comparazione era limitata solo a un numero circoscritto di beni. Secondo la Corte la pubblicità era ingannevole perché induceva nel consumatore, falsamente, la convinzione che tutti i prodotti del supermercato fossero venduti a prezzi inferiori⁴⁷. La Legge 60/1992 è rimasta in vigore sino all'adozione, nel 2001, del Decreto 2001-741 (poi conflui-

⁴⁴ Le possibili sovrapposizioni ed interferenze tra la disciplina della pubblicità e quella di tutela del marchio sono riconosciute anche a livello europeo: ad esempio, l'articolo 9 del Regolamento 2017/1001 sul marchio dell'Unione Europea, rubricato *Diritti conferiti dal marchio UE*, prevede, ai paragrafi da 1 a 3, che: «1. La registrazione del marchio UE conferisce al titolare un diritto esclusivo. ... 2. Fatti salvi i diritti dei titolari acquisiti prima della data di deposito o della data di priorità del marchio UE, il titolare del marchio UE ha il diritto di vietare ai terzi, salvo proprio consenso, di usare nel commercio, in relazione a prodotti o servizi, qualsiasi segno quando: a) il segno è identico al marchio UE ed è usato in relazione a prodotti e servizi identici ai prodotti o ai servizi per i quali il marchio UE è stato registrato; ... 3. Possono essere in particolare vietati, a norma del paragrafo 2: ... e) l'uso del segno nella corrispondenza commerciale o nella pubblicità; f) l'uso del segno nella pubblicità comparativa in una maniera contraria alla direttiva 2006/114/CE [del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa (GU 2006, L 376, pag. 21)]».

⁴⁵ Cour d'Appel de Paris, 24 settembre 1996, in *Dalloz*, 1997, p. 235.

⁴⁶ Cour d'Appel de Douai, 25 ottobre 1995, in *Dalloz*, 1996, p. 99 ss.

⁴⁷ Cour d'Appel de Bourges, 6 marzo 1994, in *Gaz. Pal.*, 1994, 1, p. 370.

to nel *Code de la consommation*), di recepimento della Direttiva 1997/55/CEE.

L'assoluta estraneità della pubblicità comparativa rispetto al contesto culturale e giuridico europeo viene testimoniata da un episodio singolare: quando fu trasmessa in Francia, nel febbraio del 2003 – quindi nel vigore della Direttiva 1997/55/CEE, che già consentiva la pubblicità comparativa – una *réclame* televisiva nella quale si ponevano a confronto due marche di purè istantaneo, un gran numero di spettatori contattò il Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, l'autorità responsabile del controllo delle informazioni pubblicitarie televisive, segnalando quella che, a loro parere, costituiva una forma di pubblicità illecita⁴⁸.

In Italia la Direttiva del 1997 è stata recepita con il D.lgs. n. 67/2000, per effetto del quale si è aggiunto al precedente D.lgs. n. 74/1992, che dava attuazione alla direttiva del 1984, il nuovo articolo *3bis*, finalizzato a disciplinare proprio la pubblicità comparativa, secondo i limiti di ammissibilità introdotti dalla disciplina europea. Come anticipato, la successiva Direttiva 2006/114/CE è stata recepita dall'articolo 4 del D.lgs. n. 145 del 2007. Questo articolo costituisce ad oggi, nel modello italiano, il riferimento normativo principale in tema di pubblicità comparativa. Lo scenario giuridico italiano è articolato⁴⁹, perché vede il coinvolgimento attivo di diversi attori, con competenze specifiche, in particolare: l'Autorità giudiziaria ordinaria, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ('AGCM')⁵⁰ e l'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria ('IAP').

⁴⁸ C. ROMANO, *Comparative Advertising in the United States and in France*, cit., p. 371.

⁴⁹ Per un'interessante descrizione dei tratti salienti del sistema giuridico italiano: A. MIRANDA, *A short Introduction to the Italian Legal System*, I, *Historical Background and Modern Legal Thought*, Torino, 2014.

⁵⁰ Fin dal 1992 l'Antitrust è stata chiamata dal legislatore a reprimere la pubblicità ingannevole, diffusa con qualsiasi mezzo (tv, giornali, volantini, manifesti, televendite). Dal 2000 ha iniziato a valutare anche la pubblicità comparativa. Solo nel 2005, tuttavia, è stato riconosciuto all'Autorità il potere di imporre sanzioni: sul punto, interessanti rilievi in L. CUOCOLO, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti: spunti per una comparazione*, in *Quad. reg.*, 2007, 26, 3, p. 601. Nel 2007, nel dare attuazione alla Diretti-

In particolare, lo IAP, che è un'associazione riconosciuta ai sensi dell'articolo 14 c.c., stabilisce – mediante un Codice di autodisciplina a cui aderiscono i principali operatori del settore – i parametri per una comunicazione commerciale «onesta, veritiera e corretta» a tutela dei consumatori e della leale concorrenza tra le imprese. Il Codice di autodisciplina è vincolante per le aziende che investono in comunicazione, agenzie, consulenti, mezzi di diffusione, concessionarie e per tutti coloro che lo abbiano accettato tramite la propria associazione o mediante la conclusione di un contratto di inserzione pubblicitaria. Gli organismi aderenti, infatti, si impegnano a inserire nei propri contratti, o in quelli dei propri associati, una speciale clausola di accettazione del Codice e delle decisioni autodisciplinari⁵¹.

Quello italiano riflette un modello paradigmatico nel contesto degli Stati membri, connotato appunto dalla interazione tra l'operato dei Giudici nazionali, delle Autorità nazionali garanti della concorrenza e degli organismi di *self-regulation* del settore⁵², nonché dal progressivo passaggio da un atteggiamento

va europea 29/2005/CE, le competenze riconosciute all'AGCM sono state ampliate alla tutela del consumatore contro tutte le pratiche commerciali scorrette delle imprese nei confronti dei consumatori. L'AGCM considera illecite anche le pratiche che inducono il consumatore a trascurare le normali regole di prudenza o vigilanza relativamente all'uso di prodotti pericolosi per la salute e la sicurezza o che possano, anche indirettamente, minacciare la sicurezza di bambini o adolescenti. Se l'impresa agisce con molestie, coercizione o altre forme di indebito condizionamento, il suo comportamento è considerato aggressivo. L'aggressività di una pratica commerciale dipende dalla natura, dai tempi, dalle modalità, dall'eventuale ricorso alle minacce fisiche o verbali. Per approfondimenti: *AGCM - Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*. L'AGCM ha adottato, con delibera del 1° aprile 2015, n. 25411, il *Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie: ibidem*.

⁵¹ Per un primo approfondimento: *Finalità e funzioni - IAP*.

⁵² Lo IAP è tra i soci fondatori dell'EASA (*European Advertising Standards Alliance*), associazione europea delle autodiscipline pubblicitarie, di cui fanno parte gli organismi di *self-regulation* dei vari Stati membri.

mento di chiusura verso la pubblicità comparativa a una sua crescente accettazione, seppur con particolari cautele⁵³.

Accanto all'intervento del legislatore europeo soccorre anche l'opera ermeneutica della Corte di Giustizia europea ("CGE"), che ha mostrato di condividere appieno la scelta legislativa di promuovere la pubblicità comparativa come strumento per il dispiegarsi della libera concorrenza e per lo sviluppo del mercato. Sono infatti frequenti le pronunce della CGE che esplicitano il principio del *favor comparationis* e che enfatizzano la necessità di interpretare i requisiti normativi in senso più favorevole alla pubblicità comparativa. Ciò in contrasto con gli orientamenti affermatasi nei singoli Stati membri, ad esempio Francia e Italia.

Un esempio è rappresentato dal caso *Toshiba Europe* del 2001⁵⁴; altri dai casi *Lidl Belgium*⁵⁵, e *Lidl Snc*⁵⁶, in cui la Corte ha analizzato specificamente il tema della comparabilità dei prezzi tra diversi assortimenti di prodotti e si è ritenuto, nell'ottica proprio del *favor comparationis*, che la normativa in materia di pubblicità comparativa non osti a tale confronto. La CGE è tornata sulla questione nel 2017 nel caso *Carrefour Hypermarchés SAS*⁵⁷, affermando che un'eventuale comparazione di prezzi di prodotti tra loro diversi può risultare ingannevole nella misura in cui si confrontino prezzi praticati in negozi di dimensioni e tipologia differenti.

Rispetto al requisito della fungibilità e del fatto che i prodotti siano comparabili purché destinati a soddisfare i medesimi bisogni, l'interpretazione della CGE e quella dei Giudici

⁵³ Per una descrizione del contesto italiano pre-Direttiva 97/55/CE e delle criticità da questa sollevate: I. CALBOLI, *Recent Developments in the Law of Comparative Advertising in Italy – Towards an Effective Enforcement of Principles of Directive 97/55/CE Under the New Regime?*, in *Marquette University Law School – Research Paper Series*, 2002, 11-16, reperibile a: *Recent Developments in the Law of Comparative Advertising in Italy – Towards an Effective Enforcement of the Principles of Directive 97/55/EC Under the New Regime?* by Irene Calboli :: SSRN.

⁵⁴ CGE, causa C-112/99, decisa il 25 ottobre 2001.

⁵⁵ CGE, causa C-356/04, decisa il 19 settembre 2006.

⁵⁶ CGE, causa C-159/09, decisa il 18 novembre 2010.

⁵⁷ CGE, causa C-562/15, decisa l'8 febbraio 2017.

nazionali tende a divergere. La prima sembra adottare un approccio più permissivo, avendo ad esempio consentito la comparazione tra birra e champagne in Belgio perché, per le peculiari caratteristiche di tale mercato nazionale, si può sostenere che i due prodotti, per i consumatori belgi, siano intercambiabili⁵⁸. Viceversa, l'approccio seguito dalla giurisprudenza degli Stati membri tende a essere più restrittivo. Ad esempio, il Tribunale di Milano nel 2012 ha ritenuto illecita la comparazione tra prodotti alimentari destinati a consumatori di diverse fasce d'età: nello specifico, infanti fino a tre anni e bambini⁵⁹. Sempre il Tribunale di Milano ha ammesso il confronto tra diversi tipi di bresaola soltanto se i prodotti oggetto della comparazione siano stati ricavati da carni del medesimo pregio e sottoposti alla medesima stagionatura⁶⁰. Viceversa, l'approccio seguito dall'AGCM tende a essere più simile a quello della giurisprudenza europea: ad esempio, nel caso Acqua Sant'Anna⁶¹ l'Autorità ha ritenuto comparabili diverse acque minerali sul presupposto della sostituibilità dei prodotti dal lato della domanda, pur a fronte della differente composizione chimica tra le acque poste a confronto: nel caso di specie si trattava di una pubblicità recante una tabella comparativa che evidenziava la quantità di sodio presente in ciascuna delle acque prese a confronto. Tuttavia, di recente, il TAR Lazio, con riferimento alla pubblicità di un'acqua di cui si evidenziava la maggiore quantità di calcio e il miglior effetto per la salute dei consumatori, ha ritenuto che «l'esplicita menzione delle proprietà favorevoli per la salute dell'acqua, con specifico riferimento al beneficio per le ossa derivante dall'assunzione di calcio, infatti, non sembra rientrare nell'ipotesi di pubblicità comparativa *sic et simpliciter*, ma si configura come un vanto di superiorità sotto il profilo salutistico di un prodotto

⁵⁸ CGE, causa C-381/05, decisa il 19 aprile 2007.

⁵⁹ Tribunale di Milano, ordinanza del 17 gennaio 2012, in *Foro it.*, 2012, I, p. 3215.

⁶⁰ Tribunale di Milano, Sez. specializzata in materia di impresa, sentenza 8 luglio 2014, n. 9020.

⁶¹ AGCM, provvedimento n. 15764 del 27 luglio 2006, PI5169.

rispetto ad altri due. La comparazione tra prodotti di interesse sanitario circa l'efficacia sulla salute non è ammissibile»⁶².

Il Consiglio di Stato ha ammesso la comparazione tra un trattamento medico laser e un prodotto cosmetico antirughe, fondata su dati clinici comprovati, che esprima la percentuale di efficacia nella riduzione delle rughe dei due approcci, laddove la percentuale di efficacia del cosmetico venga inequivocabilmente riportata come sensibilmente inferiore al laser, non ritenendo dirimente la disomogeneità dei gruppi oggetto della sperimentazione, trattandosi di trattamenti differenti con differenti modalità e durata di azione⁶³. Viceversa, il Tribunale di Torino, in precedenza, aveva ritenuto non comparabili due prodotti cosmetici antirughe, sul presupposto delle diverse modalità di azione dei prodotti interessati dalla comparazione, pur se appartenenti alla medesima categoria⁶⁴.

Con riguardo al requisito della correttezza dei termini di comparazione utilizzati, in particolare il fatto che il messaggio non deve essere ingannevole e la comparazione deve essere verificabile e suscettibile di dimostrazione, secondo la giurisprudenza italiana il concetto di verificabilità implica una ripetibilità delle analisi utilizzate per raggiungere il risultato oggetto di comparazione, tale da consentire ai concorrenti di validare il messaggio autonomamente⁶⁵. La verificabilità viene intesa anche come possibilità di valutare in concreto la correttezza scientifica dei contenuti del messaggio pubblicitario anche da parte dei destinatari interessati, quindi sia l'acquirente finale che il concorrente coinvolto nella comparazione. Sotto questo profilo le diverse Autorità competenti mostrano di adottare sostanzialmente gli stessi parametri di decisione. Ad esempio, secondo il Giurì dell'IAP un messaggio publici-

⁶² T.A.R. Roma, (Lazio), sez. III, 7 maggio 2021, n. 5359, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2022, 1, p. 140.

⁶³ Consiglio di Stato, sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 507, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2020, 4, p. 832.

⁶⁴ Tribunale di Torino, ordinanza del 28 maggio 2008, in *Foro.it.*, 2000, 8, I, p. 2669.

⁶⁵ Ad esempio: C. DI BENEDETTO, *Requisiti di liceità della pubblicità comparativa: l'approccio della giurisprudenza e prassi italiana*, in *Dir. industr.*, 2018, 5, p. 469.

tario che promuoveva un cosmetico evidenziandone le qualità soltanto sulla base di un test di autovalutazione da parte dei consumatori, è ingannevole perché non verificabile⁶⁶.

Altro profilo di rilievo è quello della non ingannevolezza nella presentazione dei dati, e quindi la necessità di correttezza espositiva degli stessi, al fine di evitare di ingenerare errate convinzioni circa le caratteristiche e i costi del prodotto o del servizio reclamizzato⁶⁷.

4. *Il modello statunitense e quello europeo a confronto*

A seguito dell'entrata in vigore della disciplina europea in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, unitamente a quella sulle pratiche commerciali sleali, apparentemente il modello statunitense e quello europeo mostrano di adot-

⁶⁶ Giurì IAP, pronuncia del 4 aprile 2017, n. 16, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2017, 3, p. 626.

⁶⁷ In proposito si considerino, *ex multis*, alcuni recenti provvedimenti dell'AGCM che hanno sanzionato perché ingannevoli: (a) i messaggi pubblicitari di Facile Ristrutturare S.p.A. consistenti nell'aver pubblicato su siti utilizzati da consumatori recensioni false; nell'aver pubblicizzato – non correttamente – un grado di soddisfazione della clientela del 98% e nell'aver taciuto l'applicazione di costi occulti a chi si fosse rivolto al loro servizio (AGCM, provvedimento n. 31013 del 19 dicembre 2023 – PS12527); (b) i *claim* di sostenibilità ambientale della propria attività imprenditoriale ed i progetti di compensazione delle emissioni, nonché i vantii di integrale produzione agricola da parte di Fileni (direttamente o indirettamente tramite coltivatori contrattualizzati) delle derrate/materie prime usate per le produzioni dei mangimi biologici e circa l'origine totalmente italiana delle derrate/materie prime per l'alimentazione degli animali (AGCM, provvedimento n. 31025 del 16 gennaio 2024 – PS12496); (c) quelli di Supermoney S.p.A., relativi alle 'Offerte Gas e Luce' consistenti nella diffusione di messaggi pubblicitari nei quali si enfatizzano i risparmi conseguibili dai consumatori, mediante il sito comparatore, senza indicare quali siano i parametri utilizzati per il loro computo; nella comparazione delle offerte commerciali in assenza di una chiara indicazione dei criteri e delle modalità utilizzati, al fine di pervenire ad una classificazione delle stesse offerte; nella omessa specificazione della circostanza che, attraverso il sito comparatore, Supermoney opera a favore dei propri *partners* in qualità di intermediario/agente di vendita (AGCM, provvedimento n. 31065 del 20 febbraio 2024, PS12578).

tare regole identiche. Nondimeno, come anticipato, la disamina dell'interpretazione e applicazione in concreto di tale disciplina rivela, sotto alcuni profili, una dissociazione tra le regole operazionali che sono andate consolidandosi nei due modelli considerati⁶⁸.

Tanto l'ordinamento statunitense quanto quello europeo adottano un concetto ampio di pubblicità comparativa, nel senso che tale fattispecie ricorre anche quando non si faccia espresso riferimento al nome di un prodotto concorrente e la comparazione sia implicita. Il *leading case* negli Stati Uniti è rappresentato da *Castrol, Inc. v. Pennzoil Co.*⁶⁹, in cui la Corte ha ritenuto che una pubblicità in cui si dichiara che un olio da motore «outperforms any leading motor oil against viscosity breakdown» e assicura «longer engine life and better engine protection» integri a tutti gli effetti una pubblicità comparativa che, ricorrendone i presupposti, consente ai *competitors* di agire secondo le previsioni del *Lanham Act*⁷⁰. Analogamente si è ritenuto che, la riproduzione in forma comica di un disegno in precedenza utilizzato da un concorrente integri anch'essa una forma di pubblicità comparativa implicita, al pari dell'utilizzo della forma iconica di un prodotto per promuovere il prodotto di un concorrente⁷¹.

In secondo luogo, entrambi i modelli consentono di comparare prodotti di differente natura, purché destinati a soddisfare il medesimo bisogno del consumatore: così, ad esempio, si possono porre a confronto aerei e treni, burro e margarina, forme differenti di riscaldamento. Entrambi i modelli consentono poi la comparazione tra prezzi, purché veritiera e non ingannevole. Inoltre, anche negli Stati Uniti, al pari di quanto previsto dalla disciplina europea, viene considerata illecita la

⁶⁸ R. SACCO, *Formante*, cit., § 2.

⁶⁹ *Castrol, Inc. v. Pennzoil Co.*, 987 F.2d 939 (3d Cir. 1993). Tutte le decisioni sono reperibili sul sito AGCM - Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 941 e 946. Sul *Lanham Act* si veda *infra* nel testo.

⁷¹ *H.L. Hayden Co. v. Siemens Med. Sys., Inc.*, 1985 WL 9700, 1 (S.D.N.Y. 1985).

pubblicità comparativa idonea a indurre in confusione il pubblico in merito all'origine dei prodotti o servizi.

Come evidenziato in precedenza, i requisiti di verità e non ingannevolezza del messaggio pubblicitario costituiscono un elemento comune tanto al sistema statunitense quanto alla disciplina europea. Negli Stati Uniti, contro la pubblicità comparativa illecita si può agire secondo le previsioni sia del diritto federale che del diritto statale. La *Section 43(a)* del *Lanham Act* contempla una *cause of action* federale, finalizzata a ottenere il risarcimento dei danni, avverso una pubblicità falsa o ingannevole⁷². Ai sensi di tale previsione l'attore deve provare: (i) una falsa dichiarazione di fatto; (ii) nell'ambito del commercio tra Stati (altrimenti la competenza sarebbe esclusivamente statale), (iii) contenuta in una pubblicità commerciale o in una campagna promozionale; (iv) che sia idonea a ingannare un apprezzabile numero di consumatori, (v) che sia *material*, cioè idonea a influenzare le decisioni di acquisto dei consumatori e (vi) che abbia causato, o possa causare, un danno all'attore⁷³.

Anche la Federal Trade Commission ('FTC') può intervenire nei confronti di messaggi falsi o ingannevoli, ai sensi di quanto previsto dalla *Section 5* del *Federal Trade Commission Act* ('FTC Act')⁷⁴. È interessante notare che questa legge fe-

⁷² 5 U.S.C. 1125 (Section 43 of the Lanham Act): False Designations of origin, False Descriptions, and Dilution Forbidden: «(a) Civil action /(1) Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which / (A) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or /(B) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities, /shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act».

⁷³ Ad esempio, *Skil Corp. v. Rockwell Int'l Corp.*, 375 F. Supp. 777, 783 (N.D. Ill. 1974); *Tacquino v. Teledyne Monark Rubber*, 893 F.2d 1488, 1500 (5th Cir. 1990).

⁷⁴ *Section 5* | *Federal Trade Commission* (ftc.gov).

derale non definisce quali atti costituiscano «unfair methods of competition» in violazione della *Section 5*, con il dichiarato intento di permetterne l'applicazione in linea con l'evoluzione delle prassi di mercato. Si è quindi preferito lasciare alla FTC il compito di garantire l'effettività e flessibilità della legge, soggetta allo scrutinio giudiziale secondo un approccio *case-by-case*⁷⁵, a differenza della scelta del legislatore europeo di stilare una lista precisa di pratiche commerciali ritenute scorrette.

A livello statale l'*Uniform Deceptive Trade Practices Act*⁷⁶ e i cd. «*little FTC Acts*»⁷⁷ sono strumenti utili per contrastare i messaggi pubblicitari che integrano una pubblicità comparativa abusiva o fraudolenta. A ciò si aggiungono altre *cause of action* esperibili a livello statale: ad esempio, la cd. *tortious interference with economic activities*, il *tort of negligence* e il *product disparagement*⁷⁸.

Sebbene la FTC, le Corti statunitensi e i *little FTC Acts* statali definiscano la pubblicità comparativa falsa in modi diversi, nondimeno tutti condividono lo stesso criterio generale: è illecito il messaggio pubblicitario che inganna o induce in confusione i consumatori, così da influenzare loro scelte di acquisto e facilitare le vendite. Negli Stati Uniti è attiva anche la National Advertising Division ('NAD') del Better Business Bureau, organismo di *self-regulation* del settore, con compiti di intraprendere «an industry self-regulatory dispute proceeding where non-compliance with a determination by the NAD may result in a referral of the case to the FTC»⁷⁹.

⁷⁵ Cfr. FTC - Statement of Enforcement Principles Regarding «Unfair Methods of Competition» Under Section 5 of the FTC Act: *Statement of Enforcement Principles Regarding "Unfair Methods of Competition" Under Section 5 of the FTC Act*.

⁷⁶ Per approfondimenti: *D:\WP61DOCS\RUOTPA66.WPX (nclc.org)*.

⁷⁷ L'espressione individua quelle leggi, adottate in molti Stati, finalizzate a proteggere il consumatore da forme improprie di pubblicità e pratiche commerciali, analogamente a quanto previsto dal *FTC Act* federale.

⁷⁸ Per una disamina dei diversi *torts*, si veda, ad esempio, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, a cura di B. MARKESINIS, S. DEAKIN, Oxford University Press, Oxford, 2019⁸.

⁷⁹ Per approfondimenti: *National Advertising Division (bbbprograms.org)*.

5. (segue) *La cd. puffery defence e la connessione con la doctrine of caveat emptor*

La disciplina europea consente la pubblicità comparativa esclusivamente con riguardo a quegli aspetti che siano oggettivi, misurabili, quantificabili e a quelle informazioni la cui fonte sia certa. Per converso qualunque dichiarazione vaga, generica o meramente soggettiva è proibita. In considerazione di ciò, dichiarazioni del tipo ‘il prodotto X è meglio del prodotto Y’ non sono consentite ed elementi come il gusto, il sapore, l’odore, le caratteristiche estetiche, la consistenza non possono essere comparate. In sostanza, la pubblicità comparativa è, ad esempio, inibita per beni quali cibo e profumi, fatta eccezione per il caso in cui, rispetto al cibo, vengano presi in considerazione elementi oggettivi, come il contenuto di sodio o le calorie. Tuttavia, come anticipato, i Giudici nazionali hanno mostrato la tendenza a interpretare e applicare questi requisiti in maniera restrittiva.

Per converso, il diritto statunitense proibisce soltanto le false dichiarazioni di fatto (cd. *statement of facts*), mentre considera irrilevanti le cd. *statement of opinion*. Segnatamente, uno *statement of fact* è una dichiarazione specifica e verificabile, idonea a essere ragionevolmente interpretata come dichiarazione di un fatto oggettivo. Viceversa, quando una dichiarazione è la mera espressione di un’opinione non può ragionevolmente essere interpretata come se fosse l’affermazione, anche implicita, di un fatto provabile. Queste dichiarazioni, che sono espressione sostanzialmente di un’opinione, vengono comunemente denominate negli Stati Uniti «*puffery*»⁸⁰.

Le Corti statunitensi si sono tradizionalmente espresse nel senso che le comparazioni vaghe e generiche, ad esempio «*better than*», «*greater than*» o «*more than*», non integrano un’ipotesi di pubblicità comparativa falsa, perché un consumatore ragionevole non crederebbe mai che queste dichiarazioni possano essere equiparate a delle dichiarazioni oggettive di fatto.

⁸⁰ *Ex multis*: D. HOFFMAN, *The Best Puffery Article Ever*, in *Iowa L. Rev.*, 2006, 91, p. 1395 ss.

Le origini della *puffery defence* sono strettamente connesse a quelle della *doctrine of caveat emptor*⁸¹. La massima sintetizza il dovere per l'acquirente di esaminare il bene e verificarne le qualità da sé, senza contare sull'apporto del venditore, ovviamente titolare di un interesse contrapposto. Pertanto, sul venditore non grava un dovere di *full disclosure* di fatti di importanza rilevante ai fini dell'operazione posta in essere e, in assenza di un accordo *ad hoc*, lo stesso potrà essere ritenuto responsabile per eventuali difetti nel bene compravenduto soltanto quando lo stesso si sia reso colpevole di *fraud*⁸². A dispetto della terminologia latina, la *doctrine* in esame si appalesa come prodotto della tradizione di *common law*, affermata nel corso del XVI secolo: l'espressione sembra essere stata utilizzata per la prima volta nel 1534, nell'ambito della compravendita di cavalli⁸³.

A quanto pare prima di tale periodo, anche per effetto dell'influenza della morale religiosa, si riteneva gravante sul venditore l'obbligo di garantire la qualità dei beni venduti⁸⁴. Tale quadro era completato, sul fronte del diritto secolare, da una serie di disposizioni volte a disciplinare minuziosamente l'attività del commercio nelle fiere itineranti. In particolare, con il fiorire del traffico commerciale cittadino, che vedeva in Londra il mercato principale, si diffusero capillari regolamentazioni per la vendita nei mercati di città, la più importante delle quali era la teoria del 'mercato aperto', in virtù della quale una vendita effettuata in un mercato all'aperto, in contrapposizione a quella avvenuta in un'abitazione privata o in una strada secondaria, comportava la sussistenza *ipso iure* di

⁸¹ La traduzione inglese, ufficialmente riconosciuta, è «let the buyer beware». Cfr., ad esempio, *Black's Law Dictionary*, a cura di B. GARNER, Thomson West, St. Paul, 2006³, p. 91.

⁸² B. GOLDFARB, *Fraud and Non-disclosure in the Vendor-Purchaser Relation*, in *West. Res. L. Rev.*, 1956, 8, p. 5 ss., in particolare p. 13.

⁸³ T. LE VINESS, *Caveat Emptor versus Caveat Venditor*, in *Md. L. Rev.*, 1943, 7, p. 177 ss., p. 182.

⁸⁴ D.P. ROTHSCHILD, *The Magnuson-Moss Warranty Act: Does It Balance Warrantor and Consumer Interests?*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 1976, 44, p. 335 ss., p. 337.

una garanzia relativa al titolo d'acquisto⁸⁵. Ad ulteriore tutela dell'acquirente erano vietate le vendite effettuate alla luce delle candele e quelle concluse nella parte più buia della bottega o dopo il tramonto⁸⁶. In questo contesto, la diffusa mobilità geografica, i cambiamenti economici, sociali e demografici, lo sviluppo del commercio e la progressiva minor influenza esercitata dalla Chiesa sui costumi sociali contribuirono, unitamente ad altri fattori, all'affermazione del principio in esame. In particolare, si ritiene che abbia altresì giocato un ruolo di primaria importanza la crescita di un influente ceto mercantile, che tendeva a imporre pratiche volte a favorire i propri membri, a scapito delle controparti⁸⁷ (cui, per converso, faceva riscontro la crescente tendenza degli acquirenti a verificare attentamente le qualità e le condizioni dei beni acquistati⁸⁸) nonché, in epoca più recente, la progressiva affermazione dell'individualismo e dei principi del *laissez faire*, così che la teorica del *caveat emptor*, più che massima del commercio, veniva intesa come espressione di un'ideologia politica oltreché regola di condotta individuale⁸⁹.

Il termine «puffing» è stato utilizzato per la prima volta per indicare la prassi (illecita) di chi effettuava rilanci per gonfiare artificiosamente il prezzo di un bene all'asta: la persona pagata segretamente dal venditore per alzare il prezzo veniva appunto chiamata «puffer»⁹⁰. Successivamente, verso il XVI secolo – parallelamente all'affermazione della regola del *cave-*

⁸⁵ La garanzia operante *ex lege* si configurava quindi come un'antesignana dei cd. *implied terms*. T. LE VINESS, *Caveat Emptor versus Caveat Venditor*, cit., p. 179.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ D.P. ROTHSCHILD, *The Magnuson-Moss Warranty Act*, cit., p. 338.

⁸⁸ Oltre agli Autori citati in precedenza, si veda anche J.C. REITZ, *A History of Cutoff Rules as a Form of Caveat Emptor: Part I – The 1980 U.N. Convention on the International Sale of Goods*, in *Am. J. Comp. L.*, 1988, 36, p. 437 ss.

⁸⁹ COMMENT, *Caveat Emptor – The Rule of the Common Law – Not of the Civil Law*, in *Am. Jurist. & L. Mag.*, 1834, 12, p. 94 ss., pp. 97-98; T. LE VINESS, *op. cit.*, p. 183.

⁹⁰ *Ex multis*: R.J. LEIGHTON, *Materiality and Puffing in Lanham Act False Advertising Cases: The Proofs, Presumptions, and Pretexts*, in *Trademark Reporter*, 2004, 94, p. 585 ss., p. 617.

at emptor – il concetto di *puffery* veniva invocato come difesa avverso le accuse di *fraud* e *misrepresentation*: le Corti, infatti, ritenevano che le azioni basate su questi due *torts* non potessero fondarsi su dichiarazioni corrispondenti all'espressione di una mera opinione soggettiva, o a un giudizio di valore, o ad affermazioni non misurabili o verificabili⁹¹. Ad esempio, una Corte inglese rifiutò ogni tutela per il compratore di un bene, che aveva fatto affidamento sulla dichiarazione di valore resa dal venditore, argomentando che era «the plaintiff's folly to give credit to such an assertion»⁹². La regola si fondava sulla effettiva possibilità per l'acquirente di ispezionare il bene e verificarne le qualità⁹³; successivamente, tuttavia, questo presupposto fu abbandonato e le Corti statunitensi si concentrarono soltanto sul fatto che nessun acquirente accorto avrebbe mai dato credito, facendovi affidamento ai fini della decisione di acquistare un bene, alle parole del venditore⁹⁴.

Attualmente, secondo l'orientamento consolidato delle Corti, la *puffery* non azionabile in giudizio può assumere la veste di una dichiarazione generale di superiorità rispetto a prodotti oggetto di comparazione, che è così vaga che può essere intesa come niente di più che una mera espressione di opinione⁹⁵. In generale la *puffery* ha quattro caratteristiche: (i) è una dichiarazione generale e vaga; (ii) si riferisce a un dato che non è misurabile, quantificabile o verificabile; (iii) viene presenta-

⁹¹ M.N. BROWNE, K.M. HALE, M. COSGROVE, *Legal Tolerance toward the Business Lie and the Puffery Defense: The Questionable Assumptions of Contract Law*, in *S. Ill. U.L.J.*, 2012, 37, p. 69 ss., p. 72.

⁹² *Harvey v. Young*, (1602) 80 Eng. Rep. 15, 15 (K.B.).

⁹³ Per un precedente in tema di vendita di cavalli: *Baily v. Merrell*, (1616) 81 Eng. Rep. 81 (K.B.).

⁹⁴ Per tutte si veda la decisione della Corte Suprema del Massachusetts, in un caso del 1853: «a plaintiff cannot base a misrepresentation claim on statements made by sellers, concerning the value of the things sold, because it has been understood, the world over, that such statements are to be distrusted»: *Brown v. Castles*, 65 Mass. 348, 350 (1853).

⁹⁵ *Pizza Hut, Inc., v. Papa John's Int'l, Inc.*, 227 F.3d 489, 497 (5th Cir. 2000).

ta come un'opinione personale; (iv) è il tipo di dichiarazione su cui i consumatori difficilmente farebbero affidamento⁹⁶.

*Pizza Hut, Inc., v. Papa John's Int'l, Inc.*⁹⁷ offre un importante esempio di ciò che il diritto americano considera *puffery* non azionabile in giudizio. Papa John's, catena di pizzerie americana, ha diffuso una serie di pubblicità comparative facendo espressamente riferimento al suo diretto concorrente Pizza Hut, utilizzando lo slogan «Better Ingredients. Better Pizza». La Corte del Fifth Circuit ha ritenuto che lo *slogan* incarna una pubblicità esagerata, la tipica 'smargiassata' (*blustering*) e la vanteria di un produttore, rispetto alla quale nessun consumatore potrebbe ragionevolmente fare affidamento, e ha dichiarato che «it is difficult to think of any product or any component of any product, to which the term 'better', without more, is quantifiable»⁹⁸. Pertanto, la pubblicità è stata ritenuta ammissibile e non lesiva dei diritti di Pizza Hut.

Altri esempi paradigmatici di *puffery* nella pubblicità sono: «The gun that won the West», utilizzato per reclamizzare

⁹⁶ *Smith-Victor Corp. v. Sylvania Elec. Prod., Inc.*, 242 F. Supp. 302, 308 (N.D. Ill. 1965), secondo cui «advertising which merely states in general terms that one product is superior is not actionable»; *Clorox Co. Puerto Rico v. Procter & Gamble Commercial Co.*, 228 F.3d 24, 39 (1st Cir. 2000); *Southland Sod Farms v. Stover Seed Co.*, 108 F.3d 1134, 1145 (9th Cir. 1997), che ha ritenuto che il messaggio pubblicitario del convenuto che presentava il suo prodotto (sementi da prato) in termini di «Less is More» integrasse una *puffery* non impugnabile in giudizio, stante la natura generale e non misurabile della dichiarazione; viceversa, l'affermazione secondo cui le sementi del convenuto richiedessero «50% Less Mowing» fosse perseguibile, perché l'affermazione integrava «a specific and measurable advertisement claim of product superiority based on product testing»; *Omega Eng'g, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 30 F. Supp. 2d 226, 259 (D. Conn. 1998), che ha ritenuto espressione di un'opinione meramente soggettiva (quindi *puffery*) il fatto che il prodotto venisse considerato 'perfetto' per uno scopo specifico; *United States Healthcare, Inc. v. Blue Cross of Greater Phila.*, 898 F.2d 914 (1990 U.S. App.) che ha ritenuto una mera *puffery* una pubblicità «that is not deceptive for no one would rely on its exaggerated claims»; *Toro Co. v. Textron, Inc.*, 499 F. Supp. 241, 253 n. 23 (D. Del. 1980), secondo cui le *réclame* che contengono «familiar exaggerations» non possono essere sanzionate perché «virtually everyone can be presumed to be capable of discounting them as puffery».

⁹⁷ 227 F.3d 489 (5th Cir. 2000).

⁹⁸ *Ibidem*, 498-499.

una pistola prodotta dalla Colt, oggetto di critiche da parte di un concorrente che affermava, invece, che fosse stato il fucile Winchester-73 l'arma più diffusa nel vecchio West⁹⁹; «Best tires in the world», utilizzato per reclamizzare pneumatici per autoveicoli¹⁰⁰; e «America's Favorite Pasta»¹⁰¹.

Sotto questo profilo, l'approccio statunitense e quello europeo sono antitetici, posto che per il diritto europeo le dichiarazioni comparative sono consentite soltanto se concernono qualità oggettive e verificabili dei prodotti. La ragione di tale antitesi, oltretutto alla differente tradizione giuridico-culturale storicamente affermatasi in relazione alla *doctrine* del *caveat emptor*, sopra richiamata, può essere spiegata anche alla luce dello *standard* di consumatore preso come parametro di valutazione negli Stati Uniti e in Europa. Entrambi i modelli apparentemente fanno riferimento al medesimo standard, ossia a quello del *reasonable consumer*, tuttavia, diventa determinante a tale scopo l'interpretazione offerta dal formante giurisprudenziale.

Negli Stati Uniti il modello di consumatore che viene utilizzato per decidere se un messaggio possa essere ingannevole o indurre in confusione il consumatore è quello del 'consumatore ragionevole medio' di un determinato prodotto o servizio. Il FTC Policy Statement on Deception del 1983 ha stabilito che una pratica commerciale è ingannevole se idonea a indurre in inganno un consumatore che agisca ragionevolmente secondo le circostanze¹⁰². Lo stesso *standard* è appli-

⁹⁹ *New Colt Holding Group v. RJG Holdings of Fla., Inc.*, 312 F. Supp. 2nd 195, 235 (D.Conn. 2004).

¹⁰⁰ *City of Monroe Employees Ret. Sys. v. Bridgerstone Corp.*, 399 F. 3d 651, 670 (6th Cir. 2005).

¹⁰¹ *Am. Italian Pasta Co. v. New World Pasta Co.*, 371 F.3d 387, 389 (8th Cir. 2004).

¹⁰² Il FTC Policy Statement on Deception, richiamandosi a un *leading case* della giurisprudenza statunitense – *Heinz W. Kirchner*, 63 F.T.C. 1282, 1290 (1963) –, chiarisce: « An advertiser cannot be charged with liability with respect to every conceivable misconception, however outlandish, to which his representations might be subject among the foolish or feeble-minded. Some people, because of ignorance or incomprehension, may be misled by even a scrupulously honest claim. Perhaps a few misguided souls believe, for example, that all "Danish pastry" is made in Denmark. Is it therefore an actiona-

cato anche dalle Corti americane. Nella causa *Federal Trade Commission v. Security Rare Coin & Bullion Corp.*¹⁰³ la Corte dell'Eight Circuit ha stabilito che, per soddisfare il requisito dell'affidamento nelle azioni intraprese ai sensi della sezione 13B dell'*FTC Act*, la Federal Trade Commission deve semplicemente dimostrare che le dichiarazioni od omissioni erano di un tipo su cui usualmente persone ragionevoli e prudenti avrebbero fatto affidamento. Lo stesso *standard* viene utilizzato anche dal *Lanham Act*.

Invece, richiedendo che la comparazione venga condotta rispetto a elementi oggettivi decisivi verificabili e rappresentativi delle caratteristiche dei beni o servizi, il diritto europeo sembra – pur utilizzando il medesimo *standard* del consumatore ragionevole – adottare criteri più rigorosi nel delimitare tale parametro¹⁰⁴. Questa tendenza è stata confermata

ble deception to advertise “Danish pastry” when it is made in this country.? Of course not. A representation does not become “false and deceptive” merely because it will be unreasonably misunderstood by an insignificant and unrepresentative segment of the class of persons to whom the representation is addressed»: *FTC Policy Statement on Deception*, cit., p. 3 (*FTC Policy Statement on Deception* | *Federal Trade Commission*).

¹⁰³ 931 F.2d 1312 (9th Cir. 1991).

¹⁰⁴ Interessante in proposito una recente pronuncia della CGE, cause riunite C-148/21 e C-184/21, decisa il 22 dicembre 2022, *Christian Louboutin v. Amazon Europe Core Sàrl* e altre società del gruppo Amazon, in cui la Corte, in risposta a un rinvio pregiudiziale da parte del Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, avente ad oggetto la corretta interpretazione del citato articolo 9 del Regolamento europeo 2017/1001 in tema di marchio UE, in relazione (i) ad annunci pubblicati su un mercato *online* da venditori terzi che fanno uso, in detti annunci, di un segno identico a un marchio altrui per prodotti identici a quelli per i quali quest'ultimo è stato registrato; (ii) alla percezione di tale segno come parte integrante della comunicazione commerciale di detto gestore; (iii) alle modalità di presentazione degli annunci che non consente di distinguere chiaramente le offerte di detto gestore da quelle di tali venditori terzi, ha ritenuto che tali modalità di presentazione dei prodotti possano trarre in inganno, o quantomeno ingenerare confusione, nei consumatori. Per giungere a questa conclusione la CGE ha richiamato un suo precedente (sentenza del 12 luglio 2011, *L'Oréal e a.*, C-324/09, punti 93 e 97) secondo cui «allorché il gestore di un mercato online fa pubblicità, mediante un servizio di posizionamento su Internet e partendo da una parola chiave identica a un marchio altrui, a prodotti recanti detto marchio messi in vendita dai suoi clienti nel suo mercato online, una simile pubblicità crea, per gli inter-

ad esempio dalle Corti francesi, che hanno in effetti mostrato di prendere come parametro di riferimento il consumatore più facilmente ingannabile e meno abile nel discernere le informazioni veritiere da quelle che tali non sono, quindi un consumatore più vulnerabile¹⁰⁵.

Ancora più estremo l'approccio adottato dalle Corti inglesi nel periodo precedente all'entrata in vigore della disciplina europea in tema di pubblicità comparativa: il parametro di valutazione della liceità e ammissibilità non solo della pubblicità comparativa, ma anche di quella ingannevole, era costituito dal cd. *smart consumer*, ossia il consumatore astuto e sveglio, che sa che la pubblicità, per definizione, è menzogna e, pertanto, non nutre alcun affidamento sul contenuto delle *réclame*¹⁰⁶. Sotto questo profilo le Corti inglesi si sono mostrate coerenti con la loro tradizionale inclinazione a favore del ceto imprenditoriale e del mercato, e con la teorica del *caveat emptor*¹⁰⁷. Sarà interessante verificare se, a seguito della Brexit, nel modello inglese si tornerà all'orientamento precedente o se le regole di derivazione europea verranno mantenute, in quanto assimilate alla cultura e sensibilità giuridico-sociale delle Corti.

nauti che effettuano una ricerca a partire da tale parola chiave, un'evidente associazione fra i suddetti prodotti contrassegnati da marchio e la possibilità di acquistarli attraverso detto mercato. È per questo motivo che il titolare di tale marchio può vietare al menzionato gestore un uso del genere, qualora siffatta pubblicità violi il diritto di marchio in quanto non consente, o consente soltanto difficilmente, all'internauta normalmente informato e ragionevolmente attento di sapere se i prodotti o servizi in parola provengano dal titolare di detto marchio o da un'impresa economicamente collegata a quest'ultimo oppure, al contrario, da un terzo».

¹⁰⁵ Ad esempio: J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la Consommation*, Dalloz, Paris, 1996⁴, p. 15; U. DOEPNER, F.E. HUFNAGEL, *Towards a European Consumer Protection? Protection Against Misleading Advertising in Europe*, in *Trademark Rep.*, 1998, 88, p. 177 ss., p. 193.

¹⁰⁶ Ad esempio: R. TUSHNET, *The False Advertising/Trademark Law Interface at Common Law*, in *Handbook on International and Comparative Trademark Law*, a cura di I. CALBOLI, J. GINSBURG, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 335-349.

¹⁰⁷ Si veda in proposito la voce *Tipicità e atipicità dell'illecito in common law* di P. GALLO nell'*Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. GALGANI, Bologna, 2011⁵, in particolare pp. 168-169.

6. *Il ruolo dei social media influencer*

A fronte del grande clamore mediatico suscitato in Italia dal caso di Chiara Ferragni e del Pandoro Balocco¹⁰⁸, e delle molteplici implicazioni giuridiche che esso comporta, l'analisi dello scenario giuridico americano e del ruolo dei *social media influencers* («influencer») risulta particolarmente interessante.

La disciplina giuridica statunitense, sopra richiamata, deve attualmente confrontarsi con tipologie nuove – e anomale – di pubblicità, veicolate per la maggior parte sotto forma di post o video pubblicati sui più famosi *social network*. Si ritiene che molte 'star' di TikTok guadagnino più di quanto percepiscano i più influenti CEO americani¹⁰⁹. La ballerina Charli d'Amelio ha iniziato pubblicando su TikTok, nel 2019, suoi video in cui danza e, nel 2021, con 133 milioni di *followers*, si stima che abbia guadagnato 17,5 milioni di dollari, molto più dell'amministratore delegato della Delta Airlines Inc. o di Starbucks Corp., tanto che la rivista *Forbes Italia* le ha dedicato un articolo¹¹⁰.

¹⁰⁸ Come noto, a dicembre 2023 l'AGCM ha sanzionato le società Fenice S.r.l. e TBS Crew S.r.l., che gestiscono i marchi e i diritti relativi alla personalità e all'identità personale di Chiara Ferragni, e la società Balocco S.p.A. per quella che è stata ritenuta una pratica commerciale scorretta. In particolare, l'AGCM ha contestato alle tre società di aver attuato una pratica commerciale scorretta per aver pubblicizzato il 'Pandoro Pink Christmas', 'griffato' Chiara Ferragni, lasciando intendere ai consumatori che, comprandolo, avrebbero contribuito a una donazione all'Ospedale Regina Margherita di Torino per acquistare un nuovo macchinario per le cure terapeutiche dei bambini affetti da Osteosarcoma e Sarcoma di Ewing. Le società Fenice e TBS Crew avrebbero incassato la somma di oltre un milione di euro a titolo di corrispettivo per la licenza dei marchi di Chiara Ferragni e per la realizzazione dei contenuti pubblicitari, senza devolvere alcunché all'Ospedale Regina Margherita di Torino: *AGCM - Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*.

¹⁰⁹ J. PISANI, T. FRANCIS, *These TikTok Stars Made More Money Than Many of America's Top CEOs*, in *Wall St. J.*, 13 gennaio 2022: www.wsj.com/articles/these-tiktok-stars-made-more-money-than-many-of-americas-top-ceos-11642078170.

¹¹⁰ *La prima classifica Forbes delle star di TikTok più pagate*, in *Forbes Italia*, 6 agosto 2020: *La prima classifica Forbes delle star di TikTok più pagate*.

La pubblicità e promozione dei prodotti sui *social media* è diventata di recente la voce di spesa più elevata per molti *brand* e, rispetto a tale fenomeno, gli *influencer* svolgono un ruolo di primo piano¹¹¹.

Secondo uno studio del 2020, oltre il 50% degli utilizzatori dei *social media* ha dichiarato di orientare le proprie scelte d'acquisto in base alle informazioni ricevute dagli *influencer*, piuttosto che doverle cercare sul sito del produttore o riceverle tramite i messaggi pubblicitari in senso proprio¹¹². Al riguardo, in campo pubblicitario gli *influencer* sono stati raggruppati in diverse categorie, a seconda del numero di *followers*. Le principali sono quattro: «mega influencer» (con più di un milione di *followers*); «macro influencer» (con un numero di *follower* da 500.000 a un milione); «micro influencer» (da diecimila a cinquantamila *followers*) e «nano influencers» (con meno di diecimila *followers*)¹¹³.

L'attività di *influencer marketing* è cresciuta esponenzialmente negli ultimi anni, tanto da aver raggiunto nel 2023 un valore di circa 21.1 bilioni di dollari, con una crescita del 29% rispetto all'anno precedente e considerando che, nel 2016, si attestava su 1.7 bilioni di dollari¹¹⁴. Queste forme di *marke-*

¹¹¹ T.N. DUENING, R.D. HISRICH, M.A. LECHTER, *Technology Entrepreneurship*, Elsevier, Amsterdam, 2021, p. 240.

¹¹² *Matter Survey Reveals Consumers Find Influencers More Helpful and Trustworthy than Brands During the Pandemic* | *Business Wire*; A. GOTTER, *Influencer Marketing in 2020: 5 Guidelines for Maximizing the Results of Working with Influencers*, in *Ad Espresso*, 11 febbraio 2020: <https://adespresso.com/blog/influencer-marketing-guidelines/#FTC>.

¹¹³ Cfr., ad esempio: M. BIINO, *How Much Money Nano, Micro, and Macro Influencers Earn Per Post*, in *Bus. Insider*, 22 marzo 2022: www.businessinsider.com/how-much-influencers-are-paid-per-sponsored-post-tiktok-youtube-2022-3; K. EHLERS, *Micro-Influencers: When Smaller is Better*, in *Forbes*, 2 giugno 2021: www.forbes.com/sites/forbesagencycouncil/2021/06/02/micro-influencers-when-smaller-is-better/?sh=1036bf0c539b.

¹¹⁴ J. SANTORA, *100 Influencer Marketing Statistics for 2021*, in *Influencer Mktg. Hub*, *17 Key Influencer Marketing Statistics to Fuel Your Strategy* (influencermarketinghub.com). Sulle potenzialità economiche dell'*influencer marketing* si veda anche la dichiarazione ufficiale del 12 febbraio 2020, rilasciata da un funzionario della FTC: R. CHOPRA, *Regarding the Endorsement Guides Review Commission File No. P204500 2, Statement of Commissioner Rohit Chopra Regarding the Endorsement Guides Review* (ftc.gov).

ting e di pubblicità sono preferite dalle imprese sia per la capacità di meglio adattarsi alle preferenze e alle caratteristiche del pubblico di riferimento¹¹⁵, sia per il fatto che gli *influencers* sono percepiti dagli utenti di *social media* come ‘compagni’ autentici, accessibili e affidabili¹¹⁶. Inoltre, il contenuto dei messaggi pubblicitari veicolati dagli *influencers* è distinto da quello delle tradizionali *réclame* televisive o giornalistiche, perché i *social media* sfumano i confini tra privato e pubblico, tra vita privata e attività commerciale¹¹⁷. Il che, per la verità, rende più insidioso il messaggio e la necessità di tutelare il pubblico dei consumatori, posto che in questi casi mancano le caratteristiche idonee a permettere di identificare il messaggio come pubblicità e attivare le naturali cautele che un consumatore applica, o dovrebbe applicare, di fronte a tali messaggi¹¹⁸. Molti consumatori, infatti, ritengono che gli *influencers* si limitino a elogiare certi prodotti o servizi, anziché promuover-

¹¹⁵ W. GEYSER, *The State of Influencer Marketing 2024*, 1° febbraio 2024: *The State of Influencer Marketing Benchmark Report 2024* (influencermarketinghub.com).

¹¹⁶ S. RANCHORDÁS, C. GOANTA, *The Regulation of Social Media Influencers: An Introduction*, in *The Regulation of Social Media Influencers*, a cura di S. RANCHORDÁS, C. GOANTA, Cheltenham Glos, Edwar-Elgar, 2020, p. 5. In un sondaggio americano del 2019, il 70% dei consumatori intervistati ha dichiarato di credere di più alle *opinions* degli *influencers* che a quelle dei loro amici: G. O'MALLEY, *Many Followers Trust Influencers' Opinions More Than Friends*, in *Dig. News Daily*, 21 agosto 2019, *Many Followers Trust Influencers' Opinions More Than Friends' 08/22/2019* (mediapost.com).

¹¹⁷ Alcuni neuroscienziati inglesi hanno scoperto, conducendo uno studio su utenti di *social media* di età compresa tra i 18 e i 65 anni, che le pubblicità da parte degli *influencers* generano un'intensità emotiva maggiore del 277%, e una codifica della memoria maggiore dell'87%, rispetto alle pubblicità televisive: *Your Brain on Influencers: Whalar and Neuro-Insights Study Explains the Effects of Influencer Marketing* (emarketer.com).

¹¹⁸ Tutte caratteristiche prese in considerazione dalla disciplina europea sopra riportata, che si premura di specificare che il messaggio pubblicitario deve essere chiaramente identificabile come tale, proprio a tutela dei consumatori: si veda in proposito la decisione della CGE, cause riunite C-148/21 e C-184/21, *Christian Louboutin v. Amazon Europe Core Sàrl* e altre società del gruppo Amazon, cit., *passim*.

ne specificamente (sovente dietro compenso in denaro o altra forma) le vendite¹¹⁹.

In aggiunta, il *digital marketing*, a differenza delle pubblicità tradizionali, è indirizzato – grazie all'utilizzo di algoritmi – alle preferenze degli utenti dei *social media* e orientato in funzione delle loro navigazioni sulle varie piattaforme, il che contribuisce ulteriormente influenzare le esperienze dei consumatori, a vantaggio dei produttori di beni o servizi e delle stesse piattaforme *social*¹²⁰. L'evoluzione della cd. *platform economy* ha nel tempo modificato ruolo e funzioni delle piattaforme: da semplici intermediari economici le stesse sono divenute intermediari nella funzione di regolazione dei mercati, segnando il passaggio da un modello di regolazione bilaterale ad un modello trilaterale, che coinvolge i regolatori, i destinatari (le imprese e i consumatori) e, appunto, gli intermediari¹²¹. Inoltre, tali piattaforme hanno beneficiato, nel contesto statunitense, di una disciplina di favore, volta a promuoverne lo sviluppo, in base alla quale «No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider»¹²².

¹¹⁹ R. DUCATO, *One Hashtag to Rule Them All? Mandated Disclosures and Design Duties in Influencer Marketing Practices*, in *The Regulation of Social Media Influencers*, cit., pp. 232-233.

¹²⁰ S. RANCHORDÁS, C. GOANTA, *The Regulation of Social Media Influencers: An Introduction*, in *The Regulation of Social Media Influencers*, cit., *passim*.

¹²¹ Ad esempio: C. BUSCH, *Self-regulation and regulatory intermediation in the platform economy*, in *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering. Standards, Contracts and Codes*, a cura di M. CANTERO GAMITO, H.W. MICKLITZ, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, pp. 115-134; F. DONATI, *Verso una nuova regolazione delle piattaforme digitali*, in *Rivista della regolazione dei mercati* 2021, 2, p. 238. Le piattaforme si comportano come attori che partecipano alla catena di regolazione, da un lato, come soggetti che producono, tramite algoritmi, le regole di organizzazione di relazioni e attività all'interno del proprio spazio governando così milioni di utenti; dall'altro, in quanto capaci di assicurare l'*enforcement* delle regole grazie all'enorme accumulo di dati a loro disposizione e alla loro elaborazione algoritmica. Per approfondimenti: L. AMMANNATI, *Regolatori e supervisori nell'era digitale: ripensare la regolazione*, in *Giur. Costituz.*, 2023, 3, p. 1453 ss.

¹²² *Section 230 del Communications Act del 1934*, ora confluita nel *Communications Decency Act del 1996*. Per approfondimenti: *R46751 (congress.gov)*.

Come conseguenza, le competenti Autorità statunitensi hanno prestato particolare attenzione alle pratiche di *endorsement*¹²³ nei confronti di prodotti o servizi e ad altre forme di pubblicità, più o meno dichiarata, da parte degli *influencers*. Nello specifico, la FTC ha pubblicato nel 2017 delle linee guida denominate «Guides Concerning the Use of Endorsement and Testimonials in Advertising», poi riviste nel 2023¹²⁴. Tali linee guida forniscono indicazioni, rilevanti ai fini della *Section 5* dell'*FTC Act*¹²⁵, sul ricorso a forme di *endorsement* e sull'uso di testimonial nella pubblicità, e forniscono supporto per la *compliance* volontaria alle previsioni normative vigenti da parte delle imprese, dei pubblicitari e degli stessi *influencers-testimonial*. Condotte o prassi in contrasto con le linee guida possono portare ad azioni correttive intraprese dalla FTC, sempre ai sensi della citata *Section 5*¹²⁶. In particolare, si definisce *endorsement*: «any advertising message (including verbal statements, demonstrations, or depictions of the name, signature, likeness or other identifying personal characteristics of an individual or the name or seal of an organization) that consumers are likely to believe reflects the opinions, beliefs, findings, or experiences of a party other than the sponsoring advertiser, even if the views expressed by that party are identical to those of the sponsoring advertiser».

Ai sensi delle linee guida, ogniqualvolta ricorra un rapporto tra l'*endorser* e il produttore o venditore del prodotto recla-

¹²³ Il termine *endorsement*, se tradotto letteralmente in italiano, vuol dire 'appoggio, sostegno'. Tuttavia, come da tempo posto in luce dai comparatisti, la traduzione letterale in ambito giuridico non è l'opzione migliore e il giurista ha a disposizione altre opzioni, quali coniare un neologismo, ricorrere a una perifrasi o rinunciare a tradurre. Nel caso di specie, poiché il termine *endorsement* nello scenario giuridico statunitense ha un significato più esteso e più tecnico dei corrispondenti termini italiani, si è preferito mantenere il vocabolo nella sua lingua originaria, rinunciando a tradurlo. Per tutti: R. SACCO, *Traduzione giuridica*, in *Digesto disc. priv. – Sez. civ.*, Aggiornamento, I, Torino, 2000, p. 722 ss., in particolare §§ 5 e 7.

¹²⁴ *Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising* (*ftc.gov*).

¹²⁵ 15 U.S.C. 45, cit.

¹²⁶ *Guides Concerning the Use of Endorsement and Testimonials in Advertising*, cit., *ibidem*.

mizzato, idoneo a incidere in maniera rilevante sull'entità o credibilità dell'*endorsement*, tale rapporto deve essere manifestamente dichiarato. Le linee guida sono corredate da esempi pratici, finalizzati a orientare il comportamento dei destinatari e sono altresì accompagnate da indicazioni schematiche di cosa si deve o non si deve fare, specificamente indirizzate agli *influencers*¹²⁷. Ad esempio, è stato posto a carico di tali soggetti lo specifico dovere di rivelare l'esistenza di rapporti economici, di lavoro o familiari con un particolare *brand*, precisando che i 'rapporti economici' non sono limitati a rapporti in cui una parte corrisponda del denaro, ma anche a quelli in cui, a fronte dell'*endorsement*, l'*influencer* riceva in cambio un *quid* suscettibile di valutazione economica.

La pubblicazione delle linee guida del 2017 era stata preceduta, nel corso del 2016, da una contestazione formale, rivolta dalla FTC a uno dei principali rivenditori online, per aver omesso di informare il pubblico che i *post* su Instagram di alcune '*fashion influencers*' erano, in realtà, promozioni per le quali le autrici dei *post* avevano ricevuto un corrispettivo. Inoltre, nell'aprile del 2017 la FTC ha formalmente inviato, a circa 90 tra *influencers* e *brand*, le cd. «educational letters», recanti le principali indicazioni sui comportamenti da osservare in relazione alla promozione di prodotti, cui ha fatto seguito l'invio, a settembre del medesimo anno, di lettere di richiamo a 21 *influencers*, che le avevano disattese, in cui venivano citati specifici *post* non ritenuti conformi alle linee guida e alle indicazioni della FTC. Nel 2019 la medesima FTC ha annunciato di aver raggiunto accordi transattivi con due società accusate, rispettivamente, (i) di pratiche ingannevoli di *online marketing*, consistenti nell'acquisto e rivendita di falsi indicatori di influenza sui *social media*; e (ii) di aver postato false recensioni di prodotti su piattaforme di acquisto *online*,

¹²⁷ A completamento delle citate linee guida, nel novembre 2019 la FTC ha pubblicato le *Disclosures 101 for Social Media Influencers: Disclosures 101 for Social Media Influencers* | *Federal Trade Commission (ftc.gov)*.

senza rivelare che le recensioni provenivano da loro dipendenti, a ciò specificamente addetti¹²⁸.

Inoltre, il 16 marzo 2023, come conseguenza dell'aumento di frodi sui *social media*¹²⁹, sempre la FTC ha emesso un'ingiunzione nei confronti di otto società titolari dei *principali social media* e piattaforme digitali¹³⁰, finalizzata a ottenere informazioni sulle modalità con cui queste società verificano e inibiscono gli annunci commerciali a pagamento ritenuti ingannevoli o idonei a esporre i consumatori al pericolo (i) di acquistare prodotti per la salute fraudolenti¹³¹, (ii) di frodi finanziarie¹³²; (iii) di acquistare prodotti contraffatti¹³³, o (iv) di altre frodi¹³⁴. Agli otto destinatari si chiede anche di precisare come tali piattaforme permettano ai consumatori di distinguere le pubblicità e gli annunci commerciali da altre forme di comunicazione, e come vengano resi effettivi gli obblighi di *disclosure* a carico di *endorser* e *influencers*¹³⁵.

¹²⁸ *FTC Social Media Actions - Truth in Advertising; FTC Issues New Guidelines for Social Media Influencers, Brands* | Brounstein Hyatt Farber Schreck - JDSupra.

¹²⁹ *FTC Issues Orders to Social Media and Video Streaming Platforms Regarding Efforts to Address Surge in Advertising for Fraudulent Products and Scams* | Federal Trade Commission.

¹³⁰ Meta Platforms, Inc.; Instagram, LLC; YouTube, LLC; TikTok, Inc.; Snap, Inc.; Twitter, Inc.; Pinterest, Inc.; and Twitch Interactive, Inc.

¹³¹ In particolare, relativi alla perdita di peso: quello del dimagrimento è un tema cruciale per i consumatori americani, come da tempo segnalato dalla dottrina, *ex multis*: J.E. GROSS, *The First Amendment and Diet Industry Advertising: How "Puffery" in Weight-Loss Advertisement Has Gone Too Far*, in *J.L. & Health*, 2007, 20, p. 325 ss. Secondo uno studio condotto da alcuni ricercatori dell'Università di Glasgow, il 90% degli *influencers* che affrontano il tema della perdita di peso fornisce informazioni false o comunque inaccurate e non attendibili: *Study scrutinizes credibility of weight manag* | *EurekAlert!*; *Social Media Influencers Give Bad Health Advice 90% of Time, Study Shows* (*businessinsider.com*).

¹³² A.J. ROBERTS, *False Influencing*, in *Geo. L.J.*, 2020, 109, p. 81 ss.

¹³³ Sul problema del cd. *counterfeit* nell'*e-commerce*, ad esempio, D.C.K. CHOW, *Strategies to Combat Internet Sales of Counterfeit Goods*, in *Seton Hall L. Rev.*, 2022, 52, p. 1053 ss.

¹³⁴ Il testo integrale dell'ingiunzione è reperibile al seguente link: *P224500-Social-Media-6b-Model-Order.pdf* (*ftc.gov*).

¹³⁵ *Ibidem*.

Tuttavia, nella dottrina statunitense si è manifestato un orientamento critico rispetto all'attuale disciplina della FTC, reputata idonea a confrontarsi con il fenomeno 'lento' delle intese anticoncorrenziali e, invece, inadeguata a disciplinare quello dinamico e 'veloce' delle pubblicità che coinvolgono gli *influencers*, soprattutto sui *social networks*¹³⁶.

Per quanto concerne il formante giurisprudenziale, si segnala un caso del 2021, *Petunia Products, Inc. v. Rodan & Fields LLC, et alii*, primo caso in cui la richiesta di risarcimento danni per violazione del marchio e pratiche commerciali scorrette è stata estesa non solo al produttore concorrente, ma anche a una *influencer*, Molly Sims, che aveva reclamizzato i prodotti del *competitor* con un *post* sul proprio profilo Instagram¹³⁷. In particolare, l'attrice è titolare, dal 2006, del marchio «BrowBoost» ed è altresì famosa per un prodotto nutriente per le sopracciglia, denominato «Billion Dollars Brows». Il fatto che ha dato origine all'azione giudiziaria è la pubblicazione da parte della *influencer*, sul proprio profilo Instagram, di un *post* contenente l'*hashtag* «#BrowBoost» per promuovere un gel per le sopracciglia, prodotto dalla convenuta Rodan & Fields, denominato «Brow Defining Boost», e avente la stessa funzione del prodotto della Petunia, registrato e conosciuto dai consumatori proprio con il marchio «BrowBoost». Il *post* includeva anche l'invito ad acquistare il prodotto della Rodan & Fields mediante un *link* al sito *web* di quest'ultima.

La Corte di primo grado del Central District of California ha rigettato la difesa della *influencer*, secondo cui il *post* integrava l'espressione di un'opinione di una consumatrice, ritenendolo invece un annuncio pubblicitario a pagamento¹³⁸. Le parti, prima che la causa venisse decisa nel merito, hanno raggiunto un accordo transattivo i cui termini sono rimasti

¹³⁶ *Ex multis*: C. GANTER, *Disclosing under the Influencer: How the FTC Fails to Guide Advertisers and Protect Consumers in Social Media "Influencer" Marketing*, in *Rutgers U.L. Rev. Comments*, 2019, p. 47.

¹³⁷ CJC (ADS), 2009 WL 4261189 (S.D. Cal. Aug. 6, 2021).

¹³⁸ *Ibidem*, p. 6.

confidenziali¹³⁹, tuttavia si tratta di un precedente particolarmente significativo proprio in relazione al ruolo – ed eventuale responsabilità – degli *influencers* nel contesto americano.

In Italia si segnala la controversia tra Ferrari S.p.A. e lo stilista Philipp Plein, che ha dato origine a due distinte pronunce in primo grado, una del Tribunale di Milano e una del Tribunale di Genova.

Nel caso *Ferrari SpA v. Philipp Plein International AG*¹⁴⁰, deciso in primo grado dal Tribunale di Milano nel 2020, la nota casa automobilistica ha convenuto in giudizio la società facente capo allo stilista Philipp Plein, affermando che quest'ultima, in occasione della presentazione a Milano della propria collezione di abbigliamento primavera/estate 2018, avrebbe utilizzato alcune autovetture a marchio Ferrari, previa opposizione di disegni e altre suggestioni grafiche recanti il segno distintivo Philipp Plein in associazione al celebre 'cavalino rampante', che contraddistingue le automobili commercializzate dall'attrice. In giudizio, Ferrari S.p.A. ha contestato l'indebita utilizzazione e appropriazione dei pregi storici e commerciali del proprio marchio, anche ai sensi dell'articolo 9, co. II, lett. c) del Regolamento UE 2017/1001 e dall'articolo 20, co. I, lett. c) c.p.i., con il conseguente rischio di associazione tra la casa automobilistica e la casa di moda, nonché il pericolo di confusione tra l'abbigliamento a marchio Ferrari, parimenti commercializzato dall'attrice, con quello prodotto invece dalla convenuta. La stessa ha inoltre contestato l'illegittimo utilizzo del proprio marchio non solo nella sfilata del 17 giugno 2017, ma anche nella realizzazione di un'immagine pubblicitaria, rimasta esposta sul sito *internet* della convenuta, sui profili *social* di Philipp Plein (in particolare quello di Instagram), e su cartelloni pubblicitari presso l'Aeroporto internazionale di Milano Malpensa, raffigurante un indossatore appoggiato a un'autovettura Ferrari, sulla quale risultava vi-

¹³⁹ COMMENTS, *The Influencers and the Influenced: Effects of Social media Influencers on Enforcement of Trademark Law in the U.S. and Europe*, in *Emory Int'l L. Rev.* 2023, 37, p. 741 ss., p. 742, nota 6.

¹⁴⁰ Tribunale di Milano, sentenza n. 3109/2020, pubblicata il 6 giugno 2020, reperibile a: *Ferrari_plein-Milano-judgement.pdf* (iplawwatch.com).

sibile il ‘cavallino rampante’ tipico delle autovetture Ferrari. L’attrice ha domandato quindi la condanna della controparte alla rimozione dal *web* di immagini e videoriprese della sfilata di moda e della pubblicità contestata, nonché la pronuncia di un’inibitoria dalla prosecuzione dell’attività illecita e dall’utilizzo in futuro, da parte della convenuta, dei marchi Ferrari, oltre alla condanna al risarcimento del danno subito. Il Tribunale di Milano, nell’accogliere la domanda di Ferrari S.p.A., si è pronunciato solo rispetto agli accadimenti della sfilata, reputando una *mutatio libelli* inammissibile, perché introdotta solo con la prima memoria autorizzata, la contestazione relativa alla pubblicità¹⁴¹.

Con l’ordinanza n. 15949 del 4 febbraio 2020, il Tribunale di Genova ha ritenuto che, in assenza di autorizzazione, l’utilizzo del marchio notorio da parte di terzi in immagini e video diffusi sul proprio profilo Instagram è lecito se può comunicare in capo al pubblico un significato diverso da quello commerciale; e che, viceversa, costituisce uso illecito del marchio notorio altrui la diffusione non autorizzata, da parte dell’*influencer*, tramite il proprio profilo Instagram, di video e immagini raffiguranti il marchio notorio, pur a scopo diverso da quello di contraddistinguere prodotti o servizi, quando tali immagini assumano un significato pubblicitario e siano idonee a generare un indebito vantaggio all’utente o un pregiudizio a danno del titolare del marchio. Nel caso di specie anche il Tribunale di Genova si è pronunciato a favore di Ferrari S.p.A., ritenendo che i post oggetto di contestazione integrassero un uso per fini commerciali e pubblicitari del marchio altrui¹⁴². La vicenda riguardava la pubblicazione, da parte di Philipp Plein, di un *post* sul suo profilo Instagram, raffigurante un paio di *sneakers* verdi prodotte dallo stilista, appoggiate su una Ferrari del medesimo colore, di proprietà dello stesso Plein. Questo *post* era stato preceduto da altri in cui lo stilista veniva immortalato accanto alle Ferrari di sua proprietà,

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² Tribunale di Genova, ordinanza 4 febbraio 2020 n. 15949, in *Guida al dir.*, 2020, 38, p. 43.

indossando abbigliamento, a marchio Philipp Plein, abbinato al colore delle Ferrari di volta in volta fotografate, in genere accanto a modelle in bikini, altro aspetto contestato da Ferrari S.p.A., che riteneva contraria alle sue politiche commerciali la mercificazione del corpo femminile¹⁴³. Il Tribunale di Genova ha ritenuto che l'associazione tra i due marchi, chiaramente finalizzata a scopi commerciali e pubblicitari, arrecasse un pregiudizio al marchio e all'immagine di Ferrari S.p.A.

7. Conclusioni

Il tema in esame testimonia in maniera chiara come l'influenza di elementi di matrice storica, culturale ed economica, concorrano a influenzare l'interpretazione ed applicazione delle regole giuridiche, cosicché, a parità di enunciazioni teoriche, le regole operazionali differiscono tra un sistema e un altro: ciò anche in sistemi che presentano elementi di affinità tra loro o comunanza di tradizioni.

Come noto, il ricorso alla pubblicità comparativa è divenuto un fenomeno molto comune in relazione alle comunicazioni commerciali e degli annunci pubblicitari. Nel contesto cultural-economico degli Stati Uniti, questa forma di pubblicità ha trovato il proprio campo elettivo di applicazione e, a partire dagli anni '60 del secolo scorso, è divenuta appunto uno strumento paradigmatico per l'estrinsecazione dei principi di libera concorrenza e sviluppo del mercato. Viceversa, nel contesto europeo, fatta eccezione per l'esperienza inglese, ha prevalso un atteggiamento di maggior cautela, se non addirittura inizialmente di diffidenza, finalizzato a tutelare, anche con coloriture un po' paternalistiche, i consumatori finali, ritenuti soggetti 'vulnerabili'. Come evidenziato, solo l'intervento del-

¹⁴³ La vicenda ha avuto grande risonanza mediatica e sono disponibili al riguardo numerosi articoli: *ex multis*, un paio in cui è ben visibile la foto pubblicata su Instagram sono *Ferrari contro Philipp Plein: stilista diffidato per una foto su social* - News - Automoto.it; e *Ferrari vs Philipp Plein: lo stilista scatena i social contro il Cavallino* - (newsf1.it).

le Istituzioni europee ha permesso l'apertura anche dei sistemi giuridici europei alla pubblicità comparativa. Nonostante oggi, dunque, questa forma di pubblicità possa reputarsi un fenomeno consolidato anche nel contesto europeo, nondimeno l'analisi del formante giurisprudenziale (in senso lato, comprensivo anche delle decisioni degli organi di *self-regulation* del settore) conferma la persistenza, anche in forma crittotipica, di una sorta di diffidenza culturale verso la pubblicità comparativa, a fronte della manifesta inclinazione alla tutela del consumatore.

Inoltre, un elemento di peculiare e netta differenziazione tra il modello statunitense e quello europeo riguarda la cd. *puffery defence*, istituto strettamente connesso alla *doctrine of caveat emptor*, tipica della tradizione di *common law*: mentre nel primo modello questa è non solo consentita, ma costituisce uno strumento per sottrarsi, in maniera legittima, alle regole e ai limiti imposti da quell'ordinamento alla pubblicità comparativa, nel modello europeo la stessa è inibita, potendo la comparazione pubblicitaria riferirsi solo a elementi oggettivi e misurabili. L'elemento cardine di questa dicotomia è, come si è visto, proprio lo *standard* di consumatore preso come parametro di valutazione negli Stati Uniti e in Europa. Entrambi i modelli apparentemente fanno riferimento al medesimo *standard*, ossia a quello del *reasonable consumer*: tuttavia, come illustrato, proprio l'interpretazione offerta dal formante giurisprudenziale demarca il distinguo tra le regole operazionali venutesi a consolidare attorno a questo concetto giuridico nei due modelli.

In questo quadro, già di per sé articolato e complesso, si inseriscono tipologie nuove – e anomale – di pubblicità, veicolate per la maggior parte sotto forma di *post* o video pubblicati sui più famosi *social networks* e i cui protagonisti sono indubbiamente gli *influencers*. Come riportato, l'attività di *influencer marketing* è cresciuta esponenzialmente negli ultimi anni, tanto da aver raggiunto nel 2023 un valore di circa 21.1 bilioni di dollari, con una crescita del 29% rispetto all'anno precedente e considerando che, nel 2016, si attestava su 1.7 bilioni di dollari. Tale fenomeno mette quindi alla prova l'adeguatezza

delle tutele approntate dai singoli sistemi, tanto nei confronti dei consumatori quanto delle imprese concorrenti, oltreché della disciplina finalizzata a regolamentare l'attività (e le responsabilità) delle piattaforme digitali.

Lo scenario giuridico è in evoluzione e interessa trasversalmente tutti i sistemi giuridici, rendendo ancora più attuale il ruolo del diritto comparato: come osservato da un Autore «In un mondo, che tende in modo sempre più accelerato all'integrazione dei mercati e delle culture, uomini di scienza e di lettere, imprenditori, professionisti, consumatori e lavoratori dipendenti trovano *ovunque* l'universo degli affari, delle scienze e delle arti che [...] presenta un *common core* uniforme, ove svolgere la propria attività»¹⁴⁴ e, a fronte di ciò, «occorre estendere lo studio del diritto, mettendo quest'ultimo a confronto con le altre esperienze giuridiche [...] senza *limiti* di carattere spazio-temporale, senza *confini* di carattere geografico o storico»¹⁴⁵.

¹⁴⁴ A. GUARNERI, *Lineamenti di diritto comparato*, Padova, 2022¹⁰, pp. 1-2.

¹⁴⁵ *Ivi*, p. 5.

LAURA MARIA FRANCIOSI, Disciplina della pubblicità comparativa e ruolo degli *influencers* in prospettiva comparata

Il ricorso alla pubblicità comparativa è divenuto un fenomeno molto comune nel contesto delle comunicazioni commerciali e degli annunci pubblicitari. La tendenza comune negli ordinamenti occidentali è oramai quella di favorire la libera concorrenza e il benessere dei consumatori, e la pubblicità comparativa è vista come uno strumento utile per conseguire tali obiettivi, purché entro limiti determinati. Tuttavia, il modello statunitense – in cui è tradizionalmente ammesso il ricorso alla cd. *puffery defence* – differisce da quello dei Paesi europei, all'interno dei quali si assiste a una dicotomia tra orientamento delle Istituzioni europee e quello dei Giudici nazionali. Il tema è reso ancora più interessante in virtù del ruolo di primo piano assunto dai *social media*, e in particolare dai cd. *social media influencers*: infatti, il volume di affari generato da questa peculiare forma di pubblicità ha raggiunto dimensioni assolutamente notevoli. Tale fenomeno mette quindi alla prova l'adeguatezza delle tutele approntate dai singoli sistemi, tanto nei confronti dei consumatori quanto delle imprese concorrenti, oltreché della disciplina finalizzata a regolamentare l'attività (e le responsabilità) delle piattaforme digitali. In prospettiva comparata il tema in esame assume dunque particolare rilievo, perché in esso si ravvisano alcuni fenomeni paradigmatici, da tempo posti in luce dagli studi di diritto comparato, quali la dissociazione tra enunciazioni teoretiche e regole operazionali, l'operatività di formanti diversi e, soprattutto, l'influenza – sovente crittotipica – di fattori culturali, economici e sociali.

Parole chiave: pubblicità comparativa, formanti, crittotipi, *puffery*, *social media influencers*.

LAURA MARIA FRANCIOSI, Regulation of comparative advertising and the role of influencers in a comparative perspective

The usage of comparative advertising has become a common phenomenon within the field of commercials. The common trend within Western legal systems is to encourage free competition and the consumer's welfare, and comparative advertising is deemed as a useful tool to achieve such aims, but under certain conditions. However, the U.S. legal system – allowing the so-called *puffery defence* – differs from that of European Countries whereby there is a dichot-

omy between the orientation of the European Institutions, and that of the national Tribunals. The topic is even more interesting due to the primary role played by the social media and, in particular, by the social media influencers: indeed, the turnover generated by this peculiar form of advertisement has reached unexpected figures. Such phenomenon tests the adequacy of the remedies set forth by the legal systems, towards both consumers and competitors, as well as of the provisions aimed at ruling the activities (and liabilities) of the digital platforms. In a frame of a comparative perspective, the current matter is of a particular significance because it embraces several paradigmatic features, highlighted since long time by comparatists, such as distinguishing between theoretical statements and operational rules; the activity of different legal formants; and, moreover, the influence – frequently in a crypto-typical form – of cultural, economic and social factors.

Key words: comparative advertising, legal formants, cryptotypes, puffery, social media influencers.