

**PAPER DEL GRUPPO
PUBBLICITÀ INGANNEVOLE
E PRATICHE COMMERCIALI
SCORRETTE**



INDICE

AGCom e influencer a cura di Paolina Testa	pag 5
Che reputazione vuoi? Influencer a catalogo a cura di Gianluca Morretta	pag 17
Usi vietati dell'intelligenza artificiale e pratiche commerciali scorrette a cura di Chiara Pappalardo	pag 25
Le regole IAP per la comunicazione commerciale di prodotti e servizi finanziari, bancari, assicurativi, operazioni di investimento e crypto-attività. a cura di <i>Elena Carpani,</i> <i>Elisabetta Mina e Davide Davico</i>	pag 35
Novità all'orizzonte per il green advertising a cura di <i>Arturo Leone,</i> <i>Federica Furlan e Rachele Macor</i>	pag 47

AGCom e influencer

a cura di *Paolina Testa*

1. Premessa

Scrivere di una regolamentazione ancora *in fieri* è potenzialmente pericoloso: si corre il rischio di presentare come definitive soluzioni che definitive non sono, e peggio ancora di essere smentiti dalla successiva evoluzione dei fatti. Ho pensato però che potesse essere interessante riflettere, anche se il cammino non è ancora concluso, sull'approccio dell'AGCom al fenomeno degli *influencer*, sulle posizioni e le esigenze emerse durante la consultazione pubblica indetta dall'Autorità e sulle varie tappe attraverso le quali stanno laboriosamente vedendo la luce, a seguito di un processo di co-regolamentazione, le Linee Guida e il Codice di condotta degli *influencer*. Il tutto con l'auspicio che l'esito finale di questo processo, ormai giunto alle sue battute conclusive, non sia molto diverso da quanto si è profilato finora.

2. Il punto di partenza

Come è noto, la prima questione che si è posta in materia di *influencer* riguarda la riconoscibilità della natura commerciale dei contenuti da loro veicolati sui *social media*. In Italia, come pure è noto, il primo a prendere posizione sul punto è stato l'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria, che nel giugno 2016 ha pubblicato la *Digital Chart*, testo che conteneva un'ampia ricognizione del fenomeno e che indicava alcuni accorgimenti idonei a consentire

la riconoscibilità del carattere commerciale della comunicazione. Sono seguiti, a un anno di distanza, i primi interventi di *moral suasion* dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in applicazione dell'art. 22 co.2 Cod. cons., accompagnati da comunicati stampa nei quali venivano resi pubblici i criteri – non dissimili da quelli individuati dallo IAP – che l'AGCM riteneva idonei a garantire la trasparenza della comunicazione commerciale¹. Da quel momento in poi, l'evoluzione della disciplina è stata caratterizzata da un'alternanza di interventi dell'AGCM e degli organi autodisciplinari, che hanno concorso nel determinare i confini delle varie fattispecie e le loro caratteristiche, e nell'individuare quali accorgimenti dovessero essere adottati in relazione a ciascuna di esse. Nel giugno 2018 il Giurì di autodisciplina ha emesso la pronuncia n. 45/2018², che ha affermato la responsabilità dell'impresa committente per gli interventi estemporanei sui social media da parte di un *influencer* contrattualizzato, seguita immediatamente dopo dalla pronuncia n. 58/2018³; e nell'agosto dello stesso anno si è avuto il secondo blocco di interventi di *moral suasion* dell'AGCM⁴. Nell'aprile 2019 la *Digital Chart* dello IAP ha assunto natura normativa, trasformandosi in «Regolamento *Digital Chart* sulla comunicazione commerciale diffusa attraverso internet», con la parallela modifica dell'art. 7 del codice di autodisciplina che rinviava al regolamento per

l'individuazione dei «principali accorgimenti» idonei a consentire la riconoscibilità di «talune forme di comunicazione commerciale diffuse attraverso internet»⁵. Nel frattempo, gli interventi dell'AGCM lasciavano il terreno della *moral suasion* per sfociare nell'apertura di procedimenti, tutti conclusi con provvedimenti che rendevano obbligatori gli impegni proposti dai professionisti coinvolti, imprese e *influencer*: ricordo, fra i più significativi, il provvedimento n. 27787 del maggio 2019, *AEFFE – Alitalia*; il provvedimento n. 28167, del febbraio 2020, *Barilla*, nel quale per la prima volta è stato affrontato il tema dei *micro-influencer*; i provvedimenti n. 28386, *Wind 3*, n. 28387, *Birra Peroni*, n. 28385, *LG*, relativi all'argomento affine del *product placement* all'interno dei video musicali; il provvedimento n. 29837 del settembre 2021, *BAT – GLO*. Il 2022 ha visto due interventi sanzionatori, uno da parte del Giurì di autodisciplina, con la pronuncia n. 4/2022, e uno da parte dell'AGCM, con il provvedimento n. 30229, di accettazione degli impegni proposti da Tik Tok. L'anno seguente, il 2023, è stato caratterizzato dalla pubblicazione della seconda edizione del Regolamento *Digital Chart*, nel mese di giugno, e dalla emanazione da parte dell'AGCM del provvedimento n. 31002 nei confronti di Balocco e

delle società che fanno capo a Chiara Ferragni, sicuramente il più noto intervento in materia di *influencer*, che ha affrontato non già il problema della riconoscibilità della comunicazione, ma quello della sua verità.

3. L'approccio dell'AGCom

Il 2023 vede anche l'intervento in materia dell'AGCom, caratterizzato da un approccio completamente diverso: gli *influencer* considerati come fornitori di servizi di media audiovisivi, soggetti come tali alle disposizioni del relativo Testo unico, emanato con d. lgs. 8 novembre 2021, n. 208 (Tusma), di recepimento della direttiva UE 2018/1808.

Con delibera n. 178/23/CONS del 13 luglio 2023, l'AGCom avvia una consultazione pubblica «relativa alle misure volte a garantire il rispetto, da parte degli *influencer*, delle disposizioni del

⁵ L'applicazione della *Digital Chart* e successivamente del relativo Regolamento ha visto un'intensa attività del Comitato di Controllo, con l'emanazione di numerose ingiunzioni di desistenza fra le quali ricordo quelle di seguito indicate: n. 60/18, n. 61/18, n. 63/19, n. 79/18, n. 85/18, n. 21/19, n. 26/19, n. 31/19, n. 37/19, n. 39/19, n. 43/19, n. 44/19, n. 46/19, n. 47/19, n. 49/19, n. 52/19, n. 3/20, n. 43/20, n. 46/20, n. 59/20, n. 23/21, n. 24/21. Tutte le ingiunzioni del Comitato sono pubblicate in <https://archivio.iap.it/>

⁶ In *Boll.* 23/2019.

⁷ In *Boll.* 11/2020.

⁸ Tutti in *Boll.* 43/2020.

⁹ In *Boll.* 41/2021; si veda anche il successivo provvedimento di modifica, n. 31450, in *Boll.* 6/2025.

¹⁰ In <https://archivio.iap.it/>

¹¹ Il provvedimento n. 30229 ha reso obbligatori gli impegni proposti da Tik Tok, ma ha sanzionato il committente del messaggio per pubblicità occulta e per altre violazioni del Codice del Consumo (*Boll.* 28/2022).

¹² In *Boll.* 48/2023.

¹ Gli interventi di *moral suasion*, tutti iniziati nel luglio 2017, sono stati complessivamente sette, e di essi danno notizia i comunicati stampa del 24 luglio 2017 (su <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2017/7/alias-8853>) e del 1° dicembre 2017 (su <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2017/12/alias-9049>).

² La si veda in *Riv. dir. ind.* 2018, II, 376 ss., con nota di PAPPALARDO, *Influencer e Autodisciplina Pubblicitaria – prime applicazioni della Digital Chart*.

³ In <https://archivio.iap.it/>

⁴ Di questo secondo gruppo di interventi danno ampiamente notizia i comunicati stampa 6 agosto 2018 (lo si veda su <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2018/8/alias-9449>) e 11 dicembre 2018 (lo si veda su <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2018/12/L'Antitrust-chiude-anche-la-seconda-moral-suasion-su-influencer-e-marchi,-ma-avvia-istruttoria-per-possibili-promozioni-occulte>).

testo unico sui servizi di media audiovisivi»¹³, nelle cui premesse si legge che «la pervasività dei media sociali e la crescente rilevanza di soggetti, indicati con il termine di “*influencer*” (e chiamati nel linguaggio corrente, a titolo esemplificativo, anche “*vlogger*”, “*streamer*”, “*creator*”, “*uploader*”) che creano, producono e diffondono contenuti audiovisivi – su cui esercitano la responsabilità editoriale – tramite piattaforme per la condivisione di video, hanno dato avvio ad una riflessione dell’Autorità circa le disposizioni normative e regolamentari loro applicabili, anche al fine di fornire una maggiore trasparenza e consapevolezza da parte dei soggetti interessati». Il primo risultato di questa riflessione, come si legge ancora nel prosieguo della delibera, è che anche gli *influencer*, «nell’esercizio delle attività di creazione, selezione, e organizzazione dei contenuti che diffondono, possono essere considerati fornitori di servizi di media audiovisivi a richiesta sotto la giurisdizione nazionale, ai sensi dell’art. 3, comma 1, lett. a), b) e q) del Testo unico, ove ricorrano i relativi requisiti»¹⁴, e che pertanto occorre individuare, in conformità al principio di proporzionalità, quali fra le disposizioni dettate per i fornitori di servizi di media audiovisivi a richiesta siano ad essi applicabili.

La consultazione pubblica è propedeutica all’emanazione di Linee guida da parte dell’AGCom, ma la prima questione da affrontare è l’individuazione dell’ambito di applicazione delle stesse. Lo schema di regolamentazione sul quale l’Autorità indice la consultazione pubblica è contenuto nell’Allegato A alla delibera: nel quale, dopo aver inquadrato il fenomeno, anche con riferimento al suo impatto economico, e richiamato brevemente le soluzioni normative adottate in vari paesi europei, l’AGCom propone un doppio regime per l’applicazione agli *influencer* delle norme del Testo Unico. Da una parte, i «soggetti che propongono contenuti audiovisivi in modo continuo con una mo-

dalità di offerta e organizzazione degli stessi da renderli sovrapponibili a un catalogo di un servizio di media “*on-demand*”. In relazione a questi soggetti, l’AGCom ritiene in prima battuta opportuna «l’applicazione della totalità degli obblighi previsti dal Testo unico, ivi inclusi, a titolo esemplificativo, l’iscrizione al ROC, la disciplina in materia di opere europee e indipendenti, la SCIA (segnalazione certificata di inizio attività)». Dall’altra parte, gli *influencer* minori, ossia i «soggetti che operano in maniera meno continuativa e strutturata, ai quali, di contro, non appare giustificata l’applicazione nella sua interezza del regime giuridico previsto per i servizi di media audiovisivi a richiesta».

Il discrimine proposto fra l’una e l’altra categoria consiste nel raggiungimento di determinate soglie, indicativamente individuate nel numero di utenti sul territorio italiano raggiunti dal servizio, nei volumi d’affari generati, o in altri criteri che i partecipanti alla consultazione sono invitati a proporre.

Sempre nell’ottica inizialmente adottata dall’AGCom, alcune norme del Testo unico dovrebbero essere applicabili a tutti gli *influencer*, indipendentemente dall’appartenenza all’una o all’altra categoria: così le norme a tutela dei diritti fondamentali della persona (art. 30 Testo unico), a tutela dei minori (artt. 37 e 38), come pure le norme in tema di comunicazioni commerciali, televendite e product placement (artt. 43, 46, 47 e 48 Testo unico). Per quanto riguarda il divieto di pubblicità occulta, l’AGCom propone in prima battuta l’adozione della dicitura «pubblicità», oppure «ADV», come pure l’uso delle funzionalità messe a disposizione dalle varie piattaforme per comunicare che un video contiene comunicazioni commerciali audiovisive. Su questo punto, come pure sulle modalità per garantire la tutela dei minori, il documento invita gli interessati a sottoporre proposte e suggerimenti.

La consultazione pubblica è ampiamente partecipata: *influencer* singoli e agenzie che li rappresentano, associazioni imprenditoriali, associazioni di consumatori, sono moltissimi gli interessati che fanno sentire la loro voce. La fa sentire anche lo IAP, che ricorda innanzitutto come l’art. 11 del codice di autodisciplina persegua da lungo tempo e con efficacia le esigenze di tutela dei minori, e come la norma autodisciplinare sia oggetto di un rinvio recettizio da parte del Codice di autoregolamentazione Media e Minori, espressamente richiamato all’interno del Tusma. Soprattutto, grazie allo IAP fa

il suo ingresso all’interno della consultazione pubblica il Regolamento *Digital Chart*, del quale vengono ampiamente illustrati il contenuto, la funzione e il ruolo di benchmark del mercato assunto nel corso del tempo, con la proposta che le emanande Linee guida vi facciano esplicito riferimento.

¹³ La delibera è stata pubblicata sul sito dell’AGCom il 21 luglio 2023, ed è consultabile a questo link: <https://www.agcom.it/provvedimenti/delibera-178-23-cons>

¹⁴ Per semplificare la lettura, ricordo che l’art. 3.1.a del Testo unico contiene la definizione di servizio di media audiovisivo; l’art. 3.1.b suddivide i servizi di media audiovisivi in trasmissioni televisive, servizi di media audiovisivi a richiesta e comunicazioni commerciali audiovisive; l’art. 3.1.q, infine, contiene la definizione di servizio di media audiovisivo non lineare, o a richiesta, inteso come «un servizio di media audiovisivo fornito da un fornitore di servizi di media per la visione di programmi scelto al momento dall’utente e su sua richiesta sulla base di un catalogo di programmi selezionati dal fornitore di servizi di media».

4. Le Linee guida AGCom e la convocazione del tavolo tecnico

Dell'esito della consultazione l'AGCom dà dettagliata notizia nella delibera n. 7/24/CONS¹⁵, con la quale emana le «Linee guida volte a garantire il rispetto delle disposizioni del testo unico da parte degli influencer» (All. A alla delibera), e istituisce un tavolo tecnico finalizzato all'adozione di un codice di condotta, volto a dare attuazione ai principi contenuti nelle Linee guida (All. B alla delibera). I punti fondamentali di queste ultime possono essere così riassunti:

1. suddivisione degli *influencer* professionali in due categorie: a) una prima categoria, alla quale si applicano «le pertinenti disposizioni del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 208, individuabile sulla base dei seguenti criteri, che devono sussistere cumulativamente: i) numero di follower pari ad almeno un milione, risultante dalla somma degli iscritti sulle piattaforme e sui social media in cui operano; ii) pubblicazione di almeno 24 contenuti nell'anno precedente la rilevazione; iii) superamento su almeno una piattaforma o *social media* di un *engagement rate* medio negli ultimi sei mesi pari o superiore al 2%. A questa prima categoria l'Autorità si riferisce nel prosieguo delle Linee guida col termine *influencer*; b) una seconda categoria, costituita da soggetti «che operano in maniera meno continuativa e strutturata», che non presenta le caratteristiche individuate sopra, ai quali sono applicabili solo gli artt. 41 e 42 del Testo unico¹⁶;

2. individuazione delle norme del Testo unico immediatamente applicabili ai contenuti audiovisivi autoprodotti dagli *influencer*: i principi generali di cui all'art. 4 co. 1; i principi generali di cui all'art. 6 co. 2 lett. a), in quanto applicabili; le disposizioni a tutela del diritto d'autore richiamate dall'art. 12;

le disposizioni a tutela dei diritti fondamentali della persona, dei minori e dei valori dello sport (art. 30, 37, 38 e 39, e pertinenti delibere dell'Autorità); le disposizioni in materia di comunicazioni commerciali di cui agli artt. 43, 46, 47 e 48. Qui si coglie, a mio avviso, la reale portata dell'intervento dell'AGCom rispetto agli interventi di cui ho dato sinteticamente conto al paragrafo 1, direttamente conseguente alla considerazione degli *influencer* come fornitori di servizi di media audiovisivi: gli *influencer* non sono più considerati esclusivamente come mezzi di diffusione di una pubblicità potenzialmente ingannevole perché non riconoscibile come tale; ma come fornitori di contenuti di informazione, intrattenimento, cultura, contenuti che – così come i contenuti forniti dalla televisione, dalla radio, dalle varie piattaforme – devono uniformarsi ai principi generali sopra richiamati. I contenuti di carattere commerciale, espressamente presi in considerazione e disciplinati, sono solo una parte dei contenuti messi a disposizione del pubblico (effettivamente o potenzialmente) da parte degli *influencer*, così come accade per qualunque altro fornitore di servizi di media audiovisivi: e così, gli *influencer* non possono diffondere contenuti che istighino a commettere reati; devono garantire il rispetto della dignità umana; non devono pubblicare contenuti gravemente nocivi allo sviluppo fisico, psichico o morale dei minori, e devono utilizzare le funzionalità messe a disposizione delle varie piattaforme per indicare che il contenuto è potenzialmente nocivo per i minori; e hanno in generale un obbligo di verifica dei fatti e delle informazioni che diffondono, al fine di contrastare la disinformazione online;

3. espressa menzione del Regolamento *Digital Chart* come fonte normativa, dal momento che – come si legge al punto 11 della delibera – gli *influencer* rispettano il divieto di pubblicità occulta «riconoscendo altresì le norme esplicitate nel Regola-

mento *Digital Chart* sulla riconoscibilità della comunicazione commerciale diffusa attraverso Internet promosso dall'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria».

La delibera n. 7/24/CONS prevede l'emanazione da parte dell'Autorità di un codice di condotta volto a definire «i criteri applicativi delle disposizioni essenziali emanate dalle linee guida, gli accorgimenti tecnici, le modalità di registrazione degli *influencer* e le funzionalità di segnalazione delle violazioni all'Autorità» (All. B). Per la definizione del contenuto del codice di condotta viene convocato un Tavolo tecnico, al quale sono invitate a partecipare «le associazioni di *influencer*, i rappresentanti delle piattaforme per la condivisione di video, dei *social media*, delle agenzie di *influencer marketing* e in generale di chi funge da intermediario tra *influencer* e aziende, ivi incluse le agenzie di PR, centri media, agenzie creative, talent manager, reti multicanale (MCN)» (così ancora l'All. B); la partecipazione è in realtà più ampia, dal momento che al tavolo tecnico parteciperanno, tra l'altro, l'associazione delle imprese che investono in pubblicità (UPA) e l'Istituto di Autodisciplina.

La delibera n. 7/24/CONS viene impugnata davanti al TAR Lazio dal Codacons, che lamenta tra l'altro la violazione delle garanzie partecipative a motivo del fatto che al tavolo tecnico è prevista la partecipazione di associazioni di *influencer*, di rappresentanti di piattaforme, ma non delle associazioni degli utenti e dei consumatori. Con sentenza pubblicata il 19 marzo 2024 il TAR Lazio

respinge il ricorso, ritenendo che il carattere eminentemente tecnico del Tavolo giustificasse l'esclusione delle associazioni di consumatori e utenti, ma affermando che qualora «il Tavolo in questione – eventualmente esorbitando dalle attribuzioni al medesimo rimesse – venisse ad introdurre elementi di disciplina di carattere (non meramente tecnico ma) “generale”, allora ben potrebbe venire a configurarsi una violazione delle prerogative partecipative, da parte della stessa Autorità già riconosciute in favore dei soggetti coinvolti nella fase di consultazione». Eventualità, quella prospettata dal TAR, che ha avuto sostanzialmente il valore di un monito nei confronti dei lavori del tavolo tecnico, facendo sì che l'Autorità vigilasse accuratamente sul rispetto dei confini strettamente tecnici che ne dovevano connotare l'ambito di azione.

Nel frattempo, il tavolo tecnico viene convocato, e inizia i suoi lavori il 5 marzo 2024. La numerosità dei partecipanti e l'eterogeneità degli argomenti da trattare e delle competenze rappresentate ne consigliano la suddivisione in tre sottogruppi: SG1, «pubblicità e segnaletica»; SG2, «soglie, definizioni e modalità di gestione dell'elenco dei soggetti»; SG3, «minori e procedure di segnalazione».

I lavori si concludono, a seguito di una proroga del termine inizialmente previsto, il 18 settembre 2024. Il 26 novembre 2024 l'Autorità emana la delibera n. 472/24/CONS¹⁷, con la quale sottopone a consultazione pubblica il Codice di condotta e alcune modifiche delle linee guida, sulle quali torneremo fra breve.

¹⁵ Adottata il 10 gennaio 2024 e pubblicata il successivo 16 gennaio sul sito dell'Autorità: <https://www.agcom.it/provvedimenti/delibera-7-24-cons#allegati>

¹⁶ Si tratta delle norme che definiscono gli obblighi a carico dei fornitori di piattaforme per la condivisione di video soggetti alla giurisdizione italiana, fra cui l'obbligo di adottare misure volte a tutelare: i minori da programmi, video generati da utenti e comunicazioni commerciali audiovisive che possano nuocere al loro sviluppo fisico, mentale o morale, a norma degli artt. 37 e 43; il grande pubblico da programmi, video generati dagli utenti e comunicazioni commerciali audiovisive che istighino alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone o di un membro di un gruppo; il grande pubblico da programmi, video generati dagli utenti e comunicazioni commerciali audiovisive che includano contenuti la cui diffusione costituisce reato.

¹⁷ La delibera è pubblicata sul sito AGCom l'11 dicembre 2024, <https://www.agcom.it/provvedimenti/delibera-472-24-cons>

5. Le disposizioni del Codice di condotta in tema di riconoscibilità dei contenuti pubblicitari e la modifica del Regolamento Digital Chart dello IAP

Questo scritto compare in una raccolta promossa dal gruppo di studio Pubblicità e pratiche commerciali scorrette di AIPPI, e d'altra parte io ho seguito da vicino i lavori del primo sottogruppo: ragioni entrambe che mi spingono a concentrare l'attenzione su questo, e sul risultato principale raggiunto – almeno finora - nell'ambito dello stesso: il riconoscimento del Regolamento *Digital Chart* dello IAP come fonte normativa per quanto riguarda le modalità da adottarsi per garantire la riconoscibilità della pubblicità diffusa dagli influencer attraverso Internet (Capitolo 4 del Codice, «Pubblicità e segnaletica»). Questa soluzione, anticipata dalle linee guida, era apparsa fin dall'inizio come l'unica logica ed effettivamente praticabile, sia per la consolidata esperienza dello IAP in materia, sia per la pluralità di interessi di cui l'Istituto è portatore, sia perché le norme del Regolamento *Digital Chart* costituiscono da tempo, in ambito pubblicitario, il paradigma della correttezza per quanto riguarda la trasparenza dei contenuti pubblicitari degli influencer. Ragioni tutte di cui dà efficacemente conto la delibera n. 472/24/CONS, nella quale leggiamo che «i partecipanti al Tavolo non hanno ritenuto di dover individuare una segnaletica semplificata e uniforme oltre che cogente, diversa e ulteriore rispetto a quella già individuata dal “Regolamento *Digital Chart* sulla riconoscibilità della comunicazione commerciale diffusa attraverso Internet” (di seguito, Regolamento *Digital Chart*), consolidato presso autoregolamentare dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria (di seguito IAP). Benché tale Regolamento non imponga vincoli rigidi sull'applicazione delle diverse etichettature predefinite, lasciando un margine di flessibilità agli *influencer*, nondimeno soddisfa l'esigenza di una tas-

sonomia idonea a garantire l'applicabilità delle disposizioni e il rispetto del codice di condotta; inoltre, non è stata trascurata la considerazione relativa all'efficacia di adottare una segnaletica semplificata e già condivisa dagli *influencer* oltre che nota all'utenza, applicabile in maniera omogenea anche dagli influencer che non superano le soglie definite dall'Autorità, in quanto rappresentati dalle agenzie che sottoscriveranno il codice o, comunque, che già applicano il Regolamento *Digital Chart* quale strumento condiviso anche dagli investitori».

A fronte di esigenze di semplificazione emerse nel corso delle riunioni del tavolo tecnico, al Regolamento *Digital Chart* vengono apportate alcune modifiche di carattere organizzativo e formale, consistenti principalmente:

- nella suddivisione del contenuto in due distinte sezioni, di cui la prima dedicata all'«Influencer marketing», la seconda dedicata alle «Altre forme di comunicazione digital»;
- nella individuazione, all'interno della sezione «Influencer marketing», di cinque distinti capitoli, dedicati alle fattispecie così individuate: 1) «Endorsement: rapporto di committenza tra brand e influencer»; 2) «Invio di prodotti/inviti ad eventi/fruizioni di servizi in assenza di rapporto di committenza tra influencer e brand»; 4) «Codici sconto, affiliate marketing»; 5) «Autopromozioni»;
- nella semplificazione delle avvertenze da ritenersi comunque idonee a palesare la natura pubblicitaria del contenuto diffuso dall'*influencer*, con l'individuazione di due avvertenze principali («pubblicità» oppure «advertising») e di alcune avvertenze alternative («promosso da ... brand», «promoted by ... brand»; «sponsorizzato da ... brand», oppure «sponsored by ... brand»; «adv/ad + brand»);
- nella eliminazione della norma relativa al *product placement* nei contenuti

postati dall'*influencer*, in quanto non allineata con la definizione contenuta nel Tusma e con la relativa misura di trasparenza.

La nuova versione del Regolamento *Digital Chart* è entrata in vigore il 30 ottobre 2024. La proposta di codice di condotta sottoposta a consultazione pubblica recita sul punto (punto 4, «Pubblicità e Segnaletica») che «gli *influencer* adottano la segnaletica individuata nel Regolamento Digital Chart dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria (IAP) nella versione in vigore al momento dell'adozione del presente Codice di condotta¹⁸».

Per quanto riguarda le sponsorizzazioni e le televendite, il Codice di condotta si limita a richiamare integralmente le disposizioni degli artt. 46 e 47 del Tusma; per quel che riguarda il *product placement*, il richiamo è all'art. 48 del medesimo Testo unico.

¹⁸ Per quanto concerne la revisione del Regolamento Digital Chart, il Codice di condotta prevede che la stessa «è condizionata alla previa comunicazione motivata dello IAP relativamente alla necessità o opportunità di aggiornare il documento. Il Consiglio dell'Autorità, valutata la compatibilità con le disposizioni del Tusma e dei propri regolamenti, approva con presa d'atto il documento aggiornato entro 60 giorni dalla ricezione della comunicazione».

6. Le altre disposizioni del Codice di condotta e la modifica delle Linee guida

Qualunque sia la natura dei contenuti da loro pubblicati, gli *influencer* sono tenuti (Capitolo 3, «Tutela dei diritti fondamentali, minori e altre categorie vulnerabili»): i) a rispettare le norme in tema di tutela dei minori «non pubblicando contenuti gravemente nocivi allo sviluppo fisico, mentale o morale dei minori, come individuati dalla delibera n. 52/13/CSP»; ii) a non pubblicare contenuti che possono trarre in inganno il pubblico, e ad evitare «ogni forma di sfruttamento della superstizione, della credulità o della paura, in particolare degli utenti psicologicamente più vulnerabili»; iii) a segnalare attraverso apposita dicitura («contenuto modificato», «foto modificata», «video modificato», «foto filtrata», «video filtrato», «filtri») «l'utilizzo di filtri e/o applicazioni *software* in misura tale da incidere potenzialmente sullo sviluppo dei minori, diffondendo modelli irrealistici e/o promuovendo prodotti e servizi che fanno ipotizzare prestazioni ed effetti non coerenti con le loro caratteristiche».

I primi due capitoli del Codice sono dedicati all'individuazione dell'ambito di applicazione soggettivo, costituito dagli «*influencer* rilevanti», così come individuati dalle Linee guida, con la raccomandazione per gli *influencer* non rilevanti di rispettare ugualmente le norme del Codice. La compilazione dell'elenco degli *influencer* – intendendosi per tali i soli *influencer* rilevanti - è demandata ad un soggetto terzo incaricato dall'AGCom. Abbandonata l'idea originaria di prescrivere l'iscrizione al ROC per gli *influencer* rilevanti, il Codice prevede la pubblicazione annuale di un elenco di questi ultimi sul sito istituzionale dell'AGCom, con l'obbligo per gli *influencer* di inserire nello spazio dedicato alla presentazione del proprio profilo, sulle piattaforme e sui social media che lo preve-

dono, il proprio nome e cognome oppure la propria denominazione sociale, il proprio marchio, e la dicitura, a seconda dei casi, «*influencer* in elenco AGCOM» oppure «*influencer* virtuale in elenco AGCom».

La delibera n. 472/24/CONS, come già accennato, ha sottoposto a consultazione pubblica anche una modifica delle Linee guida, con la ridefinizione dei criteri per l'individuazione degli *influencer* rilevanti, individuati ora come quelli che raggiungono un numero di *follower* pari ad almeno 500.000, o un numero di visualizzazioni medie mensili pari a un milione, su almeno una delle piattaforme di social media o condivisione di video utilizzate.

La consultazione pubblica è terminata da poco più di un mese, e ancora non se ne conosce l'esito. L'auspicio è però che, vista l'ampia condivisione delle soluzioni adottate nell'ambito del Tavolo tecnico, non vi siano grandi stravolgimenti.

Paolina Testa

Che reputazione vuoi? Influencer a catalogo

a cura di *Gianluca Morretta*

Che reputazione vuoi? Influencer a catalogo

Sarebbe ipocrita ignorare che l'attenzione, anche giuridica, sul mondo *influencer* trova uno snodo essenziale nel caso Balocco Ferragni¹. L'eco mediatica che questo caso ha generato si è tradotta in un'onda di sdegno che ha raggiunto vette da caccia alle streghe. Mentre cadevano le statue del dittatore-*influencer*, si correva al riparo con interventi normativi d'emergenza², neppure necessari, ed entrava nel lessico comune la necessità di trasparenza delle comunicazioni pubblicitarie e di miglior tutela del popolo dei consumatori. Una crociata che ha dato sfogo ad ogni rancore nei confronti degli *influencer* e cioè di coloro che molti intendono come i nuovi ministri di condotta, dai guadagni facili e milionari, capaci di

(dis)orientare le nuove generazioni (e non solo). Tutto comprensibile e non privo di appigli. Tuttavia. Qualche perplessità sulla magnitudo della reazione resta. Non certo per la gravità del caso, ma per il senso di sorpresa e di spiazzamento che ha accompagnato la reazione. Le invocazioni, persino etiche, richiederebbero a mio avviso una certa contenenza in questo specifico contesto che vive del mercimonio della reputazione³. La magia dell'*influencer* sta proprio nel mettere una parte della propria vita, delle proprie convinzioni e persino del proprio sistema valoriale a disposizione dei *follower* e, se ciò avviene, come avviene, verso un corrispettivo che consenta – e anzi imponga – l'ingresso nella propria vita pubblico-privata di un prodotto e il suo altrettanto pubblico elogio, entriamo nel mondo dell'inganno⁴. Bonus o non bonus che sia.

¹ Cfr. provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) n. 31002 del 15 dicembre 2023 nel caso n. PS12506 "Balocco – Sostegno all'Ospedale Regina Margherita" (<https://service.agcm.it/dettaglio?tc/2028/12/&db=C12560D000291394&uid=6E005710F880FFCC1258A8900378BA9&view=vw0301&title=PS12506-BALOCOCCO-SOSTEGNO%20ALL%27OSPEDALE%20REGINA%20MARGHERITA&fs=>).

² Si vedano, in particolare: le linee guida emanate dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) con delibera n. 7/24/CONS del 10 gennaio 2024 ("Linee-guida volte a garantire il rispetto delle disposizioni del Testo unico da parte degli *influencer* e istituzione di un apposito Tavolo tecnico" - <https://www.agcom.it/provvedimenti/delibera-7-24-cons>); il DDL "Beneficenza" (ribattezzato anche DDL "Ferragni") contenente "Disposizioni in materia di destinazione di proventi derivanti dalla vendita di prodotti", approvato dal Consiglio dei Ministri il 25 gennaio 2024, presentato alla Camera dei Deputati il 9 febbraio 2024 e assegnato alla X Commissione Attività produttive il 12 marzo 2024 (<https://www.camera.it/leg19/126?tab=&leg=19&idDocumento=1704&sede=&tipo=>); e, ancora, il Regolamento *Digital Chart* sulla riconoscibilità della comunicazione commerciale diffusa attraverso internet approvato dall'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria (IAP) il 30 ottobre 2024 (<https://www.iap.it/codice-e-altre-fonti/regolamenti-autodisciplinari/regolamento-digital-chart/>). Per una disamina approfondita della normativa sull'*Influencer Marketing*, in particolare a seguito del caso Balocco, si veda, tra gli altri, S. Alvanini, *L'Influencer Marketing alla luce del caso Ferragni Balocco*, in *Il Diritto Industriale*, 3/2024, pagg. 298 e segg.

³ Per un'ampia disamina dell'evoluzione giurisprudenziale in ordine all'ampiezza dei diritti della personalità e della loro componente patrimoniale, si veda, S. Thobani, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali a trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018, pag. 80 e segg.

⁴ Si veda Cass. 28 marzo 2006, n. 7083, in *One Legale*, per cui "il contratto di sponsorizzazione comprende una serie di ipotesi nelle quali un soggetto si obbliga, dietro corrispettivo, a consentire ad altri l'uso della propria immagine e del proprio nome per promuovere presso il pubblico un marchio o un prodotto; tale uso dell'immagine pubblica può anche prevedere che lo sponsor tenga determinati comportamenti di testimonianza verso il marchio o prodotto. L'obbligazione assunta dallo sponsor ha natura patrimoniale, ai sensi dell'art. 1174 c.c., e corrisponde all'affermarsi nel costume sociale della commercializzazione del nome e dell'immagine personale".

Non c'è nulla di genuino nell'*endorsement* del prodotto da parte dell'*influencer* (se fosse genuino sarebbe quanto meno gratuito), ma di questo inganno il pubblico o almeno una buona parte di esso non vuole avere piena contezza, preferendo di gran lunga abbandonarsi al sogno emulativo di una vita da sogno, nel caso Ferragni, o di altre vite diversamente connotate a seconda dell'*influencer* prescelto (di rottura del sistema, di tifo calcistico, di attenzione su specifici quanto diffusi problemi personali, ecc ...). Estremizzando, si sta ragionando di proteggere il pubblico dei consumatori ... da se stesso. Il che non significa che non sia comunque doveroso, ma l'esigenza di tutela andrebbe coltivata nella consapevolezza di operare all'interno di un particolare mercato, quello della reputazione.

Ciò che stupisce, al contrario, è che il caso Balocco Ferragni abbia convogliato l'at-

tenzione sui temi della trasparenza e della tutela consumeristica, direi indiscutibili, con buon grado di stigma etico, senza altrettanta sensibilità sul contesto davvero poco etico in cui si inserisce. Di qui sorpresa e spiazzamento che credo in buona parte non avessero ragione di essere.

Ciò almeno quanto al rapporto diretto tra *influencer* e suoi *follower* poiché in parallelo il mondo dell'impresa, con rinnovata fiducia negli *influencer* (è stata stimata una crescita annuale di questo segmento di mercato del 9%⁵), si pone un diverso problema e cioè di come evitare il rischio che gli investimenti a questi indirizzati possano tradursi in *boomerang* reputazionali. Così ragionando, il sinallagma contrattuale⁶ viene esteso dall'originario rapporto tra corrispettivo e promozione di un prodotto alla più ampia relazione tra corrispettivo e stile di vita (pubblico-privata) dell'*influencer* in coerenza con le aspettative pubblicitarie del committente⁷.

⁵ A. VIVALDELLI, Responsabile digital UPA, E. Corazza, *Digital & Media Marketing Strategic Consultant*, Presentazione della giornata dell'evento "Influencer Marketing 2024" organizzato da UPA, svoltosi in data 12 novembre 2024: <https://www.upa.it/it/eventi/im24.html>. Tale percentuale di crescita è stata stimata da UPA attraverso una *survey* realizzata presso i propri associati, che ha evidenziato investimenti pubblicitari in *influencer marketing* in Italia nel corso del 2024 per oltre trecentocinquanta milioni di euro, segnando un aumento del 9% rispetto al 2023. La Commissione Europea definisce oggi l'*influencer marketing* un "pilastro dell'economia digitale", con un valore globale stimato nel 2023 di 19,98 miliardi di dollari: https://italy.representation.ec.europa.eu/notizie-ed-eventi/notizie/la-commissione-e-le-autorita-la-tutela-dei-consumatori-esaminano-le-pratiche-commerciali-degli-2023-10-17_it. In base ai risultati del Digital Marketing Benchmark Report 2024, tale valore sarebbe addirittura superiore, e cioè pari a 21,1 miliardi di dollari, con una crescita del 28% sul 2022 e del 52% sul 2021.

⁶ In merito alle clausole tipiche del contratto di *influencer marketing*, si veda A. SPEDICATO, Elementi essenziali del contratto per "Influencer Marketing", pubblicato in *Fairplay* il 9 marzo 2022.

⁷ In tema di sponsorizzazione la Suprema Corte ha affermato il principio per cui il sinallagma contrattuale include obblighi integrativi funzionali a tutelare l'operazione negoziale nel suo complesso, da valutarsi secondo canoni di correttezza e buona fede. Così, Cass. 29 maggio 2006, n. 12801, in *One Legale*, per cui "dal contratto di sponsorizzazione nasce un rapporto di durata caratterizzato da un rilevante carattere fiduciario in ordine al quale assumono particolare importanza i doveri di correttezza e buona fede, che gli artt. 1175 e 1375 cod. civ. pongono a carico delle parti nello svolgimento e nell'esecuzione del rapporto obbligatorio. Ne consegue che, pure se non sono richiamati espressamente nel contratto di sponsorizzazione, tali doveri entrano a fare parte del regolamento negoziale come si è venuto a tipizzare nella prassi per effetto di un fenomeno di integrazione volto a tutelare gli interessi connessi alla prestazione principale. In una prospettiva diversa si può affermare che il canone della correttezza e della buona fede permette di individuare obblighi ulteriori o integrativi rispetto a quelli principali che sono diretti a non frustrare l'operazione negoziale di sponsorizzazione, compromettendo l'utilità che lo sponsor si ripromette. Ne consegue che anche l'inadempimento degli obblighi integrativi può produrre la risoluzione del contratto, ove il giudice di merito accerti che esso non è di scarsa importanza in relazione all'economia generale del rapporto". Per un'ampia disamina sull'importanza del rispetto del canone di buona fede nell'individuazione dei doveri dell'*influencer* si veda F. TROLLI, Tutela della riservatezza dell'*influencer* e rimedi contrattuali, in *IusCivile*, 2022, pag. 1608.

In questa direzione il discorso si complica per più ordini di motivi.

In primo luogo, perché in molti casi il rapporto tra impresa committente e *influencer* non è diretto, ma intermediato da una o più agenzie, che dunque non rispondono in modo automatico dell'operato dell'*influencer*, richiede la creazione di specifici contenuti promozionali affidati ad un operatore terzo – in generale, ma non in assoluto sottoposto al controllo operativo dell'*influencer* – e può essere accompagnato da accordi di co-branding che arricchiscano il marchio del committente della capacità attrattiva del marchio dell'*influencer*, patronimico o comunque a lui riferibile. Dunque, la condotta personale dell'*influencer* è per sé estranea a diversi dei contratti che connotano il suo ingaggio. In secondo luogo, perché la salvaguardia dell'investimento pubblicitario non passa soltanto attraverso il divieto di condotte illecite dell'*influencer* (il che non pone problemi di legittimità), ma invade la sua sfera personale rispondendo al desiderio di impedire sue condotte per sé legittime, ma non armoniche rispetto al target di investimento⁸.

In terzo luogo, perché nella maggioranza dei casi il sistema valoriale del committente non è lo stesso dell'*influencer*. Stando, per mera semplificazione, al caso Balocco Ferragni, l'ingaggio della nota *influencer* da parte di un'antica azienda dolciaria di tradizione piemontese era certamente diretto ad intercettare un pubblico più giovane e modaiolo rispetto a quello storico⁹. Come molto (e sempre più) spesso accade, il committente è dunque portatore di uno stile e di convinzioni ben diverse da quello dell'*influencer*, al quale si rivolge proprio per agganciarne la diversa credibilità e capacità persuasiva, senza per questo rinunciare alla sua radice tradizionale. Una bella contorsione pubblicitaria.

Questa diversità è una delle chiavi del successo degli *influencer*, ma invadendo la sfera privata o apparentemente tale della persona, oltre tutto attraverso un cordone di contratti di vario oggetto, coinvolge i diritti personali e quindi un'area che, per quanto sempre più disponibile e patrimonialmente apprezzata¹⁰, resta sensibile¹¹.

Il problema, come detto, non attiene alle condotte illecite, ma alle convinzioni personali espresse

⁸ Sul collegamento tra la diffusione della pratica sociale di commercializzazione dei diritti della personalità e l'obbligo per lo *sponsor* di assumere determinati comportamenti verso il finanziatore, si veda Cass. 28 marzo 2006, n. 7083, *cit.*

⁹ Come riportato nel provvedimento AGCM n. 31002 del 15 dicembre 2023, infatti, nelle memorie depositate da Balocco nel caso n. PS12506 "*Balocco – Sostegno all'Ospedale Regina Margherita*" è stato fin dall'inizio sottolineato che, tra le altre, una delle "*finalità del progetto avviato con Fenice e TBS Crew era quella di creare un prodotto glamour per raggiungere un più ampio target di consumatori ed in particolare il pubblico giovane e più attivo sui social network*". Analogamente, nelle memorie depositate da Fenice s.r.l. e TBS Crew s.r.l., è stato rappresentato che "*la partnership con Balocco è stata una collaborazione di natura esclusivamente commerciale, volta al restyling dell'immagine del Pandoro Balocco, onde aumentarne l'appetibilità presso un pubblico giovane e attento alle comunicazioni social*" e che "*Il pubblico che si voleva intercettare era un pubblico ben preciso, ossia i follower della Signora Ferragni, a fronte di un corrispettivo in linea con i valori di mercato normalmente richiesti per lo sfruttamento dei diritti di immagine della Signora Ferragni*".

¹⁰ Cfr. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali a trattamento in massa dei dati personali*, *op. cit.*

¹¹ Così Trib. Milano, 9 febbraio 2015, in *Il Diritto Industriale*, 5/2015, pagg. 511 e segg., con commento di A. GERACI, *Il contratto di sponsorizzazione non può compromettere il diritto all'autodeterminazione*.

dall'*influencer* che potrebbero non essere o non essere più coerenti con la finalità propria del suo ingaggio volto ad intercettare uno specifico *target* di pubblico. Che succede, per introdurre qualche esempio già d'attualità, se un *influencer* rende visita a Putin oppure si converte pubblicamente ad una specifica setta religiosa o, ancora, aderisce ad un partito politico e ciò è considerato dal committente come distonico rispetto al gradimento atteso dal *target* pubblicitario di riferimento? Potrà l'inserzionista recedere o addirittura risolvere il contratto con l'*influencer*? E, ancora, potrà avanzare pretese risarcitorie in relazione all'investimento che assume vanificato o quanto meno frustrato¹²? È noto che l'antica e a lungo condivisa convinzione per cui i diritti personali sono indisponibili è ormai tramontata in favore di una visione molto più pragmatica che riconosce a questi diritti una componente patrimoniale, come tale disponibile.

La difficoltà incontrata dalla giurisprudenza nel segnare il limite tra ciò che è consentito mercificare e ciò che invece va salvaguardato non consente di approdare ad un criterio univoco. Il parametro utilizzato come soglia minima di indisponibilità è costituito dalla dignità della persona ed è un criterio condivisibile quanto inevitabilmente

vago nelle sue ricadute applicative. Non sono neppure sicuro che si possa lasciare all'interprete di decidere cosa sia dignitoso e cosa no, affidandosi così alle convinzioni soggettive, in mancanza di parametri condivisi, specie nel mondo *influencer*.

Certo è che la direzione intrapresa va verso l'introduzione sempre più massiva di clausole morali¹³, mutate dall'esperienza anglosassone, che vadano a tipizzare quali condotte l'*influencer* potrà tenere e quali pensieri potrà diffondere in coerenza con l'incarico pubblicitario andando così a limitare, almeno nelle intenzioni del committente, il suo potere di autodeterminazione e forse anche il suo talento nel sapere intercettare di volta in volta il vento dei "*like*" anche a costo di rompere con il suo passato o aprire strade nuove.

Se è vero che l'*influencer* deve il suo successo sulla capacità di condividere la sua vita personale e i suoi convincimenti più personali con il popolo dei *follower*, è inevitabile pensare che le condotte e i pensieri tipizzati nei contratti finiranno per impattare il nucleo più intimo della persona, quanto meno nella sua dimensione pubblica, e quindi la sfera religiosa, politica, sessuale e sociale, cioè valori di rango costituzionale (art. 3) che piace pensare inavvicinabili.

¹² Sulla possibilità di risolvere il contratto in caso di violazione di obblighi accessori funzionali ad integrare la prestazione principale (e con essa l'utilità che lo sponsor si ripromette di ottenere), Cass. 29 maggio 2006, n. 12801, *cit.* In senso parzialmente difforme, App. Trento 24 maggio 2002, in One Legale, per cui la prestazione principale di sponsorizzazione porta con sé prestazioni e obblighi accessori, quali ad esempio quello di riservatezza sui nuovi ingaggi commerciali dello sponsor ma, "trattandosi di obbligazioni accessorie, la loro violazione obbliga a risarcire i danni subiti dallo sponsor ma non è motivo di risoluzione per inadempimento". Sul punto, anche Cass. 9 settembre 2004, n. 18193, in One Legale, che avverte il problema di determinare in concreto le obbligazioni accessorie collegate ad un contratto di sponsorizzazione. Più in generale sui rimedi contrattuali esperibili in caso di violazione degli obblighi accessori del contratto di sponsorizzazione concluso tra *influencer* e finanziatore, si veda F. Trolli, *Tutela della riservatezza dell'influencer e rimedi contrattuali*, *op. cit.*, il quale individua tra i possibili rimedi quello dello scioglimento anticipato del contratto, coadiuvato da un indennizzo in favore dell'impresa committente quantificabile nell'interesse negativo frustrato, pur in assenza di ingiustizia del danno, dal venir meno del contratto.

¹³ Si intendono per clausole morali ("morality clause") quelle pattuizioni nei contratti di sponsorizzazione che consentono lo scioglimento anticipato del contratto nel caso in cui lo *sponsee* tenga condotte incompatibili con l'immagine e la reputazione dello sponsor. Si veda, tra gli altri, S. Facchinetti, *Sponsor e sponsorizzati*, Milano, 2011, pagg. 134 e segg.

Tutto ciò sarà ritenuto dignitoso?
Ed entro quali limiti¹⁴?

È un *trend*, questo, che appare difficile prevedere nei suoi sviluppi, ma che autorizza qualche preoccupazione, anche tenendo conto che la crescita del mercato è caratterizzata da una sempre maggiore consapevolezza delle imprese del loro potere negoziale e della possibilità di orientare gli *influencer* anziché esserne guidati. Il ruolo dell'*influencer* dittatore che impera e impone le sue regole è destinato sempre più a ridimensionarsi in favore di maggiore flessibilità e capacità di adattamento alle esigenze dell'impresa e dei suoi investimenti. Non è fantascientifico pensare che le imprese, già creatrici e animatrici di *influencer* virtuali¹⁵, pensino in un immediato futuro di creare *influencer* umani a loro immagine e somiglianza e comunque siano portate sempre più a scegliere “a catalogo” l'*influencer* giusto

per l'esigenza pubblicitaria del momento. La progressiva inversione del potere negoziale tra *influencer* e impresa apre dunque scenari interessanti quanto alieni. L'incremento degli investimenti pubblicitari nel settore porta con sé il moltiplicarsi degli *influencer* e quindi della loro disponibilità, quanto meno da parte dei meno noti, a concedere all'inserzionista una parte più ampia di sé pur di emergere. Non mancheranno dunque casi in cui il difficile equilibrio tra utilità dell'investimento pubblicitario e rispetto della sfera personale dell'*influencer* verrà modificato privilegiando le ragioni economiche rispetto a quelle individuali e si renderà conseguentemente necessario arrivare ad una più stringente definizione della linea di confine. Con buona pace di invidiosi ed *hater* che vedranno progressivamente dissolversi il paradigma dell'*influencer* privilegiato senza merito.

Gianluca Morretta

¹⁴ Cfr. Trib. Milano, 16 agosto 2017, in *Giur. It.*, 2019, 1, pag. 58, con nota di A. Fachechi, *Contratto di testimonial – A proposito di personal merchandising, che problematizza l'esigenza di trovare un limite tra l'interesse ad un risultato economico per l'impresa sponsor e le scelte esistenziali dell'identity holder*.

¹⁵ Si pensi a Lia Miquela, *virtual influencer* creata nel 2016 dalla società di Los Angeles Brud: conta 2,4 milioni di *follower* su Instagram e ha collaborato con numerosi *brand*, quali Samsung, Prada e Spotify, partecipando anche a campagne sociali (quali quelle per i diritti LGBTQ+ e Black Lives Matter). Si pensi, ancora, a Shudu, *virtual influencer* considerata la prima *digital supermodel*, creata nel 2017 dal fotografo Cameron-James Wilson e protagonista di numerose campagne promozionali, tra cui quelle per Max&Co, Balmain e Fenty Beauty by Rihanna. O, ancora, a Imma, *virtual influencer* giapponese creata dalla società Aww di Tokio, che annovera tra le sue collaborazioni IKEA, Nike, Porsche e Dior, oltre ad una inclusione tra i “*New 100 Talent To Watch*” dal Japan Economics Entertainment.



Usi vietati dell'intelligenza artificiale e pratiche commerciali scorrette

a cura di *Chiara Pappalardo*

Usi vietati dell'intelligenza artificiale e pratiche commerciali scorrette

Il Regolamento (UE) 2024/1689, che stabilisce norme armonizzate sull'intelligenza artificiale, prevede un approccio ai sistemi di IA basato sul rischio: maggiore è il rischio insito nell'utilizzo di un determinato sistema, maggiori saranno le responsabilità di chi lo sviluppa e usa¹. Il Regolamento prevede quattro livelli di rischio: inaccettabile; ad alto rischio; rischio limitato, rischio minimo o nullo. I sistemi di IA che presentano un rischio inaccettabile sono di per sé vietati. Si tratta di quei sistemi che – allo stato – sono considerati una chiara minaccia alla sicurezza, ai mezzi di sussistenza e ai diritti delle persone. L'art. 5 del Regolamento elenca le 8 «pratiche di IA vietate»:

- sistemi di IA manipolatori;
- sistemi di IA che sfruttano le vulnerabilità;
- sistemi di IA di punteggio sociale;
- sistemi di IA per la previsione dei reati;
- sistemi di IA per la creazione o l'ampliamento di banche dati di riconoscimento facciale;
- sistemi di IA per il riconoscimento delle emozioni;
- sistemi di IA di categorizzazione biometrica;
- sistemi di identificazione biometrica remota in tempo reale a fini di contrasto in spazi accessibili al pubblico;

Molti di questi sistemi non sono vietati in assoluto, ma solo in determinati con-

testi (come i sistemi per il riconoscimento delle emozioni, il cui uso è vietato solo in contesti scolastici o lavorativi), o per determinate finalità (come i sistemi di punteggio sociale). I sistemi di identificazione biometrica remota in tempo reale in spazi accessibili al pubblico, poi, sono sostanzialmente ammessi, seppur soggetti a stringenti riserve di legge e di giurisdizione, e solo per una decina di gravi reati². I primi due sistemi elencati dall'art. 5 del Regolamento, i cd. sistemi manipolatori e i sistemi che sfruttano le vulnerabilità, sono invece vietati indipendentemente dal contesto o dalle finalità. Sono *pratiche di intelligenza artificiale scorrette*: di seguito, vedremo brevemente di che sistemi di IA si tratta, e quali sono i loro rapporti con le pratiche commerciali scorrette.

Il divieto dell'art. 5, lett. a) del Regolamento riguarda «*l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che utilizza tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole o tecniche volutamente manipolative o ingannevoli aventi lo scopo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di una persona o di un gruppo di persone, pregiudicando in modo considerevole la loro capacità di prendere una decisione informata, inducendole pertanto a prendere una decisione che non avrebbero altrimenti preso, in un modo che provochi o possa ragionevolmente provocare a tale persona, a un'altra persona o a un gruppo di persone un danno significativo*».

¹ L'approccio *risk based* è caratteristico di altre normative comunitarie, ad esempio il GDPR.

² Sull'art. 5 del Regolamento e sui sistemi di IA vietati rinvio ai capitoli 22 e 23, da me scritti, in Cassano – Tripodi, *Commentario al nuovo Regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale*, Maggioli, 2024

I Sistemi di IA manipolatori.

Perché un sistema di IA sia vietato ai sensi della lett. a) del Regolamento, deve utilizzare tecniche subliminali, o volutamente manipolatorie o ingannevoli, idonee a incidere sulla capacità di autodeterminazione e che provochino, o che sia ragionevolmente probabile che provochino, un danno significativo. Il divieto tutela la libertà di autodeterminazione delle persone, parte della libertà personale riconosciuta e garantita dall'art. 6 della Carta Europea dei Diritti dell'uomo e dell'art. 13 della Costituzione, da intendersi qui come pretesa dei singoli all'autodeterminazione e all'integrità della propria coscienza. La protezione offerta dalla norma è molto ampia: la libertà di autodeterminazione viene protetta da qualunque lesione, sia essa dolosa, colposa, o semplicemente collegata a livello oggettivo all'uso di un sistema di IA manipolatorio. La norma limita il divieto alla causazione di «danni significativi», ossia quei danni aventi «effetti negativi sufficientemente importanti sulla salute fisica, psicologica o sugli interessi finanziari³ di una persona o di un gruppo di persone. Il danno non deve necessariamente verificarsi, ma è sufficiente solo la probabilità che avvenga. Questo è perfettamente in linea con la struttura del Regolamento basata sul rischio: i sistemi di IA elencati in questo articolo sono infatti

quelli che pongono un rischio inaccettabile. Il divieto riguarda sistemi che possono essere utilizzati per «persuadere le persone ad adottare comportamenti indesiderati o per indurle con l'inganno a prendere decisioni in modo da sovvertirne e pregiudicarne l'autonomia, il processo decisionale e la libera scelta⁴», in particolare tramite tecniche subliminali e altre tecniche manipolative.

Vengono vietate anzitutto le tecniche che utilizzano «componenti subliminali quali stimoli audio, grafici e video che le persone non sono in grado di percepire poiché tali stimoli vanno al di là della percezione umana⁵», o comunque tutte quelle tecniche manipolative o ingannevoli che pregiudichino la capacità di autodeterminazione di una persona senza che questa ne sia consapevole. Nella prima versione del Regolamento⁶ erano previste solo le tecniche subliminali, intese come tecniche «che agiscono senza che una persona ne sia consapevole». In realtà, come vedremo di seguito, più che al ricorso a forme di pubblicità subliminale come teorizzata – ma di fatto sostanzialmente mai applicata su larga scala – alla fine degli anni Cinquanta del Novecento da Vance Packard⁷, i casi più frequenti di utilizzo di tecniche subliminali consistono nella manipolazione della tipologia e della modalità di presentazione di determinate informazioni sui social network.

³ Considerando (29) del Regolamento.

⁴ *Ivi.*

⁵ *Ivi.*

⁶ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 21 aprile 2021.

⁷ V. Packard, *I persuasori occulti*, Einaudi, 1958 – 1989.

Ad esempio, il *Coordinated inauthentic behavior* (CIB) è una tecnica di comunicazione manipolatoria che utilizza un mix di account veri, falsi e duplicati, su diverse piattaforme e sfrutta le loro caratteristiche tecnologiche per falsare, danneggiare e indirizzare il dibattito online, tipicamente su temi cruciali per la società⁸. L'utilizzo di sistemi manipolatori sui social network per influenzare il dibattito pubblico è salito alla ribalta nel 2016, in occasione del referendum sulla Brexit nel Regno Unito e, qualche mese dopo, in occasione delle elezioni presidenziali negli Stati Uniti⁹. Anche a seguito degli scandali seguiti alla scoperta dell'utilizzo di questi sistemi, le principali piattaforme hanno adibito appositi dipartimenti alla ricerca e all'eradicazione di reti di CIB¹⁰. Nel 2021 è stata sradicata da Meta una rete anti-vaccino per il Covid-19 attiva prevalentemente in Italia, Francia e Germania¹¹. Questa rete operava sfruttando principalmente due tecniche di manipolazione: le molestie psicologiche e lo sfruttamento delle caratteristiche e della logica delle piattaforme utilizzate. Con riferimento alla prima delle tecniche, le molestie avevano anzitutto come destinatari soggetti che avevano pubblicamente sostenuto la vaccinazione.

Queste molestie includevano sia strumenti tecnologici, come commenti negativi e reazioni negative (come l'uso di pulsanti "non mi piace", ove presenti), ma anche le segnalazioni massive di pagine e di profili per (spesso infondate) violazioni delle policy delle piattaforme, per portare alla sospensione o al blocco di questi profili. Spesso queste campagne avevano risvolti anche offline, che includevano l'intimidazione personale di medici e il vandalismo di centri vaccinali, atti spesso ripresi e ricondivisi sui medesimi social¹². La seconda tecnica di manipolazione utilizzata era rivolta allo sfruttamento delle caratteristiche di funzionamento dei social network, per dotare i contenuti di una visibilità artefatta e amplificata. In questo senso sono stati elaborati contenuti prestabiliti, link e blocchi di *hashtag*, studiati per sfruttare i punti deboli delle singole piattaforme. Gli studi sugli attacchi di *adversarial network*¹³ che utilizzano CIB hanno già da tempo dimostrato come gli algoritmi di classificazione e raccomandazione dei contenuti sono vulnerabili ad attacchi di questo tipo.

⁸ M. Murero, *Coordinated inauthentic behavior: An innovative manipulation tactic to amplify COVID-19 anti-vaccine communication outreach via social media*, in *Frontiers in Sociology*, 16 marzo 2023.

⁹ In termini generali, sull'argomento si vedano *ex multis*: B. Kaiser, *La dittatura dei dati*, HarperCollins, 2019; S. Frenkel, C. Kang, *Facebook: l'inchiesta finale*, Einaudi, 2021; nonché Consiglio d'Europa, *Algorithms and human rights. Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, Strasburgo, marzo 2018, pagg. 32-33.

¹⁰ Si veda ad esempio, per le piattaforme di Meta: <https://about.fb.com/news/tag/coordinated-inauthentic-behavior/>.

¹¹ Per una descrizione approfondita delle tecniche utilizzate si veda ancora M. Murero, *Coordinated inauthentic behavior: An innovative manipulation tactic to amplify COVID-19 anti-vaccine communication outreach via social media*, cit.

¹² *Ivi*.

¹³ È una classe di metodi di apprendimento automatico.

Nell'attuale versione del Regolamento il divieto è stato esteso anche ad altre tecniche «volutamente manipolative o ingannevoli», ossia tecniche che «sovvertono o pregiudicano l'autonomia, il processo decisionale o la libera scelta» di una persona in maniera tale che, anche se la persona è consapevole del ricorso a tali tecniche, non è «in grado di controllarle o resistervi o possa evitare l'inganno¹⁴». Risultati del genere possono essere ottenuti con interfacce neurali o con strumenti di realtà virtuale; possiamo immaginare che anche l'uso di *deep fake*, senza il rispetto degli obblighi di trasparenza previsti dall'art. 50 del Regolamento, possa portare a manipolazioni del processo decisionale. Queste tecniche devono «distorcere materialmente il comportamento di una persona», ossia pregiudicare in modo considerevole la capacità di prendere una decisione informata, col risultato di far assumere alla persona, o al gruppo, una decisione che altrimenti non avrebbero preso. Pare evidente qui il richiamo alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, nella parte in cui vietano quelle azioni sleali o aggressive che portano il consumatore «ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso¹⁵».

La manipolazione del comportamento non deve essere necessariamente la finalità del sistema di IA: la norma parla infatti espressamente di sistemi che abbiano «lo scopo o l'effetto» di distorcere il comportamento umano¹⁶. Questo anche perché potrebbe non essere possibile presumere che vi sia l'intenzione di distorcere il comportamento, in particolare quando questa sia determinata da fattori esterni al sistema di IA, che sfuggono al controllo del fornitore o del *deployer*, non prevedibili e quindi non attenuabili¹⁷. Pensiamo ad esempio a un sistema il cui scopo è diffondere messaggi pubblicitari estremamente personalizzati, avendo come risultato l'incremento delle conversioni. Il sistema potrebbe *spontaneamente imparare* che la manipolazione emotiva dei consumatori, ad esempio rendendoli tristi, porta un aumento degli acquisti dei generi di conforto.

¹⁴ Considerando (29) Regolamento.

¹⁵ Così, art. 6 e art. 8 dir. 29/2005/CE. Il riferimento alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette è adesso espressamente sottolineato dalle Linee guida sull'articolo 5 del Regolamento pubblicate dalla Commissione il 4 febbraio 2025, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/library/commission-publishes-guidelines-prohibited-artificial-intelligence-ai-practices-defined-ai-act>

¹⁶ Ciò pare porre una contraddizione con il requisito che le tecniche siano "volutamente manipolatorie o ingannevoli".

¹⁷ Considerando (29) Regolamento.

Sistemi di IA che sfruttano le vulnerabilità.

La differenza principale rispetto ai sistemi vietati dalla lettera a) riguarda la tipologia di persone protetta da questa norma, da cui derivano le altre differenze rispetto al divieto dei sistemi manipolativi. Si tratta di soggetti vulnerabili, la cui vulnerabilità viene appunto sfruttata dal sistema di IA. Nel presente paragrafo, pertanto, ci si soffermerà esclusivamente sulle caratteristiche di questi soggetti, rinviando per il resto a quanto osservato nelle pagine precedenti. La vulnerabilità può dipendere anzitutto dall'età, e quindi sono anzitutto inclusi i minori, in particolare quelli più giovani, ma anche le persone più anziane¹⁸. Inoltre può dipendere da una disabilità, ossia, da una minorazione fisica, mentale intellettuale o sensoriale a lungo termine¹⁹.

Un esempio di sistema di IA che sfrutta le vulnerabilità, in particolare legate all'età, può essere quello del programma «*Task and Reward*» di Tik Tok Lite, che permette agli utenti di guadagnare punti svolgendo determinati compiti (*task*) su Tik Tok, come guardare dei video, mettere like a contenuti, seguire determinati creator o invitare amici ad iscriversi alla piattaforma. Un sistema del

genere è in grado di distorcere materialmente il comportamento delle persone, soprattutto quelle più giovani, anche tramite il meccanismo del cd. *Rabbit Hole effect*²⁰, per cui l'utente viene risucchiato in una successione senza fine di contenuti²¹. In ragione dei rischi potenziali di questi sistemi, la Commissione nell'aprile 2024 ha aperto un procedimento per accertare la violazione degli obblighi gravanti sulla piattaforma in base al DSA²²: poco dopo Tik Tok ha annunciato il ritiro del programma da tutti i mercati europei.

La norma include tra le possibili cause di vulnerabilità quelle derivanti da una specifica situazione sociale o economica, «come le persone che vivono in condizioni di povertà estrema e le minoranze etniche o religiose²³». Tra questi soggetti potrebbero ad esempio essere ricompresi quelli tutelati dall'art. 8 del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale²⁴, nella parte in cui vieta ogni sfruttamento della superstizione e della credulità.

La giurisprudenza del Giurì di Autodisciplina ha individuato tra i soggetti protetti dalla norma i malati gravi e i loro familiari²⁵, in quanto gruppo «costituito da persone particolarmente sofferenti e in sta-

to di profonde ansie, disponibile quindi ad accogliere ogni tipo di promessa e di speranza loro prospettata²⁶», oppure le «persone culturalmente meno preparate²⁷», che a causa della loro credulità e della mancanza di difese culturali possono essere sfruttate²⁸. La vulnerabilità di tali soggetti giustifica la diversa descrizione delle tecniche di IA vietate: mentre quelle previste dalla lettera a) devono essere subliminali o comunque manipolatorie, in questo caso il sistema di IA deve limitarsi a sfruttare tale vulnerabilità, in qualunque modo.

¹⁸ Così espressamente i §104 e seguenti delle Linee guida della Commissione, *cit.*

¹⁹ Art. 3, direttiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 sui requisiti di accessibilità dei prodotti e dei servizi, richiamato espressamente dal Considerando (29) Regolamento.

²⁰ Il riferimento è alla tana del Bianconiglio dentro cui cade Alice, all'inizio di *Alice nel Paese delle Meraviglie*, di L. Carroll.

²¹ K. Woolley, M. A. Sharif, *Down a Rabbit Hole: How Prior Media Consumption Shapes Subsequent Media Consumption*, in *Journal of Marketing Research*, 2022, Vol. 59(3) 453-471.

²² Commissione Europea, Comunicato stampa 22 aprile 2024, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_24_2227.

²³ Considerando (29).

²⁴ <https://www.iap.it/codice-e-altre-fonti/il-codice/>.

²⁵ Cfr. Giurì 19 dicembre 1989, n. 167, in <https://archivio.iap.it/>

²⁶ Giurì 26 febbraio 1985, n. 10, *ivi*.

²⁷ Giurì 8 luglio 1988, n. 15, *ivi*.

²⁸ Si vedano inoltre: Giurì 13 marzo 1989, n. 36; Giurì 25 ottobre 1983, n. 38; Giurì 20 gennaio 1987, n. 74; Giurì 27 febbraio 1990, n. 165/89, tutte in <https://archivio.iap.it/>.

Rapporto con la disciplina delle pratiche commerciali sleali.

La qualificazione della distorsione del comportamento come la pratica che porti una persona ad assumere una decisione che altrimenti non avrebbe preso richiama espressamente la disciplina delle pratiche commerciali scorrette di cui alla Direttiva 29/2005/CE. Come è noto, l'art. 6 della direttiva vieta quella pratica che inganni il consumatore medio e «in ogni caso lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso», mentre l'art. 8 vieta la pratica aggressiva che «limiti o sia idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induca o sia idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso». Come espressamente ricordato dal Regolamento, il divieto delle pratiche di IA manipolative è complementare rispetto alle disposizioni sulle pratiche commerciali sleali²⁹. Ricordiamo anzitutto il diverso campo di applicazione delle due discipline: la Direttiva 29/2005/CE si applica solo alle pratiche commerciali, ossia a quelle pratiche poste in essere da un professionista nei confronti di un consumatore; al contrario, il Regolamento si applica a ogni utilizzo di un sistema di IA, escluso quello effettuato dai «*deployer* che sono persone fisiche che utilizzano sistemi di IA nel corso di un'attività non professionale puramente personale»³⁰. Quindi se la pratica di IA è posta in essere da un professionista nei confronti di

un consumatore, ed è ingannevole o limita in maniera aggressiva la sua capacità di autodeterminazione, sarà vietata anche se non provoca un danno significativo, ma solo per l'aver fatto assumere al consumatore una decisione di natura economica che altrimenti non avrebbe preso, come qualunque pratica scorretta, indipendentemente dallo strumento utilizzato³¹. Nel caso di pratiche commerciali scorrette poste in essere tramite i sistemi di IA che provocano un danno significativo può porsi un problema di concorso di norme. Sarà quindi da applicare la sanzione prevista dall'art. 99 del Regolamento sull'IA, o quella prevista dall'art. 13 della Direttiva sulle pratiche commerciali scorrette, che è inferiore? Si potrebbe pensare che continui ad applicarsi la Direttiva in quanto *lex specialis*. Ma in realtà, come abbiamo appena visto sopra, le disposizioni non sono perfettamente sovrapponibili, in particolare per quanto riguarda le conseguenze dell'inganno o della manipolazione. Se le conseguenze consistessero solo nel fatto che il consumatore abbia assunto una decisione economica che altrimenti non avrebbe preso si applicherà la Direttiva, perché manca uno degli elementi costitutivi del divieto dell'art. 5, co. 1, lett. a) del Regolamento, ossia il danno significativo. Al contrario, se invece la pratica provocherà un danno significativo, non necessariamente di natura economica, si applicherà il Regolamento. Potrebbero applicarsi entrambe le discipline, in particolare in casi in cui le conseguenze dannose sul piano economico sono state modeste, ma sono state significative dal punto di vista della salute fisica o psicologica.

Chiara Pappalardo

²⁹ Considerando (29) del Regolamento.

³⁰ Art. 2 punto 10 Regolamento.

³¹ Così anche Considerando (29) Regolamento.



**Le regole IAP per la comunicazione
commerciale di prodotti e servizi
finanziari, bancari, assicurativi,
operazioni di investimento
e crypto-attività.**

a cura di Elena Carpani, Elisabetta Mina e Davide Davico

Negli ultimi anni la crescente diffusione dei crypto-asset ha comportato una rivoluzione non solo tecnologica ed economica, ma anche sociale, attirando un numero sempre maggiore di investitori e consumatori. Parallelamente, le modalità di promozione e pubblicità di tali asset hanno assunto un ruolo cruciale nel determinare la loro adozione e il loro successo.

La natura spesso speculativa dei crypto-asset e la mancanza di una regolamentazione uniforme a livello globale hanno sollevato importanti questioni giuridiche, in particolare in relazione alla tutela dei consumatori e alla trasparenza delle informazioni divulgate.

Uno dei punti di contatto che avvicinano storicamente gli angoli visuali della normativa consumeristica e di quella in materia di prodotti e servizi bancari e finanziari è proprio la disciplina della comunicazione commerciale. Infatti, la tutela del consumatore – nel momento in cui assume le vesti di risparmiatore o investitore – impone alla normativa che regola il settore finanziario lo sforzo di anticipare i presidi in tema di compiuta e trasparente informativa precontrattuale al momento, spesso assai più sfuggente e meno dominabile tramite l'imposizione di formalità, in cui l'operatore bancario “cattura l'attenzione” del potenziale cliente. Da qui, come si diceva, l'emergere di un *fil rouge* tra due settori normativi in parte adiacenti sul piano fattuale, ma spesso mossi da diverse esigenze di regolamentazione dell'attività di impresa e del mercato.

Ecco, quindi, che la normativa in materia comunicazioni commerciali nel settore bancario e finanziario impone agli operatori del settore regole di condotta atte a fornire al potenziale cliente un quadro sin da subito chiaro, esaustivo e, naturalmente, non ingannevole della proposta di servizio. Ciò al fine di evitare che le cautele imposte nella fase di formalizzazione del rappor-

to, tramite l'adozione di una penetrante informativa precontrattuale, non sortiscano compiutamente la propria efficacia a causa del disorientamento del cliente / consumatore determinato da un messaggio pubblicitario magari fortemente evocativo ed altrettanto omissivo o ingannevole.

Il raggiungimento di una finalità così strettamente connessa alle dinamiche concrete del mercato, come è tipico del settore bancario e finanziario, non può che trovare concreta attuazione tramite la sua ricomprensione nello spettro dei compiti di vigilanza demandati dal legislatore alle autorità di settore.

In Italia, l'art. 123 del Testo Unico Bancario (“TUB” – D.Lgs. 385/1993) delega alla Banca d'Italia il compito di precisare le caratteristiche delle informazioni da includere negli annunci pubblicitari e le modalità della loro divulgazione, in conformità alle apposite deliberazioni in materia del CICR (Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio).

La disamina delle disposizioni in materia, emanate dal CICR (a partire dalla Deliberazione del 4 marzo 2003 e successive modifiche) e dalla Banca d'Italia (si vedano le Disposizioni sulla Trasparenza Delle Operazioni e dei Servizi), mostrano una spiccata adesione ai generali principi dettati dalle norme in tema di tutela del consumatore rispetto al messaggio pubblicitario, rafforzati, alla luce della complessità del servizio promosso, da un costante rimando ad una compiuta (e al contempo sintetica) informativa sulle condizioni contrattuali. Da qui il nascere di un delicato equilibrio tra le esigenze di immediatezza della pratica pubblicitaria rispetto ad un settore normativo (peraltro di costante matrice unionale e non più nazionale) che ha come proprio sottostante la regolazione di un settore connotato da elevata tecnicità.

Settore estremamente delicato in ragione degli interessi individuali e collettivi coinvolti, in un contesto nel quale gli operatori del settore tendono a voler “impressionare favorevolmente” il potenziale cliente tramite il messaggio pubblicitario pur essendo obbligati a fornire l'accesso, sin da subito, ad un set informativo esaustivo, sintetico e trasparente. In sintesi, la comunicazione pubblicitaria che ha ad oggetto prodotti bancari o finanziari, deve fornire al pubblico sin da subito la nozione dei possibili rischi connessi all'offerta e del costo dei servizi promossi.

Negli ultimi anni, in questo contesto normativo e applicativo già di per sé caratterizzato da delicati equilibri tra interesse tutelato dal precetto e sua concreta attuazione, si è assistito ad un ulteriore fenomeno in grado, dopo avere assunto connotati economici tutt'altro che irrilevanti, di determinare l'insorgere di ulteriori “zone grigie” rispetto alla tutela del consumatore destinatario di sollecitazioni promozionali. Il riferimento è al mondo dei c.d. crypto-asset che, una volta divenuti realtà palpabile e dotata di una propria sostanza economica, hanno posto i legislatori e i regolatori di fronte a veri e propri enigmi in merito all'applicazione di interi corpus normativi a questo ambito; enigmi aggravati ulteriormente dalla velocità con cui questi servizi e prodotti si evolvono in ragione dei repentini mutamenti propri della tecnologia sottostante.

Lo sforzo condotto in questi anni dalla giurisprudenza (non solo italiana ed europea) è stato quello di condurre approfondite

analisi tassonomiche dei crypto-asset soprattutto con l'intento di appurarne la riconducibilità agli ambiti regolamentati dalla normativa del settore bancario e finanziario.

Un significativo passo in avanti in tal senso è legato all'emanazione del Regolamento (UE) 2023/1114, noto come MiCAR (Markets in Crypto-Assets Regulation), che introduce nell'Unione Europea, e quindi in Italia, una disciplina armonizzata per l'emissione, l'offerta al pubblico e la prestazione di servizi aventi a oggetto alcune tipologie di crypto-attività.

Ciò che è interessante ai nostri fini è l'attenzione che il Regolamento MiCAR pone alle comunicazioni commerciali che, secondo quanto si legge sin dal considerando 24, devono essere corrette, chiare, non fuorvianti e coerenti con quanto dichiarato nel White Paper (i.e. l'analitico documento che funge da prospetto informativo dell'emissione di crypto-asset). Norme specifiche sono poi dedicate alla pubblicità di emissioni delle diverse tipologie di crypto-asset interessati dall'applicazione del Regolamento.

In un quadro normativo europeo frammentato e in parte incompleto¹, in attesa dell'adozione del MiCAR, avvenuta il 31 maggio 2023 e della entrata in vigore dello stesso, avvenuta in via integrale solo il 30 dicembre 2024 scorso, nel marzo 2023 l'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria Italiano (IAP), ha ritenuto urgente intervenire, aggiornando l'art. 27

¹ Prima del regolamento MiCAR, alcune crypto-attività, in particolare quelle classificabili come strumenti finanziari ai sensi della direttiva 2014/65/UE, erano già soggette alla normativa dell'Unione in materia di servizi finanziari. Per queste crypto-attività, esisteva una regolamentazione completa che copriva sia gli emittenti che le imprese coinvolte. Tuttavia, molte crypto-attività non rientravano nel campo di applicazione della legislazione europea sui servizi finanziari, come previsto dalla Direttiva 2014/65/UE (MiFID II) e dal Regolamento (UE) n. 600/2014 (MiFIR). Fatta eccezione per le normative antiriciclaggio, in particolare la Direttiva (UE) 2015/849 (AMLD), non esistevano regole specifiche per i servizi legati a queste crypto-attività non regolamentate. In Italia fino al 2022 non esisteva una normativa specifica dedicata esclusivamente ai servizi di crypto-attività. Le crypto-attività erano regolamentate in gran parte attraverso normative generali e indirette, come quelle relative alla prevenzione del riciclaggio di denaro e alla protezione degli investitori. In definitiva, gli operatori nel settore delle crypto-attività dovevano conformarsi alle normative antiriciclaggio (AML), che in Italia erano regolate dal Decreto Legislativo 231/2007, che recepisce la Direttiva UE 2015/849 (IV Direttiva Antiriciclaggio). Tuttavia, queste norme erano più generali e non specifiche per i servizi di crypto-attività. A partire poi dal 2022, l'Italia ha avviato una serie di iniziative per migliorare la regolamentazione delle crypto-attività. Tuttavia, fino all'introduzione del Regolamento MiCAR, la regolamentazione italiana rimaneva relativamente frammentaria.

del Codice di Autodisciplina, già deputato a regolamentare la pubblicità delle operazioni finanziarie e immobiliari, introducendo altresì linee guida specifiche per la comunicazione commerciale delle crypto-attività.

Tale esigenza si è fatta più attuale considerato che l'ampliamento del fenomeno del trading online di prodotti finanziari e assimilabili, tra cui i crypto-asset, reso possibile e facilitato da innovazioni tecnologiche, ha favorito una ampia disintermediazione degli stessi nell'offerta al pubblico. L'acquisto direttamente a cura dei consumatori tramite piattaforme di trading online di crypto-asset, senza l'intervento di un intermediario finanziario, è stato e viene promosso al pubblico attraverso una varietà di canali e strategie, molti dei quali sfruttano la natura digitale e decentralizzata del settore. Tra i metodi più comuni spiccano le campagne di marketing sui social media. Piattaforme come Twitter, Instagram e YouTube consentono ai promotori di raggiungere un vasto pubblico globale. Anche influencer e opinion leader spesso giocano un ruolo centrale, pubblicizzando crypto-asset ai propri follower.

Ancora, piattaforme di messaggistica come Telegram e Discord ospitano comunità dedicate, dove vengono forniti aggiornamenti costanti e si costruisce una narrativa di fiducia per tali strumenti di investimento. Comunicati stampa e articoli pubblicati su siti specializzati come, ad esempio, *CoinDesk* o *CoinTelegraph* costituiscono un ulteriore strumento per legittimare i crypto-asset agli occhi del pubblico. Sebbene modalità meno diffusa rispetto ai canali digitali, alcune piattaforme crypto hanno altresì investito in spot televisivi o annunci per affissione o su giornali e riviste, al fine di raggiungere un pubblico più ampio e diversificato.

Anche in Italia, a partire dal 2020, alcune grandi piattaforme hanno realizzato campagne soprattutto in grandi città, promuovendo i propri servizi di trading di criptovalute: a titolo di esempio, *Crypto.com* ha realizzato campagne di affissioni pubblicitarie a Roma e Milano, *Binance* campagne nelle stazioni della metropolitana, *Bitpanda* affissioni a Torino e in altre città italiane. Anche le campagne legate a NFT e progetti blockchain hanno visto un incremento nel 2021 e nel 2022, in concomitanza con la popolarità degli NFT a livello globale di quegli anni.

Nel contesto sopra descritto, il nuovo testo dell'art. 27 del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale IAP, entrato in vigore lo scorso 22 marzo 2023², è deputato ad includere espressamente nella disposizione, e quindi assoggettare all'obbligo di fornire chiare ed esaurienti informazioni, ogni comunicazione commerciale diretta a sollecitare o promuovere *“prodotti e servizi finanziari, bancari, assicurativi, e operazioni di investimento, ivi comprese quelle in beni mobili e immobili, e in crypto-attività, nonché quella avente ad oggetto direttamente e indirettamente l'operatività in altre crypto-attività (crypto-asset)”*, al fine di *“non indurre in errore circa il soggetto proponente, la natura della proposta, la quantità e le caratteristiche dei beni o servizi offerti, le condizioni dell'operazione, nonché i rischi connessi, per consentire ai destinatari del messaggio, anche se privi di specifica preparazione, di assumere consapevoli scelte di impiego delle loro risorse”*.

Al tavolo di lavoro della Commissione di Studio IAP, che ha portato alla revisione dell'art. 27 IAP ed all'emanazione delle linee guida, hanno partecipato rappresentanti Banca d'Italia e Consob, apportando contributi tecnici nell'ambito delle rispettive competenze e finalità istituzionali.

² Disponibile, insieme alle Linee Guida, nel sito di IAP, all'indirizzo www.iap.it.

Occorre ricordare che l'art. 27, già presente nell'allora *“Codice di Lealtà Pubblicitaria”* sin dalla sua emanazione nel 1966, nella sua versione del 2008 (che ricalcava senza aggiornamenti sostanziali la versione del 1993) conteneva già un concetto di *“operazione finanziaria”* molto ampio, ricomprendendo tutte le operazioni che avessero ad oggetto forme di allocazione del risparmio, finalizzate al suo mantenimento o accreditamento, qualunque fosse lo strumento giuridico a tale scopo utilizzato³.

L'art. 27 come rivisto nel marzo 2023, oltre ad ampliare il suo oggetto, ha integrato le specifiche prescrizioni inserite nel testo in vigore dal 1993, espressione dei principi affermati dalla giurisprudenza del Giurì dell'Autodisciplina sotto il vigore della versione precedente. In particolare, alle lettere a), b) e c) (ora nn. 1, 2 e 3), sono state esplicitate due ulteriori prescrizioni che la comunicazione commerciale dei prodotti e i servizi oggetto della norma devono rispettare.

In primo luogo, la comunicazione deve consentire ai destinatari del messaggio di individuare facilmente la natura dell'operazione, chiarendo se la stessa sia finanziaria, gli specifici rischi associati all'operazione e il relativo costo in termini di commissioni e/o tassi di interesse passivi.

Inoltre, qualora la proposta non sia soggetta, o lo sia solo in parte, all'applicazione della normativa riguardante prodotti e servizi finanziari, bancari, assicurativi, e operazioni di investimento, ciò deve essere esplicitato avvertendo circa la minore tutela del consumatore e l'eventuale assenza di poteri di supervisione e controllo delle autorità di vigilanza.

³ Cfr. Giurì 69/96.

Contestualmente alla modifica dell'art. 27 del CA entrata in vigore il 22 marzo 2023, l'Istituto ha pubblicato delle Linee Guida per la corretta promozione delle crypto-attività. Le ragioni che hanno portato all'introduzione di disposizioni specifiche in materia di pubblicità di crypto-attività risiedono nella natura altamente rischiosa e speculativa riconosciuta a tali strumenti.

Il Comitato di Controllo, l'organo dell'Istituto di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale che agisce a tutela del consumatore, si era trovato proprio in quegli anni a valutare la conformità al CACC di alcuni messaggi relativi a trading online di crypto-asset, rilevandone la novità e la complessità.

Per tale motivo, in attesa che il Regolamento MiCAR venisse adottato ed entrasse in vigore, l'Istituto è intervenuto per supplire al temporaneo vuoto normativo, delineando specifici obblighi informativi e di chiarezza del messaggio pubblicitario affinché il consumatore fosse reso edotto dei rischi correlati alle crypto-attività, tra cui il rischio di perdita totale del capitale investito, oltre che dei rischi di frodi, errori o della mancanza di forme specifiche di tutela.

Se con le modifiche introdotte, l'art. 27 del Codice cita esplicitamente la comunicazione commerciale di crypto-attività come oggetto della regolamentazione, le linee guida hanno fornito e forniscono agli operatori suggerimenti concreti su come approcciare con responsabilità campagne pubblicitarie volta a promuovere crypto-attività, richiedendo chiarezza sulle avvertenze necessarie per rendere consapevoli i consumatori del rischio di perdita anche totale del capitale.

Lo strumento delle linee guida è uno strumento che lo IAP ha adottato in più occasioni, qualora si renda necessario fornire indicazioni specifiche per l'interpretazione e l'applicazione del CACC in relazione a nuovi contesti, settori o problematiche emergenti⁴.

A seguito della pubblicazione del Regolamento MiCAR nella Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea del 9 giugno 2023, nel maggio 2024 lo IAP ha ritenuto necessario aggiornare le Linee Guida per le crypto-attività, per meglio adeguarle al nuovo quadro regolamentare. Tra le principali novità, è stato introdotto un generale rinvio alle norme vigenti in materia di comunicazioni di marketing relative a determinate tipologie di crypto-attività, così come all'avvertenza che il Regolamento MiCAR impone nella pubblicità dei crypto-asset.

Quanto al contenuto delle Linee Guida, le stesse prevedono che le informazioni fornite al pubblico nella comunicazione commerciale di crypto-asset e crypto-attività, debbano essere chiare, complete e aggiornate, descrivendo in modo comprensibile la natura dell'offerta, le caratteristiche dei beni o servizi proposti, nonché i rischi connessi. Tra questi ultimi, assumono particolare rilievo la volatilità dei prezzi e i rischi di natura informatica. È fondamentale che il linguaggio utilizzato sia accessibile anche a soggetti privi di specifiche competenze

tecniche, tenendo conto del mezzo di diffusione impiegato, al fine di consentire scelte consapevoli da parte dei consumatori. Le comunicazioni commerciali devono obbligatoriamente includere avvertenze chiare e ben evidenti, come la dichiarazione che l'offerta non è stata esaminata o approvata da alcuna autorità competente e che l'offerente è il solo responsabile del contenuto. Inoltre, è necessario avvertire il pubblico in modo inequivocabile dei rischi connessi all'acquisto di crypto-asset, sottolineando che tali investimenti possono comportare la perdita totale delle somme impiegate⁵. Tali avvertenze devono essere evidenti e non contraddette dal tono complessivo della comunicazione, che deve evitare qualunque minimizzazione dei rischi o creazione di aspettative sproporzionate.

Particolare attenzione è riservata poi alle offerte che prevedono limitazioni temporali o condizioni specifiche. In questi casi, devono essere esplicitamente indicati i termini di validità dell'offerta o le variabili cui è subordinata, evitando di generare un senso di urgenza che potrebbe sfruttare la scarsa esperienza del pubblico. Similmente, la comunicazione deve chiarire se l'offerta è finalizzata all'investimento e al possibile accrescimento del capitale, con i relativi rischi, o se riguarda l'accesso a beni o servizi tecnologici (ad esempio, tramite utility token).

⁴ Le linee di indirizzo, o linee guida, possono essere emesse in occasione di nuove normative o evoluzioni sociali e tecnologiche, richieste da parte di settori specifici, risoluzione di dubbi pratici: quali questioni interpretative o lacune nell'applicazione delle norme esistenti, segnalazioni o problemi ricorrenti. Le linee guida vengono pubblicate dopo consultazioni con le parti interessate, come associazioni di categoria, professionisti del settore e aziende, per garantire che siano condivise e applicabili. Una volta adottate, diventano vincolanti per chi aderisce all'IAP.

⁵ Le Linee Guida riportano il wording di alcune avvertenze che le pubblicità devono includere, quando la comunicazione relativa a crypto-attività non sia stata esaminata o approvata da alcuna autorità competente in alcuno Stato membro dell'Unione: "La presente comunicazione di marketing relativa a crypto-attività non è stata esaminata o approvata da alcuna autorità competente in alcuno Stato membro dell'Unione europea. L'offerente della crypto-attività è l'unico responsabile del contenuto della presente comunicazione di marketing relativa a crypto-attività.", nonché l'ulteriore avvertenza che si tratta di attività il cui acquisto e successivo deposito possono comportare la perdita dell'importo totale delle risorse impiegate che può essere espressa con il testo che segue: "L'operatività in crypto attività oggetto della presente promozione, è altamente rischiosa e può non essere adatta per i piccoli investitori in quanto l'intero importo investito potrebbe andare perso".

Un altro aspetto cruciale è l'identificabilità del soggetto proponente. Le comunicazioni devono consentire di individuare in modo univoco il responsabile dell'offerta. Nel caso in cui la natura decentralizzata della tecnologia renda impossibile questa identificazione, tale circostanza deve essere esplicitamente dichiarata.

La normativa pone anche precisi divieti per garantire una comunicazione eticamente corretta. È vietato indirizzare le promozioni ai minori, far leva sulla credulità del pubblico, o presentare i crypto-asset come soluzioni a problemi economici personali o come opportunità di successo e cambiamento di vita. Inoltre, è essenziale che i rischi associati siano evidenziati con la stessa enfasi dei potenziali benefici, evitando di indurre nei destinatari un'eccessiva fiducia nelle opportunità presentate.

Nelle comunicazioni digitali, la conformità al Regolamento Digital Chart del medesimo IAP⁶, impone un'ulteriore attenzione alla trasparenza, soprattutto nel caso di utilizzo di influencer, blogger o altre figure mediatiche. Questi soggetti devono assicurarsi che le proprie dichiarazioni siano accurate e non inducano in errore i consumatori.

Infine, ogni riferimento a rendimenti deve basarsi su dati rappresentativi, idealmente relativi a un periodo di almeno dodici mesi, e deve indicare con precisione le fonti delle informazioni utilizzate.

La disciplina che precede mira a bilanciare l'innovazione del settore, con la necessità di protezione del consumatore, fornendo un quadro di riferimento che promuova la fiducia nei mercati senza trascurare i rischi

insiti in questi strumenti emergenti.

Occorre osservare che il Regolamento MiCAR ha previsto che i requisiti ivi stabiliti non si applichino ad alcune tipologie di offerte al pubblico di crypto-attività diverse dai token collegati ad attività (gli Asset-Referenced Tokens - ART) o dai token di moneta elettronica (gli E-Money Tokens - EMT). Analogamente, i requisiti di redazione e pubblicazione di White Paper previsti dal Regolamento, non si applicano ad alcune tipologie di offerte al pubblico di crypto-attività diverse dai token collegati ad attività (Asset-Referenced Tokens (ART) o dai token di moneta elettronica e E-Money Tokens (EMT)). Analogamente, i requisiti di redazione e pubblicazione di un White Paper sulle crypto-attività non si applicano ad alcune offerte di crypto-attività diverse dai token collegati ad attività o dai token di moneta elettronica. Inoltre, il Regolamento MiCAR non è intervenuto direttamente su alcune tipologie di crypto attività quali, ad esempio, i Bitcoin e gli NFT, come si dirà tra poco. Per le crypto-attività ed i crypto-asset che non rientrano nell'ambito del Regolamento MiCAR e quindi non sono pienamente regolamentati in particolare sotto il profilo della promozione e comunicazione, ove si tratti di offerte al pubblico di crypto-attività riguardanti o relazioni tra imprese e consumatori, trovano applicazione gli atti legislativi dell'Unione che garantiscono la tutela dei consumatori, come la Direttiva 2005/29/CE (Direttiva sulle pratiche commerciali sleali), o la Direttiva 93/13/CEE (Direttiva sulle clausole abusive), compresi gli obblighi di informativa ivi contenuti, come implementate nei singoli stati membri.

⁶ Il Regolamento Digital Chart dello IAP è un insieme di norme e linee guida che disciplinano la pubblicità online e l'influencer marketing in Italia, con l'obiettivo di garantire la trasparenza e l'etica delle pratiche pubblicitarie nel contesto digitale. Il Regolamento è stato emanato il 4 aprile 2018 e si è reso necessario in seguito alla crescita esponenziale della pubblicità digitale, che ha portato alla diffusione di nuovi strumenti pubblicitari, come i social media, gli influencer e le piattaforme digitali. L'intento principale del Regolamento è evitare che la pubblicità online venga percepita come ingannevole o confusa, in particolare per quanto riguarda la separazione tra contenuti sponsorizzati e contenuti non sponsorizzati.

In Italia, per la comunicazione commerciale di crypto-attività e crypto-asset, trovano dunque in primo luogo applicazione il Codice del Consumo (D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206) ed il CACC, e specificamente l'art 27 dello stesso e le Linee Guida sulle crypto-attività—queste ultime in particolare per determinare gli standard di comportamento.

Tra le crypto-attività che si discute possano o meno rientrare sotto il Regolamento MiCAR, vi sono i Non-fungible Token, in forma abbreviata, gli NFT. L'inclusione esplicita degli NFT tra i crypto-asset oggetto dell'art. 27 e delle Linee Guida è stata oggetto di ampia discussione da parte della commissione di studio IAP e merita una trattazione ulteriore.

È noto che negli ultimi anni, gli NFT hanno acquisito un ruolo di rilievo nel panorama giuridico e tecnologico, rappresentando una delle applicazioni più innovative della tecnologia blockchain.

Gli NFT hanno assunto molteplici forme che abbracciano una vasta gamma di utilizzi: possono avere come sottostante brani musicali, immagini, opere d'arte o diverse "utilità" (si pensi ai biglietti di concerti che danno diritto ad accedere ad esperienze dedicate solo ai possessori degli NFT). Ci sono poi gli NFT videoludici, che sono di fatto degli asset di gioco, ossia oggetti dig-

itali presenti nel videogioco: un cappellino, un vestito, un'arma, un pezzo di terra, un palazzo e così via. Appartengono all'immaginario di quel singolo videogame, hanno una loro storia, dei metadati e una loro utilità.

Ma cosa sono gli NFT? Sono token crittografici, creati e scambiati su blockchain, che contengono informazioni uniche, non alterabili e non intercambiabili, capaci di certificare, in modo univoco, un oggetto digitale e/o un diritto inerente a un bene fisico e di cui possono, in ogni caso, garantire la titolarità e, tipicamente, il diritto di proprietà. L'NFT è dotato dunque di una funzione certificativa di un asset digitale: a tal fine, viene offerto un certificato digitale, non duplicabile, quale attestazione di proprietà dell'NFT stesso.

Un'immagine, una foto, un brano musicale sono rappresentati da un token dotato di infungibilità, caratteristica che gli permette di possedere una specifica individualità, ovvero che lo rende insostituibile con altri tokens. Proprio questo carattere peculiare, ossia l'essere "unico e insostituibile", rappresenta il tratto essenziale che permette di distinguere l'NFT da altre forme di crypto-attività⁷.

⁷ Il trasferimento di NFT viene gestito tramite uno smart contract che ne definisce le condizioni. Come chiarito dal legislatore italiano, "si definisce "smart contract" un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse". Si tratta dunque di un programma informatico che viene eseguito automaticamente al verificarsi di specifiche condizioni, garantendo in tal modo – per via algoritmica – il rispetto degli aspetti contrattuali sottesi all'erogazione del servizio. A livello generale e senza tenere conto delle operazioni squisitamente tecniche, possiamo affermare che lo smart contract è un software caratterizzato da regole sintattiche e semantiche di alto livello che, una volta sviluppato offline, viene successivamente inserito nella blockchain di riferimento e in genere attivato da una o più transazioni. Ad inserire questo codice nella blockchain è, di solito, il soggetto che lo ha realizzato, rappresentato sulla blockchain stessa da un address (vale a dire l'identificazione del soggetto che ha realizzato il codice e inserito lo stesso sulla blockchain). L'affidabilità dello smart contract deriva dal fatto che lo stesso viene depositato e replicato sui nodi di blockchain grazie ai quali esso diventa immutabile: non è possibile mutarne i dati e le caratteristiche rilevanti, se non attraverso specifiche transazioni debitamente autorizzate.

Con riferimento alla negoziazione dei tokens, usualmente le piattaforme che consentono tale attività vengono indicate come "exchanges", mentre la custodia ed il trasferimento dei tokens sono realizzati attraverso i c.d. "wallets". I due concetti vengono spesso sovrapposti in quanto le piattaforme di exchange operano frequentemente anche come wallet providers⁸.

Chiarito quanto sopra, gli NFT rientrano senz'altro nella categoria dei crypto asset. Si è detto che essi sono una forma di token crittografici che rappresentano un asset unico e non intercambiabile, a differenza delle criptovalute tradizionali come Bitcoin o Ethereum, che sono fungibili e possono essere scambiate tra loro con lo stesso valore.

Dal punto di vista normativo ci si domanda quindi se gli NFT siano soggetti alla disciplina del Regolamento MiCAR. Per le due caratteristiche distintive degli NFT sopra indicate e si facesse riferimento all'art. 2 del Regolamento MiCAR, al comma 3, sembrerebbe di poter affermare che lo stesso non si applichi ai token unici e non fungibili. Sul punto si è osservato che, a differenza di altri crypto-asset, gli NFT sono unici e non facilmente intercambiabili, il che rende difficile determinare il loro valore tramite confronti diretti con altre attività di mercato o equivalenti. Tale loro unicità riduce significativamente il loro utilizzo in ambito finanziario e i relativi rischi per il sistema finanziario e monetario (fiat) nel

suo complesso. Ne sono un esempio gli NFT di arte digitale oggetto di collezione, a causa della loro unicità e della difficoltà di comparazione con altre crypto-attività⁹.

Ove però si guardi alle linee guida, agli orientamenti, insomma all'impianto complessivo del Regolamento MiCAR, si può ritenere che l'unicità e la fungibilità vadano valutate con riferimento al sottostante dell'NFT, quindi alla sostanza del token. Infatti, sebbene per natura gli NFT siano progettati per la non fungibilità, esistono implementazioni e applicazioni degli stessi che, per rispondere a specifiche esigenze pratiche o di mercato, integrano elementi di fungibilità.

Ne sono un esempio i c.d. NFT frazionati (Fractional NFTs), ossia NFT unici "frazionati" in più token fungibili utilizzando protocolli specifici sulla blockchain. Un'opera d'arte digitale unica rappresentata da un NFT può essere suddivisa in 1.000 frazioni, ciascuna rappresentata da token fungibili (es. token ERC-20). I detentori di tali token possiedono una quota frazionata del valore dell'NFT. In tal caso, sebbene il token originario rimanga non fungibile, i frammenti derivati sono invece tra loro fungibili. Pur mantenendo la sua natura originaria di unicità, l'NFT frazionato consente quindi a una molteplicità di soggetti di investire e condividere il valore di un singolo asset, ampliando l'accessibilità a beni digitali ad alto valore economico da parte dei consumatori.

⁸ In particolare, la custodia dei tokens consiste nella detenzione delle chiavi crittografiche che permettono il controllo/trasferimento degli stessi all'interno del sistema basato sulla tecnologia dei registri distribuiti su cui i tokens sono registrati. La custodia può essere svolta: (i) da un custodial wallet provider, ossia da un soggetto che si pone come intermediario tra il cliente ed il sistema basato su registri distribuiti; o (ii) direttamente dal cliente attraverso un c.d. non custodial wallet (o wallet decentralizzato), ossia un software installato su un dispositivo di proprietà dello stesso cliente, che consente di interagire con il sistema basato sulla tecnologia dei registri distribuiti.

⁹ Le attività digitali che non possono essere trasferite ad altri possessori non rientrano nella definizione di crypto-attività e quindi dovrebbero essere escluse dall'ambito di applicazione del regolamento MiCAR. Un esempio di tali attività digitali è rappresentato dai programmi di fidelizzazione in cui i punti di fedeltà possono essere scambiati per ottenere benefici solo con l'emittente o l'offerente di tali punti.

Ancora, un'altra categoria rilevante è rappresentata dagli Utility NFTs, token progettati per garantire l'accesso a servizi o benefici specifici. Anche in questo caso, sebbene ciascun token sia tecnicamente unico in quanto segue le regole di identificazione tipiche degli NFT, lo stesso può assumere caratteristiche fungibili quando il beneficio offerto è identico per ogni possessore. Un esempio tipico è costituito da una serie limitata di 500 biglietti NFT per un evento VIP: ogni biglietto, pur essendo un NFT unico, è intercambiabile con un altro della stessa serie, poiché il vantaggio offerto è invariabile (l'accesso all'evento). Questo tipo di fungibilità pratica non deriva dall'unicità del token, bensì dall'identità del servizio associato.

Tali soluzioni ampliano le possibilità di impiego degli NFT, creando un'interessante ibridazione tra fungibilità e unicità, sollevando dal punto di vista giuridico problematiche legate, tra l'altro, alla loro qualificazione.

Proprio la qualificazione degli NFT come strumenti finanziari è un tema controverso. La stessa dipende in ultima analisi dalle caratteristiche specifiche del token, dalle funzioni dello stesso e dall'ordinamento giuridico applicabile. In linea generale, gli NFT non sono intrinsecamente strumen-

ti finanziari, ma alcune loro configurazioni o utilizzi potrebbero farli rientrare in tale categoria. Starà quindi all'emittente del token chiedersi se per le sue caratteristiche esso rientra in una delle categorie del Regolamento MiCAR e, in particolare la categoria terza e residuale rispetto agli EMT e agli ART, categoria che include i token diversi da quelli che rientrano nelle prime due citate¹⁰.

Alla luce delle considerazioni che precedono e proprio per la oggettiva difficoltà per il consumatore di operare una valutazione della natura dell'NFT a lui offerto e dei rischi sottostanti, in particolare quando parte di un progetto di investimento in NFT¹¹, l'Istituto ha ritenuto che l'art. 27 del CACC e le relative Linee Guida debbano applicarsi alle comunicazioni commerciali di NFT¹².

In coerenza con quanto precede, le Linee Guida IAP hanno quindi definito quali crypto-attività, ogni "rappresentazione digitale di valore o di diritti che possono essere trasferiti e memorizzati elettronicamente, utilizzando la tecnologia di registro distribuito o una tecnologia analoga, compresi i Non-fungible Token (NFT)", includendo quindi nella suddetta definizione gli NFT, a differenza della definizione delle stesse contenuta nel Regolamento MiCAR.

¹⁰ La terza categoria di Token di cui al MiCAR, si riferisce alle "cripto-attività diverse dai token collegati ad attività e dai token di moneta elettronica" e comprende una vasta gamma residuale di cripto-attività che non hanno come obiettivo principale la stabilizzazione del loro valore tramite il riferimento a un'attività sottostante o a una valuta ufficiale e sono indicati, generalmente, come "Other Than". Gli emittenti di token appartenenti a questa terza categoria non sono tenuti a ottenere un'autorizzazione specifica da Consob o Banca d'Italia, come previsto invece per gli ART e gli EMT. Devono svolgere, tra l'altro, tre attività: redigere un white paper, in pratica un prospetto informativo; una legal opinion, un parere legale relativo alla classificazione del token; e fornire alle autorità l'elenco degli Stati in cui si intende offrire questo token e la data prevista per l'inizio dell'offerta.

¹¹ Attualmente, è possibile investire in progetti correlati agli NFT attraverso l'acquisto di token associati a queste iniziative. È importante notare che l'investimento in token associati a progetti NFT non equivale al possesso diretto di NFT specifici, ma rappresenta piuttosto una partecipazione nel progetto o nella piattaforma correlata.

¹² L'acquisto di arte tramite NFT può avere finalità diverse a seconda delle motivazioni e degli obiettivi dell'acquirente. Tuttavia, è innegabile che una parte significativa di questo mercato sia guidata da intenti speculativi, anche se non tutti gli acquisti di NFT artistici rientrano in questa categoria. Rispetto però a opere dell'ingegno riprodotte su di un *corpus mechanicum* e trattate in mercati dell'arte consolidati, gli NFT di arte presentano senz'altro dei rischi maggiori quali la volatilità del mercato, la difficoltà nel valutare un prezzo equo e l'assenza di liquidità che sovente rendono questi investimenti altamente speculativi.

La regolamentazione degli NFT si trova attualmente in una fase di evoluzione dinamica, influenzata dalla rapida crescita di un mercato che combina innovazione tecnologica e implicazioni giuridiche complesse. Sebbene le normative non siano ancora uniformi a livello globale, come in Italia sono emerse alcune tendenze chiave, quali appunto un crescente sforzo da parte dei legislatori e delle autorità di regolamentazione per garantire trasparenza e tutela dei consumatori e a prevenire frodi e abusi, promuovendo al contempo un ecosistema più equo e affidabile. In secondo luogo, il riconoscimento degli NFT come potenziali strumenti finanziari sta portando a un'integrazione graduale con i sistemi normativi esistenti in materia di titoli e strumenti derivati. Questo processo richiede una chiara distinzione tra NFT utilizzati per scopi artistici, culturali o di intrattenimento e quelli che invece hanno caratteristiche simili a strumenti d'investimento o titoli.

Un'ultima novità introdotta dall'art. 27 CACC riguarda i riferimenti effettuati nella comunicazione commerciale di tutti gli strumenti - finanziari, assicurativi e bancari - indicati al comma 1 della disposizione, alla sostenibilità ambientale e sociale. Tali riferimenti devono "essere chiari, accurati e non fuorvianti e devono essere coerenti, senza contraddire o creare ambiguità con le informazioni comunicate nell'informativa precontrattuale, sul sito web, nelle relazioni periodiche e in qualunque altro documento informativo."

Come è noto, il tema della sostenibilità dei prodotti finanziari è diventato centrale nell'ordinamento giuridico internazionale e nell'Unione Europea, grazie in particolare all'integrazione dei principi ESG (Environmental, Social, Governance) nei mercati finanziari. Questo approccio riflette la necessità di allineare le scelte di investimento agli obiettivi di sviluppo sostenibile, in linea con

gli accordi globali come l'Agenda 2030 delle Nazioni Unite e l'Accordo di Parigi sul clima.

Nel corso della discussione della commissione di studio IAP, è pertanto emersa l'esigenza non solo di richiamare gli inserzionisti ai principi di non ingannevolezza della comunicazione commerciale ma di far sì che le affermazioni e vanti di sostenibilità, non solo ambientale ma anche sociale, del prodotto o servizio promosso eventualmente contenuti nei relativi messaggi pubblicitari, non possano contraddire o discostarsi dal contenuto dell'informativa precontrattuale, del sito web, delle relazioni periodiche e di qualunque altro documento informativo relativo a tali prodotti o servizi redatto da o per l'inserzionista.

Le norme e le disposizioni sopra illustrate offrono senz'altro un quadro regolamentare degli obblighi informativi e di promozione al pubblico dei prodotti finanziari ed in particolare dei crypto asset meglio delineato, fermo restando che si tratta di un quadro in continua evoluzione come le tecnologie sottostanti a tali prodotti e servizi e che non vi sono precedenti giurisprudenziali (autodisciplinari e amministrativi).

*Elena Carpani,
Elisabetta Mina
e Davide Davico*

Novità all'orizzonte per il green advertising

a cura di *Arturo Leone, Federica Furlan e Rachele Macor*

Premessa

L'AGCM in quest'ultimo periodo ha mostrato una grande attenzione ai green claims in odore di greenwashing e quindi di pratica commerciale scorretta. I settori presi in considerazione sono stati quelli dell'automotive elettrico e della moda, occupandosi come vedremo oltre anche di temi espressamente legati alla comunicazione della *responsabilità sociale* pure questa una novità. Nel frattempo il legislatore comunitario ha avviato un processo di positivizzazione di principi in parte già applicati dai vari organismi competenti e posti a contrasto del greenwashing attraverso la Direttiva Empowering (2024/825) sulla responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell'informazione; questa è entrata in vigore il 26 marzo 2024 e dovrà essere recepita dagli Stati membri dell'UE entro il 27 marzo 2026¹ (la c.d. *Empowering Consumers Directive*; di seguito, anche soltanto **"Direttiva Empowering"**). Acìò si affianca la Proposta di Direttiva Green Claims sull'attestazione e comunicazione di asserzioni ambientali presentata dalla Commissione Europea il 22 marzo 2023 (CCOM (2023)0166-C9-0116/203 – 2023/0085/COD), che come oltre si vedrà è ancora in itinere; quest'ultima andrà ad integrare la disciplina della Direttiva Empowering.

Ci troviamo di fronte a un quadro nuovo ancora non ben delineato in cui da un lato gli operatori economici devono sin d'ora organizzarsi per perseguire strategie di marketing coerenti con le novità normative e dall'altro gli operatori del diritto dovranno fare fronte per superare alcune incertezze derivanti da principi che per quanto positivizzati meriterebbero in futuro per lo meno delle Linee Guida.

Il presente documento intende offrire una panoramica delle tematiche più rilevanti sulle novità sopra descritte.

1. AGCM e Consiglio di Stato: lo stato dell'arte

1.1. Automotive e mobilità elettrica

L'intervento dell'AGCM in questo mercato (PS12794-12819) è una moral suasion del 9 ottobre 2024 che riguarda due aziende che vendono veicoli elettrici per la mobilità urbana. In questo caso la criticità risiedeva nell'uso di claim ritenuti assoluti e generici (100% sostenibile, 100% green, zero emissioni, impatto zero per l'ambiente, Eco). Non si indicava inoltre a quale aspetto e/o fase del ciclo di vita del prodotto si riferivano (ad es. produzione del veicolo e delle batterie, distribuzione e utilizzo, smaltimento del veicolo e delle batterie.) E' il primo intervento che si registra in Italia nello specifico settore dell'automotive elettrico ove il claim di "zero emissioni" non è affatto infrequente.

Nel panorama internazionale si erano già registrati alcuni casi di un certo interesse per il settore dei veicoli elettrici, il *Jury de Déontologie Publicitaire* con decisione n. 324/14 (*Location De Voiture*) ha censurato la campagna di una compagnia di noleggio di auto elettriche che definivano "Ecologico" e "Pulito" il servizio in quanto i veicoli erano ricaricati con energia elettrica rinnovabile riscontrando una carenza di relativizzazione dei claim utilizzati "Il Jury rilevava che il messaggio contestato dichiarava il carattere 'ecologico' del servizio promosso, senza il minimo elemento di relativizzazione o di confronto. Tuttavia, l'utilizzo di questo servizio ha necessariamente alcuni effetti negativi sull'ambiente, in particolare le parti soggette ad usura dei

¹ La stessa Direttiva (UE) 2024/825 prevede che, a seguito del recepimento da parte degli Stati membri dell'UE, questi ultimi dovranno applicare le relative disposizioni a partire dal 27 settembre 2026.

veicoli utilizzati e l'elettricità necessaria per ricaricarli, che non è stato previsto che provenga interamente da fonti rinnovabili"². Sempre sul delicato tema delle auto elettriche ad Emissioni Zero si segnala il caso giudicato dall'ASA (Advertising Standards Authority) organismo di autodisciplina del Regno Unito che ha escluso la decettività del messaggio sulle "Emissioni Zero" di un'auto elettrica in quanto nel contesto del sito web era precisato che il modello di auto non produceva emissioni durante la marcia a differenza dei motori ibridi e a benzina (Nissan Motor GB Ltd – 22 febbraio 2012³; in senso analogo il caso BMW (UK) Ltd del 6 dicembre 2017⁴. In tale precedente è stato tuttavia censurato il claim "*Helps to give back to environment*" ("Aiuta a restituire all'ambiente") perché ambiguo in quanto poteva essere inteso come riferito all'intero ciclo di vita del prodotto e non al beneficio derivante dall'acquisto di un'auto elettrica.

Se prendiamo in esame qualche risalente decisione dell'Autodisciplina Italiana nel settore automotive ci possiamo render conto di quanta acqua sia passata sotto i ponti. Infatti il Giurì con la risalente pronuncia n. 53/1991 affermò il seguente principio a proposito di un claim per cui "Chi guida Mercedes Difende l'ambiente": "Un produttore in grado di provare e documentare che la propria attività è contrassegnata dal rispetto e dalla considerazione della cultura ambientale, può utilizzare nella comunicazione pubblicitaria tali precipue caratteristiche, ciò che costituisce il giusto riconoscimento compensativo di investimenti comunque sia produttivi di effetti benefici per la comunità sociale". Il Giurì ancora prima con la decisione n. 171/1989 sempre nel settore automobilistico affermava che "Un produttore di automobili non è tenuto a dare

al pubblico notizia dei risultati da lui raggiunti esclusivamente in termini negativi, vale a dire definendo i propri motori nella pubblicità come 'Meno inquinanti' e non invece come 'più ecologici'; perché diversamente gli si imporrebbe una forma di comunicazione in cui la connotazione positiva del dato comunicato verrebbe neutralizzata dell'espressione usata, con il risultato di escludere ogni vantaggio per l'impresa".

A parere di chi scrive le decisioni oggi si risolverebbero in modo contrario.

1.2. Green claims: il Consiglio di Stato interviene sui carburanti con caratteristiche green

Il Consiglio di Stato con la sentenza n. 3701/2024, bisogna dire in modo inaspettato, ha riconosciuto la legittimità dell'uso pubblicitario del termine *green* anche in abbinamento a prodotti altamente inquinanti (nel caso di specie carburante diesel) che tuttavia presentino caratteristiche obbiettive di minore impatto sull'ambiente e purché tali caratteristiche siano circostanziate da claim di supporto. La vicenda trae spunto da una decisione dell'AGCM (PS 11400 – ENI DIESEL+) che censurava una campagna pubblicitaria incentrata sull'enfaticizzazione di una componente di un carburante diesel "*Il nuovo gasolio ... con il 15% di Green Diesel*" "*il 15% di componente green rinnovabile*" presentata come *green* perché ricavata principalmente da olio di palma; le conclusioni dell'Autorità furono appunto di censura della campagna dichiarando come pratica commerciale scorretta – greenwashing per suggestività e genericità del termine *green* – il profilo in questione (assieme ad altri) comminando così una sanzione pari al massimo

² <https://www.jdp-pub.org/avis/avis-jdp-n-324-14-location-de-voitures/>

³ <https://www.asa.org.uk/advice-online/environmental-claims-motoring.html>

⁴ <https://www.asa.org.uk/rulings/bmw--uk--ltd-a17-389311.html>

edittoale, razione temporis, di € 5.000.000. Decisione poi confermata dal TAR con sentenza n. 11419/2021 che però è stata ribaltata in secondo grado. Il Consiglio di Stato è netto *“In primo luogo, non può dubitarsi, in linea di principio, della legittimità dell’impiego di claim “green” anche in relazione a prodotti (come nel caso di specie un carburante diesel) che sono (e restano) in certa misura inquinanti ma che presentano, rispetto ad altri, un minore impatto sull’ambiente. Al di là della considerazione che diversamente opinando si finirebbe con l’ampliare indebitamente la “lista nera” delle pratiche da considerarsi in ogni caso scorrette ex allegato I della Direttiva 2005/29/CE, la tesi dell’Autorità si scontra con principi elaborati negli Orientamenti della Commissione Europea per l’attuazione/applicazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali i quali, con riguardo, all’applicazione della direttiva nel caso di “asserzioni ambientali” e “dichiarazioni ecologiche”, non hanno escluso in radice la possibilità dell’impiego di claim “green” con riguardo a prodotti naturaliter inquinanti limitandosi per converso a stabilire quale debbano essere le modalità con cui “asserzioni ambientali” e “dichiarazioni ecologiche” vanno formulate per non integrare una comunicazione pubblicitaria ingannevole. Detti orientamenti hanno, in particolare, chiarito, da un lato, che “sulla base delle disposizioni generali della direttiva, in particolare gli articoli 6 e 7, i professionisti devono presentare le loro dichiarazioni ecologiche in modo chiaro, specifico, accurato e inequivocabile, al fine di assicurare che i consumatori non siano indotti in errore; sulla base dell’articolo 12 della direttiva, i professionisti devono disporre di prove a sostegno delle loro dichiarazioni ed essere pronti a fornirle alle autorità di vigilanza competenti in modo comprensibile qualora la dichiarazione sia contestata” e, dall’altro, che asserzioni riferite a benefici ambientali vaghi e generici potrebbero*

dare ai consumatori l’impressione che un prodotto o un’attività di un professionista non abbia impatti negativi o abbia solo un impatto positivo sull’ambiente (punto 5.1.2.Orientamenti della Commissione per l’attuazione/applicazione della Direttiva 2005/29/CE)”. Nell’iter argomentativo del Consiglio di Stato si riscontra a conforto della propria tesi anche il riferimento alla recente Direttiva Empowering UE 2024/825 (di cui si dirà dopo), rilevando che alla luce di questa “non è in radice vietato impiegare un claim “verde” rispetto a prodotti potenzialmente inquinanti” sottolineando il Consiglio di Stato, a contrario, che “eccezionalmente può essere impiegato anche un claim “verde” generico” a condizione che l’operatore economico dimostri l’eccellenza delle prestazioni ambientali del prodotto”.

Indubbiamente si tratta di una decisione che in qualche modo incrina la cautela, specie da parte delle industrie altamente inquinanti – si pensi ad esempio allo stesso settore dell’automotive in generale – nell’utilizzare questo genere il claim *green* o simili; del resto gli Orientamenti della Commissione in materia di asserzioni ambientali nelle pratiche commerciali prescrivono appunto che *“Le industrie altamente inquinanti dovrebbero assicurarsi che le loro asserzioni ambientali siano precise in quanto relative, ad esempio, «meno dannoso per l’ambiente» invece di «rispettoso per l’ambiente»”* aggiungendo che tali industrie *“... possono essere obbligate dagli organi giurisdizionali o dalle autorità a spiegare al consumatore nelle loro asserzioni ambientali che il prodotto ha un impatto globale negativo sull’ambiente”*. Quindi viene predicato un certo rigore nella comunicazione tenendo conto comunque che il *green claim* – sempre secondo gli Orientamenti – deve riguardare gli aspetti significativi del prodotto in termini di impatto ambientale totale nell’arco del suo ciclo di vita

non può, ad avviso di chi scrive, certamente portare comunque a sopravvalutare un claim pur circostanziato vista anche l’asimmetria informativa nel rapporto fra professionista e consumatore, pena la decettività del messaggio.

Ciò detto a distanza di circa 25 anni la sentenza del Consiglio di Stato sembra richiamare alla lontana un principio espresso dal Giurì con la citata decisione n. 171/1989 che vale la pena riportare nel passaggio di interesse *“Un produttore di automobili non è tenuto a dare al pubblico notizia dei risultati da lui raggiunti esclusivamente in termini negativi, vale a dire definendo i propri motori nella pubblicità come “meno inquinanti” e non invece come “più ecologici”: perché diversamente gli si imporrebbe una forma di comunicazione in cui la connotazione positiva del dato comunicato verrebbe neutralizzata dall’espressione usata, con il risultato di escludere ogni vantaggio per l’impresa. Aver usato l’espressione più ecologica dà luogo a un messaggio in cui non si rivendica una assoluta ecologicità ... ma solo una maggiore ecologicità. L’aggettivo green è una mera accentuazione dell’impostazione in positivo del messaggio”*.

Comunque ci sembra di poter dire che della decisione del Consiglio di Stato il mercato farà tesoro valorizzando il più possibile i vantaggi ambientali dei propri prodotti anche non necessariamente poco inquinanti ricorrendo in modo intenso a quegli accorgimenti esplicativi che giustifichino l’attributo *green*. Ciò che si ritiene auspicabile è che non si assista ora a un trionfo di immagini pubblicitarie di prati e montagne verdi contornate di verbalizzazioni *“green”* o *“amico della natura”* di questo o quel prodotto con marginali c.d. claim di supporto che magari descrivono altrettanto marginali, se non illusori, vantaggi ambientali.

1.3. Anche il mercato della moda all’attenzione dell’AGCM

Nello stesso filone di contrasto al greenwashing sono recenti anche i procedimenti avviati fra luglio e settembre 2024 dall’AGCM nel caso di Shein (PS12709), marchio di una casa di abbigliamento sempre relativo a green claims declinati in modo generico e vago, nonché quelli nei confronti di Armani e Dior (PS12793-12805). Con riferimento a quest’ultimi in discussione sarebbero tuttavia le asserzioni etiche cioè di responsabilità sociale, *“in particolare riguardo alle condizioni di lavoro e nel rispetto della legalità presso i loro fornitori”*. La peculiarità è che l’iniziativa dell’Autorità nei confronti di Armani è stata *“avviata a seguito dell’attività svolta dalla Procura e dal Tribunale di Milano di cui è stata data ampia diffusione dagli organi di stampa ...”*. Infatti nei confronti delle società era stata avviata un’indagine penale relativamente alla contestazione di presunti reati di caporalato che avevano portato le aziende all’amministrazione giudiziaria (https://www.ilsole24ore.com/art/antitrust-avvia-istruttoria-societa-gruppi-armani-e-dior-AffrnbuC?refresh_ce=1).

Si tratta di un fronte, quello penale/pratiche commerciali scorrette per certi versi inaspettato, e ad avviso di chi scrive di certo non sovrapponibile automaticamente, però gli interventi che potremmo definire in qualche modo *“sinergici”* dell’Autorità e (addirittura) delle Procure costituiscono un elemento di novità di cui le aziende dovrebbero tenere conto anche ai fini di una completa valutazione dei rischi del loro modus operandi; del resto lo stesso caso Pandoro vede emergere, come noto, dei possibili risvolti penali di attività rivolte ai consumatori.

1.4. Responsabilità del professionista per la vigilanza sulla filiera green

I casi Armani e Dior suggeriscono qualche considerazione di carattere sul controllo della *filiera green*.

L'impegno *green* dell'azienda comporta spesso il coinvolgimento nella filiera produttiva di terzi che a vario titolo collaborano alla realizzazione del prodotto eco-sostenibile che poi viene promosso nei confronti del pubblico con i *green claims*. Si pensi, ad esempio, ai *claim* di prodotti da agricoltura sostenibile il cui presupposto è una stretta collaborazione fra il produttore con le varie aziende agricole che vengono coinvolte nella fornitura di materie prime e nell'attuazione di specifici protocolli che ovviamente devono essere monitorati dall'azienda che sta al vertice della filiera. Nasce quindi l'esigenza, per non incorrere in un deficit di diligenza professionale con tutto ciò che ne consegue sui rischi di una pratica commerciale scorretta, di presidiare in modo concreto l'osservanza effettiva degli obblighi che sono stati imposti ai vari operatori della filiera. Tali controlli sono generalmente previsti nei rapporti contrattuali riservandosi il produttore attività ispettive oppure delegando attività di audit a enti terzi accreditati che curano il rispetto dei protocolli che stanno alla base di eventuali certificazioni svolgendo un'attività di monitoraggio sul rispetto dei requisiti di sostenibilità poi conclamanti nei *green claims*. Del resto gli stessi Orientamenti, a proposito dei regimi di certificazione, sono molto chiari nel richiedere che in generale "le ispezioni devono essere efficaci, chiare e trasparenti, basate su proce-

sure documentate e far riferimento a criteri verificabili che sono alla base delle indicazioni date dal regime di certificazione"⁵ Sotto questo aspetto pertanto, ad esempio, le singole fasi della lavorazione, magazzino, registrazione delle materie prime loro movimentazione e immissione nel processo industriale dovranno essere concretamente tracciabili anche a fini probatori.

Tuttavia l'articolata struttura di una filiera con obblighi a carico di soggetti terzi di osservare i protocolli, e impegni contrattuali a tal riguardo, non può determinare alcuno spostamento della responsabilità della comunicazione commerciale. Questa rimane sempre in capo al professionista di vertice anche nel caso in cui dovesse essere rilevato che il terzo ausiliario non abbia adempiuto a taluni obblighi contrattuali inficiando così, il sistema e le pubblicizzate caratteristiche di sostenibilità. Ciò in quanto l'eventuale illecito derivante da una pubblicità decettiva è imputabile al professionista che veicola il messaggio e che beneficia dei suoi effetti. Infatti come, ex multis, affermato dalla sentenza Cons. Stato, Sez. VI, n. 4753/2012 "l'interposizione di uno o più soggetti nel rapporto fra l'operatore commerciale e la clientela non esclude la responsabilità dell'operatore, né attribuisce alla stessa natura oggettiva. Infatti devono essere ricondotte ai parametri della responsabilità colposa eventuali violazioni dell'obbligo di diligenza professionale assunto dal Codice del Consumo a criterio principe di imputazione, in termini di colpevolezza, delle pratiche commerciali scorrette lesive delle sfere giuridiche dei consumatori (siano detti parametri qualificati come *colpa da organizzazione, oppure*

come culpa in eligendo o in vigilando)"⁶.

Corollario di quanto sopra è che la mancata osservanza di clausole fra il professionista a capo della filiera e terzo soggetto facente parte della filiera non pone il primo al riparo da provvedimenti sanzionatori. Infatti, secondo l'Autorità, "il professionista non può esimersi dal rispetto dei parametri di diligenza professionale in virtù di una clausola contrattuale di esonero da responsabilità, ponendosi la responsabilità per l'illecito su un piano di ordine pubblico e quindi non negoziabile da privati" (T.A.R. Lazio, 9 marzo 2018 n. 3063, PS10543 – *Alfacaravan Omologazione Veicolo* – Provv. N. 26325). È del tutto dunque evidente che la responsabilità nell'ambito del rapporto professionista/terzo incaricato si muove su un piano di completa estraneità rispetto a quello fra professionista/consumatore. Diversamente l'effetto deterrente della sanzione applicata in caso di pratica commerciale scorretta verrebbe neutralizzato sottraendo di fatto il professionista alla responsabilità da illecito amministrativo.

Anche il sistema di autodisciplinare segue gli stessi criteri per quanto riguarda in generale gli obblighi di vigilanza e monitoraggio delle attività demandate a terzi da cui tuttavia derivi un'attività collegata alla comunicazione del proprio marchio (Giurì 45/2018). Le pratiche di *green marketing* obbligano pertanto il professionista ad un presidio costante e a una particolare diligenza professionale che non si riduce al momento della comunicazione del *claim*, ma inizia molto prima con la necessaria vigilanza sugli eventuali obblighi di *facere* imposti alla filiera il cui rispetto ha un'altrettanta valenza decisiva per garantire la correttezza dei *green claim*.

⁵Orientamenti par. 6.2.

⁶Nella prassi decisionale dell'Autorità si riscontrano ulteriori casi in cui è stato affermato il principio che l'operatore risponde anche per *culpa in vigilando* sui terzi dallo stesso incaricati a supportare la sua attività nella pratica commerciale, ciò in quanto "... la responsabilità dell'operatore commerciale deve riguardare non soltanto le condotte direttamente poste in essere da quest'ultimo, ma anche le attività che siano demandate ad altri nell'immediato interesse del 'mandante' o 'preponente', precisando che la responsabilità dell'operatore al riguardo è configurabile sia sotto il versante della culpa in eligendo che con riferimento alla culpa in vigilando" (PS4058-Telecom fornitura non richiesta prodotti pregiati); a sua volta la sentenza T.A.R. Lazio, Sez. I, 9 aprile 2009, n. 3722, ha affermato in modo inequivocabile che "il fondamentale canone della diligenza professionale nel caso di interposizione, rileva appunto nei limiti in cui si dimostra pretendibile, nei confronti dell'operatore commerciale che si avvalga dell'opera di altri soggetti, [e richiede] un complessivo atteggiamento di assidua e puntuale attenzione sulla condotta che quest'ultimi abbiano posto in essere; altrimenti risolvendosi il modulo negoziale dell'agenzia nella allegazione di una 'esimente' (o, quanto meno, di una attenuante) volta a porre in tutto o in parte il professionista 'al riparo' da condotte non riconducibili a fatte proprio".

2. I «marchi di sostenibilità» fra leva di marketing e protezione del consumatore

L'esigenza di introdurre una disciplina *ad hoc* sui «marchi di sostenibilità» deriva dal fatto che, negli ultimi anni, è aumentata la sensibilità dei consumatori verso le problematiche ambientali e, di conseguenza, anche le loro scelte di acquisto si sono orientate, sempre di più, verso prodotti e *brand* che hanno un ridotto impatto negativo (o soltanto impatti positivi) sull'ambiente. La consapevolezza da parte delle imprese della forte capacità attrattiva che hanno tali prodotti e *brand* ha portato alla sempre più crescente proliferazione di marchi di sostenibilità all'interno del mercato dell'Unione europea che, in ragione della loro (talvolta notevole) diversità e dell'assenza di precise regole sulla loro formazione, ha inevitabilmente compromesso l'attendibilità delle informazioni comunicate. Da qui la necessità di introdurre una disciplina armonizzata a livello europeo che consenta di eliminare dal mercato i segni ingannevoli e favorire, invece, la genesi di segni idonei a contraddistinguere un prodotto, un processo o un'impresa in relazione alle caratteristiche ambientali, sociali, o entrambe, che siano fondati su informazioni veritiere e adeguatamente sostanziati.

2.1 Le novità introdotte dalla Direttiva Empowering

Come noto, tra le novità introdotte dalla Direttiva (UE) 2024/825 vi sono i «marchi di sostenibilità».

Ma di cosa si tratta effettivamente? E come si coordina la disciplina prevista nella Direttiva Empowering con quella contenuta nella Proposta di Direttiva Green Claims (di cui si dirà meglio in seguito)? Facciamo un po' di chiarezza.

Innanzitutto, si ritiene opportuno precisare che l'espressione «marchi di sostenibilità», che ritroviamo nel testo italiano della Direttiva Empowering, rappresenta la (errata) traduzione italiana dell'inglese “*sustainability labels*” e del francese “*labels de développement durable*”, tra le principali lingue ufficiali delle istituzioni europee.

Appare, quindi, a chi scrive, improprio l'uso del termine “marchio” che, giuridicamente, identifica un segno idoneo a distinguere i prodotti/servizi dell'impresa che è titolare dello stesso, da quelli delle altre imprese, e che è assoggettato alla disciplina sui marchi contenuta nel Codice della Proprietà Industriale⁷ e nel Codice Civile⁸. Diversamente, per i «marchi di sostenibilità» di cui alla Direttiva Empowering non è previsto l'assoggettamento a tale disciplina.

Fatta questa premessa, la Direttiva Empowering definisce i «marchi di sostenibilità» come “*qualsiasi marchio di fiducia, marchio di qualità o equivalente, pubblico o privato, avente carattere volontario, che mira a distinguere e promuovere un prodotto, un processo o un'impresa con riferimento alle sue caratteristiche ambientali o sociali oppure a entrambe, esclusi i marchi obbligatori richiesti a norma del diritto dell'Unione o nazionale*”.

Tale Direttiva sembra, quindi, riferirsi a **sistemi di etichettatura volontari** volti a contraddistinguere e promuovere un prodotto, un processo o un'impresa in relazione agli aspetti ambientali o sociali, o entrambi tali aspetti, di tale prodotto, processo o impresa. Non rientrano, invece, in tale definizione i sistemi di etichettatura obbligatori previsti dalla normativa dell'UE o nazionale (quale, ad esempio, il sistema di etichettatura ambientale degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio ai sensi delle Direttive (UE) 2018/851 e (UE) 2018/852).

⁷ Adottato con D. Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 e ss.mm.ii.

⁸ Adottato con R. D. 16 marzo 1942, n. 262 e ss.mm.ii.

Dopo aver fornito la definizione di «marchi di sostenibilità», ritroviamo tale fattispecie nuovamente menzionata tra le nuove pratiche commerciali sleali in ogni caso ingannevoli che la Direttiva Empowering ha introdotto all'interno dell'elenco di cui all'Allegato I della Direttiva 2005/29/CE⁹ (la c.d. lista nera), così novellandolo. Il nuovo Allegato I ora prevede, fra l'altro, che costituisce una pratica commerciale sleale, sempre vietata:

«2 bis) Esibire un marchio di sostenibilità che non è basato su un sistema di certificazione o non è stabilito da autorità pubbliche.»

Da quanto sopra si ricava, a contrario, che se un marchio di sostenibilità è (i) basato su un sistema di certificazione, o (ii) stabilito da autorità pubbliche, può essere legittimamente utilizzato dal professionista che intende farne uso, senza incorrere in una pratica commerciale scorretta.

Ma andiamo per ordine.

Che cosa si intende con “sistema di certificazione”?

Anche in questo caso, una definizione viene fornita direttamente dalla Direttiva Empowering: si tratta di un **sistema di verifica da parte di terzi** che **certifica** che un prodotto, un processo o un'impresa è **conforme a determinati requisiti**, che **consente l'uso di un corrispondente marchio di sostenibilità** e le cui condizioni, compresi i requisiti, sono accessibili al pubblico e soddisfano i seguenti criteri:

1. il sistema, nel rispetto di condizioni trasparenti, eque e non discriminatorie, è **aperto a tutti gli operatori economici** disposti in grado di conformarsi ai suoi requisiti;

2. i requisiti del sistema sono elaborati dal titolare dello stesso in consultazione con gli esperti pertinenti e i portatori di interesse;

3. il sistema stabilisce procedure per affrontare i casi di non conformità ai requisiti del sistema e prevede **la revoca o la sospensione dell'uso del marchio di sostenibilità da parte dell'operatore economico in caso di non conformità** ai requisiti del sistema;

4. il monitoraggio della conformità dell'operatore economico ai requisiti del sistema è oggetto di una procedura obiettiva ed è svolto da un **terzo** la cui **competenza** e la cui **indipendenza** sia dal titolare del sistema sia dall'operatore economico si basano su norme e procedure internazionali, dell'Unione o nazionale.

Il “sistema di certificazione”, come definito dalla Direttiva Empowering, determina quindi l'insorgere di una relazione trilaterale tra (i) l'operatore economico che intende usare (*i.e.*, introdurre all'interno di una pratica commerciale nei confronti di un consumatore dell'UE) un marchio di sostenibilità; (ii) il titolare del sistema di certificazione in questione che deve soddisfare i criteri di cui al punti 1-4 sopra; e (iii) un terzo indipendente, sia dal titolare del sistema sia dall'operatore economico, che deve verificare la conformità dell'operatore economico ai requisiti del sistema di certificazione, e la cui autonomia e competenza devono essere garantite sulla base di norme e procedure nazionali, europee o internazionali [ad esempio, dimostrando la *compliance* alla norma ISO 17065 «Valutazione della conformità - Requisiti per gli organismi di certificazione di prodotti, processi e servizi» o ricorrendo alle regole e ai principi in materia di accreditamento di cui al Reg. (CE) n. 765/2008: *cfr.* considerando (7) della Direttiva Empowering].

⁹ Si tratta della Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, che modifica la direttiva 84/450/CEE e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE, nonché il regolamento (CE) n. 2006/2004.

Ove tale verifica di conformità rispetto ad un determinato prodotto, processo o impresa dia esito positivo, l'operatore economico potrà usare il corrispondente marchio di sostenibilità per contraddistinguere quel prodotto, processo o impresa e tale marchio certificherà la conformità di questi ultimi ai requisiti del sistema di certificazione in base al quale è stata compiuta la verifica. Ove, invece, la verifica di conformità dia esito negativo, l'uso del marchio di sostenibilità in questione non sarà consentito e potrà essere sospeso o revocato, secondo le procedure di sospensione e revoca previste dal sistema di certificazione.

Non è chiaro, ad oggi, se gli atti di esecuzione che dovrebbero essere adottati dalla Commissione europea conterranno (o prevederanno che ciascuno Stato membro dell'UE debba notificare alla stessa Commissione) anche un elenco ufficiale dei sistemi di certificazione ritenuti conformi ai criteri indicati dalla Direttiva Empowering.

Ciò che è certo, invece, è che alcune associazioni si sono già attivate per verificare la conformità dei propri sistemi di certificazione (o per adeguare gli stessi) ai criteri stabiliti dalla Direttiva Empowering. Per esempio, The Rainforest Alliance ha pubblicato di recente un articolo sul proprio sito web (www.rainforest-alliance.org) in cui spiega come il suo programma di certificazione (Rainforest Alliance Certification Program) soddisfi tali criteri, incluso il monitoraggio da parte di un ente certificatore terzo¹⁰.

Tornando alle condizioni per poter legittimamente utilizzare un marchio di sostenibilità, in assenza di un sistema di certificazione, la Direttiva Empowering consente l'uso di marchi di sostenibilità

che siano stabiliti da **autorità pubbliche**.

Il considerando (7) della Direttiva Empowering fornisce alcuni esempi al riguardo: sono considerati marchi di sostenibilità stabiliti da autorità pubbliche (i) il logo EMAS, (ii) il logo Ecolabel – che possono essere utilizzati in conformità a quanto previsto, rispettivamente, nel Reg. (CE) n. 1221/2009 e nel Reg. (CE) n. 66/2010 –, e (iii) i marchi di certificazione UE “*se promuovono un prodotto, un processo o un'impresa con riferimento, ad esempio, alle sue caratteristiche ambientali o sociali o a entrambe*” (sembrano rientrare in questa definizione, per citarne alcuni, il marchio di certificazione UE n. 017283128 che ritroviamo nell'etichetta di alcuni indumenti realizzati con fibre biologiche



ed il marchio di certificazione UE n.018110922 che appare nell'etichetta di alcuni detersivi e altri prodotti per la pulizia della casa).



Il medesimo considerando, inoltre, invita le autorità pubbliche a promuovere, ove possibile, misure volte ad agevolare l'accesso ai marchi di sostenibilità da parte delle PMI, nel rispetto del diritto dell'UE.

Ma quindi chi sono queste autorità pubbliche? Partendo dalla definizione di «autorità pubblica» che si ritrova nella Direttiva 2003/4/CE del 28 gennaio 2003 sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale¹¹, tale concetto dovrebbe certamente includere i governi degli Stati membri dell'UE ed

¹⁰ Si veda l'articolo disponibile al seguente link: <https://www.rainforest-alliance.org/business/certification/the-empowering-consumers-directive-and-rainforest-alliance-certification-what-you-need-to-know/>.

¹¹ L'art. 2, n. 2) della Direttiva 2003/4/CE prevede che per «autorità pubblica» si intende:
a) il governo o ogni altra amministrazione pubblica, compresi gli organi consultivi pubblici, a livello nazionale, regionale o locale;

ogni altra amministrazione pubblica a livello nazionale, regionale o locale che abbia responsabilità o funzioni pubbliche o che fornisca servizi pubblici connessi alla sostenibilità (ambientale, sociale, economica, *etc.*).

Pertanto, i governi o le amministrazioni pubbliche dei Paesi extra-UE non dovrebbero rientrare in questa definizione, fatta salva ogni diversa previsione (che potrebbe essere contenuta, per esempio, negli atti di esecuzione della Commissione europea) o riconoscimento espresso di uno di tali governi o amministrazioni attraverso specifici atti legislativi o accordi. La ragione di tale esclusione è piuttosto intuitiva: la legislazione e gli standard dell'UE in materia di impatti ambientali e sociali potrebbero differire da quelli dei Paesi terzi. Da ciò consegue che, in assenza di un esplicito riconoscimento o accordo o previsione in senso contrario, per esempio, un'autorità statunitense non rientrerà nella definizione di «autorità pubblica» e, pertanto, sarà necessario verificare la conformità dell'eventuale marchio di sostenibilità che sia stabilito da quest'ultima ad un sistema di certificazione, ai fini del lecito uso dello stesso.

Per concludere in relazione alle disposizioni sul tema introdotte dalla Direttiva Empowering, come chiarito anche dalle linee guida predisposte dal CONAI¹², i marchi di sostenibilità “autocertificati”, che non sono né stabiliti da autorità pubbliche, né certificati da un terzo indipendente sulla base

di un sistema di certificazione conforme ai criteri della citata Direttiva, sono vietati.

2.2 Le previsioni sui «marchi ambientali» contenute nella Proposta di Direttiva Green Claims

Passiamo ora ad analizzare le disposizioni contenute nella Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'attestazione e sulla comunicazione delle asserzioni ambientali esplicite (Direttiva Green Claims; di seguito anche soltanto “Proposta”) e l'impatto che potranno avere sulla disciplina dei «marchi di sostenibilità» di cui alla Direttiva Empowering.

Innanzitutto, occorre precisare che tale Proposta è stata concepita per integrare, operando come *lex specialis*, le modifiche introdotte dalla Direttiva Empowering (*lex generalis*) alla normativa dell'UE attualmente vigente in materia di tutela dei consumatori. In ragione della sua qualità di *lex specialis*, il suo ambito di applicazione è in linea e si pone in chiave complementare rispetto a quello della *lex generalis*.

Occorre altresì segnalare che (i) la Proposta in questione è ancora oggetto di discussione tra il Parlamento europeo e il Consiglio, e (ii) l'ultimo aggiornamento sullo status della Proposta riguarda l'adozione della posizione del Consiglio (‘general approach’) sul testo della stessa in data 17 giugno 2024. Pertanto, le considerazioni che seguono si basano sul testo della Proposta come da ultimo emendato dal Consiglio^{12b}.

b) ogni persona fisica o giuridica svolgente funzioni di pubblica amministrazione ai sensi della legislazione nazionale, compresi incarichi, attività o servizi specifici connessi all'ambiente;

c) ogni persona fisica o giuridica avente responsabilità o funzioni pubbliche o che fornisca servizi pubblici connessi con l'ambiente, sotto il controllo di un organismo o di una persona di cui alla lettera a) o b). La stessa Direttiva prevede, inoltre, che gli Stati membri possono stabilire che questa definizione non comprende gli organismi o le istituzioni che agiscono nell'esercizio di competenze giurisdizionali o legislative.

¹² Le linee guida pubblicate dal CONAI (Consorzio Nazionale Imballaggi) sono disponibili al seguente link: <https://www.etichetta-conai.com/documenti/green-claims/>.

^{12b} Ultimo aggiornamento: in data 28 gennaio 2025 è iniziato il negoziato interistituzionale che riunisce i rappresentanti del Parlamento europeo, del Consiglio dell'Unione europea e della Commissione europea per raggiungere un accordo sul testo della Proposta.

L'art. 1 della Proposta definisce l'ambito di applicazione della Direttiva Green Claims. Ai sensi di tale articolo, le disposizioni della (futura) Direttiva si applicheranno alle **asserzioni ambientali esplicite** formulate su base volontaria da professionisti in relazione a prodotti o professionisti, e ai sistemi di **etichettatura ambientale** che consentono l'uso dei corrispondenti «**marchi ambientali**» (in inglese: “*environmental labels*”)¹³, nell'ambito delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori (B2C)¹⁴, in aggiunta alle prescrizioni della Direttiva 2005/29/CE¹⁵; e lasceranno impregiudicate le altre normative dell'UE che stabiliscono, fra l'altro, (i) le condizioni per la formulazione delle asserzioni ambientali esplicite relative a determinati prodotti o professionisti, e (ii) le condizioni per l'uso di determinati marchi ambientali o sistemi di etichettatura ambientale.

Ma che cosa si intende per «asserzioni ambientali esplicite» e «marchi ambientali»? E in che cosa si differenziano questi ultimi dai «marchi di sostenibilità» di cui alla Direttiva Empowering?

Per «asserzioni ambientali esplicite» si intendono le dichiarazioni ambientali (i c.d. *green claims*) formulate oralmente o per iscritto, anche tramite mezzi audiovisivi, esclusi i marchi ambientali.

I «marchi ambientali» sono, invece, definiti come una sottocategoria dei marchi di sostenibilità, in quanto riguardano **esclusivamente o prevalentemente** (i.e., hanno ad oggetto integralmente o per la maggior parte) caratteristiche ambientali di un prodotto, di un processo o di un professionista. Si tratta, quindi, di segni che suggeriscono o danno

l'impressione che un prodotto, un processo o l'attività del professionista abbiano un impatto positivo sull'ambiente o siano meno dannosi per l'ambiente rispetto ai prodotti, ai processi, alle attività dei concorrenti.

Da questa definizione e da quanto risulta dal Considerando (42) della Proposta sembra derivare che:

- se un «marchio di sostenibilità» riguarda soltanto o prevalentemente caratteristiche ambientali, nel senso che queste ultime sono le caratteristiche prevalenti o più significative da considerare nel marchio, lo stesso sarà soggetto sia alle previsioni contenute nella Direttiva Empowering, sia a quelle previste nella (futura) Direttiva Green Claims e applicabili ai «marchi ambientali»;

- se, invece, un «marchio di sostenibilità» è volto a contraddistinguere un prodotto, un processo o un'impresa con riferimento alle sue caratteristiche sociali o, comunque, le caratteristiche ambientali non sono pertinenti a tal fine (bensì sono secondarie), il «marchio ambientale» in questione sarà soggetto unicamente alle disposizioni generali relative ai «marchi di sostenibilità» delineate nella Direttiva Empowering.

È certamente auspicabile un intervento chiarificatore che consenta di delineare meglio la distinzione tra «marchi di sostenibilità» e «marchi ambientali».

Tornando ai «marchi ambientali», illustreremo di seguito la disciplina al momento prevista dalla Proposta di Direttiva Green Claims che andrebbe, quindi, ad integrare le previsioni sui «marchi di sostenibil-

¹³ Anche per i «marchi ambientali» valgono le stesse considerazioni di cui sopra rispetto all'uso improprio del termine “marchio”.

¹⁴ Il Considerando (15 bis) della Proposta chiarisce che le pratiche B2B non rientrano nel campo di applicazione della (futura) Direttiva Green Claims.

¹⁵ Ai sensi del Considerando (14) della Proposta, in caso di contrasto tra le previsioni della (futura) Direttiva

ità» contenute nella Direttiva Empowering. Secondo la Proposta, al fine di contrastare la diffusione di marchi ambientali ingannevoli, tutti i marchi ambientali (inclusi quelli stabiliti da autorità pubbliche) devono basarsi su un sistema di etichettatura ambientale approvato, istituito da operatori privati o da autorità pubbliche (nazionali o regionali)¹⁶. Per «sistema di etichettatura ambientale» si intende un sistema di certificazione che attesta che un prodotto, un processo o un professionista soddisfa determinati requisiti – delineati all'art. 8, par. 2, della Proposta¹⁷ – e che consente l'uso di un corrispondente marchio ambientale. In caso di sistemi di etichettatura ambientale di nuova istituzione, da parte di autorità pubbliche (anche di paesi terzi) o operatori privati, la loro autorizzazione all'immissione sul mercato dell'UE da parte della Commissione europea dovrebbe essere subordinata alla verifica della conformità alle prescrizioni della (futura) Direttiva, non-

ché alla dimostrazione di apportare un valore aggiunto significativo rispetto ai sistemi esistenti a livello europeo, nazionale o regionale [cfr. Considerando (43 bis) e art. 8, par. 8, della Proposta¹⁸]. Al fine di ottenere tale autorizzazione, i titolari dei nuovi sistemi dovrebbero presentare alla Commissione o alle autorità competenti degli Stati membri, a seconda dei casi, documenti giustificativi contenenti determinate informazioni (tra cui la prova del “valore aggiunto”) (cfr. Considerando (48)¹⁹ e art. 8, par. 6, della Proposta).

¹⁶ Al riguardo, la Proposta sembra auspicare che la futura Direttiva stabilisca criteri di *governance* obbligatori per tutti i sistemi di etichettatura ambientale [cfr. Considerando (43)].

¹⁷ Si tratta dei seguenti:

- le informazioni sulla titolarità e sugli organi decisionali del sistema di etichettatura ambientale sono trasparenti, accessibili gratuitamente, di facile comprensione e sufficientemente dettagliate;
- le informazioni sugli obiettivi del sistema di etichettatura ambientale e sulle prescrizioni e procedure per monitorare la conformità dei sistemi di etichettatura ambientale sono trasparenti, accessibili gratuitamente, di facile comprensione e sufficientemente dettagliate;
- le condizioni per aderire ai sistemi di etichettatura ambientale sono proporzionate alle dimensioni e al fatturato delle imprese così da non escludere le piccole e medie imprese;
- le prescrizioni per il sistema di etichettatura ambientale sono state elaborate dal titolare del sistema di etichettatura ambientale in consultazione con gli esperti e i portatori di interessi pertinenti in grado di garantirne la solidità scientifica e la rilevanza dal punto di vista della società;
- il sistema di etichettatura ambientale dispone di un meccanismo di risoluzione dei reclami e delle controversie.

¹⁸ Sulla base del Considerando (43 bis) e dell'art. 8, par. 8, della Proposta, il “valore aggiunto” sarebbe valutato sulla base di parametri quali le caratteristiche ambientali del marchio ambientale, il/i gruppo/i o settore/i di prodotti coperti dal sistema di etichettatura, la capacità di favorire la transizione verde delle PMI o l'estensione geografica del sistema di etichettatura ambientale.

¹⁹ In cui si legge, fra l'altro, che “[...] è opportuno attribuire alla Commissione competenze di esecuzione per adottare norme comuni che precisino nel dettaglio i requisiti di approvazione dei sistemi di etichettatura ambientale, in particolare riguardo a come dovrebbe essere calcolato il valore aggiunto, il formato e il contenuto dei documenti giustificativi e le regole procedurali per approvare tali sistemi. È altresì opportuno che tali competenze siano esercitate conformemente al regolamento (UE) n. 182/2011 [...]” che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione. Si veda, al riguardo, anche l'art. 8, par. 8, della Proposta.

Quanto ai sistemi di etichettatura ambientale già esistenti, secondo la Proposta dovrebbero poter continuare a rilasciare marchi ambientali nel mercato dell'UE, a condizione che rispettino le disposizioni della (futura) Direttiva. Al riguardo, la Proposta sottolinea l'opportunità che venga pubblicato, da parte della Commissione, un elenco dei sistemi di etichettatura ambientale che possono continuare a essere applicati nel territorio dell'UE o che possono accedere al mercato UE.

Sempre secondo la Proposta, i sistemi di etichettatura ambientale approvati e i corrispondenti marchi ambientali (*i.e.*, i marchi ambientali assegnati dal titolare del sistema medesimo) dovrebbero essere:

a) **attestati** dal titolare del sistema di etichettatura ambientale²⁰, secondo i criteri stabiliti dalla (futura) Direttiva, vale a dire il titolare dovrebbe garantire che i criteri del sistema per l'assegnazione del corrispondente marchio ambientale soddisfino gli obblighi di attestazione previsti dalla (futura) Direttiva (*cf.* art. 3).

Per citarne alcuni, la valutazione che deve essere compiuta dal titolare deve:

(i) precisare se il marchio ambientale si riferisce all'intero prodotto, a una parte o a determinati aspetti di un prodotto, o a tutte le attività di un professionista o a una determinata parte o aspetto di tali attività;

(ii) basarsi su prove scientifiche ampiamente riconosciute²¹, utilizzare infor-

mazioni accurate e tenere conto dei metodi e delle norme internazionali applicabili per individuare e misurare le caratteristiche ambientali di prodotti e professionisti;

(iii) dimostrare che le caratteristiche ambientali comunicate dal marchio ambientale sono rilevanti e significative, tenuto conto dell'intero ciclo di vita (del prodotto o delle attività del professionista nel suo complesso);

(iv) tenere conto di tutti gli aspetti ambientali o impatti ambientali significativi ai fini della valutazione delle prestazioni ambientali oggetto del marchio;

(v) dimostrare che il marchio ambientale non è equivalente a obblighi di legge previsti per i prodotti appartenenti al medesimo gruppo o per i professionisti del settore;

(vi) includere le informazioni primarie a disposizione del professionista rispetto alle caratteristiche ambientali che sono oggetto del marchio ambientale;

(vii) qualora non siano disponibili informazioni primarie, includere le informazioni secondarie pertinenti per le caratteristiche ambientali che sono rappresentative della catena del valore specifica del prodotto o del professionista oggetto del marchio ambientale; etc.

Inoltre, ai fini dell'attestazione dei marchi ambientali, la Proposta invita ad applicare i **metodi dell'impronta ambientale** di cui alla raccomandazione (UE) 2021/2279 della Commissione, ove siano

²⁰ Per «titolare del sistema di etichettatura ambientale» si intende una persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo responsabile dello sviluppo e del mantenimento di uno specifico sistema di etichettatura ambientale [art. 2, comma 1, punto 8 quater) della Proposta].

²¹ Al riguardo, il Considerando (16) della Proposta chiarisce che per «prove scientifiche ampiamente riconosciute» si intendono quelle prove fondate su metodologie, approcci o studi solidi che (a) sono stati sviluppati in linea con le migliori pratiche sotto il profilo della trasparenza, consultazione dei portatori di interessi, e coinvolgimento della comunità scientifica, dell'industria e della società civile; e (b) sono stati sottoposti a revisione da esperti qualificati del settore e pubblicati nella letteratura scientifica riconosciuta a livello internazionale.

adeguati alla natura del marchio ambientale da attestare, che contiene orientamenti su come misurare e comunicare determinati impatti sull'ambiente del ciclo di vita di prodotti o organizzazioni specifici [*cf.* Considerando (24) e Considerando (32)].

Sempre in materia di attestazione, la Proposta spende alcune parole sui marchi ambientali che comunicano un **punteggio aggregato** rappresentativo della somma degli impatti ambientali di prodotti o professionisti e sull'effetto che tale punteggio può avere sui consumatori, i quali potrebbero essere indotti in errore (*i*) sia per il fatto che l'indicatore aggregato ha l'effetto di "compensare", mascherandoli, gli impatti ambientali negativi di alcuni aspetti di un prodotto, con quelli positivi legati ad altri aspetti del medesimo prodotto; (*ii*) sia per il fatto che la metodologia alla base del punteggio aggregato varia da professionista, a professionista, al punto tale che l'applicazione di distinte metodologie può dare luogo a risultati diversi. Per garantire l'armonizzazione nel mercato interno ed evitare che si crei confusione tra i consumatori, la Proposta prevede che i marchi ambientali "aggregati" possano essere assegnati soltanto se il punteggio è stato calcolato sulla base di una metodologia conforme al diritto dell'Unione. In assenza di tale metodologia, gli Stati membri potranno introdurre nel diritto nazionale una metodologia di aggregazione come base per un marchio ambientale aggregato a condizione che quest'ultimo sia conforme alle disposizioni della (futura) Diret-

tiva [*cf.* Considerando (41) e art. 3, par. 6].

b) **verificati** sotto il profilo del rispetto delle prescrizioni della (futura) Direttiva²² (inclusi, fra l'altro, gli obblighi di attestazione), prima che i sistemi di etichettatura ambientale, con i corrispondenti marchi ambientali, siano resi pubblici (*cf.* artt. 10-11), da parte di un verificatore che dovrebbe, fra l'altro:

(i) essere un organismo terzo indipendente accreditato, ai sensi del Reg. (CE) n. 765/2008, o un verificatore ambientale ex art. 2, punto 20, del Reg. (CE) n. 1221/2009²³;

(ii) svolgere le proprie attività in modo obiettivo e imparziale, con il massimo livello di integrità professionale e con la competenza tecnica necessaria, libero da qualsiasi pressione o incentivo e operando sulla base di politiche e procedure non discriminatorie;

(iii) conformarsi alla norma EN ISO/IEC 17029 "Valutazione della conformità – Principi generali e prescrizioni per gli organismi di validazione e verifica";

(iv) disporre delle competenze, delle attrezzature e delle infrastrutture necessarie per svolgere le attività di verifica per le quali è stato accreditato, nonché di risorse adeguate, di capacità tecniche e di sufficiente personale qualificato ed esperto (che dovrebbe essere tenuto al segreto professionale in relazione alle informazioni apprese nello svolgimento delle funzioni di verifica);

²² Salvo alcune eccezioni (quali, ad esempio, i sistemi nazionali o regionali di etichettatura ambientale EN ISO 14024 di tipo I riconosciuti ufficialmente negli Stati membri) che dovranno essere comunicate alla Commissione europea per essere esentate dalla procedura di verifica, in conformità all'art. 10 della Proposta, a condizione che soddisfino le prescrizioni della (futura) Direttiva.

²³ Ai sensi dell'art. 2, punto 20, del Reg. (CE) n. 1221/2009, per «verificatore ambientale» si intende: a) un organismo di valutazione della conformità a norma del regolamento (CE) n. 765/2008, un'associazione o un gruppo di tali organismi, che abbia ottenuto l'accreditamento secondo quanto previsto dal presente regolamento; oppure b) qualsiasi persona fisica o giuridica, associazione o gruppo di persone fisiche o giuridiche che abbia ottenuto l'abilitazione a svolgere le attività di verifica e convalida secondo quanto previsto dal regolamento medesimo.

(v) assumersi la piena responsabilità delle funzioni svolte da eventuali subappaltatori o affiliate incaricati, monitorando altresì il lavoro dagli stessi svolto, sempre che rientri nell'oggetto dell'accREDITAMENTO e che non comprometta la riservatezza, l'obiettività o l'imparzialità della verifica;

(vi) nel compiere la verifica in questione, tenere conto della natura e del contenuto del sistema e del corrispondente marchio ambientale.

In base alla Proposta, ove tale verifica dia esito positivo, il verificatore redigerà un **certificato di conformità** che:

- avrà un periodo di validità di massimo 5 anni;
- attesterà che il sistema di etichettatura ambientale e il corrispondente marchio ambientale sono conformi alle prescrizioni della (futura) Direttiva;
- dovrebbe essere riconosciuto dalle autorità competenti in tutta l'UE; e
- non dovrebbe pregiudicare la valutazione del marchio ambientale da parte delle autorità pubbliche o degli organi giurisdizionali che garantiscono l'osservanza della Direttiva 2005/29/CE;

e provvederà poi a comunicare tale certificato di conformità alle autorità nazionali competenti, utilizzando l'interfaccia pubblica connessa al sistema di informazione del mercato interno («IMI»), di cui al Reg. (UE) n. 1024/2012. Sulla base dei dati così comunicati, la Commissione dovrebbe pubblicare un elenco aggiornato dei certificati di conformità emessi sullo sportello digitale unico. Con le stesse modalità dovrebbe-

ro poter essere notificati l'accREDITAMENTO, l'abilitazione o altri aggiornamenti relativi agli stessi di un verificatore, e sulla base di questi dati la Commissione dovrebbe pubblicare un elenco aggiornato di tali professionisti sul medesimo sportello digitale unico.

Il terzo verificatore potrà anche indicare al professionista varie modalità di comunicazione del marchio ambientale che soddisfano le prescrizioni della (futura) Direttiva.

Con riferimento ai certificati di conformità, è auspicabile (come del resto si evince dalla stessa Proposta) che la Commissione, con propri atti di esecuzione, definisca la "forma" degli stessi ed i criteri / strumenti tecnici per il loro rilascio e notifica, in conformità a quanto previsto dal Reg. (UE) n. 182/2011²⁴.

Ai sensi dell'art. 5 della Proposta, la **comunicazione** dei marchi ambientali dovrebbe essere conforme ai requisiti di comunicazione previsti dalla (futura) Direttiva (mentre non è previsto che il contenuto degli stessi sia soggetto a verifica). In particolare, i marchi ambientali:

- devono essere comunicati in modo chiaro e comprensibile, in conformità alle prescrizioni rilevanti della (futura) Direttiva, oltre a quelle stabilite dalla Direttiva 2005/29/CE;
- devono riguardare soltanto le caratteristiche ambientali identificate come significative per il prodotto o il professionista interessato, che devono essere attestate in conformità a quanto previsto dalla (futura) Direttiva;
- devono rispettare le altre previsioni di cui all'art. 5 della Proposta che riguardano specifiche tipologie di marchi ambientali (e.g. il marchio ambientale riguardante le prestazioni ambientali future di un prodotto o di un professionista; il marchio ambientale aggregato, etc.);

²⁴ Cfr. nota 13.

- quando sono esibiti dal professionista, sono accompagnati da chiare e visibili informazioni relative al sito web del sistema di etichettatura ambientale che (i) deve essere reso accessibile tramite un vettore di dati (e.g. *QR code* che rimanda ad un sito web) o un *web link*; e (ii) deve contenere una sintesi, chiara e facilmente comprensibile, della valutazione dell'attestazione del marchio ambientale effettuata a norma della (futura) Direttiva che dovrà indicare: le caratteristiche ambientali oggetto del marchio; il certificato di conformità del sistema di etichettatura ambientale e il corrispondente marchio ai sensi dell'art. 10 della Proposta; i recapiti del verificatore che ha redatto il certificato di conformità (esclusi i dati personali); e, se del caso, il documento di approvazione del sistema di etichettatura ambientale. Eventuali informazioni più tecniche e dettagliate²⁵ relative all'attestazione e al rispetto degli obblighi del professionista / titolare del sistema di etichettatura ambientale potranno essere fornite in formato digitale, su richiesta dei consumatori, delle autorità pubbliche o di qualunque altro soggetto portatore di un interesse legittimo.

Nella Proposta ritroviamo anche una disciplina *ad hoc* per i **marchi ambientali comparativi**, vale a dire i marchi ambientali "che dichiarano o inducono a ritenere che un prodotto o un professionista ha un impatto ambientale minore o prestazioni ambientali migliori rispetto ad altri prodotti o professionisti" (cfr. art. 4 della Proposta). Secondo la Proposta, anche questa tipologia di marchi ambientali deve essere attestata in conformità a quanto previsto all'art. 3 e, in aggiunta di ciò, deve essere conforme

alle seguenti disposizioni (che sono in linea con i requisiti di liceità della pubblicità comparativa di cui al D.Lgs. 145/2007²⁶):

(i) il prodotto o il professionista oggetto del marchio ambientale comparativo deve appartenere allo stesso gruppo di prodotti o allo stesso settore del prodotto o del professionista con cui è messo a confronto. I marchi ambientali comparativi devono riferirsi a prodotti che perseguono una finalità simile o sono simili in termini di uso o hanno proprietà funzionali simili a quelle dei prodotti con cui sono confrontati;

(ii) le informazioni e i dati utilizzati per valutare le caratteristiche ambientali dei prodotti o dei professionisti con cui sono raffrontati sono equivalenti e sono generati o ottenuti con modalità equivalenti alle informazioni e ai dati utilizzati per valutare le caratteristiche ambientali del prodotto o del professionista oggetto del marchio ambientale; ed il metodo impiegato per valutare tali caratteristiche ambientali è lo stesso;

(iii) la copertura delle fasi della catena del valore è equivalente per i prodotti e i professionisti raffrontati e le fasi più significative sono sempre prese in considerazione per tutti i prodotti e i professionisti messi a confronto;

(iv) la copertura delle caratteristiche ambientali è equivalente per i prodotti e i professionisti messi a confronto e le caratteristiche ambientali oggetto del marchio ambientale sono significative per tutti i prodotti o i professionisti confrontati o per il gruppo cui appartengono i prodotti;

²⁵ L'art. 5, par. 7, della Proposta precisa che tali informazioni ulteriori potranno includere: (i) le norme europee o internazionali applicabili, se del caso; e (ii) gli studi o i calcoli sottostanti utilizzati per valutare, misurare e monitorare le caratteristiche ambientali oggetto del marchio ambientale, senza ometterne i risultati, e spiegazioni circa la loro portata, ipotesi e limiti, a meno che le informazioni in questione non costituiscano un segreto commerciale ai sensi della Direttiva (UE) 2016/943.

²⁶ Si tratta del Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 145 recante attuazione dell'articolo 14 della Direttiva 2005/29/CE che modifica la Direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole.

(v) la copertura delle caratteristiche ambientali è equivalente per i prodotti e i professionisti messi a confronto e le caratteristiche ambientali oggetto del marchio ambientale sono significative per tutti i prodotti o i professionisti confrontati o per il gruppo cui appartengono i prodotti;

(vi) le ipotesi utilizzate per il confronto sono stabilite con modalità equivalenti per i prodotti e i professionisti raffrontati; e

(vii) nel caso in cui un marchio ambientale riguardi un miglioramento delle caratteristiche ambientali di un prodotto rispetto a quelle di un altro prodotto del medesimo professionista o di un concorrente, la relativa attestazione dovrà spiegare in che modo tale miglioramento incide sulle altre caratteristiche ambientali rilevanti del prodotto oggetto del marchio ambientale, indicando anche in maniera chiara l'anno di riferimento per la comparazione.

Tali previsioni sono evidentemente volte a garantire ai consumatori l'accesso ad informazioni attendibili e a prevenire il rischio che possano essere indotti in errore da una comparazione illecita (cosa che accadrebbe, per esempio, nell'ipotesi in cui un professionista ponga a confronto i medesimi aspetti ambientali di due prodotti, applicando tuttavia una formula diversa per quantificarli).

È inoltre prevista nella Proposta l'adozione di atti delegati da parte della Commissione con cui saranno (auspicabilmente) precisati più nel dettaglio i criteri per l'attestazione e la comunicazione delle asserzioni ambientali esplicite e dei marchi ambientali, possibilmente tenendo conto delle difficoltà che potrebbe incontrare il professionista nell'adempimento dei suoi obblighi di attestazione (ad esempio, nei casi in cui le prove scientifiche siano insufficienti o non esistano metodi scientifici di valutazione

riconosciuti in relazione a determinati impatti ambientali significativi) [cfr. Considerando (28)]. Alcune delle nuove norme che saranno contenute in tali atti delegati potranno essere adottate soltanto a seguito di una prima fase di monitoraggio dell'evoluzione dei marchi ambientali sul mercato.

La Proposta prevede poi che, al fine di garantire che le disposizioni della (futura) Direttiva siano applicate in maniera efficace, gli Stati membri dovrebbero designare le autorità nazionali competenti a dare applicazione ed esecuzione a tali disposizioni, possibilmente nominando le stesse autorità incaricate dell'esecuzione della Direttiva 2005/29/CE [cfr. Considerando (56)].

Al fine di evitare la proliferazione di marchi ambientali ingannevoli, la Proposta prevede altresì, da un lato, in capo al titolare del sistema di etichettatura ambientale un obbligo di **riesame** e – ove necessario – di **aggiornamento** delle informazioni utilizzate per l'attestazione di un marchio ambientale, ogni qualvolta si verificano circostanze che possono incidere sulla veridicità del marchio ambientale e, in ogni caso, **ogni 5 anni** dal rilascio del certificato di conformità [cfr. Considerando (49)]; e, dall'altro lato, che le autorità competenti designate dagli Stati membri dovrebbero effettuare controlli dei sistemi (e dei corrispondenti marchi ambientali) con un certa periodicità al fine di verificare il rispetto delle prescrizioni della (futura) Direttiva [cfr. Considerando (59) e Considerando (62)].

Per quanto riguarda l'**apparato sanzionatorio** in caso di violazione delle previsioni della (futura) Direttiva, non sono state introdotte specifiche disposizioni. Un cenno sul punto viene fatto al Considerando (60) della Proposta che invita (i) le autorità competenti di ciascuno Stato membro dell'UE a notificare al responsabile (professionista che esibisce un marchio di sostenibi-

lità o titolare del sistema di etichettatura ambientale) le violazioni riscontrate e ad imporre l'adozione di misure correttive, ove necessario ed opportuno (e.g. modifiche ad una pubblicità, rettifiche ad un sito *web*, etc.); e (ii) gli Stati membri a stabilire sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive che potranno applicarsi sulla base dei criteri già attualmente previsti dall'art. 27, comma 9, del Codice del Consumo.

I prossimi step della negoziazione della Proposta saranno decisivi per comprendere se la posizione del Consiglio, come sopra descritta, sarà mantenuta o ulteriormente emendata.

3. La Direttiva Empowering e l'aggiornamento della black list: focus su concetto di “sostenibilità” e claim di compensazione delle emissioni di gas a effetto serra

Come visto poco sopra, nell'ambito della Direttiva Empowering, sono state aggiunte all'elenco delle pratiche commerciali considerate in ogni caso sleali ai sensi dell'Allegato I della direttiva 2005/29/CE (cosiddetta black list), alcune nuove fattispecie, tra le quali, per quanto di interesse in questa sede, anche le seguenti:

- formulare un'asserzione ambientale generica per la quale l'operatore economico non è in grado di dimostrare l'eccellenza riconosciuta delle prestazioni ambientali pertinenti all'asserzione (es. 'rispettoso dell'ambiente', 'ecocompatibile', 'verde', 'amico della natura', 'ecologico', 'biodegradabile', ecc.);
- formulare un'asserzione ambientale concernente il prodotto nel suo complesso o l'attività dell'operatore economico nel suo complesso quando riguarda soltanto un determinato aspetto del prodotto

o uno specifico elemento dell'attività dell'operatore economico;

- utilizzare green claim relativi all'impatto neutro, ridotto o positivo sull'ambiente di un prodotto basati sulla compensazione delle emissioni di carbonio (crediti di carbonio).

Insomma, le pratiche sue elencate rientrano oggi nel novero di quelle affermazioni ambientali pericolose ed idonee ad ingannare il consumatore di per sé.

La normativa richiamata, in realtà, è solo il punto di arrivo di un approccio già adottato negli anni passati dalle autorità, sia nazionali che estere, coinvolte nella disamina dei claim ambientali e che ha, di fatto, solo anticipato il dato normativo attuale.

Non è certo un segreto che i *green claims* siano saliti agli onori di cronaca, in maniera piuttosto prepotente, nel corso degli ultimi anni per la sempre crescente sensibilità di consumatori e aziende al tema ambientale. È infatti risaputo, ormai, che la “sostenibilità” e l'impatto ambientale rappresentino un *driver* di scelta importante per i consumatori e, senza dubbio, uno strumento di marketing rilevante per le aziende.

Si tratta, però, di una categoria di messaggi promozionali già ben noti al sistema e che venivano utilizzati anche in passato. Si pensi che già nel 1989, ad esempio, l'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria si è pronunciato dichiarando la decettività dell'attributo “ecologico” utilizzato in relazione ad un gas che, seppure in misura modesta, conteneva clorofluorocarburi, aventi effetti nocivi sull'ambiente. Il Giuri all'epoca, naturalmente, non faceva riferimento al concetto di “*greenwashing*”, nozione emersa nel linguaggio svariati decenni dopo ma, nell'analizzare il messaggio ambientale, già ne riconosceva l'incongruenza (e la conseguente ingannevolezza) laddove riferito ad un prodotto di per sé inquinante, anche se in misura limitata²⁷.

²⁷ Giuri, 6 giugno 1989 n. 54, in Archivio IAP.

Al di là dei messaggi ingannevoli in quanto non veritieri, sussiste poi un'intera categoria di *claim* che sono estremamente efficaci nella loro veicolazione ma che possono presentare delle criticità insite nella loro formulazione, come accade per i *claim* generici.

Non può negarsi, infatti, che sia atteggiamento generale diffuso quello di abusare di alcuni concetti con l'intento di rendere prodotti o attività più *appealing* in quanto più "sostenibili"/"verdi"/"eco"/"responsabili".

L'insidia che tali messaggi nascondono è di non riuscire a far comprendere fino in fondo ai destinatari del messaggio cosa, in effetti, significhi che un prodotto o un processo siano, appunto, "verdi", "responsabili", "sostenibili" o "eco", probabilmente nella convinzione che il concetto sotteso a tali termini sia già di per sé sufficiente a fornire tutte le informazioni rilevanti e necessarie a compiere un acquisto o ad usufruire di un servizio in modo consapevole.

Ebbene, chi scrive è piuttosto convinto del contrario e avrebbe difficoltà a definire in maniera precisa cosa significa, in concreto, che un prodotto (un processo, una realtà aziendale) sono verdi, responsabili, sostenibili o eco.

E in effetti, nell'ambito della comunicazione ambientale, già ai sensi della normativa attualmente in vigore sono ritenute ingannevoli e non lecite quelle asserzioni che si basano su benefici ambientali vaghi e generici. I *claim* ambientali, invece, devono essere precisi e dettagliati e, nel caso siano generici, adeguatamente contestualizzati e specificati di modo da consentire di comprendere a quale aspetto del prodotto o dell'attività pubblicizzata i benefici vantati si riferiscano, pena l'ingannevolezza del messaggio.

3.1 Un concetto bistrattato: la sostenibilità

Abbiamo provato a ragionare sull'utilizzo (ed i limiti di utilizzo) di uno dei termini generici forse più abusati in comunicazione oggigiorno, vale a dire la "sostenibilità". L'utilizzo di un *claim* tanto forte quanto "pericoloso" come questo, rischia, infatti, di generare un effetto boomerang sull'inserzionista nel caso in cui non sia adeguatamente veicolato, sia in punto di danno reputazionale che a livello di sanzioni.

Nel 1987, Gro Harlem Brundtland, presidente della Commissione mondiale su Ambiente e Sviluppo (World Commission on Environment and Development, WCED), nell'analizzare i problemi globali dell'ambiente ha – probabilmente per primo – teorizzato la strategia dello sviluppo sostenibile, definito come *"quello sviluppo che consente alla generazione presente di soddisfare i propri bisogni senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri"*.

Tale ampissima definizione è poi stata ulteriormente specificata e riempita di significato nel corso dei decenni a seguire e possiamo dire che oggi lo sviluppo sostenibile e la conseguente sostenibilità coinvolgono senza dubbio profili sia ambientali, che sociali, che economici.

Ecco allora che il concetto di sostenibilità racchiude in sé un messaggio estremamente ampio e che necessiterebbe, dunque, di essere utilizzato con parsimonia ed attenzione nell'ambito della comunicazione pubblicitaria, proprio per evitare l'effetto boomerang di cui parlavamo poco sopra. Come tutti i *claim* ambientali generici, infatti, è legittimo solo nel caso in cui venga adeguatamente contestualizzato e precisato.

Quali sono quindi le modalità più corrette e lecite per l'utilizzo del termine "sostenibile"?

Sul punto l'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria ha avuto modo di pronunciarsi diverse volte.

Già nel 2008 analizzando il *claim* "eco-sostenibile al 100%"²⁸ il Giurì ne ha definito l'ingannevolezza. In particolare, ha evidenziato come il tono del messaggio enfatizzasse le modalità di smaltimento – pienamente ecosostenibile – del prodotto pubblicizzato, tralasciando, però, gli effetti del processo produttivo dello stesso che, tramite l'utilizzo di combustibili fossili, acqua ed emissioni inquinanti, generava un impatto tutt'altro che eco-sostenibile.

Il concetto di sostenibilità, dunque, deve essere apprezzato a tutto tondo e tenuto in considerazione anche gli effetti diretti (ed indiretti) non solo del prodotto ma senza dubbio anche del relativo processo produttivo.

Nel 2013²⁹, poi, sempre il Giurì ha affrontato una campagna pubblicitaria incentrata sulla sostenibilità ambientale ed economica di un prodotto in ambito *pet food* con riguardo alle minori emissioni di anidride carbonica, riduzione degli sprechi e maggiore convenienza economica.

Nel caso di specie la prova fornita dall'inserzionista a supporto del messaggio non è stata ritenuta sufficiente e, inoltre, anche in questo caso non era stato dato adeguato peso all'impatto ambientale del processo produttivo. In particolare, l'inserzionista si era difeso sostenendo che le informazioni a supporto del *claim* avrebbero dovuto *"spiegare in modo divulgativo un concetto intuitivo, senza dare luogo ad un'analisi scientifica"*.

Si può dire, invece, che vale oggi l'esatto contrario.

Come dicevamo in apertura, infatti, l'errore forse più comune è pensare che "sostenibile" sia un termine autoesplicativo e di pronta intellegibilità. Tutto il contrario: il termine può essere riempito di svariati significati e per ciascuno di essi è opportuno che venga fornito un supporto probatorio preciso ed analitico. E ciò, oltre che per ragioni di informativa, trasparenza e chiarezza nei confronti del consumatore (nonché nel rispetto del principio di verità), anche per necessaria contestualizzazione e definizione della portata del messaggio.

Ancora, nel 2023³⁰ il Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria ha avuto occasione di analizzare il *claim* "100% italiani, 100% sostenibili". Al di là della decisione finale, che ha dei profili di peculiarità che affronteremo poco oltre, nell'ambito della decisione è stato rilevato come il concetto di sostenibilità si basi su tre pilastri: ambientale, economico e sociale.

Dice quindi il Giurì che *"Una promessa del tipo 100% suggerisce che quanto pubblicizzato copra tutti gli ambiti, mentre dalla documentazione prodotta si rileva unicamente materiale a supporto della sostenibilità ambientale"*.

Ecco allora che la convinzione generalmente diffusa sul fatto che il termine "sostenibilità" sia autoesplicativo trova smentita nel caso ad esame, dove l'inserzionista ha probabilmente dato per scontato che la sostenibilità riguardasse solo uno dei tre pilastri di riferimento, così focalizzando la strategia comunicativa esclusivamente su quello ambientale. Il Giurì è invece tornato a ribadire come la sostenibilità coinvolga anche altri e diversi profili, di pari importanza.

²⁷ Giurì, 2 ottobre 2008 n. 86, in Archivio IAP.

²⁸ Giurì, 24 settembre 2013 n. 75, in Archivio IAP.

²⁹ Giurì, 23 giugno 2023 n. 19, in Archivio IAP.

³⁰ Giurì, 23 giugno 2023 n. 19, in Archivio IAP.

Non solo. La perentorietà del messaggio esaminato ha determinato, nel parere del Giurì, che la promessa sottesa allo stesso finisse per trasferirsi “*all’intero prodotto finito*”. Aspetto che non corrispondeva al vero.

Anche in questo caso è poi stato dato rilievo agli impatti ambientali indiretti dell’attività produttiva. Impatti indiretti che non possono essere ignorati nel momento in cui un *claim* ambientale viene costruito. Nel caso di specie, in particolare, il Giurì ha osservato come sussistessero alcune criticità legate, da un lato, allo stress idrico derivante dall’attività dell’inserzionista e, dall’altro, relativi agli imballaggi dei prodotti, anch’essi responsabili di un indubbio impatto ambientale.

Di nuovo, quindi, si apprezza la complessità del messaggio sotteso al termine “sostenibile” ed alla portata del relativo *claim*.

Nel caso ad esame il Giurì ha altresì sollevato un altro tema degno di nota e che si lega in modo serrato al caso dei *claim* ambientali e cioè la difficoltà che pongono alle volte tale categoria di messaggio, che “*in ragione della complessità del vanto e/o della molteplicità degli elementi da evocare potrebbero scontrarsi con i limiti di spazio e tempo propri di un messaggio pubblicitario*”.

Non si tratta certo di un tema nuovo al diritto della pubblicità, ma nell’ambito della decisione ad oggetto il Giurì, non senza evidenziare la novità dell’argomento e della relativa regolamentazione e l’unicità dei *claim* ambientali, ha suggerito una possibile modalità integrativa delle informazioni veicolate tramite QR Code e rimando ad altre fonti.

La pronuncia richiamata ribadisce quindi sia la oggettiva difficoltà a comunicare pregi ambientali per l’insita complessità dei messaggi che devono essere veicolati, sia il fatto che la materia risulti ad oggi avere ancora dei confini poco definiti (o, diremmo noi, purtroppo ancora difficilmente definibili stante interventi normativi ancora poco coordinati tra loro).

I medesimi principi generali teorizzati dall’Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria sono poi stati adottati anche dal Comitato di Controllo che in diverse occasioni ha avuto modo di rilevare sia il mancato supporto probatorio ai *claim* di sostenibilità, sia la scarsa chiarezza circa la riferibilità del pregio ambientale a specifici aspetti del prodotto o dell’attività pubblicizzata.

E così sono stati ritenuti ingannevoli i *claim* “naturale, vegan, sostenibile...”³¹ per prodotti cosmetici laddove non risultava in modo chiaro a quale aspetto del prodotto o dell’attività pubblicizzata dovesse riferirsi il beneficio ambientale, che risultava quindi generico e come tale non ammissibile.

Nello stesso senso anche una ingiunzione successiva in relazione al *claim* “lavorazione tracciabile e sostenibile”³² e, infine, con riferimento al messaggio “tutta...la sostenibilità che cerchi”³³. In entrambi i casi il Comitato di Controllo ha rilevato l’assenza di prova a supporto della veridicità dei *claim*.

Non è stata da meno l’AGCM³⁴, che ha di recente concluso un’attività di *moral suasion* nei confronti di società che commercializzavano veicoli elettrici per la mobilità urbana e che utilizzavano *claim* assolutisti e generici quali “100% sostenibile”, “100% green”, “zero emissioni”, “impatto zero

³¹ Comitato di Controllo, ingiunzione 2 dicembre 2019, n. 50, in Archivio IAP.

³² Comitato di Controllo, ingiunzione 21 dicembre 2023 n. 51, in Archivio IAP.

³³ Comitato di Controllo, ingiunzione 30 settembre 2024, n. 30, in Archivio IAP.

³⁴ AGCM, decisione n. PS12794-PS12819.

sull’ambiente”, “eco”). In particolare, l’AGCM ha evidenziato come, nell’ambito delle comunicazioni intercettate, oltre a non essere indicato a quale aspetto e/o fase del ciclo di vita del prodotto i messaggi si riferissero, ha rilevato altresì che, nella valutazione dei *claim*, non poteva non tenersi conto delle emissioni generate dall’attività di ricarica delle batterie dei veicoli e l’uso stesso delle vetture, attività entrambe idonee a generare emissioni (e, dunque, a rendere non veritiere le affermazioni oggetto di *moral suasion*).

Sulla base dei casi esaminati e pur senza pretesa di esaustività, ci pare che l’approccio delle autorità circa la valutazione della portata del termine “sostenibile” nell’ambito della comunicazione ambientale sia piuttosto uniforme e in linea con il dato normativo di prossima attuazione di cui alla Direttiva Empowering.

Infine, sia consentita una considerazione conclusiva. Se è pur vero che tutte le considerazioni svolte potrebbero essere universalmente applicabile a tutti i *claim* generici, chi scrive è del parere che il concetto sotteso al termine “sostenibile” presenti qualche peculiarità. Come dicevamo, al di là del fatto che occorre chiarire cosa sia in effetti destinatario dell’attributo “sostenibile” (il prodotto, parte di esso, il processo di produzione...ecc) è anche necessario che il messaggio si rivolga a tutti i settori in cui si esplica il concetto e, dunque, oltre a quello ambientale, anche quello sociale ed economico, che ne compongono una parte rilevante e riconosciuta di significato.

Riteniamo quindi che l’utilizzo del termine “sostenibile” sia molto insidioso e delicato, ponendo sull’inserzionista un onere probatorio e di contestualizzazione ancora più consistente rispetto ad altri analoghi *claim* cosiddetti generici ed esponendolo quindi ad un maggior rischio di contestazione.

4. I claims di compensazione

Un’altra categoria di messaggi che presenta diffusione capillare e che ha una evidente presa sul consumatore è quello relativo alla compensazione delle emissioni mediante l’acquisizione di crediti di carbonio. *Claim* ambientale anch’esso oggetto di classificazione ad opera della Direttiva Empowering ed in relazione al quale sarà interessante valutare le ricadute nell’ambito della comunicazione e liceità della stessa, considerato che la Direttiva Empowering ne limita molto l’utilizzabilità includendo la pratica nella “*black list*”.

Anzitutto chiariamo di cosa si tratta.

Per compensazione di crediti di carbonio si intende un’attività posta in essere da un’organizzazione/azienda/inserzionista per bilanciare le emissioni di gas serra, tramite investimenti di natura ambientale realizzati tramite l’acquisto di crediti di carbonio. I crediti di carbonio sono titoli trasferibili il cui valore corrisponde ad una tonnellata di CO₂ rimossa dall’atmosfera grazie a investimenti effettuati in progetti di natura ambientale. Dunque, il meccanismo alla base dei crediti di carbonio è semplice: chi emette CO₂ finanzia progetti che riducono o assorbono un volume equivalente di gas serra dall’atmosfera. I progetti che vengono finanziati possono includere, ad esempio, la riforestazione o l’installazione di impianti di energia rinnovabile. Ogni credito di carbonio equivale a una tonnellata di CO₂ non emessa (o rimossa) dall’atmosfera. La comunicazione ambientale è oggi zeppa di comunicazioni legate alla compensazione dei crediti di carbonio: si tratta, infatti, di uno dei modi più “intuitivi” per contribuire alla riduzione delle emissioni e che, peraltro, può anche essere “facilmente” veicolato al consumatore. Ora, tornando al dato normativo, secondo la Direttiva Empowering è da ritenersi

in ogni caso ingannevole “*utilizzare green claim relativi all’impatto neutro, ridotto o positivo sull’ambiente di un prodotto basati sulla compensazione delle emissioni di carbonio (crediti di carbonio)*”.

La previsione, per come formulata, non pare lasciare margini di esclusione e comporterà la dichiarata illiceità di tutti quei claim che, appunto, facciano leva su tale concetto.

In realtà il primo aspetto che riteniamo sia utile segnalare è che ad uno sguardo più attento, la portata letterale del divieto parrebbe essere riferita solo ai claim relativi al prodotto e non, ad esempio, ai processi produttivi o all’eventuale attività dell’inserzionista. Ecco allora che la portata del divieto parrebbe essere in parte mitigata, lasciando aperto il tema a valutazioni interpretative di applicazione meno restrittiva rispetto a quanto inizialmente immaginato.

Sul punto, siamo in una fase ancora troppo embrionale di recepimento della Direttiva per capire come la normativa italiana andrà ad affrontare il tema, ma gli effetti sulla comunicazione ambientale saranno comunque importanti. Soprattutto in tema di sanzioni perché andrà ad assoggettare le nuove pratiche considerate in ogni caso ingannevoli al regime sanzionatorio previsto dalla Direttiva Omnibus e, dunque, a condanne comprese tra i 5000 ed i 10.000.000 di euro.

Se si considera che la sanzione potrebbe sommarsi all’eventuale danno reputazionale, ben si comprende la portata e l’effetto che una comunicazione ambientale superficiale possono avere su una realtà aziendale. A differenza dei claim generici, l’atteggiamento delle autorità nel valutare i claim di compensazione sino ad oggi si è concentrato sul dato probatorio a supporto del claim, senza mettere in discussione – evidentemente – la bontà dello strumento attuato per ridurre l’impatto ambientale, che fino al 27

marzo 2026, data entro la quale, come visto, gli Stati membri dovranno recepire la Direttiva Empowering, sarà comunque legittimo.

Sul punto, vale la pena segnalare una recente pronuncia del Tribunale di Bologna che lo scorso 6 novembre 2024 ha legittimato l’utilizzo di claim inerenti l’aspetto carbon neutral di una società chiarendo come non sia affatto vero che “*solo azioni interne positive, e non la mera compensazione dell’impatto negativo, possono rendere carbon neutral i prodotti*” di una determinata società. Nel caso di specie, infatti, i messaggi ambientali della società inserzionista erano volti a specificare che l’obiettivo di neutralità carbonica sarebbe stata raggiunta tramite la compensazione dei crediti di carbonio. Non solo. L’intera campagna comunicativa era altresì corredata di ulteriori elementi probatori quali una relazione di impatto con obiettivi ed azioni specifiche già poste in essere o ancora da intraprendere ed indicazione analitica dell’impronta di Co2 di singoli prodotti.

Insomma, anche la comunicazione di neutralità carbonica, se svolta in modo preciso e corretto, non deve essere demonizzata e potrebbe permettere al consumatore di effettuare una scelta di acquisto ancor più consapevole a livello di impatto ambientale.

In aggiunta alle considerazioni svolte, pensiamo sia utile dare atto anche di una normativa tecnica applicabile ai claim di neutralità carbonica, vale a dire la norma tecnica ISO 4068 emanata il 23 novembre 2023 che, per quanto di applicazione volontaria e dunque destinata a soccombere nei confronti di una eventuale normativa di recepimento nazionale, rappresenta comunque un interessante riferimento per la legittimazione, validazione e verifica dei claim di neutralità carbonica.

La ISO 14068 intitolata “*Climate change management – Transition to net zero: Carbon Neutrality*” fornisce principi,

requisiti e linee guida per il raggiungimento e la dimostrazione della neutralità carbonica, definita come ogni *asserzione pubblica diffusa da una persona fisica o giuridica relativa allo stato di neutralità carbonica di un’organizzazione o di un prodotto, calcolato in un determinato periodo di tempo applicando il c.d. approccio gerarchico*.

Tale approccio gerarchico si traduce nel fatto che la ISO ammette il ricorso alla compensazione delle emissioni ma solo in via residuale rispetto alla preventiva adozione ed implementazione di altre misure di riduzione delle stesse.

In particolare, lo stato di neutralità carbonica può essere raggiunto esclusivamente mediante: (i) azioni di riduzione delle emissioni di gas serra (*GHG emission reductions*), (ii) azioni di potenziamento della rimozione delle emissioni (*GHG removal enhancements*) e – solo in via residuale – (iii) azioni di compensazione delle emissioni residue mediante l’acquisizione di crediti di carbonio (*offsetting by retiring carbon credits*).

Non solo. La ISO 14068, nel tentativo di evitare che i crediti di carbonio diventino specchio per le allodole o vuote promesse stabilisce una serie di requisiti estremamente stringenti che devono essere rispettati, quali, ad esempio, che i crediti di carbonio debbano essere stati emessi da massimo 5 anni rispetto all’inizio del bilancio di esercizio per cui è dichiarata la neutralità carbonica e “cancellati” dal relativo registro entro 12 mesi dalla fine del periodo di riferimento), nonché alcune misure di *compliance* che i soggetti dichiaranti devono adottare prima di veicolare i *claim* di *carbon neutrality* (quali, ad esempio, la predisposizione e pubblicazione di un carbon neutrality report contenente una serie di informazioni illustrative).

Se il fine dichiarato della Direttiva Empowering è quello di evitare il *greenwashing*, ci pare

che l’impianto ipotizzato nella ISO possa effettivamente funzionare, quantomeno in via teorica, come forma di garanzia circa la bontà dell’iniziativa oggetto di regolamentazione.

D’altro canto è anche vero che lo stesso impianto della ISO considera il *claim* di neutralità/compensazione carbonica come *extrema ratio* e solo quale eventuale punto di arrivo di un progetto articolato di riduzione delle emissioni. Così relegandolo a soluzione residuale.

Non possiamo che restare a vedere come la normativa comunitaria verrà implementata e quali saranno gli effetti pratici sugli inserzionisti: l’impressione è che, quantomeno in una prima fase, i *claim* di neutralità carbonica subiranno una brusca battuta d’arresto.

Arturo Leone,
Federica Furlan
e Rachele Macor

