



PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI  
DIPARTIMENTO POLITICHE EUROPEE  
*Servizio Informative parlamentari e Corte di Giustizia UE*

Presidenza del Consiglio dei Ministri  
DPE 0006590 P-4.22.1  
del 31/05/2016



Camera dei Deputati  
Ufficio Rapporti con l'Unione Europea

Senato della Repubblica  
Ufficio dei rapporti con le istituzioni  
dell'Unione Europea

e p.c.

Ministero della Giustizia  
Nucleo di valutazione degli atti UE

Ministero dello Sviluppo economico  
Nucleo di valutazione degli atti UE

Presidenza del Consiglio dei Ministri  
Dipartimento Politiche Europee  
- Ufficio per il mercato interno e la  
concorrenza

Ministero degli Affari Esteri e della  
cooperazione internazionale  
Nucleo di valutazione degli atti UE

**OGGETTO: Trasmissione, ai sensi dell'art. 7 della legge 24 dicembre 2012 n. 234, dei seguiti dati dal Governo agli atti di indirizzo del Parlamento - Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale. COM (2015) 634.**

Si trasmette, ai sensi dell'art. 7 della legge 24 dicembre 2012 n. 234, la nota con la quale il Ministero della Giustizia comunica i seguiti dati all'atto d'indirizzo nr. 107 che la 10<sup>a</sup> e 14<sup>a</sup> Commissione del Senato hanno adottato in data 17 febbraio 2016, in merito al progetto di atto legislativo dell'Unione Europea di cui all'oggetto.

p. Il Capo del Dipartimento  
Cons. Diana Agosti



# Ministero della Giustizia

UFFICIO LEGISLATIVO



Prot.: 6/1/3 - 3 UL

alla Presidenza del Consiglio dei Ministri  
Dipartimento Politiche Europee  
Servizio informative parlamentari e Corte di Giustizia UE

*Servizio II – Segreteria CIAE*  
**infoattiue@governo.it**

e, p.c.

Al Capo di Gabinetto  
sede

all'Ufficio per il Coordinamento della Attività Internazionale  
(U.C.A.I.)  
sede

Oggetto: Atti di indirizzo parlamentare. Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale

**Codice del Consiglio: 15251/15**

**Codice della proposta: COM (2015) 634**

Si trasmette sintesi della posizione italiana rappresentata nelle competenti sedi europee in relazione alla proposta in oggetto.

Il Capo dell'Ufficio legislativo  
Giuseppe Santalucia





# Ministero della Giustizia

Dipartimento per gli Affari di Giustizia  
Direzione Generale della Giustizia Civile

Ufficio I

*-Affari civili internazionali-*

6/1/3-3  
D. Carletti  
21 MAR 2016

Fasc. 020.004.006-8 (15)



m\_dg.DAG.23/05/2016.0095432.U

Al sig. Capo dell'Ufficio Legislativo

E p.c. al Sig. Capo dell'UCAI

SEDE

**Oggetto:** Atti di indirizzo parlamentare. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale. COM (2015) 634;

Rif.: nota dell'Ufficio Legislativo del 10.05.2016 (prot. m\_dg LEG 10/05/2016.0005096.U);  
nota DAG del 10.05.2016 (prot.m\_dag 10/05/2016.0084637.E)

e nota dell'Ufficio Legislativo del 10.05.2016 (prot. m\_dg LEG 10/05/2016.0005095.U);  
nota DAG del 10.05.2016 (prot.m\_dag 10/05/2016.0084644.E)

Trasmetto sintesi della posizione italiana rappresentata nelle competenti sedi europee in relazione alla proposta di cui in oggetto, la quale – salvo Vostro diverso avviso – sarà sviluppata nel prosieguo del negoziato, previa integrazione con Vostre eventuali indicazioni.

Il magistrato addetto  
Roberta Bardelle



m\_dg.LEG.23/05/2016.



# Ministero della Giustizia

Dipartimento per gli Affari di Giustizia  
Direzione Generale della Giustizia Civile  
Ufficio I  
-Affari civili internazionali-  
Via Arenula 70, 00186, Roma - Italia

**Posizione italiana preliminare in merito alla proposta di direttiva relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale**

## **1. Considerazioni generali anche in merito alle relazioni con la proposta parallela relativa alla vendita on line di beni tangibili**

Preliminarmente manifestiamo una posizione di generale favore all'adozione di questa direttiva, che si pone come seguito alla direttiva 2000/31 (CE) sul commercio elettronico nel mercato interno (a cui è stata data esecuzione in Italia con il Decr. Lgs. n. 70/2003), e riguarda un settore che necessita di ulteriore normazione, tenuto conto del rapido progresso della tecnologia e dei vantaggi che derivano dal prevenire i singoli Stati Membri dall'adottare diverse specifiche discipline in tema di commercio elettronico di beni o contenuti digitali; inoltre la proposta si pone su un piano di parziale, e tendenzialmente opportuno, superamento delle scelte adottate con la direttiva 99/44, mentre pare integrare quasi totalmente la direttiva 2011/83.

Ciò brevemente premesso, le preoccupazioni maggiori riguardano, *in primis*, l'alto rischio di frammentazione della disciplina che deriva dalla scelta metodologica, ormai assunta dalla Commissione, di proporre contestualmente e parallelamente due testi normativi: uno volto a disciplinare le vendite a distanza o *online* di beni tangibili, e l'altro riguardante la fornitura *online* o *face to face* di contenuti digitali, in un momento peraltro in cui il *refit* delle direttive

99/44 e 2011/83 non è ancora stato concluso. Si auspica che le nuove norme si allineino il più possibile alla normativa europea esistente in tema di vendita ai consumatori.

Appare invero presumibile che le difficoltà derivanti dall'individuare con esattezza ciò che rientra nel contenuto digitale (si pensi ai numerosissimi beni in cui il contenuto digitale è integrato su un supporto materiale), si ripercuoteranno in sede interpretativa tanto fra gli attori del mercato quanto in sede giudiziale, minando quella fiducia dei consumatori che risulta il prioritario obiettivo della Commissione.

Inoltre, le due proposte disciplinano in modo simile istituti analoghi (conformità, rimedi, carattere imperativo, onere della prova, diritto di regresso), con alcune differenze specifiche che potrebbero creare un quadro complessivo confuso, soprattutto laddove non è chiaro se il bene "integrato" di contenuto digitale soggiace all'una o all'altra disciplina o, peggio ancora, laddove accada che – poiché è prevista una scissione dei rimedi a seconda del contenuto tangibile o digitale (art. 3 par. 6 proposta sul contenuto digitale) – vi sia una sovrapposizione di rimedi con diversi regimi dell'onere della prova o un diverso contenuto (ripristinatorio o risarcitorio).

Più specificatamente, non sono chiare le ragioni in base alle quali le due proposte hanno un diverso regime dell' "imperatività delle norme" (*mandatory nature*): non appare coerente la scelta di prevedere la "non vincolatività per il consumatore" di clausole contrattuali che limitino l'operatività delle norme di cui alla proposta sul contenuto digitale, mentre nella proposta sulle vendite a distanza di beni tangibili si consente alle parti di derogare pattiziamente alcune norme che riguardano i requisiti di conformità.

Ad ogni modo, si è accolta con favore la scelta della Presidenza Olandese di procedere all'esame dettagliato della proposta sui contenuti digitali, sospendendo provvisoriamente la discussione su quella relativa alla vendita a distanza di beni tangibili, in attesa del completamento del *refit* della direttiva 99/44 e nella prospettiva di una revisione della direttiva 2011/83.

**Si precisa che, allo stato, la posizione italiana non è ancora definitiva, essendo ancora in corso il coordinamento al Tavolo tecnico di presso il Dipartimento Politiche Europee e la riflessione del gruppo di lavoro *ad hoc* nominato dal Ministero della Giustizia italiano.**

E' tuttavia possibile in questa sede indicare brevemente gli aspetti specifici di ciascun articolo che risultano problematici e necessitano di approfondimenti o, auspicabilmente, di diverse formulazioni del testo normativo.

## 2. Esame della proposta articolo per articolo

### Articolo 1

- *Risulta poco chiaro il risultato interpretativo che deriva dal combinato disposto fra l'art. 1, l'art. 3.9, l'art. 4 e l'art. 14*

L'art. 1 definisce l'oggetto della presente direttiva, nel quale rientrano "i rimedi" in caso di non conformità e "le modalità di esercizio degli stessi".

Dal combinato disposto fra gli artt. 1 e 4 deriva che gli Stati membri non possono adottare discipline "diverse" nei settori oggetto di direttiva, fra i quali rientrano appunto i "rimedi" (art. 1) e "le modalità di esercizio degli stessi".

La proposta prevede un solo tipo di rimedio risarcitorio: il danno economico all'ambiente digitale (art. 2.1.5; art. 14) inoltre si specifica, sia nei considerando 10 e 44, che nell'art. 14 co. 2, che agli Stati Membri rimane la libertà di stabilire le sole norme "sulle *condizioni di esercizio del diritto*".

Ne deriva che:

- Manca una chiara norma testuale che lasci agli Stati Membri la possibilità di prevedere discipline specifiche sul *contenuto* di altri danni risarcibili (danno analogico, danno patrimoniale ulteriore, danno non patrimoniale), non essendo chiaro il limite dell'*armonizzazione massima*, che invece parrebbe includere tutti i rimedi e le relative modalità di esercizio;
- Risulta incoerente l'inclusione delle "modalità di esercizio dei rimedi" nella regola dell'*armonizzazione massima* (artt.1 e 4), per poi lasciarla in alcuni campi alle scelte nazionali (art. 14.2);
- La previsione dell'art. 3.9 consente agli Stati Membri libertà nel disciplinare "le conseguenze della risoluzione del contratto", ma nel termine "*consequences*" sono inclusi anche i "rimedi", con possibile frustrazione dello scopo dell'*armonizzazione massima* nell'ambito dei "rimedi".

Proposte migliorative:

1. Stralcio dell'art. 14 e dell'art. 2.1.5;
2. In subordine: inserimento nell'art. 1, dopo l'inciso "modalità di esercizio degli stessi", di ulteriore inciso "salvo quanto previsto dall'art. 14" e nell'art. 14 di un par. 3 dal seguente tenore "La presente direttiva non pregiudica le ulteriori disposizioni normative nazionali in materia di diritto al risarcimento del danno"; inserimento anche nell'art. 3.9, alla fine, dopo la parola "contract" (ultima riga della versione inglese) "e il diritto al risarcimento del danno, salvo quanto previsto dall'art. 14".

## Articolo 2

- *Problematico il rapporto fra la nozione di contenuto digitale di cui alla presente proposta e quello della CRD;*

Desta perplessità la scelta di ampliare il concetto di contenuto digitale, rispetto a quello della direttiva 2011/83, senza prevedere che quanto previsto in quella direttiva (sostanzialmente obblighi informativi precontrattuali e diritto di ripensamento) si estenda a tutti i contenuti digitali, anche quelli di nuovo conio (lettere b) e c)) e non originariamente previsti: in questo modo si disciplinano diversamente beni analoghi senza nessuna *ratio* giustificatrice e con il rischio di generare interpretazioni scorrette. Si comprende la necessità di creare norme a prova di futuro, pertanto non si sostiene l'abolizione delle lett. b) e c), bensì si invita alla riflessione in ordine alla creazione di un meccanismo normativo per cui vi sia un'estensione della CRD anche ai contenuti digitali di cui alle lettere b) e c). Trattandosi di direttiva, non si ravvisano limiti di tecnica legislativa, in quanto gli Stati Membri dovranno comunque intervenire e modificare la normativa nazionale già esistente.

- *Il concetto di supporto durevole andrebbe specificato nella sua relazione con l'art. 15.1. lett.b:*

La definizione di "supporto durevole" appare adeguata (peraltro identica nella CRD) ove limitata al *mezzo di supporto dei contenuti digitali*; poiché è stata estesa alle "comunicazioni" fra consumatore e fornitore, si ritiene che, ove non si ritenga di modificare l'15.1. lett.b rendendolo più chiaro a tutela del consumatore, almeno in questa sede vada specificata l'inclusione dell'*email*.

- *Necessario includere in quest'articolo anche definizioni di "dati personali" e "altri dati";*

Trattandosi di definizioni molto importanti, si ritiene che debba essere qui individuata una nozione espressa di tali concetti, anche eventualmente tramite un rinvio testuale al Regolamento *data protection*.

Quanto agli “altri dati”, sarebbe opportuna una definizione chiara, pur se comunque ampia, con l’individuazione di esempi e di specifiche esclusioni, onde consentire una presa di posizione più specifica.

In linea generale, comunque, fermi i rilievi di cui sopra, esprimiamo una posizione di favore all’inclusione di tali controprestazioni non pecuniarie nel campo di applicazione della direttiva (tenuto conto anche del fatto che l’articolo 2, comma 1, lettera e), numero 2) della recente proposta di Regolamento UE sulla portabilità transfrontaliera dei contenuti digitali<sup>1</sup> estende appunto il regime della portabilità transfrontaliera ai servizi di contenuti online forniti “*senza esigere il pagamento di un corrispettivo in denaro*”).

### Articolo 3

- Art. 3 (1) concetti problematici: “*attivamente*” e “*dati personali o di qualsiasi altro dato*”;

E’ ancora in corso a livello nazionale la riflessione circa l’inclusione nell’oggetto della direttiva di controprestazioni diverse dal danaro, sotto forma di dati personali o altri dati. La mancata previsione di specifiche definizioni rende più incerta una presa di posizione netta al momento attuale.

- Art. 3 (3) concetto problematico: “*supporto durevole*”; preferibile lo stralcio di questa disposizione.

Non è ancora chiaro se la norma si riferisca ai “*durable medium*” o piuttosto ai “*tangible medium*”; solo con riferimento ai secondi avrebbe senso escludere l’applicazione degli artt. 5 e 11; ad ogni buon conto, si ritiene preferibile prevedere che la presente proposta non si applichi ai supporti tangibili utilizzati esclusivamente come vettore di contenuto digitale, qualora il consumatore riscontri un difetto del solo supporto, dovendo in tal caso trovare applicazione le regole generali in materia di garanzie per la vendita di beni tangibili al fine di

---

<sup>1</sup> COM(2015) 627 final, adottato il 9 dicembre 2015.

evitare un'immotivata estensione di rimedi e tutele immaginate per i soli contenuti immateriali.

- Art. 3 (4): tutta la formulazione del paragrafo appare suscettibile di miglioramento; a nostro avviso questo paragrafo potrebbe prestarsi ad abusi finalizzati a ridurre l'ambito di applicazione della direttiva, essendo poco netto il confine fra i dati forniti come controprestazione e quelli forniti ai fini della mera esecuzione del contratto. Il consumatore può non capire quando i suoi dati sono oggetto di controprestazione e quando la fornitura degli stessi dati "è *strettamente necessaria ai fini dell'esecuzione del contratto o per rispetto di obblighi di legge*"; forse si potrebbe includere in inciso che preveda che quando la fornitura dei dati personali è necessaria ai fini dell'esecuzione del contratto o per rispetto di obblighi di legge ciò deve essere reso noto al consumatore mediante uno specifico *alert* da flaggarre o specifica previsione nel contratto. Ci chiediamo come il consumatore possa sapere che i suoi dati non vengono usati in modo *incompatibile* con le finalità dell'esecuzione del contratto o per rispetto di obblighi di legge; al riguardo, se è implicito un riferimento al regolamento *data protection*, potrebbe essere utile un richiamo testuale.

Inoltre ci pare problematico che, ai sensi di questo art. 3 par. 4, questa direttiva trovi applicazione a seconda dell'uso dei dati fatto dal fornitore, condizionando quindi l'operatività degli *standards di conformity*, della tutela e dei rimedi applicabili ad un fatto successivo alla conclusione del contratto e dipendente dal comportamento del fornitore (quasi a fini sanzionatori).

- Art. 3 (5): la lettera e) "*servizi finanziari*" è termine richiede migliorli specificazioni;
- Art. 3 (7): la norma appare inutile, non esistendo al momento attuale atti dell'Unione che siano in conflitto con la presente proposta di direttiva. Saranno semmai gli atti normativi futuri a porsi problemi di interferenza con la presente proposta e a doverli risolverle in termini di prevalenza o meno. Si propone, quindi, lo stralcio di questo paragrafo.
- Art. 3 (8): questo paragrafo appare troppo generico; le relazioni fra questa proposta di direttiva ed il futuro regolamento *data protection* vanno sicuramente approfondite meglio (ipotesi di revoca del consenso al trattamento dei dati personali; relazione fra fornitore e terzi cessionari dei dati personali dei consumatori; applicabilità alle

relazioni contrattuali della tutela ripristinatoria e risarcitoria prevista dal regolamento *data protection*).

- Art. 3 (9): si veda quanto già detto in relazione all'Articolo 1. Andrebbe poi chiarito se rimane nella facoltà degli Stati Membri la previsione di termini di prescrizione per il diritto di azione (il nostro codice del consumo, art. 132 co. 4, prevede un termine di 26 mesi; l'art. 1495 c.c. in tema di vendita prevede un termine di 12 mesi).

#### **Articolo 4**

*Esprimiamo una posizione di generale favore alla scelta di armonizzazione massima, purchè siano chiariti con precisione i confini degli istituti che ricadono all'interno di tale meccanismo.*

#### **Articolo 5**

- *L'avverbio "immediatamente" appare eccessivamente oneroso per il fornitore e rischia di non essere adeguato per tutti i diversi tipi di contenuto digitale non fornito su supporto durevole;*
- *Non ci risulta ancora ottimale la relazione fra l'art. 5 e l'art. 3.3, non essendo chiara l'esclusione dell'applicazione degli artt. 5 e 11 ai contenuti digitali forniti su supporto materiale (tangible medium)*

Ci chiediamo se è effettivamente utile e coerente l'avverbio *immediatamente*, in quanto tale termine di fatto forse espone il fornitore ad una eventuale responsabilità eccessiva in caso di mancanza di accordo espresso; inoltre si crea un sistema incoerente rispetto alla previsione dell'articolo 18 della direttiva 2011/83/UE in materia di diritti dei consumatori, che si applica a tutte le vendite prevedendo che la consegna avvenga "*senza indebito ritardo*".

Peraltro tale norma appare funzionale ad una contrattazione telematica dei soli contenuti digitali non integrati su un supporto tangibile (esclusi DVD o CD), sollecitiamo una formulazione più chiara in tal senso.

Inoltre vediamo poca coerenza con l'altra proposta, sulle vendite *on line* e a distanza di beni tangibili, ove non sembra essere previsto nulla sui tempi di consegna.

Ci chiediamo quale sia il rimedio in caso di ritardo rispetto ad una fornitura non immediata e se, in tal caso, si configuri subito un diritto alla risoluzione (art. 10 lett. a) e art. 11).

Quanto alla seconda frase (“*la fornitura si considera avvenuta quando il contenuto digitale è fornito al consumatore*”), ci pare un inciso tautologico e, quindi, inutile.

#### **Articolo 6**

- *Tendenziale favore per lo schema adottato (criteri soggettivi e. in mancanza, criteri oggettivi);*
- *Richiesta di migliore formulazione del par. 2 al fine di ottenere maggior coerenza con la previsione di cui all'art. 2.1 lett. d) della direttiva 99/44 e, quindi, migliore tutela del consumatore;*

In prima battuta si è condivisa l'impostazione scelta dalla Commissione di privilegiare i criteri soggettivi, tenuto conto del futuro ed imprevedibile sviluppo dei contenuti digitali, per poi – in mancanza – dar spazio a criteri oggettivi.

In seguito all'approfondimento della tematica avvenuto in sede al *working group* ed in ambito nazionale con le altre Amministrazioni interessate (in modo particolare l'Antitrust), ci si è orientati su una soluzione di compromesso che integri i piani – soggettivo ed oggettivo –, in linea con quanto già avvenuto all'art. 2 della direttiva 99/44, auspicando un approccio più coerente rispetto alle formulazioni individuate in passato (art. 2.1.c dir. 99/44 “idonei all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo” e lett. d “presentino le qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi”), onde uniformare le tutele (contratti di vendita e forniture di contenuti digitali) e temperare il carattere soggettivo dei parametri principali.

Risulta poi necessario chiarire nel testo se i criteri di cui al par. 2 lett. c) – i, ii, iii, siano alternativi o cumulativi.

#### **Articolo 9**

- *Preferibile l'inserimento di un termine di durata dell'inversione dell'onere della prova, in linea con l'art. 5.3 della dir. 99/44*
- *Allo stato si ritiene problematica anche la mancanza di un onere di notifica/tempestiva denuncia a carico del consumatore (in quanto difforme dalle previsioni dell'art. 132, par. 2 del codice del consumo italiano);*

Art. 9(1) Esprimiamo anche per quest'articolo una posizione preliminare in fase di approfondimento: risulta problematica la previsione di una presunzione *sine die* di non conformità del contenuto digitale, essendo posto a carico del fornitore, totalmente e senza

limiti di tempo, l'onere della prova circa la conformità del contenuto digitale al momento di conclusione del contratto, fermi i termini di prescrizione ordinari previsti a livello nazionale; inoltre, servirebbe l'individuazione di un termine di durata temporale della responsabilità del fornitore e, quindi, della garanzia; anche la mancanza di un onere di notifica non è in linea con le attuali previsioni nazionali (art. 132 par. 2 cod. cons). Sarebbe peraltro auspicabile un sistema nel complesso coerente anche con le altre tipologie di vendite. Abbiamo poi delle perplessità sul fatto che l'inversione dell'onere della prova è limitata al solo inadempimento che riguarda la *conformity* e non anche gli altri obblighi contrattuali (ad es. il ritardo).

Art. 9(2): abbiamo dei dubbi che quanto previsto funzioni nel complesso dell'equilibrio dei rapporti fra le parti; infatti, per elidere l'inversione dell'onere della prova (e quindi porlo a carico al consumatore) si onera il fornitore di dimostrare che l'ambiente digitale del consumatore non è adeguato: ciò non sembra rispettare il principio di prossimità della prova (si tratta di una prova "lontana" dal fornitore) e, in pratica, risulterà più agevole e più conveniente sul piano processuale per il fornitore dimostrare la *conformity* di cui all'art. 6 (perché più "vicina" a lui), con l'effetto di un immediato esonero di responsabilità, che non dimostrare la mancanza di requisiti di interoperabilità del sistema del consumatore (a lui meno prossima), al solo e limitato fine di invertire nuovamente l'onere della prova (e non di immediato esonero della responsabilità).

In altre parole dal punto di vista pratico sarà difficile e poco conveniente per il fornitore scegliere questa strada.

Art. 9(3): Dal lato del consumatore si prevede che una generica "mancata collaborazione del consumatore" vale ad escludere la responsabilità del fornitore, con il rischio che tale esclusione operi anche in caso di parziale, ma giustificata, collaborazione, rimanendo comunque incerto e discrezionale il giudizio circa la sussistenza di una non collaborazione effettivamente colpevole. Non è poi agevole determinare quando il consumatore non sarà più in tempo per collaborare e subirà quindi l'inversione dell'onere della prova.

Come già evidenziato sub Articolo 3(9), andrebbe poi chiarito se rimane nella facoltà degli Stati Membri prevedere termini di prescrizione per il diritto di azione (il nostro codice del consumo, art. 132 co. 4, prevede un termine di 26 mesi; l'art. 1495 c.c. in tema di vendita prevede un termine di 12 mesi).

Quanto alla mancanza di un onere di notifica/tempestiva denuncia a carico del consumatore, si ritiene opportuno attendere l'esito del *refit* della direttiva 99/44 per definire la posizione su

questo punto, essendo importante perseguire la massima coerenza nell'intero sistema della contrattualistica transfrontaliera.

#### **Articolo 10**

- *Auspicabile l'introduzione di un termine per la durata della responsabilità/garanzia*

Riteniamo utile l'introduzione di un termine di durata della garanzia, questo anche per non creare diverse discipline per i contenuti digitali forniti su supporto durevole e gli altri beni tangibili; ci chiediamo inoltre cosa accada in ipotesi di ritardata consegna di contenuti digitali forniti su supporto durevole/tangibile, vista la mancata applicazione dell'art. 5 e dell'art. 11 (in virtù della previsione dell'art. 3 par. 3): nel caso in cui trovi applicazione l'art. 18 della CRD, riteniamo che ci dovrebbe essere un richiamo testuale specifico (eventualmente in un considerando), anche per quanto riguarda i rimedi applicabili.

La necessità di prevedere una durata della garanzia forse sarebbe opportuna anche per il caso in cui vi sia un successivo mutamento della tecnologia (oggi imprevedibile), che renda inutilizzabile il contenuto digitale: il rischio grava sul consumatore ma l'onere della prova grava *sine die* sul fornitore; forse questo potrebbe risultare troppo gravoso per il fornitore.

Ad ogni modo, ciò che appare indispensabile è che un'eventuale garanzia illimitata si limiti ai soli contenuti digitali *in senso stretto*, non allargandosi ingiustificatamente ai supporti materiali che li veicolano.

#### **Articolo 11**

Non si ravvisano particolari ragioni critiche in merito a questa disposizione, solo parrebbe utile temperare il rigore inserendo una formulazione analoga a quella di cui all'art. 18 par. 2 della direttiva 2011/83 (previsione di una diffida ad adempiere entro un termine supplementare appropriato), anche per mantenere una certa coerenza di sistema con la disciplina precedente.

#### **Articolo 12**

- *Il par. 5 crea un vuoto di tutela in caso di piccoli difetti in presenza di controprestazioni diverse dal denaro.*
- *Preferibile la formulazione del par. 5 in termini affermativi e non negativi;*

Esprimiamo un generale favore alla gerarchia dei rimedi come prevista in questa disposizione, ivi compresa l'elasticità dei tempi concessi (par. 2 "periodo di tempo ragionevole").

Andrebbe tuttavia chiarito se le lettere a) e b) del par. 3 sono alternative o cumulative.

Si segnala, inoltre, che l'esclusione del rimedio della risoluzione nel caso di difetti di conformità di minore rilievo risulta redatta in termini più ampi di quanto sia previsto dalla direttiva 99/44/CE. Infatti, l'articolo 3, comma 6, della direttiva citata dispone che "*un difetto di conformità minore non conferisce al consumatore il diritto di chiedere la risoluzione del contratto*"; per contro, l'articolo 12, comma 5, della proposta di direttiva in esame stabilisce che la risoluzione potrà essere richiesta "*solo se il difetto di conformità al contratto compromette la funzionalità, l'interoperabilità e le altre principali prestazioni...*". La diversità di formulazione potrebbe indurre ad una interpretazione restrittiva dei casi in cui il rimedio della risoluzione sia effettivamente disponibile, compromettendo l'efficace tutela delle ragioni del consumatore.

Più specificatamente, poi, quanto al par. 5 si rileva che un aspetto rimane problematico: in caso di difetti di minor entità, se vi è controprestazione non in denaro, ove il fornitore decida di non ripristinare, il consumatore non può fare nulla, non potendo avere riduzioni di prezzo – in quanto la controprestazione non è stata in denaro – e neppure ha diritto alla risoluzione del contratto (per via di questo par. 5). Pertanto, per non lasciare in questo caso il consumatore privo di tutela (e quindi costretto a tenersi un contenuto digitale con dei difetti – seppur non gravi -), il par. 5 non dovrebbe applicarsi alle controprestazioni diverse dal denaro, consentendo dunque in questi soli casi la risoluzione del contratto per difetti di lieve entità.

Quanto alla formulazione del testo, si osserva che l'ultima frase del par. 5 è espressa negativamente "*the burden of proof that the lack of conformity (...) does not impair functionality (...) shall be on the supplier*".

Poiché la prova di fatti negativi (soprattutto quella testimoniale) può risultare problematica in sede processuale, si chiede che il testo sia formulato in termini positivi (ad esempio: "*the burden of proof that digital content possesses functionality, interoperability and other main performance features notwithstanding the lack of conformity shall be on the supplier*").

### Articolo 13

- *Auspicabili migliori formulazioni dell'art. 13.2.b e dell'art. 13.2.d quanto alle modalità di "astensione",*
- *Mancata previsione di sanzioni per i casi di violazione degli obblighi conseguenti alla risoluzione;*
- *Disciplina del trattamento dei dati personali ceduti a terzi una volta avvenuta la risoluzione del contratto;*

Art. 13 (2) Quanto alla lettera a), forse sarebbe opportuno individuare le specifiche modalità attraverso le quali il consumatore verrà rimborsato.

Inoltre abbiamo dei dubbi circa il termine fissato in 14 giorni: tenuto conto dell'imprevedibile sviluppo dei contenuti digitali, sarebbe opportuno utilizzare una formulazione più ampia, eventualmente simile a quella contenuta nell'art. 18(3) della CRD ("*without undue delay*").

Desta poi perplessità la formulazione del par 2 lett. b): l'inciso "adotta tutte le misure in suo potere per astenersi" sembra inutilmente contorto, restando difficilmente determinabile il momento in cui dovrebbe non essere più possibile l'utilizzo dei dati da parte del fornitore, divenendo quindi illecito il relativo trattamento (con le conseguenze dell'art. 77 del regolamento *data protection*); "si astiene" sembra molto più lineare e tutelante (come peraltro usato nell'art. 15 par. 2 lett. b). Ciò garantirebbe maggiore tutela quanto al rispetto del principio - espresso nel considerando 13 - delle "condizioni di parità" fra le diverse tipologie di controprestazioni. Il considerando 37 chiarisce il significato di "adotta tutte le misure in suo potere per astenersi", ma sarebbe meglio inserire le specificazioni nel testo dell'articolo. Il riferimento ivi alla direttiva 55/46 andrebbe sostituito o con un riferimento al regolamento *data protection*, o con altra dizione più generica (si auspica coerenza con l'art. 3 par. 8).

Forse sarebbe meglio imporre al fornitore un onere di cancellazione dei dati del consumatore che ha risolto il contratto (come la lett. d ha posto a carico del consumatore).

Mancando le sanzioni per il caso in cui, dopo la comunicata risoluzione del contratto, il consumatore continui ad utilizzare il contenuto digitale, ovvero il fornitore continui ad utilizzare i dati forniti dal consumatore, si ritiene vi sia spazio per delle previsioni nazionali in tal senso, anche in virtù di quanto previsto dall'art. 3(9).

Quanto alla lett. c) ci chiediamo cosa accada se i contenuti sono stati ceduti a terzi: è possibile e consentito che il consumatore li recuperi gratuitamente anche presso terzi? Andrebbe poi chiarito il rapporto fra questa normativa ed il regolamento *data protection*: sarebbe opportuno che fosse espresso nel testo che al fornitore si estendono le previsioni dell'art. 17, par 2, del regolamento *data protection* (“*Where the controller has made the personal data public and is obliged pursuant to paragraph 1 to erase the personal data, the controller, taking account of available technology and the cost of implementation, shall take reasonable steps, including technical measures, to inform controllers which are processing the personal data that the data subject has requested the erasure by such controllers of any links to, or copy or replication of, those personal data*”).

Quanto alla lettera e), riteniamo che l'inciso “*durable medium*” dovrebbe essere sostituito con “*tangible medium*”.

#### **Articolo 14**

Si richiamano tutte le osservazioni già espresse sub Articolo 1.

Inoltre si osserva che la formulazione dell'art. 14 risulta problematica anche con riferimento al contenuto dell'art. 19: quest'ultima norma prevede “non vincolatività” solo per clausole contrattuali *in peius* rispetto alla normativa della direttiva e pertanto, poiché sotto il profilo risarcitorio quanto previsto dall'art. 14 è veramente minimale, potrebbero incentivarsi prassi contrattuali che limitano il risarcimento a quanto previsto dall'art. 14 stesso, escludendo ogni altro danno (ove tale limitazione non sia vietata dalle legislazioni nazionali degli Stati Membri), in quanto sarebbero previsioni giammai deteriori rispetto a tale norma.

Ci chiediamo poi come si raccorda l'art. 14 con l'art. 82 del regolamento *data protection* (“*Right to compensation and liability*”); le protezioni ci sembrano cumulative, e quindi sarebbe opportuno che art. 17 contenesse clausola di salvaguardia del tipo “fatta in ogni caso salva l'applicazione dell'art. 82 del regolamento *data protection*”.

Inoltre andrebbe chiarito – anche nel testo o in un considerando - se l'art. 82 del regolamento *data protection* sia o no derogabile contrattualmente; ciò non dovrebbe essere in quanto si tratta di disposizione che tutela diritti fondamentali (art. 7 e 8 della Carta di Nizza) e non disponibili.

#### **Articolo 15**

- *Alcune criticità nella formulazione*

1. Par.1 lett. b): abbiamo dei dubbi sull'utilizzo del concetto di *supporto durevole* per le *comunicazioni*, essendo più appropriato per i mezzi di raccolta dei contenuti digitali in senso ampio; si propone di inscrivere una formulazione simile a quanto previsto nell'art. 25 par.2 del Regolamento Bruxelles 1 *recast* ove si è fatto riferimento a qualsiasi modalità di comunicazione "che permetta una registrazione durevole"; il risultato poi coincide con il significato di *supporto durevole* espresso nell'art. 2.11.  
La nostra preoccupazione, infatti, è che il consumatore non comprenda che nel concetto di *supporto durevole* è compresa l'email o l'invio di una raccomandata in forma cartacea.
2. Come già evidenziato per l'art. 13, mancano le sanzioni per il caso in cui, dopo la comunicata risoluzione del contratto, il consumatore continui ad utilizzare il contenuto digitale, ovvero il fornitore continui ad utilizzare i dati forniti dal consumatore; pertanto si ritiene vi sia spazio per delle previsioni nazionali sul punto.
3. Andrebbe poi chiarito meglio il rapporto fra questa direttiva e la normativa sul recesso contenuta nella CRD, in particolare:
  - se gli artt. da 9 a 16 della CRD (*right of withdrawal*) si applicano a tutte le forniture di contenuto digitale;
  - e se gli obblighi informativi di cui all'art. 5.1.f, 6.1.o e 8.4 della CRD valgano anche per il diritto di recesso previsto dagli artt. 15 e 16 di questa proposta.
4. Inoltre, come condivisibilmente rilevato dall'Antitrust italiana, la norma si pone in contrasto con l'allegato 1, lettera j) della Direttiva 93/13/CEE, che indica tra le clausole potenzialmente abusive quelle che abbiano l'effetto di "*autorizzare il professionista a modificare unilateralmente le condizioni del contratto senza valido motivo specificato nel contratto stesso*"<sup>2</sup>. Si propone, pertanto, di richiedere la modifica dell'articolo 15, precisando che l'esercizio dello *jus variandi* debba essere subordinato, tra l'altro, all'occorrenza di un giustificato motivo specificato nel contratto stesso.

## Articolo 16

*Chiediamo un allineamento delle seguenti norme:*

1. l'art.16 par. 4 lett. a) e l' art. 15 par. 2 lett. b) ("adotta tutte le misure in suo potere per astenersi" e "si astiene");

---

<sup>2</sup> Poiché in questi casi si verte in materia di contratti di durata **determinata**, non può evidentemente operare l'esclusione di cui al paragrafo 2, lettera b), secondo capoverso del medesimo allegato.

2. e l' art. 16 par. 4 lett. a) e l' art. 13 par. 2 lett. b) ("ad eccezione dei contenuti generati congiuntamente dal consumatore e altre persone che continuano ad avvalersene");

#### **Articolo 17**

Non si ravvisano, allo stato, particolari ragioni critiche in merito a questa disposizione, del tutto coincidente con l'art. 4 della direttiva 99/44.

Sarebbe opportuno chiarire in un *considerando* i seguenti aspetti:

1. che a questa disposizione non si applica la regola dell'armonizzazione massima di cui all'art. 4, in quanto il divieto di prevedere a livello nazionale tutele diverse da quelle previste da questa proposta di direttiva si limita alle disposizioni che riguardano il *consumatore* e non anche quelle poste a tutela del *fornitore*; da ciò deriva la possibilità di mantenere disposizioni nazionali che consentono la rinuncia al diritto di regresso o la deroga contrattuale allo stesso;
2. che a questa disposizione non si applica la *mandatory nature* di cui all'art. 19.

---

#### **Spunti linguistici per il miglioramento della versione italiana della proposta**

1. **art. 6, par. 2, terza riga:** "shall be fit for": anziché "soddisfa" si propone "deve soddisfare";
2. **art. 11, seconda riga:** "terminate": anziché "recedere" si propone "risolvere";
3. **art. 12 par. 1, ultima parola:** "unlawful": anziché "illegale" si propone "illecito";
4. **art. 12 par. 3, terza riga:** "terminate": anziché "recedere" si propone "risolvere";
5. **art. 12 par. 3, lett. (a):** "unlawful": anziché "illegale" si propone "illecito";
6. **art. 12 par. 5:** "terminate": anziché "recedere" si propone "risolvere";
7. **art. 13 par. 2:** "terminates": anziché "recede" si propone "risolve";
8. **art. 13 par. 5:** "terminate": anziché "recedere" si propone "risolvere";
9. **art. 13 par. 6:** "terminates": anziché "recede" si propone "risolve";
10. **art. 15 par. 1 lett. (d)** "termination": anziché "risoluzione" si propone "recesso";

11. **art. 16 par. 2:** “termination”: anziché “risoluzione” si propone “recesso”;
12. **art. 16 par. 3:** “termination”: anziché “risoluzione” si propone “recesso”;
13. **art. 16 par. 5:** “termination”: anziché “risoluzione” si propone “recesso”;

Il magistrato addetto all'ufficio  
*Roberta Bardelle*

