

Bruxelles, 1^o dicembre 2016
(OR. en)

14827/16

**Fascicolo interistituzionale:
2015/0287 (COD)**

**JUSTCIV 309
CONSOM 289
DIGIT 139
AUDIO 130
DAPIX 213
DATAPROTECT 102
CODEC 1734**

NOTA

Origine:	presidenza
Destinatario:	Consiglio
n. doc. prec.:	9768/16,10231/16
n. doc. Comm.:	15251/15
Oggetto:	Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale (prima lettura) - Dibattito orientativo

I. Introduzione

1. Il 9 dicembre 2015 la Commissione ha adottato due proposte di direttive riguardanti il diritto contrattuale: una proposta di direttiva relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale ("direttiva sulla fornitura di contenuto digitale")¹ e una proposta di direttiva relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita online e di altri tipi di vendita a distanza di beni ("direttiva sulla vendita online di beni")².

¹ Doc. 15251/15 JUSTCIV 290 CONSOM 220 DIGIT 116 AUDIO 40 CODEC 1731 + ADD 1 + ADD 2.

² Doc. 15252/15 JUSTCIV 291 CONSOM 221 CODEC 1733 + ADD 1 + ADD 2.

2. Nella riunione del 9 e 10 giugno 2016 il Consiglio "Giustizia e affari interni" ha tenuto un dibattito orientativo sulla proposta di direttiva sulla fornitura di contenuto digitale e i ministri hanno raggiunto un accordo su vari principi di base e approvato una serie di orientamenti politici per i lavori in corso a livello tecnico sul progetto di direttiva³.
3. La proposta di direttiva sulla fornitura di contenuto digitale fa parte della strategia per il mercato unico digitale in Europa⁴. La presidenza slovacca considera pertanto altamente prioritari i negoziati sulla presente proposta.
4. Sulla base degli orientamenti politici approvati dal Consiglio nel giugno 2016 e di un testo della proposta riveduto congiuntamente dalla presidenza dei Paesi Bassi e da quella slovacca, durante un intenso programma di riunioni (12 giorni di riunione) il gruppo per le questioni di diritto civile (diritto contrattuale) del Consiglio ha tenuto deliberazioni approfondite in merito alle singole disposizioni e ai concetti di base della direttiva sulla fornitura di contenuto digitale, nonché per quanto riguarda il suo rapporto con altre normative settoriali e orizzontali.
5. Le discussioni sono state molto costruttive e si sono compiuti buoni progressi su vari aspetti tecnici. Tuttavia, vista la complessità della proposta e l'interrelazione tra di essa e le altre normative, le discussioni hanno anche fatto emergere una serie di questioni supplementari che richiedono un ulteriore esame a livello tecnico.
6. La presidenza ha individuato tre questioni strategiche che, in questa fase, trarrebbero beneficio da un orientamento a livello politico. Al fine di preparare la strada per ulteriori progressi sostanziali riguardo alla proposta di direttiva sulla fornitura di contenuto digitale, la presidenza desidera sottoporre i tre quesiti seguenti per il dibattito orientativo in sede di Consiglio.

³ 9768/16 JUSTCIV 160 CONSOM 137 DIGIT 67 AUDIO 76 CODEC 809.

⁴ 8672/15 COMPET 185 TELECOM 109 AUDIO 11 DIGIT 32 RECH 107
MI 291 PI 32 IND 72 ECOFIN 308 ENER 139 DATAPROTECT 70 CYBER 31 JUSTCIV
101 E-JUSTICE 56 CULT 29 EDUC 122.

II. Quesiti per il dibattito orientativo

Si invita il Consiglio "Giustizia e affari interni", nella sessione dell'8 e 9 dicembre, a tenere un dibattito orientativo sui seguenti quesiti, tenendo conto delle informazioni di base che figurano nell'allegato della presente nota:

- 1) Su quale delle due opzioni riguardanti il "contenuto digitale incorporato" dovrebbero basarsi i lavori futuri?**
 - **Opzione A:** applicare le "norme sui beni" anche al contenuto digitale incorporato
 - **Opzione B:** applicare, attraverso una presunzione relativa, le "norme sul contenuto digitale" anche ai beni materiali

- 2) Ai sensi della proposta di direttiva sulla fornitura di contenuto digitale, è opportuno considerare gli "altri dati" (dati diversi da quelli personali) quali possibili controprestazioni?**

- 3) Per quanto concerne la conformità del contenuto digitale, concordate con il diverso approccio relativo all'equilibrio tra criteri di conformità soggettivi e oggettivi descritto alla sezione C, punto 33, dell'allegato della presente nota?**

A. Quali norme dovrebbero essere applicate al "contenuto digitale incorporato"?

1. Contesto

1. Sempre più prodotti (beni) includono un contenuto digitale incorporato. Vi è una grande varietà di prodotti e varia anche la misura in cui il contenuto digitale contribuisce al loro funzionamento (semplici elettrodomestici, l'"Internet degli oggetti", "beni intelligenti", "dispositivi indossabili", "automobili intelligenti", "case intelligenti", ecc.).
2. La gamma si estende dagli elettrodomestici (ad esempio le lavatrici, in cui il contenuto digitale controlla sostanzialmente "solo" la funzione primaria dell'oggetto - nel caso delle lavatrici l'avvio del ciclo di lavaggio) ai beni dotati di applicazioni supplementari che li rendono "prodotti intelligenti" (ad esempio un frigorifero intelligente che, oltre a raffreddare ciò che contiene, controlla le scorte ed elabora una lista della spesa o addirittura ordina gli acquisti). Tali prodotti comprendono anche beni in cui il contenuto digitale può essere considerato predominante rispetto alla componente materiale del prodotto (ad esempio un dispositivo per la "casa intelligente" che controlla il riscaldamento, l'aria condizionata, ecc.).
3. Pertanto, la questione se, in caso di difetto, sarebbe più opportuno che tali prodotti fossero soggetti alle norme/ai rimedi elaborati per la vendita di beni ovvero alle norme/ai rimedi elaborati per la fornitura di contenuto digitale costituisce un aspetto cruciale per la creazione di un regime di regolamentazione che corrisponda alla realtà tecnica, sia adattabile alle esigenze future e consenta un'applicazione pratica semplice e, se del caso, flessibile.
4. Secondo la proposta della Commissione, la direttiva sulla fornitura di contenuto digitale ("norme sul contenuto digitale") *non* dovrebbe applicarsi al "contenuto digitale che è incorporato nei prodotti in modo tale da esserne parte integrante e le cui funzioni sono subordinate alle principali funzionalità di tali prodotti"⁵. Ciò significa che a tale contenuto digitale incorporato nei prodotti andrebbero applicate le norme sulla vendita di beni ("norme sui beni").

⁵ Cfr. il considerando 11 della proposta della Commissione.

5. In questo contesto, l'espressione "norme sui beni" si riferisce alle norme di cui alla direttiva 1999/44/CE sulla vendita e sulle garanzie dei beni di consumo⁶ e/o alle nuove norme di cui alla proposta di direttiva sulla vendita online e altri tipi di vendita a distanza di beni⁷ (previa adozione).
6. A seguito degli orientamenti politici approvati dal Consiglio nel giugno 2016⁸, il gruppo per le questioni di diritto civile (diritto contrattuale) ha valutato tre opzioni che possono essere illustrate in linea generale come segue:
- 1) applicare le "norme sui beni" al contenuto digitale incorporato;
 - 2) adottare un "approccio scisso" e applicare le "norme sui beni" al prodotto (bene) stesso in cui è incorporato il contenuto digitale, applicando nel contempo le "norme sul contenuto digitale" al contenuto digitale incorporato;
 - 3) applicare le "norme sul contenuto digitale" sia al contenuto digitale sia al prodotto (bene) in cui esso è incorporato, accompagnandole a un'eccezione che darebbe al fornitore la possibilità di provare che il difetto risiede nell'hardware del prodotto, nel qual caso alla risoluzione del difetto si applicherebbero le "norme sui beni".
7. Nelle discussioni in sede di gruppo per le questioni di diritto civile, la seconda opzione ha ricevuto scarso sostegno in quanto ritenuta di difficile applicazione pratica. Ciascuna delle altre due opzioni (di seguito denominate opzioni A e B) ha ottenuto il sostegno di diversi Stati membri. Finora, tuttavia, nessuna delle due alternative ha ottenuto l'appoggio di una netta maggioranza.
8. Alla luce di quanto precede, la presidenza invita i ministri a indicare al gruppo per le questioni di diritto civile da quale delle due opzioni si dovrebbe partire per proseguire i lavori a livello tecnico.

⁶ Direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo (GU L 171 del 7.7.1999, pag. 12).

⁷ Cfr. doc. 15252/15 JUSTCIV 291 CONSOM 221 CODEC 1733 + ADD 1 + ADD 2.

⁸ Cfr. il punto 12 dell'ALLEGATO del doc. 9768/16.

9. Si invitano i ministri a tenere presente, al momento di decidere in merito alla questione, che secondo il progetto di articolo 3, paragrafo 3, della proposta di direttiva sulla fornitura di contenuto digitale (quale contenuto nella proposta della Commissione e sostenuto dalla maggioranza degli Stati membri a livello di gruppo) i rimedi contenuti nelle "norme sul contenuto digitale" si applicherebbero anche ai supporti materiali (ossia i beni⁹) che incorporano il contenuto digitale in modo tale da fungere esclusivamente da vettore dello stesso. Gli esempi più indicativi di tali "supporti materiali" sono i CD, i DVD e le chiavi USB.
10. Va inoltre osservato che, per quanto concerne la consegna e la mancata consegna, sia per i "supporti materiali" (descritti nel punto precedente) sia per i "beni con contenuto digitale incorporato" (nell'ambito sia dell'opzione A che dell'opzione B) continuerebbero ad applicarsi le norme di cui alla direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori.

2. Opzioni sul contenuto digitale incorporato

Opzione A - applicare le "norme sui beni" anche al contenuto digitale incorporato

11. L'opzione implicherebbe che la fornitura di beni che includono contenuto digitale incorporato sarebbe soggetta solo alle "norme sui beni". Gli standard specifici richiesti per il contenuto digitale ai sensi delle "norme sul contenuto digitale" (ad esempio i criteri di conformità di cui agli articoli 6 e 6 bis della proposta di direttiva sulla fornitura di contenuto digitale, quali quelli in materia di *qualità, funzionalità, interoperabilità, accessibilità, continuità*, ovvero *il requisito secondo cui il contenuto digitale deve essere fornito assieme a eventuali accessori e istruzioni che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi di ricevere*) non si applicherebbero pertanto al contenuto digitale incorporato.
12. Secondo tale opzione l'"oggetto" in cui il contenuto digitale è incorporato sarebbe inteso come un "bene"; l'opzione stabilirebbe quindi un regime facilmente prevedibile dal punto di vista del consumatore medio in quanto, a differenza dell'opzione B, non stabilisce una presunzione bensì una norma applicabile in ogni caso. Nell'ambito di tale opzione le norme sui beni si applicherebbero anche nel caso in cui il difetto risieda chiaramente nel contenuto digitale incorporato.

⁹ In tale contesto, cfr. anche il considerando 19 della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori.

Opzione B - applicare, attraverso una presunzione relativa, le "norme sul contenuto digitale" anche ai beni

13. L'opzione implicherebbe che le "norme sul contenuto digitale" si applicherebbero sia al contenuto digitale sia al prodotto (bene) in cui esso è incorporato. Si accompagnerebbe a un'eccezione che darebbe al fornitore la possibilità di provare che il difetto risiede nell'hardware del prodotto, nel qual caso alla risoluzione del difetto si applicherebbero le "norme sui beni".
14. Questa opzione mira a consentire flessibilità nell'applicazione delle norme più appropriate, a seconda dell'ubicazione del difetto. Partendo dall'applicazione delle norme sul contenuto digitale, essa vuole tener conto del fatto che in un mondo sempre più digitalizzato è probabile che il funzionamento (e quindi anche i potenziali difetti) dei prodotti dipendano sempre più dai processi digitali e dalle specificità derivanti dal carattere digitale dei loro componenti. Applicando le norme sul contenuto digitale solo quali regole di base, tale opzione consente di applicare le norme sui beni nei casi in cui ciò risulti più opportuno, in quanto il difetto risiede nell'hardware. L'onere della prova a tal proposito sarebbe a carico dell'operatore/fornitore.

Esempio illustrativo - Cfr. nota¹⁰

¹⁰ **Esempio illustrativo** basato su un'automobile moderna in cui, ad esempio, i freni sono controllati elettronicamente:
Nel caso in cui i freni non funzionino, con l'opzione A anche al software che controlla i freni sarebbero applicati i criteri di conformità e le norme per porre rimedio al difetto elaborati per i beni. Con l'opzione B si presupporrebbe che il difetto risiede nel contenuto digitale incorporato e quindi sarebbero applicati automaticamente i criteri di conformità e le norme per porre rimedio al difetto elaborati per il contenuto digitale, a meno che l'operatore/il fornitore provi che la fonte del difetto risiede nell'hardware, ad esempio in un disco dei freni danneggiato/rotto.

B. Campo di applicazione Ai sensi della proposta di direttiva sulla fornitura di contenuto digitale, è opportuno considerare gli "altri dati" (dati diversi da quelli personali) quali possibili controprestazioni?

15. Riconoscendo l'accresciuto valore dei dati personali nei modelli commerciali moderni, gli orientamenti politici approvati dal Consiglio nel giugno 2016¹¹ hanno espresso sostegno in linea di principio all'idea di includere nell'ambito di applicazione della proposta di direttiva sulla fornitura di contenuto digitale i contratti che prevedono la fornitura di contenuto digitale in cambio di dati personali. Al contempo si è sottolineato che "va evitata ogni interferenza con l'applicazione del regolamento generale dell'UE sulla protezione dei dati ("regolamento generale sulla protezione dei dati")"¹².
16. Durante la presidenza slovacca si è dedicato un tempo considerevole a chiarire la relazione tra il regolamento generale sulla protezione dei dati e la proposta di direttiva sulla fornitura di contenuto digitale. Le discussioni in merito a tale interazione si sono tuttavia dimostrate complesse e hanno fatto emergere questioni supplementari che richiedono un ulteriore esame a livello tecnico.
17. Al Servizio giuridico del Consiglio è stato chiesto di fornire un parere scritto in merito ad alcune delle questioni sollevate in tale contesto. Alcune delegazioni hanno inoltre suggerito di sollecitare ulteriori contributi di esperti in materia di protezione dei dati al fine di fare maggiore chiarezza sugli aspetti relativi alla protezione dei dati.
18. Fatte salve eventuali decisioni sulle questioni relative ai dati personali quali possibili controprestazioni, le discussioni a livello tecnico trarrebbero vantaggio da un chiarimento a livello politico sull'opportunità o meno di considerare la fornitura di "altri dati" da parte del consumatore una possibile controprestazione ai sensi della proposta di direttiva sulla fornitura di contenuto digitale.

¹¹ Cfr. il punto 13 dell'allegato del documento 9768/16.

¹² Cfr. il punto 8 dell'allegato del documento 9768/16.

19. In linea con gli orientamenti politici approvati dal Consiglio nel giugno 2016¹³, le discussioni in sede del gruppo per le questioni di diritto civile hanno cercato di fare maggiormente luce sul concetto di "altri dati".
20. Gli esempi, menzionati dalla Commissione, di "altri dati" che potrebbero essere monetizzati dal fornitore comprendono:
- foto di montagne, ricette, canzoni o poesie realizzate dal consumatore ecc., che sono anonimizzate e potrebbero essere utilizzate dal fornitore, ad esempio a fini pubblicitari;
 - dati anonimi combinati relativi a un gruppo di individui (quali persone che condividono l'interesse per lo stesso sport o hobby) senza riferimenti a individui identificati, da utilizzare a fini di marketing;¹⁴
 - informazioni su quali siti web o piattaforme per l'acquisto di applicazioni (app store) hanno visitato i consumatori ovvero sui contenuti digitali di cui hanno usufruito - senza che siano raccolte informazioni sulla loro identità - utilizzate per sviluppare prodotti più popolari.¹⁵
21. Dalle discussioni in sede del gruppo per le questioni di diritto civile e in particolare dallo scambio avuto con gli esperti informatici il 19 ottobre 2016 è emerso che è possibile far risalire a una persona specifica praticamente tutti i dati forniti dai consumatori in cambio della fornitura di contenuto digitale. Si può pertanto sostanzialmente concludere che, nel contesto della direttiva sulla fornitura di contenuto digitale, i dati forniti dai consumatori in cambio della fornitura di contenuto digitale sarebbero nella maggior parte dei casi di carattere personale ("dati personali" secondo la definizione contenuta nel regolamento generale sulla protezione dei dati e riutilizzata nella direttiva sulla fornitura di contenuto digitale).
22. Dalle discussioni è emerso inoltre che, anche in presenza di dati che non rientrerebbero nella definizione generale di "dati personali", l'ambito di applicazione di tali "altri dati" sarebbe piuttosto limitato.

¹³ Cfr. il punto 14 dell'allegato del documento 9768/16.

¹⁴ Ad esempio informazioni raccolte relativamente a serie televisive che i consumatori guardano online, che non contengono informazioni sulla loro identità e sono utilizzate per individuare le preferenze di larghi gruppi di consumatori (in modo non individuale) al fine di consentire lo sviluppo di serie televisive più popolari e dunque redditizie.

¹⁵ Sulla base di dati di questo tipo una società che offre giochi online potrebbe ad esempio concludere che taluni tipi di acquisti in gioco (quali personaggi del gioco o trofei) sono più popolari di altri e potrebbe quindi rielaborare un gioco introducendovi una maggiore varietà dei personaggi più popolari.

23. In ogni caso, la distinzione pratica tra "dati personali" e "altri dati" sembra rimanere difficile e dipenderebbe da una sottile interpretazione caso per caso e a contrario della definizione di dati personali.¹⁶ Sono state espresse preoccupazioni sul fatto che il concetto di "altri dati" comporterebbe incertezza del diritto alla luce della definizione generale di "dati personali" ai sensi della normativa UE in materia di protezione dei dati personali.
24. Alcune delegazioni hanno ritenuto che tali difficoltà offrono una motivazione sufficiente a non compiere una distinzione tra "dati personali" e "altri dati" e a considerare l'idea di includere nel campo di applicazione della direttiva sulla fornitura di contenuto digitale tutti i tipi di dati quali possibili controprestazioni. Un'altra motivazione espressa dalla Commissione a favore della scelta di considerare gli "altri dati" quali possibili controprestazioni si basa sul fatto che l'inclusione di dati non personali nel campo di applicazione della direttiva sulla fornitura di contenuto digitale eliminerebbe la possibilità di eludere la direttiva limitandosi ad anonimizzare i dati.
25. Da un punto di vista economico sono stati tuttavia espressi dubbi sul fatto che tali "altri dati" forniti dal consumatore come controprestazione abbiano un valore economico che giustifichi l'imposizione al fornitore dell'obbligo di garantire i mezzi di ricorso contrattuali stabiliti nella direttiva sulla fornitura di contenuto digitale in caso di difetto nel contenuto digitale.
26. Vari Stati membri hanno espresso il proprio sostegno all'inclusione di "altri dati" in qualità di controprestazione nell'ambito di applicazione della direttiva sulla fornitura di contenuto digitale, ma vari altri Stati membri si sono dimostrati contrari all'idea.

¹⁶ Come spiegato dal Gruppo dell'articolo 29 per la tutela dei dati (cfr. il parere 4/2007 sul concetto di dati personali - WP 136, pag. 24, http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_it.pdf), "... le informazioni possono non essere considerate dati personali a seconda delle circostanze. È quel che accade quando i dati non si possono considerare concernenti una persona o quando la persona non può essere considerata identificata o identificabile". Determinare se si tratti o meno di una siffatta circostanza richiede un test caso per caso in cui si tenga conto di tutti i mezzi di cui è ragionevolmente possibile avvalersi per identificare una persona sulla base delle informazioni fornite. Tuttavia "questo test è dinamico. [...] Attualmente l'identificazione può non essere possibile con tutti i mezzi di cui è ragionevolmente possibile avvalersi oggi." (cfr. pag. 15 del parere 4/2007). Ciò non escluderebbe tuttavia che tale possibilità divenga disponibile in futuro.

27. Al fine di far progredire i lavori in materia sarebbe utile ricevere dal Consiglio orientamenti su come procedere relativamente a tale questione nel corso di ulteriori negoziati a livello tecnico.
28. Il quesito posto ai ministri è volto a ottenere orientamenti relativamente all'opportunità di considerare gli "altri dati" (diversi dai dati personali) una "controprestazione" che giustifichi l'imposizione al fornitore dell'obbligo di garantire i mezzi di ricorso contrattuali stabiliti nella direttiva sulla fornitura di contenuto digitale.
29. L'interrogativo non riguarda eventuali dati creati o salvati dal consumatore utilizzando il contenuto o servizio digitale fornito, quali il salvataggio su cloud di dati (personali e non personali) da parte del consumatore. Per quanto concerne i dati creati o salvati dal consumatore utilizzando il contenuto o servizio digitale fornito, la direttiva prevederà (dovrà prevedere) norme in merito alla restituzione di tali dati al consumatore al momento della terminazione del contratto (a tal proposito saranno necessarie ulteriori discussioni tecniche in merito all'articolo 13 bis, paragrafo 3, del testo riveduto della presidenza, doc. 10231/16), indipendentemente dalla scelta strategica effettuata relativamente all'inclusione di "altri dati in qualità di controprestazione" nell'ambito di applicazione della direttiva.

C. Equilibrio tra criteri di conformità soggettivi e oggettivi

30. In risposta alle preoccupazioni espresse dagli Stati membri relativamente al concetto della proposta iniziale della Commissione che faceva prevalere i criteri di conformità soggettivi (ossia criteri concordati nel contratto) rispetto ai criteri di conformità oggettivi (ossia criteri stipulati dalla legge), negli orientamenti politici approvati dal Consiglio nel giugno 2016¹⁷ è stato affermato che per garantire un maggior equilibrio il contenuto digitale dovrebbe essere valutato tenendo conto sia dei termini contrattuali sia di una serie di criteri di conformità oggettivi quali definiti dal diritto dell'UE.
31. Sulla base di tali orientamenti le presidenze dei Paesi Bassi e slovacca hanno suggerito di apportare considerevoli modifiche alle disposizioni in materia di conformità al fine di porre i criteri soggettivi e quelli oggettivi su un piano di parità. Tale approccio e la formulazione modificata dei nuovi articoli 6 e 6 bis hanno ottenuto un ampio consenso.
32. Tuttavia la misura in cui dovrebbe essere possibile deviare dai criteri di conformità oggettivi e le condizioni alle quali dovrebbe essere possibile farlo rimangono in sospeso malgrado le discussioni intense e costruttive in sede di gruppo per le questioni di diritto civile.
33. A titolo di compromesso in merito a tale questione la presidenza suggerisce di seguire in via generale la filosofia dell'articolo 2, paragrafo 3, della direttiva 1999/44/CE, introducendo nella proposta di direttiva sulla fornitura di contenuto digitale una norma secondo cui non sussistono difetti di conformità se, al momento della conclusione del contratto,
- a) il consumatore sapeva che una caratteristica specifica del contenuto digitale devia dai requisiti di conformità oggettiva, e
 - b) il consumatore ha accettato espressamente tale deviazione al momento della conclusione del contratto.

Secondo tale norma l'onere della prova è a carico del fornitore per entrambi gli aspetti di cui alle lettere a) e b).

¹⁷ Cfr. il punto 21 dell'allegato del documento 9768/16.