



CAMERA DI
COMMERCIO
MILANO



Parere in materia di clausole vessatorie nei contratti di
PAY-TV E TV ON DEMAND

Si ringrazia l'avvocato **Matteo D'Argenio** per la collaborazione prestata nella redazione del parere

5 | Introduzione

L'indagine della Camera di Commercio

Lo svolgimento dei lavori

Tipologia dell'indagine

9 | Inquadramento della disciplina

Pay tv, Internet tv e diritti audiovisivi: specificità del settore

11 | Le condizioni generali di contratto

Condizioni generali di contratto nella disciplina del Codice del Consumo. La rilevanza del Decreto Bersani

Condizioni generali di contratto nei contratti tra professionisti: clausole vessatorie e inique nella disciplina del codice civile.

La rilevanza del Decreto Bersani

20 Clausole oggetto di valutazione

1. *In generale: trasparenza e chiarezza delle condizioni generali di contratto*
2. *Le limitazioni all'utilizzo dei contenuti*
3. *Le interruzioni del servizio*
4. *I costi per attivazione e recesso*
5. *Le penali*
6. *Privacy e Profilazione*
7. *Pay tv, streaming tv e pirateria*

INTRODUZIONE

L'indagine della Camera di Commercio

La Camera di Commercio di Milano, da tempo impegnata nel controllo delle condizioni generali di contratto dei vari settori economici, in quest'ultimo anno è stata impegnata a verificare la trasparenza e l'equilibrio delle condizioni contrattuali del settore delle PAY TV.

I lavori di verifica sono stati coordinati dal Servizio Armonizzazione del Mercato affiancato dall'Avvocato Matteo D'Argenio, titolare dello Studio Legale D'Argenio, esperto in materia.

Il mercato della TV e di quella a pagamento vede ancora oggi in Italia la presenza di un ristretto numero di operatori.

Il settore radiotelevisivo in Italia è nato nel 1954 con la televisione di Stato, controllata direttamente dai vari governi in carica; successivamente, nel 1974, con le sentenze n. 225 e 226, la Consulta dichiara l'incostituzionalità della riserva statale per la ritrasmissione di programmi esteri sul territorio italiano e l'illegittimità della riserva statale dei servizi televisivi via cavo su scala locale, in quanto contrastanti con gli articoli 41 e 43 della Costituzione.

Questa circostanza, contemporaneamente allo sviluppo di nuove tecnologie per la trasmissione dei dati, ha permesso l'arrivo delle TV commerciali.

Ma il vero grande salto, in termini di rivoluzione delle tecnologie, si è avuto con il passaggio dal sistema di trasmissione analogico a quello digitale che ha consentito l'aumento significativo del numero di canali televisivi. Oggi l'avvento di internet e soprattutto della banda larga e della fibra ottica, ha incrementato in modo esponenziale le potenzialità di trasmissione dati, portando sulla scena nuovi operatori.

La regolamentazione del settore si è spostata dal governo ad una autorità indipendente per garantire una maggiore terzietà delle regole.

Questa evoluzione, ancora in corso, perché spinta da nuove tecnologie, non ha però ancora determinato una vera liberalizzazione del mercato in quanto gli operatori presenti sono in numero limitato.

Tale contesto è giustificato dal fatto che l'ingresso nel mercato televisivo comporta elevati investimenti economici che non tutti gli imprenditori sono in grado di sostenere.

Nonostante ciò, il mercato della TV a pagamento presenta già un numero sufficiente di operatori che hanno predisposto "condizioni contrattuali" tra loro concorrenziali sia sotto l'aspetto economico che sotto quello dei servizi offerti.

Tutto ciò, combinato con il fatto che il numero dei fruitori consumatori/clienti è andato incrementandosi notevolmente negli ultimi anni, ha richiamato l'interesse di questo Ente per valutare la trasparenza del rapporto contrattuale ed i suoi equilibri.

L'indagine della Camera di Commercio di Milano è partita dall'analisi del mercato delle PAY TV che vede diffuso il fenomeno di offerte commerciali congiunte, tra operatori della PAY TV e del settore telefonico, in relazione al quale non è ben chiaro al consumatore finale che, convinto di aver sottoscritto un solo contratto, è invece vincolato giuridicamente verso due differenti soggetti che offrono servizi combinati e solo per un periodo determinato di tempo.

Dall'analisi sono emerse una serie di criticità, che con il presente Parere, si è voluto evidenziare agli operatori coinvolti, allo scopo di offrire loro un supporto e un suggerimento finalizzati alla revisione delle loro condizioni generali di contratto.

Lo svolgimento dei lavori

L'Ufficio, ricevuto l'incarico dalla Giunta della Camera, si è riunito in un primo incontro organizzativo. In quella sede sono stati delineati gli scopi del lavoro, individuando le Società emittenti i cui contratti avrebbero costituito oggetto di esame, tanto in relazione ai servizi verso i consumatori (contratti Business to Consumer, anche detti B2C), quanto in relazione ai servizi verso le imprese (contratti Business to Business o contratti B2B). Si è quindi deciso di estendere l'analisi alle problematiche di privacy e profilazione dei clienti, con uno sguardo sempre attento – specie in relazione alle nuove realtà che si affacciano sul mercato italiano – alle dinamiche della rete, comprese le distorsioni derivanti da un fenomeno di portata crescente quale quello della pirateria.

Sulla base del calendario predisposto sono state così contattate da un lato le associazioni dei consumatori interessate, che hanno fatto pervenire un contributo scritto di cui si è tenuto conto nella redazione del presente parere; dall'altro, sono stati coinvolti i principali operatori del settore, che hanno garantito notevole disponibilità e apertura in relazione alle analisi effettuate e alle criticità individuate nel corso degli incontri tenutisi. La partecipazione ai lavori da parte dei principali operatori del settore ha permesso di analizzare e studiare la (quasi) totalità del mercato televisivo privato italiano, conferendo allo studio un notevole tasso di ampiezza ed approfondimento.

I lavori si sono svolti in quattro diverse sessioni, incontrando di volta in volta gli operatori del settore¹ ed esaminando a fondo i contratti con i loro rappresentanti, giungendo alla individuazione (in modo non sempre incontrovertito e condiviso) delle possibili modalità di superamento delle criticità riscontrate.

Nonostante l'iniziale istanza di estromissione depositata, l'indagine svolta ha visto inoltre la partecipazione dell'operatore telefonico Fastweb, che ha preso parte ai lavori non già in relazione al suo core business di fornitore di servizi di internet e telefonia, bensì (unicamente) in relazione al pacchetto contratti "offerta Sky e Fastweb".²

Tipologia dell'indagine

L'indagine, di cui vengono qui sinteticamente descritti i momenti principali e più significativi, si è articolata in più fasi.

La prima è consistita nello studio dei contratti e nella individuazione dei profili e delle clausole critiche.

Quindi si è proceduto ad incontrare gli operatori del settore, con i cui rappresentanti si sono potuti approfondire i profili tecnico-giuridici di tali clausole con l'obiettivo di chiarirne portata, finalità e disciplina, tenendo sempre conto delle modifiche contrattuali apportate medio tempore dalle imprese, operando così su un quadro sempre aggiornato in relazione all'evoluzione dei diversi pacchetti contrattuali. Le sessioni sono state seguite da uno scambio di corrispondenza con (alcuni de)gli operatori, volto a chiarire eventuali dubbi e a condividere anche per iscritto i rilievi effettuati sui contratti.

La notevole ed attiva partecipazione degli operatori, che hanno in più occasioni fatto propri i rilievi di volta in volta sollevati e discussi, dichiarando la propria disponibilità a prendere in considerazione la modifica o la riformulazione

1 *In particolare, si è svolta in data 7 giugno 2016 l'audizione con i rappresentanti di Fastweb prima e di Sky poi; in data 14 giugno 2016 l'audizione con i rappresentanti di Chilli; in data 21 giugno 2016 l'incontro con i rappresentanti di Netflix e infine in data 5 luglio 2016 l'audizione con i rappresentanti di Mediaset Premium.*

2 *All'audizione del 7 giugno 2016, Fastweb ha chiarito di aver depositato istanza di estromissione solo al fine di evitare di essere coinvolta in ogni audizione in cui fosse coinvolto un proprio partner commerciale.*

delle clausole ritenute dubbie o controverse, ha consentito di instaurare un clima fortemente collaborativo, caratterizzato da grande attenzione alla risoluzione delle criticità senza difese aprioristiche delle rispettive posizioni. Si è così compiuto un percorso dialettico, teso a giungere ad una sintesi delle proposte finalizzata a garantire agli utenti (consumatori o meno) di ottenere la protezione che loro spetta per legge e alle imprese di tutelare la propria attività economica e, al contempo, la propria immagine.

INQUADRAMENTO DELLA DISCIPLINA

Pay tv, Internet tv e diritti audiovisivi: specificità del settore

Se per l'AGCM i servizi televisivi afferiscono alla più ampia categoria dei servizi di telecomunicazione, ciò che è emerso nell'ambito dell'analisi effettuata è invece l'estrema specificità di un settore che, dalla televisione pubblica a quella commerciale, fino all'avvento delle tecnologie prima digitali, poi satellitari e infine tramite internet, si è confrontato con una serie di importanti e spesso rapidi cambiamenti.

Il settore televisivo (che, lo ricordiamo, è un settore regolamentato) si è forse anche per questo venuto caratterizzando per un una disciplina legislativa e regolamentare talvolta farraginosa e contraddittoria, che non sempre rende agevoli le attività degli operatori.³

Nell'esperienza europea, la produzione e l'offerta di servizi di informazione e intrattenimento è stata considerata, in una prima fase, un bene pubblico – in alcuni casi, un bene di regime – fornito da un'impresa pubblica monopolista (che raccoglieva le sue risorse tramite un canone fisso pagato dai contribuenti e, in misura minore, tramite la fiscalità generale e le inserzioni pubblicitarie). Con l'avvento della televisione commerciale, nuovi operatori privati si sono venuti ad affiancare all'operatore pubblico, determinando un crescente tasso di concorrenza, tanto nell'offerta di servizi di intrattenimento ed informazione, quanto nella raccolta di risorse tramite la messa a disposizione di spazi pubblicitari. Si sono così venute delineando ed approfondendo le specificità di questo mercato, in cui il confronto competitivo tra le imprese avviene dapprima nella fase di acquisizione dei contenuti e quindi in quella di erogazione o messa a disposizione dei servizi al pubblico.

Le strutture tecnologiche e gli investimenti finanziari necessari all'ingresso nel peculiare mercato televisivo sono in ogni caso tali, da rendere inevitabilmente l'industria televisiva un "oligopolio naturale".⁴ Ciò nonostante, la diffusione di tecnologie sempre nuove insieme alla crescente disponibilità di contenuti via via più ricchi, abbondanti e specializzati, ha consentito la nascita e lo sviluppo

³ Si veda in questo senso, OSTI, C. "Ma non è una cosa seria: gli obblighi a contrarre nel settore televisivo", Giuffrè.

⁴ Si veda, GRILLO, M., "I mercati della televisione: un'analisi economica", AIDA 2010, Giuffrè. I riferimenti sono tratti dai paragrafi 1, 2, 3, 4 e 6.1.

delle televisioni a pagamento, assai dinamiche nel cogliere tali opportunità. Si sono venute così a creare nuove aree di concorrenza e competizione, quali pay per view, video on demand e streaming tv.

Se poi consideriamo che, solo nell'ultimo anno, hanno fatto ingresso nel mercato italiano operatori come Netflix e, a pochi giorni dalla pubblicazione del presente parere, Amazon Prime Video, possiamo comprendere come tale settore sia in costante e vivace evoluzione, costituendo un'attrattiva tanto per gli utenti quanto per le imprese.

Si consideri inoltre, come ulteriore prova della vivacità e del momento, la tendenza ad ampliare sistematicamente i cataloghi offerti con contenuti sempre nuovi ed esclusivi, anche mediante la trasformazione degli operatori da meri distributori a produttori di contenuti da offrire in esclusiva ai propri abbonati.

LE CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO

La presente indagine si è svolta ricercando e analizzando le clausole critiche nell'ambito dei contratti di fornitura di servizi di informazione e intrattenimento, strutturati come contratti per adesione.⁵

Tali modelli contrattuali, come è noto unilateralmente predisposti dalle società operatrici, hanno nella maggior parte dei casi una struttura complessa o stratificata. Essi risultano infatti costituiti e composti non solo dalle condizioni generali di contratto ma anche da carte di servizi, (in alcuni casi) dal materiale commerciale, nonché da specifiche clausole e condizioni presenti sulle piattaforme informatiche di riferimento dei diversi operatori, clausole queste ultime ritenute pienamente vincolanti.⁶

5 *All'insieme delle clausole generali di contratto ci si riferisce per questo anche con l'espressione "contratto di (o per) adesione" ed il contraente diverso dal predisponente viene definito semplicemente "aderente". Si vedano in questo senso, C. 2208/2002; C. 7626/1997. Al contratto per adesione si contrappone ovviamente il contratto individuale, nel quale le clausole specifiche vengono di volta in volta discusse tra le parti, che creano in quel caso la c.d. relatio perfecta.*

6 *Si vedano in questo senso, le Condizioni generali di Abbonamento Residenziale Sky (valide dal 1 marzo 2016), secondo cui "per tutto quanto non disciplinato dalle seguenti Condizioni generali si rinvia alla Carta servizi Sky disponibile e costantemente aggiornata sul sito www.sky.it, nonché nei punti vendita in cui è possibile abbonarsi ai servizi Sky". Anche nell'ambito del glossario, viene definito "Contratto: l'insieme costituito dalla Richiesta di Abbonamento fatta dall'Abbonato (e accettata da Sky), dalle presenti Condizioni Generali, dall'offerta commerciale e ogni altro documento o allegato che costituisce parte essenziale del presente contratto" nonché Chili, Condizioni generali di contratto, articolo 1 – Definizioni, alla voce "Contratto: indica l'offerta commerciale comprensiva dei relativi allegati che ne costituiscono parte integrante e sostanziale, tra cui le presenti CGC, a seguito della Registrazione". Si vedano inoltre le condizioni di contratto Infinity, che definiscono "Contratto" "l'insieme della richiesta, anche in forma virtuale tramite il Sito, accettata da RTI, delle presenti Condizioni Generali e delle EULA" da intendersi come "End user Licence Agreement" vale a dire "il contratto tra il fornitore di un programma software e il Cliente. È necessario che i Clienti prendano visione delle licenze d'uso per l'utilizzo dei software necessari alla fruizione del Servizio Infinity ed accettino le stesse". Si pensi inoltre al disclaimer presente sulla pagina iniziale Netflix "Se decidi che Netflix non fa per te... nessun problema. Senza impegno. Disdici online quando vuoi"*

Vale dunque per tutto questo insieme di fonti generali regolatrici del rapporto quanto viene normalmente affermato per le condizioni generali di contratto, vale a dire che l'aggettivo generali si riferisce all'omogeneità di contenuto delle stesse e dunque all'ampiezza di previsioni che sono suscettibili di un'applicazione estesa ad una pluralità di soggetti e che sono destinate a disciplinare in modo uniforme una serie indeterminata di rapporti contrattuali facenti capo al predisponente⁷: questo insieme di fonti generali di regolazione del rapporto, in sostanza, nasce da un'elaborazione unilaterale dello schema di contratto da parte di uno solo dei contraenti, il predisponente appunto, nel nostro caso la società emittente di servizi televisivi, senza che vi possa essere tra le parti discussione o trattativa sul contenuto delle singole statuizioni.⁸ Tra le parti si instaura quindi una *relatio imperfecta*, intesa come non paritaria, nella quale una parte predispone le clausole contrattuali mentre l'altra, se vuole usufruire di quel determinato servizio, non può fare altro che accettarle.⁹

o, ancora, sulla pagina iniziale Chili "IL GRANDE CINEMA PRIMA DEGLI ALTRI SENZA ABBONAMENTO. IL TUO PRIMO FILM A MENO DI 1€". Lo stesso valga per NowTv (già Sky Online), che presenta in pagina iniziale, tra le altre, l'offerta Ticket Cinema "Vivi le emozioni del cinema: nel Ticket oltre 500 film On Demand con 15 prime al mese, anche in lingua originale e 8 canali Sky Cinema. PROVA a 0€ 14 giorni di Cinema, Serie TV e Intrattenimento Poi i 3 Ticket a 19,99€/mese Oppure scegli il singolo Ticket a 9,99€/mese". Le offerte così effettuate, che integrano vere e proprie offerte al pubblico, sono vincolanti.

7 BLANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 1987, 340; NUZZO, *Condizioni generali di contratto*, in *Diz. Irti*, I, Milano, 1980, 157; PATTI S., *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1996, 1.

8 SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja, Branca*, sub artt. 1321-1352, Bologna-Roma, 1970, 255.

9 La riferita nozione di condizioni generali di contratto è condivisa dalla giurisprudenza, la quale afferma che le condizioni generali di contratto sono le clausole contrattuali predisposte da uno dei contraenti, suscettibili di applicazione e destinate a valere per tutti i contratti di una certa serie, e che perciò sono dette generali, per distinguerle da quelle concordate in relazione ad un singolo e determinato contratto, che vengono appunto denominate speciali o particolari (C. 11757/2006; C. 11648/1993; C. 3091/1988; C. 230/1986, che esclude che ricorra la fattispecie di cui all'art. 1341 allorché lo schema di contratto e le condizioni predisposte non siano destinate a servire ad una serie indefinita di contratti).

Condizioni generali di contratto nella disciplina del Codice del Consumo. La rilevanza del Decreto Bersani

Se utilizzate da un professionista per regolare i propri rapporti contrattuali con soggetti consumatori, le clausole contenute nelle condizioni generali di contratto (e nell'insieme delle fonti generali che regolano il rapporto) sono soggette al controllo contenutistico sostanziale previsto dalle norme degli artt.li 33 ss. del Codice del Consumo (D. Lgs. 6.9.2005, n. 206)¹⁰, risultato di una evoluzione normativa di origine comunitaria che ha interessato gli ultimi due decenni.¹¹

Con il recepimento della direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993, infatti, sono stati introdotti nel nostro codice civile gli articoli 1469 *bis* – 1469 *sexies*, recanti la disciplina concernente le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Queste disposizioni sono poi confluite, senza nessuna modifica, negli articoli 33 – 37 del Codice del Consumo, entrato in vigore con il D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206.¹²

Alla generale abrogazione degli articoli precedentemente richiamati, è sopravvissuto unicamente l'art. 1469 *bis* che, nella sua nuova formulazione, costituisce oggi norma di coordinamento tra la disciplina del Codice del Consumo e quella del titolo II del libro IV del Codice Civile, disponendo che le norme codicistiche continuano ad essere applicabili ai "contratti del consumatore, ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore".¹³

Nell'ambito della disciplina consumeristica, dunque, è Consumatore la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale,

10 il primo controllo, formale, si riferisce alla doppia sottoscrizione in calce alle condizioni generali di contratto di cui all'art. 1341, 2° comma, c.c.

11 ORLANDO, *L'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, in *OC*, 2009, 345.

12 Deve essere inoltre sottolineato come la tutela del consumatore rientri tra i principali impegni dell'Unione, essendo previsto nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, art. 38, che "Nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori".

13 DE CRISTOFARO, *Il "codice del consumo": un'occasione perduta?*, in *Slur*, 2005, 1147.

artigianale o professionale eventualmente svolta.¹⁴ Al Consumatore, il codice riconosce i diritti fondamentali ad una adeguata informazione, ad una corretta pubblicità, all'esercizio delle pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, di correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali.¹⁵

Alla protezione dei consumatori si riferisce inoltre la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, che, all'art. 38, precisa che "Nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori".

La parte terza del Codice del Consumo¹⁶, di particolare interesse per l'analisi qui affrontata, disciplina il rapporto di consumo e i contratti del consumatore in generale.

La norma di apertura della parte terza, art. 33, comma 1, statuisce che "nel contratto concluso tra il consumatore e il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto".

Tale disposizione pone un principio generale a carattere aperto, secondo cui una clausola deve ritenersi vessatoria ogniqualvolta comporti un concreto squilibrio nell'ambito del sinallagma contrattuale, cosicché il contratto diventi

¹⁴ cfr. in questo senso art. 3 Cod. Cons.

¹⁵ Art. 2. - *Diritti dei consumatori* - 1. Sono riconosciuti e garantiti i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti, ne è promossa la tutela in sede nazionale e locale, anche in forma collettiva e associativa, sono favorite le iniziative rivolte a perseguire tali finalità, anche attraverso la disciplina dei rapporti tra le associazioni dei consumatori e degli utenti e le pubbliche amministrazioni. 2. Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti:

- a. alla tutela della salute;
- b. alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi;
- c. ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità;
- c-bis. all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà;
- d. all'educazione al consumo;
- e. alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali;
- f. alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti;
- g. all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza.

¹⁶ artt. 33 - 141decies Codice del Consumo.

particolarmente oneroso per una delle parti (solitamente per quella parte che non ne ha redatto il testo). Segue l'elenco dettagliato delle clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria. Tale prova contraria è onere del professionista il quale, nel caso di sottoscrizione di moduli e formulari deve "provare che le clausole, o gli elementi di clausola, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti, siano oggetto di specifica trattativa con il consumatore" (art. 34, comma 5, Cod. Cons.).¹⁷

Le clausole vessatorie, in definitiva, sono quelle che aggravano la posizione dell'aderente rispetto alla disciplina legale del contratto a cui ineriscono.¹⁸ Si tratta in ogni caso di elementi accidentali del contratto: esse esprimono infatti un contenuto negoziale che esula dallo schema contrattuale o tipico del contratto cui possono accedere, tant'è che possono caratterizzare qualunque tipo di contratto. Esulando dallo specifico schema contrattuale (tipico o meno) cui accedono, la loro eventuale invalidità non inficia dunque le rimanenti clausole contrattuali. La nullità del contratto in cui è inserita la clausola vessatoria sarà quindi parziale, ai sensi degli artt. 1419 c.c. e 36 Cod. Cons. che disciplina la c.d. "nullità di protezione", vale a dire di nullità che opera unicamente a vantaggio del Consumatore.

L'art. 36 Cod. Cons. prevede poi una speciale tutela rafforzata del Consumatore in relazione a quelle clausole che, se ritenute valide, avrebbero conseguenze particolarmente onerose per il Consumatore. Anche se oggetto di trattativa, vengono così sanzionate con la nullità quelle clausole che abbiano per oggetto o per effetto quello di:

- escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del Consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista;
- escludere o limitare le azioni del Consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso d'inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista;
- prevedere l'adesione del Consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto;

¹⁷ Tale onere della prova è talmente difficile da assolvere, che ben si può parlare di "probatio diabolica".

¹⁸ Si veda BLANCA, *Diritto civile*, 351.

- privare il Consumatore della protezione assicurata dal Cod. Cons., prevedendo l'applicabilità al contratto di una legislazione di un Paese extracomunitario laddove il contratto presenti un collegamento più stretto con il territorio di uno Stato membro dell'Unione europea.

Per completezza, si precisa che l'indagine svolta ha tenuto in considerazione, oltre al codice del consumo, il d.l. 31 gennaio 2007, n. 7 (c.d. decreto Bersani), convertito con modificazioni nella L. 2 aprile 2007, n. 40¹⁹, nonché, come anticipato, la normativa in materia di riservatezza e protezione dei dati personali, tenendo così conto in modo completo nell'analisi delle condizioni contrattuali di tutti gli elementi che potessero (o, quantomeno, tendessero a) compromettere le tutele accordate ai consumatori dal nostro ordinamento.

Condizioni generali di contratto nei contratti tra professionisti: clausole vessatorie e inique nella disciplina del codice civile. La rilevanza del Decreto Bersani

L'indagine svolta ha interessato, come accennato, anche l'attività di offerta di programmi di intrattenimento e di informazione nei confronti di soggetti non consumatori, attività ugualmente contraddistinta da un ampio (se non esclusivo) utilizzo della tipologia dei contratti per adesione, predisposti dalle imprese per regolare un numero indefinito di rapporti con i propri clienti.

In relazione ai clienti professionali devono essere effettuate diverse considerazioni.

Per quanto riguarda le condizioni contrattuali utilizzate, si rileva l'utilizzo di condizioni specifiche dedicate ai pubblici esercizi, che sono quindi state valutate ed analizzate alla luce della disciplina codicistica generale di cui agli artt.li 1341 e 1342 c.c., essendo esclusa per i contratti tra professionisti l'applicazione della disciplina consumeristica sopra descritta, salvo che si tratti di microimprese, cui – ai sensi del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in L. 24 marzo 2012, n. 27 – viene estesa (almeno in parte) la tutela del codice dei consumatori.²⁰

¹⁹ “Misure urgenti per lo sviluppo, la crescita e la promozione della concorrenza e della competitività, per la tutela dei consumatori e per la liberalizzazione di settori produttivi”.

²⁰ Secondo la definizione recata dall'art. 18, comma 1, lett. d-bis del Codice del consumo, sono

Da sottolineare che una nozione più ampia della nozione classica di Consumatore è prevista dal decreto Bersani, che estende la propria forza vincolante a “tutti i fruitori finali dei prodotti e dei servizi considerati, che si trovino a stipulare contratti tramite formulari con soggetti professionali di determinati settori commerciali [...] senza possibilità di modificare il contenuto di tali contratti”²¹, garantendo anche a questi ultimi le tutele previste per i privati.

Come è noto, in relazione alle clausole vessatorie inserite nei contratti tra professionisti, esse, per godere di efficacia, devono, ai sensi dell'art. 1341 c.c., essere conosciute o conoscibili dall'aderente e recare la sua specifica approvazione per iscritto (mediante sottoscrizione separata e distinta da quella in calce alle condizioni generali del contratto predisposto dall'altra parte), obbligo che viene meno solo ove la clausola iniqua abbia formato oggetto di specifica trattativa.²² Lo stesso vale per i contratti conclusi mediante moduli e

“microimprese: entità, società o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003”.

²¹ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza 16 ottobre 2015, n. 4773, capo n. 23.1, per cui “la nozione di consumatore cui fa riferimento il legislatore in tale decreto, per la mancanza di richiami al D. Lg.vo n. 206/05, per la mancanza di riferimenti, nelle singole previsioni contenute negli artt.li 1 e ss., alla natura giuridica dei soggetti che stipulano i contratti per adesione considerati dal legislatore e per l'evidente perseguimento della finalità di garantire tutti i fruitori finali dei prodotti e dei servizi considerati, che si trovino a stipulare contratti tramite formulari con soggetti professionali di determinati settori commerciali [...] senza possibilità di modificare il contenuto di tali contratti, deve intendersi in senso ampio, ossia riferita a tutti i contraenti (deboli) che, per ottenere il servizio o il prodotto nel settore considerato, devono soggiacere alla contrattazione tramite formulari imposta da soggetti professionali di tali settori, a prescindere quindi dalla loro natura giuridica e dalla loro forza economica”.

²² Secondo il disposto dell'art. 1341 c.c. “1. Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza. 2. In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà

formulari, disciplinati dall'art. 1342 c.c. In questo caso, le clausole aggiunte per iscritto prevalgono su quelle del modulo o del formulario se incompatibili e si applica, in quanto espressamente richiamato, il secondo comma dell'art. 1341 c.c. relativo alle clausole onerose.

La conseguenza della mancata specifica approvazione è dibattuta in dottrina e giurisprudenza.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, la specifica approvazione scritta costituisce un requisito di forma *ad substantiam*, la cui inosservanza importa la nullità assoluta della clausola stessa, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento.²³ Si tratta anche in questo caso di una nullità parziale posto che, se il vizio della clausola si estendesse al contratto, si esporrebbe l'aderente al rischio di una declaratoria di nullità totale del contratto contraria al suo interesse.

L'interesse per la clientela business nell'ambito di un'analisi specificamente dedicata alla tutela dei consumatori è sorta considerando che, nell'ambito dell'offerta di contenuti e programmi televisivi, cinematografici o sportivi tramite la tecnologia satellitare o digitale²⁴, la dimensione professionale del cliente viene ad assumere decisiva importanza in relazione all'indebito utilizzo degli abbonamenti privati in luoghi pubblici. Ciò costituisce, per quanto a noi interessa, precisa violazione degli obblighi contrattuali assunti dal soggetto

tramite adesione ai contratti oggetto della nostra analisi, sostanziandosi, in senso più ampio, in un (mal)costume che ha creato, e continua a creare, non poche difficoltà alle emittenti satellitari e digitali, facendo emergere una casistica così diffusa da aver interessato persino il Giudice europeo.²⁵

di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria". L'elenco di cui al secondo comma dell'art. 1341 c.c. è considerato tassativo dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie. Tale norma è ritenuta di carattere eccezionale e quindi non suscettibile di interpretazione analogica ma solo di interpretazione estensiva all'interno dei tipi di clausole indicate (Bianca, Condizioni generali, 5; Id., Diritto civile, 352. In senso contrario, afferma il carattere esemplificativo e non tassativo dell'elenco, desunto dalla asserita non eccezionalità della norma, Cesàro, Condizioni generali di contratto ed elencazione delle clausole vessatorie, in RTDPC, 1991, 60).

²³ Si vedano in questo senso Cass. 16394/2009 nonché Cass. 547/2002.

²⁴ Tale casistica sembrerebbe, almeno al momento, esclusa o meno rilevante in relazione alle internet tv e ai servizi streaming.

²⁵ Si veda *infra* paragrafo 5, nota 35.

CLAUSOLE OGGETTO DI VALUTAZIONE

1. In generale: trasparenza e chiarezza delle condizioni generali di contratto

La lettura delle condizioni generali di contratto oggetto di analisi ha fatto emergere, per la maggior parte degli operatori, l'esigenza di rendere più chiara e trasparente la propria documentazione contrattuale. In particolare, si è riscontrato l'utilizzo di tecnicismi, di termini con significato improprio²⁶, la poco chiara individuazione dei soggetti coinvolti e dei loro ruoli nell'ambito del rapporto contrattuale, così come l'incertezza delle stesse strutture contrattuali, tutti fattori che possono sovente comportare difficoltà nella lettura e comprensione delle relative clausole.

Sono inoltre emersi difetti di coordinamento tra le diverse parti del contratto, difetti che vanno senz'altro affrontati e risolti; coerenza e coordinamento delle diverse fonti e livelli contrattuali costituiscono infatti un'esigenza fondamentale nell'offerta di servizi di entertainment.

Anomalie in termini di coordinamento sono ad esempio quelle rinvenute tra le definizioni contenute nei glossari ed il (successivo) utilizzo nelle condizioni di contratto. In questo senso, benché si guardi con assoluto favore all'introduzione di una guida terminologica nell'ambito di contratti complessi (e stratificati) come quelli in esame, tali glossari devono essere caratterizzati da precisione e completezza (e i relativi termini, non è superfluo precisarlo, andrebbero indicati in ordine alfabetico, così come dovrebbero essere poi rispettati con coerenza e precisione nei vari livelli contrattuali).

In fase di redazione delle condizioni e dei relativi glossari, appare pertanto fondamentale l'univocità del significato conferito ad una determinata parola: ogni termine deve avere un unico significato e solo con tale significato deve

essere poi utilizzato nell'ambito di tutta la documentazione contrattuale. Le definizioni non possono dunque sopportare alcuna deroga: modificando il significato o l'uso della locuzione, infatti, viene meno la sua univocità semantica, con conseguente compromissione dell'armonia (e financo – nei casi più gravi – dell'efficacia) del contratto o di alcune sue previsioni.

Per quanto riguarda i fornitori di servizi con sedi e uffici collocati esclusivamente in Paesi esteri, inoltre, non sempre la qualità della traduzione italiana della documentazione contrattuale è tale da consentire la dovuta chiarezza e trasparenza, ciò che potrebbe rivelarsi problematico in fase di esecuzione del contratto, anche in contesti caratterizzati da bassi costi ed estrema semplicità di utilizzo del servizio.

Scelta del tutto condivisibile in termini di semplificazione, peraltro adottata dalla maggior parte degli operatori, pare la predisposizione di un documento di sintesi sulle caratteristiche ed i contenuti del contratto nella forma di “guide all'uso” o “Easy guide”, purché ne venga chiarito il valore contrattuale o meno.

2. Le limitazioni all'utilizzo dei contenuti

I contratti analizzati prevedono limitazioni territoriali all'utilizzo dei contenuti.²⁷ L'abbonamento sottoscritto in Italia, in altre parole, potrà essere utilizzato unicamente nel territorio italiano (il più delle volte, con estensione convenzionale ai territori della Repubblica di San Marino e allo Stato Città del Vaticano).

Tali limitazioni, se da un lato vengono giustificate in considerazione della natura territoriale normalmente attribuita ai diritti televisivi di cui gli operatori sono titolari, dall'altro possono presentare profili di contrarietà al diritto europeo. In questo senso, nell'ambito di un'indagine Antitrust iniziata nel giugno 2015, l'Unione ha aspramente criticato quelle clausole contrattuali, presenti nei contratti di licenza tra case di produzione cinematografiche (c.d. major) ed emittenti, volte a limitare agli utenti la fruizione di contenuti a seconda dello Stato di residenza dei medesimi all'interno dello Spazio Economico Europeo.²⁸

26 È stato rilevato, tra i tanti, l'utilizzo della locuzione “condizione risolutiva” in relazione a una clausola chiaramente strutturata quale clausola risolutiva espressa, ai sensi dell'art. 1456 del Codice civile. Si intende, infatti, per condizione risolutiva quell'elemento futuro e incerto dal quale le parti fanno dipendere l'eliminazione degli effetti del negozio. Diversamente, la clausola risolutiva espressa, disciplinata dall'art. 1456 c.c., è la clausola contrattuale con la quale le parti prevedono espressamente che il contratto dovrà considerarsi automaticamente risolto qualora una determinata obbligazione – o talune obbligazioni specificamente indicate – non venga adempiuta affatto o non venga eseguita rispettando le modalità pattuite (si veda TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, ventunesima edizione, Giuffrè, Milano, par. 321 e 351).

27 Da intendersi quali i contenuti digitali, film, telefilm, programmi tv, spettacoli di intrattenimento erogati dagli operatori e coperti da diritto d'autore o diritti di esclusiva.

28 In questo senso, la Commissione ha reso vincolanti gli impegni assunti da Paramount, una delle major coinvolte, di non azionare né rendere esecutive tali clausole presenti nei contratti di licenza con ogni emittente nel territorio e di non introdurre (o reintrodurre)

Al fine di rispettare tali clausole, gli operatori pongono infatti in essere misure di geoblocking nei confronti degli utenti che tentino la fruizione da uno stato membro diverso da quello in cui è basato il sito web dell'esercente del servizio, con l'effetto di imporre restrizioni in relazione al solo criterio della residenza.²⁹ La problematica delle limitazioni territoriali non riguarda, in alcuni casi, le produzioni dirette degli operatori, quando queste ultime risultano fruibili in tutti i paesi in cui il servizio è attivo, indipendentemente dal luogo di

nei contratti di licenza nuove clausole di questo tipo. Tali impegni si applicheranno per un periodo di cinque anni, in tutto il territorio dello Spazio Economico Europeo in relazione a tutti i servizi offerti (pay tv, streaming e on demand). Si veda in questo senso, il comunicato stampa della Commissione europea "Antitrust: Commission accepts commitments by Paramount on cross-border pay-TV services" secondo cui "The European Commission has made commitments offered by Paramount legally binding under EU antitrust rules. These address the Commission's concerns regarding certain clauses in film licensing contracts for pay-TV between Paramount and Sky UK. These clauses prevented Sky UK from allowing EU consumers outside the UK and Ireland to access films via satellite or online. They also required Paramount to ensure that broadcasters other than Sky UK are prevented from making their pay-TV services available in the UK and Ireland. Paramount has now committed that it will neither act upon nor enforce these clauses in existing film licensing contracts for pay-TV with any broadcaster in the European Economic Area (EEA). It has also committed to refrain from (re)introducing such clauses in film licensing contracts for pay-TV with any broadcaster in the EEA [...] The commitments will apply throughout the EEA for a period of five years and cover both standard pay-TV services and, to the extent that they are included in film licensing contracts for pay-TV with a broadcaster, subscription video-on-demand services as well. The commitments cover both online services and satellite broadcast services. Finally, the commitments also contain a non-circumvention IP/16/2645 clause, as well as clauses on the review of the commitments and the appointment of a monitoring trustee".

29 In questo senso, il Consiglio dell'Unione europea ha peraltro approvato un progetto di regolamento che vieta i blocchi geografici ingiustificati tra Stati membri. I blocchi geografici sono una pratica discriminatoria che impedisce ai clienti online di accedere e acquistare prodotti o servizi da un sito web basato in un altro Stato membro. Il progetto di regolamento si prefigge di eliminare la discriminazione fondata sulla nazionalità, il luogo di residenza o il luogo di stabilimento dei clienti (cfr. Comunicato Stampa Consiglio dell'UE del 28 Novembre 2016).

sottoscrizione del contratto.³⁰ Viene, chiaramente, fatto salvo il caso in cui l'operatore, nella veste di produttore di contenuti ed editore, decida di concedere in licenza i relativi diritti ad altro operatore del mercato, che sarà pertanto titolare della diffusione entro i limiti convenuti.

Risultano in ogni caso pienamente legittime (ed anzi, la presenza di tali statuizioni è auspicabile in termini di chiarezza e trasparenza nei confronti della clientela) le clausole che mettano al corrente l'utente della possibilità per l'operatore di variare o interrompere la trasmissione di determinati contenuti in relazione al venir meno, per qualsiasi ragione, della titolarità o disponibilità dei diritti sui medesimi.³¹

30 È il caso, ad esempio, delle produzioni Netflix, che – secondo quanto comunicatoci in sede di audizione – sono disponibili in tutti i paesi in cui l'azienda americana opera. Si tratta in questo caso di un servizio globale, che esclude – secondo quanto comunicato in sede di audizione – unicamente la Siria, zona dove, per ragioni di impossibilità di trasmissione, non risulta possibile operare.

31 Si vedano in questo senso, art. 15 – Contenuti, contratto MEDLASET PREMIUM – versione del 19/04/2016, secondo cui "Mediaset Premium, in considerazione dei diritti di cui è titolare o dell'eventuale acquisizione di nuovi diritti e/o nuovi contenuti, si riserva la facoltà di variare sostituire ed interrompere tutti i contenuti inclusi nei Pacchetti prescelti dai Clienti, a qualunque genere essi appartengano (sportivo, calcistico, cinematografico, etc.)", nonché SKY, condizioni generali di abbonamento e servizi televisivi business – pubblici esercizi, art. 9.2. "Resta inteso con riferimento in particolare ai contenuti dei Pacchetti Sport e Calcio, mensili o annuali, che gli stessi sono soggetti a variazioni in base ai diritti che sono nella disponibilità di SKY all'inizio di e/o durante ciascun campionato. Tali variazioni potranno verificarsi anche con riguardo ad altri Pacchetti o canali dell'offerta e in tal caso SKY provvederà a darne informazione agli Abbonati".

Nello stesso senso, è certamente lecita la limitazione prevista nell'ambito dei contratti business per la diffusione dei contenuti Cinematografici negli esercizi commerciali, limitazione che dipende dall'estensione dei diritti di trasmissione sui contenuti acquistati dalle case di produzione cinematografica. Si vedano FAQ sito SKY – sezione business "Posso trasmettere i contenuti cinema? No, per un tema legato ai diritti cinematografici non è possibile trasmettere tali contenuti."

3. Le interruzioni del servizio

La totalità dei contratti analizzati prevede limitazioni della responsabilità degli operatori in relazione alla mancata possibilità di fruizione del servizio per problemi di connessione internet oppure, più in generale, per difficoltà di ricezione legate a problemi tecnici o tecnologici del cliente. Tali clausole sono da considerarsi perfettamente legittime in un contesto in cui il fruitore prende atto, sin dalla fase informativa e precontrattuale, di doversi dotare della tecnologia utile (e necessaria) all'utilizzo del servizio.

Interruzioni o sospensioni del servizio possono inoltre essere connesse a problemi tecnici occorsi all'operatore o alla necessità di quest'ultimo di porre in essere interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria del servizio. Alcuni dei contratti analizzati evitano di disciplinare tali ipotesi o declinano in ogni caso le responsabilità relative ad interruzioni e sospensioni del servizio. Tuttavia se, come è ovvio, non può richiedersi all'operatore di assumersi responsabilità per la mancata trasmissione in casi di forza maggiore o in ogni caso che fuoriesca dalla sfera di controllo del medesimo³², nell'eventualità di interruzione del servizio per fatto dell'operatore, sarebbe auspicabile l'introduzione di meccanismi di compensazione o riparazione commisurati, per quanto possibile, al danno subito dall'utilizzatore.

Si segnalano (in senso positivo) le seguenti ipotesi:

- l'art. 14.2 contratto Mediaset Premium, versione 19.04.2016, secondo cui “Mediaset Premium potrà interrompere il Servizio al fine di effettuare necessari interventi di riparazione, manutenzione, ampliamento e/o miglioramento del Servizio stesso. Qualora tali interruzioni dovessero durare per più di 3 (tre) giorni lavorativi, Mediaset Premium riconoscerà al contraente un rimborso, di importo pari al valore del Pacchetto non fruito rapportato al periodo di effettiva mancata fruizione del Servizio, in uno dei successivi pagamenti dei Corrispettivi”, nonché

32 Sono quindi da ritenersi legittime le clausole di limitazione della responsabilità così delineate. “Sky non sarà responsabile di interruzioni e/o sospensioni del Servizio e/o dei programmi e/o dei canali dovute a cause di Forza Maggiore, intendendosi per Forza Maggiore circostanze fuori dal controllo di Sky quali, a titolo esemplificativo ma non esaustivo: allagamenti, terremoti, incidenti ed altri disastri naturali, oltre ad atti e/o omissioni di servizi di telecomunicazione o di energia elettrica e in genere di prodotti e/o servizi forniti da terzi” (condizioni generali SKY).

la buona prassi portata avanti, per quanto a nostra conoscenza, da Now Tv (streaming tv di Sky) che, in seguito ad una interruzione del servizio durante la trasmissione in diretta di eventi sportivi in esclusiva, ha prolungato di sette giorni, a titolo di riparazione, la possibilità di usufruire del Ticket Sport mensile in aggiunta al periodo di visione acquistato.³³

Si rimanda al successivo punto 5) per le considerazioni in relazione alle interruzioni del servizio in caso di violazione delle norme contrattuali.

4. I costi per attivazione e recesso

Alcuni contratti prevedono costi per attivazione del servizio e recesso dal medesimo. Perché possano essere considerati legittimamente imposti alla clientela, tali costi devono essere tuttavia commisurati alle attività effettivamente poste in essere in fase di attivazione e disattivazione del servizio e, in caso di recesso, non mascherare addebiti punitivi (penali) per il recesso anticipato.

In questo senso si è pronunciato anche il Consiglio di Stato, sez. III, con sentenza 16 ottobre 2015, n. 4773, secondo cui sono da ritenersi illegittimi, alla stregua di quanto previsto dall'art. 1, comma 3, del d.l. 31 gennaio 2007, n. 7 (c.d. decreto Bersani), convertito con modificazioni nella L. 2 aprile 2007, n. 40, l'addebito in fase di recesso di costi che attengono ad altre fasi del rapporto contrattuale (anche se effettivamente sostenuti per l'attivazione del servizio, con l'installazione del decoder, della smart card e della parabola) per importi che sono tutt'altro che irrilevanti e comunque tali da rendere difficile e/o costoso il recesso.

Ovviamente, l'illegittimità dell'imposizione di costi “non pertinenti, e quindi non giustificati, non implica affatto che i costi sostenuti per l'accesso al servizio (per la fornitura e l'attivazione di parabola, decoder e smart card) non possano essere posti direttamente a carico dell'utente attraverso legittimi sistemi di recupero [...]. Come ha affermato il TAR, l'operatore può, quindi, legittimamente recuperare tutte le spese, sia quelle sostenute in fase iniziale

33 Tale modalità di compensazione/riparazione è stata comunicata tramite mail ad ogni acquirente del Ticket Sport nei termini che seguono: “Ciao, siamo molto dispiaciuti per il disservizio riscontrato. Per questo motivo vogliamo scusarci regalandoti 7 giorni del Ticket Sport Mensile in aggiunta al periodo di visione”.

(ma facendole rientrare nel canone di abbonamento o nel canone mensile), sia quelle direttamente affrontate per il recesso (facendoli rientrare nel “costo del recesso”).³⁴

5. Le penali

Le condizioni di contratto analizzate prevedono addebiti imputati a vario titolo al cliente.

In alcune ipotesi, tali addebiti integrano vere e proprie penali, come nel caso di addebito al Cliente una somma forfettaria nel caso di furto, smarrimento (o, in ogni caso, mancata restituzione), distruzione o danneggiamento delle attrezzature tecniche necessarie alla fruizione del servizio (smart card o decoder) qualora queste ultime siano date ai Clienti nella forma della locazione o del comodato d'uso.

Non è superfluo ricordare come l'imputazione al cliente di addebiti di questo tipo sia lecito purché di consistenza non eccessiva ed in ogni caso commisurata in modo chiaro e non equivoco al costo delle attrezzature danneggiate e/o smarrite ed al costo effettivamente sostenuto per il loro recupero da parte dell'operatore, oltre ad una quantificazione ragionevole del danno subito dall'operatore (giustificabile se connesso, ad esempio, al valore effettivo del dispositivo danneggiato o rubato). Se manifestamente eccessive, invece, le penali previste devono essere intese come vessatorie (e le relative clausole nulle) ai sensi dell'art. 33, lettera f) del codice del consumo.

Alternativa alla previsione di penali potrebbe essere, per il caso di furto o danneggiamento, il rilascio di una cauzione di importo pari o comunque parametrato al valore delle attrezzature necessarie alla fruizione del servizio. Parrebbe ragionevole dividere il costo della cauzione per la durata contrattuale (ad esempio, con un versamento iniziale più elevato e una quota addebitata in aggiunta al prezzo dell'abbonamento mensile), considerato che un versamento elevato in fase di ingresso rischierebbe di disincentivare la sottoscrizione di abbonamenti. Nel caso in cui dovesse adottarsi una tale strategia, la divisione dei costi dovrebbe essere illustrata e spiegata al cliente in modo chiaro e trasparente.

Quanto al maggior danno, che nelle condizioni di contratto è il più delle volte “fatto salvo” a vantaggio dell'operatore, purché sia data la prova che il danno

effettivamente subito non è integralmente coperto da quanto (già) stabilito a titolo di penale.

Si precisa che, in relazione ai contratti con soggetti diversi dai consumatori, alla penale manifestamente eccessiva, benché specificamente accettata, si applica in ogni caso l'art. 1384 c.c. che prevede la possibilità di ottenere giudizialmente una equa riduzione della somma addebitata, tenuto conto dell'interesse che il creditore aveva all'adempimento.³⁵

35 *Anche nei contratti business sono infatti previste penali a vario titolo. Appaiono particolarmente interessanti (per importo e qualità) quelle relative alla fruizione del servizio. Si vedano, a titolo esemplificativo, le condizioni di abbonamento ai servizi televisivi per business – pubblici esercizi, che all'art. 5 prevedono “5.1 L'Abbonato si impegna: a) ad usufruire del Servizio esclusivamente presso l'indirizzo indicato nella Richiesta di Abbonamento quale luogo di installazione del/i Decoder forniti da SKY, restando inteso che non è consentito usufruire del Servizio (i) all'esterno del Pubblico Esercizio e (ii) nelle stanze delle strutture che consentano un alloggio temporaneo quali ad esempio, sale cinema, stanze di hotel, di pensioni e di residence e comunque in qualsiasi altro luogo aperto al pubblico diverso dal Pubblico Esercizio indicato in Contratto. SKY si riserva di effettuare in qualsiasi momento, tramite propri incaricati, controlli diretti a verificare che la/le Smart Card abbinata/e non siano utilizzate per la fruizione del Servizio al di fuori dell'indirizzo indicato nella Richiesta di Abbonamento o presso soggetti diversi dal titolare dell'abbonamento. Ad esito dei controlli, gli incaricati redigeranno un documento informativo che verrà comunicato a SKY per le necessarie verifiche. Nei casi in cui vengano riscontrati usi illeciti, SKY potrà sospendere il Servizio, dandone comunicazione all'Abbonato nelle modalità ritenute più opportune, ferma la possibilità di richiedere la penale prevista al successivo articolo 5.2, e di procedere alla risoluzione del contratto; b) a comunicare immediatamente a SKY, con raccomandata con ricevuta di ritorno, ogni modifica dell'indirizzo indicato nella Richiesta di Abbonamento quale luogo di installazione del Decoder, restando inteso che il Decoder non potrà essere installato fuori dal Territorio; c) resta inteso che la condivisione dei contenuti o la messa a disposizione in rete ad altri soggetti, in assenza dell'autorizzazione del legittimo titolare dei contenuti, è illecita e SKY si riserva di effettuare dei controlli in qualsiasi momento e con qualsiasi modalità. Nei casi in cui vengano riscontrati usi illeciti, SKY potrà sospendere il Servizio, dandone comunicazione all'Abbonato nelle modalità ritenute più opportune, ferma la possibilità di richiedere la penale prevista al successivo articolo 5.2, e di procedere alla risoluzione del contratto. SKY si riserva di procedere con la sospensione del Servizio anche nel caso di rifiuto da parte dell'Abbonato a collaborare per consentire di effettuare le verifiche; d) a corrispondere i compensi determinati dagli accordi fra la SLAE e*

34 *Si veda Consiglio di Stato, sez. III, con sentenza 16 ottobre 2015, n. 4773, capo 26.1.*

Una particolare tipologia di penale - relativa al mondo delle pay tv tradizionali³⁶ - riguarda l'addebito di somme di denaro in capo al Cliente in caso di violazione da parte di quest'ultimo delle regole e modalità consentite per la fruizione del servizio. Ci si riferisce, in particolare, a due ipotesi:

- quella generale e più ampia dell'utilizzo di abbonamenti privati per utilizzo domestico in un luogo/indirizzo (privato) diverso da quello dichiarato al momento dell'adesione³⁷ nonché,

le associazioni di categoria in relazione alle esecuzioni di opere protette effettuate nell'ambito di locali pubblici o aperti al pubblico; e) ad utilizzare il Servizio nel rispetto dei diritti di proprietà intellettuale e/o industriale di SKY e/o di terzi, restando inteso che è vietato qualsiasi uso diverso da quello stabilito ai sensi del precedente punto (5.1.a) di qualsivoglia testo, immagine, suono, video o informazione messi a disposizione dell'Abbonato a mezzo del Servizio e che, pertanto, l'Abbonato sarà responsabile per qualunque violazione dei diritti di proprietà industriale o intellettuale di SKY o di terzi e malleverà e terrà indenne SKY da qualunque conseguenza pregiudizievole derivasse dalla violazione di tali diritti; f) a mantenere riservato il codice segreto impostato dall'Abbonato con il telecomando (il "Codice Segreto") e sarà responsabile per l'uso illegittimo da parte di terzi che lo abbiano da lui appreso anche contro la sua volontà. 5.2 La violazione degli obblighi assunti dall'Abbonato ai sensi dei precedenti punti 5.1.a), 5.1.b), 5.1.c), 5.1.e) configurano un reato punibile ai sensi dell'art. 14, comma 1, della legge 248/00 con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da Euro 2.582,00 (duemilacinquecentoottantadue/00) a Euro 15.493,00 (quindicimilaquattrocentonovantatre/00). In tali casi, SKY avrà diritto di richiedere all'Abbonato il pagamento di una penale di Euro 4.000,00 (quattromila/00) per ciascuna violazione, salvo ogni altro diritto di SKY ivi compreso il risarcimento del maggior danno. Sarà facoltà di SKY procedere sia civilmente che penalmente nei confronti dei responsabili".

36 *Ma che sembra sconosciuto alle streaming tv.*

37 *La questione è ancor più peculiare se riferita all'utilizzo in un paese membro di schede e decoder relativi ad abbonamenti acquistati in un altro paese membro. Significativa in questo senso la sentenza Corte di Giustizia dell'Unione europea nelle cause C-403/08 e C-429/08 e Football Association Premier League e a. / QC Leisure e Karen Murphy / Media Protection Services Ltd, secondo cui "Un sistema di licenze per la ritrasmissione degli incontri di calcio, che riconosce agli enti di radiodiffusione un'esclusiva territoriale per Stato membro e che vieta ai telespettatori di seguire tali trasmissioni con una scheda di decodificazione in altri Stati*

- come ipotesi speciale rispetto alla prima, quella (annosa e dibattuta) dell'utilizzo di abbonamenti residenziali privati nell'ambito di esercizi commerciali.

Le violazioni sopra descritte comportano per il soggetto, oltre a (eventuali) conseguenze penali³⁸, contestazioni dal punto di vista contrattuale, posto che

membri, è contrario al diritto dell'Unione".

Si veda in questo senso il comunicato stampa 102/11 del 04 ottobre 2011 secondo cui "Le controversie da cui sono scaturite le presenti cause riguardano tentativi di elusione di tale esclusiva. Nel Regno Unito taluni bar-ristoranti hanno infatti iniziato, al fine di accedere agli incontri della Premier League, ad utilizzare schede straniere, rilasciate da un ente di radiodiffusione greco agli abbonati residenti in Grecia. Essi acquistano le schede ed il decodificatore presso un distributore a prezzi più vantaggiosi di quelli chiesti dalla Sky, titolare dei diritti di ritrasmissione nel Regno Unito.

Ritenendo che tali attività violino l'esclusiva dei diritti di diffusione televisiva pregiudicandone il valore, la FAPL ha cercato di porre termine a tale pratica per via giudiziaria. La prima causa (C-403/08) riguarda un'azione civile avviata dalla FAPL contro i bar-ristoranti che proiettano gli incontri della Premier League utilizzando schede greche nonché nei confronti dei fornitori di tali schede ai bar medesimi. La seconda causa (C-429/08) è scaturita da un'azione penale intentata nei confronti della sig.ra Karen Murphy, titolare di un pub in cui venivano proiettati gli incontri della Premier League utilizzando una scheda greca. Nell'ambito di queste due cause la High Court (Regno Unito) ha sottoposto alla Corte di giustizia una serie di questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione del diritto dell'Unione. Con la sentenza odierna la Corte rileva che una normativa nazionale che vieti l'importazione, la vendita o l'utilizzazione di schede di decodificazione straniere è contraria alla libera prestazione dei servizi e non può essere giustificata né con riguardo all'obiettivo della tutela dei diritti di proprietà intellettuale, né dall'obiettivo di incoraggiare l'affluenza del pubblico negli Stadi".

38 *Il Riferimento normativo è alla L. 248/00, "Art. 14. 1. L'articolo 171-ter della legge 22 aprile 1941, n. 633, è sostituito dal seguente: «Art. 171-ter. - 1. È punito, se il fatto è commesso per uso non personale, con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da cinque a trenta milioni di lire chiunque a fini di lucro: a) abusivamente duplica, riproduce, trasmette o diffonde in pubblico con qualsiasi procedimento, in tutto o in parte, un'opera dell'ingegno destinata al circuito televisivo, cinematografico, della vendita o del noleggio, dischi, nastri o supporti analoghi ovvero ogni altro supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere*

musicali, cinematografiche o audiovisive assimilate o sequenze di immagini in movimento; b) abusivamente riproduce, trasmette o diffonde in pubblico, con qualsiasi procedimento, opere o parti di opere letterarie, drammatiche, scientifiche o didattiche, musicali o drammatico-musicali, ovvero multimediali, anche se inserite in opere collettive o composite o banche dati; c) pur non avendo concorso alla duplicazione o riproduzione, introduce nel territorio dello Stato, detiene per la vendita o la distribuzione, distribuisce, pone in commercio, concede in noleggio o comunque cede a qualsiasi titolo, proietta in pubblico, trasmette a mezzo della televisione con qualsiasi procedimento, trasmette a mezzo della radio, fa ascoltare in pubblico le duplicazioni o riproduzioni abusive di cui alle lettere a) e b); d) detiene per la vendita o la distribuzione, pone in commercio, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, proietta in pubblico, trasmette a mezzo della radio o della televisione con qualsiasi procedimento, videocassette, musicassette, qualsiasi supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini in movimento, od altro supporto per il quale è prescritta, ai sensi della presente legge, l'apposizione di contrassegno da parte della Società italiana degli autori ed editori (SIAE), privi del contrassegno medesimo o dotati di contrassegno contraffatto o alterato ovvero produce, utilizza, importa, detiene per la vendita, pone in commercio, vende, noleggia o cede a qualsiasi titolo sistemi atti ad eludere, a decodificare o a rimuovere le misure di protezione del diritto d'autore o dei diritti connessi; e) in assenza di accordo con il legittimo distributore, ritrasmette o diffonde con qualsiasi mezzo un servizio criptato ricevuto per mezzo di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni ad accesso condizionato; f) introduce nel territorio dello Stato, detiene per la vendita o la distribuzione, distribuisce, vende, concede in noleggio, cede a qualsiasi titolo, promuove commercialmente, installa dispositivi o elementi di decodificazione speciale che consentono l'accesso ad un servizio criptato senza il pagamento del canone dovuto. 2. È punito con la reclusione da uno a quattro anni e con la multa da cinque a trenta milioni di lire chiunque: a) riproduce, duplica, trasmette o diffonde abusivamente, vende o pone altrimenti in commercio, cede a qualsiasi titolo o importa abusivamente oltre cinquanta copie o esemplari di opere tutelate dal diritto d'autore e da diritti connessi; b) esercitando in forma imprenditoriale attività di riproduzione, distribuzione, vendita o commercializzazione, importazione di opere tutelate dal diritto d'autore e da diritti connessi, si rende colpevole dei fatti previsti dal comma 1; c) promuove o organizza le attività illecite di cui al comma 1. 3. La pena è diminuita se il fatto è di particolare tenuità. 4. La condanna per uno dei reati previsti nel comma 1 comporta: a) l'applicazione delle pene accessorie di cui agli articoli 30 e 32-bis del codice penale; b) la pubblicazione della sentenza in uno o più quotidiani, di cui almeno uno a diffusione nazionale, e in uno o più periodici specializzati; c) la sospensione per un periodo di un anno della concessione o autorizzazione di diffusione radiotelevisiva per

gli operatori si riservano di addebitare al cliente inadempiente una penale di entità variabile, spesso parametrata al costo medio annuo di un abbonamento per locali pubblici. In quanto giustificata e ancorata ad un criterio facilmente verificabile (il costo medio annuo di un abbonamento business al momento della violazione), tali penali paiono giustificate e affatto manifestamente eccessive.³⁹

l'esercizio dell'attività produttiva o commerciale. 5. Gli importi derivanti dall'applicazione delle sanzioni pecuniarie previste dai precedenti commi sono versati all'Ente nazionale di previdenza ed assistenza per i pittori e scultori, musicisti, scrittori ed autori drammatici» Dal punto di vista giurisprudenziale, si vedano, Cass. Penale Sez. III, 29 ottobre 2014, n. 1991, in Foro Italiano, 2015, 2, 2, 69, secondo cui "è ravvisabile il fine di lucro, necessario ad integrare l'elemento soggettivo del reato di cui all'art. 171-ter, 1 comma, lettera e), L. n. 633/41, nella condotta del titolare di un bar che abbia ivi diffuso la trasmissione televisiva di una partita di calcio mediante l'utilizzo di una smart card abilitata esclusivamente alla visione di eventi sportivi in ambiti personali e domestici". Tribunale Torre Annunziata, Sez. II; 10 febbraio 2015, secondo cui "in tema di tutela del diritto d'autore, l'utilizzazione di una scheda elettronica per la ricezione dei programmi televisivi a pagamento presso un circolo privato, configura il reato di cui all'art. 171-ter L. 22 aprile 1941, n. 633, qualora il contratto posto in essere con la società di trasmissione dei programmi preveda l'uso strettamente personale e familiare di tale strumento". In questo caso, il reato contestato consiste nella diffusione non autorizzata di immagini criptate ricevute attraverso apparato di decodificazione.

39 *Articolo 5.2 contratto Sky, laddove è previsto che "La violazione degli obblighi assunti dall'Abbonato ai sensi dei precedenti punti 5.1.a) e e) configurano un reato punibile ai sensi dell'art. 14, comma 1, della legge 248/00 con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da € 2.582,00 a € 15.493,00. In tali casi, Sky avrà diritto di richiedere all'Abbonato il pagamento di una penale di € 4.000,00 (quattromila/00), importo calcolato in base al costo medio di un abbonamento per i locali pubblici per un periodo di dodici mesi, oltre ad un importo per riparare il pregiudizio arrecato a Sky, salvo ogni altro diritto di Sky ivi compreso il risarcimento del maggior danno. Sarà facoltà di Sky procedere sia civilmente che penalmente nei confronti dei responsabili".*

Art. 11.1 e 11.2 del contratto Mediaset Premium, laddove si fa espressa previsione di quanto segue: "11.1 [...] Pertanto, in caso di violazione di quanto sopra, il Contraente sarà tenuto a manlevare e tenere indenne RTI, che si riserva ogni azione a tutela dei propri interessi, da ogni perdita, risarcimento, penale, spesa di investigazione e lite e conseguenza pregiudizievole in cui RTI potrebbe incorrere a causa di tale inadempimento e/o violazione da parte del Contraente delle vigenti normative nazionali ed internazionali in materia di

In questo senso, pare non condivisibile la tesi affermata dal Tribunale di Modena 12 gennaio 2015 e, prima ancora, dal Tribunale di Sulmona 25 febbraio 2011, che hanno ritenuto la penale prevista dal contratto residenziale Sky “manifestamente eccessiva rispetto all’economia complessiva del contratto che prevedeva come importo dell’abbonamento annuale ad uso domestico e privato la somma complessiva di euro 588,00”: nella quantificazione della penale, infatti, il termine di paragone non può e non deve essere il costo dell’abbonamento residenziale privati, bensì quello dell’abbonamento “club” o “professionale”, in considerazione dei costi più elevati – anche in termini di acquisto dei diritti televisivi – che il gestore sostiene al fine di consentire la diffusione pubblica (e dunque ampia) di determinati contenuti.

Da tenere in considerazione, in relazione alla valutazione di legittimità di penali di questo tipo, la circostanza che il cliente sia reso edotto, sin dal momento dell’adesione, tramite clausole chiare e ben precise, dell’estensione e dei limiti di fruibilità del proprio abbonamento. Tali sanzioni contrattuali sono applicate, oltre che nel caso peculiare sopra descritto, in ogni caso di utilizzo illecito dei contenuti, anche in termini di contraffazione dei medesimi.

Deve essere infine segnalato che i nuovi player del mercato, che operano utilizzando la tecnologia streaming (nella nostra analisi, Chili e Netflix) non prevedono addebito di penali in caso di violazioni di questo tipo, bensì l’interruzione del servizio medesimo e la risoluzione del contratto. In questi casi pare corretto esplicitare che viene fatta comunque salva – a maggiore tutela dell’operatore stesso che subisca una violazione (e che potrebbe essere chiamato a rispondere della medesima nei confronti del titolare dei diritti, quando non lo sia esso stesso) – la piena legittimazione del medesimo ad intraprendere le opportune azioni in sede giudiziale (civile, quanto al risarcimento del danno, e penale, quanto alla violazione delle norme a tutela

diritti di proprietà intellettuale e/o industriale, privative e/o diritti connessi. 11.2 Qualunque violazione degli obblighi assunti dal Contraente ai sensi del precedente art. 11.1 darà diritto a RTI di richiedere al Contraente il pagamento da parte dello stesso o da parte del Delegato al Pagamento di una penale pari a €3.000,00 (tremila/00) salvo ogni altro diritto di RTI ivi compreso il risarcimento del maggior danno subito”.

Art. 11. 2 Infinity, secondo cui “Qualunque violazione degli obblighi assunti dal Cliente ai sensi del precedente art. 11.1 darà diritto a RTI di richiedere al Cliente il pagamento da parte dello stesso al pagamento di una penale sino a € 3.000 (tremila/00) salvo ogni altro diritto di RTI, ivi compreso il risarcimento del maggior danno subito”.

del diritto d’autore e antipirateria) nei confronti degli utenti trasgressori.⁴⁰

6. Privacy e profilazione

L’analisi effettuata ha evidenziato una serie di (potenziali) criticità in termini di protezione del diritto alla riservatezza, con particolare riferimento alle attività di profilazione del gradimento e delle abitudini di utilizzo e visione dei contenuti televisivi, che gli operatori pongono in essere a fini di personalizzazione e miglioramento del servizio⁴¹.

Le analisi delle scelte, delle abitudini e dei gusti della clientela sono in molti casi seguite da comunicazioni – effettuate tramite e-mail o messaggio nell’ambito

40 Si veda art. 4.6 Condizioni di utilizzo Netflix “Avremo la facoltà di limitare o interrompere l'utilizzo del nostro servizio da parte tua qualora tu violassi le presenti Condizioni di utilizzo o utilizzassi il nostro servizio in maniera illecita o fraudolenta”.

Artt.li 8.2, 8.3 e 8.4 Condizioni generali di contratto Chili: “8.3 I Contenuti sono di proprietà di Chili o concessi in licenza d'uso da Fornitori di Contenuti a Chili e sono protetti da copyright e dalle vigenti norme nazionali ed internazionali in materia di tutela dei diritti di Proprietà Intellettuale e/o Industriale; 8.4 Il Servizio Chili e i relativi Contenuti dovranno essere utilizzati dall'Utente nel rispetto dei diritti di proprietà intellettuale e/o industriale di Chili e/o di terzi. L'Utente non potrà modificare, copiare, distribuire, trasmettere, riprodurre, pubblicare, concedere in licenza, creare lavori derivati, trasferire, adattare, vendere, noleggiare, condividere in rete, affittare i Contenuti a terzi o agevolare uno dei suddetti elementi; ove l'Utente contravvenisse a tali obblighi e violando i diritti di proprietà intellettuale dei Fornitori di Contenuti, di Chili o di soggetti terzi ne sarà responsabile secondo quanto previsto dalle leggi; 8.5 L'Utente accetta espressamente che ogni copia non autorizzata o la violazione delle disposizioni sopra previste determinano la risoluzione automatica del presente Contratto ai sensi e per gli effetti dell'art. 1456 c.c., nonché la cessazione automatica del Servizio Chili, salvo in ogni caso il risarcimento dei danni subiti da Chili”.

41 Per attività di profilazione si intende “la definizione di “profili” di utenti (sulla base di caratteristiche, comportamenti, scelte, abitudini) allo scopo di fornire servizi o promozioni personalizzate” (cfr. comunicazione del Garante avente ad oggetto “Profilazione on line: regole chiare e più tutele per la privacy degli utenti Consenso obbligatorio, revocabile in ogni momento. Garanzie anche per gli utenti senza account di accesso ai servizi” del 6 maggio 2015).

del proprio profilo personale – delle novità in catalogo e dei consigli di visione personalizzati.

Di tutta evidenza come il passo sia breve per giungere all'utilizzo dei dati così raccolti a fini pubblicitari e/o di marketing, specie nell'ambito dei servizi streaming a rinnovo automatico mensile oppure nei servizi puramente on demand, che, per la flessibilità ad essi connaturata in termini di estrema facilità di disdetta, necessitano di fidelizzare e interessare l'utente in modo costante e continuo.

Tali operazioni di profilazione sono da considerarsi lecite, e quindi ammissibili, qualora:

- l'utente, informato in modo completo e puntuale, abbia espressamente e preliminarmente consentito alla raccolta ed analisi delle informazioni circa la sua fruizione dei contenuti televisivi;
- il consenso così espresso circa la profilazione del gradimento possa essere revocato secondo i desiderata dell'utente in modo semplice, trasparente e diretto;
- vengano adottate pratiche di profilazione poco invasive, ad esempio suddividendo gli utenti in macrocategorie di consumo ed evitando la profilazione incrociata tra utenti telefonici e televisivi⁴²;
- tale consenso sia specifico e relativo unicamente alle attività di profilazione, con la conseguenza che eventuali trattamenti di marketing che coinvolgano tali dati vengano fatti oggetto di separata e specifica acquisizione di apposito consenso⁴³;

42 Si veda il materiale informativo a cura del Garante per la protezione dei dati personali "DAL TELEFONO AL SUPERMERCATO: IL MARKETING A PROVA DI PRIVACY", slide 18.

43 Si veda in questo senso, il provvedimento n. 241 del 23 aprile 2015 del Garante per la protezione dei dati personali in tema di Verifica preliminare sulla profilazione nell'ambito dei servizi televisivi, secondo cui "Resta comunque inteso che il consenso previsto per il trattamento sopra descritto non si estende, stante il disposto dell'art. 23 del Codice, a nessun altro tipo di trattamento dei dati personali degli utenti, con la conseguenza che eventuali, futuri, trattamenti di marketing o di comunicazione a soggetti terzi che coinvolgano i menzionati dati, implicano la necessaria, preventiva, acquisizione di specifici consensi da parte del telespettatore".

- la conservazione dei dati sia limitata nel tempo per un periodo congruo, trascorso il quale i dati personali devono essere cancellati o resi anonimi in modo irreversibile e permanente.⁴⁴

Si precisa che possono essere ritenute applicabili agli operatori che forniscono sul territorio nazionale servizi on line del tipo qui analizzato, le misure indicate dal Garante per la privacy nelle "Linee guida in materia di trattamento di dati personali per profilazione on line".

Ulteriori criticità in relazione al trattamento dei dati personali potrebbero emergere, limitatamente ai servizi di pay tv analogica e digitale e sempre in relazione alle attività di profilazione, nel caso di abbonamenti stipulati a favore del terzo, in forma di "pacchetto regalo". In questo caso il servizio viene infatti fruito da persona diversa dal contraente, che accetta le condizioni contrattuali anche per il terzo e presta il proprio consenso a fini privacy, anche se non sarà l'utilizzatore finale del servizio⁴⁵. In questo caso, il terzo utilizzatore dovrà essere messo nelle condizioni di prestare (o non prestare) il proprio (diretto e personale) consenso in relazione alle attività di profilazione e marketing, potendosi avere, in caso contrario, una raccolta illecita dei dati.

Deve essere infine segnalato che, in caso di trasferimento dei dati al di fuori del territorio dell'Unione europea, sarà necessario ottenere specifico e ulteriore consenso da parte dell'utente, cui dovranno essere indicati con precisione i paesi destinatari del trasferimento dei dati.

44 Il già citato provvedimento del Garante n. 241 del 23 aprile 2015 individua nel periodo di 12 mesi un "arco temporale proporzionato alle finalità perseguite" tramite la profilazione della clientela, aggiungendo che "tuttavia, a tale arco temporale potrà aggiungersi un ulteriore periodo di 3 mesi, proprio al fine di consentire alle società di avere evidenza degli effetti di stagionalità legati alla fruizione dei contenuti televisivi offerti (ad esempio Primavera 2015-Primavera 2016)".

45 Art. 13 Condizioni Generali di abbonamento residenziale Sky – "Contratto a favore del Terzo Fruitore 13.1: Al momento della sottoscrizione della Richiesta di Abbonamento, l'Abbonato può indicare un terzo quale fruitore del Servizio. In tal caso l'Abbonato si impegna a: a) pagare tutte le somme dovute in base al Contratto; b) comunicare al Terzo Fruitore le presenti Condizioni Generali e garantire il rispetto da parte del Terzo Fruitore di quanto previsto nelle stesse ed in particolare delle previsioni relative a: la corretta fruizione del Servizio e la custodia del Decoder e/o di My Sky HD e/o del Decoder HD e della Smart Card".

7. Pay tv, streaming tv e pirateria

L'analisi dei contratti relativi al mercato dei servizi televisivi e di entertainment ha altresì permesso di toccare la tematica della pirateria informatica, questione piuttosto delicata se si considera che alcuni operatori hanno ammesso di trovare nella pirateria un vero e proprio concorrente, capace di sottrarre al mercato legale introiti per svariati milioni di euro.

Davanti ad un fenomeno così esteso, ben si comprendono gli sforzi degli operatori e i tentativi di arginarlo tramite la costituzione al proprio interno di équipe aziendali dedicate e/o mediante l'adesione ad associazioni di settore, impegnate a proteggere la proprietà intellettuale e a contrastare tutte le forme di contraffazione ed illecita duplicazione di opere cinematografiche e audiovisive, con finalità di tutela dei propri associati e dell'intero settore audiovisivo (quale, ad esempio, FAPAV, Federazione per la Tutela dei Contenuti Audiovisivi).⁴⁶

Se dal punto di vista contrattuale, i player che hanno collaborato alla presente indagine hanno previsto precise sanzioni contrattuali, nella forma di penali e/o di interruzione del servizio, non va trascurata la loro possibilità di avvalersi in ogni caso di una tutela generalizzata e più ampia, di natura penale, nei confronti di chiunque (abbonato o meno) faccia uso illecito dei contenuti e materiali coperti da copyright, copiandoli, diffondendoli o scambiandoli abusivamente.

L'esistenza di misure e sanzioni penali non sembrerebbe al momento avere impatti decisivi sulla diffusione illecita dei contenuti nell'ambiente del world wide web, complice anche la facilità con cui è possibile mantenere l'anonimato o mascherare la propria posizione geografica.⁴⁷ In questo senso, appare piuttosto delicata la questione relativa al ruolo e alla responsabilità del provider dei servizi internet in relazione alle misure di contrasto della contraffazione e pirateria, che ad oggi rimane terreno impervio ma di grande importanza per l'industria di diffusione dei contenuti.⁴⁸

Milano, 19/12/2016

Camera di Commercio di Milano

Il Dirigente
Area Tutela del Mercato
(Vittoria De Franco)

46 Per approfondimenti, si rimanda al sito www.fapav.it, dove, nella sezione "Chi siamo" si legge "FAPAV - Federazione per la Tutela dei Contenuti Audiovisivi e Multimediali è nata nel 1988 come associazione senza scopo di lucro per proteggere la Proprietà Intellettuale, il Diritto d'Autore ed i diritti connessi e quindi per contrastare tutte le forme di illecita duplicazione di opere cinematografiche e audiovisive, con finalità di tutela dei propri Associati e dell'intero settore audiovisivo. Ne sono membri fondatori e permanenti: AGIS, ANICA, MPA e UNIVIDEO. Ad essa aderiscono sia le principali industrie del settore sia le associazioni che operano per la tutela e la promozione dell'industria audiovisiva e cinematografica in Italia. FAPAV, in collaborazione con la Presidenza del Consiglio, ha realizzato alcune campagne di informazione rivolte al grande pubblico attraverso spot di grande successo, tra cui quello diretto dal regista Carlo Verdone. Queste iniziative sono state promosse in collaborazione con AGIS, ANICA, UNIVIDEO e MPA. Per quanto riguarda le attività di prevenzione, esiste un coordinamento della Federazione sia con i referenti istituzionali sia con le Forze dell'Ordine operative sull'intero territorio".

47 Si segnala tuttavia il blocco del programma Popcorn Time (e del relativo sito) da parte della Guardia di Finanza, eseguendo un ordine della Procura della Repubblica di Genova (si vedano in questo senso, R.it, 31 agosto 2015, "L'Italia "sequestra" Popcorn Time, il sito dei film pirata in streaming" di Alessandro Longo).

48 In questo senso, si richiama la risposta del sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio con delega Agli affari europei Gozi che ha sottolineato la necessità "di chiamare ad un ruolo più deciso, anche in termini di responsabilità, gli Intermediari e gli operatori di rete elettroniche". Per approfondimenti, si rimanda al sito www.fapav.it "FAPAV: "BENE LA POSIZIONE DEL GOVERNO SUL RUOLO DEGLI INTERMEDIARI PER IL CONTRASTO ALLA PIRATERIA".

Deve essere comunque sottolineato come, In sede di audizione, taluni operatori hanno minimizzato la questione, affermando di ritenere che il prezzo del proprio servizio, altamente concorrenziale, possa costituire un valido deterrente alle forme di pirateria via internet.

