

G. Giannone Codiglione

**I DATI PERSONALI COME
CORRISPETTIVO DELLA
FRUIZIONE DI UN SERVIZIO DI
COMUNICAZIONE ELETTRONICA
E LA “CONSUMERIZZAZIONE”
DELLA PRIVACY**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

**AUTORITÀ GARANTE
CONCORRENZA E
MERCATO**

11 MAGGIO 2017

PRESIDENTE: PITRUZZELLA

RELATORE: AINIS

PARTI: WHATSAPP INC.

• Applicazioni di messaggistica per social network • Tutela del consumatore • Direttiva 93/13/CE • Vessatorietà dei termini d'uso • Sussiste • Motivi

Le clausole inserite all'interno dei termini di utilizzo di un'applicazione di messaggistica istantanea multiplatforma per smartphone, che dispongano in favore del prestatore/professionista: a) esclusioni e limitazioni della responsabilità contrattuale; b) il diritto di non fornire o rendere più disponibile, in tutto o in parte il servizio; c) il diritto di modifi-

care, sospendere o non consentire all'utente l'accesso ai servizi o il loro utilizzo in qualsiasi momento e per qualsiasi motivo; d) la facoltà di apportare modifiche contrattuali unilaterali; e) la scelta unilaterale del foro competente e della legge applicabile; f) il diritto di non accettare o recedere dagli ordini; g) la scelta unilaterale della lingua di redazione dei termini, sono vessatorie ai sensi degli articoli 33, commi 1 e 2, lettere b), d), g), h), m), u) e 35, commi 1 e 2, del Codice del Consumo in quanto tali da determinare, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

I. LA PARTE

1. WhatsApp Inc. (di seguito, anche WhatsApp), in qualità di Professionista, ai sensi dell'art. 3, del Codice del Consumo, avente sede legale in California, Stati Uniti. La società fornisce servizi di messaggistica, chiamate internet e altre tipologie di servizi digitali per utenti in tutto il mondo.

II. LE CLAUSOLE OGGETTO DI VALUTAZIONE

2. Costituiscono oggetto di valutazione limitatamente ai rapporti contrattuali tra la società e i consumatori, le clausole, di seguito trascritte, inserite nei Termini di Utilizzo (di seguito, anche TU) dell'applicazione WhatsApp Messenger, nella versione, in lingua italiana, attualmente vigente, pubblicata sul sito web del Professionista. Le singole disposizioni contrattuali sono state accorpate in funzione dei profili di violazione indicati nel successivo paragrafo IV.

A. RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE

“L'UTILIZZO DEI SERVIZI AVVIENE A RISCHIO DELL'UTENTE ED È SOGGETTO ALLE SEGUENTI ESCLUSIONI DI RESPONSABILITÀ. I NOSTRI SERVIZI SONO FORNITI NELLO STATO DI FATTO E DI DIRITTO IN CUI SI TROVANO, SENZA GARANZIE ESPLICITE O IMPLICITE [...]. NON FORNIAMO ALCUNA GARANZIA IN MERITO ALL'ESATTEZZA, ALLA COMPLETEZZA E ALL'UTILITÀ DELLE INFORMAZIONI, AL FUNZIONAMENTO, ALLA MANCANZA

DI ERRORI, ALLA SICUREZZA O ALLA PROTEZIONE DEI NOSTRI SERVIZI O AL FUNZIONAMENTO DEI NOSTRI SERVIZI SENZA INTERRUZIONI, RITARDI O DIFETTI. [...]” (cfr. TU, **Esclusioni di responsabilità**).

“LE PARTI DI WHATSAPP NON SARANNO RESPONSABILI NEI CONFRONTI DELL’UTENTE PER LUCRO CESSANTE O DANNI CONSEGUENZIALI, SPECIALI, PUNITIVI, INDIRETTI O ACCIDENTALI RELATIVI A, DERIVANTI DA O LEGATI AI NOSTRI TERMINI, A NOI O AI NOSTRI SERVIZI, ANCHE NEL CASO IN CUI LE PARTI DI WHATSAPP FOSSERO STATE AVVISATE DELL’EVENTUALITÀ DEL VERIFICARSI DI TALI DANNI. LA NOSTRA RESPONSABILITÀ COMPLESSIVA RELATIVA A, DERIVANTE DA O LEGATA AI NOSTRI TERMINI, A NOI O AI NOSTRI SERVIZI, NON ECCEDERÀ L’AMMONTARE PIÙ ELEVATO TRA CENTO DOLLARI (100 US \$) O L’IMPORTO CHE L’UTENTE CI HA PAGATO NEGLI ULTIMI DODICI MESI. [...]” (cfr. TU, **Limitazione di responsabilità**).

“L’utente accetta di esentare, manlevare e tenere indenni le Parti di WhatsApp da qualsiasi tipo di responsabilità, danno, perdita e spesa (comprese ragionevoli spese e oneri legali) relativi a, derivanti da o comunque connessi a [...] il suo accesso ai, o utilizzo dei, Servizi. [...]” (cfr. TU, **Indennizzo**).

B. DISPONIBILITÀ DEL SERVIZIO

“[...] WhatsApp si riserva il diritto, in qualsiasi momento, di non fornire più alcuni o tutti i Servizi, comprese determinate funzioni e l’assistenza per alcuni dispositivi e piattaforme. [...]” (cfr. TU, **Disponibilità dei nostri Servizi**).

C. RISOLUZIONE DEL CONTRATTO

“WhatsApp si riserva il diritto di modificare, sospendere o non consentire all’utente l’accesso ai Servizi o il loro utilizzo in qualsiasi momento e per qualsiasi motivo, ad esempio nei casi in cui non sia rispettata la forma e la sostanza dei nostri Termini o vengano a crearsi rischi, danni o possibili conseguenze legali per noi, i nostri utenti o terzi. Le seguenti disposizioni continueranno a rimanere in vigore anche in seguito alla risoluzione o scadenza del contratto con WhatsApp: ‘Licenze’, ‘Esclusioni di responsabilità’, ‘Limitazione di responsabilità’, ‘Indennizzo’, ‘Risoluzione delle controversie’, ‘Disponibilità e interruzione dei servizi’, ‘Altre disposizioni’, [...]” (cfr. TU, **Risoluzione**).

D. MODIFICHE CONTRATTUALI UNILATERALI

“[...] WhatsApp si riserva la facoltà di chiedere all’utente di accettare condizioni aggiuntive in futuro per determinati Servizi [...]. WhatsApp si riserva il diritto di modificare o aggiornare i presenti Termini. Comunicheremo le modifiche nel modo ritenuto più opportuno e aggiorneremo la data di “Ultima modifica” nella parte superiore dei Termini. L’utilizzo

continuativo dei Servizi comporterà l'accettazione dei Termini così come modificati. Se non accetta i Termini modificati, l'utente dovrà interrompere l'utilizzo dei Servizi. [...]." (cfr. TU, **Altre disposizioni**).

"[...] Avremo diritto ad applicare i costi per i nostri Servizi, incluse le relative tasse. [...]." (cfr. TU, **Costi e tasse**).

E. FORO COMPETENTE E LEGGE APPLICABILE

"[...] Se l'utente non è soggetto all'articolo 'Disposizione speciale sull'arbitrato per gli utenti di Stati Uniti o Canada' riportato di seguito, accetta di risolvere eventuali Domande con noi e relative a, derivanti da o connesse ai nostri Termini, a noi o ai nostri Servizi (ciascuna definita una 'Controversia' e, complessivamente, le 'Controversie') esclusivamente presso il Tribunale Federale degli Stati Uniti della California settentrionale ('United States District Court for the Northern District of California') o presso un Tribunale dello Stato della California situato nella contea di San Mateo in California e accetta di sottostare alla giurisdizione di tali tribunali per la risoluzione di tutte le Controversie". (cfr. TU, **Foro competente**).

"I nostri Termini nonché le Controversie tra l'utente e WhatsApp, sia in tribunale sia tramite arbitrato, sono regolate dalle leggi dello Stato della California, indipendentemente da norme relative alla legge applicabile." (cfr. TU, **Legge applicabile**).

F. ORDINI

"[...] Ci riserviamo il diritto di non accettare o recedere dagli ordini. Non forniamo rimborsi per i nostri Servizi, fatti salvi i casi in cui è richiesto dalla legge". (cfr. TU, **Costi e tasse**).

G. LINGUA

"[...] I presenti Termini sono stati originariamente redatti in inglese (USA). Le versioni tradotte vengono fornite esclusivamente a titolo informativo. In caso di conflitto tra qualsiasi delle versioni tradotte dei nostri Termini e la versione in lingua inglese, la versione in lingua inglese prevarrà. [...]." (cfr. TU, **Altre disposizioni**).

III. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

a) L'iter del procedimento

3. Sulla base delle informazioni acquisite d'ufficio ai fini dell'applicazione dell'articolo 37-bis del Codice del Consumo, è stato avviato il procedimento CV154, nei confronti di WhatsApp Inc. per presunta vessatorietà di alcune clausole del modello contrattuale sottoposto all'accettazione dei consumatori che vogliano usufruire dei servizi forniti dal Professionista tramite l'applicazione WhatsApp Messenger.

4. Nella comunicazione di avvio è stato rappresentato a WhatsApp che le clausole descritte al punto II appaiono in sé vessatorie ai sensi degli articoli 33, commi 1 e 2 lettere b), d), g), h), m), u) e 35, commi 1 e 2, del Codice del Consumo, in quanto tali da determinare, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. I profili di vessatorietà rilevati sembravano permanere anche sulla base della lettura e dell'interpretazione di ciascuna clausola alla luce del contesto complessivo dell'intero contratto per adesione in cui è inserita.

5. Contestualmente alla comunicazione di avvio del procedimento è stata formulata a WhatsApp una richiesta di informazioni in relazione ai profili di presunta vessatorietà rilevati.

6. In data 28 ottobre 2016, dopo averne informato l'Autorità, è stato pubblicato, sul sito internet istituzionale *www.agcm.it*, ai sensi dell'art. 37-bis del Codice del Consumo e dell'art. 23, comma 6, del Regolamento, il comunicato ai fini della consultazione pubblica in materia di clausole vessatorie. La consultazione si è chiusa in data 27 novembre 2016.

7. Hanno partecipato alla consultazione pubblica, inviando nei termini le proprie osservazioni scritte, le seguenti 9 associazioni di consumatori: Centro Tutela Consumatori Utenti, Codacons, Altroconsumo, Cittadinanza Attiva, UNC, Movimento Consumatori, U.Di. Con., CO.DI.CI., Assoutenti Bologna.

8. WhatsApp, in data 9 dicembre 2016, ha formulato una richiesta di accesso agli atti, successivamente effettuato in data 12 dicembre 2016.

9. Con lettera pervenuta in data 17 gennaio 2017 (in lingua inglese) e in data 23 gennaio 2017 (in lingua italiana), la Parte ha risposto alla richiesta di informazioni contenuta nella comunicazione di avvio.

10. In data 1 febbraio 2017 si è svolta un'audizione su richiesta del Professionista.

11. In data 17 febbraio 2017 è pervenuto dalla Parte il documento "Presentazione osservazioni e chiarimenti in merito ad alcune delle informazioni contenute nel verbale di audizione del 1 febbraio 2017".

12. In data 27 febbraio 2017, è pervenuta dalla Parte la risposta (in lingua inglese) alla richiesta di informazioni supplementari formulata nel corso dell'audizione del 1 febbraio 2017. In data 1 marzo 2017 è pervenuto il documento in lingua italiana.

13. In data 6 aprile 2017, è stata comunicata alla Parte la data di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento.

14. In data 26 aprile 2017 (protocollata in data 27 aprile 2017) è pervenuta la memoria difensiva conclusiva di WhatsApp.

b) Gli esiti della consultazione pubblica

15. Si riportano di seguito, in sintesi, i principali rilievi delle associazioni di consumatori, in ordine alla presunta vessatorietà delle clausole oggetto del presente procedimento.

16. Si osserva, in via preliminare, che dall'analisi delle osservazioni pervenute, emerge, diffusamente, l'estrema genericità dei contenuti delle clausole contrattuali predisposte da WhatsApp, con particolare riferimento a quelle che regolano le garanzie del servizio, la responsabilità del Professionista, le interruzioni del servizio, la risoluzione del contratto/recesso, le modifiche contrattuali unilaterali. Tali disposizioni, che attribuiscono al Professionista una pressoché totale discrezionalità in fase di esecuzione e cessazione del contratto, sono state concordemente ritenute dalle associazioni presuntivamente vessatorie, in quanto creano un significativo squilibrio giuridico delle posizioni contrattuali a danno del consumatore.

17. Si rappresenta, poi, che il Centro Tutela Consumatori Utenti ha espresso la propria posizione sottoponendo all'Autorità i risultati di uno studio effettuato, nel 2015, dalle Università belghe di Leuven e Bruxelles, intitolato *"From social media service to advertising network - A critical analysis of Facebook's revised policies and terms"*, volto ad analizzare alcune clausole del contratto (SRR - *Statement of Rights and Responsibilities*) di Facebook, controllante di WhatsApp¹. Il Centro evidenzia, in particolare, le conclusioni della ricerca che attengono alla presunta vessatorietà delle clausole aventi ad oggetto eccessivi rimandi nelle condizioni generali di contratto, la gratuità del servizio, esonero di garanzie, limitazione di responsabilità, indennizzo, modifiche unilaterali, foro competente, legge applicabile, cessazione del contratto. Tali osservazioni, in quanto riferite a clausole di contenuto, sostanzialmente, identico alle clausole di WhatsApp oggetto del presente procedimento sono state assunte dall'associazione quale propria posizione in risposta alla consultazione pubblica riguardante specificatamente i TU di WhatsApp.

Clausole sub par. II, A), Esclusioni di responsabilità, limitazione di responsabilità, indennizzo

18. Le associazioni ritengono presuntivamente vessatorie le clausole sub par. II, A) in applicazione delle quali il servizio sarebbe fornito

¹ Centro Tutela Consumatori Utenti, DOC (8) in atti.

senza alcuna garanzia e senza che WhatsApp si assuma, in concreto, alcuna responsabilità contrattuale nei confronti dell'utente.²

Clausole *sub par. II, B/C*, Disponibilità del servizio e Risoluzione del contratto

19. Le associazioni ritengono presuntivamente vessatorie le clausole *sub par. II, B) e C)* in quanto con disposizioni dal contenuto estremamente ampio e generico, il Professionista si riserverebbe il diritto di interrompere il servizio e di svincolarsi dal contratto unilateralmente,

² Altroconsumo, DOC (10) in atti; Co-dacons, DOC (9) in atti.

Sarebbe opportuno “specificare e differenziare il livello di responsabilità se derivante da anomalia o malfunzionamento della piattaforma del professionista (WM), o da anomalia o malfunzionamento dell'operatore di telecomunicazioni dell'utente che accede al servizio di WM” - Cittadinanza Attiva, DOC (11) in atti.

“WhatsApp attribuisce il rischio relativo all'utilizzo dei servizi totalmente all'utente e dichiara di non fornire alcuna garanzia, né esplicita né implicita, in merito a numerose questioni di cui fornisce un elenco solo ‘a titolo esemplificativo e non esaustivo’: da ciò si deduce che potrebbero essere più ampie le aree di esclusione della responsabilità di WhatsApp. Ne deriva una grave esclusione o limitazione dei diritti del consumatore e delle azioni che lo stesso potrebbe intraprendere per farli valere, ad esempio, in tema di: perdita di dati a causa di virus del sistema informatico del Professionista; correttezza e completezza delle informazioni fornite; funzionamento e protezione dei servizi prestati; risarcimento danni e/o indennizzi derivanti dall'accesso ai servizi o dal loro utilizzo” - Unione nazionale Consumatori, DOC (12) in atti.

Il Professionista dovrebbe rispondere per tutti i danni che potrebbero derivare da dolo e colpa grave al medesimo ascrivibili, “quali ad esempio i danni derivanti dalla mancata adozione delle necessarie misure di sicurezza atte ad evitare o comunque ridurre al minimo i rischi di distruzione, perdita e accesso non autorizzato ai dati personali degli utenti ovvero con conseguente conoscibilità delle conversazioni intercorse. [...] deve ritenersi eccessiva e perciò vessatoria la limitazione di responsabilità su contenuti e funzionamento del servizio nonché la clausola di esonero, manleva ed indennità, in ordine alla sicurezza ed alla protezione delle ‘informazioni’ degli utenti [...]”; “Per quanto attiene il profilo della sicurezza dei dati trasmessi tramite

WhatsApp e dei dati personali degli utenti si chiede di rendere meglio espresse e comunque non esonerabili le responsabilità del gestore del servizio afferenti la sicurezza dei dati e delle informazioni degli utenti” - Movimento Consumatori, DOC (13) in atti.

“WhatsApp non solo declina la propria responsabilità in via generale ma, cosa ancor più grave, specifica che nessuna responsabilità può essere ravvisata nei propri confronti, neppure nel caso in cui le parti di WhatsApp fossero state avvisate dell'eventualità del verificarsi dei danni. [...]”. Inoltre la clausola che limita l'eventuale responsabilità di WhatsApp prevedendo [...] “la quantificazione dell'importo massimo da riconoscere all'utente utilizzatore dei servizi, non solo indica una cifra a dir poco irrisoria, ma stabilisce unilateralmente e preventivamente quanto corrispondere. Ciò lede il consumatore nella misura in cui non è consentito allo stesso di rivendicare un ristoro commisurato all'entità del danno subito” - Unione per la Difesa dei Consumatori (U.DI.CON.), DOC (14) in atti.

Le disposizioni in esame contrasterebbero con le disposizioni dell'articolo 2 del Codice del consumo, laddove è previsto che “ai consumatori e agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti alla sicurezza ed alla qualità dei prodotti e dei servizi” - Codici, DOC (15) in atti.

La clausola sulle esclusioni di responsabilità “è illegittima perché nega persino il legittimo affidamento dell'utente rispetto al servizio e nonostante quest'ultimo sia da considerare accettato ‘as is’ e in quanto tale idoneo a generare aspettative di funzionamento di base, il consumatore non potrà comunque obiettare alcunché in caso di malfunzionamento. Eppure il servizio non è gratuito perché l'utente corrisponde dati personali e li conferisce niente meno che al social network Whatsapp”; la clausola sulle limitazioni di responsabilità “addirittura limita la responsabilità per danni e lo fa richiamandosi alla normativa e alla mo-

senza alcun preavviso e giustificazione, in assenza del riconoscimento di un pari diritto al consumatore che verserebbe, quindi, in uno stato di totale incertezza in ordine alla continuità del servizio medesimo³. Viene, inoltre, rilevato lo squilibrio giuridico generato dalla previsione che alcune disposizioni dei TU, espressamente individuate, continuino ad applicarsi anche a seguito della risoluzione⁴.

neta dello stato dove ha sede l'operatore" - Assoutenti, DOC (16) in atti.

La clausola sulle esclusioni di responsabilità esonererebbe il Professionista dal prestare ogni garanzia in merito ai servizi forniti, *"according to the French Commission des Clauses Abusives (CCA), warranty disclaimers that do not give the right to reparation for consumers in the event of non-fulfilment by the business of any of its obligations, are presumed to be unlawful"*; con riferimento alla clausola sulla limitazione di responsabilità *"there are two reasons to question the validity of this term. First, the UCTD consumer protection law prohibits companies from excluding liability for intentional or gross misconduct [...] In addition, Facebook's liability cap of \$100 creates a significant imbalance between the liability exposure of Facebook and that of its users, which is, in principle, unlimited according to the same SRR [...] According to the French CCA, clauses which seek to limit the liability of an OSN [n.d.r. on line social network] for actions which would otherwise give rise to liability (e.g., failure to act promptly in case of manifestly illegal content upon notice) are unlawful"*; la clausola di indennizzo *"essentially obliges users to indemnify Facebook for any expenses incurred, including legal fees, as a result of any action, content or information on Facebook. The validity of such clauses has been contested as being unfair. [...] Very often, the actual liability exposure of an OSN provider for user-generated content results not only from the content itself, but from its own failure to act. A distinction therefore needs to be made between the action of the user and the non-action of the OSN provider. Any attempt to hold OSN users liable for the fault of the OSN provider may be considered unfair and therefore invalid"* - Centro Tutela Consumatori Utenti, DOC (8) in atti.

³ Centro Tutela Consumatori Utenti, DOC (8) in atti; Codacons, DOC (9) in atti; Altroconsumo, DOC (10) in atti; Cittadinanza Attiva, DOC (11) in atti; Unione per la Difesa dei Consumatori (U.DI.CON.), DOC (14) in atti; Assoutenti, DOC (16) in atti.

"La clausola che prevede la possibilità per WhatsApp di interrompere, 'in qualsiasi momento', alcuni o tutti i servizi, 'comprese determinate funzioni e l'assistenza per alcuni dispositivi e piattaforme', appare vessatoria nella misura in cui il Professionista omette di specificare i presupposti o di prevedere una valida giustificazione e un ragionevole preavviso (di almeno 60 giorni)"; dalla disposizione contenuta nella clausola *"Altre disposizioni"* dei TU, in base alla quale *"Qualsiasi modifica o rinuncia ai presenti Termini richiede il nostro esplicito consenso"*, *"sembrerebbe emergere che l'esercizio da parte del consumatore del diritto di recesso sia subordinato alla volontà del Professionista: in altri termini, senza l'esplicito consenso di WhatsApp, il consumatore non può sciogliersi dal contratto; diversamente, il Professionista può recedere dal contratto 'in qualsiasi momento' e senza fornire alcuna motivazione e preavviso"* - Unione nazionale Consumatori, DOC (12) in atti.

Le cause di risoluzione indicate nell'omonima clausola consistenti nel mancato rispetto dei TU o nella sussistenza di rischi, danni o possibili conseguenze legali per WhatsApp, gli utenti o Terzi, risulterebbero *"ragionevoli e validi motivi per procedere ad interrompere il servizio, ma queste previsioni estratte dal dato testuale della clausola sono solo indicazioni esemplificative e non esaustive, determinando l'assoluta genericità della clausola che pertanto incorre nella vessatorietà, anche in virtù dell'aggiunta di generiche ed indeterminate espressioni quali 'in qualsiasi momento' e 'per qualsiasi motivo' che non assolvono nemmeno all'onere basilare di una tempestiva informativa nei confronti del cliente"* - Movimento Consumatori, DOC (13) in atti.

⁴ La clausola sulla risoluzione *"crea grave squilibrio contrattuale specie nella parte in cui prevede che le disposizioni continueranno a rimanere in vigore anche in seguito alla risoluzione o scadenza del contratto con WhatsApp"* - Codacons, DOC (9) in atti.

In caso di risoluzione contrattuale non sarebbe necessario che restino in essere le seguenti clausole: *"Licenze"*, *"Esclusioni di responsabilità"*, *"Limitazione di responsabi-*

Clausole *sub par. II, D*, Modifiche contrattuali unilaterali

20. Le associazioni ritengono presuntivamente vessatorie le clausole *sub par. II, D*) in quanto stabiliscono a favore del Professionista il diritto di modificare unilateralmente i TU in qualsiasi momento, senza preavviso e senza motivazione alcuna, facendo discendere l'accettazione delle modifiche dalla mera inerzia del consumatore ⁵. I TU non indicherebbero, poi, modalità adeguate per comunicare agli utenti le modifiche contrattuali e non prevedono il diritto di recedere dell'utente che non voglia accettare le medesime ⁶.

Clausole *sub par. II, E*, Foro competente e legge applicabile

21. Le associazioni ritengono presuntivamente vessatorie le clausole *sub par. II, E*) in quanto stabiliscono in via esclusiva la competenza del foro del Professionista (in California), privando il consumatore della reale possibilità di ricorrere alla tutela giudiziaria ⁷ e quale unica legge applicabile quella dello Stato della California ⁸.

lità', 'Indennizzo', 'Risoluzione delle controversie', 'Disponibilità e interruzione dei servizi', 'Altre disposizioni' - Cittadinanza Attiva, DOC (11) in atti.

"L'inidoneità di queste clausole rispetto alla vigenza nel nostro ordinamento è testimoniata dall'inciso finale in cui si parla di risoluzione del contratto (che in mancanza di clausola risolutiva espressa non può dipendere unilateralmente dall'operatore) e di reviviscenza di alcune delle norme del contratto stesso, fatto questo incompatibile con l'istituto della risoluzione" - Assoutenti, DOC (16) in atti.

⁵ Centro Tutela Consumatori Utenti, DOC (8) in atti; Altroconsumo, DOC (10) in atti; Unione nazionale Consumatori, DOC (12) in atti.

⁶ Codacons, DOC (9) in atti; Unione nazionale Consumatori, DOC (12) in atti; Unione per la Difesa dei Consumatori (U.DI.CON.), DOC (14) in atti; Assoutenti, DOC (16) in atti. Il contratto dovrebbe prevedere che, in caso di modifica, debba essere fornito all'utente "un previo preventivo preavviso di almeno 30 giorni", con la possibilità per l'utente di "recedere senza oneri a suo in atti.

Le clausole che riguardano le modifiche contrattuali appaiono di stampo vessatorio "per la genericità e lacunosità del meccanismo di informativa al cliente delle modifiche (nel modo ritenuto più opportuno) onerando l'utente di controllare in modo periodico eventuali aggiornamenti dei termini, ma anche comportando l'eventuale

estensione dell'adesione a clausole non conosciute prima della conclusione."; la disposizione che prevede l'introduzione di costi e tasse "se rapportata al meccanismo generico di informativa in caso di modifica unilaterale, [...] potrebbe determinare una futura automatica adesione al nuovo prezzo fissato per il servizio da parte degli utenti inconsapevoli, con ciò manifestando una evidente asimmetria a discapito del consumatore"; WhatsApp dovrebbe prevedere, analogamente a quanto avviene nei contratti di telefonia, "il diritto dell'utente ad un congruo preavviso e comunque la gratuità del recesso, laddove il servizio dovesse divenire in futuro a pagamento" - Movimento Consumatori, DOC (13) in atti.

⁷ Codacons, DOC (9) in atti; Altroconsumo, DOC (10) in atti; Cittadinanza Attiva, DOC (11) in atti; Unione nazionale Consumatori, DOC (12) in atti; Unione per la Difesa dei Consumatori (U.DI.CON.), DOC (14) in atti.

⁸ Unione per la Difesa dei Consumatori (U.DI.CON.), DOC (14) in atti.

Sarebbe auspicabile "individuare dei criteri in grado di collegare le norme internazionali alle norme interne al fine di applicare la legislazione dello Stato nel quale risiede l'utente che utilizza il servizio WM" - Cittadinanza Attiva, DOC (11) in atti.

"la formula 'indipendentemente da norme relative alla legge applicabile' appare ambigua e non rende comprensibile il significato complessivo della norma: infatti, qualora questa, nel complesso, debba essere

Clausole *sub par. II, F, Ordini*

22. Le associazioni ritengono vessatoria la clausola *sub par. II, F)* in quanto formulata in modo poco chiaro. La disposizione consentirebbe, peraltro, al solo Professionista di recedere dagli ordini⁹. Anche il rifiuto di fornire rimborsi per i servizi prestati sarebbe illegittimo e vessatorio¹⁰.

Clausole *sub par. II, G, Lingua*

23. Le associazioni ritengono vessatoria la clausola *sub par. II, G)* in quanto prevede che, in caso di conflitto tra qualsiasi delle versioni dei TU, prevalga la versione in lingua inglese invece che quella nella lingua dell'utente¹¹.

c) Le argomentazioni di WhatsApp e gli elementi forniti dal Professionista nel corso del procedimento

24. La Parte, da ultimo, nella memoria del 26 aprile 2017, ha avanzato le seguenti principali argomentazioni difensive.

interpretata come l'imposizione di un divieto assoluto di deroga alla legge californiana, non sembrerebbero esservi dubbi sulla vessatorietà della clausola, considerato che fa venir meno le tutele inderogabili conferite ai consumatori dal nostro ordinamento in materia di contratti e di risoluzione delle controversie" - Unione nazionale Consumatori, DOC (12) in atti.

Per l'individuazione della legge applicabile occorre fare riferimento all'art. 6 del Regolamento (EU) n. 593/2008 (Roma I), in base al quale viene stabilito che la legge applicabile è in principio quella del luogo di residenza del consumatore - Centro Tutela Consumatori Utenti, DOC (8) in atti; Assoutenti, DOC (16) in atti.

⁹ Altroconsumo, DOC (10) in atti; Codacons, DOC (9) in atti.

La clausola sarebbe "oscura" e attribuirebbe "il diritto di recesso solo a WhatsApp e non anche agli utenti con adeguato preavviso (di almeno 60 giorni)" - Unione nazionale Consumatori, DOC (12) in atti.

"La clausola contenente una espressa riserva in capo al professionista, risulta poco chiara. Difatti, alla luce della peculiarità del servizio, non si comprende cosa si intende per "ordine", evidentemente frutto di una traduzione meramente letterale del

testo originale in lingua inglese. [...] Tanto, lascia intendere che la clausola faccia riferimento a qualcosa di potenziale per eventuali servizi futuri piuttosto che per servizi già operativi. [...] - Movimento Consumatori, DOC (13) in atti.

¹⁰ Unione per la Difesa dei Consumatori (U.DI.CON.), DOC (14) in atti.

¹¹ Codacons, DOC (9) in atti; Altroconsumo, DOC (10) in atti; Unione per la Difesa dei Consumatori (U.DI.CON.), DOC (14) in atti.

Il contratto dovrebbe prevedere che le versioni tradotte abbiano validità contrattuale e garantiscano la piena corrispondenza alla versione inglese, pena la loro nullità - Cittadinanza Attiva, DOC (11) in atti.

"La clausola sembra attribuire al consumatore l'onere di reperire e consultare i TU redatti in inglese, in quanto costituirebbero l'unico documento idoneo a regolare i rapporti giuridici tra il Professionista e i consumatori" - Unione nazionale Consumatori, DOC (12) in atti.

"[...] anche il consumatore più volenteroso e attento non ha alcuna certezza sulla reale portata e sul significato delle clausole che va ad accettare per utilizzare l'applicazione" - Assoutenti, DOC (16) in atti.

Sulle questioni preliminari

25. La Parte contesta all'Autorità di aver valutato l'eventuale carattere abusivo delle clausole contenute nei TU, senza tenere conto del **contesto fattuale e contrattuale** di cui agli artt. 4, comma 1, della Direttiva 93/13 e 34, comma 1, CdC. In particolare, l'Autorità avrebbe citato in modo selettivo i TU trascurando *“di considerare le limitazioni afferenti a quelle stesse clausole tacciate di vessatorietà”*, ignorato le clausole precedenti e successive dei Termini; trascurato di considerare che *“WhatsApp è un'applicazione unica utilizzata gratuitamente da oltre un miliardo di persone in più di 180 paesi”**¹².

Nell'esaminare le singole clausole l'Autorità non avrebbe, inoltre, attuato il *“bilanciamento di interessi”*, richiesto dalla Direttiva 93/13 e dal CdC. L'Autorità, nello specifico, non avrebbe considerato che, offrendo WhatsApp un servizio globale unificato, *“l'eventuale obbligo di predisporre Termini diversi per ciascuna giurisdizione [...] comporterebbe, per WhatsApp, un ostacolo alla possibilità di erogare il proprio servizio, a svantaggio dei consumatori in tutto il mondo, compresi i consumatori italiani”*.

26. Il Professionista richiama, al riguardo, un precedente caso deliberato dall'Autorità¹³ in relazione al quale l'Autorità avrebbe riconosciuto la non vessatorietà di alcune clausole che limitavano le facoltà dell'assicurato (consumatore), perché le stesse erano, nello specifico, funzionali a contenere i premi delle polizze, con riflessi positivi, quindi, per i consumatori. L'Autorità avrebbe, in tale sede, *“tenuto conto dei vantaggi reciproci di assicuratore e assicurato derivanti dalla standardizzazione del contratto per un pubblico esteso di consumatori di prodotti assicurativi”*. La Parte invoca l'applicazione della stessa *ratio* a WhatsApp sul presupposto che *“gli utenti traggono vantaggio dall'esistenza di WhatsApp proprio perché questa offre un servizio unico ed uniforme, diffuso e disponibile in tutto il mondo e regolato da termini di utilizzo standardizzati”*.

27. La Parte contesta, inoltre, all'Autorità di non aver considerato *“le parti dei Termini che limitano espressamente l'applicazione di molte delle condizioni ritenute dall'Autorità eccessivamente gravose”*. In particolare, l'Autorità non avrebbe tenuto conto delle seguenti *“clausole di salvaguardia”* a tenore delle quali: i) *“In alcune giurisdizioni, l'utente potrebbe avere diritti legali come consumatore, e i Termini non sono destinati a*

* Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

¹² La Parte ha dichiarato che, alla data del 1 dicembre 2016, WhatsApp con-

tava circa [30-50] milioni di utenti italiani registrati., intendendo con il termine *“utenti italiani”* coloro che si sono registrati sull'applicazione usando come codice del Paese +39.

¹³ Caso Vittoria Assicurazioni - Interpello (CV13) del 15 marzo 2015.

limitare tali diritti legali dei consumatori che potrebbero non essere derogabili da contratto”¹⁴. ii) “LE PRESENTI ESCLUSIONI DI RESPONSABILITÀ DI CERTI DANNI E LIMITAZIONI DI RESPONSABILITÀ SARANNO APPLICABILI SECONDO QUANTO STABILITO DALLE LEGGI APPLICABILI. È POSSIBILE CHE LE LEGGI DI ALCUNI STATI O GIURISDIZIONI NON CONSENTANO LE ESCLUSIONI O LE LIMITAZIONI DI RESPONSABILITÀ DI ALCUNI DANNI, PERTANTO ALCUNE O TUTTE LE ESCLUSIONI E LE LIMITAZIONI DI RESPONSABILITÀ DI CUI SOPRA POTREBBERO NON ESSERE APPLICABILI. IN DEROGA A QUALSIASI DISPOSIZIONE CONTRARIA CONTENUTA NEI NOSTRI TERMINI, IN TALI CASI LA RESPONSABILITÀ DELLE PARTI DI WHATSAPP SARÀ LIMITATA PER QUANTO CONSENTITO DALLE LEGGI APPLICABILI”¹⁵.

28. Le su citate previsioni adatterebbero *“in maniera espressa l’applicazione e il contenuto dei Termini alle norme imperative di ciascuna giurisdizione in cui WhatsApp opera”* e garantirebbero *“la tutela dei consumatori in tutto il mondo”*. Tali meccanismi di adeguamento automatico sarebbero volti alla *“conformazione dei Termini ai requisiti vigenti nelle diverse giurisdizioni”*.

29. WhatsApp sostiene, infine, che l’app WM sarebbe offerta ai propri utenti a titolo gratuito.

Sulle singole clausole oggetto di istruttoria

a) Responsabilità contrattuale

30. Vengono trattate sotto questo titolo le osservazioni sulle contestazioni relative alle clausole riportate *sub par. II, A)*, contenute nei TU, paragrafi “Esclusioni di responsabilità”, “Limitazione di responsabilità”, “Indennizzo”.

31. La Parte sostiene, in via preliminare, che le disposizioni in esame non potrebbero essere ritenute vessatorie in quanto rappresenterebbero clausole che delimitano l’oggetto del contratto. Esse, in particolare, definirebbero *“l’oggetto e l’ambito di applicazione delle obbligazioni reciproche che intercorrono tra WhatsApp e i suoi utenti”*.

32. WhatsApp rappresenta, inoltre, di *“non poter essere ritenuta responsabile delle azioni od omissioni che dipendono dalla condotta di terzi e che sfuggono alla propria sfera di controllo”*, ricordando che *“il funzionamento del servizio di WhatsApp dipende anche da parti terze (ad*

¹⁴ Disposizione contenuta nella clausola dei TU “Altre disposizioni”.

¹⁵ Disposizione contenuta nella clausola dei TU “Limitazione di responsabilità”.

esempio, i fornitori di accesso ad Internet o i fornitori di reti di telecomunicazioni)”.

33. La Parte osserva, poi, che *“la limitazione di responsabilità prevista nei Termini di WhatsApp non genera alcuno squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti, dal momento che l’importo massimo riconosciuto da WhatsApp per il risarcimento dell’eventuale danno deve essere, in ultima istanza, commisurato e proporzionale alla gratuità dei servizi “WhatsApp”, nonché coerente con la natura e le limitazioni del servizio offerto”*.

b) Disponibilità del servizio

34. Vengono trattate sotto questo titolo le osservazioni sulle contestazioni relative alla clausola riportata **sub par. II, B)**, contenuta nei TU, paragrafo *“Disponibilità dei nostri servizi”*.

35. Con riferimento alla clausola in esame, la Parte sostiene che *“non vi sarebbe alcuno squilibrio poiché gli utenti “WhatsApp” hanno la facoltà di risolvere il loro rapporto con WhatsApp ad nutum, in modo assolutamente discrezionale, senza preavviso e senza alcun costo o altra conseguenza. L’utente può fare ciò attraverso la funzione ‘elimina il mio account’, prevista all’interno dell’applicazione e facilmente accessibile”*. La possibilità per WhatsApp di sospendere o interrompere i propri servizi sarebbe, dunque, *“coerentemente controbilanciata dalla possibilità dell’utente di risolvere senza limiti il proprio contratto con WhatsApp”*.

36. Anche in relazione a questa disposizione, il Professionista evidenzia che l’Autorità avrebbe citato selettivamente la clausola, omettendo, in sintesi, le disposizioni che prevedono l’interruzione dei servizi per motivi tecnici o derivanti da cause che esulano dal controllo della società.

37. Con specifico riferimento alla frase *“WhatsApp si riserva il diritto, in qualsiasi momento, di non fornire più alcuni o tutti i Servizi, comprese determinate funzioni e l’assistenza per alcuni dispositivi e piattaforme”*, la Parte spiega che trattasi dell’ipotesi di *“mancata garanzia di supporto per determinati dispositivi e piattaforme”*. Tale previsione consentirebbe a WhatsApp *“di essere costantemente al passo con gli sviluppi tecnologici realizzati da terzi produttori di dispositivi e da sviluppatori di software”*. La società rappresenta, in particolare, che *“in assenza di una tale previsione, WhatsApp si vedrebbe con ogni probabilità costretta ad utilizzare piattaforme inadeguate”*, citando l’esempio dei dispositivi Symbian, non supportati più dalla piattaforma WM.

c) Risoluzione del contratto

38. Vengono trattate sotto questo titolo le osservazioni sulle contestazioni relative alla clausola riportata **sub par. II, C)**, contenuta nei TU, paragrafo *“Risoluzione”*.

39. Con riferimento alla clausola in esame, la Parte nega lo squilibrio contrattuale a danno del consumatore, rilevato dall'Autorità, affermando di *“assicurare al consumatore gli strumenti per esercitare effettivamente il proprio diritto di risoluzione sul piano pratico. Il consumatore deve solamente utilizzare la funzione, all'interno dell'applicazione, ‘elimina il mio profilo per risolvere il proprio contratto con WhatsApp. Ne consegue che il diritto di risolvere il contratto facente capo a WhatsApp è contro-bilanciato dall'illimitata prerogativa dei consumatori di risolvere a loro volta il contratto stesso discrezionalmente, oltre che dalla reale facilità per il consumatore di poter effettivamente esercitare tale diritto”*.

40. La società evidenzia, poi, che l'utente può cancellare il proprio account WM, utilizzando un'apposita funzione prevista all'interno dell'applicazione ¹⁶.

41. La Parte, infine, osservando preliminarmente che *“in base ad un principio generale di diritto, non è insolito né discusso che alcune obbligazioni primarie e secondarie possano pacificamente sopravvivere alla risoluzione del contratto”*, rileva che le singole clausole che sopravvivono alla risoluzione si riferirebbero a *“diritti ed obblighi delle parti che prescindono dall'esistenza e dalla validità dei contratti tra WhatsApp e gli utenti o a diritti ed obblighi che riguardano controversie o pretese che potrebbero insorgere anche successivamente alla risoluzione di quei contratti e che possono legittimamente soggiacere al principio dell'autonomia contrattuale prevista dall'art. 1322 del Codice Civile”*. In altri termini, ad avviso della società, *“nessuno dei termini che sopravviverebbe alla risoluzione rileva rispetto all'esecuzione del contratto”*.

d) Modifiche contrattuali unilaterali

42. Vengono trattate sotto questo titolo le osservazioni sulle contestazioni relative alle clausole riportate **sub par. II, D)**, contenute nei TU, paragrafi *“Altre disposizioni”* e *“Costi e tasse”*.

43. Con riferimento alle clausole in esame, la Parte sostiene, in via preliminare, che l'art. 33, comma 2, lett. m), del Codice del Consumo si applicherebbe a fattispecie nelle quali *“gli obblighi di una parte — il consumatore — restano immutati per tutta la durata del contratto, mentre l'altra parte — il fornitore del servizio — è libero di modificare i propri obblighi”*. E aggiunge che, nel caso di specie, l'utente non sarebbe *“mai vincolato ad adempiere nessun obbligo nei confronti di WhatsApp, incluso qualunque obbligo di pagamento”*. Laddove l'utente non gradisse

¹⁶ In particolare, la Parte rappresenta che *“una spiegazione su come trovare ed utilizzare la funzione ‘elimina il mio profilo’ è disponibile su: www.whatsapp.com/faq/en/android/21119703 (ultimo accesso 18 aprile 2017). Può trovarsi, inter-*

alia, cercando all'interno della ‘applicazione WhatsApp’, la pagina ‘Frequently Asked Questions’, o avviando una semplice ricerca on line, quale, ad esempio, ‘come elimino il mio profilo Whatsapp’ [...]”

le modifiche apportate ai servizi di WhatsApp, lo stesso sarebbe “*certainamente libero di risolvere il contratto in qualunque momento e senza costo alcuno — nonché di passare ad un'altra delle numerose applicazioni gratuite di messaggistica disponibili sul mercato*”.

44. Il Professionista ritiene, inoltre, che la previsione contenuta nella clausola di modifica contrattuale informerebbe i consumatori, “con un linguaggio semplice ed intellegibile”, che WhatsApp “*potrebbe modificare i Termini*”. Il consumatore sarebbe, quindi, “*in grado di prevedere che WhatsApp potrebbe, in effetti, modificare i Termini di tanto in tanto*”. Parimenti la clausola “Costi e Tasse” informerebbe il consumatore che “*WhatsApp potrebbe, in futuro, introdurre funzioni a pagamento o premium*”.

45. La Parte evidenzia, del resto, la necessità per WhatsApp di “*innovare e migliorare il proprio servizio*” per competere in un settore, come quello dei *consumer communications services*, in rapida evoluzione.

46. La Parte afferma, in conclusione, che “*la prerogativa di WhatsApp di modificare i suoi Termini risulta, pertanto, controbilanciata dall'opportunità di consentire a WhatsApp di innovare (il che è a vantaggio del consumatore), dal modo chiaro in cui tali modifiche sono comunicate al consumatore, dalla possibilità per il consumatore di prevedere le conseguenze di tali modifiche e dal suo illimitato diritto di risolvere (senza alcun costo e senza preavviso e senza alcuna ulteriore obbligazione a suo carico) il suo contratto con WhatsApp, laddove scelga di non accettarle*”.

e) Foro competente e legge applicabile

47. Vengono trattate sotto questo titolo le osservazioni sulle contestazioni relative alle clausole riportate **sub par. II, E)**, contenute nei TU, paragrafi “Foro competente” e “Legge applicabile”.

48. Con riferimento alle clausole in esame, WhatsApp sottolinea che l'art. 33, comma 2, lett. *u*), del Codice del Consumo riguarderebbe esclusivamente la scelta del Foro e non anche “*la scelta della legge applicabile al contratto*”. In ogni caso, la clausola “Legge Applicabile” sarebbe equa, in quanto non priverebbe di per sé gli utenti di proporre domande giudiziali presso i tribunali nazionali.

49. La Parte rileva, inoltre, che il diritto dell'Unione europea (art. 6, comma 2, del Regolamento UE/593/2008)¹⁷ ammetterebbe le clausole sulla scelta della legge applicabile, anche nei contratti riguardanti consumatori.

¹⁷ Regolamento UE/593/2008 del 17 giugno 2008, relativo alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I).

50. In merito alla clausola sul “Foro competente” la Parte ritiene che, dato l’elevato numero di utenti nel mondo (oltre un miliardo), *“sarebbe eccessivamente oneroso per WhatsApp, da ogni punto di vista (finanziario, logistico, ecc.), dover potenzialmente affrontare, in ogni angolo del mondo, nonché in base a leggi differenti, procedimenti giudiziari nei confronti di singoli utenti, data la natura gratuita dei servizi offerti e il valore particolarmente limitato dei dati personali raccolti [...]”*. Inoltre, la clausola sul “Foro Competente” contribuirebbe *“ad assicurare l’uniforme applicazione dei Termini a livello globale, così minimizzando pronunzie contraddittorie e garantendo prevedibilità in favore tanto di WhatsApp quanto dei consumatori. Ad esempio, senza l’esistenza di un unico foro competente, potrebbero esservi incertezze in merito a come i Termini si applicano nei diversi paesi del mondo”*.

f) Ordini

51. Vengono trattate sotto questo titolo le osservazioni sulle contestazioni relative alla clausola riportata *sub par. II, F)*, contenuta nei TU, paragrafo “Costi e tasse”.

52. Con riferimento alla clausola in esame, la Parte chiarisce che la definizione del termine “Servizi” è contenuta nella prima pagina dei TU e individuerrebbe le applicazioni, i servizi, le funzioni, il software e il sito web di WhatsApp.

53. La società ritiene, inoltre, che, se considerati nella loro interezza, i Termini non le attribuirebbero *“un diritto illimitato di cancellare ordini o rifiutare rimborsi”*, bensì *“il diritto di cancellare ordini o rifiutare rimborsi in particolare quando l’utente violi la clausola ‘Accettabile uso dei nostri servizi’, nel qual caso l’utente non potrà utilizzare ‘WhatsApp’ per legge o in ragione di una violazione dei Termini, anche a danno di altri utenti”*.

54. A parere della Parte, risulterebbe chiaro che *“(i) ‘ordini’ si riferisce agli ordini di Servizi WhatsApp, che a loro volta sono chiaramente definiti proprio all’inizio dei Termini; e (ii) ‘rimborsi’ si riferisce alla possibilità che WhatsApp applichi anzitutto addebiti per i propri servizi [...]”*. Così, *‘ordini’ sono quelli che possono essere inviati dagli utenti ‘WhatsApp’ al fine di ottenere determinati servizi a pagamento, mentre ‘rimborsi’ sono quelli che possono essere richiesti da tali utenti a seguito dell’acquisto, da parte degli stessi, di Servizi a pagamento che WhatsApp possa introdurre nel futuro; ovviamente il ‘rimborso’ dovrà corrispondere almeno ad una parte degli ‘addebiti’ sostenuti dagli utenti. Per quanto concerne i ‘rimborsi’, inoltre, la clausola in discussione fornisce altresì una distinzione tra rimborsi imposti per legge e tutti gli altri rimborsi: riconosce specificamente il diritto dell’utente ad un rimborso nel caso in cui il rimborso sia imposto dalla legge e, pertanto, limita i casi di rigetto di una domanda di rimborso a quei casi in cui il rimborso non sia altrimenti garantito”*.

g) Lingua

55. Vengono trattate sotto questo titolo le osservazioni sulle contestazioni relative alla clausola riportata *sub par. II, G*), contenuta nei TU, paragrafo “Altre disposizioni”.

56. Con riferimento alla clausola in esame, la Parte afferma che la prevalenza della versione in lingua inglese sarebbe, in particolare, diretta a garantire l'applicazione uniforme dei Termini a livello globale e non a privare i consumatori delle tutele loro garantite dalle leggi nazionali. La società dichiara di aver, comunque, fornito ai propri utenti “*un’attenta ed accurata traduzione dell’originale versione in lingua inglese dei propri Termini in varie lingue (incluso l’italiano) al fine di assicurare il maggior grado di comprensione dei propri Termini da parte dei consumatori di tutto il mondo*”.

57. La società sostiene, inoltre, che l’art. 35, comma 2, CdC non proibirebbe l’uso, nei contratti con i consumatori, di lingue diverse da quella italiana, né richiederebbe la disponibilità di una versione ufficiale dei Termini in lingua italiana. Tale previsione semplicemente disporrebbe, in caso di dubbio, la prevalenza dell’interpretazione di una clausola contrattuale più favorevole ai consumatori, indipendentemente dalla lingua in cui tale clausola sia stata redatta.

IV. VALUTAZIONI CONCLUSIVE*Sulle questioni preliminari*

58. Si osserva, preliminarmente, che l’utente accetta i Termini di utilizzo di WM “*installando, accedendo o utilizzando*” i servizi dell’applicazione¹⁸. Tale modalità escludendo, evidentemente, che le disposizioni contenute nei Termini possano essere oggetto di trattativa individuale, sarebbe già di per sé sufficiente a dimostrare la vessatorietà delle clausole.

59. In merito alla contestazione di aver proceduto in modo “selettivo” nella citazione delle clausole, si osserva che la comunicazione di avvio del procedimento e la comunicazione del termine di conclusione della fase istruttoria riportavano esclusivamente le disposizioni che si ritenevano, in sé, presuntivamente o *prima facie* vessatorie, in quanto in grado di generare squilibri a danno del consumatore, anche sulla base della lettura e dell’interpretazione di ciascuna clausola alla luce del contesto complessivo dell’intero contratto per adesione in cui è inserita.

¹⁸ In base a quanto indicato nei Termini di utilizzo: “*installando, accedendo o utilizzando le nostre applicazioni, i nostri servizi, le nostre funzioni, il nostro software*

o il nostro sito Web (globalmente i “Servizi”), si accettano i Termini di utilizzo”. Cfr. DOC (2) in atti.

60. Con particolare riferimento alle clausole di salvaguardia, contenute nei TU di WM e in applicazione delle quali i medesimi Termini non sarebbero destinati a limitare i diritti legali spettanti ai consumatori in alcune giurisdizioni¹⁹, si ritiene che esse siano generiche e generino incertezza sulle norme in concreto applicabili, determinando un'elevata probabilità che il consumatore sia costretto a ricorrere alla via giurisdizionale per tutelare i propri diritti. Ciò peraltro dovrebbe avvenire, secondo quanto prevedono i Termini, presso il Foro dello Stato della California, che si troverebbe a doversi pronunciare su fattispecie giuridiche estranee al proprio ordinamento. Pertanto, tali clausole non sono idonee a limitare o superare i contenuti di tutte le clausole oggetto del procedimento.

61. Riguardo al “bilanciamento degli interessi” invocato dalla Parte nei termini espressi in un precedente caso “Vittoria Assicurazioni”, per una clausola oggetto di interpello esaminata dall'Autorità nel 2013²⁰, si osserva che la valutazione della sussistenza di interessi dei consumatori diversi e meritevoli di tutela rispetto ai vincoli considerati in sede di avvio istruttorio si fonda evidentemente su elementi specifici relativi al singolo contratto di volta in volta analizzato dall'Autorità e al contesto di riferimento all'interno del quale esso si inserisce, non potendosi di conseguenza pretendere l'applicazione generalizzata di una regola specifica dettata con riferimento ad un altro caso. In tal senso si fa presente che in un procedimento più recente (novembre 2016), avviato nei confronti di un Professionista operante nel medesimo settore assicurativo²¹, l'Autorità ha, ad esempio, accertato la vessatorietà della clausola dell'obbligo di conciliazione paritetica, in quanto, nonostante lo sconto sul premio, collegato alla sua applicazione, tale clausola risultava, nelle sue concrete e specifiche modalità di declinazione, limitativa del diritto di difesa del consumatore. Nel caso di specie non si ravvede, peraltro, alcuna correlazione tra l'opportunità/esigenza di fornire un servizio “*unico ed uniforme, diffuso e disponibile in tutto il mondo*” e la necessità di regolarlo ovunque allo stesso modo. L'offerta di un servizio tecnicamente fruibile

¹⁹ Si tratta delle seguenti disposizioni: “*in alcune giurisdizioni, l'utente potrebbe avere diritti legali come consumatore e i Termini non sono destinati a limitare tali diritti legali dei consumatori che potrebbero non essere derogabili da contratto*” (TU, “Altre disposizioni”); “*LE PRESENTI ESCLUSIONI DI RESPONSABILITÀ DI CERTI DANNI E LIMITAZIONI DI RESPONSABILITÀ SARANNO APPLICABILI SECONDO QUANTO STABILITO DALLE LEGGI APPLICABILI. È POSSIBILE CHE LE LEGGI DI ALCUNI STATI O GIURISDIZIONI NON CONSENTANO LE ESCLUSIONI O LE LIMITAZIONI DI RESPONSABILITÀ DI ALCUNI DANNI, PERTANTO ALCUNE O TUTTE LE ESCLUSIONI E LE LIMITAZIONI DI RESPON-*

SABILITÀ DI CUI SOPRA POTREBBERO NON ESSERE APPLICABILI. IN DEROGA A QUALSIASI DISPOSIZIONE CONTRARIA CONTENUTA NEI NOSTRI TERMINI, IN TALI CASI LA RESPONSABILITÀ DELLE PARTI DI WHATSAPP SARÀ LIMITATA PER QUANTO CONSENTITO DALLE LEGGI APPLICABILI” (TU, “Limitazione di responsabilità”).

²⁰ Si tratta del caso CVI3 – Vittoria Assicurazioni, in relazione ad un aspetto specifico del settore assicurativo – responsabilità civile auto, ossia la clausola della cessione del credito del consumatore assicurato/danneggiato, nello specifico ambito del risarcimento in forma diretta.

²¹ Si tratta del caso CVI44 – Allianz – Clausola di conciliazione paritetica.

dai consumatori di tutto il mondo non pare assolutamente incompatibile con l'adattamento dei Termini di utilizzo ai diversi contesti giuridici dei paesi in cui è diretta l'attività del Professionista, men che meno se tale esercizio si traduce nell'introduzione di limitazioni e vincoli alle facoltà degli utenti.

62. In merito all'affermazione della Parte sulla gratuità dell'app WM, si osserva che, ai fini della qualificazione come contrattuale del rapporto che si instaura tra WhatsApp e il consumatore e della valutazione dei profili di vessatorietà delle relative clausole, ai sensi del CdC, non assume alcun rilievo che la prestazione dei servizi sia erogata in assenza di corrispettivo monetario. In ogni caso, si rappresenta che *“i dati personali, le preferenze dei consumatori e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico de facto e vengono venduti a terzi”*²². La rilevanza economica dei dati degli utenti di WhatsApp appare confermata dalle dichiarazioni rese dal Professionista nel corso dell'audizione, e acquisite agli atti. In particolare, la Parte ha rappresentato che se implementerà il nuovo modello di *business*, che si fonda sui dati dei propri utenti, *“riceverà un introito per i messaggi, relativi a notifiche e aggiornamenti”* inviati per i propri clienti. E ha aggiunto che, in sintesi, lo svolgimento delle attività volte all'utilizzo diretto da parte di WhatsApp dei numeri dei propri utenti *“dovrebbe generare, se implementato, ricavi per WhatsApp”*²³.

63. Sul punto, giova, peraltro, richiamare l'ormai consolidato orientamento della Commissione europea volto a riconoscere la natura di controprestazione non pecuniaria dei dati degli utenti dei *social media*, sia in sede di tutela del consumatore²⁴ che in sede di valutazione delle concentrazioni tra imprese²⁵, valore economico idoneo, dunque, a con-

²² Commissione europea, *“Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali”*, Bruxelles, 25.5.2016 p. 28.

²³ DOC. (28) in atti.

²⁴ Cfr. I seguenti documenti:

i) *“Common position of national authorities within the CPC Network concerning the protection of consumers on social networks”*, assunta ai sensi del Reg. (CE) 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori e pubblicata il 17 marzo 2017, ove si legge che *“[s]ocial media operators supplying services to users residing in the European Union (and in other EEA countries) shall use terms of services in their contracts that are in conformity with Directive 93/13/EC on Unfair Contract Terms. This Directive applies to all contracts between consumers and bu-*

sinesses, regardless of whether they involve monetary consideration, including contracts where consumer generated content and profiling represent the counter-performance alternative to money”;

ii) Proposta di direttiva 634/2015 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale, ove si legge che *“[n]ell'economia digitale, gli operatori del mercato tendono spesso e sempre più a considerare le informazioni sulle persone fisiche beni di valore comparabile al denaro. I contenuti digitali sono spesso forniti non a fronte di un corrispettivo in denaro ma di una controprestazione non pecuniaria, vale a dire consentendo l'accesso a dati personali o altri dati”* (considerando 13).

²⁵ Merger procedure, Case No. COMP/M.7217 - Facebook/WhatsApp, 3 ottobre 2014; *‘Refining the EU merger control system’*, Speech by Commissioner Vestager,

figurare l'esistenza di un rapporto di consumo tra il Professionista e l'utente ²⁶.

Sulle singole clausole oggetto di istruttoria

64. In via generale si osserva che, come ribadito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in recenti pronunce ²⁷, il sistema di tutela del consumatore in materia di clausole vessatorie istituito dalla direttiva 93/13/CEE — il cui recepimento è attualmente contenuto negli articoli 33 e seguenti del Codice del Consumo — è fondato sul presupposto che *“il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda, sia il potere nelle trattative che il livello di informazione, situazione questa che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte senza poter incidere sul contenuto delle stesse”*.

65. In merito, poi, alla chiarezza e alla trasparenza a cui necessariamente deve ispirarsi la redazione delle clausole contrattuali, la giurisprudenza comunitaria ha più volte ribadito il principio dell'interpretazione estensiva del dovere di informazione e di trasparenza. La Corte ha stabilito che tale obbligo opera non solo sul piano meramente formale e lessicale, ma anche sul piano informativo, nel senso che le clausole, in correlazione tra loro, devono consentire al consumatore di comprendere e valutare, sulla base di criteri precisi ed intelligibili, le conseguenze che gli derivano dall'adesione al contratto, anche sul piano economico.

66. Le valutazioni che seguono hanno ad oggetto le clausole indicate nel **punto II** del presente provvedimento. In sede di avvio del procedimento è stato comunicato a WhatsApp che, per le clausole considerate in violazione delle previsioni dell'elenco di cui all'articolo 33, comma 2, CdC, è prevista una presunzione legale di vessatorietà, il che comporta l'onere di fornire elementi tali da costituire prova contraria di detta presunzione.

Studienvereinigung Kartellrecht, Brussels, 10 March 2016.

²⁶ Cfr. ancora *“Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali”*, che tratta del settore dei media sociali (paragrafo 5.2.9), nella sezione dedicata all'applicazione della direttiva pratiche commerciali sleali in settori specifici. Tra i media sociali vengono inclusi specificatamente anche Facebook e WhatsApp, qualificati dalla Commissione come “professionisti”. Nello stesso paragrafo 5.2.9, la Commissione evidenzia che *“le autorità na-*

zionali di vigilanza hanno individuato alcune problematiche in relazione ai media sociali e alle norme dell'UE in materia di diritto commerciale e dei consumatori, per esempio [...] clausole contrattuali standardizzate potenzialmente sleali utilizzate dalle piattaforme di media sociali”.

²⁷ In proposito cfr. Corte di Giustizia, sentenza 30 maggio 2013 in causa C-488/11 (cfr. pt.31); sentenza 14 giugno 2012 in causa C-618/10, sentenza 21 febbraio 2013 in causa C-472/11. Tale principio risulta da ultimo ripreso e confermato dalla sentenza 30 aprile 2014, in causa C-26/13 (cfr. pt. 39 e 72).

a) Responsabilità contrattuale

67. Si replica, in via preliminare, all'eccezione sollevata dal Professionista riguardo al fatto che le clausole **sub par. II, A)** (contenute nei TU, paragrafi "Esclusioni di responsabilità", "Limitazione di responsabilità", "Indennizzo") non potrebbero essere ritenute vessatorie in quanto volte a delimitare l'oggetto del contratto ²⁸.

68. Si osserva, in merito, che le clausole in esame non stabiliscono prestazioni essenziali del contratto caratterizzandone il contenuto. Esse non attengono, infatti, né al servizio offerto né al relativo corrispettivo, bensì introducono limiti alla responsabilità del Professionista e sono, pertanto, soggette al giudizio di vessatorietà ²⁹. Tali disposizioni risultano, in particolare, in violazione dell'art. 33, commi 1 e 2, lett. b), CdC ³⁰, in quanto prevedono esclusioni e limitazioni di responsabilità in capo a WhatsApp molto ampie e assolutamente generiche.

69. Il Professionista declina, nello specifico, ogni responsabilità derivante dall'esecuzione del contratto inclusa quella che discende dal proprio inadempimento, in quanto, ad esempio, collegata ad un malfunzionamento della piattaforma o dei meccanismi di sicurezza della medesima predisposti da WhatsApp (quali ad esempio la crittografia delle comunicazioni degli utenti).

70. L'esclusione di responsabilità si applica anche nell'ipotesi in cui il Professionista sia a conoscenza dell'eventualità del verificarsi del danno per il consumatore e abbia, quindi, la possibilità di attivarsi in via preventiva per evitarlo. L'utente, anche in caso di inerzia o negligenza del Professionista, risulterebbe, dunque, impossibilitato a far valere ogni suo diritto contrattuale nei confronti del medesimo.

71. È evidente, come sostenuto nella memoria finale, che, ai fini dell'equilibrio tra gli interessi delle parti, il Professionista non debba rispondere per i danni cagionati dalle azioni od omissioni che dipendono dalla condotta di terzi e/o che sfuggono alla propria sfera di controllo ma è necessario prevedere, nel contratto, diversi gradi di responsabilità del Professionista in funzione delle diverse tipologie di eventi che possono verificarsi a danno del consumatore, distinguendo tra quelli riconducibili alla Parte e quelli ad essa non riconducibili.

²⁸ Cfr. art. 34, comma 2, CdC, a tenore del quale *"la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto [...]"*.

²⁹ Cfr. Cassazione, sez. III, sentenza n. 395 dell'11 gennaio 2007.

³⁰ Art. 33, comma 2, lett. b), CdC, a

tenore del quale si presumono vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: *"escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del Professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del Professionista"*.

72. Di fronte, inoltre, alla responsabilità, anche pecuniaria, posta in capo all'utente, che non prevede limiti, e al potenzialmente ingente valore economico dei dati personali forniti, WhatsApp contrappone un limite risarcitorio pari a 100 dollari o all'importo pagato dall'utente negli ultimi 12 mesi, determinando un'evidente squilibrio di diritti e obblighi tra le Parti, a danno del consumatore. L'inadeguatezza del risarcimento massimo fruibile dal consumatore emergerebbe, in modo particolare, nell'ipotesi, che peraltro il Professionista come visto illecitamente esclude, in cui esso dovesse rispondere per danni agli utenti derivanti da inadempienze in ordine alla sicurezza della piattaforma (ad esempio danni derivanti da un malfunzionamento della crittografia).

b) Disponibilità del servizio

73. Con riferimento alla clausola riportata *sub par. II, B*) (contenuta nei TU, paragrafo "Disponibilità dei nostri servizi"), si replica, preliminarmente, all'eccezione opposta dalla Parte riguardo alla "citazione selettiva" della clausola da parte dell'Autorità, ribadendo quanto già precedentemente evidenziato, ossia che la comunicazione di avvio del procedimento e la comunicazione del termine di conclusione della fase istruttoria, riportavano esclusivamente le disposizioni o parti di esse che si ritenevano presuntivamente vessatorie.

74. Entrando nel merito della valutazione, è evidente l'ammissibilità delle interruzioni del servizio o di alcune sue funzionalità derivanti da situazioni connesse a manutenzione o aggiornamenti e/o da cause che esulano dal controllo della società, quali le calamità naturali ed altri eventi di forza maggiore. Altrettanto evidente e giustificata è la necessità di WhatsApp di adeguare la propria piattaforma all'evoluzione tecnologica con i conseguenti effetti in termini di assistenza e garanzia (come avvenuto nel caso dei dispositivi Symbian). Ciò che, tuttavia, crea lo squilibrio a danno del consumatore è la possibilità per il Professionista di decidere unilateralmente, senza motivo e senza preavviso, di non eseguire più la prestazione, in violazione dell'art. 33, commi 1 e 2, lett. d), CdC³¹. Le possibili cause delle eventuali interruzioni andrebbero specificate e circoscritte, nel contratto, al fine di eliminare la discrezionalità illimitata di cui gode attualmente WhatsApp. Sempre nel contratto, dovrebbero essere indicate le modalità utilizzate per fornire un preavviso agli utenti ove l'evento interruttivo sia prevedibile.

75. Infine, lo strumento della cancellazione dell'*account* WM prospettato dalla Parte come rimedio idoneo a controbilanciare la discrezionalità assoluta di cui gode il Professionista in ordine alla esecuzione della

³¹ Art. 33, comma 2, lett. d), CdC, a tenore del quale si presumono vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: "prevedere un impegno definitivo del consumatore mentre

l'esecuzione della prestazione del Professionista è subordinata ad una condizione il cui adempimento dipende unicamente dalla sua volontà".

prestazione, risulta del tutto sproporzionato rispetto all'eventualità di un'interruzione (che potrebbe essere anche solo temporanea) del servizio o di alcune sue funzionalità. Inoltre, per quanto argomentato nei paragrafi successivi, la cancellazione dell'*account* non garantisce la cessazione dell'efficacia di tutte le clausole dei TU e dunque una completa risoluzione del contratto.

c) Risoluzione del contratto

76. La clausola riportata *sub par. II, C*) (contenuta nei TU, paragrafo "Risoluzione"), nella parte in cui stabilisce il diritto esercitabile dal Professionista di risolvere il contratto e non consentire più all'utente l'accesso/utilizzo dei servizi, senza prevedere un analogo diritto per il consumatore, risulta in violazione dell'art. 33, commi 1 e 2, lett. g), CdC ³².

77. Si ritiene, in merito, insufficiente quanto previsto dalla Parte che afferma di *"assicurare al consumatore gli strumenti per esercitare effettivamente il proprio diritto di risoluzione"*, cancellando il proprio *account* tramite la funzione in app *"elimina il mio profilo"*, per le ragioni che seguono.

78. Si osserva, in primo luogo, che la facoltà attribuita all'utente di cancellare il proprio *account* è indicata, con le relative istruzioni, esclusivamente nelle *"faq"*, pubblicate sul sito web di WhatsApp ed è solo menzionata nel documento *on line* *"Informativa sulla privacy di WhatsApp"*, nella sezione *"Gestione delle informazioni dell'utente"*. La medesima, non è, invece, affatto trattata nei Termini di Utilizzo e non è, in ogni caso, qualificata e regolata, in nessuno dei sopra citati documenti, come strumento per esercitare il diritto di recedere dal contratto. La stessa WhatsApp ha, del resto, ammesso, in sede di audizione, che *"gli utenti utilizzano due modalità per cancellarsi: una sbagliata consistente nella cancellazione [rectius disinstallazione] della app, la seconda riguarda invece la cancellazione dell'account che viene rilevata da WhatsApp"*. Quanto sopra dimostra che, qualora decida di cessare l'uso dell'app e porre fine al contratto, l'utente non è affatto in grado di individuare la corretta modalità con cui sciogliersi definitivamente dal vincolo giuridico.

79. Si rileva, poi, che, nella medesima clausola, è previsto che, anche dopo la risoluzione o scadenza del contratto con WhatsApp, continuino ad applicarsi all'utente alcune altre clausole ivi espressamente richiamate (*"Licenze"*, *"Esclusioni di responsabilità"*, *"Limitazione di responsabi-*

³² Art. 33, comma 2, lett. g), CdC, a tenore del quale si presumono vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: *"riconoscere*

al solo Professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto [...]".

lità”, “Indennizzo”, “Risoluzione delle controversie”, “Disponibilità e interruzione dei servizi”, “Altre Disposizioni”).

80. Se la prosecuzione dell’efficacia di alcune disposizioni dei TU, anche dopo la cessazione del contratto, si può, in via di principio, giustificare per la loro funzione di disciplinare gli effetti che si potrebbero produrre anche successivamente al termine dell’accordo, non si giustifica, tuttavia, la prosecuzione della clausola “Altre disposizioni” laddove stabilisce che “[...]WhatsApp si riserva inoltre il diritto di trasferire le informazioni dell’utente alle proprie affiliate, agli aventi causa o a un nuovo proprietario” (sottolineatura aggiunta).

81. La sopravvivenza di tale parte dei TU risulta incompatibile con l’istituto stesso della risoluzione, che si applica, invece, a tutti gli effetti nei confronti del consumatore, in quanto viene cessata la fornitura del servizio. Tanto più è fondata tale conclusione se si considera la rilevanza economica dei dati degli utenti di WhatsApp, già ampiamente illustrata nei paragrafi precedenti.

82. Si osserva, peraltro, che all’interno della clausola “Altre disposizioni”, la previsione che “*qualsiasi modifica o rinuncia ai presenti Termini richiede il nostro esplicito consenso*” sembrerebbe far intendere che un eventuale recesso dell’utente sia subordinato all’accettazione da parte del Professionista, negandone pertanto autonoma efficacia.

83. La medesima clausola riportata *sub par. II, C*) (contenuta nei TU, paragrafo “Risoluzione”), risulta, infine, in violazione dell’**art. 33, commi 1 e 2, lett. h)**, CdC³³, nella misura in cui stabilisce il diritto esercitabile dal Professionista di risolvere il contratto e non consentire più all’utente l’accesso/utilizzo dei servizi, “*in qualsiasi momento e per qualsiasi motivo, ad esempio nei casi in cui non sia rispettata la forma e la sostanza dei nostri Termini o vengano a crearsi rischi, danni o possibili conseguenze legali per noi, i nostri utenti o terzi*” (sottolineatura aggiunta). La formulazione ampia e assolutamente generica della clausola conferirebbe totale discrezionalità al Professionista e non consentirebbe all’utente di conoscere le ragioni per cui gli verrà eventualmente disabilitato l’*account* né di replicare tempestivamente in merito alla relativa motivazione.

d) Modifiche contrattuali unilaterali

84. Le clausole riportate *sub par. II, D*) (contenute nei TU, paragrafi “Altre disposizioni” e “Costi e tasse”) risultano in violazione dell’**art. 33, commi 1 e 2, lett. m)**, CdC³⁴ nella misura in cui stabiliscono il diritto

³³ Art. 33, comma 2, lett. h), CdC, a tenore del quale si presumono vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: “consentire al

Professionista di recedere da contratti a tempo indeterminato senza un ragionevole preavviso, tranne nel caso di giusta causa”.

³⁴ Art. 33, comma 2, lett. m), CdC, a

generico esercitabile dal Professionista di introdurre condizioni aggiuntive per determinati servizi e di modificare o aggiornare i Termini di utilizzo (clausola contenuta nei TU, “Altre disposizioni”), nonché il diritto esercitabile dal Professionista di introdurre un costo del servizio (clausola contenuta nei TU, “Costi e tasse”) senza che nel contratto vengano indicate le motivazioni sulla base delle quali egli si vincola ad apportare le modifiche.

85. Il Professionista si riserva, inoltre, di comunicare all’utente le modifiche *“nel modo ritenuto più opportuno”* e di aggiornare *“la data di ‘Ultima modifica’ nella parte superiore dei Termini”*, prevedendo che la continuazione dell’utilizzo dei servizi valga come accettazione delle modifiche medesime.

86. La genericità delle disposizioni che consentono al Professionista di introdurre, nella più totale discrezionalità, modifiche, finanche economiche, senza specificarne preventivamente i motivi e senza neppure prevedere modalità per informarne in maniera adeguata l’utilizzatore, unitamente alla previsione del meccanismo di “silenzio assenso” che fa discendere l’accettazione dei nuovi Termini anche solo dalla mera inerzia inconsapevole dell’utente, appaiono particolarmente gravose e squilibrate a danno del consumatore.

87. La clausola di *ius variandi* dovrebbe, in particolare, indicare che tutte le eventuali variazioni unilaterali delle condizioni contrattuali, incluse quelle economiche, potranno essere effettuate solo in presenza di un “giustificato motivo” espressamente indicato nel contratto.

88. Nel contratto deve essere anche previsto che, in caso di esercizio della facoltà di modifica unilaterale, il Professionista porterà a conoscenza del consumatore il motivo specifico che giustifica la modifica, con modalità indicate anch’esse nel contratto e comunicate in tempo utile rispetto all’attuazione della medesima modifica.

89. Nel caso di specie, i TU contengono solo una generica previsione della facoltà esercitabile dal Professionista di modificare unilateralmente il contratto, in assenza di tutti i sopra citati elementi.

90. In merito alla necessità rappresentata da WhatsApp di innovare e introdurre nuove funzioni, si deve distinguere tra aggiornamenti tecnici e modifiche dei Termini di utilizzo del servizio. Rispettare i principi sopra illustrati non costituisce un ostacolo alle innovazioni tecnologiche, quali gli aggiornamenti della piattaforma o del *software*, dal momento che

tenore del quale si presumono vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: “consentire al Professionista di modificare unilateral-

mente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso”.

questi ultimi non necessariamente implicano una modifica delle condizioni generali di erogazione del servizio contenute nei TU.

91. In relazione alla sufficienza del rimedio del recesso, si osserva, preliminarmente, che tale strumento, come già precedentemente rappresentato, non è garantito in base alle previsioni dei TU. Si rileva anche che, come pacifico per la giurisprudenza comunitaria³⁵, l'informativa, fornita con preavviso ragionevole dal professionista al consumatore, volta per volta, in caso di *ius variandi*, e il relativo diritto di recesso non possono compensare l'assenza di informazioni nel contratto sulle cause delle modifiche contrattuali unilaterali. I due strumenti di tutela, in altri termini, non sono alternativi bensì complementari.

e) Foro competente e legge applicabile

92. Le clausole riportate **sub par. II, E)** (contenute nei TU, paragrafi “Foro competente” e “Legge applicabile”), risultano in violazione dell’art. 33, commi 1 e 2, lett. u), CdC³⁶ in quanto individuano quale legge applicabile al contratto e alle controversie quella dello Stato della California e quali unici fori competenti per la risoluzione delle controversie il Tribunale Federale degli Stati Uniti della California settentrionale o il Tribunale dello Stato della California. Tali previsioni escludono il ricorso al Foro del consumatore e la conseguente applicazione del corrispondente diritto processuale privando, di fatto, l’utente di WM della reale possibilità di ricorrere alla tutela giudiziaria.

93. Con specifico riferimento all’individuazione della legislazione sostanziale che disciplina i Termini di utilizzo di WM, si osserva che, in base al Regolamento Roma I³⁷, richiamato dalla Parte, risulta applicabile l’art. 6, comma 1, a tenore del quale “*un contratto concluso da una persona fisica per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività commerciale o professionale («il consumatore») con un’altra persona che agisce nell’esercizio della sua attività commerciale o professionale («il professionista») è disciplinato dalla legge del paese nel quale il consumatore ha la residenza abituale, a condizione che il professionista: a) svolga le sue attività commerciali o professionali nel paese in cui il consumatore ha la residenza abituale; o b) diriga tali attività, con qualsiasi mezzo, verso tale paese o vari paesi tra cui quest’ultimo; e il contratto rientri nell’ambito di dette attività*” (sottolineatura aggiunta). Si deve, invece, escludere l’applicabilità al caso di specie della deroga di cui all’art. 6, comma 2, del medesimo Regolamento, invocata da WhatsApp, che consentirebbe alle Parti di “scegliere la legge applicabile a un

³⁵ Corte di Giustizia Europea, sentenza del 21 marzo 2013 (causa C-92/11).

³⁶ Art. 33, comma 2, lett. u), CdC, a tenore del quale si presumono vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: “*stabilire come*

sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore”.

³⁷ Regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

contratto” (sottolineatura aggiunta). I Termini di utilizzo oggetto del presente procedimento costituiscono, infatti, un contratto stipulato per adesione, le cui modalità di accettazione da parte del consumatore, come si è visto, escludono che le disposizioni in esso contenute possano essere oggetto di trattativa individuale; dunque la legge applicabile non è frutto di scelta condivisa da entrambe le parti.

f) Ordini

94. La clausola riportata *sub par. II, F*) (contenuta nei TU, paragrafo “Costi e tasse”) risulta in violazione dell’art. 35, comma 1, CdC ³⁸ nella misura in cui stabilisce un generico diritto esercitabile dal Professionista di recedere dagli “ordini” e di non fornire rimborsi per i servizi offerti, senza precisare in modo chiaro il contesto in cui tali operazioni si esplicherebbero.

95. Sebbene la Parte, nel corso del procedimento istruttorio, abbia specificato che la clausola in esame si applicherebbe a fronte della fornitura di servizi prestati dietro corrispettivo monetario, permane, ad avviso dell’Autorità, la scarsa comprensibilità della disposizione *de qua* in relazione al contesto contrattuale in cui è inserita. Nei TU, il Professionista non regola, infatti, specificatamente la fornitura di servizi a pagamento, riservandosi esclusivamente il diritto “ad applicare i costi” per i servizi resi “incluse le relative tasse”, e dunque non si comprende che “*’ordini’ sono quelli che possono essere inviati dagli utenti ‘WhatsApp’ al fine di ottenere determinati servizi a pagamento, mentre ‘rimborsi’ sono quelli che possono essere richiesti da tali utenti a seguito dell’acquisto, da parte degli stessi, di Servizi a pagamento che WhatsApp possa introdurre nel futuro*”.

g) Lingua

96. La clausola riportata *sub par. II, G*) (contenuta nei TU, paragrafo “Altre disposizioni”) risulta in violazione dell’art. 35, comma 2, CdC ³⁹ nella misura in cui stabilisce la prevalenza del contratto scritto in lingua inglese in caso di conflitto con la versione tradotta laddove è la versione tradotta ad essere accettata dall’utente.

97. Preso atto della dichiarata accuratezza della traduzione dei TU in lingua italiana, la disposizione in esame dovrebbe, comunque, prevedere, in caso di dubbio sul senso di una clausola, la prevalenza dell’interpre-

³⁸ Art. 35, comma 1, CdC, a tenore del quale “*Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile*”.

³⁹ Art. 35, comma 2, CdC, a tenore del quale “*In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l’interpretazione più favorevole al consumatore*”.

tazione più favorevole ai consumatori, indipendentemente dalla lingua in cui tale clausola più favorevole sia stata redatta.

98. In concreto potrebbe verificarsi che l'interpretazione più favorevole sia quella relativa alla clausola nella versione italiana laddove, per come sono attualmente formulati i TU, dovrebbe, sempre e comunque, prevalere la versione in lingua inglese.

RITENUTO che per le clausole descritte al **punto II**, sub A), B), C), D) E) del presente provvedimento e oggetto della comunicazione di avvio del procedimento, vige una presunzione legale di vessatorietà, *ex* articolo 33, comma 2, del Codice del Consumo e che la Parte non ha fornito elementi pienamente sufficienti per superare tale presunzione;

RITENUTO che le clausole descritte al **punto II**, *sub F) e G)* del presente provvedimento e oggetto della comunicazione di avvio del procedimento sono vessatorie, in quanto in contrasto, rispettivamente, con i commi 1 e 2 dell'art. 35 del Codice del Consumo, per le ragioni indicate in motivazione;

RITENUTO, in particolare, sulla base delle considerazioni suesposte, che le clausole descritte al **punto II** del presente provvedimento **sono** vessatorie ai sensi degli **articoli 33, commi 1 e 2, lettere b), d), g), h), m), u)** e **35, commi 1 e 2, del Codice del Consumo**;

RITENUTO che è dovuta la pubblicazione di un estratto del presente provvedimento per informare compiutamente i consumatori della vessatorietà delle clausole oggetto della presente valutazione sul sito dell'Autorità e di WhatsApp, ai sensi dell'articolo 37-*bis*, comma 2, del Codice del Consumo e dell'articolo 23, comma 8, del Regolamento; che appare congruo che la predetta pubblicazione sul sito di WhatsApp abbia la durata di **venti giorni consecutivi**;

DELIBERA

a) che le clausole descritte *sub par. II, A)*, integrano una fattispecie di clausola vessatoria ai sensi dell'art. **33, commi 1 e 2, lett. b)**, CdC, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione;

b) che la clausola descritta *sub par. II, B)*, integra una fattispecie di clausola vessatoria ai sensi dell'articolo dell'art. **33, commi 1 e 2, lett. d)**, CdC, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione;

c) che la clausola descritta *sub par. II, C)*, integra una fattispecie di clausola vessatoria ai sensi dell'art. **33, commi 1 e 2, lett. g) e h)**, CdC, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione;

d) che le clausole descritte *sub par. II, D)*, integrano una fattispecie di

clausola vessatoria ai sensi dell'articolo dell'art. 33, commi 1 e 2, lett. m), CdC, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione;

e) che le clausole descritte **sub par. II, E)**, integrano una fattispecie di clausola vessatoria ai sensi dell'articolo dell'art. 33, commi 1 e 2, lett. u), CdC, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione;

f) che la clausola descritta **sub par. II, F)**, integra una fattispecie di clausola vessatoria ai sensi dell'articolo dell'art. 35, comma 1, CdC, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione;

g) che la clausola descritta **sub par. II, G)**, integra una fattispecie di clausola vessatoria ai sensi dell'articolo dell'art. 35, comma 2, CdC, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione;

DISPONE

a) che la società WhatsApp Inc. pubblichi, a sua cura e spese, un estratto del provvedimento ai sensi dell'articolo 37-bis del Codice del Consumo e dell'articolo 23, comma 8, del Regolamento, secondo le seguenti modalità:

1) il testo dell'estratto del provvedimento è quello riportato nell'allegato al presente provvedimento;

2) il testo dell'estratto del provvedimento dovrà essere pubblicato per **venti giorni consecutivi** sulla *home page* del sito *www.whatsapp.com*, versione italiana, con adeguata evidenza grafica e in una posizione della pagina web che non richieda al consumatore di scorrerla, **entro venti giorni** dalla comunicazione dell'adozione del presente provvedimento;

3) tutti gli utenti italiani registrati nell'applicazione WhatsApp Messenger alla data di adozione del presente provvedimento (intendendo per utenti italiani coloro che si siano registrati su WhatsApp usando come codice del Paese +39), riceveranno, con le stesse modalità tecniche con cui WhatsApp ha comunicato l'ultima modifica dei TU, una notifica, in app, dell'avvenuta pubblicazione dell'estratto del presente provvedimento sulla *home page* del sito *www.whatsapp.com*, versione italiana, contenente un *link* a tale pagina;

b) che la pubblicazione del testo dell'estratto del provvedimento dovrà essere preceduta dalla comunicazione all'Autorità della data in cui la stessa avrà luogo e dovrà essere seguita, entro tre giorni, dall'invio all'Autorità di una copia del predetto estratto così come pubblicata sulla *home page* del sito *www.whatsapp.com*, versione italiana;

c) che la pubblicazione dovrà ricalcare *in toto* impostazione, struttura e aspetto dell'estratto allegato al presente provvedimento; le modalità di scrittura, di stampa e di diffusione non dovranno essere tali da vanificare

gli effetti della pubblicazione; in particolare, nella pagina del sito *internet* di pubblicazione dell'estratto, così come nelle restanti pagine, non dovranno essere riportati messaggi che si pongano in contrasto con il contenuto dell'estratto o che comunque tendano ad attenuarne la portata e il significato.

Ai sensi dell'articolo 37-*bis*, comma 2, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 euro a 50.000 euro.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 37-*bis*, comma 4, e dell'art. 135, comma 1, lettera *b*), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di comunicazione dello stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'art. 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'art. 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di comunicazione del provvedimento stesso.

Il presente provvedimento sarà comunicato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

(*Omissis*)

***I DATI PERSONALI COME
CORRISPETTIVO DELLA
FRUIZIONE DI UN SERVIZIO
DI COMUNICAZIONE
ELETTRONICA E LA
“CONSUMERIZZAZIONE”
DELLA PRIVACY***

Con due provvedimenti dell'11 maggio 2017, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha concluso le istruttorie avviate nei confronti di WhatsApp, società di gestione del servizio di messaggistica istantanea per *smartphone* più utilizzato nel mondo ¹, dal febbraio 2014 entrata nell'orbita del colosso dei *social network* Facebook.

La sostanziale complementarietà delle questioni oggetto di indagine favoriscono una lettura congiunta delle due decisioni. L'Agcm analizza i rapporti intercorrenti tra il *provider* WhatsApp (inteso come professionista ai sensi dell'art. 3 cod. cons. ²) e gli utenti/consumatori del servizio, con specifico riferimento alla presunta vessatorietà di alcune

¹ Con un post del febbraio del 2016, la società WhatsApp ha comunicato sul proprio blog (accessibile all'URL: <https://blog.whatsapp.com/616/Un-miliardo?/>) di avere raggiunto un miliardo di utenti attivi.

² Giova a tal uopo ricordare come la direttiva sul commercio elettronico, all'art. 2, lett. e) della dir. 2000/31/CE introduca una nozione di consumatore quasi speculare

clausole contenute nei termini d'uso³ e alla liceità delle modalità di acquisizione del consenso sulla modifica di una specifica clausola, che autorizzava la condivisione da parte di Facebook di alcuni dati personali degli utenti WhatsApp⁴.

Un aspetto comune dei due provvedimenti è rappresentato dai presupposti di fondo su cui si basa il ragionamento dell'Autorità amministrativa indipendente. Le procedure di registrazione e accettazione dei termini d'uso da parte degli utenti rappresenterebbero infatti la conclusione di veri e propri contratti di consumo, in cui i dati apprestati e prodotti dall'utente hanno valenza di controprestazione non pecuniaria⁵.

Atteso che le norme internazionalprivatistiche e la giurisprudenza ormai consolidata affermano come gli utenti residenti nell'Unione europea debbano godere della protezione garantita dal diritto comunitario⁶, la raccolta dei dati personali da parte dei *provider* non incontra soltanto i limiti normativi posti dalla disciplina sulla protezione dei dati personali, ma può avere ricadute sotto il profilo della tutela del consumatore e, ancora più in generale, delle regole procompetitive⁷.

L'interpretazione dell'Agcm, basata sul richiamo ad alcuni orientamenti di organismi comunitari⁸ e sulle risultanze della procedura per

a quella riportata all'art. 2, lett. b), dir. 93/13/CE.

³ Procedimento istruttorio CV154.

⁴ Procedimento istruttorio PS10601.

⁵ Sul rilievo dei dati personali degli utenti come "beni economici" e la conseguente non gratuità dei servizi di *social network* cfr. S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, 2^a ed., Roma-Bari, 2004, spec. pp. 155 ss.; A. GALASSO, *Proposte di sintesi*, in A. GALASSO-S. MAZZARESE (a cura di), *Il principio di gratuità*, Milano, 2008, p. 496 s.; S. RODOTÀ, *Gratuità e solidarietà tra impianti codicistici e ordinamenti costituzionali*, *ivi*, p. 102; F. ASTONE, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, in AIDA, 2011, pp. 114 ss.; R. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, *ivi*, pp. 96 ss.; N. PURTOVA, *Property in Personal Data: A European Perspective on the Instrumentalist Theory of Propertisation*, in 2 *Eur. J. Legal Stud.* 193 (2010); per la letteratura statunitense v. J. LITMAN, *Information Privacy/Information Property*, in 52 *Stan. L. Rev.* 1283 (2000); L. LESSIG, *Privacy as Property*, in *Social Research: An International Quarterly of Social Sciences*, 69, 2002, pp. 247 ss.; P.M. SCHWARTZ, *Property, Privacy and Personal Data*, in 117 *Harv. L. Rev.* 2056 (2004); R.S. HEIMES, *Privacy and Innovation: Information as Property and the Impact on Data Subject*, in 49 *New Eng. L. Rev.* 649 (2015). Sul tema, sia consentito altresì il richiamo a S. SICA-G. GIANNONE CODIGLIONE, *I social network sites e il "labirinto" delle*

responsabilità, in *Giur. merito*, 2012, pp. 2714-2733, spec. pp. 2717 ss.

⁶ Si v. per esempio i regolamenti n. 593/2008 (Roma I) per le obbligazioni nascenti da contratto e n. 864/2007 (Roma II) per le ipotesi di r. extracontrattuale. In giurisprudenza, con riferimento alla materia della protezione dei dati personali cfr. ancora CGE, grande sez., sent. 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner*, in questa *Rivista*, 4-5, 2015, pp. 603-635, par. 95; CGE, grande sez., sent. 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain, Google Inc. c. AEPD, Costeja González*, *ivi*, 4-5, 2014, p. 535 ss., par. 60.

⁷ Sul punto in dottrina v. S.F. BONETTI, *La tutela del consumatore nei contratti gratuiti di accesso ad Internet: i contratti dei consumatori e la privacy tra fattispecie giuridiche e modelli contrattuali italiani e statunitensi*, in questa *Rivista*, 2002, pp. 1093 ss.; P. SAMMARCO, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, *ivi*, 4-5, 2010, pp. 631 ss.; M. GRANIERI, *Le clausole ricorrenti nei contratti dei social networks dal punto di vista della disciplina consumeristica dell'Unione europea*, in AIDA, 2011, pp. 125 ss.; A.R. POPOLI, *Social network e concreta protezione dei dati sensibili: luci ed ombre di una difficile convivenza*, in questa *Rivista*, 6, 2014, pp. 981 ss.

⁸ I documenti citati dall'Agcm sono la "Common position of national authorities

concentrazione svolta dalla Commissione UE in *Facebook/Whatsapp*⁹, conduce ad affermare che le informazioni personali degli utenti sono beni di natura economica che vengono forniti come corrispettivo per la fruizione dei servizi. L'elemento della mancata gratuità del servizio reso dai *social network*, permette così di guardare al rapporto tra utente e prestatore in un'ottica consumeristica, in special misura orientata alla garanzia della libertà di scelta nel mercato dei *consumer communication services*¹⁰ e, quindi, diretta al contrasto di concentrazioni e posizioni dominanti¹¹.

Nella prima decisione, l'Agem ha analizzato le procedure di modifica dei termini d'uso sulla condivisione dei dati degli utenti WhatsApp da parte di Facebook per fini pubblicitari, con specifico riferimento alla trasparenza e correttezza delle informazioni rese nonché al connesso effetto di condizionamento dei consumatori. In sostanza, gli utenti trovavano le opzioni di gestione del proprio profilo già preimpostate sulla condivisione di alcuni dati personali con il *social network* (c.d. *prespuntatura*). Contestualmente, la mancata accettazione di tali modifiche veniva prospettata come causa di interruzione nell'erogazione del servizio. Per gli utenti registrati, il passaggio al trattamento multiplo ed interoperabile tra le due piattaforme dei dati personali era invero proposto in via facoltativa, lasciando libera la possibilità di continuare a fruire dei servizi anche in mancanza di accettazione delle nuove condizioni generali. Tale opportunità non veniva però indicata in maniera chiara ed immediata, ma

within the CPC Network concerning the protection of consumers on social networks", del 17 marzo 2017 assunta ai sensi del Reg. (CE) 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori; il considerando n. 13 della proposta di direttiva 634/2015 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale COM(2015) 634 final; il par. 5.2.9. degli "Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali", pubblicati dalla Commissione UE il 25 maggio 2016. Sulla "consumerizzazione" della tutela della privacy digitale fondamentale appare altresì il considerando n. 42 del regolamento UE n. 679/2016, non richiamato dall'Agem *ratione materiae*, per cui «il titolare del trattamento dovrebbe essere in grado di dimostrare che l'interessato ha acconsentito al trattamento. In particolare, nel contesto di una dichiarazione scritta relativa a un'altra questione dovrebbero esistere garanzie che assicurino che l'interessato sia consapevole del fatto di esprimere un consenso e della misura in cui ciò avviene. In conformità della direttiva 93/13/CEE del Consiglio è opportuno prevedere una dichiarazione di consenso predisposta dal titolare del trattamento in una forma comprensibile e facilmente accessi-

bile, che usi un linguaggio semplice e chiaro e non contenga clausole abusive».

⁹ Commissione UE, 3 ottobre 2014, Caso COMP/M.7217 - *Facebook/Whatsapp*, C(2014) 7239 final.

¹⁰ Cfr. il par. 45 del provvedimento reso a seguito dell'istruttoria CV154.

¹¹ Per un primo quadro sui rapporti tra disciplina delle comunicazioni elettroniche e diritto della concorrenza cfr. V. ZENOVICH, *Internet e concorrenza*, in questa *Rivista*, 4/5, 2010, pp. 697 ss.; R. PARDOLESI, *La concorrenza sleale nell'era di Internet*, in R. PARDOLESI-R. ROMANO, *La concorrenza reale e la tutela dell'innovazione*, in N. LIPARI-P. RESCIGNO (dir. da), A. ZOPPINI (coord. da), *Diritto civile*, vol. IV, t. I, Milano, 2009, pp. 105 ss.; V. ZENOVICH, *I rapporti tra gestori di reti e fornitori di contenuti nel contesto europeo*, in questa *Rivista*, 2004, pp. 421 ss.; A. GENTILI, *Internet e antitrust*, in *AIDA*, 1996, pp. 45-58; G.M. RICCIO, *Concorrenza sleale e tutela dei consumatori nelle reti telematiche*, in questa *Rivista*, 3, 2006, pp. 307 ss.; G. GORKAYNAK-D. DURLU-M. HAGAN, *Anti-trust on the Internet: a Comparative Assessment of Competition Law Enforcement in the Internet Realm*, in 14 *Bus. L. Int'l* 51 (2013); F. CUCIA DI SANT'ORSOLA-R. NOORMOHAMED-D. ALVES GUIMARÃES, *Communication and Competition Law*, Alphen aan den Rijn, 2015, spec. pp. 69 ss.

era visualizzabile soltanto a seguito dell'accesso alla pagina in cui erano riportati in versione integrale i termini d'uso e la normativa sulla privacy.

Secondo le osservazioni fornite dal prestatore in fase di istruttoria, l'Agcm non sarebbe stata competente a giudicare la fattispecie in esame, trattandosi di materia di ricadente in via esclusiva o concorrente nell'ambito della protezione dei dati personali. Nel merito, le informazioni veicolate dagli utenti sul servizio di messaggistica WhatsApp non avrebbero avuto natura di bene economico né di corrispettivo, trattandosi perlopiù di conversazioni vocali o di testo criptate e il cui accesso è precluso al fornitore. In secondo luogo, l'ampia informativa resa, il lasso di tempo garantito all'utente per scegliere o ancora per recedere dalla decisione presa (30 + 30 giorni) e l'opzione di non condivisione attivabile attraverso l'accesso all'area delle impostazioni dell'applicazione avrebbero concorso ad escludere la configurazione di una "grave violazione" degli artt. 24 e 25 cod. cons., in tema di pratiche aggressive e finanche l'inclusione nella nozione residuale di "pratica commerciale scorretta" di cui all'art. 20¹². Infine, alla luce dei procedimenti avviati anche dai Garanti europei per la protezione dei dati personali¹³, il prestatore comunicava di aver sospeso tali tipologie di trattamento, invocando un temperamento delle eventuali sanzioni.

Il Garante della concorrenza dall'altra parte ha confermato la propria competenza esclusiva in tema di pratiche aggressive ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 19, comma 3 e 27, comma 1-bis, cod. cons., rilevando che la condotta posta in essere da WhatsApp condizionava indebitamente gli utenti inducendoli ad accettare delle condizioni d'uso e delle impostazioni già predisposte per effettuare la condivisione dei dati, dietro la minaccia dell'interruzione del servizio (o quantomeno profilando una situazione di incertezza), così limitando «la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio».

Alla luce di quanto esposto, la condotta del *provider* è stata reputata scorretta ai sensi degli artt. 20, 24 e 25 cod. cons., con condanna al pagamento di una sanzione pecuniaria di 4 milioni di euro, ridotta a 3 milioni per via della preventiva sospensione della condivisione dei dati degli utenti WhatsApp con Facebook.

¹² Sul punto, in dottrina cfr. P. COTTAFAVI, sub art. 20, 23-24 cod. cons., in L.C. UBERTAZZI (dir. da), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, 6^a ed., Padova, 2016, pp. 2677 ss., 2696 ss.; V. D'ANTONIO-G. SCIANCALEPORE, *Le pratiche commerciali*, in P. STANZIONE-A. MUSIO (a cura di), *La tutela del consumatore*, Tratt. Bessone, XXX, Torino, 2009, pp. 133 ss.; G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori*, Torino, 2007, p. 1 ss.; E. MINERVINI-L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007; G. CRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, pp. 1 ss.; S. WEATHERILL-U. BERNITZ (a cura di), *The Regulation of Unfair Commercial*

Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques, Oxford, 2007; G. HOWELLS-H.W. MICKLITZ-T. WILHELMSSON, *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot Hampshire, 2013; M. RADEIDEH, *Fair Trading in EC law, Information and Consumer Choice in the Internal Market*, Groningen, 2005; J. STUYCK-E. TERRY-N-T. VAN DYCK, *Confidence through fairness? The new Directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*, in 43 *Common Mark. Law Rev.* 107 (2006).

¹³ Ad esempio, il Garante italiano per la protezione dei dati personali ha avviato un'istruttoria il 27 settembre 2016 (<http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/5460932/>).

Al termine della seconda istruttoria (PS10601) svolta anche attraverso una consultazione pubblica, l'Agcm ha verificato ai sensi della normativa sui c.d. contratti del consumatore¹⁴ la presunta vessatorietà di un gruppo di clausole inserite nei termini d'uso di WhatsApp. In via generale si è rilevato come esse venissero sottoposte all'attenzione dell'utente in blocco e senza prevedere la possibilità di farne oggetto di trattativa individuale¹⁵. Inoltre, le clausole di salvaguardia con cui venivano limitati i diritti legali spettanti ai consumatori in alcune giurisdizioni, sono risultate generiche e foriere di incertezza, come di eccessiva indeterminatezza è stata tacciata la pratica del prestatore/professionista di imporre condizioni uniformi per tutti i paesi in cui viene offerto il servizio, senza apprestare un qualsivoglia adattamento alle specificità dei singoli ordinamenti.

Venendo all'esame delle singole clausole, il Garante della concorrenza ha svolto le seguenti osservazioni:

a) *responsabilità contrattuale*: le clausole disponevano l'assoluta esenzione dalla responsabilità del prestatore, al contempo prevedendo un limite all'indennizzo previsto in ipotesi di danno patrimoniale pari a 100 dollari o all'importo pagato dall'utente negli ultimi 12 mesi. Sul punto, la previsione di esclusioni e limitazioni di responsabilità molto ampie, assolutamente generiche e tali da comportare un «*evidente squilibrio di diritti e obblighi*» è stata reputata contraria all'art. 33, commi 1 e 2, lett. b) cod. cons.¹⁶, contestualmente rimarcando la necessità di specificare per via contrattuale i diversi gradi di responsabilità del professionista in rapporto agli eventi di danno ad esso eventualmente imputabili.

b) *disponibilità del servizio*: la clausola in cui si prospettava all'utente la possibilità di interrompere unilateralmente il servizio senza preavviso e senza motivo è stata considerata vessatoria in violazione dell'art. 33, commi 1 e 2, lett. d), cod. cons. Sul punto, si è rilevato altresì il carattere non proporzionato del diritto alla cancellazione dell'*account* posto nella disponibilità dell'utente e descritto come rimedio atto a «*bilanciare la discrezionalità assoluta di cui gode il professionista in ordine alla esecu-*

¹⁴ Per una prima rassegna v. G. ALPA-S. PATTI, *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*. Art. 1469 bis-1469 sexies, in P. SCHLESINGER (fond. da)-F.D. BUSNELLI (dir.da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2003; P. STANZIONE-A. MUSIO, *La tutela del consumatore*, cit., pp. 338 ss.; P. STANZIONE-G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Commentario al codice del consumo*, Trieste, 2006, pp. 435-438.; V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo e norme collegate*, 2ª ed., Milano, 2008; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in A. GENTILI (a cura di), *I rimedi, Tratt. contr. Roppo*, IV, Milano, 2006, pp. 483 ss.; Id., voce *Codice del consumo*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Agg. III, Torino, 2007, pp. 1681 ss.; G. DE NOVA, *Un contratto di consumo via internet*, in *Contratti*, 1999, pp. 113 ss.; V. ROPPO, *La definizione di clausola vessatoria nei con-*

tratti dei consumatori, ivi, 2000, 1, pp. 83-87.

¹⁵ Sul punto, nella giurisprudenza d'oltralpe v. Cour d'appel de Pau, 1ère chambre, 23 marzo 2012, *M.R. c. Facebook*, in *legalis.net*, in cui sono state dichiarate non apposte le clausole di attribuzione della competenza approvate attraverso la generica accettazione/registrazione delle condizioni generali d'uso della piattaforma di *social network* Facebook.

¹⁶ In tema di fornitura di servizi su Internet v. Agcm, 27 marzo 2013, n. 24289, in *Giust. civ.*, 2013, I, 1286, in cui si è affermata la natura abusiva delle clausole di un contratto di licenza di acquisto *on line* di contenuti digitali finalizzate a escludere o limitare gli obblighi e la responsabilità del professionista nei confronti dei consumatori che acquistavano il servizio net-movie offerto dal professionista sul proprio portale web.

zione della prestazione», potendo lo stesso professionista disporre anche interruzioni di carattere temporaneo.

c) *risoluzione del contratto*: il diritto esercitabile da WhatsApp di risolvere il contratto in ogni momento, non consentendo l'accesso ai servizi per l'utente è stato reputato contrario all'art. 33, commi 1 e 2, lett. g) cod. cons., poiché non veniva previsto un analogo diritto di recesso per l'utente, in capo al quale residuava la possibilità di cancellare il proprio *account*, seppur tale facoltà non risultasse analiticamente disciplinata nelle condizioni generali d'uso e fosse apparentemente rimessa all'approvazione del fornitore del servizio. In aggiunta, la clausola sulla risoluzione unilaterale disponeva anche la sopravvivenza di alcune disposizioni: in particolare non giustificata è apparsa al Garante la possibilità di «*trasferire le informazioni dell'utente alle proprie affiliate, agli aventi causa o a un nuovo proprietario*», soprattutto alla luce della rilevanza economica di tali informazioni.

d) *modifiche contrattuali unilaterali*: con un implicito riferimento agli esiti della prima istruttoria, l'Agcm ha poi dichiarato contrarie all'art. 33, commi 1 e 2, lett. m) cod. cons. le generiche disposizioni sullo *ius variandi*, che consentivano al professionista di introdurre unilateralmente modifiche dei termini d'uso anche di carattere economico. Particolarmente «gravose e squilibrate» sono apparse altresì le modalità di informazione del consumatore ed il meccanismo del «silenzio assenso» previsto ai fini dell'accettazione delle nuove condizioni. A parere del Garante, infatti, le clausole dovrebbero analiticamente prevedere le ipotesi di modifica collegandole ad un «giustificato motivo», con l'obbligo aggiuntivo per il professionista di informare il consumatore riguardo dette cause in ogni ipotesi di esercizio del diritto di modifica unilaterale del contratto.

e) *foro competente e legge applicabile*: le clausole di elezione del foro competente e di scelta della legge sostanziale da applicare in caso di controversie priverrebbero l'utente del diritto all'accesso ad una tutela giudiziaria effettiva, violando l'art. 33, commi 1 e 2, lett. u) cod. cons. e l'art. 6, primo comma del regolamento UE n. 593/2008 (Roma I), il quale dispone che contratti conclusi tra un consumatore ed un professionista sono regolati «*dalla legge del paese nel quale il consumatore ha la residenza abituale, a condizione che il professionista: a) svolga le sue attività commerciali o professionali nel paese in cui il consumatore ha la residenza abituale; o b) diriga tali attività, con qualsiasi mezzo, verso tale paese o vari paesi tra cui quest'ultimo; e il contratto rientri nell'ambito di dette attività*»¹⁷.

¹⁷ Cfr. D. GRISBERGER, *The Internet and Jurisdiction based on Contracts*, in *Eur. J.L. Reform* 165 (2002); Z.S. TANG, *Law Applicable in the Absence of Choice the New Article 4 of the Rome I Regulation*, in 71 *Mod. L. Rev.* 785 (2008); M. BOGDAN, *Contracts in Cyberspace and the new Regulation "Rome I"*, in 3 *Masaryk U. J.L. & Tech.* 219 (2009); F.F. WANG, *Jurisdiction*

and Cloud Computing: Further Challenges to Internet Jurisdiction, in 24 *Eur. Bus. L. Rev.* 589 (2013); F. GALGANO-F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, 3ª ed., Padova, 2011, pp. 328 ss.; I.P. CIMINO, *Problemi di giurisdizione e profili di diritto internazionale privato nei contratti telematici per il commercio elettronico*, in G. CASSANO-G. VACIAGO-G. SCORZA (a cura di),

f) *ordini*: il generico diritto per il professionista di recedere dagli “ordini” non fornendo all’utente rimborsi per i servizi offerti è stato considerato contrario all’art. 35, comma 1 cod. cons.

g) *lingua*: infine, il Garante ha considerato abusiva ai sensi dell’art. 35, comma 2 cod. cons. la clausola che prevedeva la prevalenza del contratto scritto in lingua inglese in caso di conflitto con la versione tradotta ed in precedenza accettata dall’utente.

Per tali motivi, l’Agcm ha dichiarato vessatorie e dunque nulle le suelencate disposizioni contrattuali, ordinando al prestatore di informare in maniera compiuta gli utenti attraverso la notifica e la pubblicazione dell’estratto del provvedimento sulla pagina web dell’applicazione per un periodo di 20 giorni consecutivi.

Letti sotto la prospettiva di una progressiva convergenza delle tutele dei diritti fondamentali degli utenti, i provvedimenti prescrivono ed incentivano l’adozione di condizioni generali d’uso maggiormente chiare, trasparenti ed equilibrate da parte dei *social network*, irradiando i propri effetti su condotte potenzialmente pregiudizievoli, ma che ad esempio non ricadono nell’ambito della protezione dei dati personali. La doppia valenza dei dati personali come beni informativi di preminente natura personale, aventi un valore d’uso suscettibile di una valutazione economica¹⁸, garantisce infatti in astratto di intervenire sulle attività di raccolta, accumulo e trattamento multiplo idonee a consolidare posizioni dominanti e precludere lo sviluppo e l’accesso a servizi maggiormente sensibili ai profili della privacy digitale, anche nelle ipotesi in cui il trattamento sia lecito, ad esempio poiché i dati sono stati sottoposti in via preventiva a procedure di pseudonimizzazione conformi ai principi di trattamento lecito e prevenzione del rischio introdotti dall’art. 6, n. 4 del nuovo regolamento UE n. 679/2016¹⁹.

Seppure questo aspetto non sia stato affrontato direttamente dal Garante della concorrenza²⁰, infatti, appare chiaro che il richiamo alle

Diritto dell’Internet, 2^a ed., Padova, 2012, pp. 313 ss.; E. IORIATTI FERRARI, voce *Responsabilità contrattuale nel diritto dell’Unione Europea*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino, 2013.

¹⁸ Ancora sull’argomento v. F. AGNINO, *Disponibilità dei diritti nei s.n.: fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti? (vedi contratto fb)*, in *Giur. merito*, 12, 2012, pp. 2555 ss., ma in generale sul problema dello sfruttamento economico degli attributi della personalità v. già V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Personalità* (diritti della), in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino, 1996, pp. 430 ss., 440 s.; Id., *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in questa *Rivista*, 1993, pp. 545 ss.; A. ZOPPINI, *Le ‘nuove proprietà’ nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, pp. 185 ss., 236; G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2006, spec. p. 245 ss. e nella dottrina straniera H.P. GÖTTING, *Persönli-*

chkeitsrechte als Vermögensrechte, Tübingen, 1995, p. 138 ss.; C. AHRENS, *Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen. Ansatz einer Systembildung*, Würzburg, 2002; H. BEVERLEY SMITH, *The Commercial Appropriation of Personality*, Cambridge, 2004; A. BÜCHLER, *Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 2006, p. 300; J. HELLE, *Privatautonomie und kommerzielles Persönlichkeitsrecht*, in *JZ*, 2007, p. 444 ss.

¹⁹ Per un approfondimento dei profili innovativi e critici connessi all’entrata in vigore del nuovo regolamento comunitario sulla protezione dei dati personali si rimanda a S. SICA-V. D’ANTONIO-G.M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Padova, 2016, spec. pp. 60 ss.

²⁰ Probabilmente alla luce degli esiti della già citata indagine svolta dalla Commissione UE nel 2014, in cui il possibile impatto dello sfruttamento da parte di Facebook dei dati degli utenti di WhatsApp

direttive 93/13/CE e 2005/29/CE venga funzionalizzato da un lato alla protezione dell'utente (inteso nella duplice veste di consumatore e interessato) e, dall'altro, alla regolazione di quegli "scambi" potenzialmente distorsivi del mercato ²¹.

GIORGIO GIANNONE CODIGLIONE

rispetto a tre mercati di riferimento (comunicazione tra consumatori, *social network* e *on-line advertising*), non è stato reputato passibile di incidere in maniera negativa sugli equilibri concorrenziali, con conseguente autorizzazione all'acquisizione di WhatsApp da parte del *social network* generalista. Il 18 maggio del 2017 la stessa Commissione ha sanzionato WhatsApp con una multa di 110 milioni di euro per avere fornito nel corso della procedura svolta nel 2014 informazioni erranee relative alla connessione tra le identità degli utenti dei due servizi. Per i riferimenti alla decisione della Commissione UE cfr. il par. 55 del provvedimento reso a seguito di istruttoria PS1061 e il par. 66 del provvedimento reso nell'istruttoria CV154. Sui punti di intersezione tra privacy e tutela della concorrenza, cfr. P. JONES HARBOUR-T.I. KOSLOV, *Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets*, in 76 *Antitrust L. J.* 769 (2011); Id., *The Transatlantic Perspective: Data Protection and Competition Law*, in H. HIJMAN-SAND-H. KRANENBORG (a cura di), *Data Protection anno 2014: How to Restore Trust?: Contributions in Honour of Peter Hustinx*, European Data Protection Supervisor (2004-2014), Cambridge, 2014, pp. 25 ss.; C. TUCKER-A. MARTHEWS, *Social networks, Advertising and Antitrust*, in 19 *Geo. Mason L. Rev.* 1211 (2012); A.P. GRUNES, *Another Look at Privacy*, in 20 *Geo. Mason L. Rev.* 1107 (2013); N. NEWMAN, *Search, Antitrust, and the Economics of the Control of User Data*, in 31 *Yale J. on Reg.* 401 (2014); M.K. OHLHAUSEN-A.P. OKULIAR, *Competition, Consumer Protection, And The Right [Approach] To Privacy*, in 80 *Antitrust L. J.* 121 (2015); G. PITRUZZELLA, *Big data, competition and privacy: a look from the antitrust perspective*, in *Conc. merc.*, 26, 2016, pp.

15 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH-G. GIANNONE CODIGLIONE, *Ten legal perspectives on the "Big Data" revolution*, *ivi*, pp. 29 ss., spec. 47 ss.; G. ROSSI, *Cyber-antitrust, Internet e tutela della concorrenza*, in questa *Rivista*, 2003, pp. 247-279; E. CAMILLERI, «Facebook credits» e commercializzazione di beni virtuali per social games: l'abuso di posizione dominante alla prova di un mercato con piattaforma plurilaterale, in *AIDA*, 2011, pp. 144 ss.; A. MANTELETO, *Big Data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, in questa *Rivista*, 2012, pp. 135 ss. e volendo anche G. GIANNONE CODIGLIONE, *Libertà d'impresa, concorrenza e neutralità della rete nel mercato transnazionale dei dati personali*, *ivi*, 4/5, 2015, pp. 909 ss.

²¹ Per una rassegna delle opinioni sulla tutela consumeristica nell'UE, concentrata maggiormente sulla protezione del consumatore inteso come "soggetto debole", o ancora declinata in chiave ordoliberal cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione tra "contratti commerciali" e "contratti de consumatori")*, in *Giur. it.*, 1993, IV, pp. 69 ss.; G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 1999, pp. 20 ss.; R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, pp. 967 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2001, pp. 928 ss.; C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di Diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, pp. 299 ss., ma ancora S. SIMONE, *Le istruttorie dell'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette: profili procedurali*, in *Contratti*, 2011, 10, pp. 675 ss.; V. DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, in *Giur. comm.*, 2011, 6, pp. 803 ss.; P. SPADA, *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette nella prospettiva rimediabile*, in *Dir. ind.*, 2011, 1, pp. 45 ss.