

CV154 – WHATSAPP - CLAUSOLE VESSATORIE

Allegato al provvedimento dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato dell’11 maggio 2017 in materia di tutela amministrativa contro le clausole vessatorie *ex* articolo 37 *bis* del Codice del Consumo.

In data 20 ottobre 2016 è stato avviato il procedimento CV154 – WhatsApp – Clausole vessatorie, nei confronti di WhatsApp Inc. per presunta vessatorietà di alcune clausole del modello contrattuale sottoposto all’accettazione dei consumatori che vogliono usufruire dei servizi forniti dal Professionista tramite l’applicazione WhatsApp Messenger.

[OMISSIS]

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. [OMISSIS]

A. **RESPONSABILITA’ 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. DISPONIBILITA' 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**).

[OMISSIS]

a) Responsabilità contrattuale

[OMISSIS]

68. [OMISSIS] Tali disposizioni risultano, in particolare, in violazione dell'**art. 33, commi 1 e 2, lett. b), CdC**²⁹, 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.

[OMISSIS]

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

²⁹ 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*”.

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

[OMISSIS]

74. [OMISSIS]

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)**, CdC³⁰. 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.

[OMISSIS]

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)**, CdC³¹.

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.

[OMISSIS]

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",

³⁰ 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*".

³¹ 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 [...]*".

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

[OMISSIS]

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), CdC³²**, 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), CdC³³** nella misura in cui stabiliscono il diritto 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.

³² 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”*.

³³ Art. 33, comma 2, lett. m), 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 modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso”*.

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.

[OMISSIS]

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), CdC**³⁵ 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.

[OMISSIS]

³⁵ 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*”.

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**³⁷ 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.

[OMISSIS]

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**³⁸ 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’interpretazione più favorevole ai consumatori, indipendentemente dalla lingua in cui tale clausola più favorevole sia stata redatta.

[OMISSIS]

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**;

[OMISSIS]

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;

³⁷ 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*”.

³⁸ 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*”.

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;

[OMISSIS]