



*Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 10 gennaio 2018;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la Parte III, Titolo I del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante “*Codice del Consumo*” e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo o CdC);

VISTO l'art. 37 *bis*, comma 2, del Codice del Consumo in base al quale, in caso di inottemperanza alle disposizioni di cui al medesimo comma 2, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689;

VISTO l'art. 23 del “*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*” (di seguito, Regolamento), adottato dall'Autorità con delibera del 1° aprile 2015;

VISTA la propria delibera n. 26596 dell'11 maggio 2017, con la quale l'Autorità ha accertato la vessatorietà di alcune clausole contenute nei Termini di Utilizzo dell'app WhatsApp Messenger, adottati da WhatsApp Inc. (di seguito anche WhatsApp), e ha disposto la pubblicazione di un estratto del provvedimento attraverso: *i*) la pubblicazione per 20 giorni dell'estratto nella *home page* del proprio sito *web*; *ii*) l'accessibilità a tale pagina *web* da un *link* posto in una notifica *in app* da inviare a tutti gli utenti italiani registrati nell'applicazione WhatsApp Messenger alla data di

adozione del provvedimento, da inoltrare con le stesse modalità tecniche con cui WhatsApp aveva comunicato l'ultima modifica dei Termini di utilizzo;

VISTA la propria delibera n. 26734 del 9 agosto 2017, con la quale l'Autorità ha avviato il procedimento di inottemperanza nei confronti della società WhatsApp Inc. per violazione dell'art. 37 *bis*, comma 2, del Codice del Consumo in ordine all'omessa pubblicazione dell'estratto della delibera dell'Autorità n. 26596 dell'11 maggio 2017;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. PREMESSA

1. Con provvedimento n. 26596 dell'11 maggio 2017, pervenuto a WhatsApp in data 12 maggio 2017, l'Autorità ha accertato la vessatorietà, ai sensi degli artt. 33, commi 1 e 2, e 35, commi 1 e 2, del Codice del Consumo, di alcune clausole del modello contrattuale, in uso alla data di avvio del procedimento e tuttora vigente, sottoposto all'accettazione dei consumatori che vogliono usufruire dell'applicazione WhatsApp Messenger.

2. L'Autorità ha, in particolare, accertato la vessatorietà delle disposizioni che prevedono:

- esclusioni e limitazioni di responsabilità in capo a WhatsApp molto ampie e assolutamente generiche, inclusa quella che discende dal proprio inadempimento;
- la possibilità di interruzioni del servizio decise unilateralmente da WhatsApp senza motivo e senza preavviso;
- il diritto generico esercitabile da WhatsApp di risolvere il contratto/recedere in qualsiasi momento e per qualsiasi motivo e non consentire più all'utente l'accesso/utilizzo dei servizi, senza prevedere un analogo diritto per il consumatore;
- il diritto generico, esercitabile da WhatsApp, di introdurre modifiche, anche economiche, dei Termini di Utilizzo senza che nel contratto vengano preventivamente indicate le motivazioni sulla base delle quali la società si vincola ad apportare le modifiche 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;

– 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;

– un generico diritto esercitabile da WhatsApp 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;

– la generale prevalenza del contratto scritto in lingua inglese, in caso di conflitto con la versione tradotta in lingua italiana (accettata dall’utente), senza prevedere la prevalenza dell’interpretazione più favorevole al consumatore, a prescindere dalla lingua in cui la clausola è redatta.

3. A seguito dell’accertamento della vessatorietà delle disposizioni sopra indicate, l’Autorità ha disposto, in relazione all’esigenza di informare compiutamente i consumatori, ai sensi dell’articolo 23, comma 8, del Regolamento, la pubblicazione per venti giorni – a cura e spese dell’impresa – di un estratto del citato provvedimento n. 26596 adottato nei confronti di WhatsApp Inc. sulla *homepage* del sito *web* del Professionista. L’Autorità ha, altresì, disposto che la pagina *web* fosse raggiungibile da un *link* posto in una notifica *in app* da inviare a tutti gli utenti italiani registrati nell’applicazione WhatsApp Messenger alla data di adozione del provvedimento, da inoltrare con le stesse modalità tecniche con cui WhatsApp aveva comunicato l’ultima modifica dei Termini di utilizzo.

4. Nel provvedimento è stato assegnato all’impresa un termine pari a venti giorni per dare seguito alla pubblicazione dell’estratto, richiedendo espressamente di comunicare all’Autorità le modalità e i tempi di esecuzione di detta pubblicazione.

5. Con comunicazione pervenuta il 14 luglio 2017, successivamente alla scadenza del termine (1 giugno 2017) dei venti giorni decorrenti dalla data di comunicazione del provvedimento dell’Autorità al Professionista e a seguito delle richieste di informazioni del 15 giugno e 4 luglio 2017, WhatsApp ha rappresentato di non avere provveduto alla pubblicazione, né comunicato le relative misure attuative “*in quanto intende effettuare un ricorso per l’annullamento di quel provvedimento unitamente ad un’istanza per la sospensiva dello stesso*”.

6. L’impresa, quindi, non ha dato seguito all’ordine di pubblicazione disposto dall’Autorità. Ricorrendone, pertanto, i presupposti, è stato

deliberato nei confronti di WhatsApp, con provvedimento n. 26734 del 9 agosto 2017, pervenuto alla società in data 15 settembre 2017, l'avvio del procedimento diretto ad accertare l'inottemperanza alla delibera n. 26596 dell'11 maggio 2017.

7. In data 25 ottobre 2017 WhatsApp ha presentato la propria memoria difensiva.

8. In data 6 dicembre 2017 è stato comunicato alla Parte il termine di conclusione della fase istruttoria.

II. LE ARGOMENTAZIONI DELLA PARTE

9. WhatsApp, con memoria pervenuta in data 25 ottobre 2017, afferma che, tenuto conto dell'avvenuta pubblicazione del provvedimento sul sito istituzionale e nel Bollettino settimanale dell'Autorità, nonché delle notizie stampa circolate sull'argomento, *“qualsivoglia richiesta di pubblicazione del Provvedimento da parte di WhatsApp sul suo sito o all'interno dell'applicazione appare nel caso di specie come praticamente ultronea. Trattasi di richiesta meramente con obiettivi di carattere informativo e reputazionale, volta esclusivamente ad integrare il più fondamentale rimedio di base. [...]Qualsiasi ulteriore richiesta nei confronti di WhatsApp di dare pubblicità al Provvedimento appare dunque, se non ridondante, quantomeno non strettamente necessaria per un'informativa dei consumatori”*.

10. La società dichiara, poi, di non essere destinataria di alcuna azione legale da parte di utenti italiani o di associazioni di consumatori *“in ragione della presunta inottemperanza al Provvedimento”*.

11. Infine, a parere di WhatsApp, *“qualsivoglia richiesta di pubblicazione dell'estratto del Provvedimento tramite l'applicazione risulta evidentemente sproporzionata”*.

12. In merito alla quantificazione della sanzione WhatsApp ritiene che il relativo importo debba essere *“contenuto e, possibilmente, avvicinarsi quanto più possibile al minimo edittale”* in quanto l'inottemperanza al provvedimento non avrebbe effetti sul rimedio sostanziale a disposizione dei consumatori ai sensi dell'art. 36, commi 1 e 3, del Codice del Consumo; gli utenti di WhatsApp godrebbero già di garanzie sufficienti rispetto a qualsivoglia uso o affidamento WhatsApp decida di fare delle clausole considerate vessatorie; nessun utente italiano si sarebbe messo in contatto con WhatsApp per lamentare danni di alcun genere cagionati

dall'applicazione delle clausole accertate vessatorie; il provvedimento sarebbe già stato ampiamente diffuso dall'Autorità e dalla stampa nazionale; WhatsApp non avrebbe *“mai applicato o minacciato di applicare le clausole ritenute problematiche secondo modalità che potessero essere percepite come vessatorie, sproporzionate o ingiuste. Infatti, il fascicolo del caso CV154 non contiene alcuna denuncia al riguardo”*.

III. VALUTAZIONI

13. Alla luce delle risultanze istruttorie, si ritiene che il comportamento posto in essere da WhatsApp Inc. costituisca inottemperanza alla delibera n. 26596 dell'11 maggio 2017, in quanto la società non ha dato seguito all'ordine di pubblicazione dell'estratto del provvedimento, emesso nei suoi confronti, che accerta la vessatorietà di alcune clausole dei Termini di Utilizzo dell'applicazione WhatsApp Messenger. In particolare, risulta che WhatsApp abbia consapevolmente omesso la pubblicazione del su citato estratto, non informando gli utenti riguardo alla menzionata delibera dell'Autorità.

14. In risposta alle tesi difensive avanzate dalla Parte, basti qui osservare che la pubblicazione di un estratto del provvedimento di accertamento della vessatorietà sul sito dell'operatore che adotta le clausole ritenute vessatorie è un obbligo previsto sempre e discendente direttamente dalla legge (cfr. art. 37 *bis*, comma 2, del Codice del Consumo) e, pertanto, non può essere considerata *“se non ridondante, quantomeno non strettamente necessaria per un'informativa dei consumatori”*. In relazione alla presunta *“sproporzione”* della richiesta di pubblicare l'estratto del provvedimento anche tramite un messaggio con un *link* veicolato mediante l'applicazione WhatsApp Messenger, si osserva che lo stesso art. 37 *bis*, comma 2, del Codice del Consumo prevede che il provvedimento venga diffuso *“mediante ogni altro mezzo ritenuto opportuno in relazione all'esigenza di informare compiutamente i consumatori a cura e spese dell'operatore”*.

IV. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

15. Ai sensi dell'art. 37 *bis*, comma 2, del Codice del Consumo, l'Autorità dispone l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

16. In ordine alla quantificazione della sanzione si deve tener conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'articolo 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto dall'art. 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

17. Con riguardo alla gravità rileva il fatto che, ai sensi dell'art. 37 *bis*, comma 2, del Codice del Consumo la pubblicazione è l'unico strumento che assiste l'accertamento della vessatorietà, in assenza della previsione di sanzioni amministrative pecuniarie. Rileva altresì il fatto che l'impresa ha consapevolmente rifiutato di eliminare o attenuare l'infrazione. Pertanto, l'inottemperanza all'ordine di pubblicazione ha l'effetto di privare i consumatori del diritto di essere informati compiutamente in merito alle clausole ritenute vessatorie, contravvenendo così alla *ratio* della norma sopra richiamata. Si considera, altresì, la rilevanza del Professionista - un operatore di elevata notorietà, *leader* del mercato italiano di riferimento, sottoposto al controllo di Facebook Inc. - nonché l'elevato numero di utenti italiani che hanno sottoscritto i Termini di Utilizzo di WhatsApp Messenger.

18. In merito alla durata della violazione deve considerarsi il fatto che, a tutt'oggi, l'inottemperanza all'ordine di pubblicazione dell'estratto del provvedimento, disposto dall'Autorità ai sensi dell'articolo 37 *bis*, comma 2, del Codice del Consumo, è ancora in corso.

19. Per quanto fin qui rappresentato, tenuto conto che ai sensi dell'art. 37 *bis*, co 2, del Codice del Consumo in corso di inottemperanza, nel caso di specie, l'Autorità applica una sanzione da 5000 a 50.000 euro, e delle dimensioni economiche del professionista, si ritiene di irrogare a WhatsApp Inc. una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 50.000 € (cinquantamila) euro, non potendo irrogare sanzioni di importo superiore al massimo edittale.

20. Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

- a) che il comportamento di WhatsApp Inc., consistente nel non aver pubblicato l'estratto della delibera n. 26596 dell'11 maggio 2017, costituisce inottemperanza a quanto in essa disposto;
- b) di irrogare a WhatsApp Inc. una sanzione amministrativa pecuniaria di 50.000 € (cinquantamila euro).

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera b) deve essere pagata entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, tramite bonifico (in euro) a favore del Bilancio dello Stato, utilizzando il codice IBAN IT04A0100003245348018359214 (codice BIC: BITAITRRENT), che corrisponde alla terna contabile 18/3592/14.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'art. 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio della documentazione attestante il versamento effettuato.

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

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 notificazione 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 notificazione del provvedimento medesimo.

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella