



Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA dell'11 maggio 2017;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

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

VISTO il "*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;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LE PARTI

1. WhatsApp Inc. (di seguito, anche WhatsApp), in qualità di Professionista, ai sensi dell'art. 18, lettera b), del Codice del Consumo, avente sede legale in California, Stati Uniti. La società, che fornisce servizi di messaggistica, chiamate internet e altre tipologie di servizi digitali per utenti in tutto il mondo, presenta, al 31 dicembre 2013, un fatturato pari a 10,2 mln di dollari (ultimo fatturato sottoposto a certificazione). Nel 2014 la società è stata acquisita dal gruppo Facebook che, nell'ultimo bilancio pubblicato al 31 dicembre 2015, ha registrato un fatturato di 17,9 miliardi di dollari (*fonte SEC*).

II. LA PRATICA COMMERCIALE

2. Il procedimento concerne la condotta, posta in essere da WhatsApp nei confronti della propria clientela (utenti consumatori), consistente nell'aver indotto gli utenti ad accettare integralmente le modifiche apportate ai Termini di utilizzo dell'applicazione WhatsApp Messenger (di seguito anche WM), in data 25 agosto 2016, con, in particolare, pre-impostata l'opzione di condividere con Facebook alcuni dati personali del proprio *account* WhatsApp per l'utilizzo dei medesimi da parte di Facebook a fini di profilazione commerciale e pubblicitari. In caso di non accettazione veniva prospettata l'interruzione del servizio.

3. A coloro che erano già utenti dell'applicazione alla data dell'aggiornamento, WhatsApp consentiva, in realtà, di accettarne anche solo "parzialmente" i contenuti. L'utente avrebbe potuto, in particolare, decidere di non fornire l'assenso a condividere le informazioni del proprio *account* WhatsApp con Facebook e continuare, comunque, a utilizzare WM.

4. L'esistenza di un'opzione in tal senso non era stata, però, rappresentata nella schermata principale dedicata all'accettazione dei nuovi Termini di utilizzo. Solo nella schermata successiva, alla quale si accedeva cliccando sul *link* che rimandava alla lettura dei Termini e dell'informativa sulla *privacy*, l'utente si sarebbe accorto di avere una scelta alternativa che risultava, però, pre-impostata, tramite spunta nell'apposita casella, sul consenso alla condivisione dei dati. Se l'utente avesse voluto continuare ad utilizzare l'applicazione, senza condividere i propri dati con Facebook, avrebbe dovuto deselezionare la spunta.

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) *L'iter del procedimento*

5. In relazione alla condotta sopra descritta, in data 27 ottobre 2016 è stato comunicato alla Parte l'avvio del procedimento istruttorio PS10601 nei confronti di WhatsApp Inc. per possibile violazione degli artt. 20, 24 e 25, del Codice del Consumo. La Parte ha dichiarato di aver ricevuto la comunicazione di avvio in data 11 novembre 2016.

6. In sede di avvio, veniva, in particolare, ipotizzata l'aggressività della condotta descritta sub sezione **II)** in conseguenza dell'indebito

condizionamento derivante dall'aver, di fatto, costretto gli utenti di WM ad accettare integralmente i nuovi Termini di utilizzo, in particolare la condivisione dei dati con Facebook, facendo loro credere che sarebbe stato, altrimenti, impossibile proseguire nell'uso dell'applicazione.

7. L'effetto di condizionamento risultava, peraltro, rafforzato dalla presuntatura apposta sull'opzione di selezione del consenso nella seconda pagina, a cui hanno avuto accesso coloro che, nonostante la conclamata necessità di accettazione, avessero desiderato conoscere i nuovi Termini di utilizzo del servizio. Il Professionista avrebbe, in questo contesto, fatto leva sulla posizione degli utenti medesimi rispetto ai servizi di WM che essi utilizzano quotidianamente, spesso anche in sostituzione della telefonia ordinaria, come abituale strumento di contatto e condivisione con coloro con cui intrattengono relazioni sociali, e a cui, di conseguenza, difficilmente vogliono rinunciare. Gli utenti sarebbero stati, dunque, condizionati a prestare un consenso alla cessione dei dati a Facebook, in cambio di servizi (promozionali e non), più ampio di quello necessario per continuare a usufruire dell'applicazione.

8. Con lettera pervenuta in data 28 dicembre 2016 (in lingua inglese) e in data 29 dicembre 2016 (in lingua italiana), la Parte ha risposto alla richiesta di informazioni contenuta nella comunicazione di avvio.

9. In data 28 dicembre 2016 ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo, il Professionista ha presentato quella da esso definita proposta di impegni (in lingua inglese), volti a rimuovere i profili di scorrettezza della pratica commerciale oggetto di contestazione. In data 29 dicembre 2016 sono pervenuti gli impegni tradotti in lingua italiana.

10. La Parte, rappresentando che la condotta posta alla base delle contestazioni mosse dall'Autorità, nella comunicazione di avvio, era contestualmente sottoposta anche al vaglio *[omissis]*^{*}, riteneva opportuno, prima di procedere con qualsivoglia ulteriore discussione in merito, che tale indagine si concludesse. La società dichiarava, quindi, di non essere in grado, al momento, di vincolarsi ad alcuno impegno specifico.

11. La proposta è stata rigettata dall'Autorità nella sua adunanza del 25 gennaio 2017, in quanto relativa a condotte che, ove accertate, avrebbero potuto integrare fattispecie di pratiche commerciali "manifestamente scorrette e gravi", per le quali l'articolo 27, comma 7, del Codice del Consumo, non può trovare applicazione. L'esito della valutazione del

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

Collegio è stato comunicato al Professionista in data 31 gennaio 2017.

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

13. 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”.

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

15. Il 22 marzo 2017, è stata comunicata alla Parte la data di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento.

16. In data 11 aprile 2017 (protocollo n. 0033431 del 12 aprile 2017) è pervenuta la memoria difensiva conclusiva di WhatsApp.

17. In data 12 aprile 2017 è stata inoltrata richiesta di parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito anche AGCOM), ai sensi dell'art. 27, comma 6, del Codice del Consumo. Il parere è pervenuto in data 4 maggio 2017.

2) Le evidenze acquisite

18. La Parte, in data 25 agosto 2016, ha modificato i Termini di utilizzo e l'Informativa sulla Privacy di WhatsApp Messenger introducendo, tra le altre innovazioni, la condivisione con Facebook di alcune informazioni degli utenti di WhatsApp Messenger “*per migliorare le proprie esperienze con le inserzioni e i prodotti di Facebook*”¹, in altri termini detto “*per finalità proprie di Facebook relative a propri prodotti e finalità pubblicitarie*”².

19. WhatsApp ha informato i propri utenti delle su citate modifiche con il seguente messaggio di avviso che compariva durante i primi 30 giorni di apertura dell'applicazione, da parte di ciascun utente, a seguito del rilascio dell'aggiornamento: “*A WhatsApp stiamo aggiornando i nostri termini e la nostra informativa sulla privacy per riflettere le nuove funzionalità come le chiamate Whatsapp. **Leggi** i termini e l'informativa sulla privacy per saperne di più sulle opzioni a tua disposizione. Per continuare ad usare WhatsApp, accetta gentilmente i Termini e l'informativa sulla privacy entro*”

¹ DOC. (1), (3), (22), (37) in atti.

² DOC. (25) in atti.

il [...]” (sottolineatura e grassetto aggiunti)³.

20. Gli utenti (esistenti alla data dell’aggiornamento) informati con il sopra riportato messaggio “personalizzato” nella data entro cui effettuare l’accettazione, avevano 30 giorni per accettare i nuovi Termini, con decorrenza dalla data di prima apertura dell’app. Fino a che non avessero accettato, gli utenti avrebbero continuato a ricevere, nei 30 giorni, l’avviso relativo all’aggiornamento, potendo, tuttavia, continuare ad usare l’app. In caso di mancata accettazione, secondo quanto prospettato nel messaggio, l’utente non avrebbe potuto più continuare ad utilizzare l’app e il suo *account* sarebbe stato cancellato, trascorso un certo tempo tecnico, secondo le procedure interne di WhatsApp⁴.

21. Decorsi i 30 giorni, gli utenti che non avevano accettato i nuovi Termini ricevevano, la seguente ulteriore comunicazione: “A *WhatsApp stiamo aggiornando i nostri termini e la nostra informativa sulla privacy per riflettere le nuove funzionalità come le chiamate Whatsapp. **Leggi** i termini e l’informativa sulla privacy per saperne di più sulle opzioni a tua disposizione. Per continuare ad usare WhatsApp, accetta gentilmente i Termini e l’informativa sulla privacy. Se non desideri accettare, dovrai interrompere l’uso di WhatsApp.” (sottolineatura e grassetto aggiunti)⁵.*

22. In entrambi i casi, per accettare le modifiche, l’utente avrebbe dovuto premere sul pulsante “**ACCETTO**”, collocato alla fine del messaggio⁶.

23. Cliccando il link “**Leggi**”, posto all’interno dei messaggi sopra trascritti, oppure il link “**Per saperne di più sugli aggiornamenti chiave dei nostri Termini e Informativa sulla Privacy**”, posto alla fine dei medesimi messaggi, al di sotto del pulsante “**ACCETTO**”, si apriva una nuova pagina in cui appariva una casella con un segno di spunta preimpostato a valere come accettazione della seguente clausola “*Condividi le informazioni del mio account WhatsApp con Facebook per migliorare le mie esperienze con le inserzioni e i prodotti di Facebook. Le tue chat e il tuo numero di telefono non verranno condivisi su Facebook a prescindere da questa impostazione*”. Compariva nuovamente, anche in questa pagina, il pulsante “**ACCETTO**”

³ DOC (11), (13), (22), (37) in atti. Attraverso l’aggiornamento la società ha informato gli utenti sulle caratteristiche dei nuovi servizi forniti, quali le chiamate WhatsApp e il sistema di crittografia end-to-end. Tramite l’aggiornamento, WhatsApp ha, altresì, comunicato agli utenti di essere stata acquisita da Facebook nel 2014 e ha spiegato in che modo le due società avrebbero collaborato., inclusi i nuovi usi che Facebook avrebbe effettuato delle loro informazioni WhatsApp (oltre a quelli individuati nell’Informativa sulla Privacy di WhatsApp del 2012), quali il miglioramento della loro esperienze in relazione alle inserzioni e ai prodotti di Facebook. Cfr. DOC (13) (22), (37) in atti.

⁴ DOC (11), (13), (22), (37) in atti.

⁵ DOC (1), (11), (13) in atti.

⁶ DOC (1), (11), (13), (37) in atti.

per esercitare la scelta di accettare le nuove condizioni d'uso del servizio con già impostata la clausola di condivisione delle informazioni⁷.

24. Gli utenti che non avessero voluto condividere le informazioni con Facebook avrebbero, quindi, dovuto deselezionare la su citata casella di spunta, prima di accettare i nuovi Termini. Inoltre, qualora l'utente avesse toccato il pulsante “**ACCETTO**” prima di deselezionare la casella sulla condivisione dei dati con Facebook, o avesse accettato premendo il pulsante “**ACCETTO**” sulla pagina del messaggio iniziale, avrebbe potuto disattivare, nei successivi 30 giorni, tale condivisione con una specifica procedura, ovvero accedendo alla funzione dell'applicazione *Impostazioni* > *Account* e, all'interno di questa, rimuovendo il segno di spunta dalla voce “*Condividi info account*”.⁸

25. Il Professionista ha specificato che l'opzione della condivisione con Facebook dei dati dei propri utenti per il trattamento o l'utilizzo dei medesimi da parte di quest'ultima per finalità proprie, riguarderebbe le seguenti tipologie di dati: numero di telefono dell'utente (che coincide con l'ID Account); determinate informazioni sul dispositivo (ivi compreso un identificatore comune incluso nelle applicazioni di WhatsApp e di Facebook, i codici di rete e di nazionalità del cellulare, informazioni sulla piattaforma, la versione dell'applicazione utilizzata e *flags* per permettere il rilevamento dell'accettazione dell'aggiornamento e delle scelte di controllo fatte); informazioni sull' “ultimo accesso”; data di registrazione dell'account WhatsApp dell'utente.⁹

26. La Parte ha, inoltre, dichiarato che le finalità della condivisione sono riconducibili alle seguenti tre categorie: “1) *recupero dell'account [...]* 2) *advertising: il numero di telefono potrebbe essere usato per la creazione di un pubblico personalizzato (Facebook Custom Audiences). Ad esempio i numeri di telefono degli utenti di WhatsApp renderebbero possibile un più accurato abbinamento degli utenti di Facebook/WhatsApp con le inserzioni pubblicitarie che gli advertisers di Facebook rivolgono alla propria clientela su Facebook* 3) *finalità relative al prodotto (ad esempio migliorare il servizio di Facebook volto a suggerire ai propri utenti le persone che potrebbero conoscere [...]*”.¹⁰

27. La Parte chiarisce che “*disponendo di un numero di informazioni*

⁷ DOC (1), (11), (13), (37) in atti.

⁸ DOC (1), (11), (13), (37) in atti.

⁹ DOC (13), (22), (25) in atti. WhatsApp raccoglie, inoltre, le seguenti informazioni: nome del profilo (oltre a foto e status del profilo, opzionali); numeri di telefono contenuti nella rubrica telefonica del cellulare dell'utente; informazioni di base sull'utilizzo del servizio e di log. Cfr. DOC (13), (25) in atti.

¹⁰ DOC (13), (22), (25) in atti.

aggiuntive, l'advertising è più preciso. Ad esempio, fino ancora ad oggi, l'advertiser (ad esempio una banca) paga una fee a Facebook per far visualizzare la pubblicità ai soggetti individuati tramite l'indirizzo email. Con l'associazione dei numeri di telefono di WhatsApp il sistema migliora poiché sono selezionati in modo più accurato i destinatari della pubblicità. Il ricavo è, in questo caso, direttamente per Facebook. [...] In sintesi, l'attività di condivisione dei dati con Facebook dovrebbe generare ricavi direttamente a Facebook [...]"¹¹

28. Dalle informazioni acquisite nel corso dell'istruttoria, emerge la rilevanza economica dei dati degli utenti di WM per la stessa WhatsApp che ha, infatti, dichiarato la possibilità di utilizzarli direttamente per ottenerne un ricavo tramite, ad esempio, un servizio di messaggistica relativa a notifiche e aggiornamenti per conto di altri operatori economici.¹²

29. I dati degli utenti di WhatsApp assumerebbero, dunque, rilevanza economica in quanto la loro condivisione consentirebbe a Facebook di migliorare la propria attività di *advertising* e a WhatsApp di prevedere che su servizi fondati sui dati "*potrebbe ricevere un compenso economico*"¹³.

30. La Parte ha dichiarato che, alla data del rilascio dell'aggiornamento (25 agosto 2016), il numero totale di utenti registrati era pari a *[1-4 miliardi]*, di cui circa *[30-50 milioni]* utenti italiani. Alla data del 1 dicembre 2016, tra gli utenti registrati al 25 agosto 2016, circa *[1-3- miliardi]*, di cui circa *[30-50 milioni]* utenti italiani, hanno accettato l'aggiornamento. Di questi circa *[150-300 milioni]*, di cui circa *[2-7 milioni]* utenti italiani, hanno scelto di non autorizzare la condivisione dei propri dati con Facebook, oggetto di opzione. Alla data del 1 dicembre 2016, il numero di utenti italiani registrati su WhatsApp Messenger era pari a circa *[30-50 milioni]*¹⁴.

31. La Parte ha, infine, confermato l'esistenza di un consistente numero di utenti registrati "non attivi", stimati in *[3-6 milioni]* nel mese di febbraio 2017, che non hanno ancora espresso una loro scelta volta ad accettare o meno i nuovi Termini di utilizzo, e ai quali, qualora si rendessero attivi facendo utilizzo dell'applicazione, verrebbe sottoposta la proposta di accettazione dei nuovi Termini con le medesime comunicazioni adottate dallo scorso agosto¹⁵.

¹¹ DOC (22) in atti.

¹² DOC (22) in atti.

¹³ DOC (22) in atti.

¹⁴ DOC (13) in atti.

¹⁵ DOC (22), (25), (29) in atti.

3) Le argomentazioni difensive del professionista

La Parte, da ultimo, nella memoria del 12 aprile 2017, ha avanzato le seguenti principali argomentazioni difensive.

Sulla competenza dell’Autorità e sulle questioni procedurali

32. La Parte, dopo aver rappresentato che “*WhatsApp è stata costituita e ha sede nello Stato della California, negli Stati Uniti d’America ed è soggetta alle leggi degli Stati Uniti d’America ed alla giurisdizione della U.S. Federal Trade Commission (‘FTC’), l’autorità statunitense garante della tutela dei dati e del consumatore*”, eccepisce, in via preliminare, la possibile incompetenza dell’Autorità sulle fattispecie oggetto di approfondimento istruttorio, evidenziando che il Codice del Consumo è basato sulla Direttiva 2005/29, una normativa di applicazione generale volta a colmare ogni lacuna nell’ambito della tutela del consumatore, laddove non esista nessun’altra legislazione settoriale dell’UE sempre rivolta alla tutela dei singoli contro comportamenti scorretti. In merito alla fattispecie in esame, un’autorità garante europea in materia di protezione dei dati personali potrebbe rivendicare una competenza esclusiva o concorrente. In quest’ultimo caso, il procedimento attualmente pendente dinanzi all’Autorità dovrebbe essere sospeso fino a quando quell’autorità garante non abbia raggiunto una conclusione definitiva in merito alla conformità della condotta di WhatsApp con la legislazione in materia di protezione dei dati, anche in base a quanto previsto dall’art. 27, comma 1 *bis*, CdC.

Sull’applicabilità del Codice del Consumo

33. La Parte sostiene che l’acquisizione del consenso all’aggiornamento non sarebbe qualificabile come pratica commerciale per le ragioni di seguito illustrate.

34. In particolare, il rilievo dell’Autorità in base al quale le informazioni dei profili “WhatsApp” costituiscono una controprestazione per il servizio fornito agli utenti dal *social media* sarebbe erroneo in quanto “*la trasmissione di messaggi da un utente all’altro è la funzione principale di ‘WhatsApp’ ed è proprio il servizio che fornisce ai suoi utenti. Inoltre, e soprattutto, i messaggi in ambiente ‘WhatsApp’ sono tutti protetti da crittografia end-to-end, ciò significa che WhatsApp non ha accesso al*

contenuto dei messaggi. Il contenuto del messaggio, pertanto, non ha neanche un valore potenziale come corrispettivo nei confronti di WhatsApp e non può dunque essere considerato un corrispettivo pagato a WhatsApp dall'utente".

35. La Parte richiama, a sostegno della propria tesi, alcuni pareri del Garante europeo della Protezione Dati (EDPS - *European Data Protection Supervisor*) che sarebbero fortemente contrari al principio per cui i dati personali possano essere considerati come meri beni economici e addirittura assumere il valore di una controprestazione¹⁶.

Sulla condotta oggetto di istruttoria

36. La Parte ritiene di aver fornito agli utenti di WM un'informativa dell'aggiornamento "*adeguata e prominente*", "*trasparente e comprensibile*", all'interno dell'applicazione e tramite numerosi altri mezzi (FAQ e blog sul sito web). In particolare, la notifica, a pieno schermo, all'interno dell'applicazione, avrebbe fornito una concisa descrizione dell'aggiornamento, unitamente all'accesso agevole e diretto ad una seconda schermata che riportava gli "Aggiornamenti Chiave" e il testo completo dei Termini e dell'Informativa sulla Privacy aggiornati, che l'utente avrebbe potuto scorrere e leggere.

37. L'accettazione dell'aggiornamento non costituirebbe una pratica aggressiva in violazione del CdC, in quanto non sarebbe dimostrata e dimostrabile la sussistenza di "*molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento*" da parte del Professionista. WhatsApp avrebbe, infatti, "*fornito agli utenti un'intera schermata, che non si poteva evitare di vedere, relativa al processo di accettazione delle modifiche relative al trattamento dei dati personali, contenente due schermate informative, ivi compreso un riassunto dei punti principali. Non è quindi plausibile che un processo di accettazione così diretto e trasparente su dispositivi mobili, che non appare minaccioso, molesto, o violento, possa essere considerato come rientrante nelle gravi violazioni dei diritti dei consumatori, prospettate agli artt. 24 e 25*".

38. WhatsApp sottolinea che gli utenti avrebbero avuto, peraltro, trenta giorni per decidere in merito all'accettazione dell'aggiornamento e avrebbero potuto revocare il proprio consenso in qualsiasi momento

¹⁶ EDPS Opinion 8/2016 on "coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data" del 23 settembre 2016; Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on "certain aspects concerning contracts for the supply of digital content" del 14 marzo 2017.

cancellando il proprio profilo attraverso la funzione all'interno dell'applicazione "*Cancella il mio profilo*", in tal caso qualsiasi informazione WhatsApp dell'utente condivisa con Facebook in conseguenza dell'Aggiornamento sarebbe stata cancellata.

39. La società evidenzia, inoltre, la presenza, all'interno dell'applicazione, di una funzione di controllo relativa all'uso dei dati da parte di Facebook utilizzabile dai propri utenti esistenti. Tale funzione avrebbe consentito agli utenti di scegliere che le informazioni del proprio profilo non venissero utilizzate da Facebook al fine di migliorare la loro esperienza relativa alle inserzioni ed ai prodotti di Facebook e tale possibilità di scelta sarebbe rimasta disponibile per ulteriori trenta giorni successivi al momento in cui l'utente avesse cliccato "Accetta" rispetto all'aggiornamento.

40. La società contesta, poi, l'argomento addotto dall'Autorità, secondo cui gli utenti vorrebbero difficilmente rinunciare ai servizi forniti tramite l'app WM, a tal fine, richiamando la posizione assunta dalla Commissione europea nel caso COMP/M.7217, Facebook/WhatsApp, del 2014, laddove viene affermato che "*gli utenti di comunicazioni per il consumatore hanno un'ampia varietà di scelta per quanto riguarda la selezione e l'utilizzo di applicazioni di comunicazione per consumatori. Molti di questi utilizzano contemporaneamente più di una applicazione per la comunicazione in base ai bisogni specifici (cosiddetto 'multihoming')*" e che "*non ci sono costi significativi che impediscono ai clienti di passare da un'applicazione di comunicazione per consumatori ad un'altra*".

41. La Parte ritiene, infine, che la condotta contestata non costituirebbe neanche una violazione dell'art. 20, CdC, qualora l'Autorità ritenesse tale disposizione applicabile autonomamente. Da un confronto con le modalità informative di altre applicazioni per dispositivi mobili molto diffuse (quali "Clash Royale", "Pinterest" e "PayPal"), risulterebbe, infatti, che la procedura di aggiornamento seguita da WhatsApp avrebbe superato il "*normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista*" (art. 18, comma 1, lettera h, CdC). Inoltre, l'aggiornamento non avrebbe distorto il comportamento economico dei suoi utenti.

42. Il Professionista aggiunge, da ultimo, di aver deciso, nell'ambito delle interlocuzioni in corso con i Garanti europei per la privacy, di non condividere, per il momento, nel territorio UE, i dati dei propri utenti con Facebook, per la finalità di "*migliorare la propria esperienza relativa ai*

prodotti e alle inserzioni di Facebook”¹⁷.

Sulla quantificazione della sanzione

43. La società conclude sostenendo che ogni eventuale sanzione dovrebbe essere fissata nella misura minima in considerazione della *i) lieve gravità; ii) della breve durata della condotta (“[f]ino all’1 dicembre 2016, quindi in un termine brevissimo dal rilascio dell’Aggiornamento, [il 70-100%] di tutti gli utenti registrati in quel momento ha deciso di approvarlo. Di questi, il [0-20%] ha scelto di non consentire che le informazioni sul loro profilo di “WhatsApp” fossero utilizzate per migliorare la loro esperienza relativa alle inserzioni e ai prodotti di Facebook”); iii) degli sforzi posti in essere per eliminare o, comunque, attenuare le conseguenze di ogni eventuale violazione del Codice del Consumo (sospensione nel territorio dell’UE della condivisione con Facebook dei dati degli utenti WhatsApp per migliorare l’esperienza relativa alle inserzioni e ai prodotti di Facebook); iv) della natura e delle condizioni economiche per la fornitura del servizio. La pratica non avrebbe, peraltro, causato danni, attuali o potenziali, ai consumatori italiani in considerazione della sospensione *ab initio* della condivisione con Facebook dei dati degli utenti di WhatsApp.*

IV. PARERE DELL’AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

44. Poiché la condotta oggetto del presente provvedimento è stata diffusa attraverso mezzi di telecomunicazione (in particolare tramite telefono e internet), in data 12 aprile 2017, è stato richiesto il parere all’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell’art. 27, comma 6, del Codice del Consumo.

45. Con parere pervenuto in data 4 maggio 2017, l’AGCOM rappresenta quanto segue. In primo luogo, l’AGCOM evidenzia che *“i dispositivi mobili intelligenti stanno assumendo un ruolo sempre più importante nell’economia digitale”* e che, all’esito dell’indagine conoscitiva concernente lo sviluppo delle piattaforme digitali e dei servizi di comunicazione elettronica¹⁸, risulta,

¹⁷ DOC (13), (37) in atti.

¹⁸ Cfr. Delibera n. 165/16/CONS del 5 maggio 2016 recante “Indagine conoscitiva concernente lo sviluppo delle piattaforme digitali e dei servizi di comunicazione elettronica di cui alla delibera n.357/15/CONS: proroga dei termini e pubblicazione della parte relativa ai consumer communications services”.

in particolare, che *“WhatsApp, Facebook Messenger e Skype occupano le prime tre posizioni nella classifica delle app di comunicazione sociale più usate dagli italiani”*. Viene evidenziato, altresì, che *“il web si rivela anche un importante strumento per l’interazione sociale”* e che, infatti, oltre il 64% degli internauti usa servizi di messaggia istantanea per comunicare.

46. Con riferimento al caso di specie, l’AGCOM ritiene che il consumatore *“potrebbe essere indotto dalle eventuali campagne pubblicitarie dei suddetti social network a ritenere i termini e le condizioni dei servizi e prodotti più appetibili degli altri proposti sui mercati, così sviluppando in concreto la piena potenzialità promozionale della comunicazione online”*. Ritiene, altresì, che *“sia l’utilizzo dello strumento telefono, quali in particolare i cellulari, gli smartphone e tutti i dispositivi intelligenti, sia l’utilizzo di Internet risultino funzionali, agevolino e amplifichino significativamente la realizzazione della descritta pratica commerciale, rafforzandone l’effetto di condizionamento in ragione della elevata diffusione e utilizzo delle app di comunicazione sociale, quali sono sia WhatsApp, sia Facebook”*.

V. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

47. L’avvio del procedimento ipotizzava presunte violazioni da parte di WhatsApp Inc. degli **artt. 20, 24 e 25, CdC**, in relazione alle modalità di acquisizione del consenso da parte dei propri utenti (consumatori) alle modifiche apportate, in data 25 agosto 2016, ai Termini di utilizzo, con specifico riferimento alla scelta di condividere o meno con Facebook i propri dati personali.

48. La Parte ha, in particolare, modificato i Termini di utilizzo, introducendo, tra le altre innovazioni, la condivisione con Facebook di alcune informazioni degli utenti di WhatsApp Messenger per finalità di profilazione e uso commerciale da parte della controllante.

Questioni preliminari

49. In via preliminare, si replica all’eccezione che la Parte solleva in relazione alla possibile incompetenza di questa Autorità a trattare il caso oggetto del presente procedimento in ragione di possibili *sovrapposizioni* con le materie regolate dalla normativa sulla *privacy*, eccezione che non merita accoglimento per le ragioni che seguono.

50. In linea di principio, la circostanza che alla condotta della Parte sia applicabile il Codice della *privacy*, non la esonera dal rispettare le norme in materia di pratiche commerciali scorrette, che rimangono applicabili con riferimento alle specifiche condotte poste in essere dal Professionista, finalizzate all'acquisizione del consenso alla condivisione dei dati personali¹⁹.

51. In punto di fatto, rileva, inoltre, che il presente procedimento concerne una condotta specificatamente aggressiva consistente nell'aver indebitamente condizionato i consumatori ad accettare integralmente i nuovi Termini di utilizzo di WhatsApp Messenger, in particolare la condivisione dei dati con Facebook, facendo loro credere che sarebbe stato, altrimenti, impossibile proseguire nell'uso dell'applicazione.

52. Tale comportamento non trova divieto e riscontro alcuno nel Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196, Codice in materia di protezione dei dati personali, bensì integra un'ipotesi di pratica commerciale scorretta, il cui accertamento, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 19, comma 3 e 27, comma 1-*bis*, del Codice del Consumo spetta, in via esclusiva, all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Valutazioni nel merito

La natura di pratica commerciale della condotta di WhatsApp

53. La condotta con cui WhatsApp ha acquisito il consenso dei propri utenti all'aggiornamento dei Termini di utilizzo, contrariamente a quanto sostenuto dalla Parte, che nega il valore economico dei dati personali degli utenti, costituisce una pratica commerciale ai sensi del Codice del Consumo.

54. Si osserva sul punto, che le dichiarazioni rese dal Professionista nel corso dell'audizione, e acquisite agli atti, confermano quanto ipotizzato in sede di avvio del procedimento riguardo alla rilevanza economica dei dati degli utenti di WhatsApp e alla finalità stessa della pratica in esame. In particolare, la Parte ha rappresentato che l'attività di condivisione dei dati con Facebook migliorerà l'attività di *advertising* della medesima e “*dovrebbe generare ricavi direttamente a Facebook*”.²⁰ Il patrimonio informativo costituito dai

¹⁹ Cfr. la Commissione europea, “Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali”, Bruxelles, 25.5.2016 p. 28, nonché il provvedimento di questa Autorità n. 26387 del 25.1.2017, PS10207 (*Samsung-Mancato Riconoscimento Promozione*), in Boll. 5/2017, par. 127.

²⁰ DOC. (22) in atti.

dati degli utenti di WhatsApp, utilizzato per la profilazione degli utenti medesimi a uso commerciale e per finalità di *marketing*, acquista, proprio in ragione di tale uso, un valore economico idoneo, dunque, a configurare l'esistenza di un rapporto di consumo tra il Professionista e l'utente.

55. Sul punto, giova, peraltro, richiamare l'ormai consolidato orientamento della Commissione europea volto a riconoscere 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”²¹. La natura di controprestazione non pecuniaria dei dati degli utenti dei *social media* è ribadita, oltre che in sede di tutela del consumatore²², anche nell'ambito della valutazione delle concentrazioni tra imprese²³. In particolare, nel caso No. COMP/M.7217 – FACEBOOK/WHATSAPP, la Commissione, nell'esaminare i profili concorrenziali dell'acquisizione di WhatsApp da parte di Facebook, ha incluso numerose considerazioni sul valore economico dei dati degli utenti dei “*consumer communication services*”²⁴ e, segnatamente, di WhatsApp.

56. La Commissione europea ha, ad esempio, evidenziato come gli operatori di *social network* offrano i loro servizi, in genere, gratuitamente ricavando, tuttavia, una remunerazione non pecuniaria dalla pubblicità e dai *servizi premium*²⁵. La Commissione ha, inoltre, considerato il “*network effect*” quale elemento centrale per attribuire valore alle “*consumer communications*”

²¹ Commissione europea, “Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali”, Bruxelles, 25.5.2016 p. 28.

²² Cfr. la “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 businesses, regardless of whether they involve monetary consideration, including contracts where consumer generated content and profiling represent the counter-performance alternative to money”. Cfr. altresì la 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).

²³ Merger procedure, Case No. COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp, 3 ottobre 2014; 'Refining the EU merger control system', Speech by Commissioner Vestager, Studienvereinigung Kartellrecht, Brussels, 10 March 2016.

²⁴ “Consumer communications services are multimedia communications solutions that allow people to reach out to their friends, family members and other contacts in real time” (cfr. caso No. COMP/M.7217 – FACEBOOK/WHATSAPP, §13).

²⁵ “The vast majority of social networking services are provided free of monetary charges. They can however be monetized through other means, such as advertising or charges for premium services” (cfr. caso No. COMP/M.7217 – FACEBOOK/WHATSAPP, §47).

apps”²⁶ valutando specificatamente l’impatto economico derivante dalla possibile integrazione tra WhatsApp e Facebook in termini di “*cross-platform communication*”, finalizzata a consentire agli utenti dei due *social media* di comunicare tra loro, confermando, anche sotto tale aspetto, il valore economico attribuito ai dati a disposizione delle due piattaforme²⁷. La Commissione ha, poi, analizzato, sempre presupponendo il valore economico dei dati, l’effetto della concentrazione tra Facebook e WhatsApp in termini di “*data collected from WhatsApp’s users*” affermando che “[t]his would have the effect of reinforcing Facebook’s position in the online advertising market or sub segments thereof”²⁸. La Commissione ha, infine, considerato, nell’analisi economica svolta a fini concorrenziali, gli effetti migliorativi dell’utilizzo dei dati degli utenti di WhatsApp sull’attività di *advertising* di Facebook²⁹.

La natura aggressiva della condotta di WhatsApp

57. La pratica commerciale descritta nella sezione II, appare aggressiva in quanto, mediante indebito condizionamento, idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio, inducendolo, pertanto, ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

58. L’indebito condizionamento deriva dall’aver, di fatto, forzato gli utenti di

²⁶ “Network effects arise when the value of a product/service to its users increases with the number of other users of the product/service” (cfr. caso No. COMP/M.7217 – FACEBOOK/WHATSAPP, §127).

“Respondents to the market investigation indicated that the size of the user base and the number of a user’s friends/relatives on the same consumer communications app is of important or critical value to customers of consumer communications apps. These parameters increase the utility of the service for a user since they increase the number of people he or she can reach. Therefore, the Commission considers that in the present case network effects exist in the market for consumer communications apps” (cfr. caso No. COMP/M.7217 – FACEBOOK/WHATSAPP, §129).

²⁷ Cfr. caso No. COMP/M.7217 – FACEBOOK/WHATSAPP, §137.

²⁸ “However, the Commission has examined whether the Transaction could nevertheless have the effect of strengthening Facebook’s position in the online advertising market, thereby raising serious doubts as to its compatibility with the market. For this purpose, the Commission has analysed two main possible theories of harm, according to which Facebook could strengthen its position in online advertising by: (i) introducing advertising on WhatsApp, and/or (ii) using WhatsApp as a potential source of user data for the purpose of improving the targeting of Facebook’s advertising activities outside WhatsApp. Each of these two possible theories of harm is examined below (cfr. caso No. COMP/M.7217 – FACEBOOK/WHATSAPP, §167).

“According to this possible theory of harm, post-Transaction, the merged entity could introduce targeted advertising on WhatsApp by analysing user data collected from WhatsApp’s users (and/or from Facebook users who are also WhatsApp users). This would have the effect of reinforcing Facebook’s position in the online advertising market or sub-segments thereof” (cfr. caso No. COMP/M.7217 – FACEBOOK/WHATSAPP, §168).

²⁹ “The merged entity could start collecting data from WhatsApp users with a view to improving the accuracy of the targeted ads served on Facebook’s social networking platform to WhatsApp users that are also Facebook users” (cfr. caso No. COMP/M.7217 – FACEBOOK/WHATSAPP, §180).

WhatsApp Messenger ad accettare integralmente i nuovi Termini contrattuali, in particolare la condivisione dei dati con Facebook, facendo loro credere che sarebbe stato, altrimenti, impossibile proseguire nell'uso dell'applicazione laddove coloro che erano già utenti alla data della modifica dei Termini, avevano, invece, la possibilità di accettarne "parzialmente" i contenuti. L'utente avrebbe potuto, in particolare, decidere di non fornire l'assenso a condividere le informazioni del proprio *account* WhatsApp con Facebook e continuare, comunque, a utilizzare WM.

59. La condotta in esame è stata attuata attraverso una procedura in app di accettazione dei nuovi Termini che prevedeva l'informazione sulla necessità di tale accettazione a pena di dover interrompere la fruizione del servizio, l'inadeguata evidenziazione della possibilità di poter negare il consenso alla condivisione dei dati con Facebook e la difficoltà di poter esercitare concretamente tale opzione. In particolare, nella schermata principale dedicata all'accettazione dei nuovi Termini di utilizzo, dove veniva utilizzata l'espressione "Per continuare ad usare WhatsApp, accetta gentilmente i Termini e l'informativa sulla privacy entro il [...]" (sottolineatura aggiunta), l'esistenza dell'opzione di poter negare la condivisione dei dati con Facebook non è stata rappresentata. Solo nella schermata successiva, alla quale si accedeva, in via eventuale data la presenza nella prima schermata del pulsante per l'accettazione, cliccando sul *link* che rimandava alla lettura dei Termini e dell'informativa sulla *privacy*, l'utente si sarebbe potuto accorgere di avere una scelta alternativa che risultava, però, pre-impostata in *opt-out* e non come opzione scelta dal consumatore in *opt-in*, tramite spunta nell'apposita casella, sul consenso alla condivisione dei dati. Se l'utente avesse voluto continuare ad utilizzare l'applicazione, senza condividere i propri dati con Facebook, avrebbe dovuto deselezionare la spunta.

60. L'effetto di condizionamento è stato, dunque, determinato dal contenuto della prima schermata e dalla prespuntatura apposta sull'opzione di selezione del consenso nella seconda schermata, quindi dall'*opt-out*, a cui hanno avuto accesso coloro che, nonostante la conclamata necessità di accettazione, avessero desiderato conoscere i nuovi Termini di utilizzo del servizio.

61. L'utente che avesse, inoltre, accettato *in toto* i nuovi Termini di utilizzo nella prima schermata, contenente il messaggio che avvisava delle avvenute modifiche, senza essere venuto a conoscenza dell'opzione di poter negare la condivisione dei dati con Facebook, si sarebbe, peraltro, trovato di fronte ad una ulteriore difficoltà. Nella eventuale circostanza in cui si fosse, infatti, accorto, in un secondo momento, della possibilità di continuare ad utilizzare

WM senza essere costretto ad accettare la condivisione, l'interessato, al fine di esercitare la propria scelta in tal senso, modificando quella iniziale, avrebbe dovuto seguire una procedura più articolata di quella proposta per l'accettazione iniziale, accedendo alla funzione dell'applicazione *Impostazioni > Account* e, all'interno di questa, rimuovendo il segno di spunta dalla voce *"Condividi info account"*. Di tale possibilità veniva data informativa solamente nella seconda schermata, come già detto, di lettura meramente eventuale, in maniera peraltro non particolarmente evidente.

62. Il condizionamento è rafforzato, infine, dall'incertezza sulla continuità del servizio determinata dalla successiva comunicazione (di seguito riportata), inviata, decorsi i 30 giorni dalla prima apertura di WM, successivamente all'aggiornamento, a coloro che non avevano ancora accettato i nuovi Termini: *"A WhatsApp stiamo aggiornando i nostri termini e la nostra informativa sulla privacy per riflettere le nuove funzionalità come le chiamate Whatsapp. **Leggi** i termini e l'informativa sulla privacy per saperne di più sulle opzioni a tua disposizione. Per continuare ad usare WhatsApp, accetta gentilmente i Termini e l'informativa sulla privacy. Se non desideri accettare, dovrai interrompere l'uso di WhatsApp."* (sottolineatura e grassetto aggiunti). Questa comunicazione smentisce, infatti, quanto indicato nella precedente sull'impossibilità di continuare a utilizzare il servizio decorsi i 30 giorni concessi senza aver accettato i nuovi Termini, circostanza che palesa ancor più l'indebito condizionamento determinato da una procedura che induce all'accettazione dei Termini paventando l'interruzione del servizio quando esso viene invece mantenuto anche in assenza di riscontro da parte dell'utente. Inoltre, diversamente dalla prima comunicazione, che fissava un termine, la seconda lasciava l'utente incerto sulla durata del periodo in cui avrebbe potuto continuare a fruire dei servizi di WM.

63. Il Professionista avrebbe, in questo contesto, fatto leva sulla posizione degli utenti medesimi rispetto ai servizi di WM che essi utilizzano quotidianamente, spesso anche in sostituzione della telefonia ordinaria, come abituale strumento di contatto sociale e condivisione e a cui, di conseguenza, difficilmente vogliono rinunciare.

64. Si osserva, al riguardo, che se, da un lato, gli utenti di applicazioni per dispositivi mobili godono di un'ampia scelta in ordine alla selezione delle piattaforme disponibili sul mercato digitale, dall'altro, come peraltro sostenuto dalla Commissione europea nel, già citato, caso No. COMP/M.7217-FACEBOOK/WHATSAPP, molti consumatori utilizzano

contemporaneamente più di una applicazione per la comunicazione, in base ai bisogni specifici (cosiddetto ‘multihoming’).³⁰ In particolare, dalle indagini effettuate dalla Commissione risulta che la maggior parte degli utenti europei utilizza contemporaneamente proprio WhatsApp e Facebook Messenger di cui viene riconosciuta l’evidente complementarietà.³¹ La stessa Commissione rileva che quando i consumatori iniziano ad utilizzare nuove app, in genere, non interrompono l’uso di quelle che stanno già utilizzando³² per varie ragioni di opportunità e necessità.

65. Come anche rilevato dall’AGCOM, nel caso di specie, l’effetto di condizionamento, collegato all’utilizzo dei mezzi del telefono e di internet, ne è risultato rafforzato proprio “*in ragione della elevata diffusione e utilizzo delle app di comunicazione sociale, quali sono sia WhatsApp, sia Facebook*” (v. *supra*, par. IV).

66. In conclusione, per tutto quanto sopra rappresentato, gli utenti, in cambio di servizi, sono stati condizionati a prestare un consenso, che include la condivisione dei dati con Facebook, più ampio di quello necessario per continuare a usufruire dell’applicazione.

67. La circostanza che agli utenti fosse concesso un termine di trenta giorni, dalla prima apertura dell’app successiva all’aggiornamento, per accettare le modifiche e, a seguire, un ulteriore termine di trenta giorni per un’eventuale rettifica del consenso prestato alla condivisione dei dati, non costituisce un rimedio sufficiente a sanare la pratica aggressiva subita dal consumatore. Il mero trascorrere del tempo e una procedura di rettifica più complicata di quella iniziale non rappresentano, infatti, strumenti idonei a escludere la modalità scorretta e, nella specie, fortemente condizionante, di acquisizione del consenso applicata, a monte, dal Professionista a danno dell’utente.

68. Parimenti, la cancellazione del proprio *account* WhatsApp, suggerita

³⁰ “Many of them use more than one consumer communications app simultaneously depending on their specific needs (so-called ‘multi-homing’)” (cfr. caso No. COMP/M.7217 – FACEBOOK/WHATSAPP, §87).

³¹ “Furthermore, the EEA market for consumer communications apps features a significant degree of “multi-homing”, that is, users have installed, and use, on the same handset several consumer communications apps at the same time. In particular, WhatsApp and Facebook Messenger have been reported as being the two main consumer communications apps simultaneously used by the majority of the users in the EEA. This fact suggests that the two consumer communications apps are to some extent complementary, rather than being in direct competition with each other” (cfr. caso No. COMP/M.7217 – FACEBOOK/WHATSAPP, §105).

“[...]while the degree of penetration of the Parties' apps differs from one Member State to the other, the Parties' apps tend to be consistently number 1 and number 2 in all large Member States” (cfr. caso No. COMP/M.7217 – FACEBOOK/WHATSAPP, §41).

³² “the Commission notes that customers of consumer communications apps normally multi-home. This means that, when they try new consumer communications apps, users do not generally stop using the consumer communications apps they were previously using” (cfr. caso No. COMP/M.7217 – FACEBOOK/WHATSAPP, §110).

come rimedio estremo dal Professionista, risulta del tutto sproporzionata rispetto all'obiettivo di eliminare la condivisione dei dati con Facebook, comportando la cessazione della possibilità di usufruire dei servizi di WhatsApp, e risulta, pertanto, pressoché inattuabile.

69. In base all'art. 20, comma 2, CdC, la pratica commerciale in oggetto contrasta con la diligenza professionale che può legittimamente attendersi da un operatore nel settore dei “*consumer communication services*”. In particolare, è da evidenziare che non si è riscontrato, da parte di WhatsApp, il normale grado di correttezza, competenza e attenzione che ci si poteva ragionevolmente attendere nelle condotte in esame, tenuto conto delle caratteristiche dell'attività svolta e del fatto che il Professionista rappresenta, con oltre [30-50 milioni] di utenti, un operatore importante nel contesto del mercato italiano di riferimento³³.

70. Alla luce delle risultanze istruttorie e delle considerazioni che precedono, pertanto, la pratica commerciale in esame risulta scorretta ai sensi degli artt. 20, 24 e 25, del Codice del Consumo.

VI. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

71. Ai sensi dell'art. 27, comma 9, con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

72. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'art. 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'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, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

73. Con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto, nella fattispecie in esame, della particolare natura del profilo di scorrettezza caratterizzato da modalità insidiose di acquisizione del consenso dell'utente alla condivisione con Facebook dei propri dati per finalità di profilazione e pubblicitarie.

74. Si considera, altresì, la rilevanza del Professionista, un operatore, di elevata notorietà, *leader* del mercato italiano di riferimento, appartenente al “gruppo Facebook”.

³³ DOC (13) in atti.

75. Rileva, inoltre, ai fini della gravità, il grado di diffusione della pratica, che, come rilevato anche dall'AGCOM nel proprio parere, è estesa, tramite internet e la rete di telefonia mobile, a tutto il territorio nazionale e a tutti gli utenti attivi alla data della diffusione dell'aggiornamento dei Termini di utilizzo (oltre [30-50 milioni] di utenti italiani).

76. La gravità discende, infine, dalla peculiarità del mercato di riferimento - *consumer communications services* - in quanto innovativo ed avente ad oggetto l'acquisizione, scambio e utilizzo di informazioni personali rilevanti alle quali è attribuito un ingente valore economico.

77. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti si evince che la pratica commerciale oggetto del presente procedimento è stata posta in essere dal 25 agosto 2016³⁴ e risulta, ad oggi, ancora in corso. La Parte ha, infatti, confermato l'esistenza di un consistente numero di utenti registrati "non attivi" ([3-6 milioni], nel mese di febbraio 2017), che non hanno ancora espresso una loro scelta volta ad accettare o meno i nuovi Termini di utilizzo e che, qualora tornassero attivi, riceverebbero la richiesta di accettazione esattamente come è avvenuto per coloro a cui è stata già sottoposta avendo già dall'agosto 2016 utilizzato l'applicazione³⁵.

78. Sulla base di tali elementi, considerata la particolare gravità e la durata della pratica commerciale, si ritiene di fissare l'importo base della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a WhatsApp Inc., nella misura di 4.000.000 €(quattromilioni di euro).

79. In considerazione del fatto che sussiste, nel caso di specie, una circostanza attenuante in quanto il Professionista ha dichiarato di aver sospeso, temporaneamente, nel territorio UE, gli effetti della pratica oggetto del presente procedimento ossia la condivisione con Facebook dei dati degli utenti WhatsApp, oggetto di opzione, si ritiene di determinare l'importo della sanzione nella misura di 3.000.000 €(tremilioni di euro).

RITENUTO, pertanto, in conformità al parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base e nei limiti delle considerazioni suesposte, che la pratica commerciale oggetto del presente procedimento risulta scorretta ai sensi degli artt. 20, 24 e 25, del Codice del Consumo, in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea a falsare in misura

³⁴ DOC. 3_Verbale di acquisizione della versione vigente (ultima modifica 25 agosto 2016) dei Termini di utilizzo di WhatsApp Messenger; DOC. 22_Verbale dell'audizione tenutasi in data 1 febbraio 2017.

³⁵ DOC. 22_Verbale dell'audizione tenutasi in data 1 febbraio 2017; DOC. 25_Osservazioni e chiarimenti sul verbale.

apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio, limitando considerevolmente la libertà di scelta del medesimo in relazione al servizio fornito dal Professionista, mediante indebito condizionamento esercitato nella fase di accettazione dell'aggiornamento dei Termini di utilizzo di WhatsApp Messenger;

DELIBERA

- a) che la pratica commerciale descritta al punto II del presente provvedimento, posta in essere da WhatsApp Inc. costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 24 e 25, del Codice del Consumo, e ne vieta la continuazione;
- b) di irrogare alla società WhatsApp Inc. una sanzione amministrativa pecuniaria di 3.000.000 €(tremilioni di euro);
- c) che il Professionista comunichi all'Autorità, entro il termine di novanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida di cui al punto a).

La sanzione amministrativa irrogata deve essere pagata entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, tramite bonifico (in euro) a favore dell'Erario, 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.

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza al provvedimento, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi 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 del provvedimento 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 stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella