



AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Bollettino

Settimanale

Anno XXVII - n. 33

**Publicato sul sito www.agcm.it
28 agosto 2017**

SOMMARIO

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE	5
I799 - TIM-FASTWEB-REALIZZAZIONE RETE IN FIBRA	
<i>Provvedimento n. 26732</i>	5
I802 - RC AUTO	
<i>Provvedimento n. 26733</i>	7
ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA	14
AS1423 - GARA PER L'AFFIDAMENTO DEI LAVORI DI REALIZZAZIONE DELLE OPERE CIVILI DI LINEA E RELATIVE OPERE CONNESSE PER LA REALIZZAZIONE DELLA TRATTA AV/AC TERZO VALICO DEI GIOVI - LOTTO VAL LEMME	14
AS1424 - REGIONE SARDEGNA - DISCIPLINA BED & BREAKFAST	18
PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE	21
IP278 - WHATSAPP-CLAUSOLE VESSATORIE	
<i>Provvedimento n. 26734</i>	21
CLAUSOLE VESSATORIE	24
CV157 - APP POKEMON GO	
<i>Provvedimento n. 26729</i>	24

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

I799 - TIM-FASTWEB-REALIZZAZIONE RETE IN FIBRA

Provvedimento n. 26732

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 9 agosto 2017;

SENTITO il Relatore Professore Michele Ainis;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTA la propria delibera del 1° febbraio 2017 n. 26399, con la quale è stata avviata un'istruttoria nei confronti delle società Telecom Italia S.p.A. e Fastweb S.p.A. per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE);

VISTE le proprie delibere del 28 giugno 2017 n. 26654 e n. 26655, con le quali è stata disposta la pubblicazione sul sito internet dell'Autorità delle proposte di impegni presentate da Fastweb S.p.A. e da Telecom Italia S.p.A. ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90 in data 8 giugno 2017;

VISTA l'istanza di proroga del termine utile per replicare alle osservazioni pervenute nel corso del *market test* presentata da Telecom Italia S.p.A. in data 7 luglio 2017;

VISTA l'istanza di proroga del termine utile per replicare alle osservazioni pervenute nel corso del *market test* presentata da Fastweb S.p.A. in data 13 luglio 2017;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO che, nella sua adunanza del 9 agosto 2017, l'Autorità ha deliberato l'accoglimento delle istanze di proroga presentate da Telecom Italia S.p.A. e da Fastweb S.p.A., fissando il nuovo termine utile per la presentazione di informazioni in risposta alle osservazioni giunte nel corso del *market test* al 25 settembre 2017;

RITENUTO che, in considerazione delle istanze di proroga presentate dalle Parti, appaiono sussistere, nel caso di specie, le “*specifiche esigenze istruttorie*” cui fa riferimento l'art. 13 della Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287, rendendo necessario disporre il differimento del termine di conclusione del procedimento di valutazione degli impegni presentati da Telecom Italia S.p.A. e da Fastweb S.p.A.;

DELIBERA

di prorogare al 31 ottobre 2017 il termine per la chiusura del procedimento I799B per la valutazione delle proposte di impegni presentate dalle Parti.

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

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Chieppa

f.f. IL PRESIDENTE

Gabriella Muscolo

I802 - RC AUTO*Provvedimento n. 26733*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 9 agosto 2017;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTO l'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE);

VISTO il Regolamento n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la propria delibera del 7 dicembre 2016, con la quale è stata avviata un'istruttoria ai sensi dell'articolo 14, della legge n. 287/90, nei confronti delle società Unipol Gruppo Finanziario S.p.A., UnipolSai Assicurazioni S.p.A., Compagnia Assicuratrice Linear S.p.A., Allianz S.p.A., Genialloyd S.p.A., Assicurazioni Generali S.p.A., Generali Italia S.p.A., Genertel S.p.A., AXA Assicurazioni S.p.A., Società Cattolica di Assicurazione - Società Cooperativa, FATA Assicurazioni Danni S.p.A., TUA Assicurazioni S.p.A. volta ad accertare una possibile intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'articolo 101 del TFUE in relazione ad alcune dichiarazioni pubbliche dei *management* dei gruppi Generali e Unipol in merito all'andamento dei prezzi, quali possibili manifestazioni di un'intesa restrittiva della concorrenza nell'ambito dei premi RC Auto;

VISTE le comunicazioni del 13 e 14 marzo 2017 con le quali le società AXA Assicurazioni, Assicurazioni Generali, Generali Italia, Genertel, Allianz, Genialloyd, Società Cattolica di Assicurazione e Tua Assicurazioni hanno, a seguito dell'accoglimento dell'apposita istanza di proroga del termine, presentato impegni, ai sensi dell'articolo 14-*ter* della legge n. 287/90;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, inviata alle Parti in data 15 giugno 2017, ai sensi dell'articolo 14 del D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTE le rinunce, pervenute in data 22 giugno 2017, 4, 6 e 10 luglio 2017, di tutte le Parti al diritto di presentare memorie scritte e documenti, nonché di essere sentite in audizione ;

VISTO il parere dell'IVASS pervenuto in data 3 agosto 2017, ai sensi dell'art. 20, comma 4, della legge n. 287/90;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. PREMESSA

1. Il 7 dicembre 2016, l'Autorità ha avviato, ai sensi dell'art. 14 della legge n. 287/90, un'istruttoria nei confronti delle società Unipol Gruppo Finanziario S.p.A., UnipolSai Assicurazioni S.p.A., Compagnia Assicuratrice Linear S.p.A. (di seguito anche gruppo Unipol), Allianz S.p.A., Genialloyd S.p.A. (di seguito anche gruppo Allianz), Assicurazioni Generali S.p.A., Generali Italia S.p.A., Genertel S.p.A. (di seguito anche gruppo Generali), AXA Assicurazioni S.p.A., Società Cattolica di Assicurazione - Società Cooperativa, FATA Assicurazioni Danni S.p.A., TUA Assicurazioni S.p.A. (di seguito anche gruppo Cattolica), volta ad accertare una possibile intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'articolo 101 del TFUE in relazione ad alcune dichiarazioni pubbliche dei *management* dei gruppi Generali e

Unipol in merito all'andamento dei prezzi, quali possibili manifestazioni di un'intesa restrittiva della concorrenza nell'ambito dei premi RC Auto.

2. L'Autorità aveva ritenuto che le dichiarazioni di Generali ed Unipol, tra i principali gruppi assicurativi del mercato italiano delle polizze RC Auto, potessero costituire annunci pubblici - riferiti al complesso del mercato - in merito all'eliminazione delle dinamiche competitive sul prezzo delle polizze RC Auto, nonché sulle specifiche strategie di prezzo dei gruppi assicurativi Unipol e Generali sui propri aumenti dei premi di queste polizze. Tali dichiarazioni, infatti, potevano far venire meno l'incertezza sulla strategia futura di prezzo delle polizze auto e alimentare l'aspettativa che a eventuali aumenti, essendo generalizzati tra i principali *player*, non segua il rischio di perdere clienti, ossia possano essere manifestazione di un'intesa restrittiva della concorrenza, tra i principali operatori circa una possibile fine della "guerra dei prezzi".

3. Sulla base di ciò l'Autorità aveva ritenuto che, gli annunci pubblici sulle strategie di prezzo degli operatori potessero essere manifestazione di un'intesa fra le principali imprese assicurative, nella forma di accordi o pratiche concordate, aventi per oggetto e/o per effetto di falsare la concorrenza sui mercati relativi alle polizze RC Auto e alle garanzie associate.

4. Infine, l'Autorità aveva ritenuto che le dichiarazioni si riferissero ad aumenti di prezzi da parte del complesso del mercato e che, pertanto, la possibile intesa oggetto del presente procedimento potesse interessare le imprese appartenenti ai principali gruppi assicurativi attivi in Italia, ovvero Unipol Gruppo Finanziario S.p.A., UnipolSai Assicurazioni S.p.A., Compagnia Assicuratrice Linear S.p.A., Allianz S.p.A., Genialloyd S.p.A., Assicurazioni Generali S.p.A., Generali Italia S.p.A., Genertel S.p.A., AXA Assicurazioni S.p.A., Società Cattolica di Assicurazione - Società Cooperativa, FATA Assicurazioni Danni S.p.A. e TUA Assicurazioni S.p.A.

II. LE PARTI DEL PROCEDIMENTO

5. **Assicurazioni Generali S.p.A.** (di seguito anche Assicurazioni Generali), **Generali Italia S.p.A.** (di seguito anche Generali) e **Genertel S.p.A.** (di seguito anche Genertel), facenti parte del gruppo Generali, primario gruppo assicurativo italiano, attivo in tutti i rami assicurativi anche a livello internazionale. Nell'ambito del gruppo Generali, al cui vertice c'è Assicurazioni Generali, Generali Italia S.p.A. è una compagnia assicurativa che opera in tutti i rami danni e vita, mentre Genertel S.p.A. è una compagnia diretta che opera attraverso il canale *on line*.

Nel 2016, il gruppo Generali ha realizzato in Italia una raccolta premi totale pari a oltre 20 miliardi di euro.

6. **Unipol Gruppo Finanziario S.p.A.** (di seguito anche UGF), insieme a **UnipolSai S.p.A.** (di seguito anche UnipolSai) e **Compagnia Assicurativa Linear S.p.A.** (di seguito anche Linear), facenti parti del gruppo Unipol, è tra i principali gruppi assicurativi italiani e *leader* nel ramo danni, attivo in tutti i rami assicurativi anche a livello internazionale. UnipolSai S.p.A. è una compagnia assicurativa che opera in tutti i rami danni e vita, mentre Compagnia Assicurativa Linear S.p.A. è una compagnia diretta che opera attraverso il canale *on line*.

Nel 2016, il gruppo Unipol ha realizzato in Italia una raccolta premi totale pari a oltre 14 miliardi di euro.

7. **Allianz S.p.A.** (di seguito anche Allianz), capofila italiana del gruppo internazionale Allianz SE, è tra le principali compagnie assicurative attive in Italia, operante in tutti i rami assicurativi, e **Genialloyd S.p.A.** (di seguito anche Genialloyd), compagnia diretta parte del gruppo, attiva attraverso il canale *on line*.

Nel 2016, il gruppo Allianz ha realizzato in Italia una raccolta premi totale pari a oltre 11 miliardi di euro.

8. AXA Assicurazioni S.p.A. (di seguito anche AXA), parte del gruppo internazionale AXA, è tra le principali compagnie assicurative attive in Italia.

Nel 2016, il gruppo ha realizzato in Italia una raccolta premi totale pari a oltre 5 miliardi di euro.

9. Società Cattolica di Assicurazione - Società Cooperativa (di seguito anche Cattolica), **TUA Assicurazioni S.p.A.** (di seguito anche TUA) e **FATA Assicurazioni Danni S.p.A.**, fanno parte del gruppo Cattolica Assicurazioni, operante in tutti i rami assicurativi. Nel 2016, il gruppo ha realizzato in Italia una raccolta premi totale pari a oltre 4,5 miliardi di euro.

Nell'ambito del gruppo Cattolica, la società FATA Assicurazioni Danni S.p.A. è stata incorporata dalla capogruppo Cattolica con effetto dal 31 dicembre 2016. Tale Società, allo stato, non esiste più come soggetto giuridico autonomo.

III. L'ATTIVITÀ ISTRUTTORIA

10. In data 15 e 16 dicembre 2016, sono stati svolti accertamenti ispettivi con la collaborazione del Nucleo Speciale Antitrust della Guardia di Finanza e del Nucleo Speciale Frodi Tecnologiche della Guardia di Finanza presso le sedi delle società Unipol Gruppo Finanziario S.p.A., UnipolSai S.p.A., Allianz S.p.A., Assicurazioni Generali S.p.A., Generali Italia S.p.A., AXA S.p.A., nonché della società Amissima S.p.A. e dell'Associazione di settore ANIA, acquisendo copiosa e rilevante documentazione.

11. In data 1° e 14 marzo 2017, l'Autorità, su istanza delle parti, ha prorogato sino al 14 aprile 2017, nei confronti delle società Assicurazioni Generali, Generali Italia, AXA, Allianz, Genialloyd, Cattolica, Unipol Gruppo Finanziario, UnipolSai e Linear il termine di presentazione degli impegni di cui all'art. 14-ter della legge n. 287/90. In data 13 e 14 aprile, le società AXA Assicurazioni, Assicurazioni Generali, Generali Italia, Genertel, Allianz, Genialloyd, Società Cattolica di Assicurazione e Tua Assicurazioni, hanno presentato alcuni impegni ai sensi dell'art. 14-ter della legge n. 287/90.

Al riguardo, si evidenzia che quanto di seguito esposto sul prosieguo dell'istruttoria ha reso superflua la trattazione degli impegni presentati dalle Parti.

12. Tutte le Parti hanno esercitato il diritto di accesso agli atti in data 15 marzo 2017 e, successivamente, tale diritto è stato nuovamente esercitato dalle società Assicurazioni Generali, Generali Italia, AXA, Cattolica, TUA, Unipol Gruppo Finanziario, UnipolSai e Linear in data 3 luglio 2017.

Rispettivamente in data 10 e 26 aprile 2017, le società del gruppo Generali e del gruppo Allianz sono state sentite in audizione.

13. In data 15 giugno 2017 sono state inviate alle Parti le Risultanze Istruttorie del procedimento, nelle quali non sono stati formulati addebiti nei confronti delle Parti. Pertanto, tra il 22 giugno e il 10 luglio 2017, sono pervenute, da tutte le Parti del procedimento, rinunce all'ulteriore esercizio dei diritti di difesa sia in forma scritta che orale.

III. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

14. Nel merito dell'istruttoria, si evidenzia che il presente procedimento è scaturito da alcune dichiarazioni pubbliche aventi a oggetto la previsione che in Italia i premi RC Auto sarebbero aumentati.

15. In particolare, l’Agenzia stampa del 7 novembre 2016 riportava la dichiarazione dell’Amministratore Delegato e Direttore Generale di Unipol Gruppo Finanziario S.p.A., nonché Presidente di UnipolSai S.p.A., in merito alla previsione che, in Italia, dopo “una fase di lunga discesa dei prezzi”, i premi RC Auto sarebbero aumentati¹.

16. L’Agenzia stampa del 10 novembre 2016 riportava quindi la dichiarazione del Direttore Generale di Assicurazioni Generali S.p.A., in risposta alle precedenti dichiarazioni dell’Amministratore Delegato di Unipol Gruppo Finanziario S.p.A., ove si rilevava che in Italia si era assistito a una “fortissima competizione dei prezzi non innescata da Generali che si sta attenuando o addirittura fermando”².

17. Successivamente, con una seconda dichiarazione sempre del 10 novembre 2016, il Direttore Generale di Assicurazioni Generali S.p.A., con riferimento all’andamento dei prezzi delle polizze RC Auto, prevedeva “qualche movimento al rialzo dei prezzi soprattutto in Italia, dove pensiamo che la guerra dei prezzi stia per finire o forse è già finita” e, con la fine della guerra dei prezzi, “un miglioramento nella redditività dell’RC Auto”³. Il Direttore Generale di Assicurazioni Generali S.p.A. avrebbe rilevato anche che, negli ultimi mesi, si sarebbero avuti aumenti dei premi delle polizze RC Auto anche da parte di gruppi assicurativi precedentemente molto aggressivi nelle politiche di prezzo e dava conto di aumenti dei premi auto che il Gruppo Generali aveva già attuato⁴.

18. Il 29 novembre 2016 l’Amministratore Delegato di Unipol Gruppo Finanziario S.p.A. dichiarava nuovamente che i premi Auto sarebbero aumentati in Italia, anche ad opera del Gruppo Unipol. Quest’ultima dichiarazione è stata riportata, tra l’altro, sui siti *web* del quotidiano *Milano Finanza* e del quotidiano di settore *Assinews*⁵.

¹ Doc. 1, Agenzie di stampa e articoli diffusi via web e/o a mezzo stampa relativi all’andamento dei premi RC Auto , v. Agenzia -Il Sole 24 Ore Radiocor Plus - Milano, 7 novembre 2016: “«Nell’auto veniamo da una fase di lunga discesa dei prezzi, con un calo più che proporzionale rispetto al fabbisogno tecnico. Il mercato oggi vende in perdita perché le compagnie sulla gestione corrente cominciano a perdere. Secondo me siamo vicini a un combined ratio del 100%». Lo ha detto il ceo di Unipol, Carlo Cimbri, al 18esimo Annual Assicurazioni del Sole 24 Ore, rilevando che i prezzi sono destinati a risalire”.

² Doc. 1, v. Agenzia - Il Sole 24 Ore Radiocor Plus - Milano, 10 novembre – “Il gruppo Generali ha «una redditività ancora positiva sul combined ratio del business auto in Italia». Lo ha indicato il dg e cfo di Generali, Alberto Minali, durante una conference call con le agenzie stampa, interpellato in proposito dopo che nei giorni scorsi, all’Annual Assicurazioni del Sole 24 Ore, il ceo di Unipol Carlo Cimbri ha detto che nel mercato italiano sul piano della gestione corrente il combined ratio nell’Rc Auto ha superato probabilmente il 100% e quindi vende in perdita. Minali ha d’altro canto rilevato che in Italia si è assistito a «una fortissima competizione dei prezzi, non innescata da Generali. Ci pare di capire dall’andamento degli ultimi mesi che si sta attenuando o addirittura fermando». Questa è «una buona notizia per la redditività complessiva del business auto in Italia e anche per noi», ha concluso il dg”.

³ Cfr. doc. 1, v. Agenzia Il Sole 24 Ore Radiocor Plus - Milano, 10 novembre 2016: “Le Generali vedono un aumento delle tariffe dell’Rc auto. Lo ha detto il dg e cfo di Generali, Alberto Minali durante la conference call con gli analisti sui conti. «La redditività complessiva del comparto auto è calata. Noi abbiamo margini leggermente positivi. Prevediamo qualche movimento al rialzo dei prezzi soprattutto in Italia, dove pensiamo che la guerra dei prezzi stia per finire o forse è già finita», ha detto Minali, rilevando che negli ultimi mesi si sono avute indicazioni in tal senso anche da gruppi che erano stati molto aggressivi nella concorrenza. Con la fine della guerra dei prezzi, ci sarà quindi «un miglioramento nella redditività dell’Rc auto». In Italia - ha poi precisato il cfo - il gruppo ha già registrato un’accelerazione nei premi auto nei nove mesi, legato principalmente al fatto che la compagnia ha già iniziato ad aumentare i premi auto. In particolare sono stati fatti grandi progressi nei prodotti telematici. Nei primi 9 mesi del 2016 il gruppo ha segnato un aumento della raccolta del comparto auto del 3,3% che ha trainato il danni (+1,5%)”.

⁴ Cfr. doc. 1, Agenzia Il Sole 24 Ore Radiocor Plus - Milano, 10 novembre 2016 già citata nella precedente nota.

⁵ Cfr. doc. 1, Agenzia AdnKronos - Roma, 29 novembre 2016: “«Unipol sta sul mercato e si comporta secondo le logiche del mercato. Sicuramente Unipol non fa beneficenza». Ad affermarlo, a margine di un convegno sulla White Economy, è l’ad di Unipol, Carlo Cimbri commentando l’andamento del settore assicurativo e del rc auto. «Il settore, dopo il calo dei prezzi degli scorsi anni, dai dati che stiamo osservando va verso una perdita tecnica. I premi non coprono i costi dei sinistri», osserva Cimbri. «Tutte le cose che vanno nella direzione della riduzione dei costi, l’introduzione delle tecnologie applicate alle polizze, come le scatole nere, vanno nella direzione giusta», aggiunge l’ad di Unipol”.

19. Come illustrato, in data 15 e 16 dicembre 2016 sono stati svolti accertamenti ispettivi relativi al procedimento in oggetto. In particolare, è stata acquisita anche documentazione in merito ad ulteriori dichiarazioni pubbliche delle imprese in merito all'andamento dei prezzi del settore RC Auto, al contesto nel quale tali dichiarazioni si inseriscono, nonché relativa alle reazioni interne alle imprese che le medesime dichiarazioni hanno suscitato.

20. In relazione alle ulteriori dichiarazioni pubbliche delle imprese in merito all'andamento dei prezzi del settore RC Auto, rileva la prima dichiarazione, rinvenuta presso Allianz, risalente al 30 luglio 2015. Si tratta di una dichiarazione di Generali rilasciata durante la presentazione dei conti semestrali del gruppo rispondendo agli analisti: *«Nel settore Rc auto preferiamo perdere business e non lanciai in una guerra dei prezzi. Se qualcuno vuole farlo, lo lasceremo fare»*⁶.

21. La seconda dichiarazione pubblica, più recente ed acquisita presso la sede dell'ANIA, è quella di Unipol del 4 agosto 2016, dalla quale si evince che la Compagnia aveva in programma di aumentare i premi, pur godendo della solidità finanziaria per difendersi nel caso in cui qualcuno dei concorrenti fosse stato *"disposto a guadagnare quote di mercato a scapito della redditività"*⁷.

22. Inoltre, rileva anche un'email interna di AXA, del maggio 2016, nella quale l'allora Amministratore Delegato della Compagnia informava gli esponenti interni dei risultati di UnipolSai: *"Molto interessante guardare al piano industriale e i risultati Q1 di UnipolSai, in particolare sul auto. 1) Combined TPL auto 99.4 nel 2016 e 101.15 nel 2017. 2) Secondo loro nel 2016 è l'ultimo anno di calo del premio medio"*⁸.

23. Infine, è stata rinvenuta una dichiarazione dell'allora Direttore Generale di Sara Assicurazioni (nonché Presidente della Commissione Permanente Auto dell'ANIA) del 14 settembre 2016 dove si affermava: *«C'è un primo segnale di prossima risalita dei premi RC Auto in Italia. Ad indicarlo è il direttore generale di Sara Assicurazioni, Alessandro Santoliquido. "I prezzi del listini stanno in effetti risalendo dopo però quattro anni in cui i premi RC Auto sono diminuiti di oltre il 20%... I prezzi praticati alla clientela, tuttavia, non stanno ancora aumentando perché c'è una fortissima concorrenza, i premi medi quindi sono ancora in calo..."*⁹.

24. Dai documenti ispettivi emerge, inoltre, la reazione suscitata nelle altre Parti dalle dichiarazioni pubbliche fatte rispettivamente dall'Amministratore Delegato e Direttore Generale di Unipol Gruppo Finanziario S.p.A., nonché Presidente di UnipolSai S.p.A., e dal Direttore Generale di Assicurazioni Generali S.p.A.

25. In particolare, rileva richiamare la reazione di Allianz, ove, in un'email scambiata tra i vertici della società, sono riportati due commenti sulle dichiarazioni di Unipol e Generali: *"Let's see what this means...if you tell the market you raise prices...and then you don't...you made advertising at*

⁶ Doc. 204, dal titolo: *"R Generali ceo su Rc auto non entreremo in guerra prezzi meglio perdere business.msg"*.

⁷ Si riporta l'Agenzia di stampa nella sua interezza: *«Se il mercato continua ad essere irrazionale sul premio medio dell'Rc Auto, giocheremo anche noi la nostra partita. La forza patrimoniale delle riserve ci aiuterà comunque a stabilizzare il combined ratio, anche in presenza di dinamiche irrazionali". Lo ha detto l'ad di Unipol e presidente di UnipolSai, Carlo Cimbri, durante la conference call sui risultati del semestre. "Sul premio medio noi facciamo le nostre politiche e non facciamo la balia del mercato. Se la gente vuole continuare a vendere in perdita lo farà, noi abbiamo politiche di prezzo allineate a politiche di sviluppo o difesa del portafoglio", ha anche indicato Cimbri. "Lavoriamo compatibilmente con il trend per mantenere un senso positivo ai prodotti che vendiamo e auspichiamo che altri seguano questa tendenza. Ma siamo anche pronti a giocare la partita che vede qualcuno disposto a guadagnare quote di mercato a scapito della redditività. Anche in questo caso ci difenderemo", ha aggiunto il manager», doc. 59, dal titolo: "Rc Auto_ Cimbri, su premio medio mercato irrazionale, giocheremo partita"*.

⁸ Doc. 348, email interna di AXA.

⁹ Doc. 51, email dell'ANIA contenente alcune agenzie stampa.

*zero cost....let the others raise price...keep yours....and just write more business” e “Speriamo che il pricing ci aiuti”*¹⁰.

26. Ancora, con riferimento alle dichiarazioni dell'autunno 2016, in data 30 novembre - il giorno dopo il secondo annuncio di Unipol - rileva la comunicazione interna di AXA tra uno dei Direttori generali e il Responsabile dell'Area *motor* che si limita sostanzialmente a ripetere l'estratto della dichiarazione¹¹.

27. In merito, invece, all'andamento del mercato, la documentazione proveniente dalle imprese e da studi ANIA sul settore RC Auto evidenzia una connessione tra la ripresa dell'andamento dei premi – iniziata già prima delle dichiarazioni pubbliche oggetto del procedimento – e la progressiva riduzione dei margini di redditività, la ripresa della frequenza dei sinistri e il peggioramento dei rispettivi *combined ratio* delle imprese¹².

IV. IL PARERE IVASS

28. Con parere pervenuto all'Autorità il 3 agosto 2017, ai sensi dell'articolo 20, comma 4, della legge n. 287/90, l'IVASS ha osservato che *“non si sono ravvisati elementi segnalatici di comportamenti delle compagnie di assicurazione finalizzati a concordare rialzi dei prezzi nel mercato nazionale della responsabilità civile auto”*.

V. VALUTAZIONI

29. Ai fini della valutazione del mercato rilevante, giova ricordare che per consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, nella valutazione di un'intesa, l'individuazione del mercato rilevante è tesa alla delimitazione dell'ambito nel quale la stessa può restringere o falsare le dinamiche concorrenziali. In particolare, *“nell'ipotesi di intese restrittive, la definizione del mercato rilevante è successiva all'individuazione dell'intesa, in quanto sono l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa a circoscrivere il mercato su cui l'illecito è commesso: vale a dire che la definizione dell'ambito merceologico e territoriale nel quale si manifesta un coordinamento tra imprese concorrenti e si realizzano gli effetti derivanti dall'illecito concorrenziale è funzionale alla decifrazione del grado di offensività dell'illecito”*¹³.

30. Con riferimento a questo procedimento, i mercati rilevanti sono quelli delle polizze RC Auto e delle garanzie accessorie associate, vale a dire i mercati relativi, rispettivamente, al ramo assicurativo 10 (RC Auto) e al ramo assicurativo 3 (Corpi veicoli terrestri); tali mercati, per consolidato orientamento dell'Autorità hanno entrambi dimensione geografica nazionale.

31. Nel presente procedimento, l'attività istruttoria è stata finalizzata ad accertare se le dichiarazioni sopra richiamate fossero manifestazione di un'intesa restrittiva della concorrenza, in

¹⁰ Vedi doc. 202: *“Italian motor price war is over – Unipol’s management commented that it is seeing price competition easing in Italian motor, consistent with Generali’s comments yesterday. Management commented it expects to see an increase in the average motor premium throughout 2017, albeit average premiums will still likely be down YoY in 1Q17”*. Sul punto si vedano inoltre I docc. 181, 182 e 209, contenenti il resoconto di alcune agenzie di stampa. Si vedano altresì il doc. 203, email dal titolo *“I Generali cfo verso aumento tariffe Rca guerra prezzi forse finita.msg”*, in merito alla dichiarazione del DG di Generali del 10 novembre 2016; il doc. 204, email dal titolo *“R Generali ceo su Rc auto non entreremo in guerra prezzi meglio perdere business.msg”*, sempre rinvenuto presso Allianz, in merito alla dichiarazione di Generali del 30 luglio (vedi supra) e il doc. 180 del press office di Allianz in merito alla dichiarazione di Generali del 10 novembre 2016 sulla fine della guerra dei prezzi.

¹¹ Vedi doc. 336, contenente il resoconto di alcune agenzie di stampa; il medesimo annuncio è ripreso anche nel doc. 58, email dal titolo *“In_Rc Auto_Cimbri, aumento prezzi_Unipol non fa beneficenza”*.

¹² Si vedano, ad esempio, i docc. 31, 38 e 47.

¹³ Cfr. Consiglio di Stato, 10 marzo 2006, sentenza n. 127, caso A351 - Telecom Italia, più di recente Consiglio di Stato, 13 giugno 2014, sentenza n. 3032, caso I/731- Gare campane.

violazione dell'articolo 101 del TFUE, fra le principali imprese assicurative operanti sui mercati relativi alle polizze RC Auto e alle garanzie associate.

32. Le risultanze istruttorie di cui si è dato sopra conto non sono sufficienti, nel caso di specie, a rivelare l'esistenza di un disegno collusivo tra i principali operatori in materia di premi RC Auto, così come ipotizzato nel provvedimento di avvio. Infatti, nel corso del procedimento istruttorio non sono emersi elementi idonei a confermare la sussistenza di un'intesa fra le Parti, nella forma di accordi o pratiche concordate, aventi per oggetto e/o per effetto di falsare la concorrenza sui mercati relativi alle polizze RC Auto e alle garanzie associate.

33. Per tale ragioni, non si ritiene di proseguire la presente istruttoria in merito alla violazione dell'art. 101 TFUE ipotizzata nella delibera di avvio istruttoria.

Tutto ciò premesso e considerato:

DELIBERA

che in base alle informazioni disponibili sono venuti meno i motivi di intervento nei confronti delle società Unipol Gruppo Finanziario S.p.A., UnipolSai Assicurazioni S.p.A., Compagnia Assicuratrice Linear S.p.A., Allianz S.p.A., Genialloyd S.p.A., Assicurazioni Generali S.p.A., Generali Italia S.p.A., Genertel S.p.A., AXA Assicurazioni S.p.A., Società Cattolica di Assicurazione - Società Cooperativa, TUA Assicurazioni S.p.A. in relazione alla violazione dell'articolo 101 del TFUE ipotizzata in sede di avvio del procedimento.

Il presente provvedimento sarà notificato alle Parti 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 135, comma 1, lettera *b*), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro il termine di sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, 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

f.f. IL PRESIDENTE
Gabriella Muscolo

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS1423 - GARA PER L’AFFIDAMENTO DEI LAVORI DI REALIZZAZIONE DELLE OPERE CIVILI DI LINEA E RELATIVE OPERE CONNESSE PER LA REALIZZAZIONE DELLA TRATTA AV/AC TERZO VALICO DEI GIOVI - LOTTO VAL LEMME

Roma, 12 giugno 2017

Consorzio Collegamenti Integrati Veloci

L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 7 giugno 2017, ha deliberato di esprimere parere ai sensi dell’articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, così come introdotto dal decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 (decreto *Salva Italia*), relativamente alla documentazione di gara concernente l’affidamento dei lavori di realizzazione delle opere civili di linea e relative opere connesse nell’ambito dei lavori di realizzazione della Tratta AV/AC "Terzo Valico dei Giovi" - Lotto Val Lemme.

In particolare, la sezione III 2.2 del bando di gara e l’articolo 5.1, lettera r), del Disciplinare di gara prevedono, tra i requisiti di partecipazione richiesti dalla stazione appaltante, una “*dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante o procuratore di un istituto bancario con l’indice patrimoniale Total Capital Ratio non inferiore a 10,5% (dieci virgola cinque per cento) o di una compagnia assicuratrice avente un indice di solvibilità non inferiore al 250% (duecentocinquanta per cento), contenente l’impegno a rilasciare, qualora l’offerente risultasse aggiudicatario, le garanzie di cui agli articoli 9 dello Schema di Contratto di Affidamento e 20 delle Condizioni Generali, in favore di COCIV*”.

Atteso che l’oggetto della gara è l’affidamento dei lavori di realizzazione delle opere civili di linea e relative opere, la suddetta disposizione appare suscettibile di introdurre una limitazione ingiustificata, posto che, da un lato, limita l’accesso delle imprese ai servizi prestati dagli intermediari finanziari iscritti nell’elenco speciale di cui all’art. 106 TUB, inclusi dalla normativa vigente nel novero dei soggetti abilitati al rilascio di garanzie fideiussorie; e, dall’altro, incide in maniera sostanziale sull’effettiva possibilità per le imprese che partecipano alla procedura ad evidenza pubblica di farsi prestare la garanzia da un soggetto piuttosto che da un altro.

L’art. 106 TUB, infatti, consente agli intermediari finanziari autorizzati, iscritti nell’apposito albo tenuto da Banca d’Italia, “*l’esercizio nei confronti del pubblico dell’attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma*”, per tale attività intendendosi, come chiarito di recente dal Ministero dell’Economia e delle Finanze, “*la concessione di crediti, ivi compreso il rilascio di garanzie sostitutive del credito e di impegni di firma*”, nel quale rientra “*ogni tipo di finanziamento erogato nella forma di (...) f) rilascio di fideiussioni, avallo, apertura di credito*

documentaria, accettazione, girata, impegno a conceder credito, nonché ogni altra forma di rilascio di garanzie e di impegni di firma”¹.

L’equipollenza tra le fideiussioni rilasciate dalle banche e quelle rilasciate dalle compagnie di assicurazioni o dagli intermediari finanziari autorizzati trova conferma nelle disposizioni del d. lgs. n. 50/2016 (Codice degli Appalti) ed in particolare, nell’art. 93 – *Garanzie per la partecipazione alla procedura* – in base al quale “*La garanzia fideiussoria di cui al comma 1 (ndr. la garanzia provvisoria) a scelta dell’appaltatore può essere rilasciata da imprese bancarie o assicurative che rispondano ai requisiti di solvibilità previsti dalle leggi che ne disciplinano le rispettive attività o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell’albo di cui all’articolo 106 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell’albo previsto dall’articolo 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e che abbiano i requisiti minimi di solvibilità richiesti dalla vigente normativa bancaria assicurativa*”.

Come l’Autorità ha già sottolineato in passato², una siffatta limitazione determina una distorsione delle dinamiche competitive relative alla fornitura di servizi finanziari, limitando l’accesso delle imprese ai servizi prestati dalle compagnie di assicurazione e dagli intermediari finanziari di cui all’allora articolo 107 del d.lgs. 385/93 [ora articolo 106].

Per altro profilo, l’art. 93, comma 3, decreto legislativo n. 50/2016 circoscrive la possibilità di rilasciare la garanzia solo alle banche, intermediari finanziari e compagnie assicurative che rispettino i requisiti minimi di solvibilità prescritti dalle rispettive discipline di settore. Con specifico riferimento al settore assicurativo, il Codice delle Assicurazioni Private prevede che il minimo regolamentare del margine di solvibilità sia fissato nella percentuale del 99,5%³. Pertanto, la stazione appaltante avrebbe dovuto fare riferimento a tale coefficiente minimo regolamentare quale requisito di solvibilità, in ossequio a quanto previsto dall’art. 93, comma 3 del d. lgs. n. 50/2016. Per contro, gli atti di gara prevedono un margine di solvibilità di 250%, vale a dire più del doppio rispetto a quello richiesto dalla normativa di settore.

A conferma di quanto appena rilevato che si evidenzia che, a quanto consta, primarie compagnie assicurative hanno margini di solvibilità conformi a quelli richiesti dalla normativa di settore ma ben inferiori rispetto a quello richiesto dalle disposizioni di gara sopra richiamate. La richiesta di un margine di solvibilità così elevato rischia, quindi, di restringere significativamente il novero delle compagnie assicurative abilitate a partecipare alla procedura, se non addirittura a ridurre tale possibilità ad una sola compagnia assicurativa presente sul mercato.

Analoghe valutazioni si ritiene possano esprimersi sul requisito indicato per le banche che, come previsto dalla sezione III.2.2 del bando e dall’art. 5.1, lett. r) del disciplinare, è pari a un indice patrimoniale non inferiore a 10,5%. Questo parametro non risulta prescritto nella normativa di vigilanza per consentire alle banche di rilasciare le garanzie nelle procedure di appalto. In altri termini, l’indice patrimoniale pari al 10,5% non risulta essere un requisito previsto dalla normativa di settore, normativa che, come si è visto, è richiamata come parametro di riferimento dal già citato art. 93 del Codice di Appalti nella individuazione dei requisiti che i soggetti devono avere per

¹ Cfr. Ministero dell’Economia e delle Finanze, D.M. 2 aprile 2015, n. 53 - *Regolamento recante norme in materia di intermediari finanziari in attuazione degli articoli 106, comma 3, 112, comma 3, e 114 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, nonché dell’articolo 7-ter, comma 1-bis, della legge 30 aprile 1999, n. 130*, ed in particolare il suo articolo 2

² Cfr. AS271 – Distorsioni della concorrenza derivanti dall’articolo 24 comma 1 della legge regionale n. 7/2002 e successive modifiche, in Bollettino. 49/2003 e AS1210 – Campionato di serie B e di Lega Pro stagione sportiva 2015/2016- Criteri legali ed economico finanziari delle società calcistiche per l’ottenimento della licenza nazionale, in Bollettino n. 34/2015.

³ Cfr. art. 45 ter del .lgs. 7 settembre 2005, n. 209, Codice delle Assicurazioni Private.

prestare le garanzie nelle gare di appalto. Anche per questo profilo, pertanto, la sezione III 2.2 del bando di gara e l'articolo 5.1, lettera r), del Disciplinare di gara non sono conformi all'art. 93 del Codice degli Appalti nella misura in cui non consentono a tutte le banche che operano sul mercato nel rispetto della normativa di vigilanza di bancaria, europea e nazionale di rilasciare eventuali garanzie nella gara in oggetto.

Inoltre, sulla base della normativa citata, le limitazioni sopra descritte non appaiono giustificate da particolari esigenze di interesse pubblico, ed in particolare da esigenze legate alla solidità economica dei soggetti che rilasciano la fideiussione, considerato che si tratta di soggetti autorizzati e vigilati da Banca d'Italia e da IVASS.

Le disposizioni degli atti di gara sopra descritte, da un lato, generano effetti distorsivi sui mercati finanziari restringendo il novero di soggetti che possono presentare le garanzie nell'ambito della gara d'appalto in oggetto. Tale restrizione è suscettibile altresì di ridurre il confronto competitivo in sede di gara, potendo rendere oltremodo difficoltoso, anche economicamente, il reperimento di idonea garanzia, dissuadendo i potenziali concorrenti dal partecipare alla medesima.

L'Autorità ritiene, pertanto, che il bando e il disciplinare di gara concernente l'affidamento dei lavori di realizzazione delle opere civili di linea e relative opere connesse nell'ambito dei lavori di realizzazione della Tratta AV/AC "Terzo Valico dei Giovi" - Lotto Val Lemme integrino una violazione dei principi a tutela della concorrenza nella misura in cui:

i) la sezione III 2.2 del bando e l'articolo 5.1, lettera r), del Disciplinare di gara violano l'art. 93, comma 3 del d. lgs. n. 50/2016 nella parte in cui non menziona gli intermediari finanziari ex art. 106 del TUB quale soggetti abilitati a prestare la cauzione per la gara in oggetto;

ii) la sezione III 2.2 del bando e l'articolo 5.1, lettera r), del disciplinare di gara violano l'art. 45 *ter* del d. lgs. n. 209/2005 nella parte in cui prevede un requisito del margine di solvibilità in percentuale più che doppia rispetto a quella prevista dalla normativa di settore (250% a fronte del 100%). Parimenti, il requisito dell'indice patrimoniale pari al 10,5% richiesto per il rilascio della garanzia da parte delle banche è ultroneo rispetto alla normativa di settore.

Ai sensi dell'articolo 21-bis, comma 2, della legge n. 287/90, il Consorzio Collegamenti Integrati Veloci dovrà comunicare all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative adottate per rimuovere le violazioni della concorrenza sopra esposte. Laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella

Comunicato in merito all'adeguamento di COCIV - Consorzio Collegamenti Integrati Veloci al parere motivato espresso dall'Autorità ai sensi dell'art. 21-bis della legge n. 287/1990 avverso il bando e il disciplinare di gara relativi all'affidamento dei lavori di costruzione ferroviari nell'ambito dei lavori di realizzazione della Tratta AV/AC "Terzo Valico dei Giovi" - Lotto Val Lemme, pubblicato in Gazzetta Ufficiale Parte II in data 19 aprile 2017.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 9 agosto 2017, ha deciso di non impugnare, davanti al TAR Lazio, il bando di gara e il disciplinare in oggetto in quanto ha

ritenuto che siano venuti meno i presupposti per il ricorso previsto dall'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990.

Nel parere motivato, deliberato nella riunione del 7 giugno 2017 ai sensi dell'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990, l'Autorità aveva rilevato che i criteri fissati nel bando avrebbero potuto compromettere il confronto competitivo sia tra soggetti abilitati a prestare garanzie, sia tra le imprese interessate allo svolgimento dei lavori oggetto di gara. In particolare, sollevavano criticità concorrenziali le seguenti previsioni:

- esclusione degli intermediari finanziari *ex art.* 106 del TUB quali soggetti abilitati a prestare la garanzia fideiussoria richiesta per partecipare alla gara in oggetto;
- previsione di un margine di solvibilità, richiesto per il rilascio della cauzione da parte delle compagnie assicurative, in percentuale più che doppia rispetto a quella prevista dalla normativa di settore (250% a fronte del 100%);
- previsione di un indice patrimoniale *Total Capital Ratio*, richiesto per il rilascio della garanzia da parte delle banche, non inferiore a 10,5%.

Tali disposizioni, secondo l'Autorità, potevano produrre, in primo luogo, effetti distorsivi sui mercati finanziari potendo restringere significativamente il novero di soggetti che possono presentare le garanzie nell'ambito della gara in oggetto; in secondo luogo, tale restrizione dell'offerta era suscettibile di ridurre il confronto competitivo anche nella presentazione delle offerte per lo svolgimento dei lavori, in quanto poteva rendere più difficile il reperimento di idonea garanzia che è un requisito di partecipazione.

A seguito del ricevimento del parere motivato dell'Autorità, COCIV - Consorzio Collegamenti Integrati Veloci, con comunicazione pervenuta il 3 agosto 2017, ha comunicato di aver adeguato alle osservazioni dell'Autorità il contenuto dei bandi per le gare successive alla procedura oggetto di parere, ossia i lotti Castagnola, Cravasco e Valico Radimero. In particolare, tali bandi sono formulati in modo da includere gli intermediari finanziari *ex art.* 106 del TUB nel novero dei soggetti abilitati a prestare la garanzia fideiussoria e da richiedere i soli requisiti di solvibilità previsti dalla vigente normativa bancaria assicurativa. Inoltre, con riferimento alla gara oggetto del parere, è emerso che i requisiti richiesti dal bando non erano tali da individuare *ab origine* il futuro soggetto idoneo al rilascio di tale garanzia (c.d. "bando-fotografia").

Nella propria riunione del 9 agosto 2017 l'Autorità ha pertanto disposto l'archiviazione del procedimento, ritenendo che i chiarimenti adottati sulla gara in oggetto e la modifica dei bandi successivamente adottati facciano venir meno l'interesse dell'Autorità a ricorrere.

AS1424 - REGIONE SARDEGNA - DISCIPLINA BED & BREAKFAST

Roma, 17 agosto 2017

Regione Autonoma della Sardegna

In base ad informazioni acquisite dall'Autorità nell'ambito della propria attività istituzionale, è emerso che la disciplina dell'attività di Bed & Breakfast della Regione Sardegna, definita dall'art. 6 della L.R. n. 27/1998 e dalla successiva Delibera della Giunta Regionale n. 10/43 del 2013, presenta criticità concorrenziali, già oggetto di alcuni pareri che l'Autorità ha espresso nel corso degli ultimi mesi con riferimento ad altre normative regionali in materia di attività ricettizia extralberghiera¹. In particolare, la normativa in esame qualifica l'attività di B&B unicamente come non imprenditoriale e saltuaria, impone dei periodi di chiusura obbligatoria nel corso dell'anno e dei limiti alla portata ricettiva in relazione al numero di stanze e a quello di posti letto. Nella sua adunanza del 2 agosto 2017, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ha ritenuto di svolgere le seguenti considerazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, in relazione al contenuto della Legge Regionale della Regione Autonoma della Sardegna n. 27 del 12/08/1998, art. 6 - *Esercizio saltuario di alloggio e prima colazione* e della Delibera della Giunta Regionale della Regione Autonoma della Sardegna n. 10/43 del 21/02/2013 - *Linee guida per l'esercizio saltuario del servizio di alloggio e prima colazione - Bed & Breakfast (B&B)*.

In particolare, l'art. 6 della L. R. n. 27/1998, il legislatore regionale ha limitato la portata ricettiva dei B&B a "*non più di tre camere con un massimo di sei posti letto*", specificando inoltre che l'attività deve avere "*carattere saltuario o per periodi ricorrenti stagionali*".

L'art. 1, comma 2, della Delibera della Giunta Regionale n. 10/43 del 2013, ribadendo che l'attività di B&B ha una natura non imprenditoriale, prescrive che l'accoglienza debba "*essere esercitata in maniera saltuaria o per periodi stagionali: l'attività di B&B si pone infatti come attività economica secondaria e temporanea per un nucleo familiare e non primaria e continuativa*". Inoltre, nel medesimo comma, viene indicato che "*Dato il carattere della occasionalità è prevista la chiusura dell'attività per un periodo di almeno 60 giorni anche non continuativi*".

Ancora in merito alla natura non imprenditoriale dell'attività di B&B, l'art. 1, comma 5, prevede che non siano offerti servizi aggiuntivi e che "*i servizi accessori eventualmente erogati devono essere forniti secondo modalità tali da non modificare, in nessun caso, il carattere di familiarità insito in tale forma di ricettività e non snaturare l'ambiente domestico*"². Il comma 5 contiene,

¹ Si considerino, ad esempio, le segnalazioni AS1239 e AS1351 sul Regolamento regionale n. 8/2015 della Regione Lazio; AS1380 sulla proposta di Regolamento regionale n. 3074/2017; A1367 sulla L.R. 1 febbraio 2017, n. 4 della Regione Calabria; AS1366 sulla L.R. 1 febbraio 2017, n. 3 della Regione Calabria.

² Il carattere di non imprenditorialità è inoltre richiamato ai commi 2, 3 e 5 dell'art. 1 della Delibera in oggetto.

inoltre, specifiche previsioni in materia, prevedendo, ad esempio, che *“la fornitura e la pulizia della biancheria deve essere gestita a livello domestico e non deve essere affidata a ditte o società professionali esterne”* e che *“non sono ammessi servizi di organizzazione di transfer o di vendita di escursioni che per loro natura si configurano come attività non tipicamente familiari ma caratteristiche di una attività professionale e di tipo imprenditoriale...”*. Altri vincoli funzionali sono poi previsti al comma 3 del richiamato articolo 1.

Si ritiene che la disciplina che regola l'attività di B&B della Regione Autonoma Sardegna presenti diversi profili di criticità, già oggetto di precedenti pareri espressi dall'Autorità, che si traducono in una ingiustificata limitazione dell'accesso e dell'esercizio dell'attività ricettiva extralberghiera, in quanto idonei a limitare l'operatività delle strutture e a subordinare l'accesso al mercato al rispetto di vincoli di natura operativa e funzionale.

Con riguardo ai vincoli di natura operativa (art. 1, comma 2, della Delib. della Giunta Regionale n. 10/43 del 2013), si ritiene che la previsione di un periodo di inattività di sessanta giorni limiti l'autonoma definizione dell'offerta da parte delle strutture, comportando un'ingiustificata restrizione dell'offerta a danno delle dinamiche concorrenziali del settore e dei consumatori. Il carattere non necessario di tale limitazione si può inoltre desumere dal fatto che non è presente nelle discipline analoghe adottate da regioni ad alta vocazione turistica, quali ad esempio Veneto, Toscana³ e Lazio⁴.

La scelta del legislatore regionale di attribuire ai B&B una natura esclusivamente non imprenditoriale (art. 6 della L. R. n. 27/1998, nonché art. 1, commi 1, 2, 3 e 5 della Delib. della Giunta Regionale n. 10/43 del 2013) pone dei limiti ingiustificati all'esercizio dell'attività ricettiva dei titolari. Infatti, tali previsioni privano detti operatori della libertà di organizzare la propria attività economica nella forma ritenuta più adeguata alle proprie esigenze, potendo essi, allo stato, svolgere l'attività di B&B solo in forma non imprenditoriale e in via saltuaria e occasionale-stagionale.

L'imposizione del requisito dell'occasionalità, poi, costituisce un limite ingiustificato, in quanto viene così precluso a tali strutture di offrire l'attività ricettiva in via principale o esclusiva, privando anche in tal caso l'operatore della libertà di definire autonomamente come e in che misura organizzare la propria attività economica.

Per le medesime ragioni, si ritiene parimenti ingiustificato il divieto di offrire servizi accessori (art. 1, commi 3 e 5 della Delibera in oggetto)⁵. Ci si riferisce, ad esempio, alle modalità previste per i servizi di pulizia e cambio biancheria e, più in generale, al divieto di offrire servizi aggiuntivi a pagamento, quali quelli di *transfer*. Si tratta all'evidenza di elementi che contribuiscono a differenziare l'offerta e a orientare la scelta dei fruitori di tali servizi e, pertanto, dovrebbero essere liberamente determinati dall'operatore.

Con riferimento all'imposizione della portata ricettiva massima prevista dall'art. 6 della L. R. n. 27/1998, riguardante il numero massimo consentito di camere (3) e posti letto (6), si osserva che

³ Per il Veneto, si vedano la L.R. n. 11/2013, recante *“Sviluppo e sostenibilità del turismo veneto”* e la Delib. G.R. 31 marzo 2015, n. 419, *“Sviluppo e sostenibilità del turismo veneto. Requisiti, condizioni e criteri per la classificazione delle strutture ricettive complementari: alloggi turistici, case per vacanze, unità abitative ammobiliate ad uso turistico e bed & breakfast. Deliberazione n. 1/CR del 20 gennaio 2015”*; per la regione Toscana, si veda la L.R. n. 42/2002, recante *“Testo unico delle legge regionali in materia di turismo”*, modificata con L.R. n. 14/2005

⁴ Con riferimento alla Regione Lazio, si consideri, per altro, che l'imposizione di specifici periodi di chiusura - unitamente ad altri profili di criticità concorrenziali, è stata oggetto della richiamata segnalazione AS1239 e della successiva sentenza n. 6755/2016 del TAR Lazio, passata in giudicato, che ne ha previsto l'annullamento per la violazione degli artt. 49 e 56 TFUE, dei principi costituzionali di cui agli artt. 3, 41 e 117 della Costituzione, nonché degli artt. 10 e 11 del D.Lgs. n. 59/2010, dell'art. 3, comma 7, del D.L. n. 138/2011, dell'art. 34 del D.L. n. 201/2011 e dell'art. 1, commi 2 e 4, del D.L. n. 1/2012.

⁵ Sul punto, si veda la già citata segnalazione AS1380.

essa potrebbe comportare un'ingiustificata restrizione della concorrenza, in particolare della riduzione dell'offerta dei servizi. L'idea sottesa che i B&B siano necessariamente piccole strutture appare forzata, se si pensa che, ad esempio, alcune leggi regionali sono state modificate recentemente proprio per aumentarne la capacità ricettiva.

In conclusione, l'Autorità auspica che la Regione Autonoma Sardegna si adegui ai principi sopra esposti e operi una revisione della disciplina in esame in ottica proconcorrenziale, al fine di garantire – e non ostacolare indebitamente – una maggiore offerta dei servizi in questione a beneficio dell'utenza.

L'Autorità invita a comunicare, entro un termine di quarantacinque giorni dalla ricezione della presente segnalazione, le determinazioni assunte con riguardo alle criticità concorrenziali sopra evidenziate.

La presente segnalazione sarà pubblicata sul Bollettino di cui all'articolo 26 della legge n. 287/90.

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella

PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

IP278 - WHATSAPP-CLAUSOLE VESSATORIE

Provvedimento n. 26734

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 9 agosto 2017;

SENTITO il Relatore Prof. Michele Ainis;

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 comma 1 del medesimo articolo, 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., e ha disposto la pubblicazione per 20 giorni di un estratto del provvedimento (allegato alla delibera stessa) nella *home page* del proprio sito *web*;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

Con provvedimento n. 26596 dell'11 maggio 2017, l'Autorità ha accertato la vessatorietà, ai sensi degli artt. 33, commi 1 e 2, e 35, commi 1 e 2, 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.

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.

Alla luce di quanto precede, l’Autorità ha accertato la vessatorietà delle clausole sopra indicate nonché disposto, in relazione all’esigenza di informare compiutamente i consumatori, ai sensi dell’articolo 23, comma 8 del Regolamento, la pubblicazione per 20 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.

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.

Il citato provvedimento n. 26596 dell’11 maggio 2017 risulta comunicato al Professionista in data 12 maggio 2017.

Con comunicazione pervenuta il 14 luglio u.s., successivamente alla scadenza del termine (1 giugno 2017) dei 20 giorni decorrenti dalla data di notifica del provvedimento dell’Autorità al Professionista e a seguito delle richieste informazioni del 15 giugno e 4 luglio u.s., WhatsApp ha rappresentato di non avere disposto la 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 sospensione dello stesso*”.

Pertanto, alla data del 9 agosto 2017, risulta che la società non ha dato seguito all’ordine di pubblicazione disposto dall’Autorità.

Ricorrono, in conclusione, i presupposti per l’avvio del procedimento sanzionatorio previsto dall’art. 37 *bis*, comma 2 del Codice del Consumo volto all’irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro.

RITENUTO, pertanto, che i fatti accertati integrano una fattispecie di inottemperanza alla delibera dell’Autorità n. 26596 dell’11 maggio 2017, ai sensi dell’art. 37 *bis*, comma 2 del Codice del Consumo;

DELIBERA

a) di contestare alla società WhatsApp Inc. la violazione di cui all’art. 37 *bis*, comma 2, Codice del Consumo, per non aver ottemperato all’ordine di pubblicazione disposto con delibera dell’Autorità n. 26596 dell’11 maggio 2017;

b) l'avvio del procedimento per eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 37 *bis*, comma 2, Codice del Consumo per la violazione dell'ordine di pubblicazione;

c) che il responsabile del procedimento è la dottoressa Alessandra Cervone;

d) che può essere presa visione degli atti del procedimento presso la Direzione B della Direzione Generale Tutela del Consumatore dell'Autorità, dal legale rappresentante della società WhatsApp Inc. ovvero da persone da essa delegate;

e) che entro il termine di quaranta giorni dalla comunicazione del presente provvedimento, gli interessati possono far pervenire all'Autorità scritti difensivi e documenti, nonché richiedere di essere sentiti;

f) che il procedimento deve concludersi entro centoventi giorni dalla data di comunicazione del presente provvedimento.

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

IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Chieppa

f.f. IL PRESIDENTE
Gabriella Muscolo

CLAUSOLE VESSATORIE

CV157 - APP POKEMON GO

Provvedimento n. 26729

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 9 agosto 2017;

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);

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;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. **Niantic Inc.** (di seguito, Niantic), in qualità di professionista, ai sensi dell'art. 3 del Codice del Consumo, è una società con sede in California, Stati Uniti. La società sviluppa software e giochi per Smartphone di realtà aumentata¹ per utenti in tutto il mondo. In particolare, la società ha sviluppato il videogioco **Pokémon Go** per i sistemi operativi per dispositivi smartphone iOS e Android.

2. **Unione per la Difesa dei Consumatori (U.Di.Con.)**, in qualità di associazione segnalante.

II. LE CLAUSOLE OGGETTO DI VALUTAZIONE

3. Costituiscono oggetto di valutazione nell'ambito del presente procedimento, limitatamente ai rapporti contrattuali tra la società e i consumatori, le clausole di seguito trascritte, inserite nei Termini d'Uso (di seguito, TU) del videogioco **Pokémon Go**, attualmente vigenti², nella versione in lingua italiana pubblicata sul sito web del Professionista, nonché scaricata al momento della installazione della APP sullo *smartphone*. Le singole disposizioni contrattuali sono state accorpate in funzione dei profili di violazione indicati nel successivo paragrafo **IV** del presente provvedimento.

A. Responsabilità contrattuale

"L'uso dell'APP e dei servizi da parte dell'utente sono a suo proprio rischio. Nei limiti consentiti dalla legge applicabile, i servizi e il contenuto sono forniti "come sono" senza garanzie di alcun tipo. Senza limitare quanto sopra, Niantic, The Pokémon Company (TCP) e The Pokémon Company International (TCPI) esplicitamente declinano qualsiasi garanzia di commerciabilità, idoneità per un particolare scopo, godimento o non violazione, e qualsiasi garanzia derivante da

¹ Per realtà aumentata si intende l'arricchimento della percezione sensoriale mediante informazioni, generalmente elaborate elettronicamente, che non sarebbero percepibili con i cinque sensi.

² Rilevazioni del 13 e 14 dicembre 2016, cfr. docc. n. 2 e 3 del fascicolo istruttorio.

trattativa o consuetudine commerciale. Niantic, TPC e TPCI non garantiscono che i Servizi soddisfino le esigenze dell'Utente o siano disponibili ininterrottamente, sicuri o privi di errori, e non offrono alcuna garanzia per quanto riguarda la qualità, l'accuratezza, la tempestività, la veridicità, la completezza o l'affidabilità di qualsiasi Contenuto. [...]." (cfr. TU, **Esclusioni di garanzie**).

"Nei limiti consentiti dalla legge applicabile, né Niantic né TPC o TPCI o qualsiasi altra parte coinvolta nella creazione, produzione o consegna dei servizi o contenuto saranno responsabili per danni indiretti, accidentali, speciali, punitivi, esemplari o conseguenti, inclusi perdita di profitti, perdita di dati, dell'avviamento commerciale, interruzione del servizio, danni al computer, guasto del sistema o per il costo di servizi sostitutivi, derivanti da o in relazione ai presenti termini, oppure a seguito dell'uso o dell'incapacità di utilizzare i servizi o il contenuto, o da qualsiasi comunicazione, interazione o incontro con gli altri utenti dei servizi o con persone con le quali si interagisce o comunica come conseguenza dell'uso dei servizi, se in garanzia, per illecito contrattuale o extracontrattuale (anche in caso di negligenza), responsabilità per danni derivanti dal prodotto o qualsiasi altra dottrina giuridica, e indipendentemente dal fatto che Niantic, TPC o TPCI siano stati informati della possibilità di tali danni, anche se una riparazione disposta nei presenti termini non soddisfi il suo scopo essenziale. Alcuni paesi non consentono l'esclusione o la limitazione di responsabilità per danni conseguenti o accidentali, quindi la limitazione di responsabilità si applica nella misura massima consentita dalla legge nella giurisdizione applicabile. In nessun caso la responsabilità totale di Niantic, TPC o TPCI derivante da o in connessione con i presenti termini o dall'uso o incapacità di utilizzare i servizi o il contenuto supererà mille dollari (\$1000). Le esclusioni e le limitazioni dei danni di cui sopra sono principi fondamentali del contratto tra Niantic e l'utente" (cfr. TU, **Limitazione di responsabilità**).

"L'Utente manleverà e indennizzerà Niantic, TPC e TPCI nonché i rispettivi funzionari, direttori, dipendenti e agenti, da e contro qualsiasi rivendicazione, controversia, richiesta, responsabilità, danno, perdite e costi e spese, compresi, senza limitazioni, ragionevoli spese legali e contabili derivanti da o in qualsiasi modo connessi con (a) l'accesso o l'utilizzo dei Servizi o Contenuto, (b) il Contenuto dell'Utente o (c) la violazione dei presenti Termini" (cfr. TU, **Indennizzo**).

B. Cessazione del servizio

"Possiamo interrompere l'accesso e l'utilizzo dei Servizi, a nostra sola discrezione, in qualsiasi momento e senza preavviso. Possiamo chiudere l'Account dell'Utente in qualsiasi momento accedendo al Centro assistenza di Pokémon GO [...]. In caso di risoluzione, sospensione o cancellazione dei Servizi o dell'Account dell'Utente, le seguenti disposizioni dei presenti Termini conserveranno la propria efficacia: Notifica dell'arbitrato; Proprietà dei contenuti; Diritti concessi dall'Utente; Effetto della cessazione sugli Oggetti di scambio, sul Denaro virtuale e sui Beni virtuali; Feedback; Esclusione di garanzie; Indennizzo; Limitazione di responsabilità; Risoluzione di controversie; Termini generali; e la presente disposizione sulla Cessazione" (cfr. TU, **Cessazione**).

"Possiamo annullare, sospendere o chiudere l'Account e l'accesso dell'Utente agli Oggetti di scambio, al Denaro virtuale, ai Beni virtuali, al Contenuto o ai Servizi, a nostra esclusiva discrezione e senza preavviso, comprendendo i casi in cui (a) l'Account dell'Utente è inattivo (vale a dire, non utilizzato o non vi è stato effettuato alcun accesso) per un anno; (b) si violino i presenti Termini; (c) sospettiamo frodi o abusi da parte dell'Utente in relazione al Denaro virtuale, ai Beni virtuali o altro Contenuto; (d) sospettiamo che vi sia qualsiasi altra attività illegale associata all'Account dell'Utente; o (e) allo scopo di proteggere i Servizi, i nostri sistemi, l'App, uno qualsiasi dei nostri utenti o la reputazione di Niantic, TPC o TPCI. Non abbiamo alcun obbligo o

responsabilità nei confronti dell'Utente, né riceverà rimborsi o resi, per tutti gli Oggetti di scambio, il Denaro virtuale o Beni virtuali persi a causa di tale annullamento, sospensione o cessazione. L'Utente riconosce che Niantic non è tenuta a fornire un rimborso per qualsiasi motivo, e che egli non riceverà denaro o altra compensazione per Denaro virtuale e Beni virtuali non utilizzati quando il proprio Account è chiuso, se tale chiusura è stata volontaria o involontaria". (cfr. TU, **Effetti della cessazione sugli Oggetti di scambio, sul Denaro virtuale e sui Beni virtuali**).

C. Arbitrato e Legge applicabile

"Eccetto in caso di rinuncia o per specifici tipi di controversie descritti nella sezione "compromesso arbitrale" sottostante, l'utente concorda che le controversie di cui è parte insieme alla Niantic saranno risolte mediante un arbitrato individuale e vincolante e che rinuncia al proprio diritto a un processo con giuria o a partecipare come attore principale o membro di categoria in qualsiasi presunto procedimento rappresentativo o azione collettiva" (cfr. TU, **Notifica dell'Arbitrato**).

"I presenti Termini nonché qualsiasi azione ad essi connessa saranno regolati dalle leggi dello Stato della California, anche in caso di conflitti delle normative in vigore" (cfr. TU, **Legislazione vigente**).

"L'Utente e Niantic concordano che qualsiasi disputa, azione legale o controversia derivante da o relativa ai presenti Termini o alla violazione, alla rescissione, all'applicazione, all'interpretazione e alla validità dello stesso o l'utilizzo dei Servizi o Contenuto saranno risolte da un arbitrato vincolante [...]. Senza limitare la frase precedente, l'Utente avrà anche il diritto di ricorrere a ogni altra Controversia a mezzo di preavviso scritto attestante la propria intenzione consegnato a Niantic [...] entro trenta (30) giorni dalla data di accettazione dei presenti Termini (avviso denominato "Avviso di rinuncia all'arbitrato"). Se non si consegna a Niantic un Avviso di rinuncia all'arbitrato entro trenta (30) giorni, si riterrà di avere consapevolmente e deliberatamente rinunciato al proprio diritto di ricorrere a una Controversia [...]. La giurisdizione esclusiva e la sede di qualsiasi azione di protezione della proprietà intellettuale o, qualora Niantic abbia ricevuto tempestivamente un Avviso di rinuncia all'arbitrato, saranno i tribunali statali e federali situati nel distretto settentrionale della California e ciascuna delle parti in questione rinuncia a qualsiasi obiezione alla giurisdizione e sede in tali tribunali. A meno che Niantic non abbia ricevuto tempestivamente un Avviso di rinuncia all'arbitrato, l'Utente riconosce e concorda che, congiuntamente con Niantic, rinuncia al diritto a un processo con giuria o di partecipare come attore o membro di categoria in qualsiasi presunto procedimento rappresentativo o azione collettiva. [...]". (cfr. TU, **Compromesso arbitrale**).

III. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

a) L'iter del procedimento

4. Sulla base della segnalazione dell'associazione dei consumatori U.Di.Con.³, nonché delle informazioni acquisite d'ufficio ai fini dell'applicazione dell'art. 37-bis del Codice del Consumo⁴, in data 20 gennaio 2017 è stato avviato il procedimento istruttorio CV/157 APP *Pokémon Go* nei confronti della società Niantic Inc. per presunta vessatorietà di alcune clausole del modello

³ Doc. n. 1 del fascicolo istruttorio.

⁴ Docc. n. 2 e 3 del fascicolo istruttorio, cit..

contrattuale sottoposto all'accettazione dei consumatori⁵ che vogliono utilizzare il videogioco **Pokémon Go**.

5. Nella comunicazione di avvio del procedimento è stato rappresentato a Niantic che le clausole trascritte al punto II del presente provvedimento avrebbe potuto risultare vessatorie ai sensi dell'articolo 33, commi 1 e 2 lettere *b), d), g), t) e u)*, 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.

6. Contestualmente alla comunicazione di avvio del procedimento, ai sensi dell'articolo 12, comma 1, del Regolamento, veniva richiesta a Niantic una serie di informazioni in relazione ai profili di presunta vessatorietà rilevati (tra cui l'indicazione di elementi di prova atti a superare la presunzione di vessatorietà ai sensi dell'articolo 33, comma 1 e 2, del Codice del Consumo).

7. In data 15 febbraio 2017, dopo averne informato l'Autorità, è stato pubblicato per 30 giorni sul sito istituzionale dell'Autorità (www.agcm.it), ai sensi dell'articolo 37 *bis*, comma 1, del Codice del Consumo e dell'art. 23, comma 6, del Regolamento, un comunicato e le clausole contrattuali oggetto di contestazione ai fini della consultazione pubblica in materia di clausole vessatorie. La consultazione pubblica si è conclusa in data 17 marzo 2017. Hanno partecipato alla consultazione pubblica, inviando le proprie osservazioni scritte, le associazioni dei consumatori Codacons⁶, Adiconsum⁷ e U.Di.Con. Unione per la Difesa dei Consumatori⁸.

8. Niantic ha avuto accesso agli atti del procedimento ed estratto copia dei documenti acquisiti al fascicolo in data 20 marzo 2017.

9. Con comunicazione pervenuta in data 14 aprile 2017, Niantic ha risposto alla richiesta di informazioni contenuta nella comunicazione di avvio.

10. In data 6 giugno 2017, si è svolta un'audizione con i rappresentanti del Professionista.

11. In data 23 giugno 2017 è pervenuta una memoria di Niantic in cui il professionista ha comunicato una nuova versione delle clausole oggetto di esame. Le clausole modificate, qualora sia reputato non sussistano elementi di illiceità, verranno implementate nei Termini d'Uso del videogioco Pokémon Go entro 30 giorni dalla comunicazione dell'Autorità di chiusura del procedimento.

12. In data 28 giugno 2017, è stata comunicata a Niantic, nonché all'associazione U.Di.Con. Unione per la Difesa dei Consumatori in qualità di parte del procedimento, la data di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'articolo 16, comma 1, del Regolamento.

13. In data 14 luglio 2017, è pervenuta una memoria conclusiva dell'associazione U.Di.Con..

14. In data 19 luglio 2017, è pervenuta la memoria difensiva conclusiva di Niantic.

b) Gli esiti della consultazione sul sito internet dell'Autorità

15. Nell'ambito della consultazione di cui all'articolo 37 *bis*, comma 1, del Codice del Consumo, le associazioni di consumatori Codacons (in data 15 marzo 2017), Adiconsum e U.Di.Con. Unione

⁵ In base a quanto indicato nei Termini d'uso nella sezione **Accettazione dei Termini** si legge: *“Utilizzando i nostri servizi, l'Utente accetta i presenti Termini, le nostre Linee guida della comunità e la nostra informativa sulla privacy. Qualora l'Utente sia un genitore o un tutore legale di un bambino di età inferiore a 13 anni, accetta i presenti Termini per conto di se stesso e del proprio figlio/i che sono autorizzati ad utilizzare i Servizi ai sensi dei presenti Termini e della nostra Informativa sulla Privacy. Qualora l'Utente non accetti i presenti Termini, le nostre Linee guida della comunità e la nostra Informativa sulla privacy, non deve usare i servizi”*, doc. n. 2 cit..

⁶ Doc. n. 12 del fascicolo istruttorio.

⁷ Doc. n. 15 del fascicolo istruttorio.

⁸ Doc. n. 16 del fascicolo istruttorio.

per la Difesa dei Consumatori (entrambe in data 17 marzo) hanno inviato un proprio contributo alla consultazione. Tutte e tre le associazioni hanno rilevato la possibile vessatorietà delle clausole oggetto del procedimento.

16. Con riferimento, in particolare, alle clausole **Esclusioni di garanzie, Limitazione di responsabilità e Indennizzo**, le associazioni osservano che, in primo luogo, tali clausole prevedono una totale esclusione per il Professionista dell'obbligo di garantire le caratteristiche e la qualità del prodotto offerto, in secondo luogo, la loro formulazione limita fortemente la responsabilità del professionista, stabilendo che il lo stesso non possa mai essere ritenuto responsabile per i danni cagionati nel corso delle forniture del servizio. Tali clausole sono, pertanto, contrarie al disposto di cui all'art. 33, comma 2, lettere a) e b) del Codice del Consumo.

17. Con riferimento alle clausole **Cessazione e Effetti della cessazione sugli Oggetti di scambio, sul Denaro virtuale e sui Beni virtuali**, le associazioni osservano che esse prevedono la possibilità di sospendere il servizio a mero arbitrio del Professionista, senza prevedere che l'utente debba essere in nessun modo preavvisato della sospensione e/o definitiva interruzione del servizio. Tali clausole prevedono in buona sostanza che il Professionista possa interrompere il servizio a suo arbitrio e senza preavvisare il Consumatore e non prevedono, in contrasto con l'art. 33, comma 1 e 2, lettere b) e d) del Codice del Consumo, alcun strumento a disposizione dell'utente per contrastare il comportamento arbitrariamente ed unilateralmente posto in essere dal professionista.

18. Con riferimento, infine, alle clausole **Notifica dell'Arbitrato, Compromesso arbitrale e Legislazione vigente**, le associazioni osservano che le clausole concernenti l'Arbitrato prevedono come unico strumento per risolvere le controversie insorte tra consumatore e Professionista quello dell'arbitrato *vincolante* salvo che il Consumatore invii entro 30 giorni dall'accettazione dei Termini d'uso un "*avviso di rinuncia all'arbitrato vincolante*"; nel caso di mancata rinuncia formalizzata nei termini di cui sopra, le associazioni sottolineano che l'utente è di fatto privato, di ogni potere di agire presso le competenti sedi giudiziarie al fine di tutelare i propri interessi. Le clausole risultano pertanto vessatorie ai sensi dell'art. 33, comma 2, lettera t), del Codice del Consumo. Infine, l'Adiconsum sottolinea che la clausola **Legislazione vigente** prevede che qualsiasi controversia collegata all'applicazione di quanto contenuto nei Termini d'Uso sia regolato dalla "legge dello Stato della California" aggiungendo a quanto sopra un ulteriore profilo di vessatorietà: quello di prevedere un foro di competenza per la risoluzione delle controversie diverso da quello di residenza o di elezione di domicilio del consumatore ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. u), del Codice del Consumo.

c) Le argomentazioni svolte da Niantic e gli elementi forniti nel corso del procedimento

19. Con memorie pervenute in data 14 aprile 2017, 23 giugno 2017 Niantic ha avanzato le seguenti principali argomentazioni difensive.

Sulle questioni preliminari

20. Niantic sottolinea che l'applicazione Pokémon GO è stata lanciata ed è fruibile in numerosi Paesi nel mondo. Per garantire uniformità di trattamento ai propri utenti, Niantic ha in buona fede inteso adottare una sola versione dei Termini d'Uso in tutti i Paesi in cui il gioco è accessibile agli utenti, assoggettandola alle leggi dello Stato della California, ma accertandosi di fare salve le norme di applicazione necessaria di ogni nazione in cui si trovano a operare gli utenti del proprio servizio di gioco.

21. Niantic, inoltre, sottolinea che l'art. 33, comma 1, del Codice del Consumo non troverebbe applicazione al caso concreto, in quanto i Termini d'Uso non determinano alcuno squilibrio significativo tra la posizione contrattuale del consumatore e quella del professionista. Nella

valutazione circa l'intollerabilità dello squilibrio occorre infatti considerare anche il prezzo del bene o servizio oggetto della prestazione. Nel caso di specie, l'applicazione Pokémon GO viene scaricata ed è utilizzabile dagli utenti gratuitamente, a differenza della gran parte delle applicazioni per dispositivi mobili analoghe a Pokémon Go che richiedono agli utenti di sostenere dei costi per l'utilizzo e per il raggiungimento dei più alti livelli di gioco. Secondo Niantic a fronte della gratuità dell'applicazione, e in ogni caso della esiguità degli importi liberamente pagabili dagli utenti per l'acquisto di moneta virtuale, non è possibile ritenere che i Termini d'Uso stabiliscano oneri sproporzionati in capo ai consumatori rispetto ai diritti che sono loro concessi.

Sulle clausole oggetto dell'istruttoria

22. Esclusioni di garanzie. Niantic sostiene che tale clausola ha lo scopo di informare gli utenti che l'applicazione e la loro esperienza di gioco potranno essere temporaneamente interrotte da malfunzionamenti della rete mobile, non imputabili a Niantic, ovvero da *bug* e difetti minori che colpiscano il software di gioco. In sostanza la clausola avrebbe lo scopo di fornire agli utenti adeguate aspettative rispetto all'applicazione e alle sue funzionalità.

23. Limitazioni di responsabilità. Niantic sostiene che tale clausola ha lo scopo di proteggere il professionista da pretese degli utenti per danni cagionati da terze parti con cui abbiano interagito tramite l'Applicazione. Poiché l'Applicazione è pensata per essere utilizzata all'aperto, tale clausola consentirebbe di proteggere Niantic da pretese e contestazioni che abbiano come causa proprio l'interazione degli utenti con altri giocatori nel mondo reale durante l'utilizzo dell'Applicazione. Questa clausola avrebbe altresì lo scopo di tutelare Niantic da contestazioni degli utenti che discendano dalla loro incapacità di utilizzare l'Applicazione per fatto a loro imputabile o a imprevedibili malfunzionamenti di natura tecnica.

24. Indennizzo. Secondo Niantic tale clausola, prevedendo un obbligo di indennizzo a carico dell'utente in presenza di utilizzi abusivi dell'Applicazione da parte dell'utente medesimo, avrebbe lo scopo di disincentivare gli utenti dal porre in essere condotte illecite tramite l'Applicazione o comunque durante il suo utilizzo, quali per esempio violazioni della proprietà privata o violazioni del codice della strada per uso del telefono cellulare durante la guida. La clausola ha lo scopo, altresì, di proteggere il professionista nella misura in cui quest'ultimo debba difendersi da azioni fondate sull'utilizzo abusivo dell'Applicazione da parte dei giocatori.

25. Niantic sottolinea, inoltre, che le tre clausole **Esclusioni di garanzie, Limitazioni di responsabilità e Indennizzo**, oltre alle argomentazioni sopraesposte, sarebbero legittime in quanto espressamente subordinate al rispetto della legge applicabile.

26. Cessazione. Con riferimento a tale clausola Niantic osserva che la sua formulazione è frutto di un mero errore di traduzione che non era stato ancora rilevato. Infatti, la versione in lingua inglese dei Termini d'Uso (al pari delle altre versioni in altre lingue), nella versione tradotta e inviata dal professionista, recita nei seguenti termini: *“Possiamo interrompere l'accesso e l'utilizzo dei Servizi, a nostra sola discrezione, in qualsiasi momento e senza preavviso. L'Utente potrà chiudere il proprio Account in qualsiasi momento accedendo al Centro assistenza di Pokémon GO, disponibile all'indirizzo <https://pokemongo.nianticlabs.com/support/delete/it>”*. Il professionista sostiene d'altra parte che se la clausola fosse riferita al solo diritto di Niantic di chiudere l'account, l'indicazione del *link* a cui accedere per la disattivazione dell'account sarebbe stata del tutto contraddittoria. Niantic, nel sottolineare che l'errore presente nei Termini d'Uso in lingua italiana verrà prontamente corretto, osserva tuttavia che lo scopo della clausola è quello di garantire al professionista la possibilità di disattivare o sospendere un account in presenza di attività illecite che compromettano l'esperienza di gioco di altri utenti o che danneggino la stessa Niantic.

27. Effetti della cessazione sugli Oggetti di scambio, sul Denaro virtuale e sui Beni virtuali.

Secondo il professionista, tale clausola non ricadrebbe nell'ambito di applicazione dell'art. 33, comma 2, lett. g), del Codice del Consumo, in quanto essa disciplinerebbe i casi di risoluzione di Niantic in conseguenza di violazioni dei Termini d'Uso o di norme di legge da parte di un utente. Lo scopo della clausola è quello di garantire un'esperienza sicura e positiva sull'Applicazione a tutta la comunità degli utenti di Pokémon GO, evitando che sia danneggiata da condotte illecite di altri giocatori. Infatti, tra le ipotesi in cui Niantic si riserva il diritto di annullare, sospendere o chiudere gli account e gli accessi a Beni Virtuali, Contenuto e Servizi, vi sono proprio i casi di utilizzo abusivo dell'Applicazione e di commissione di frodi o altre attività illecite da parte di utenti. La clausola in esame, inoltre, non si applicherebbe ai casi di recesso libero dal contratto.

28. Notifica dell'Arbitrato e Compromesso arbitrale. Niantic precisa di avere inserito le clausole in esame allo scopo di sottoporre le controversie con gli utenti dell'Applicazione a un unico sistema di risoluzione delle liti e in ultima istanza per garantire un uniforme trattamento dei propri utenti. Niantic ritiene, in ogni caso, che la clausola in esame non abbia carattere vessatorio. Infatti, essa concede all'utente dell'applicazione la facoltà di scegliere liberamente tra l'arbitrato e un procedimento ordinario in un termine congruo (trenta giorni) decorrente dalla data di accettazione dei Termini. I Termini d'Uso prevedono inoltre alcune ipotesi in cui le disposizioni sull'arbitrato non trovano comunque applicazione, e in particolare i casi di azioni di fronte al giudice di pace e di procedimenti in materia di diritti di proprietà intellettuale. Secondo il professionista, queste due esclusioni, vista la gratuità dell'applicazione e la probabilità che le azioni civili potenzialmente esperibili contro Niantic siano rimesse proprio alla competenza del giudice di pace, avrebbero carattere rilevante.

29. Legislazione vigente. Quanto alla legge applicabile ai Termini d'Uso, il professionista ha sottolineato che le numerose riserve a favore della legge diversamente applicabile (eventualmente anche quella italiana) inserite nel corpo dell'accordo, rimuovrebbero ogni carattere di vessatorietà alle clausole dei Termini d'Uso. Quanto invece alla scelta del foro delle corti del Distretto settentrionale della California, il professionista ribadisce che i Termini d'Uso riconoscono al consumatore la possibilità di adire il giudice di pace e in questo caso troverebbero applicazione le norme di procedura italiane (incluse evidentemente anche quelle relative alla competenza). Inoltre, le numerose eccezioni a favore della legge applicabile previste farebbero evidentemente salve le disposizioni inderogabili in materia di competenza previste dalla legge italiana.

30. In data 23 giugno 2017, la società Niantic Inc., in un'ottica di cooperazione con l'Autorità e di continuo miglioramento del proprio servizio, ha comunicato una nuova versione delle clausole oggetto di esame nei termini di seguito indicati:

Esclusioni di garanzie: *“Niantic, The Pokémon Company (TCP) e The Pokémon Company International (TCPI) non garantiscono che i servizi soddisfino le esigenze dell'utente o siano disponibili ininterrottamente, o privi di errori, e non offrono alcuna garanzia per quanto riguarda la qualità, l'accuratezza, la tempestività, la veridicità o la completezza di qualsiasi Contenuto. Nei limiti consentiti dalla legge applicabile, Niantic, TPC e TPCI non saranno responsabili delle condotte abusive di terze parti che utilizzano i servizi e delle interazioni degli utenti con tali terze parti”;*

Limitazione di responsabilità: clausola interamente rimossa;

Indennizzo: *“L'Utente manleverà e indennizzerà Niantic e i suoi ausiliari da e contro qualsiasi rivendicazione, controversia, richiesta, responsabilità, danno, perdite e costi e spese derivanti da o in qualsiasi modo connessi con la violazione per dolo o colpa grave dei presenti Termini da parte dell'utente.”*

Cessazione: “L’utente potrà in qualsiasi momento smettere di giocare al gioco e potrà cancellare il suo Account in qualsiasi momento accedendo al Centro assistenza di Pokémon GO, disponibile all’indirizzo <https://pokemongo.nianticlabs.com/support/delete/it>. In base alla gravità della violazione, possiamo sospendere l’Account dell’Utente nelle seguenti ipotesi: (a) in caso di violazioni dei presenti Termini; (b) se abbiamo elementi che ci spingono a ritenere che l’utente abbia commesso una frode o abbia utilizzato in modo improprio gli Oggetti di scambio, la Moneta virtuale, i Beni virtuali, o qualsiasi altro contenuto; oppure (c) se abbiamo elementi che ci spingono a ritenere che l’utente abbia posto in essere altre attività non consentite o illecite tramite il proprio Account. Ogni eventuale sospensione sarà revocata laddove la causa che ha determinato la sospensione sia stata rimossa. Restano ferme le ipotesi in cui, ai sensi della legge applicabile, Niantic potrà risolvere i presenti Termini.”;

Effetti della cessazione sugli Oggetti di scambio, sul Denaro virtuale e sui Beni virtuali: clausola interamente rimossa;

Notifica dell’Arbitrato: clausola interamente rimossa;

Compromesso arbitrale: clausola interamente rimossa;

Legislazione vigente: “I presenti Termini nonché qualsiasi azione ad essi connessa saranno regolati dalle leggi dello Stato della California. Resta tuttavia inteso che l’utente, in quanto consumatore, potrà beneficiare dell’applicazione delle norme di applicazione necessaria e delle disposizioni a tutela dei consumatori previste dalla legge italiana, che prevarranno in caso di contrasto.”;

Foro competente (clausola originariamente non presente e aggiunta): “Ogni e qualsiasi controversia derivante dai, o comunque connessa ai, presenti Termini sarà soggetta alla giurisdizione esclusiva delle Corti del luogo in cui l’utente ha la propria residenza o domicilio elettivo”.

31. Con comunicazione del 27 giugno 2017, il professionista ha fatto presente che le clausole così modificate verranno implementate nei Termini d’uso del videogioco Pokémon Go entro 30 giorni dall’eventuale riscontro positivo da parte dell’Autorità.

IV. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

32. In via preliminare, con riferimento alle affermazioni della Parte sulla gratuità dell’applicazione, si osserva che, ai fini della qualificazione come contrattuale del rapporto che si instaura tra Niantic e il consumatore e della valutazione dei profili di vessatorietà delle relative clausole, ai sensi del Codice del Consumo, non assume rilievo che la prestazione dei servizi sia erogata in assenza di corrispettivo monetario. Peraltro, l’applicazione non è completamente gratuita nel caso in cui l’utente voglia acquistare beni e oggetti virtuali da utilizzare nel gioco.

33. Sul punto, in ogni caso, giova 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 consumatore⁹ che in sede di valutazione delle concentrazioni

⁹ 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 businesses, regardless of whether they involve monetary consideration, including contracts where consumer generated content and profiling represent the counter-performance alternative to money”;

ii) “Orientamenti per l’attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali”, ove si legge che “[i] dati personali, le preferenze dei consumatori e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore

tra imprese¹⁰, valore economico idoneo, dunque, a configurare l'esistenza di un rapporto di consumo tra il Professionista e l'utente¹¹.

34. Si osserva inoltre che, come ribadito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in recenti pronunce¹², 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”*.

35. Le valutazioni che seguono hanno ad oggetto le clausole indicate al punto II del presente provvedimento. In sede di avvio del procedimento è stato comunicato a Niantic che, per le clausole considerate in violazione delle previsioni dell'elenco di cui all'articolo 33, comma 2, del Codice del Consumo, è prevista una presunzione legale di vessatorietà, il che comporta l'onere di fornire elementi tali da costituire prova contraria di detta presunzione. Verranno valutate, infine, le modifiche alle clausole che Niantic intende attuare secondo quanto prospettato nel corso del procedimento, in particolare con memoria pervenuta in data 23 giugno 2017.

a) Responsabilità contrattuale

36. Le clausole in esame di cui al paragrafo II, A) del presente provvedimento (**“Esclusioni di garanzie”, “Limitazione di responsabilità”, “Indennizzo”**), risultano in violazione dell'art. **33, commi 1 e 2, lett. b)**, del Codice del Consumo¹³, in quanto prevedono esclusioni di garanzia e limitazioni di responsabilità in capo a Niantic molto ampie e generiche.

37. Il Professionista declina, in particolare, ogni responsabilità derivante dall'utilizzo dell'applicazione e dei servizi, incluse le responsabilità che potrebbero derivare da un proprio inadempimento in quanto, ad esempio, collegate ad un cattivo funzionamento della piattaforma o alla sicurezza della medesima.

38. L'esclusione di responsabilità si applica anche nell'ipotesi in cui il Professionista sia a conoscenza dell'eventualità del verificarsi di un danno per il consumatore derivante da un proprio inadempimento e abbia, quindi, la possibilità di attivarsi in via preventiva per evitarlo. L'utente,

economico de facto e vengono venduti a terzi.”;

iii) 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).

¹⁰ 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.

¹¹ 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. Nello stesso paragrafo 5.2.9, la Commissione evidenzia che *“le autorità nazionali 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”*.

¹² 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).

¹³ Art. 33, comma 2, lett. b), Codice del Consumo, 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”*.

anche in caso di inerzia o negligenza del Professionista, risulterebbe, dunque, impossibilitato a far valere ogni suo diritto nei confronti del medesimo.

39. Ai fini dell'equilibrio tra gli interessi delle parti, il Professionista non deve rispondere per i danni cagionati dalle azioni od omissioni che dipendono dalla condotta dolosa o colposa 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.

40. Tali clausole sono pertanto idonee a determinare a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. Alla luce delle considerazioni, svolte le clausole in esame risultano vessatorie ai sensi dell'art. 33, comma 1e 2, lett. b), del Codice del Consumo.

b) Cessazione del servizio

41. Le clausole in esame di cui al paragrafo II, B) del presente provvedimento stabiliscono il diritto esercitabile dal Professionista, a sua sola discrezione, di interrompere l'accesso e l'utilizzo dei servizi in qualsiasi momento e senza preavviso, nonché il diritto di chiudere l'Account dell'Utente in qualsiasi momento ("**Cessazione**") e la possibilità (**Effetti della cessazione sugli Oggetti di scambio, sul Denaro virtuale e sui Beni virtuali**) di annullare, sospendere o chiudere l'Account e l'accesso dell'Utente agli Oggetti di scambio, al Denaro virtuale, ai Beni virtuali, al Contenuto o ai Servizi, a esclusiva discrezione del professionista e senza preavviso.

La formulazione delle clausole conferisce, dunque, una discrezionalità molto ampia al Professionista, non consentendo altresì all'utente di conoscere le ragioni della cessazione e/o sospensione del servizio.

42. Se da un lato le 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, così come nel caso di adeguamenti della piattaforma derivanti dall'evoluzione tecnologica o da necessità connesse alla sicurezza dei sistemi, possono ritenersi ammissibili, crea tuttavia squilibrio a danno del consumatore 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)**, del Codice del Consumo¹⁴. Le possibili cause delle eventuali interruzioni andrebbero specificate e circoscritte, nel contratto, al fine di eliminare la discrezionalità eccessivamente ampia di cui gode attualmente Niantic.

43. La clausola riportata *sub* par. II, B) ("**Cessazione**"), nella parte in cui stabilisce il diritto esercitabile dal Professionista di risolvere/recedere il contratto, senza prevedere un analogo diritto per il consumatore attraverso la cancellazione dell'account, risulta in violazione dell'art. **33, commi 1 e 2, lett. g)**, del Codice del Consumo¹⁵.

¹⁴ Art. 33, comma 2, lett. d), Codice del Consumo, 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*".

¹⁵ Art. 33, comma 2, lett. g), Codice del Consumo, 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, nonché consentire al professionista di trattenere anche solo in parte la somma versata dal consumatore a titolo di corrispettivo per prestazioni non ancora adempiute, quando sia il professionista a recedere dal contratto*".

44. Allo stesso modo la clausola *sub par. II, B)* (**Effetti della cessazione sugli Oggetti di scambio, sul Denaro virtuale e sui Beni virtuali**) nella parte in cui stabilisce che il professionista non ha alcun obbligo o responsabilità nei confronti dell'utente, né l'utente riceverà rimborsi o resi, per tutti gli Oggetti di scambio, il Denaro virtuale o i Beni virtuali persi a causa dell'annullamento, sospensione o cessazione dell'account dell'Utente, ovvero che l'Utente riconosce che Niantic non è tenuta a fornire un rimborso per qualsiasi motivo, e che egli non riceverà denaro o altra compensazione per Denaro virtuale e Beni virtuali non utilizzati quando il proprio Account è chiuso, risulta in violazione dell'art. **33, commi 1 e 2, lett. g)**, del Codice del Consumo, dal momento che consente al professionista, nel caso in cui decida di recedere dal contratto, di trattenere le somme versate. In particolare, ciò che determina a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, è la circostanza che non sia prevista alcuna forma di rimborso per coloro che hanno acquistato Oggetti di scambio, Denaro virtuale o Beni virtuali che vengono persi o non utilizzati a causa dell'unilaterale annullamento, sospensione o cessazione dell'account dell'Utente da parte del professionista.

c) Arbitrato e Legge applicabile

45. Le clausole riportate *sub par. II, C)* (**“Notifica dell'Arbitrato”, “Compromesso arbitrale” e “Legislazione vigente”**), risultano in violazione dell'art. **33, commi 1 e 2, lett. t) ed u)**, del Codice del Consumo¹⁶ in quanto stabiliscono che, ad eccezione di una specifica rinuncia dell'utente all'arbitro notificata al professionista entro 30 giorni, in caso di ricorso al Giudice di Pace, nonché in caso di azioni a protezione della proprietà intellettuale, l'utente concorda nel devolvere le controversie di cui è parte insieme alla Niantic ad un arbitrato individuale e vincolante e rinuncia al proprio diritto a un processo con giuria o a partecipare come attore principale o membro di categoria in qualsiasi presunto procedimento rappresentativo o azione collettiva. Le clausole individuano, quali unici fori competenti per la risoluzione delle controversie, in caso di una specifica rinuncia dell'utente a devolvere le controversie all'arbitro notificata al professionista entro 30 giorni, i tribunali statali e federali situati nel distretto settentrionale della California, nonché stabiliscono che ciascuna delle parti in questione rinuncia a qualsiasi obiezione alla giurisdizione e sede in tali tribunali. Infine, la clausola **“Legislazione vigente”**, individua quale legge applicabile ai Termini d'Uso quella dello Stato della California, anche in caso di conflitti delle normative in vigore. Il combinato disposto di tali disposizioni priva, di fatto, l'utente italiano di Pokémon Go della concreta possibilità di ricorrere alla tutela giudiziaria nonché dell'applicazione delle norme del Codice del Consumo a lui più favorevoli.

46. Da un lato l'utente è sottoposto ad uno specifico termine di decadenza (30 giorni), decorso il quale le controversie di cui è parte insieme a Niantic saranno risolte mediante un arbitrato individuale e vincolante, rinunciando al proprio diritto a un processo o a partecipare come attore principale o membro di categoria in qualsiasi procedimento rappresentativo o azione collettiva. La rinuncia all'arbitrato individuale, inoltre, comporta un gravoso onere a carico del consumatore che non desidera aderire, con la previsione di una comunicazione scritta, attestante la propria intenzione, da consegnare a Niantic entro 30 giorni dall'accettazione dei Termini d'Uso.

¹⁶ Art. 33, comma 2, lett. t), Codice del Consumo, a tenore del quale si presumono vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: “sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'Autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi”; Art. 33, comma 2, lett. u), Codice del Consumo, 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”.

47. D'altro lato, in caso di rinuncia all'arbitrato, le clausole individuano quale legge applicabile al contratto e alle controversie quella dello Stato della California, anche in caso di conflitti delle normative in vigore, 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, in violazione dell'art. 33, comma 2, lett. u), Codice del Consumo, e la conseguente applicazione del corrispondente diritto processuale anche in caso di contrasto con le norme del Codice del Consumo.

48. Niantic, infine, ha rappresentato con comunicazione del 23 giugno 2017 di voler adottare una nuova versione delle clausole in esame che, alla luce delle modifiche introdotte e delle peculiarità del caso di specie, rimuovono i profili di vessatorietà oggetto del presente procedimento. Il professionista, infatti, ha comunicato di voler rimuovere interamente le clausole “**Limitazione di responsabilità**”, “**Notifica dell'Arbitrato**”, “**Compromesso arbitrale**” e “**Effetti della cessazione sugli Oggetti di scambio, sul Denaro virtuale e sui Beni virtuali**” eliminando pertanto in radice i relativi profili di vessatorietà sopra individuati. Con riferimento alla clausola “**Esclusioni di garanzie**”, la nuova versione elimina ogni esclusione di garanzia con riferimento alla sicurezza e all'affidabilità dei contenuti dell'applicazione e stabilisce unicamente un'esclusione di responsabilità con riferimento alle condotte abusive di terze parti che utilizzano i servizi e delle interazioni degli utenti con tali terze parti. Analogamente, la nuova versione della clausola “**Indennizzo**”, prevede una limitazione contro “*rivendicazione, controversia, richiesta, responsabilità, danno, perdite e costi e spese*” nei confronti di Niantic soltanto nel caso in cui essi derivino o siano connessi con la violazione per dolo o colpa grave dei Termini d'Uso da parte dell'utente. Per quanto riguarda la clausola “**Cessazione**”, la nuova formulazione riporta le ipotesi in cui il professionista può sospendere l'account dell'utente eliminando l'illimitata discrezionalità della precedente versione, introducendo anche la previsione che l'eventuale sospensione sarà revocata laddove la causa che ha determinato la sospensione sia stata rimossa.

49. Per quanto riguarda, infine, la clausola “**Legislazione vigente**”, la stessa viene riformulata eliminando l'esclusiva prevalenza della legge dello Stato della California, anche in caso di conflitti tra le norme in vigore, chiarendo che l'utente, in quanto consumatore, potrà beneficiare delle disposizioni di applicazione necessaria e delle norme a tutela dei consumatori previste dalla legge italiana che prevarranno in caso di contrasto. Inoltre, viene introdotta una clausola prima non presente concernente il “**Foro competente**” che riconosce chiaramente che ogni controversia riguardante i Termini d'Uso dell'applicazione è soggetta alla giurisdizione delle Corti in cui l'utente ha la propria residenza o domicilio. A questo si aggiunga, come sopra sottolineato, la rimozione delle clausole “**Notifica dell'Arbitrato**” e “**Compromesso arbitrale**” concernenti l'arbitrato obbligatorio e vincolante.

Le modifiche così introdotte, complessivamente considerate, alla luce delle peculiarità del caso di specie, risultano idonee a rimuovere i profili di vessatorietà individuati al paragrafo IV lett. C) del presente provvedimento.

50. Ciò posto, la nuova versione delle clausole di cui al punto 30 del presente provvedimento, non integra una fattispecie di clausole vessatorie ai sensi dell'articolo 33, commi 1 e 2, lettere *b)*, *d)*, *g)*, *t)*, *u)*, del Codice del Consumo.

RITENUTO che per le clausole descritte al punto II, *sub A)*, *B)* e *C)*, 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, in particolare, sulla base delle considerazioni suesposte, che le clausole descritte al punto II del presente provvedimento, sono vessatorie ai sensi dell'articolo 33, comma 1 e 2, lettere b), d), g), t) e u), del Codice del Consumo;

RITENUTO che ai sensi dell'articolo 37 bis, comma 2, del Codice del Consumo e dell'articolo 23, comma 8 del Regolamento, 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 su quello della Parte;

RITENUTO congrua la durata della predetta pubblicazione pari a trenta giorni e che non sussistono particolari elementi di fatto e di diritto per disporre ulteriori misure di informazione dei consumatori;

DELIBERA

a) che le clausole descritte al punto II, A), del presente provvedimento, integrano una fattispecie di clausola vessatoria ai sensi dell'art. 33, comma 1 e 2, lett. b), del Codice del Consumo per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione;

b) che le clausole descritte al punto II, B), del presente provvedimento, integrano una fattispecie di clausola vessatoria ai sensi dell'art. 33, comma 1 e 2, lett. d) e g), del Codice del Consumo per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione;

c) che le clausole descritte al punto II, C) del presente provvedimento, integrano una fattispecie di clausola vessatoria ai sensi dell'art. 33, comma 1 e 2, lett. t) e u), del Codice del Consumo per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione;

DISPONE

a) che la società Niantic Inc. pubblichi, a sua cura e spese, un estratto del provvedimento ai sensi dell'articolo 37 bis del Codice del Consumo e dell'articolo 21, comma 8, del Nuovo 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 **trenta giorni consecutivi** sulla *home page* del sito www.pokemongo.com/it-it, versione italiana, con adeguata evidenza grafica e in una posizione della pagina web che non richieda al consumatore di scorrerla, **entro trenta giorni** dalla comunicazione dell'adozione del presente provvedimento;

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.pokemongo.com/it-it, 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.

L'estratto del provvedimento è altresì pubblicato, entro venti giorni dalla comunicazione della sua adozione, in apposita sezione del sito *internet* istituzionale dell'Autorità.

IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Chieppa

f.f. IL PRESIDENTE
Gabriella Muscolo

CV157 - APP POKEMON GO

Allegato al provvedimento n. 26729

Allegato al provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 9 agosto 2017 in materia di tutela amministrativa contro le clausole vessatorie *ex* articolo 37 *bis* del Codice del Consumo.

In data 20 gennaio 2017 è stato avviato il procedimento CV157 – APP Pokémon Go, nei confronti della società Niantic Inc. per presunta vessatorietà di alcune clausole del modello contrattuale sottoposto all'accettazione dei consumatori che vogliono utilizzare il videogioco **Pokémon Go**.

[OMISSIS]

Costituiscono oggetto di valutazione limitatamente ai rapporti contrattuali tra la società e i consumatori, le clausole, di seguito trascritte, inserite nei Termini d'Uso (di seguito, anche TU) del videogioco **Pokémon Go**, attualmente vigenti, nella versione in lingua italiana pubblicata sul sito web del Professionista, nonché scaricata al momento della installazione della APP sullo *smartphone*.

A. Responsabilità contrattuale

“L'uso dell'APP e dei servizi da parte dell'utente sono a suo proprio rischio. Nei limiti consentiti dalla legge applicabile, i servizi e il contenuto sono forniti "come sono" senza garanzie di alcun tipo. Senza limitare quanto sopra, Niantic, The Pokémon Company (TCP) e The Pokémon Company International (TCPI) esplicitamente declinano qualsiasi garanzia di commerciabilità, idoneità per un particolare scopo, godimento o non violazione, e qualsiasi garanzia derivante da trattativa o consuetudine commerciale. Niantic, TPC e TPCI non garantiscono che i Servizi soddisfino le esigenze dell'Utente o siano disponibili ininterrottamente, sicuri o privi di errori, e non offrono alcuna garanzia per quanto riguarda la qualità, l'accuratezza, la tempestività, la veridicità, la completezza o l'affidabilità di qualsiasi Contenuto. [...]” (cfr. TU, **Esclusioni di garanzie**).

“Nei limiti consentiti dalla legge applicabile, né Niantic né TPC o TPCI o qualsiasi altra parte coinvolta nella creazione, produzione o consegna dei servizi o contenuto saranno responsabili per danni indiretti, accidentali, speciali, punitivi, esemplari o conseguenti, inclusi perdita di profitti, perdita di dati, dell'avviamento commerciale, interruzione del servizio, danni al computer, guasto del sistema o per il costo di servizi sostitutivi, derivanti da o in relazione ai presenti termini, oppure a seguito dell'uso o dell'incapacità di utilizzare i servizi o il contenuto, o da qualsiasi comunicazione, interazione o incontro con gli altri utenti dei servizi o con persone con le quali si interagisce o comunica come conseguenza dell'uso dei servizi, se in garanzia, per illecito contrattuale o extracontrattuale (anche in caso di negligenza), responsabilità per danni derivanti dal prodotto o qualsiasi altra dottrina giuridica, e indipendentemente dal fatto che Niantic, TPC o TPCI siano stati informati della possibilità di tali danni, anche se una riparazione disposta nei presenti termini non soddisfi il suo scopo essenziale. Alcuni paesi non consentono l'esclusione o la limitazione di responsabilità per danni conseguenti o accidentali, quindi la limitazione di responsabilità si applica nella misura massima consentita dalla legge nella giurisdizione applicabile. In nessun caso la responsabilità totale di Niantic, TPC o TPCI derivante da o in connessione con i presenti termini o dall'uso o incapacità di utilizzare i servizi o il contenuto supererà mille dollari (\$1000). Le esclusioni e le limitazioni dei danni di cui sopra sono principi fondamentali del contratto tra Niantic e l'utente” (cfr. TU, **Limitazione di responsabilità**).

“L'Utente manleverà e indennizzerà Niantic, TPC e TPCI nonché i rispettivi funzionari, direttori, dipendenti e agenti, da e contro qualsiasi rivendicazione, controversia, richiesta, responsabilità, danno, perdite e costi e spese, compresi, senza limitazioni, ragionevoli spese legali e contabili derivanti da o in qualsiasi modo connessi con (a) l'accesso o l'utilizzo dei Servizi o Contenuto, (b) il Contenuto dell'Utente o (c) la violazione dei presenti Termini” (cfr. TU, **Indennizzo**).

B. Cessazione del servizio

“Possiamo interrompere l'accesso e l'utilizzo dei Servizi, a nostra sola discrezione, in qualsiasi momento e senza preavviso. Possiamo chiudere l'Account dell'Utente in qualsiasi momento accedendo al Centro assistenza di Pokémon GO [...]. In caso di risoluzione, sospensione o cancellazione dei Servizi o dell'Account dell'Utente, le seguenti disposizioni dei presenti Termini conserveranno la propria efficacia: Notifica dell'arbitrato; Proprietà dei contenuti; Diritti concessi dall'Utente; Effetto della cessazione sugli Oggetti di scambio, sul Denaro virtuale e sui Beni virtuali; Feedback; Esclusione di garanzie; Indennizzo; Limitazione di responsabilità; Risoluzione di controversie; Termini generali; e la presente disposizione sulla Cessazione” (cfr. TU, **Cessazione**).

“Possiamo annullare, sospendere o chiudere l'Account e l'accesso dell'Utente agli Oggetti di scambio, al Denaro virtuale, ai Beni virtuali, al Contenuto o ai Servizi, a nostra esclusiva discrezione e senza preavviso, comprendendo i casi in cui (a) l'Account dell'Utente è inattivo (vale a dire, non utilizzato o non vi è stato effettuato alcun accesso) per un anno; (b) si violino i presenti Termini; (c) sospettiamo frodi o abusi da parte dell'Utente in relazione al Denaro virtuale, ai Beni virtuali o altro Contenuto; (d) sospettiamo che vi sia qualsiasi altra attività illegale associata all'Account dell'Utente; o (e) allo scopo di proteggere i Servizi, i nostri sistemi, l'App, uno qualsiasi dei nostri utenti o la reputazione di Niantic, TPC o TPCI. Non abbiamo alcun obbligo o responsabilità nei confronti dell'Utente, né riceverà rimborsi o resi, per tutti gli Oggetti di scambio, il Denaro virtuale o i Beni virtuali persi a causa di tale annullamento, sospensione o cessazione. L'Utente riconosce che Niantic non è tenuta a fornire un rimborso per qualsiasi motivo, e che egli non riceverà denaro o altra compensazione per Denaro virtuale e Beni virtuali non utilizzati quando il proprio Account è chiuso, se tale chiusura è stata volontaria o involontaria”. (cfr. TU, **Effetti della cessazione sugli Oggetti di scambio, sul Denaro virtuale e sui Beni virtuali**).

C. Arbitrato e Legge applicabile

“Eccetto in caso di rinuncia o per specifici tipi di controversie descritti nella sezione "compromesso arbitrale" sottostante, l'utente concorda che le controversie di cui è parte insieme alla Niantic saranno risolte mediante un arbitrato individuale e vincolante e che rinuncia al proprio diritto a un processo con giuria o a partecipare come attore principale o membro di categoria in qualsiasi presunto procedimento rappresentativo o azione collettiva” (cfr. TU, **Notifica dell'Arbitrato**).

“I presenti Termini nonché qualsiasi azione ad essi connessa saranno regolati dalle leggi dello Stato della California, anche in caso di conflitti delle normative in vigore” (cfr. TU, **Legislazione vigente**).

“L'Utente e Niantic concordano che qualsiasi disputa, azione legale o controversia derivante da o relativa ai presenti Termini o alla violazione, alla rescissione, all'applicazione, all'interpretazione e alla validità dello stesso o l'utilizzo dei Servizi o Contenuto saranno risolte da un arbitrato vincolante [...]. Senza limitare la frase precedente, l'Utente avrà anche il diritto di ricorrere a ogni altra Controversia a mezzo di preavviso scritto attestante la propria intenzione consegnato a

Niantic [...] entro trenta (30) giorni dalla data di accettazione dei presenti Termini (avviso denominato "Avviso di rinuncia all'arbitrato"). Se non si consegna a Niantic un Avviso di rinuncia all'arbitrato entro trenta (30) giorni, si riterrà di avere consapevolmente e deliberatamente rinunciato al proprio diritto di ricorrere a una Controversia [...]. La giurisdizione esclusiva e la sede di qualsiasi azione di protezione della proprietà intellettuale o, qualora Niantic abbia ricevuto tempestivamente un Avviso di rinuncia all'arbitrato, saranno i tribunali statali e federali situati nel distretto settentrionale della California e ciascuna delle parti in questione rinuncia a qualsiasi obiezione alla giurisdizione e sede in tali tribunali. A meno che Niantic non abbia ricevuto tempestivamente un Avviso di rinuncia all'arbitrato, l'Utente riconosce e concorda che, congiuntamente con Niantic, rinuncia al diritto a un processo con giuria o di partecipare come attore o membro di categoria in qualsiasi presunto procedimento rappresentativo o azione collettiva. [...]". (cfr. TU, **Compromesso arbitrale**).

[OMISSIS]

IV. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

[OMISSIS]

a) Responsabilità contrattuale

Le clausole in esame di cui al paragrafo II, A) del presente provvedimento ("**Esclusioni di garanzie**", "**Limitazione di responsabilità**", "**Indennizzo**"), risultano in violazione dell'art. **33, commi 1 e 2, lett. b)**, del Codice del Consumo¹, in quanto prevedono esclusioni di garanzia e limitazioni di responsabilità in capo a Niantic molto ampie e generiche.

[OMISSIS]

b) Cessazione del servizio

Le clausole in esame di cui al paragrafo II, B) del presente provvedimento ("**Cessazione**" e **Effetti della cessazione sugli Oggetti di scambio, sul Denaro virtuale e sui Beni virtuali**) [OMISSIS] crea [...] squilibrio a danno del consumatore 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)**, del Codice del Consumo². [OMISSIS] La clausola riportata *sub par. II, B)* ("**Cessazione**"), nella parte in cui stabilisce il diritto esercitabile dal Professionista di risolvere/recedere il contratto, senza prevedere un analogo diritto per il consumatore, risulta in violazione dell'art. **33, commi 1 e 2, lett. g)**, del Codice del Consumo³. Allo stesso modo la clausola *sub par. II, B)* (**Effetti della cessazione sugli Oggetti di scambio, sul Denaro virtuale e sui Beni virtuali**) [...].

[OMISSIS]

¹ Art. 33, comma 2, lett. b), Codice del Consumo, 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".

² Art. 33, comma 2, lett. d), Codice del Consumo, 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".

³ Art. 33, comma 2, lett. g), Codice del Consumo, 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, nonché consentire al professionista di trattenere anche solo in parte la somma versata dal consumatore a titolo di corrispettivo per prestazioni non ancora adempiute, quando sia il professionista a recedere dal contratto".

c) Arbitrato e Legge applicabile

Le clausole riportate *sub par. II, C*) (“**Notifica dell’Arbitrato**”, “**Compromesso arbitrale**” e “**Legislazione vigente**”), risultano in violazione dell’art. 33, commi 1 e 2, lett. t) ed u), del Codice del Consumo⁴.

[OMISSIS]

Niantic, infine, ha rappresentato con comunicazione del 23 giugno 2017 di voler adottare una nuova versione delle clausole in esame che, alla luce delle modifiche introdotte e delle peculiarità del caso di specie, rimuovono i profili di vessatorietà oggetto del presente procedimento.

[OMISSIS] Ciò posto, la nuova versione delle clausole di cui al punto 30 del presente provvedimento, non integra una fattispecie di clausole vessatorie ai sensi dell’articolo 33, commi 1 e 2, lettere b), d), g), t), u), del Codice del Consumo.

[OMISSIS]

RITENUTO, in particolare, sulla base delle considerazioni suesposte, che le clausole descritte al punto II del presente provvedimento, sono vessatorie ai sensi dell’articolo 33, comma 1 e 2, lettere b), d), g), t) e u), del Codice del Consumo;

[OMISSIS]

DELIBERA

a) che le clausole descritte al punto II, A), del presente provvedimento, integrano una fattispecie di clausola vessatoria ai sensi dell’art. 33, comma 1 e 2, lett. b), del Codice del Consumo per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione;

b) che le clausole descritte al punto II, B), del presente provvedimento, integrano una fattispecie di clausola vessatoria ai sensi dell’art. 33, comma 1 e 2, lett. d) e g), del Codice del Consumo per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione;

c) che le clausole descritte al punto II, C) del presente provvedimento, integrano una fattispecie di clausola vessatoria ai sensi dell’art. 33, comma 1 e 2, lett. t) e u), del Codice del Consumo per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione;

[OMISSIS]

⁴ Art. 33, comma 2, lett. t), Codice del Consumo, a tenore del quale si presumono vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: “*sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell’Autorità giudiziaria, limitazioni all’adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell’onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi*”; Art. 33, comma 2, lett. u), Codice del Consumo, 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*”.

*Autorità garante
della concorrenza e del mercato*

Bollettino Settimanale
Anno XXVII- N. 33 - 2017

Coordinamento redazionale

Giulia Antenucci

Redazione

Sandro Cini, Valerio Ruocco, Simonetta Schettini,
Manuela Villani
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
Ufficio Statistica e Applicazioni Informatiche
Piazza Giuseppe Verdi, 6/a - 00198 Roma
Tel.: 06-858211 Fax: 06-85821256

Web: <http://www.agcm.it>

Realizzazione grafica

Area Strategic Design
