

TRIBUNALE MESSINA —
7 LUGLIO 2010

PARTI: ARCAPEL S.R.L.
EBAY EUROPE S.R.L.
EBAY ITALIA S.R.L.

Contratto telematico tra provider di servizi Internet e professionista

• Prestazione di una piattaforma telematica per operazioni di commercio elettronico • Condizioni generali di contratto • Facoltà del provider di sospensione unilaterale della prestazione • Vessatorietà della clausola • Sussiste

Devono ritenersi vessatorie le condizioni generali di contratto che riservano al provider la fa-

coltà di provvedere ad una sospensione unilaterale dell'account di un c.d. negozio eBay, essendo infatti necessario l'accertamento del presupposto di un inadempimento dell'utente professionista, sotto il profilo della gravità della violazione e/o del numero delle condotte denunciate non conformi alle regole contrattuali. Non è sufficiente, affinché si possa procedere alla sospensione dell'account, la mera sussistenza dei c.d. feed-back negativi da parte degli acquirenti, dovendosi piuttosto considerare la quantità degli stessi rispetto al complesso delle segnalazioni, nonché il loro contenuto.

F ATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. — Letto il ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto;

Ritenuta la carenza di legittimazione passiva di eBay italia srl, non essendo la stessa parte del contratto;

Rilevato che oggetto principale della domanda cautelare è la riattivazione dell'account della società Arcapel e che l'accertamento della nullità delle clausole contrattuali relative al sistema dei feed back o alle regole sull'inadempimento dell'utente appare meramente strumentale rispetto a tale domanda;

Rilevato che la domanda cautelare appare astrattamente ammissibile;

Ritenuto infatti che la questione circa l'ammissibilità del provvedimento cautelare che impone degli obblighi di fare infungibili, per la non coercibilità di tali obblighi e per la non esatta corrispondenza con la pronuncia che definirà il giudizio, appare superata, alla luce del novellato articolo 614-bis del codice di procedura civile, il quale dispone che « con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento »;

Rilevato quindi che l'eventuale adozione di un provvedimento avente ad oggetto un obbligo infungibile, attesa la coercibilità dello stesso, a seguito della previsione dell'astrantes, appare assolutamente legittima e non può essere considerato un attentato alla libertà contrattuale di un soggetto giuridico, atteso che tale libertà deve necessariamente venire meno di fronte a condotte illegittime e contrarie ai doveri contrattuali che lo stesso si è liberamente assunto;

Rilevato che l'autonomia contrattuale e la libertà di determinare contrattualmente le regole della condotta delle parti deve necessariamente soccombere di fronte alla disciplina di legge;

Ritenuta la sussistenza del *fumus boni juris*;

Rilevato che la sospensione dell'account, operata peraltro a tempo indeterminato, può certamente essere equiparata, alla luce effetti prodotti dalla stessa, alla risoluzione per inadempimento del venditore;

Considerato, in punto di fatto, che la condotta della parte contrattuale può determinare la risoluzione del contratto solo se essa si connoti quale di particolare gravità, secondo quanto disposto in tema dalle norme sulla risoluzione contenute nel codice civile;

Rilevato che pertanto, affinché si possa procedere alla sospensione dell'account, è necessario l'accertamento del presupposto di un grave inadempimento del debitore, sotto il profilo della gravità della violazione o del numero delle condotte non conformi alle regole contrattuali;

Rilevato che l'attribuzione all'hoster di un potere di decidere, anche in assenza di qualsiasi valutazione circa la gravità dell'inadempimento, la risoluzione del contratto e la sospensione dell'account, attribuirebbe in realtà allo stesso un potere di recedere unilateralmente dal rapporto, clausola da considerarsi certamente vessatoria, e bisognevole quindi di specifica approvazione (non appare applicabile nel caso di specie la normativa sulla tutela del consumatore);

Ritenuto quindi che non appare sufficiente, affinché si possa procedere alla sospensione dell'account, la sussistenza di feed back negativi, dovendosi piuttosto considerare la quantità degli stessi rispetto al complesso delle segnalazioni, nonché il loro contenuto;

Ritenuto che, né sotto il profilo quantitativo, né sotto quello qualitativo, si apprezza alcun inadempimento grave alle regole di eBay;

Considerato che, dalla stampa di schermata del sito eBay emerge che i feed back negativi, nel corso dell'ultimo anno, sono stati solo L. 0,5% del totale (vedi in proposito quanto affermato anche da parte della società resistente al punto 4.9); va in proposito rilevato che anche il contratto proposto da eBay fa riferimento a violazioni reiterate, quali non possono essere considerate quelle che hanno dato origine al provvedimento sanzionatorio;

Considerato che la sopra prospettata gravità non si apprezza anche sotto il profilo quantitativo, alla luce del contenuto delle due segnalazioni negative ricevute;

Rilevato pertanto che la condotta posta in essere da eBay Europe appare del tutto ingiustificata e viola quindi le regole contrattuali;

Ritenuto che, per una società che ha ad oggetto l'e.trade, la presenza sulla piattaforma di eBay appare indispensabile, ai fini della sopravvivenza della società, attesa la ormai notoria rilevanza che la suddetta piattaforma ha assunto nel mondo del commercio elettronico;

Considerato pertanto la sussistenza del *periculum in mora*, come configurato nelle deduzioni a verbale nel corso della udienza del 16 febbraio 2010 atteso che la protrazione della sospensione dell'account nel corso del procedimento di merito, potrebbe determinare l'insolvenza della stessa;

Considerato che, proprio alla luce della diffusione della piattaforma citata, non appare rilevante che la società sia titolare di altri siti Internet;

Ritenuto, in ordine alle spese, che sussistono giusti motivi di compensazione di quelle relative alla controversia tra il ricorrente ed eBay Italia srl, atteso che, dalla stessa documentazione prodotta, ricavata dal sito Internet di eBay Italia, appare del tutto giustificato che il ricorrente potesse desumere che la società che gestiva il sito era proprio quella originariamente chiamata in giudizio;

Rilevato invece che per le altre spese di giudizio, può applicarsi il principio della soccombenza;

P.Q.M. — Ordina ad eBay Europe s.a. di riattivare l'account della società Arcapel srl; dichiara inammissibile il ricorso proposto contro eBya Italia srl; condanna eBay Europe s.a. alla refusione delle spese processuali, in favore del ricorrente, che liquida nella somma di Euro 188,23 per spese vive e Euro 1200,00 per diritti ed onorari, oltre spese generali, iva e cassa come per legge.

Così deciso in Messina il 6 luglio 2010.

**SOSPENSIONE
DELL'ACCOUNT DI VENDITA
NEL MARKETPLACE DI
EBAY, TUTELA DEL
CONTRATTO E DELLA
LIBERTÀ DI IMPRESA NEL
COMMERCIO ELETTRONICO**

L'OGGETTO DEL GIUDIZIO CAUTELARE. —

Ad una società messinese di import-export di elettrodomestici, hi-tech e telefonia, operante anche mediante la nota piattaforma di commercio elettronico eBay, veniva improvvisamente sospeso l'account per accedere all'anzidetta piattaforma on line, a seguito di alcune segnalazioni negative pervenute alla stessa eBay, da parte di utenti che si erano resi in precedenza acquirenti dalla società siciliana. L'azienda messinese, ritenendo

illegittima e gravemente pregiudizievole la sospensione del proprio account di accesso operata da parte di eBay, depositava ricorso cautelare ex art. 700 c.p.c. per ottenere la immediata riattivazione dell'accesso alla piattaforma, al fine di riprendere la propria attività di e-commerce.

LA PIATTAFORMA EBAY ED IL PERICULUM IN MORA: IL MARKETPLACE, QUALE STRUMENTO DI « INTERPOSIZIONE » NEL COMMERCIO ELETTRONICO. NUOVO OPERATORE DEL MERCATO O NUOVO MERCATO?

Gli spunti di riflessione indotti, quasi naturalmente, dalla lettura dell'ordinanza cautelare in commento sono molteplici. Si spazia dalle questioni regolatorie di diritto antitrust concernenti l'inquadramento del ruolo assunto da piattaforme on line, quali eBay, nell'ambito del sistema distributivo e degli scambi, alle interferenze tra la conclusione del contratto telematico e le disposizioni in materia di adesione a moduli o formulari, fino alla questione della validità o meno delle clausole contrattuali di maggior squilibrio. L'insieme di tali tematiche si specchia nelle questioni di fondo — in buona parte irrisolte — che agitano, da ben oltre un lustro, i pensieri di economisti, giuristi ed organismi internazionali¹. Di al-

¹ Restano tuttavia fuori dall'ambito del presente commento le controverse questioni che attengono alla (eventuale) responsabilità di eBay per gli illeciti compiuti dai propri utenti. In proposito si v. tra i più recenti: C. ROSSELLO, *Riflessioni de jure condendo in materia di responsabilità*

del provider, in questa *Rivista*, 2010, 617; R. BERLIRI, G. LA GUMINA, *La (non)responsabilità di eBay per gli illeciti commessi dai propri utenti*, in *Diritto dell'Internet*, 4/2007, 342; *Contra*, E. FALLETTI, *I vestiti nuovi di eBay: operatore neutrale o intermediario attivo nelle aste su Inter-*

cuni tra i vari argomenti citati mi limiterò unicamente a tratteggiare i contorni, esimendomi tuttavia dal passare in rassegna le diverse opinioni che si contendono il campo. Per altre problematiche, quelle più direttamente scaturenti dal provvedimento giudiziario in esame, tenterò un approfondimento maggiore, senza peraltro pretesa alcuna di esaustività.

In primo luogo, appare tuttavia doveroso descrivere — sia pure in breve — il fenomeno di cui trattiamo. Come noto, il sito Internet eBay propone una piattaforma tecnologica mediante la quale, da un lato, aspiranti venditori hanno la possibilità di offrire in vendita² on line oggetti di ogni genere e sorta; dall'altro, i potenziali compratori sono in grado di ricercare (sempre on line) i beni che desiderano acquistare³. Al fine di poter usufruire del predetto mezzo interattivo⁴, gli utenti (venditori o acquirenti che siano) devono, in primo luogo, effettuare la c.d. registrazione al sito eBay, per l'indispensabile attivazione dell'*'account* di accesso alla piattaforma medesima. Ciò avviene attraverso una procedura telematica che comporta la compilazione di una *form* on line e la presa in visione, con

net?, in *Diritto dell'Internet*, 6/2008, 570. Per uno sguardo comparatistico si rinvia a: L. BUGIOLACCHI, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, in questa *Rivista*, 2000, 829; T. HOEREN, *Liability for Online Services in Germany*, in *German Law Journal*, 5/2009, 576; A. RÜHMKORF, *eBay on the European Playing Field: A Comparative Case Analysis of L'Oréal v eBay*, in *ScriptEd*, Volume 6, Issue 3, August 2009, 685; S. STALLA-BOURDILLON, *Regulating the electronic marketplace through extraterritorial legislation: Google and eBay in the line of fire of French judges*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, Vol. 24, No. 1, March 2010, 39; C. GORGE, *Web 2.0 and User-Generated Content: legal challenges in the new frontier*, in *Journal of Information, Law and Technology*, 2007 (http://go.warwick.ac.uk/jilt/2007_2/george_scerri).

² Secondo quella che è l'interpretazione ancora dominante, le contrattazioni comunemente conosciute come « aste on line » non rientrerebbero nella fattispecie dell'asta tradizionale, ma rappresenterebbero delle « vendite a prezzo dinamico », alle quali è applicabile la disciplina in materia di contratti conclusi a distanza, ivi compreso il diritto di recesso a favore del consumatore. In questi termini, A. FALCONIO, *Il recesso del consumatore*, in (a cura di) R. BOCCHINI, *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, 2003, 383; S. MARTINELLO, *Il diritto di recesso dei consumatori*, relazione presentata a Roma, il 17 febbraio 2004, al Convegno del Consiglio Superiore della Magistratura « *Le tutele dei consuma-*

tori »; G. BRESSAN, *Le aste on line*, in (a cura di) G. CASSANO, *Commercio elettronico e tutela del consumatore*, 2003; E. FALLETTI, *E uno, e due, e tre! Aggiudicato! eBay: contratto di vendita concluso a distanza e non asta on line*, in *Diritto dell'Internet*, 2/2005, 134. Esclude invece che sia esperibile il rimedio penitenziale Bacciardi, il quale osserva, tra l'altro, che porre nelle mani del vincitore la disponibilità dell'effetto traslativo del bene acquistato all'asta telematica: « inficerebbe il corretto svolgimento della fase di aggiudicazione, favorendo l'accesso al sito di concorrenti in mala fede che, sotto l'ombrello protettivo della successiva facoltà di pentimento, potrebbero falsare la gara con offerte e rilanci non seri » (cfr. E. BACCIARDI, *Contratti telematici e diritto di recesso*, in *I Contratti*, 2010, 386).

³ In dottrina si parla anche di e-marketplace. Si definisce quest'ultimo come un programma software che consente a molteplici venditori e acquirenti di svolgere le loro attività di vendita e attività collegate su Internet. v. F. DESANTI, *The Evolution of Electronic B2b Marketplaces*, in *Practising Law Institute*, 2000, 370; AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Addressing Disputes in Electronic Commerce: Final Recommendations and Report*, in *Business Lawyer*, 2002, 426; G. LYMAN, *The Article 2b Debate and the Sociology of the Information Age*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2004, 1079; H. HARBOUR, *B2b Basics and Antitrust Issues*, in *Practising Law Institute*, 2001, 681.

⁴ Parla di interazione tra utenti registrati G. BRESSAN, *Le aste on line*, in (a cura di) G. CASSANO, *Commercio elettronico e tutela del consumatore*, 2003.

conseguente accettazione attraverso la tecnica del c.d. point and click⁵, delle condizioni generali di contratto⁶ contenute nell'Accordo per gli Utenti, oltre che delle Regole sulla Privacy. Una volta conseguito — mediante la registrazione — un « profilo » eBay, l'utente diviene in grado di creare e pubblicare sulla piattaforma on line⁷ uno o più annunci di vendita. Nella pagina web che per ogni singolo annuncio sarà creata e pubblicata in *hosting* mediante eBay⁸, dovranno essere necessariamente indicate, in appositi campi, varie informazioni predeterminate dalla piattaforma stessa, tra cui principalmente: una descrizione del bene offerto al pubblico (anzitutto, se nuovo od usato), le modalità di determinazione del prezzo e quelle di pagamento⁹. Ridotto in questi termini, lo strumento

⁵ Comunemente si intende per tale quella modalità di conclusione del contratto on line che passa attraverso la visualizzazione sul monitor del PC connesso ad Internet del regolamento contrattuale predisposto dal commerciante on line, con il quale si richiede il riempimento dei campi (c.d. *form*) volutamente lasciati in bianco dal proponente: quali, ad esempio, il nome dell'aderente, il luogo ove si desidera venga spedita la merce, la indicazione di una modalità di pagamento (in genere carta di credito) e quant'altro sia ritenuto necessario ai fini della determinazione dell'accordo.

⁶ L'espressione « condizioni generali » — in tedesco *allgemeine (geschäfts) Bedingung* — è sicuramente equivoca (come spiega N. PICARDI, *Condizioni generali e moduli o formulari: la Cassazione delimita l'ambito di applicazione degli art. 1341 e 1342 c.c.*, in *GC*, 2000, 1792). Mentre è, infatti, evidente che il termine condizione vada inteso nel senso di clausola e non di condizione in senso tecnico, possono invece sorgere dubbi sul significato da attribuire all'aggettivo « generale », che, dal punto di vista lessicale, definisce il genere e non la specie. Dato il contesto è evidente che il *genus* cui fare riferimento sia una categoria, più o meno ampia, di contratti: potrebbe quindi ritenersi generale quella clausola comune ad una serie di contratti, che può essere inserita in ciascuno di essi. Come è stato osservato, però, la Relazione al Codice Civile e il successivo art. 1342 c.c., sicuramente collegato al precedente, inducono ad intendere il termine nel senso di uniforme: in quest'ottica la clausola generale è quella destinata ad essere inserita, con il medesimo tenore, in una pluralità di contratti, in contrapposizione a quella particolare, il cui contenuto varia da contratto a contratto (v. P. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, 1954, 56). Tale interpretazione è sicuramente coerente con la ratio dell'art. 1341 c.c., che è quella di disciplinare il fenomeno dei contratti standards.

⁷ In base a tariffe predeterminate da parte di eBay e periodicamente aggiornate su apposite pagine del sito.

⁸ In base ad una tesi suffragata dalla Circolare del Ministero delle Attività Produttive n. 3547/C del 2002, qualora (come nel caso di eBay) il banditore d'asta si limiti a mettere a disposizione il servizio di contatto, ovvero lo strumento tecnologico, senza intervenire direttamente nella gara, si avrebbe attività di mediazione, soggetta all'iscrizione nel ruolo ordinario degli agenti di affari in mediazione. Sono, di contro, convinto che l'attività prestata da eBay non sia inquadrabile nell'ambito della mediazione, dovendo invece essere ricondotta ad un rapporto negoziale atipico che possiamo definire di « intermediazione » in senso lato. Non mi sembra, infatti, esatto ricondurre il rapporto ad alcuna delle figure tipiche presenti nel Codice Civile (mediatore, mandatario, rappresentante). Le peculiarità dell'attività svolta dal provider rendono, invero, inapplicabile al rapporto giuridico in questione, la disciplina prevista per i normo-tipi codificati. Sotto questo profilo, tra l'altro, si deve sottolineare il fatto che eBay non svolge alcuna attività di procacciamento diretto dei clienti a favore dell'imprenditore on line. In secondo luogo, è necessario evidenziare come il provider non agisca neppure in nome e per conto dell'imprenditore nella conclusione dei contratti tra quest'ultimo ed i consumatori. L'inquadramento dei contratti *de qua* si collocherà, pertanto, nell'ambito dei negozi di promozione in vendita e pubblicità, con commistione di *hosting* ed altri servizi di *application service provider*.

⁹ Sulle modalità operative di eBay, v. F. CASAROSA, *I siti di aste on-line: un esempio di regolazione delle comunità telematiche?*, in questa rivista, 2007, 1125; U. DI BENEDETTO, *Il caso eBay: un esempio di regole dettate dalla prassi che integrano la legge*, in *Rassegna dir. civ.*, 1/2010, 24.

offerto mediante la piattaforma eBay: « si avvicina molto alla struttura del *mall*, che assomiglia molto al c.d. centro commerciale; infatti i rapporti nel centro commerciale sono strutturati come segue: qualcuno ha la disponibilità dell'immobile e cede a vario titolo i locali nei quali i titolari delle attività svolgeranno in maniera del tutto autonoma (salvo particolari clausole contrattuali) il loro lavoro. Nel *mall* virtuale si ha esattamente la stessa cosa, con l'aggiunta che spesso il titolare del sito fornisce dei servizi aggiuntivi (che costituiscono altre figure contrattuali). Tali servizi aggiuntivi possono essere il servizio di pagamento attraverso la carta di credito, la gestione del c.d. carrello della spesa, la gestione del sito che generalmente (per il titolare del singolo negozio¹⁰) è in *hosting* ed ovviamente molti altri ancora »¹¹. Considerata solo nell'ottica del servizio telematico fornito, la piattaforma eBay sembrerebbe dunque essere indirizzata, più che altro, ad un pubblico di venditori salutarì e non professionali. Per lo più verrebbe in mente di immaginare un consumatore intento a disfarsi di qualche regalo di Natale, non particolarmente gradito. Perché allora anche venditori professionali (come nel caso di specie) operanti specificamente nel settore dell'e-commerce e molto spesso dotati di un proprio sito web distinto dalla piattaforma eBay, ritengono così indispensabile essere reperibili mediante eBay? Come è già stato opportunamente sottolineato da più parti, uno tra gli aspetti più critici per coloro che « navigano » in Internet, è rappresentato dalla sovrabbondanza di informazioni (in termini di pagine web). Una tale moltitudine di dati ha reso, pertanto, ben presto imprescindibile la necessità di utilizzare strumenti idonei a ricercare e selezionare, nel « mare » sconfinato del web, le informazioni effettivamente richieste dall'utente. Sono così apparsi i motori di ricerca ed i c.d. portali. Genericamente tale ultima denominazione accomuna tutti quei siti che aspirano a divenire una « porta di accesso » alla Rete. Il portale Internet può, peraltro, essere più o meno dedicato ad una specifica attività (è il caso di eBay), ovvero presentarsi come un contenitore generalista di *link* (collegamenti ipertestuali) che rinviano a siti ed informazioni, di vario genere. L'attività prestata dal c.d. *portal* provider svolge, quindi, una rilevante funzione nell'ambito della « struttura » di Internet, attribuendo valore aggiunto a tutto il sistema nel suo complesso. Affinché un consumatore abbia, infatti, un concreto interesse ad avvalersi del commercio elettronico oppure ad utilizzare Internet per ottenere informazioni, è indispensabile che sia messo in grado di conseguire un effettivo risparmio di tempo, oltre che di denaro. Per far ciò, l'utente si rivolgerà ad uno strumento che gli consenta di districarsi nell'universo sconfinato di informazioni e servizi presente on line. Protagonisti di tale attività divengono, da un lato, i motori di ricerca (vale a dire quei siti funzionali alla ricerca di informazioni) ed i portali web, dall'altro. Orbene, come già altrove ho avuto occasione di sottolineare, pur non potendosi ritenere il c.d. *portal* provider un tramite necessario ed indispensabile negli scambi che avvengono mediante la Rete, l'opera di « intermediazione » esercitata dai portali Internet, svolge un notevole compito nell'avvicinare la potenziale clientela al-

¹⁰ Sul tema, v. A. LISTI, *Il negozio telematico. I profili giuridici di un e-shop*, 2007.

¹¹ Cfr. L.M. DE GRAZIA, *I portali: come si configura il rapporto con la legge?*, in Internet al sito *degrazia.it.*, 2000.

l'offerta commerciale delle imprese presenti on line¹². Alla luce di tali considerazioni appare evidente l'esigenza, manifestata anche da professionisti dell'e-commerce, di: «accedere alle opportunità associate all'utilizzo di un mercato virtuale (n.d.r. eBay) che consente di mettere in relazione un numero imprecisato ed imprecisabile di venditori e acquirenti»¹³. Non deve pertanto suscitare stupore la circostanza che il giudice messinese, onerato dell'accertamento sommario del requisito del *periculum in mora*, necessario ex art. 700 c.p.c. per l'accoglimento della richiesta di riattivazione dell'*account* di accesso ad eBay, abbia rapidamente liquidato la questione, affermando che: «la presenza sulla piattaforma di eBay appare indispensabile ai fini della sopravvivenza della società, attesa la ormai notoria rilevanza che la suddetta piattaforma ha assunto nel mondo del commercio elettronico». A nulla rilevando in contrario (e cioè, ai fini dell'insussistenza del *periculum*) la circostanza che la ricorrente società messinese fosse comunque: «titolare di altri siti Internet (...), proprio alla luce della diffusione della piattaforma citata». Questo breve ma significativo tassello posto dall'ordinanza cautelare in commento, mi induce alla prima delle riflessioni cui facevo riferimento in apertura. Quali strumenti (ma prima ancora quale retroterra giuridico) abbiamo a disposizione per regolare la vorticiosa spinta alla concentrazione delle «porte d'accesso» alle informazioni ed ai servizi del web nelle mani di poche decine di operatori globali? Come conciliare tale spinta oligopolistica¹⁴ con la necessità di apertura del mercato e di tutela della concorrenza, anche nel settore del commercio elettronico? Se, come afferma a chiare lettere il giudice dell'ordinanza cautelare in commento, il mero fatto di essere stati ingiustamente esautorati dalla piattaforma eBay costituisce per il venditore professionale *in re ipsa* allegazione e prova di un pregiudizio grave ed irreparabile, v'è più di un qualche indizio di una forte «concentrazione» del mercato elettronico nelle mani di pochi operatori¹⁵. Tale problematica non è peraltro né re-

¹² Mi sia consentito rinviare a: I.P. CIMINO, *I contratti degli Internet providers e per i data services on line*, in (a cura di) G. CASSANO, I.P. CIMINO, *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, 2009, 40. In termini del tutto simili anche Bacciardi, il quale pone in luce la fallacia dell'equazione per cui lo sviluppo della New economy avrebbe comportato una progressiva «disintermediazione» dell'attività distributiva, osservando che: «a dispetto dell'affermazione secondo cui l'avvento di Internet nella società avrebbe segnato la "morte della distanza" — e, con essa, della necessità delle grandi imprese di ricorrere a forme di dislocazione territoriale per raggiungere il consumatore finale — l'impatto del commercio elettronico sui rapporti distributivi ha determinato il crescente impiego di forme di outsourcing e intermediazione on line» (cfr. E. BACCIARDI, *op. cit.*, 388). Prima ancora, sul punto anche E.M. TRIPODI, *La distribuzione commerciale on line ed i modelli contrattuali*, in (a cura di) E.M.

TRIPODI, F. SANTORO, S. MESSINEO, *Manuale di commercio elettronico*, Milano, 2000.

¹³ Cfr. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, provvedimento n. 20182, in *Bollettino* n. 33/2009.

¹⁴ Un economista statunitense riferisce proprio di una reazione a catena, ad effetto oligopolistico: «*in the model there is a feedback effect. Buyers want to be where the sellers are and sellers want to be where the buyers are. Importantly, the model assumes that more sellers make the marginal seller more likely to use the site. More sellers beget more sellers*» (cfr. R. ADAMS, *FTC Bureau of Economics Roundtable on the Economics of Internet Auctions: An Executive Summary*, 2006, 7).

¹⁵ Secondo i dati Nielsen Net Ratings (dicembre 2009) eBay si è classificato al primo posto fra i siti di e-commerce in Italia con oltre 6.6 milioni di visitatori e più di 700 milioni di pagine viste. Al livello globale eBay conta circa 90 milioni di utenti attivi nel mondo.

cente, né inesplorata. Autorevoli economisti hanno anzi posto in luce come piattaforme quali eBay sono operatori il cui prodotto è la stessa « fornitura di un mercato », in cui acquirenti e venditori possono effettuare scambi commerciali. Il loro *out-put* è il mercato stesso o nella terminologia della letteratura più recente, una piattaforma che connette due lati di un mercato, piuttosto che un servizio telematico in sè¹⁶. In altre parole una piattaforma quale è eBay, più che operare nel mercato, è essa stessa « il mercato »¹⁷. Se inquadrare in una tale visione di fondo, le affermazioni contenute nell'ordinanza in rassegna, in merito alla sussistenza del *periculum in mora* ex art. 700 c.p.c., paiono pertanto potersi ritenere — in astratto — fondate; quanto meno sotto il profilo dei pregiudizi derivanti dall'esclusione unilaterale operata in danni della ricorrente società messinese ad opera di eBay. Nella fattispecie, più che precludere l'utilizzo di una piattaforma tecnologica di hosting dedicata al commercio elettronico, la sospensione dell'*account* sembra infatti aver determinato l'estromissione stessa dell'impresa siciliana dal proprio « mercato di riferimento ». Valutazione questa che induce a ritenere, forse, non più adeguata la disciplina antitrust per il governo di tali nuovi modelli di « interposizione » commerciale¹⁸.

CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO PER LA REGISTRAZIONE DI UN ACCOUNT E LA CREAZIONE DI UN « NEGOZIO EBAY »: CENNI SU UNO SQUILIBRIO NEGOZIALE ENDEMICO.

Avendo delineate le anzidette considerazioni « di sistema » — originate dalla valutazione delle argomentazioni contenute nell'ordinanza cautelare in merito alla sussistenza *in re ipsa* del requisito del *periculum in mora* — mi accingo dunque ad analizzare i profili più prettamente gius-privatistici che emergono dalla vicenda processuale in esame. A tal fine sembra tuttavia necessaria una breve ricognizione delle principali disposizioni negoziali che reggono i rapporti all'interno della piattaforma eBay. In questa direzione limiterò l'esame ai due contratti base: mi riferisco pertanto all'« Accordo per gli utenti » ed alle « Condizioni di utilizzo del software per i Negozi eBay ». Con il primo tra i due contratti sono dettati i termini

¹⁶ Si veda, ad esempio, J. DELTAS, V. JETTSCHKO, *Auction Hosting Site Pricing and Competition*, 2006, 2: « *Auction hosting sites, whether of the brick-and-mortar or Internet varieties, are firms whose product is the provision of a marketplace in which buyers and sellers can transact* ».

¹⁷ Il dato è ancor più evidente se si considera l'esistenza di esercizi commerciali creati e pensati unicamente per operare mediante eBay. Piccoli esercizi che « fronte strada » sarebbero destinati a soccombere schiacciati dalla grande distribuzione, stanno trovando ossigeno nel « *marketplace* » di eBay.

¹⁸ D'altro canto non va, tuttavia, trascurato l'impulso positivo che eBay ha da-

to al commercio elettronico. Gli imprenditori che gestiscono attività professionali su eBay in Italia sono circa 18.000 (giugno 2009) e le loro vendite nei trascorsi 12 mesi hanno generato un giro d'affari per oltre 270 milioni di euro. Il sito italiano di eBay consente al nostro Paese di trovarsi tra le prime quattro nazioni europee per volume di vendite professionali online, insieme a Germania, Regno Unito e Francia. Grazie alle oltre 300.000 attività commerciali presenti sui rispettivi quattro siti eBay e ad un giro d'affari complessivo annuale di 5,7 miliardi di euro l'anno, il commercio elettronico in questi mercati rappresenta un contributo significativo all'economia europea.

e le condizioni generali alle quali è offerto (a tutti indistintamente gli utenti della piattaforma, venditori o acquirenti che siano) l'accesso ai servizi disponibili sul sito eBay. Limitandosi a rimarcare gli aspetti che più da vicino interessano in questa sede, vale riportare l'espressa previsione secondo la quale: « se eBay ritiene che un utente abbia compiuto azioni che possano comportare problemi, responsabilità legali o che tali azioni siano contrarie alle proprie regole, potrà, a mero titolo esemplificativo, limitare, sospendere o interrompere i servizi e l'*account* dell'utente, vietare l'accesso al sito, ritardare o eliminare i contenuti salvati e prendere provvedimenti tecnici e legali per impedire a tale utente di accedere al sito ». Alla citata disposizione, fa da contrappunto una clausola di esonero da responsabilità, in base a cui: « eBay non è in alcun modo responsabile delle perdite economiche, di avviamento o per danni alla reputazione né per danni diretti, indiretti o conseguenti derivanti dal tuo utilizzo del proprio sito e servizi ». Con il secondo dei precitati contratti viene, invece, regolata l'apertura e l'esercizio dei c.d. negozi eBay. La veste negoziale utilizzata in questo caso è quella della licenza di software. Come è consuetudine per il tipo negoziale prescelto, apposita clausola avverte chiaramente che eBay: « non fornisce alcuna garanzia in relazione al software ed in particolare non garantisce in alcun modo il funzionamento sicuro, ininterrotto o privo di errori del software, né la sua idoneità per specifiche finalità d'utilizzo e l'affidabilità dei dati forniti tramite il software. Le informazioni relative al software, accessibili tramite i siti Web eBay, costituiscono unicamente una descrizione del software stesso. eBay e le società del gruppo eBay non garantiscono e non sono in alcun modo responsabili circa la disponibilità di funzionalità specifiche del software ». Alquanto contraddittoria, invece, l'immane clausola di esonero da responsabilità, secondo cui: « l'utente non potrà effettuare alcuna richiesta di risarcimento dovuta a difetti del software che non siano imputabili a eBay, fermo restando che eBay non fornisce alcuna garanzia in relazione alla mancanza di difetti del software ». Alla luce di quanto sopra, l'evidente squilibrio tra le posizioni sostanziali delle parti che traspare dalla lettura delle suddette condizioni generali di contratto, riflette appieno una delle caratteristiche più tipiche (e di rilevanza) dei c.d. contratti ad oggetto informatico: vale a dire, il profondo *gap* di conoscenza e di competenza tecnica, che pone il contraente in posizione subordinata o dipendente rispetto al provider. Senza dilungarsi sul tema, l'espressione contratti ad oggetto informatico identifica quei contratti che hanno ad oggetto beni (hardware o software) o servizi informatici¹⁹. Di contro, l'espressione più ampia « contratti informatici », oggi molto diffusa, può essere intesa in diverse accezioni. Nel senso più lato, essa viene utilizzata per ricomprendere tutti i contratti che fondano la loro funzione economico-sociale sull'informatica²⁰. Al di là di tale classificazione, con riguardo al-

¹⁹ R. CLARIZIA, *Contratto informatico (per l'oggetto e per il mezzo)*, in *Enciclopedia del diritto*, aggiornamento II, 1998, 245; G. FINOCCHIARO, *I contratti informatici*, 1997. Si vedano anche F. PARISI, *Il contratto concluso mediante computers*, 1987; F. SFORZA, *Formazione del consenso e strumenti informatici*, in *I Contratti*, 1997, 89.

²⁰ Ovvero i contratti di utilizzazione degli strumenti dell'informatica, i contratti di acquisizione, elaborazione e diffusione di dati a mezzo di strumenti informatici, nonché i contratti che si formano attraverso gli strumenti dell'informatica ed ogni altra attività giuridicamente rilevante che possa essere compiuta adoperando l'elabo-

l'equilibrio negoziale, si è — da altri — evidenziato come nel mercato dell'informatica c.d. diffusa, l'autonomia contrattuale venga fortemente compressa dall'utilizzo di contratti per adesione predisposti dal produttore o fornitore di beni o servizi informatici. Si è inoltre rilevato come la prassi contrattuale sia caratterizzata da una elevata standardizzazione. Si tratta, infatti di modelli soggetti ad una forte uniformazione transnazionale, sia in considerazione delle dimensioni multinazionali delle più importanti imprese del settore, sia più in generale per l'importazione (di sovente acritica) di modelli negoziali già collaudati nei Paesi (ci si riferisce evidentemente agli U.S.A.) nei quali hanno preso origine la realtà sociale ed il fenomeno economico dell'informatica e la correlata prassi contrattuale²¹. Orbene tra le condizioni generali inserite nei contratti ad oggetto informatico, frequente è proprio l'impiego di clausole rivolte a limitare o escludere del tutto la responsabilità del produttore-fornitore a fronte di disfunzioni del sistema. Spesso si ricorre anche alle c.d. clausole di garanzia, le quali limitano ed escludono ogni altra garanzia di qualità, buon funzionamento o idoneità rispetto ad uno specifico scopo. Nella medesima prospettiva di salvaguardia della posizione del produttore/fornitore: «alcune clausole predeterminano il danno risarcibile rispetto ad eventuali inadempimenti, quantificandolo in un dato ammontare (di gran lunga inferiore) ovvero escludono la risarcibilità di quei danni, che si è già visto, soltanto impropriamente vengono definiti indiretti»²². Secondo un autore, nell'ambito delle dettagliatissime clausole di esonero da responsabilità presenti nei formulari: «ogni responsabilità sembra esclusa, e l'utilizzatore ha l'impressione, leggendole, di acquistare ed usare il software a suo rischio e pericolo. Se si accostano queste clausole alla pubblicità dei packages si ha un quadro sconcertante e contraddittorio. Nella pubblicità si magnifica il programma come l'ultimo ritrovato della scienza informatica; leggendo le clausole di licenza d'uso, per contro, si ha l'impressione che quello stesso *package* funzionerà solo per caso del destino»²³. La tematica — appena toccata — dello squilibrio negoziale²⁴ (caratteristico di

ratore come mezzo di formulazione dell'atto o di trasmissione dell'atto.

²¹ Una raccolta delle prime condizioni generali di contratto venne effettuata dalla Fondazione Calamandrei, Aa.Vv., *Condizioni generali di contratti di utilizzazione del computer*, in questa *Rivista*, 1986, 293. Più di recente, un prezioso studio realizzato dalla Camera di Commercio di Milano, ha riguardato una pluralità di modelli contrattuali di settori merceologici diversi, accomunati dall'unica caratteristica di essere proposti e conclusi in rete dagli operatori dei vari mercati, da un lato, e dai consumatori/navigatori, dall'altro. L'interessante rassegna effettuata dall'ente da conto di quelle che sono oggi le principali condizioni generali di contratto praticate dalle imprese on line (Aa.Vv., C.C.I.A. di Milano, *La conformità dei contratti telematici alla normativa sulle clausole vessatorie*, 2004).

²² Cfr. R. PICARO, *Contratti ad oggetto informatico*, in (a cura di), F. BOCCHINI, *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, 2004, 100.

²³ Cfr. V. FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, 1989, 181.

²⁴ Sulle clausole di esonero di responsabilità nei contratti per i servizi Internet conclusi con i consumatori si rinvia all'interessante lavoro di P. SAMMARCO, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0.*, in questa *Rivista*, 2010, 631, il quale osserva che: «le clausole contenute nei termini d'uso delle licenze in questione che obbiettivamente hanno un contenuto squilibrato in danno del consumatore sono nulle, in quanto non oggetto di una trattativa individuale attraverso cui questi ne abbia acconsentito e condiviso il contenuto» (cfr. p. 640).

tutti i contratti ad oggetto informatico e non peculiare alle condizioni generali adottate da eBay) e quella — trattata in apertura — concernente il ruolo predominante assunto (nello specifico) da parte di eBay nell'ambito dell'e-commerce, introducono altre due questioni correlate e di stretta prassi applicativa, rinvenenti dalla vicenda processuale in commento.

VESSATORIETÀ DELLA CLAUSOLA ED OMESSA SPECIFICA APPROVAZIONE DEL CONTRATTO TELEMATICO AD OGGETTO INFORMATICO: IL *FUMUS BONI IURIS*.

Un'espressione tangibile di quell'asimmetria di potere (negoziale) poc'anzi descritta la rinveniamo evidenziata proprio nell'ordinanza cautelare all'esame. Accertando l'esistenza del *fumus boni iuris* il giudice della cautela ha, infatti, ritenuto vessatoria — e pertanto, bisognevole di specifica approvazione — la precitata clausola contrattuale del contratto telematico²⁵ che attribuisce ad eBay il potere di sospendere a tempo indeterminato l'*account* di accesso alla piattaforma, in assenza di qualsiasi valutazione oggettiva in merito all'esistenza e gravità del presunto inadempimento dell'utente²⁶. Il controllo di vessatorietà implica, peraltro, l'esistenza di un testo contrattuale contenente pattuizioni non in linea con le prescrizioni normative di riferimento. La mancanza di un « testo negoziale scritto » o di pattuizioni speciali, derogatorie rispetto alle norme generali, comporta, pertanto, l'applicazione diretta delle disposizioni di legge generale o speciale, escludendo così in radice ogni possibile profilo di anomalia contrattuale, sotto l'aspetto vessatorio.

In tema di clausole vessatorie contenute in un contratto concluso per via telematica, una non recentissima decisione della Suprema Corte ha affermato il principio per cui: « anche se non è stato usato un “modulo”, ovvero uno stampato da accettare in blocco riempiendo gli spazi bianchi, rimane il fatto che anche la riproduzione di un documento informatico o “file”, predisposto dalla banca e destinato ad essere utilizzato per un numero indeterminato di rapporti, costituisce uso di “formulario”, inteso quale documento-base destinato a fungere da modello per la riproduzione in un numero indeterminato di esemplari »²⁷. Come è stato osservato da un commentatore, nella citata sentenza della Cassazione: « condizioni generali di contratto unilateralmente predisposte e contrattazione effettuata mediante moduli o formulari (rispetto ai quali il contraente non predisponente appare per lo più unicamente abilitato a decidere se stipulare o meno), appaiono non solo concetti del tutto indifferenti rispetto allo strumento tecnico di veicolazione (lo stampato, il formato elettronico), quanto piuttosto elementi destinati a subire un'esalta-

²⁵ Sul tema tra le molte pubblicazioni — per limitarsi alle sole opere monografiche — si segnalano le seguenti: F. BRAVO, A.M. GAMBINO, F. TOZZI, *I contratti telematici e il commercio elettronico*, 2009; S. CERUTTI, *Il contratto telematico*, 2003; F. DELFINI, *Contratto telematico e commercio elettronico*, 2002; (a cura di) V. RICCIUTO, N. ZORZI, *Il Contratto Telematico*, 2002; (a cura di) S. SICA, P. STANZIONE, *Commercio elettronico e*

categorie civilistiche, 2002; R. BORRUSO, *Computer e diritto*, 1998; A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, 1997; R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, 1985.

²⁶ E dunque, in sostanza, consente al provider di recedere unilateralmente dal contratto.

²⁷ Cass. Civ. Sez. Lav., 22 marzo 2006, n. 6314, in *Diritto dell'Internet*, 2006, 5, 445, con nota di A. MINUSSI.

zione ed un potenziamento proprio mercé le potenzialità pervasive delle tecnologie digitali e del web»²⁸. Sul punto si è, inoltre, evidenziato che l'esistenza in rete di un testo contrattuale «digitale» preordinato alla stipulazione di contratti telematici, nell'attuale sistema normativo, deve comportare comunque la disponibilità di riprodurlo e memorizzarlo²⁹; così che, laddove la norma di legge sia correttamente applicata, deve sussistere comunque un documento di riferimento — riproducibile anche in forma cartacea — rispetto al quale non possono che applicarsi i medesimi procedimenti interpretativi previsti per i contratti stipulati tradizionalmente.

Acclarata, dunque, l'applicabilità delle disposizioni dettate in materia di clausole vessatorie anche al contratto telematico, resta sul campo il problema — non affrontato neppure dall'estensore dell'ordinanza cautelare in commento — che attiene al «come» soddisfare il requisito della sottoscrizione separata — di cui all'art. 1341 c.c. — nell'ambito delle contrattazioni perfezionate via web o comunque con l'ausilio dello strumento telematico³⁰. Dalla analisi della disciplina codicistica relativa alle clausole vessatorie (ed abusive) non può che scaturire una accurata riflessione, stimolata dalle peculiarità del contratto concluso mediante Internet, quale conseguenza della specificità del mezzo tecnico utilizzato. Le modalità tecniche che caratterizzano le negoziazioni concluse mediante la rete sono, difatti, solitamente ritenute incompatibili con il presupposto generale dell'ordinamento costituito dalla trattativa individuale³¹. Data la peculiarità del mezzo utilizzato (il monitor del PC), si pone, dunque, il quesito di come potrà ritenersi adempiuto il requisito della specifica sottoscrizione, alla presenza del quale — la richiamata norma — subordina l'efficacia della clausola vessatoria. La problematica, anche sotto questo profilo, non può dirsi affatto nuova ed anzi, quasi una decina d'anni or sono, ebbi già occasione di occuparmene, a commento di una celebre decisione resa da un Giudice di Pace siciliano³². Oggi come allora, ritengo che si potrebbe individuare nel ricorso ad una firma digitale o ad una firma elettronica avanzata, un mezzo astrattamente idoneo a soddisfare l'onere della specifica sottoscrizione della clausola vessatoria da parte dell'aderente. In proposito, tuttavia, una attenta dottrina non ha mancato di sottolineare: «la evidente contraddittorietà insita nel ritenere che la parte debole, il consumatore, da un lato non sia in grado, se non richiamato, di ponderare il contenuto delle clausole c.d. vessatorie, e dall'altro, sia in grado di utilizzare un meccanismo complicato quale quello della firma digitale»³³. Tale contraddittorietà permarrà certamente almeno fintanto-

²⁸ Cfr. A. MINUSSI, *op. cit.*, 447.

²⁹ Ex art. 12 D.Lgs. n. 70/2003, terzo comma: «Le clausole e le condizioni generali del contratto proposte al destinatario devono essere messe a sua disposizione in modo che gli sia consentita la memorizzazione e la riproduzione».

³⁰ La questione posta non è stata risolta neanche dalla citata pronuncia della Cassazione: «la quale si è fermata in limine, rimettendo la vertenza relativa alla natura delle clausole contestate al giudice di merito per l'ulteriore prosecuzione del giu-

dizio. Essa tuttavia si qualifica come centrale ed ineludibile» (cfr. A. MINUSSI, *op. cit.*, 447).

³¹ Non si fa riferimento ovviamente ad ipotesi quali quella del contratto concluso mediante scambio di e-mail.

³² G. CASSANO, I.P. CIMINO, *Contratto via Internet e tutela della parte debole* (nota a Giudice di Pace di Partanna, 1 febbraio 2002 n. 15), in *I Contratti*, 2002, 870.

³³ Cfr. A. DI AMATO, *La qualificazione delle transazioni in etere come contratti di*

ché non prenderà piede, al livello massificato, l'impiego della firma elettronica e non si avrà contestualmente un più elevato livello di « alfabetizzazione informatica » nella società civile. Sino ad allora, in mancanza di uno strumento cartaceo da far seguire a quello elettronico, le clausole vessatorie contenute in un contratto telematico dovrebbero, pertanto, essere considerate *tamquam non esset*. Nonostante anche nell'ambito del contratto telematico le esigenze sostanziali alla base della disciplina di cui all'art. 1341 c.c. possano essere astrattamente soddisfatte mediante l'utilizzazione di mezzi innovativi³⁴ — che siano comunque idonei a portare a conoscenza del contraente eventuali clausole vessatorie presenti nel contratto — osta, tuttavia, ad una tale eventualità la necessità ineliminabile di far seguire il contratto telematico concluso in modalità point and click, da una copia cartacea dello stesso³⁵. Approvazione di una clausola e specifica sottoscrizione della stessa, non appaiono, difatti, essere termini coincidenti, operando i due concetti su due piani differenti: l'uno sul piano della manifestazione di volontà, l'altro sul diverso livello della formale individuazione soggettiva della provenienza delle dichiarazioni³⁶. Per ovviare al problema si era ipotizzato di attribuire al contraente una *user id* ed una *password*, previa registrazione dei dati personali ed anagrafici³⁷. Costituendo infatti l'attribuzione della *user id* e della *password* una forma embrionale di firma elettronica, c.d. debole, sarebbe stato possibile far sottoscrivere — mediante l'autenticazione del cliente — le condizioni generali di contratto contenute nella *web form*; nonché, attraverso separata *form* (stante la impossibilità tecnica di doppia sottoscrizione), le disposizioni vessatorie, magari prevedendo una duplice autenticazione e cioè, l'obbligo di reinserimento della *user id* e della *password*³⁸. Anche tale possibilità sembra, tuttavia, inammissibile per effetto del nuovo assetto attribuito alle firme elettroniche dal legislatore già prima dell'ultimissima riforma³⁹.

massa e i diritti dei consumatori: la clausole vessatorie, in Internet al sito *lenuovevoicediritto.it*, 2002.

³⁴ La semplice e casuale consultazione dei vari siti presenti nel web che operano nel commercio elettronico ce ne offre una ampia panoramica.

³⁵ In assenza di una sottoscrizione informatica mediante firma elettronica c.d. pesante o digitale.

³⁶ Si è sostenuta la tesi che il « doppio clic » potesse costituire doppia sottoscrizione. Sembra, peraltro: « che tale soluzione non sia rispettosa della ratio dell'art. 1341 Cod. Civ., in quanto la meccanicità del gesto appare difficilmente conciliabile con la consapevolezza della scelta che la norma presuppone » (cfr. AA.Vv., C.C.I.A. di Milano, *La conformità dei contratti telematici alla normativa sulle clausole vessatorie*, 2004, 14).

³⁷ Metodo, in effetti, in uso presso alcuni operatori del commercio elettronico, tra cui la stessa eBay.

³⁸ Secondo l'Unicital, infatti, l'autenticazione della provenienza delle di-

chiarazioni contenute in un documento informatico può essere resa sulla base di tre categorie: « something you know », « something you are », « something you have »; intendendosi nell'ordine, un meccanismo di autenticazione fondato sulle conoscenze dell'utente (come la conoscenza di una password e di un numero di identificazione personale), sulle caratteristiche fisiche dell'utente (come l'impronta digitale o la retina scan) o sul possesso di un oggetto da parte dell'utente (come una tessera magnetica o una smart card). Il suddetto principio della non « discriminazione pregiudiziale » impone, in sintesi, che al documento informatico non possa essere negata rilevanza giuridica, né ammissibilità in un giudizio come mezzo di prova. Si v. « Convenzione delle Nazioni Unite sull'uso delle comunicazioni elettroniche nei contratti internazionali » del 23 novembre del 2005.

³⁹ Innovando la materia, a far data dal 1° gennaio 2006, l'art. 20, comma 2, del Codice dell'Amministrazione Digitale, D.Lgs., 7 marzo 2005, n. 82, disponeva infatti che esclusivamente: « il documento in-

Alla luce della penultima legge di riforma il documento informatico cui è apposta una mera firma elettronica c.d. debole (mediante *user id* e *password*) sul piano probatorio sarà, infatti, solo liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità e sicurezza: *alias* esso non potrà più considerarsi *ex lege* costituente « scrittura sottoscritta », salva comunque la possibilità di un « libero convincimento » del giudice. Si giunge tuttavia al paradosso per cui l'ordinamento consente ai privati la sottoscrizione — con firma c.d. debole — di un documento informatico, il quale, pur essendo ontologicamente « scritto » e giuridicamente « firmato », non sarà tuttavia ritenuto « scrittura sottoscritta » ai fini probatori.

Ma tant'è, entro la delineata cornice normativa, nell'ipotesi di mancata ottemperanza all'onere di far sottoscrivere la clausola vessatoria — magari mediante il successivo invio di copia cartacea del contratto telematico — si deve riconoscere la non vincolatività, nei confronti dell'adrente, della clausola in questione⁴⁰. Appare dunque condivisibile, sul punto, la risoluzione assunta dal giudice estensore dell'ordinanza cautelare in commento, in merito alla ricorrenza del *fumus boni iuris*. Non risultando agli atti che le clausole vessatorie contenute nei contratti « Accordo per gli utenti » e « Condizioni di utilizzo del software per i Negozi eBay », fossero state sottoscritte dalla ricorrente società messinese con firma digitale (ovvero in olografo sulla corrispondente copia cartacea dei due contratti conclusi telematicamente), il giudice della cautela ha ritenuto dunque inefficace la disposizione che riservava ad eBay il potere discrezionale di sospendere a tempo indeterminato l'*account* di accesso alla piattaforma.

NULLITÀ DELLA CLAUSOLA PER ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA? UN'IPOTESI NON INDAGATA DAL GIUDICE CAUTELARE.

La tematica dello squilibrio negoziale in precedenza accennata con riguardo al ruolo predominante assunto da eBay nell'ambito dell'e-commerce, non tocca tuttavia unicamente il regolamento contrattuale sotto l'aspetto formale della vessatorietà della clausola (oggetto d'indagine da parte

formatico sottoscritto con firma elettronica qualificata o con firma digitale soddisfa il requisito legale della forma scritta » all'ulteriore condizione che esso sia formato nel rispetto di regole tecniche « che garantiscano l'identificabilità dell'autore e l'integrità del documento ».

⁴⁰ A commento della richiamata decisione resa dal Giudice di Pace di Partanna, ebbi tuttavia occasione di rilevare che all'atto in cui il contraente provveda alla specifica « approvazione » della clausola vessatoria mediante riempimento di un apposito *form* predisposto sul sito di e-commerce (e cioè, in modalità point and click), si possa, invero, ravvisare una piena conoscenza da parte del medesimo contraente riguardo il significato della clausola appro-

vata. L'effetto che la accettazione on line della clausola vessatoria determina in ordine all'affidamento della controparte nel contratto concluso è dunque innegabile. Anche se la dedotta circostanza, non potrà mai rilevare sul piano della validità ed efficacia della clausola in oggetto — la quale rimane pertanto estranea al regolamento contrattuale, stante la necessità di specifica sottoscrizione — l'eventuale conseguenza di una tale « approvazione » della clausola vessatoria, attuata mediante il riferito sistema del tipo point and click, potrà operare — se del caso — sul differente piano della individuazione di una peculiare ipotesi di responsabilità da ascrivere in capo al contraente. v. G. CASSANO, I.P. CIMINO, *op. cit.*, in *I Contratti*, 2002, 870.

del Tribunale di Messina per l'individuazione del *fumus boni iuris*) ma induce anzi ulteriori riflessioni sotto il profilo dello squilibrio sostanziale⁴¹.

La norma dell'art. 9 della Legge n. 192 del 1998 — come noto — vieta l'abuso, da parte di una o più imprese, dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice⁴². Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi; l'abuso può anche consistere nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie. Il patto (o per meglio dire, la clausola)⁴³ attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica è da ritenersi nullo⁴⁴. La deriva asimmetrica alla quale è abbandonato il rapporto, per fatto e colpa del contraente forte, costituisce infatti un disvalore in sé per l'ordinamento⁴⁵. L'impresa con potere di mercato (o, se si preferisce, con potere contrattuale) può decidere di tradurre per iscritto (cioè di formalizzare in una clausola) il suo maggior rango, imponendo clausole vessatorie (o, per dirla con l'art. 9 Legge n. 192/98, «condizioni ingiustificatamente gravose»). Queste ultime assumeranno solitamente i seguenti contenuti: a) potere unilaterale di modifica del contratto; b) re-

⁴¹ Questioni diverse dall'inefficacia della clausola vessatoria sulla sospensione dell'*account* — non specificamente approvata ai sensi dell'art. 1341 c.c. — non sono state affrontate dal giudice messinese, probabilmente per comprensibili ragioni di economia processuale.

⁴² V. in particolare la compiuta ricostruzione della disciplina di P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, 2006; nonché le analisi di G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica fra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, 2004; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, 2004; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, 2002 (e Id., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 639); C. OSTI, *Riflessioni sull'abuso di dipendenza economica, in Mercato concorrenza regole*, 1999, 9.

⁴³ Rilevo che la dottrina unanime sembra aver escluso che la norma preveda la nullità dell'intero contratto, anche in virtù della lettera della disposizione che fa espresso riferimento alla nullità del patto, a cui ben potrebbe attribuirsi il significato di clausola utilizzato dall'art. 1419, primo comma, c.c.

⁴⁴ Da ultimo sul tema si v. G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, 2009. Sullo specifico argomento dell'abuso di dipendenza econo-

mica per abuso di «dipendenza tecnologica», si v. l'interessante e recentissima opera di F. LAZZARELLI, *L'equilibrio contrattuale nelle forniture di sistemi informatici*, 2010. Secondo l'autrice la prassi negoziale, consolidatasi nell'ultimo trentennio, dimostra che lo squilibrio tecnologico non determina *sic et simpliciter* uno squilibrio contrattuale. Esso inficia l'equità del rapporto e sollecita un intervento riequilibrativo (correttivo o integrativo) di fonte eteronoma soltanto allorché ne scaturisca un abuso da parte del professionista informatico ed un danno per l'utilizzatore. L'esigenza di contrastare i c.d. abusi di dipendenza tecnologica — assimilabili, in rapporto da *species a genus*, alla più generale categoria dell'abuso del diritto — sollecita un'indagine al fine di verificare, all'interno del sistema normativo italo-comunitario, la sussistenza di regole e di principi idonei a tutelare efficacemente il c.d. «consumatore informatico» dalle vessazioni delle software houses.

⁴⁵ Con riguardo alla incidenza di tale asimmetria sul rapporto una parte della dottrina ha evocato la figura del c.d. terzo contratto. L'espressione è stata coniata da R. PARDOLESI, *Prefazione*, in (a cura di) G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, 2004. Da ultimo sul tema si v. E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. e impr.*, 2009, 120.

cesso senza obbligo di preavviso⁴⁶. Ho in precedenza evidenziato che secondo l'opinione espressa dal giudice cautelare, la mera circostanza dell'avvenuta (ingiustificata) estromissione dalla piattaforma eBay possa costituire *in re ipsa* prova di un pregiudizio grave ed irreparabile ai danni del venditore professionale che fosse « integrato » nella piattaforma stessa mediante un proprio « Negozio eBay ». In linea più generale, già altri hanno avuto occasione di rilevare: « come la disparità di forza contrattuale possa trovare un punto di emersione anche nella dimensione virtuale e, in particolare, nel contesto dei contratti di distribuzione on line »⁴⁷. Ciò premesso la norma dell'art. 9, per la valutazione dello stato di dipendenza e della sussistenza dell'abuso, consente (e richiede) al giudice di rivolgere lo sguardo — di là dal contratto — alle caratteristiche delle imprese coinvolte, alle condizioni di mercato dell'impresa dipendente ed all'intero dispiegarsi della relazione. Il giudizio sull'applicabilità dell'art. 9 della Legge n. 192 del 1998 si deve fondare, quindi, soprattutto sulla valutazione della sussistenza di una situazione di dipendenza economica oltre che, ovviamente, di una condotta abusiva. In questa prospettiva, le nullità comminate dall'art. 2, dall'art. 3 e dall'art. 6, non sono altro che specificazioni della nullità già disposta dal terzo comma dell'art. 9⁴⁸ rispetto a quella tipologia di abusi che si traduca in clausole « vessatorie »: ovvero nell'imposizione di condizioni ingiustificatamente gravose⁴⁹.

I principi appena enunciati (in estrema sintesi) devono dunque essere tradotti nell'ambito dello specifico rapporto che lega il piccolo o medio distributore alla piattaforma eBay. Si è detto che al fine di valutare la sussistenza dell'abuso di dipendenza economica rileva soprattutto la « reale possibilità (...) di reperire sul mercato alternative soddisfacenti »⁵⁰. Alla luce (anche) di tale parametro deve dunque essere vagliato l'effetto determinato dalla sospensione dell'*account* di eBay per l'impresa « tipo »: vale a dire quella che abbia compiuto investimenti specifici allo scopo di operare nell'ambito della piattaforma di e-commerce

⁴⁶ Una parte consistente dell'analisi economica sostiene che le condotte predatorie sopra descritte non si limitano a spostare ricchezza (cioè, a determinare effetti redistributivi) dall'impresa che subisce il comportamento opportunistico a quella che lo mette in atto, ma lanciano altresì segnali poco rassicuranti al resto del mercato. In altri termini, tali condotte compromettono il buon funzionamento (e l'efficienza) del mercato concorrenziale, poiché disincentivano gli investimenti ottimali ed i comportamenti cooperativi (e dunque costituiscono, dal punto di vista giuridico, un abuso, cioè un illecito).

⁴⁷ Cfr. E. BACCIARDI, *op. cit.*, 389.

⁴⁸ La nuova formulazione dell'art. 9, comma terzo, della Legge n. 192 del 1998, così recita: « il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di di-

pendenza economica, comprese quelle inhibitorie e per il risarcimento dei danni ».

⁴⁹ F. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, II, 789.

⁵⁰ Cfr. M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, 2003, 58. Della stessa opinione Natoli, il quale afferma che: « gli estremi di un abuso di dipendenza economica sono integrati soltanto dal tentativo di approfittare della assenza di alternative di mercato indotta dal compimento di investimenti specifici ad una determinata relazione commerciale, per estorcere all'impresa indebolitasi utilità ulteriori rispetto a quelle liberamente scambiate con la stipula del contratto » (cfr. R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *I Contratti*, 2010, 528; v. anche ID., *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, 2004).

in questione⁵¹. In questa chiave — se fosse vero quanto assunto in precedenza e cioè che eBay, più che operare quale soggetto del mercato, è essa stessa « il mercato »⁵² — non pare allora azzardato ritenere che l'effetto prodotto della sospensione dell'*account* di accesso alla piattaforma sia quello di compromettere la « specificità » degli investimenti compiuti dall'impresa (per operare nell'ambito della piattaforma), oltre che (come dedotto in precedenza) di provocare una vera e propria estromissione dell'impresa stessa dal « proprio » mercato di riferimento. Osservano a questo proposito gli economisti che la dipendenza economica è strettamente legata alla specificità dell'investimento. Più in chiaro: la presenza di investimenti « specifici » è sufficiente a radicare una situazione di dipendenza economica. Il costo per l'impresa è rappresentato da quella parte di investimenti specifici che, per ragioni di tempo, non sono stati ancora ammortizzati⁵³. Esiste pertanto una stretta relazione tra il grado di specificità degli investimenti e la durata (attesa) della relazione contrattuale. Più aumenta il grado di specificità, più cresce la durata attesa della relazione contrattuale⁵⁴.

Tirando le somme di questa rapidissima incursione nell'analisi economica del fenomeno, la clausola che consente ad eBay di recedere unilateralmente *ad nutum* dal rapporto con l'esercente, sembra dunque poter fondare per via negoziale (e dunque, mediante l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose) una interruzione arbitraria delle relazioni commerciali, idonea — in quanto tale — a compromettere del tutto gli investimenti specifici (eventualmente) compiuti dall'impresa e pertanto sanzionabile di nullità (di protezione), ai sensi dell'art. 9 della Legge n. 192 del 1998⁵⁵.

IACOPO PIETRO CIMINO

⁵¹ Si tratterà, in primo luogo, dei c.d. « Negozi eBay ».

⁵² Si parla espressamente di « mercato virtuale » nella già citata decisione dell'Agcm, v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, provvedimento n. 20182, in *Bollettino* n. 33/2009.

⁵³ Un particolare investimento specifico compiuto dall'impresa è quello che concerne gli sforzi per ottenere un elevato grado di reputazione. Nell'ambito di eBay l'importanza di commenti favorevoli da parte degli acquirenti, i c.d. feed-back, è stata posta in evidenza in uno studio condotto da due economisti, v. C. CABRAL, E. HORTACSU, *The Dynamics of Seller Reputation: Theory and Evidence from eBay*, 2004. Nello studio si giunge ad affermare perfino che i venditori hanno più da guadagnare dal « comprare una reputazione » con la costruzione

di un *record* di commenti favorevoli, piuttosto che dalle vendite in sé.

⁵⁴ Sulla nozione di *switching costs*, v. A. KLEMPERER, *Competition when consumers have switching costs: an overview with applications to industrial organization, macroeconomics and international trade*, in *Review of Economic Studies*, 1995, 515.

⁵⁵ In termini più generali anche Bacciardi, il quale osserva che le peculiarità dei costi che caratterizzano l'organizzazione di un'attività commerciale su Internet: « si riflettono sulla determinazione della congruità del preavviso di recesso nei rapporti collaborativi di durata, in ragione dell'intima connessione tra il tempo necessario per la riallocazione degli investimenti effettuati e la durata del preavviso stesso » (cfr. E. BACCIARDI, *op. cit.*, 390).