

Giulia Aranguena

**SOSPENSIONE DI UN ACCOUNT SU
EBAY: IL CONTRATTO TELEMATICO
B2B TRA ACCETTAZIONE POINT AND
CLICK E TUTELA DELL'ACCESSO
AL MERCATO DEL COMMERCIO
ELETTRONICO**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

TRIBUNALE CATANZARO

30 APRILE 2012

PRESIDENTE: RESCHELLÀ

RELATORE: NASO

PARTI: CLOTEC ELETTRONICA

E TECNOLOGIA

E-BAY EUROPE S.A.R.L.

E-BAY INTERNATIONAL AG

E-BAY ITALIA S.R.L.

Contratto telematico per servizi di e-commerce tra provider di servizi Internet e professionista

• **Esclusione dell'applicazione del Codice del Consumo.**

L'operatore di commercio elettronico che utilizza i servizi di un provider in virtù di un contratto strettamente connesso, strumentale e propedeutico all'attività esercitata non può beneficiare della tutela offerta dal Codice del Consumo di cui al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 e ss.mm..

Perfezionamento del contratto con il «point and click» • Contratto per adesione ex art. 1341 c.c. e condizioni generali

• **Clausole vessatorie e approvazione telematica priva di firma digitale**
 • **Insufficienza della firma digitale «debole»**
 • **Inefficacia.**

Nei contratti telematici, l'accettazione di una proposta negoziale con la tecnica del «tasto virtuale» o «point and click» è sufficiente a manifestare il consenso e ritenere perfezionato il contratto, in quanto vincolo negoziale a forma libera. Nell'ipotesi di un contratto per adesione, delineato da condizioni generali uniformi predisposte da uno solo dei contraenti, ed accettato mediante un sistema telematico, il requisito ex art. 1341, comma 1°, c.c. della conoscenza della proposta con-

trattuale contenuta nelle condizioni generali degrada a mera conoscibilità, che può essere soddisfatto anche con il richiamo delle relative clausole attraverso collegamento ipertestuale (link).

Periculum in mora

• **Sospensione unilaterale dell'account utilizzato per il commercio elettronico da parte del provider**
 • **Configurazione oligopolistica del mercato dell'e-trade • Danno irreparabile • Sussiste.**

Sono vessatorie le condizioni generali di contratto che riservano al provider la facoltà di sospendere unilateralmente l'account business di un professionista del commercio elettronico su eBay. Ai fini della validità di una clausola vessatoria contenuta in un contratto on line occorre la specifica sottoscrizione della stessa con l'impiego della firma digitale dell'aderente, non essendo sufficiente la mera accettazione con «tasto virtuale», ovvero una firma elettronica c.d. debole. Il mercato dell'e-commerce ha una struttura economica oligopolista ed è caratterizzato da una forte concentrazione a favore di pochi operatori. Un soggetto specializzato in aste on line come eBay, che vanta un'ampia platea di utenti, non può escludere a tempo indeterminato dalla propria piattaforma, un operatore di commercio elettronico senza causargli un danno irreparabile. Il pericolo di un danno irreparabile deve considerarsi in re ipsa.

FATTO E DIRITTO. — Clotec Elettronica e Tecnologia di D.C., svolgente attività di commercializzazione tramite internet di prodotti di elettronica, informatica, modellismo, subacquea ed altro, con ricorso depositato il 25 maggio 2011, esponeva che il gestore della piattaforma vir-

tuale di eBay. Aveva illegittimamente sospeso l'account professionale « clotec_com » utilizzato per la pubblicità e la vendita dei suoi prodotti agli utenti della rete eBay.

In particolare, evidenziava che il gestore eBay aveva attuato una serie di ingiustificate restrizioni sino a giungere, nel gennaio del 2011, alla sospensione a tempo indeterminato dell'account clotec_com; che tale grave limitazione, equivalente negli effetti ad una risoluzione del contratto, avveniva senza previo avviso e in assenza di un inadempimento grave della ricorrente, la quale, anzi, nel corso delle sue transazioni sulla piattaforma eBay, aveva conseguito un elevato grado di soddisfazione degli acquirenti, rivelandosi quindi un venditore serio ed affidabile. Chiedeva, pertanto, che il giudice designato, con provvedimento di urgenza, ai sensi dell'art. 700 c.p.c. ordinasse a eBay Europe s.a.r.l., eBay international AG, eBay Italia s.r.l. di riattivare l'account « clotec_com », con vittoria di spese del giudizio.

Alle richieste della ricorrente le resistenti replicavano che unica legittimata passiva nel giudizio era eBay Europe s.a.r.l., essendo le altre due estranee al rapporto contrattuale; che la sospensione dell'account clotec_com era avvenuta legittimamente in ragione delle gravi e reiterate violazioni di Clotec ad una pluralità di regole previste nel regolamento contrattuale, relative, precisamente, al gradimento degli utenti, alla performance del venditore, alla offerta di oggetti vietati, ai metodi di pagamento, all'utilizzo di link non consentiti e al divieto di inserzioni di siti web personali o aziendali; che i pregiudizi lamentati configuravano mero danno economico non tutelabile con il ricorso d'urgenza.

Il giudice con ordinanza depositata il 23 agosto 2011 rigettava il ricorso osservando che, seppure la clausola intitolata « Abuso di eBay » contenuta nell'Accordo per gli utenti (documento disciplinante le condizioni generali di contratto), invocata da eBay come titolo giustificativo del potere di risolvere il contratto, dovesse ritenersi nulla ex art. 1341 c.c., per assenza di specifica sottoscrizione da parte di Clotec, configurandosi come clausola vessatoria attribuita al provider del potere di recedere ad nutum dal contratto, tuttavia la sospensione dell'account clotec_com aveva costituito legittimo rifiuto del provider di eseguire la propria prestazione, ai sensi dell'art. 1460 c.c., a fronte di un grave inadempimento della controparte alle regole sull'« inadempimento del venditore », presenti sul portale www.ebay.it e vincolanti tra le parti in quanto conoscibili con l'ordinaria diligenza.

Avverso la predetta ordinanza proponeva reclamo Clotec, reiterando le argomentazioni svolte nei precedenti atti difensivi e deducendo in particolare che il Giudice aveva omesso ogni valutazione sulla gravità dell'inadempimento, basandosi solo sulle non dimostrate affermazioni di controparte e che, non avendo controparte mai proposto l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., il Giudice, nel rilevarla d'ufficio, era andato ultrapetita.

EBay Europe s.a.r.l., eBay international AG, eBay Italia s.r.l., ribadendo le argomentazioni e difese illustrate nella prima fase, insistevano per il rigetto del reclamo e la conferma dell'ordinanza impugnata.

Il Tribunale, esaminati gli atti, rileva quanto segue.

In punto di legittimazione passiva devono condividersi le valutazioni del Giudice di prima istanza che ha ritenuto che legittimata passivamente fosse unicamente eBay Europe s.a.r.l.

Nell'accordo per gli utenti è indicato chiaramente che «parte contrattuale di coloro che risiedono all'interno dell'Unione Europea è eBay Europe S.a.r.l.». Inoltre, le fatture relative al rapporto con l'impresa ricorrente sono state emesse dalla suddetta società. Ciò è sufficiente per ritenere l'estraneità di eBay Italia s.r.l. e eBay International AG al rapporto negoziale relativo all'utilizzo dei servizi di hosting, che sono dunque carenti di legittimazione passiva in relazione alle istanze formulate dalla ricorrente.

La valutazione del *fumus boni iuris*, comporta, innanzitutto, l'individuazione della disciplina applicabile al caso di specie.

Come già osservato dal primo Giudice, non può venire in rilievo la tutela apprestata dal codice di consumo (D.Lgs. 206/2005), non rivestendo la ricorrente la qualifica di consumatore.

Consumatore, difatti, è colui che utilizza il contratto per il raggiungimento di scopi legati a bisogni o interessi personali, sganciati dall'esercizio di una professione e di un'attività imprenditoriale. Professionista, invece, è colui che acquista o utilizza beni o servizi per scopi riferibili all'attività imprenditoriale e professionale svolta.

L'opinione prevalente ritiene che la verifica circa la finalità del contratto prescindendo dall'aspetto soggettivo delle intenzioni del contraente, ma debba effettuarsi su un piano oggettivo, mettendo a confronto cioè le caratteristiche del bene o del servizio con la qualità dell'acquirente e con la natura dell'attività esercitata. È necessario, quindi, che il contratto stipulato sia inquadrabile tra le manifestazioni tipiche dell'attività esercitata e non utilizzato solo occasionalmente per lo svolgimento dell'attività. Fatta tale premessa, è indubbio che per colui che svolge professionalmente attività di commercio on line, il contratto avente ad oggetto l'utilizzazione di servizi di hosting appare strettamente connesso, in quanto strumentale e propedeutico, all'attività esercitata; configurandosi quindi, come manifestazione tipica della professione.

Il rapporto negoziale per cui è causa resta fuori anche dall'ambito di applicazione della legge 192/98. Tale normativa, disciplinante la subfornitura nelle attività produttive, presuppone l'inserimento del subfornitore, nel processo produttivo di un'impresa committente, la quale gli conferisce talune fasi di lavorazione o l'incarico di predisporre parti del prodotto finale. La subfornitura non è altro che una lavorazione su commessa, manifestazione del fenomeno del decentramento produttivo, caratterizzata da dipendenza economica e tecnologica dell'impresa subfornitrice. In ragione di ciò, non può in alcun modo ricondursi la relazione commerciale intercorsa tra le parti — concernente l'acquisto da parte di Clotec di un servizio di hosting per la vendita dei propri prodotti — all'istituto della subfornitura, proprio per la diversità dei settori economici su cui operano le parti.

Delimitato dunque il campo di indagine, si può affermare che trattasi di contratto concluso tra due professionisti, secondo lo schema del contratto per adesione, la cui disciplina trova il suo riferimento nell'art. 1341 del codice civile. È necessario, a questo punto, fare una premessa di ordine generale.

Il contratto di adesione a condizione generali, destinato a soddisfare le esigenze della contrattazione di massa, è caratterizzato, come è noto, da asimmetria di potere contrattuale tra le parti, poiché il regolamento è delineato da condizioni generali uniformi unilateralmente predisposte da uno dei contraenti, in assenza, quindi, di trattativa.

Il requisito della conoscenza, previsto dall'art. 1326 c.c., in tale categoria contrattuale degrada a mera conoscibilità delle condizioni generali di contratto. Per le clausole vessatorie, elencate al secondo comma, è prescritto l'elemento formale della doppia sottoscrizione per iscritto.

Nell'ipotesi, come quella in esame, in cui il contratto per adesione venga concluso mediante un sistema telematico si pone una triplice serie di questioni relative al perfezionamento del contratto, alla conoscibilità delle condizioni generali di contratto e al requisito formale della approvazione specifica delle clausole vessatorie.

In ordine alla prima questione, è pacifico oramai che, vigendo nel nostro ordinamento il principio di libertà delle forme, *la tecnica « del tasto virtuale » o « point and click »*, utilizzata normalmente nella contrattazione telematica, è sufficiente a manifestare il consenso contrattuale e ritenere perfezionato il contratto, laddove si tratti di contratto a forma libera.

Con riguardo alle clausole vessatorie on line, l'opinione dottrinale prevalente — alla quale il Tribunale aderisce — ritiene che non sia sufficiente la sottoscrizione del testo contrattuale, ma sia necessaria la specifica sottoscrizione delle singole clausole, che deve essere assolta con la firma digitale. Dunque, nei contratti telematici a forma libera il contratto si perfeziona mediante il tasto negoziale virtuale, ma le clausole vessatorie saranno efficaci e vincolanti solo se specificamente approvate con la firma digitale.

Sulla questione, infine, della conoscibilità delle condizioni generali nei contratti telematici, si ritiene che tale condizione sia soddisfatta anche quando le condizioni generali non sono riportate nel testo contrattuale, ma sono contenute in altre schermate del sito o in pagine di secondo livello, purché venga dato risalto al richiamo e la postazione contenente la clausola richiamata sia accessibile mediante il relativo collegamento elettronico (link). Posizioni più intransigenti affermano che per la sussistenza della conoscibilità, il sito deve essere organizzato in modo tale che non sia possibile approvare il testo contrattuale se non dopo essere passati dalla pagina contenente le clausole contrattuali ed avere confermato l'avvenuta lettura. La conoscibilità, poi, per comune opinione, richiede la intelligibilità della clausola, avuto riguardo alla sua formulazione, alla linguistica e alla presentazione grafica.

Passando ora all'esame della fattispecie concreta, vi è un contratto tra le parti che si è perfezionato in forma telematica mediante la pressione del tasto virtuale ed il cui testo negoziale, contenente le condizioni generali, è rappresentato dall'« Accordo per gli utenti ».

Tra le clausole di detto regolamento contrattuale, viene in rilievo quella denominata « abuso di ebay », in base alla 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* ».

Secondo la prospettazione di eBay, il diritto di risoluzione del contratto è stato legittimamente esercitato sulla base di tale pattuizione, che può essere inquadrata o nell'art. 1453 c.c. (risolubilità del contratto per inadempimento) o nell'art. 1456 c.c. (clausola risolutiva espressa). Aggiunge,

inoltre, che non attribuendo un diritto di recesso, la stessa non abbisogna di specifica approvazione per iscritto ai sensi dell'art. 1341 c.c.

Va osservato, *in primis*, che il richiamo all'art. 1453 c.c. non è pertinente, riguardando la norma la risoluzione giudiziale per inadempimento, conseguente, cioè, ad una pronuncia costitutiva del Giudice previo accertamento della gravità dell'inadempimento.

Circa, invece, la possibilità di inquadrare la clausola nell'art. 1456 c.c., deve condividersi la valutazione del primo Giudice che ha escluso la correttezza di una siffatta qualificazione.

Ed invero, affinché la pattuizione possa considerarsi clausola risolutiva espressa, occorre che vi sia una indicazione specifica delle obbligazioni che devono essere adempiute a pena di risoluzione. Se l'indicazione è invece generica o il riferimento è al complesso delle pattuizioni, la clausola non avrà alcun valore, in quanto di mero stile (Cass. 4563/00; Cass. 1950/09). Tale requisito di specificità manca nella clausola « abuso di Ebay », formulata mediante un riferimento a non meglio identificate « azioni contrarie alle proprie regole », sicché ne consegue l'impossibilità di qualificarla come clausola risolutiva espressa, a cagione appunto della sua indeterminatezza.

Volendola, invece, interpretare come clausola attributiva di un potere di recesso, deve senz'altro ritenersi inefficace, mancando la specifica sottoscrizione, ai sensi del secondo comma del 1341 c.c.. Si è già detto, infatti, che non è sufficiente l'approvazione del testo contrattuale (mediante la pressione del testo virtuale in calce al modulo di registrazione), per riconoscere efficacia alle *clausole vessatorie*, occorrendo una autonoma visualizzazione delle stesse con una specifica approvazione, o quanto meno una sottoscrizione per gruppo di *clausole vessatorie*, numericamente indicate. Mancando il requisito della specifica sottoscrizione, appare superfluo addentrarsi nella problematica della equiparabilità del sistema del point and click alla firma digitale debole e della sufficienza della firma digitale debole a soddisfare il requisito della forma scritta.

Pertanto, la clausola, essendo irrimediabilmente affetta da nullità, nessun potere di sospensione dell'account poteva legittimare.

Tuttavia il Giudice ha ritenuto legittimo il comportamento di eBay, poiché inquadrabile nello schema del 1460 c.c. che attribuisce al contraente la facoltà di rifiutare la prestazione a fronte dell'inadempimento della controparte.

Ha osservato che le uniche inadempienze, tra le tante contestate, che potevano legittimare il rifiuto di eseguire la prestazione erano quelle relative all'insufficiente valutazione degli acquirenti, poiché gli ulteriori addebiti non erano stati contestati con la comunicazione del provvedimento di sospensione, ma solo in epoca postuma, e pertanto l'eccezione di inadempimento, con riferimento a tali ultimi addebiti, appariva contraria a buona fede. Ha evidenziato inoltre che le regole sugli standards del venditore per mantenere elevata la soddisfazione degli utenti, indicate nella pagina « inadempimento del venditore » erano vincolanti per le parti perché conoscibili con la diligenza media e che, per il numero di controversie aperte, l'inadempimento di Clotec a tali regole non poteva non ritenersi grave.

Il primo aspetto che occorre approfondire attiene alla conoscibilità delle regole sull'« inadempimento del venditore che individuano i parametri per la valutazione degli standards di un venditore. Ad avviso del Col-

legio, il requisito della conoscibilità non è soddisfatto nella ipotesi in esame, per le seguenti ragioni.

Le regole sull'inadempimento del venditore non sono contenute nell'Accordo per gli utenti, costituente — per stessa ammissione di parte resistente — il regolamento contrattuale, accettato dall'utente al momento della registrazione al sito. Si è già illustrato sopra, come la conoscibilità delle clausole contenute in schermate diverse dal testo contrattuale richieda, secondo l'opinione dottrina prevalente, che il richiamo alle stesse sia possibile dallo stesso testo contrattuale mediante il collegamento con un link e che, inoltre, si dia risalto a tale richiamo. Dalla documentazione prodotta dalle parti, rappresentativa delle schermate del sito ebay, non sembrano ricorrere tali requisiti. Dall'Accordo per gli utenti non vi è un collegamento diretto alle regole inadempimento del venditore (come avviene ad esempio per gli oggetti di cui è vietata la vendita, per le regole sulla privacy, per le azioni volte a destabilizzare il sistema di feedback ecc.) ed alle stesse l'accordo non conferisce risalto in alcun modo. Poi, non è univoco e intuitivo il percorso ipertestuale che dall'accordo per gli utenti porta a tali regole. Del resto è la stessa eBay ad affermare che alla lettura delle regole sull'inadempimento del venditore si giunge attraverso il percorso che parte dalla sezione « aiuto » o da « mappa del sito » o dal motore di ricerca previo inserimento delle parole chiave. Ritiene il Giudicante che la « conoscibilità » richieda, invece, che alla lettura della regola si possa pervenire dal testo negoziale accettato dalle parti (rectius Accordo per gli utenti) attraverso passaggi univoci e diretti e non già attraverso una ricerca mirata della regola attraverso il motore di ricerca o la mappa del sito (che funge da cartina geografica) o avvalendosi della sezione « aiuto ».

Va rilevato, poi, che anche la tecnica di redazione delle regole relative agli standards e all'inadempimento del venditore pecca di chiarezza, poiché molte di esse non hanno una formulazione letterale di evidente contenuto precettivo, ma si presentano sotto forma di esortazione e di consigli, e non già di divieto. Manca, poi, una chiara correlazione tra violazione della regola e relativa sanzione, essendoci solo generici riferimenti alla « possibilità di subire restrizioni nel caso in cui i consigli di eBay non vengano attentamente seguiti ». Tali circostanze possono generare confusione anche in una persona di media diligenza e non rendono edotto il contraente, in maniera puntuale e precisa, dell'ampiezza dei propri obblighi e della portata delle conseguenze di una loro violazione.

Altro aspetto che occorre esaminare attiene alla rilevanza d'ufficio della eccezione di inadempimento. Ritiene il Collegio che l'*exceptio inadimpleti contractus* è rimessa alla disponibilità e all'iniziativa della parte, trattandosi di eccezione in senso proprio. Il Giudice che rilevi d'ufficio tale eccezione, incorre nella violazione di cui all'art. 112 c.p.c.

In tal senso è l'orientamento giurisprudenziale maggioritario: « l'*exceptio inadimpleti contractus*, di cui all'art. 1460 cod. civ., costituisce un'eccezione in senso proprio, rimessa pertanto alla disponibilità ed all'iniziativa del convenuto, senza che il giudice abbia il dovere di esaminarla d'ufficio. Tuttavia, essa, al pari di ogni altra eccezione, non richiede l'adozione di forme speciali o formule sacramentali, essendo sufficiente che la volontà della parte di sollevarla (onde paralizzare l'avversa domanda di adempimento) sia desumibile, in modo non equivoco, dall'insieme delle sue difese e, più in generale, dalla sua condotta processuale,

secondo un'interpretazione del giudice del merito che, se ancorata a corretti canoni di ermeneutica processuale, non è censurabile in sede di legittimità». (Cass. 11728/02; Cass. 20870/09; Cass. 2706/04).

Dalle difese delle resistenti tale eccezione non è mai stata dedotta, né essa è desumibile implicitamente dal tenore delle difese stesse.

Le resistenti, infatti, richiamando gli artt. 1453 c.c. e 1456 c.c., hanno invocato un diritto alla risoluzione discendente dalla legge o dal contratto, mentre l'eccezione di inadempimento è un mezzo di autotutela privata, consentito dalla legge in presenza di determinati presupposti, che legittima il contraente a non adempiere la propria prestazione senza incorrere in responsabilità al riguardo, per evitare una situazione di disuguaglianza tra le parti del rapporto contrattuale. Alla luce, quindi, di tutte le considerazioni sopra esposte, il *fumus boni iuris* appare sussistente.

Ed infine, quanto al *periculum in mora*, come è noto, la tutela d'urgenza si è ormai aperta anche a pregiudizi di carattere patrimoniale, tutte le volte in cui ad essi siano indissolubilmente correlate situazioni giuridiche soggettive non patrimoniali, che potrebbero essere pregiudicate irrimediabilmente dal ritardo nella concessione della tutela.

Parte resistente ha affermato che il danno derivante dalla perdita di clienti, per effetto della sospensione dell'account, è un mero danno economico e, come tale, non tutelabile con lo strumento del 700 c.p.c.

Tale affermazione non è condivisibile. Occorre, infatti, considerare che il settore dell'e-commerce è attualmente caratterizzato da una forte concentrazione nelle mani di pochi operatori e che la piattaforma di eBay è quella che vanta la platea più ampia di utenti. Di fronte a tale dato, è di scarsa rilevanza la circostanza della presenza di propri siti internet da parte di Clotec, non equiparabili, infatti, per diffusione ed importanza alla piattaforma eBay.

Questo sistema oligopolista che attualmente caratterizza il mercato elettronico deve indurre a ritenere che l'esclusione a tempo indeterminato da eBay non si traduca semplicemente in una mera perdita di clienti, ma abbia una incidenza molto più pesante che può arrivare sostanzialmente, ad escludere l'impresa dal mercato stesso. Bisogna poi considerare il danno alla reputazione che subisce l'impresa a seguito della sospensione dell'account. È facile immaginare, infatti, che la scomparsa di Clotec dalla vetrina di eBay possa determinare negli utenti del sito il convincimento che la stessa non sia un venditore serio ed affidabile.

Sussiste, pertanto, anche il *periculum in mora*, poiché, per le ragioni sopra esposte, l'esclusione a tempo indeterminato dalla piattaforma di eBay potrebbe verosimilmente determinare una situazione di insolvenza dell'impresa Clotec, che opera unicamente nel commercio on line.

Il reclamo va dunque accolto e va ordinato a eBay Europe s.a.r.l. di riattivare l'account clotec.com.

La complessità e la novità delle questioni giustificano la compensazione delle spese.

P.Q.M. — Decidendo sul reclamo proposto da Clotec Elettronica e Tecnologia di D.C. nei confronti di eBay Europe S.A.R.L., eBay International AG, eBay Italia s.r.l., avverso l'ordinanza del 23 agosto 2011 del Giudice designato di questo Tribunale, in riforma del provvedimento reclamato ordina a eBay Europe S.A.R.L. di riattivare l'account clotec_com, intestato a C.G..

Compensa interamente le spese del procedimento.

**SOSPENSIONE DI UN
ACCOUNT SU EBAY:
IL CONTRATTO
TELEMATICO B2B TRA
ACCETTAZIONE POINT
AND CLICK E TUTELA
DELL'ACCESSO
AL MERCATO DEL
COMMERCIO ELETTRONICO**

1. IL CASO.

Il caso è quello di un operatore commerciale di Catanzaro, presente su eBay per svolgere attività di commercializzazione dei propri prodotti tramite Internet.

Tale operatore di commercio elettronico, in particolare, dopo la sospensione del proprio *account business* da parte degli amministratori del noto portale di aste *on line*, si rivolge al Tribunale di Catanzaro per ottenerne la riattivazione immediata con provvedimento ai sensi dell'art. 700 c.p.c.. Il Tribunale in prima istanza nega la richiesta cau-

tela. Ma, successivamente, l'ordinanza sopra riportata riforma in sede collegiale la precedente decisione stabilendo, in accoglimento del reclamo, il ripristino dell'*account* della ditta ricorrente.

La vicenda, dunque, si incentra sul rapporto negoziale tra un operatore professionale di commercio elettronico ed il portale di aste *on line* più diffuso al mondo; contratto questo stipulato — per adesione via Internet — al fine di consentire al primo di utilizzare i servizi di *e-marketplace* offerti dal secondo e raggiungere così un vasto numero di utenti e potenziali *buyer*.

Sicché, collocata la fattispecie nel perimetro generale dei contratti tra professionisti, c.d. *business to business*, denominati anche «B2B»¹, e del contratto telematico predisposto unilateralmente su condizioni generali e moduli provenienti dal fornitore dei servizi (elettronici), la nostra indagine seguirà l'inquadramento del rapporto negoziale *de quo* secondo il duplice profilo, rispettivamente soggettivo ed oggettivo ben distinguibili nell'*iter* decisionale del provvedimento in esame.

Ebbene, sulla scorta della qualificazione soggettiva del rapporto quale contratto tra professionisti, il giudice calabrese affronta, *in primis et ante omnia*, la questione preliminare relativa all'eventuale applicabilità della tutela derivante dal Codice del Consumo (ex D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206) per il ripristino in via d'urgenza dell'*account* della ditta ricorrente.

Sul punto, il Collegio — senza tuttavia toccare, a conclusione del suo ragionamento, il complesso nodo delle aste telematiche c.d. *business to*

¹ Sulla nota classificazione introdotta dagli economisti statunitensi (che distingue i contratti di commercio elettronico in contratti: i) *business to business* o B2B; ii) *business to consumer* o B2C; iii) *consumer to consumer* o C2C; e iv) *business to administration* o B2A, quale

forma di commercio elettronico tra imprese e pubblica amministrazione), si rinvia, tra i molti, a R. D'ORAZIO, *Il regolamento degli acquisti nel commercio elettronico*, in (a cura di V. RICCIUTO-N. ZORZI) *Il contratto telematico*, Padova, 2002, 234.

consumer, vietate ai venditori dettaglianti ai sensi dell'art. 18, comma 5°, del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 114², né porsi il problema della qualificazione delle aste *on line* per escluderle *a priori* dall'ambito di applicazione del Codice del Consumo, ai sensi dell'art. 51, lett. e)³ —, lascia trasparire una discreta avvedutezza circa le nozioni di « consumatore » e di « professionista », negando nel caso concreto la tutela consumeristica per la riattivazione dell'*account* della ricorrente; sebbene ditta individuale e non incorporata come persona giuridica⁴.

In particolare, riecheggiando le definizioni di consumatore e professionista formulate a partire dall'introduzione degli art. 1469-bis c.c. e ss., l'ordinanza sembra aderire alla c.d. teoria della finalità dell'atto per distinguere le due figure⁵, e non ammettere la ditta ricorrente nel novero della categoria dei consumatori ai fini dell'attribuzione della relativa tutela;⁶ atteso che consumatore è colui che « *utilizza il contratto per il raggiungimento di scopi legati a bisogni o interessi personali, sganciati dall'esercizio di una professione e di un'attività imprenditoriale* », mentre professionista « *è colui che acquista o utilizza beni per scopi riferibili all'attività imprenditoriale e professionale svolta* ».

Attraverso tali statuizioni, viene evidenziato quel costante collegamento tra consumatore e contratto che ha sempre indirizzato gli interpreti verso

² Il divieto delle aste telematiche dal dettagliante al consumatore è stabilito ex art. 18, comma 5°, D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 114 (c.d. Decreto Bersani sulle liberalizzazioni). Secondo tale disposizione: « *le operazioni di vendita all'asta realizzate per mezzo della televisione o di altri sistemi di comunicazione sono vietate* ». L'ampio dibattito suscitato a suo tempo dalla norma in questione ha reso necessari dei chiarimenti. Detti chiarimenti sono stati resi con la Circolare 1° giugno 2000, n. 3487/C e, successivamente, con la Circolare 17 giugno 2002, n. 3547/C, rispettivamente del Ministero dell'Industria, Commercio e Artigianato e poi del Ministero delle Attività Produttive. Alla luce di tale disciplina, il divieto concerne forme speciali di vendita al dettaglio e si applica unicamente agli operatori dettaglianti che svolgono attività di acquisto per la rivendita ai consumatori finali. Ne risultano esclusi, pertanto, tutti i soggetti che non rientrano nella definizione di attività di commercio al dettaglio, fornita dall'art. 4, comma 1°, lett. b), D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 114, che la qualifica come « *l'attività svolta da chiunque professionalmente acquista merci in nome e per conto proprio e le rivende, su aree private in sede fissa o mediante altre forme di distribuzione, direttamente al consumatore finale* », rimanendo esonerati dal divieto i grossisti in quanto non esercitano attività di rivendita ai consumatori.

³ All'art. 51, lett. e), D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, vengono esclusi dall'am-

bito di applicazione i contratti a distanza, « *conclusi in occasione di una vendita all'asta* ». Tuttavia, secondo l'interpretazione dominante, le aste *on line* non rientrerebbero nella fattispecie dell'asta tradizionale, ma rappresenterebbero delle « vendite a prezzo dinamico », alle quali è applicabile la disciplina dei contratti a distanza, ivi compreso il diritto di recesso stabilito a favore del consumatore. Così: L. BRESSAN, *Le aste on line*, in (a cura di G. CASSANO) *Commercio elettronico e tutela del consumatore*, Milano, 2003, 209.; 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; F. CASAROSA, *I siti di aste on-line: un esempio di regolazione delle comunità telematiche?*, in questa *Rivista*, 2007, 6, 125.

⁴ Secondo la definizione di cui all'art. 3, D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, consumatore è solo una persona fisica.

⁵ E. GABRIELLI-A. ORESTANO, *Contratti del consumatore*, Torino, 2000, 3.

⁶ La distinzione tra contratti B2B e B2C è particolarmente importante in considerazione delle specifiche disposizioni sulla protezione del consumatore, inapplicabili nella prima categoria di contratti (cfr. V.Z. ZENCOVICH, *La tutela del consumatore nel commercio elettronico*, in questa *Rivista*, 2000, 447; M. BESSONE, *E-economy e commercio elettronico. Quale diritto per i tempi di Internet?*, in questa *Rivista*, 2002, 1, 43).

la nozione relazionale di consumatore⁷, ai cui fini non rilevano tanto le caratteristiche soggettive di esso, quanto la posizione assunta nel contratto⁸. Coerentemente, il provvedimento, da un lato, si riaggancia a quella parte della dottrina⁹, e della giurisprudenza della Suprema Corte¹⁰, che ha ritenuto sufficiente — per escludere la qualifica di consumatore — la sussistenza di un collegamento funzionale tra contratto (o bene o servizio che ne costituisce l'oggetto) ed attività svolta dal contraente; e, dall'altro, ha il pregio di dare il proprio contributo (sebbene *a contrario*) alla teoria dello scopo dell'atto di consumo in un ambito particolare come è quello dei servizi telematici per l'*e-commerce*.

Così, secondo il Tribunale di Catanzaro, assunto che « *la verifica circa la finalità del contratto prescinda dall'aspetto soggettivo delle intenzioni del contraente, ma debba effettuarsi su un piano oggettivo, mettendo a confronto cioè le caratteristiche del bene e del servizio* (ndr: oggetto del contratto medesimo) *con la qualità dell'acquirente e con la natura dell'attività esercitata* »¹¹, un rapporto di *e-commerce* può considerarsi estraneo alla tutela consumeristica, allorquando il « *contratto avente ad oggetto l'utilizzazione dei servizi di hosting appare strettamente connesso, in quanto strumentale e propedeutico all'attività esercitata, configurandosi quindi come manifestazione tipica della professione* ».

2. SINTESI DELLE QUESTIONI GIURIDICHE TRATTATE.

Oltre alla predetta questione definita sulla base della qualificazione soggettiva del rapporto dedotto, sul profilo oggettivo diverse sono le considerazioni che hanno convinto il giudice calabrese ad accogliere la richiesta della ricorrente.

Alcune di tali considerazioni, in particolare quelle conclusive su cui per lo più pare fondarsi la modifica del precedente monocratico, riguardano alcuni aspetti della disciplina della clausola risolutiva espressa e del regime di rilevanza dell'eccezione *inadimpleti contractus* ex art. 1460 c.c., che, tuttavia, per la loro portata generale, esulano dal presente commento. Altre, invece, che rivestono interesse maggiore ai fini della presente annotazione — nonostante il loro minore potenziale decisorio effettivo —, sono quelle che si rinviengono all'inizio della parte motivazionale.

⁷ D'altronde, la sentenza Corte di Giustizia del 3 luglio 1997, causa C-269/95, *Benincasa vs. Dentalkit s.r.l.* (in *Eur. dir. priv.*, 1998, 335 ss.) ha affermato che « *al fine di stabilire lo status di consumatore di una persona, nozione che va interpretata restrittivamente, occorre riferirsi al ruolo di tale persona in un contratto determinato, rispetto alla natura ed alla finalità di quest'ultimo, e non invece alla situazione soggettiva di tale stessa persona* ».

⁸ La nozione di consumatore, in particolare, è presente nel D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70 di attuazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico e corrisponde, nella sostanza, a quella contenuta nel

D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, secondo cui per « *consumatore* » o « *utente* » deve intendersi « *la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta* ».

⁹ *Inter alia*, G. ALPA-G. CHINÈ, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. Civ. XV*, App., Torino, 1997, 578.

¹⁰ Cass., 25 luglio 2001, n. 10127.

¹¹ E che il termine scopo del contratto non debba essere inteso in senso soggettivo, quale motivo individuale del contraente, è pacifico in dottrina, v. *inter alia*, E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, 40.

Concentrando l'analisi su queste ultime e volendo dare un'anticipazione delle tematiche trattate giova sintetizzare, per comodità espositiva, i diversi argomenti toccati dalla pronuncia calabrese.

Ebbene, il Tribunale di Catanzaro, esaminando il *fumus* dei diritti dedotti in cautela, affronta con completezza — anche se non sempre in maniera esplicita e diretta — le questioni più rilevanti del contratto per adesione in via telematica stipulato nella specie.

Sotto tale aspetto, la pronuncia in esame si inserisce in quel filone tematico che ha impegnato autorevoli esponenti della dottrina in accese discussioni circa la natura dell'accordo, la formazione del consenso negoziale, e l'efficacia delle clausole vessatorie nelle moderne operazioni di contrattazione telematica sulle quali sempre di più, ormai, si fondano lo scambio di beni e servizi e l'incremento dei traffici digitali¹². Ed anzi, poichè, come notato qualche anno fa da alcuni commentatori¹³, si è assistito sinora ad un ampio fiorire di contributi dottrinari sulla disciplina del c.d. contratto telematico non corroborate però, da un'altrettanta vivacità di interventi giurisprudenziali, l'ordinanza calabrese rappresenta uno dei rari precedenti di merito sugli argomenti in questione dotato, in quanto tale, di una rilevanza che travalica il contenuto stesso del *decisum*¹⁴.

Ma, la pronuncia in commento si distingue anche e se non di più in relazione ad un ulteriore profilo che il Tribunale di Catanzaro — ribaltando il precedente monocratico in punto di *periculum in mora* — pone in luce valutando la struttura economica del mercato del commercio elettronico in termini di oligopolio e forte concentrazione nell'offerta dei servizi.

In proposito — riaffermando alcuni principi elaborati da una recente decisione assunta sempre in materia cautelare, e sempre nei confronti di eBay¹⁵ —, il giudice calabrese, come si vedrà, configura la rilevanza delle piattaforme di commercio elettronico, e la loro « indispensabilità » per qualunque operatore di *e-trade* che intenda avere un accesso al mercato, quale requisito idoneo ad integrare il *periculum* in caso di sospensione di un *account business*, delineando implicitamente il pregiudizio per l'*e-trader*, titolare dell'*account* sospeso, quasi come un danno *in re ipsa*. Con il che si conferma l'attuale sensibilità della giurisprudenza di merito nel considerare la struttura economica (attualmente, concentrata ed oligopolistica) del mercato del commercio elettronico come elemento valutativo

¹² Cfr. R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, Milano, 1985; F. PARISI, *Il contratto concluso mediante computer*, Padova, 1987; R. BORUSSO, *Computer e diritto*, Milano, 1988; A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997; C.M. BIANCA, *I contratti digitali*, in *Studium iuris*, 1998, 1035; G. DE NOVA, *Un contratto di consumo in Internet*, in *I contratti*, 1999, 2, 113; E. TOSI, *La conclusione dei contratti on line*, in (a cura di E. TOSI) *I problemi giuridici di Internet dall'e-commerce all'e-business*, Milano, 2001, 34; P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica. Sistema e Prassi*, in (a cura di F. GALGANO) *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico economico*, XLI, Padova, 2006.

¹³ Cfr. G. CASSANO-I.P. CIMINO, *Contratto via Internet e tutela della parte debole*, in *I Contratti*, 2002, 10, 870, nota a sentenza Giudice di Pace di Partanna, 1° febbraio 2002.

¹⁴ V. Giudice di Pace di Partanna, già cit.; Trib. Novara, 20 novembre 2004, in *Diritto dell'Internet*, 2, 2005, 141; Trib. Roma, 11 agosto 2004, in *Diritto dell'Internet*, 2, 2005, 153; Trib. Monza, 27 ottobre 2005, in *Platinum*, 2010; Trib. Messina, 7 luglio 2010, con nota di I.P. CIMINO, *Sospensione dell'account di vendita nel marketplace di eBay, tutela del contratto e della libertà di impresa nel commercio elettronico*, in questa *Rivista*, 2011, 1, 118.

¹⁵ Trib. Messina, 7 luglio 2010, già cit..

del comportamento contrattuale e privatistico dei soggetti coinvolti, includendo nel campo dei rapporti negoziali nozioni e contenuti di tipo *anti-trust* e regolatorio, più confacenti al diritto pubblico economico che al settore strettamente gius-privatistico.

3. CENNI SUL CONTRATTO TELEMATICO.

Giunto all'individuazione della fattispecie dal punto di vista oggettivo, l'organo giudicante passa ad esaminare le problematiche derivanti dalla particolare tipologia di perfezionamento contrattuale, avvenuta per adesione a condizioni generali di contratto secondo lo schema tipico dell'art. 1341 c.c. e per via telematica.

In particolare, il Tribunale di Catanzaro, fornisce le proprie soluzioni circa il triplice ordine di problemi che la forma negoziale telematica solitamente comporta: 1) il perfezionamento del contratto; 2) la conoscibilità delle condizioni generali; e 3) l'individuazione del requisito formale richiesto per la corretta approvazione delle clausole vessatorie.

Tuttavia, prima di esaminare le soluzioni applicative offerte dal giudice calabrese sulle predette questioni, appare doveroso descrivere — sia pure brevemente — il fenomeno contrattuale di cui trattiamo.

Come è ampiamente noto, la dottrina si è lungamente interrogata sulla collocazione sistematica da dare ai contratti telematici.

In un primo momento è prevalsa l'idea di inserire i contratti telematici nella dogmatica dell'oggetto del contratto, distinguendoli dal contratto ordinario sulla sola base della diversa tipologia dell'oggetto della prestazione convenuta tra le parti. In tale quadro, i contratti telematici venivano identificati con i contratti aventi oggetto informatico, ossia con i contratti aventi ad oggetto il trasferimento o lo scambio di un bene o l'esecuzione di un servizio volto a soddisfare un bisogno informatico (ad esempio l'acquisto o la fornitura di *hardware*, l'istallazione o la manutenzione di un *software*)¹⁶.

Muovendo da tale prima impostazione, si è successivamente collocato il fenomeno dei contratti *on line* nell'ambito della causa del negozio, sostenendo che la particolarità del contratto telematico risiedesse nello scopo concretamente perseguito dalle parti attraverso l'utilizzo del mezzo informatico per facilitarne l'attuazione. Tale ricostruzione, nel corso del tempo, è stata però tralasciata pur avendo avuto il merito di ampliare la categoria dei contratti elettronici, estendendo la classificazione non solo ai contratti informatici, ovvero ad oggetto connesso all'informatica, ma anche a qualsiasi contratto il cui scopo trova esecuzione attraverso lo strumento informatico¹⁷.

Dottrina assai autorevole, in seguito, sulla scia della predetta ultima impostazione e, soprattutto, dello sviluppo dei traffici elettronici, ha finito per ricostruire il contratto telematico nell'ambito della forma del contratto, sostenendo che se i contratti telematici sono quelli il cui scopo viene

¹⁶ Cfr. G. FINOCCHIARO, *I contratti ad oggetto informatico*, Padova, 1993 e P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica. Sistema e Prassi*, cit.

¹⁷ Per una ricognizione completa cfr. E. TOSI, *Il contratto virtuale. Procedimenti formativi, e forme negoziali tra tipicità ed atipicità*, Milano, 2005.

attuato attraverso l'uso della tecnologia, ciò significa che l'informatica non è l'oggetto del programma negoziale, bensì la forma; lo strumento cioè attraverso il quale il contratto viene stipulato e l'accordo negoziale viene esteriorizzato¹⁸.

Tale ultimo e più recente schema ricostruttivo ha consentito di delineare (indifferentemente) i contratti telematici (intesi quali contratti informatici, digitali o virtuali) a prescindere dal loro oggetto ovvero dalla loro causa, e di ricomprendere nella relativa categoria una casistica negoziale sempre più variegata ampliandone opportunamente la definizione. Quest'ultima, infatti, consente di distinguere il contratto *on line* dal contratto tradizionalmente inteso e disciplinato dall'art. 1321 c.c. e ss., solo ed esclusivamente per quanto attiene le modalità informatiche adottate per giungere all'accordo, restando comunque invariata la struttura di base¹⁹.

In aggiunta a ciò, una parte della dottrina ha proposto una precisazione terminologica, specificando che: (i) per contratto digitale si intende quel contratto stipulato in forma elettronica, con firma digitale e senza l'utilizzo di documenti cartacei (c.d. *paperless contract*); (ii) per contratto telematico deve intendersi il contratto concluso con strumenti telematici senza che le parti siano contemporaneamente presenti nello stesso luogo (contratti a distanza); e (iii) per contratto informatico deve intendersi il contratto che ha per oggetto beni o servizi informatici.

Pertanto, i contratti telematici, inquadrabili pienamente nel fenomeno del commercio elettronico ed in tale ambito sempre analizzati dagli interpreti, sono quei contratti che sotto l'aspetto programmatico e dello scopo negoziale utilizzano i comuni schemi contrattuali (tipici o atipici), differenziandosi dai contratti tradizionali solo sotto l'aspetto formale, in quanto si avvalgono della forma telematica per il loro perfezionamento. Tant'è che, per il resto, al di là cioè della forma di manifestazione del consenso, tali contratti, solitamente, si stipulano secondo il duplice schema di diritto ordinario: a) attraverso le pagine *web* adoperate per consentire l'adesione a moduli contrattuali predisposti unilateralmente dal proponente secondo il consueto modello *ex* all'artt. 1341 e 1342 c.c.; ovvero b) attraverso il sistema della posta elettronica, secondo il modello classico basato sulla natura recettiva di proposta ed accettazione contrattuale, disciplinate agli artt. 1326 e 1335 c.c..

In tale quadro complessivo, allora, il problema giuridico fondamentale per i contratti telematici si riduce a stabilire in che modo l'utilizzo della forma elettronica per l'espressione del consenso negoziale influenzi la disciplina generale dei contratti in ordine sia agli elementi costitutivi del contratto (soggetto, accordo, forma e contenuto), sia al suo perfezionamento (momento e luogo di stipula) ed alla sua esecuzione, tenuto conto della normativa speciale in materia²⁰.

¹⁸ C.M. BIANCA, *Il Contratto*, in *Diritto civile*, III, Milano, 2000.

¹⁹ Cfr. A. SIROTTI GAUDENZII, *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, in *Comunicazioni elettroniche e concorrenza*, Torino, 2010, 176, nota n. 20.

²⁰ La disciplina dei contratti telematici si rinviene nel codice civile, oltre che dal-

la normativa speciale (d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50, recante la disciplina dei contratti stipulati fuori dai locali commerciali; D.Lgs. 22 maggio 1999, n. 185, recante il recepimento della direttiva 97/7/CE sulla protezione dei consumatori nei contratti negoziati a distanza; D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70, con il quale è stata data attua-

Di questo si è sempre occupata la dottrina sin dal profilarsi delle nuove forme contrattuali *on line* al fine di collocarle nell'ambito della teoria generale dei contratti; e nel medesimo perimetro tematico si muove anche l'ordinanza *de qua*, trattando, per il caso di specie, gli aspetti giuridici principali del contratto telematico.

4. ACCETTAZIONE POINT AND CLICK E CONDIZIONI GENERALI.

Come già anticipato, rientrando il rapporto dedotto, dal punto di vista oggettivo, nell'ambito dei contratti telematici perfezionati attraverso modelli e condizioni generali predisposti dall'offerente ex art. 1341 c.c. e ss., le questioni da esaminare (formazione del consenso; conoscibilità delle condizioni generali; e requisito per l'approvazione delle clausole vessatorie) sono le medesime che, tradizionalmente, hanno impegnato i commentatori della materia²¹.

Nell'affrontare direttamente il primo problema applicativo circa la formazione del consenso negoziale nei contratti elettronici, il provvedimento —, invero elidendo l'analisi dei molteplici aspetti assunti dalla proposta contrattuale in via telematica ai fini della sua accettazione (offerta al pubblico ex art. 1336 c.c., ovvero invito a proporre)²² —, afferma con chiarezza, facendo leva sul principio della libertà di forma, che l'accettazione con la tecnica del « tasto virtuale di negoziazione »²³, o *point and click* », utilizzata normalmente nella contrattazione elettronica, « è sufficiente a

zione alla direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico; Codice al Consumo ex D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 e Codice dell'Amministrazione Digitale ex D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82 e ss.mm.).

²¹ Per una ricostruzione del tema, cfr. N. SOLDATI, *Conclusioni del contratto tra parti che non sono presenti al cospetto dell'altra*, in *24ore Avvocato*, 2008, 4, 34.

²² La proposta contrattuale telematica può assumere due differenti configurazioni. Il primo modello si ha quando la proposta viene inviata da una parte ad un'altra attraverso la posta elettronica, ed è disciplinata, secondo gli ordinari criteri di teoria generale dei contratti, in base alla natura recettiva di proposta ed accettazione ex artt. 1326 e 1335 c.c. Il secondo tipo di proposta telematica, invece, si ha quando essa è pubblicata sul web e risulta, quindi, indirizzata ad una pluralità di soggetti indeterminati. Per tale ultimo modello di proposta contrattuale elettronica — relativamente al quale è possibile l'accettazione con la modalità del *point and click* — si parla di offerta al pubblico attingendo la relativa disciplina dall'art. 1336 c.c.. Tuttavia, giacché la proposta telematica nella prassi non contiene tutti gli elementi del contratto, e

vi è la pratica diffusa di sottoporre l'utente ad una procedura di registrazione ed identificazione, con l'invito all'apertura di un apposito *account* sul portale dell'offerente prima della stipulazione del contratto, la proposta contrattuale telematica c.d. *ad incertis personas* diviene, nei fatti, formulata ad un soggetto determinato, mantenendo il proponente nella libertà di scegliere se contrarre o meno, ovvero di selezionare il proprio contraente. In questo caso si parla di invito a contrarre, cioè di invito *ad offerendum*, sganciato dalla disciplina dell'offerta al pubblico ex art. 1336 c.c. (cfr. N. SOLDATI, *Conclusioni del contratto tra parti che non sono presenti al cospetto dell'altra*, cit.).

²³ Si è parlato di « tasto virtuale di negoziazione » per la prima volta grazie a V. FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, Rimini, 1989. L'A., originariamente, aveva adoperato anche l'espressione « tasto negoziale », riferendosi alla prassi commerciale delle *software house* di consentire l'utilizzo di un dato programma solo in conseguenza della lettura a video delle condizioni della licenza d'uso e accettazione delle stesse mediante successiva pressione di un tasto per proseguire nell'utilizzo normale del programma.

manifestare il consenso contrattuale e ritenere perfezionato il contratto, laddove si tratti di contratto a forma libera».

Con ciò, il Tribunale di Catanzaro sembra aderire ad una opinione ormai largamente dominante in dottrina²⁴, che ravvisa nel «*point and click*» — cioè nella pressione *on line* del tasto virtuale di negoziazione che affianca la schermata digitale con il documento contrattuale — una delle modalità più diffuse di esprimere il consenso ad un programma contrattuale pubblicato sul *web*, purché nel rispetto dei vincoli che impongono determinati requisiti di forma (come ad esempio, appunto, per le clausole vessatorie, ovvero per i contratti per i quali è richiesta la forma scritta *ad substantiam* o *ad probationem*)²⁵.

Coerentemente, il provvedimento — considerando esplicitamente la «sufficienza» del *point and click* a manifestare il consenso — abbandona ogni perplessità e inquadra la conclusione di un accordo *on line* mediante detta particolare tecnica quale modello di manifestazione diretta di accettazione negoziale telematica, superandone la lettura in termini di comportamento meramente concludente, idoneo cioè ad integrare una delle modalità di accettazione tacita del regolamento contrattuale.

Tale questione — peraltro determinante per l'individuazione del luogo e del tempo della conclusione di un contratto telematico, da ravvisarsi, rispettivamente al momento della conoscenza dell'accettazione da parte del proponente, ovvero al momento dell'inizio dell'esecuzione del contratto *ex art. 1327 c.c.* — nel ragionamento del giudice calabrese rimane implicita, sebbene il relativo *obiter dictum*, a nostro avviso, valga a superare quel contrasto di opinioni che vi è stato tra chi ha sostenuto che il *point and click* fosse soltanto un comportamento negoziale concludente²⁶, e chi vi aveva già intravisto una forma esplicita di indicazione del consenso contrattuale²⁷.

Sicché può ritenersi che l'importanza dell'ordinanza *in parte de qua* risieda (anche) nell'enunciazione del meccanismo specifico che da luogo alla regolare conclusione di un contratto per via telematica, fornendo sul punto uno dei pochi ausili da parte della giurisprudenza²⁸, utili ad integrare la disciplina speciale del commercio elettronico piuttosto lacunosa sul tema della formazione del consenso contrattuale telematico²⁹.

²⁴ P. PICCOLI-G. ZANOLINI, *Il documento elettronico e la firma digitale*, in (a cura di E. TOSI) *I profili giuridici di Internet: dall'e-commerce all'e-business*, Milano, 1999, 24; G. ROGNETTA, *Il consumatore tra il point and click e firma digitale*, in (a cura di G. CASSANO) *Commercio elettronico e tutela del consumatore*, Milano, 2003, 185.

²⁵ Si segnala che l'idoneità delle tecniche di manifestazione del consenso contrattuale invalse nella contrattazione telematica al perfezionamento del vincolo negoziale non esaurisce il vasto campo delle problematiche sottese. In particolare, emergono due aspetti fondamentali: il problema dell'atteggiarsi e dell'imputazione della volon-

tà contrattuale, ed il problema del modo, del tempo e del luogo in cui può considerarsi concluso il contratto (cfr. R. TARICCO, *Volontà e accordo nella contrattazione telematica*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2003, 2, 201).

²⁶ F. SARZANA DI S. IPPOLITO, *Profili giuridici del commercio via internet*, Milano, 1999, 95.

²⁷ G. ROGNETTA, *Il consumatore tra il point and click e firma digitale*, cit.

²⁸ Sul tema, cfr. Giudice di Pace di Partanna, 1° febbraio 2002, già cit.

²⁹ La disciplina specifica del contratto *on line* si rinviene, sostanzialmente, nel D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70, con il quale è stata data attuazione alla direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico.

Si aggiunga in proposito che, a parte lo *ius receptum* costituito dalle pronunce di merito, tra cui quella in commento, sull'idoneità del *point and click* alla manifestazione del consenso non vi era stata sin'ora, fuorché le ricostruzioni della dottrina, sufficiente certezza del diritto circa i sistemi di formazione del contratto elettronico³⁰. Recentemente, tuttavia, senza nulla togliere all'importanza dell'ordinanza in commento, la situazione si è parzialmente modificata dal punto di vista del diritto positivo. Infatti, a fine maggio del 2012, sono state introdotte nel nostro ordinamento delle norme (di recepimento delle direttive europee in materia dei dati personali e di reti e servizi di comunicazione elettronica)³¹, attraverso le quali il legislatore, in maniera più esplicita che in passato, ha riconosciuto espressamente la legittimità di forme di manifestazione del consenso veicolate attraverso « *specifiche configurazioni di programmi informatici o di dispositivi che siano di facile e chiara utilizzabilità* », come, ad esempio, lo stesso *point and click*³².

Come si è detto, inoltre, in coerenza con l'inquadramento della dedotta fattispecie negoziale in termini di contratto per adesione a condizioni generali accettate per via telematica, il Tribunale di Catanzaro si è posto anche il secondo ed ulteriore problema relativo alla conoscenza di esse da parte dell'aderente, fornendo importanti spunti per una corretta valutazione di detta condizione nel caso di contrattazione elettronica.

Secondo il giudice calabrese, infatti, il requisito ex art. 1341, comma 1°, c.c. — che, al fine dell'efficacia delle condizioni generali nei confronti dell'aderente, ne prescrive la conoscenza in capo a quest'ultimo, ovvero la loro conoscibilità secondo il criterio dell'ordinaria diligenza — viene soddisfatto nei contratti telematici, « *anche quando le condizioni generali non sono riportate nel testo contrattuale, ma sono contenute in altre schermate del sito o in pagine di secondo livello, purché venga dato risalto al richiamo* », e le clausole richiamate siano accessibili « *mediante il relativo collegamento elettronico (link)* ».

³⁰ Invero, gli artt. 12 e 13 D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70 si limitano a dettare degli obblighi informativi e di condotta generali in capo al « prestatore di un servizio della società dell'informazione » nell'ambito della sua attività negoziale con i terzi. Ma in tale disciplina non si rinviene, se non in maniera indiretta, alcuna disposizione specifica sulla problematica del perfezionamento del contratto per via telematica. Relativamente a ciò, il nostro ordinamento fa riferimento alla piena validità e rilevanza a tutti gli effetti di legge al documento informatico (introdotto con la L. 15 marzo 1997, n. 59, recante la delega al Governo per il conferimento dei poteri alle regioni ed agli enti locali per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa). Tuttavia, tanto il D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 (sostitutivo del D.P.R. 10 novembre 1997, n. 513), quanto la riforma di essa successivamente avvenuta con il Codice dell'Am-

ministrazione Digitale (c.d. CAD) ex D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (recentemente modificato con il nuovo D.Lgs. 30 dicembre 2010, n. 235, che ne ha concluso il travagliato iter di riforma) non dettano precise prescrizioni in ordine ai requisiti formali di espressione del consenso negoziale per via telematica, né individuano alcuna metodologia idonea all'espressione di esso.

³¹ Ci si riferisce alle direttive 2009/140/CE in tema di reti e servizi di comunicazione elettronica, e 2009/136/CE in materia di trattamento dei dati personali e tutela della vita privata che hanno introdotto importanti novità in tema di c.d. *cookies*, spam e tutela dei dati personali.

³² Ci si riferisce ai DD.lgs. 28 maggio 2012, nn. 69 e 70, in vigore dal 1° giugno di quest'anno, con i quali sono stati novellati, rispettivamente, il Codice Privacy, di cui al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 ed il Codice delle Comunicazioni Elettroniche ex D.Lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

Conseguentemente, con tali affermazioni, vengono liquidate posizioni più intransigenti — di cui il Collegio ha pur dato conto — secondo cui la conoscibilità delle condizioni generali si avrebbe solo se il sito *web* sul quale sono pubblicate è organizzato in modo che non sia possibile approvare il testo contrattuale, se non dopo essere passati dalla pagina contenente le clausole contrattuali ed avere confermato l'avvenuta lettura delle stesse. E tutto ciò a favore dell'opinione che, riducendo il formalismo ed i rigidi dettami di teoria generale dei contratti, ha consentito — sin dall'ingresso del documento informatico nel nostro ordinamento — il diffondersi delle nuove tecnologie e l'incremento dei traffici digitali grazie all'elaborazione ed alla rivisitazione degli ordinari criteri ermeneutici per l'inquadramento delle forme di contrattazione telematica³³.

5. CLAUSOLE VESSATORIE E MANCATA APPROVAZIONE PER ISCRITTO: LA QUESTIONE DELLA FIRMA DIGITALE.

A completamento dell'analisi sul *fumus boni iuris*, l'ordinanza in esame tratta, infine, del requisito per la corretta approvazione delle clausole vessatorie del contratto elettronico.

Al riguardo — annoverata la sospensione dell'*account* della ditta ricorrente nell'ambito del recesso esercitato da eBay in forza delle clausole vessatorie contenute nelle proprie condizioni generali di accordo con gli utenti — secondo il Tribunale di Catanzaro non può riconoscersi efficacia a dette pattuizioni in mancanza di una loro sottoscrizione ai sensi dell'art. 1341, comma 2°, c.c., che impone una specifica approvazione per iscritto delle clausole ivi tassativamente indicate, le cc.dd. clausole onerose.

Sicché, sul terzo ed ultimo problema negoziale, viene affermato il principio in base al quale la conclusione di un contratto via Internet non comporta comunque l'accettazione *tout court* delle clausole contenute nelle condizioni generali pubblicate sul *web*, qualora — in assenza della firma elettronica — non vi sia stata una specifica approvazione scritta delle clausole vessatorie ex art. 1341, comma 2°, c.c., ivi eventualmente contenute.

Con tali precisazioni, che postulano, a corollario, la conservazione in ambito digitale delle forme legali stabilite, in via generale, dall'art. 1341, comma 2°, c.c., il provvedimento *de quo* si riallaccia ad un principio già esaminato dalla sentenza del Giudice di Pace di Partanna³⁴, e riaffermato da una non recentissima sentenza della Suprema Corte, che, per un contratto telematico stipulato da una banca con un proprio agente commerciale, ha richiamato implicitamente la necessità dell'approvazione specifica delle clausole vessatorie³⁵. E d'altra parte, sul tema, non po-

³³ G. DE NOVA, *Un contratto di consumo via internet*, in *I contratti*, 1999, 2, 113.

³⁴ Giudice di Pace di Partanna, già cit.

³⁵ Cass., Sez. Lav. 22 marzo 2006, n. 6314, in *Diritto dell'Internet*, 2006, 5, 445, con nota di A. MINUSSI. In particolare, con tale sentenza, la Suprema Corte ha

stabilito il principio secondo 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, [omissis...] destinato ad essere utilizzato per un numero indeterminato di rapporti, costituisce uso di formulario, inteso quale documento-base

trebbe opinarsi diversamente, dal momento che, indirettamente, l'esistenza di un testo contrattuale da approvarsi per iscritto è presupposta dall'attuale sistema normativo del commercio elettronico che richiede, apertamente, che il medesimo testo negoziale sia sempre disponibile per una sua riproduzione e memorizzazione³⁶.

Ma, ribadita l'applicabilità delle disposizioni codicistiche sulle clausole abusive anche ai contratti telematici, ed escluso, secondo il Tribunale di Catanzaro, che il puntamento di un cursore sul video attraverso il *point and click* possa paragonarsi alla sottoscrizione richiesta dalla legge per l'approvazione di una clausola vessatoria, resta aperto il problema di individuare come soddisfare il requisito della sottoscrizione separata e specifica delle clausole in questione, in un ambito come quello della contrattazione elettronica dove le modalità tecniche di negoziazione risultano largamente incompatibili con il presupposto delle trattative individuali e con la possibilità concreta di addivenire a sottoscrizioni effettive, data la peculiarità del mezzo utilizzato (il *monitor* di un computer).

Sul punto, la soluzione adottata dall'ordinanza in commento si pone come una novità rispetto a quanto sino ad ora acquisito.

Infatti, il Collegio — discostandosi dai precedenti di merito che non avevano affrontato il problema in maniera diretta³⁷, ovvero avevano addirittura formulato il principio dell'idoneità del c.d. doppio *click* per l'approvazione delle clausole vessatorie —³⁸, solleva esplicitamente la questione della necessità della firma digitale, anche se non in modo particolarmente sistematico e con qualche imprecisione di linguaggio, ritenendola l'unico requisito in grado di soddisfare il dettato normativo per l'efficacia delle clausole vessatorie di un contratto elettronico³⁹. Al riguardo, il Tri-

destinato a fungere da modello per la riproduzione di un numero indeterminato di esemplari», e, pertanto, in quanto, tali soggetti alla disciplina dell'approvazione per iscritto delle relative clausole vessatorie, ex art. 1341, comma 2°, c.c.

³⁶ Così art. 12, comma 3°, del D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70, di attuazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, che prescrive: «*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*».

³⁷ Trib. Messina, 7 luglio 2010, già cit..

³⁸ Giudice di Pace di Partanna, 1° febbraio 2002, già cit. Con tale pronuncia, è stato precisato che un doppio *click* di accettazione avrebbe integrato nella contrattazione telematica la doppia sottoscrizione imposta dalla norma civilistica per l'efficacia delle clausole vessatorie. Da tale pronuncia in poi, chi ha sostenuto la validità del doppio *click* si è basato su alcune considerazioni generali, tra cui la possibilità di soddisfare le esigenze ex art. 1341 c.c. mediante l'impiego di mezzi innovativi, ovvero la distinzione dei concetti di approva-

zione di una clausola e specifica sottoscrizione della stessa. Tali ultimi concetti, a ben vedere, operano infatti su due piani diversi: l'uno della manifestazione della volontà, l'altro sul diverso livello della formale riferibilità soggettiva delle dichiarazioni negoziali (e quindi della imputabilità degli effetti contrattuali conseguenti). Tuttavia, tale impostazione, secondo alcuni, non è condivisibile né rispettosa della ratio dell'art. 1341 c.c., in quanto «*il meccanismo del gesto (ndr del click) appare difficilmente conciliabile con la consapevolezza della scelta che la norma presuppone*» a base dell'efficacia di una clausola vessatoria (cfr. AA.VV., *La conformità dei contratti telematici alla normativa sulle clausole vessatorie*, CCIAA Milano, 2004, 14).

³⁹ Si precisa che la firma digitale «*è il risultato di una procedura informatica (validazione) basata su un sistema di chiavi asimmetriche a coppia, una pubblica ed una privata, che consente al sottoscrittore, tramite la chiave privata, e al destinatario, tramite la chiave pubblica, rispettivamente di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico, o di un insieme di documenti informatici. E tale*

bunale di Catanzaro precisa che « *nei contratti telematici a forma libera, il contratto si perfeziona mediante il tasto negoziale virtuale, ma le clausole vessatorie saranno efficaci e vincolanti solo se specificamente approvate con la firma digitale* ». Di talché, mancando nella specie, il requisito della apposita sottoscrizione, può ritenersi « *superfluo addentrarsi nella problematica della equiparabilità del sistema del point and click alla firma digitale debole, e della sufficienza della firma digitale debole a soddisfare il requisito della forma scritta* ».

Alla luce di quanto sopra, sembra che il provvedimento assuma una posizione netta in ordine alla tipologia di firma occorrente a soddisfare il requisito ex art. 1341, comma 2°, c.c., facendo riferimento diretto, sebbene in modo impreciso, alla firma digitale avanzata di cui all'assetto normativo attribuito dal nostro ordinamento alla firma elettronica⁴⁰.

Tuttavia — non esistendo nel nostro ordinamento una « firma digitale debole », ma solo una firma elettronica c.d. debole⁴¹ —, bisogna dar conto di quell'opinione formulata nell'imminenza della pubblicazione dell'ordinanza *de qua*, secondo cui il *lapsus linguae* dell'estensore calabrese, inquadabile in un utilizzo a-tecnico del termine, sarebbe sintomatico piuttosto di una mancata scelta sul tipo di firma elettronica ritenuta idonea all'assolvimento dell'onere formale imposto per le clausole vessatorie⁴².

Così stando i termini della questione, a nostro avviso, occorre però verificare in primo luogo se tale ultimo rilievo sia del tutto condivisibile, ovvero se, nonostante l'evidente improprietà linguistica del giudice calabrese, non sia invece rintracciabile *aliunde* un'opzione formale precisa, e, in secondo luogo, in caso affermativo, capire quale sia la scelta compiuta dal provvedimento in esame.

Quanto al primo aspetto, non può dubitarsi che il Tribunale di Catanzaro abbia effettuato una scelta consapevole sul requisito formale richiesto per la validità delle clausole vessatorie apposte ad un contratto telematico. Infatti, considerati nel loro complesso gli *obiter dicta* della pronuncia, e tralasciato l'uso maldestro del termine di firma elettronica, la decisione calabrese afferma, senza possibilità di equivoci, che se da un lato il contratto telematico può perfezionarsi con il *point and click*, dall'altro le clausole vessatorie risultano efficaci solo « *se specificamente approvate con la firma digitale* ». E ciò in perfetta sintonia con quella ricor-

procedimento avviene grazie alla tecnica della crittografia asimmetrica ». (così M. TOMMASI, *La firma digitale*, Rimini, 2001, 23).

⁴⁰ In Italia, la disciplina della firma digitale si è affermata sulla scorta del principio dell'equiparabilità del documento scritto al documento elettronico (introdotta per la prima volta dalla L. 15 marzo 1997, n. 59, recante la delega al Governo per il conferimento dei poteri alle regioni ed agli enti locali per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa). Successivamente, sulla firma digitale è stato adottato il D.Lgs. 23 gennaio 2002, n. 10, in attuazione della direttiva 1999/93/CE. Attualmente, la materia della firma digitale, a far da-

ta dal 1° gennaio 2006, è retta dal Codice dell'Amministrazione Digitale ex D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, così come successivamente integrato e modificato (recentemente modificato con il nuovo D.Lgs. 30 dicembre 2010, n. 235, che ne ha concluso il travagliato iter di riforma).

⁴¹ Firma elettronica e firma digitale nel linguaggio comune sono usate in maniera indistinta e come sinonimi. Ma vi è una differenza sostanziale nell'usare l'una o l'altra espressione.

⁴² G. NAVONE, *La specifica approvazione di clausole vessatorie nei contratti conclusi on line: osservazioni a margine dell'ordinanza del Tribunale di Catanzaro 18-30 aprile 2012*, in *www.ilcaso.it*, del 2 luglio 2012.

data impostazione generale che distingue il contratto telematico dal contratto ordinario solo con riferimento alla particolare tipologia dello strumento utilizzato per esprimere il consenso negoziale, dovendosi per il resto far riferimento ai criteri generali stabiliti dal diritto comune, tra cui (anche) quelli della disciplina legale delle clausole vessatorie dalla quale il contratto *on line* non sembra potersi discostare.

In relazione all'individuazione della firma elettronica richiesta, invece, emergono precise perplessità interpretative, giacché si deve riconoscere che il termine firma digitale sia stato utilizzato in più parti dell'ordinanza unitamente all'aggettivo « debole », individuando un tipo di sottoscrizione elettronica che, nel nostro ordinamento, di fatto, non esiste e su cui, pertanto, non può basarsi alcun requisito o presupposto formale. Di conseguenza — pur ammettendo che il Collegio calabrese abbia usato a-tecnicamente i termini di firma digitale e firma elettronica come sinonimi — v'è da stabilire quale tipologia di sottoscrizione elettronica occorra privilegiare. E a tal fine giova accennare brevemente all'inquadramento generale della firma elettronica nell'ambito del nostro ordinamento.

Orbene, esaminando la disciplina legale sulla firma elettronica rinveniente dal Codice dell'Amministrazione Digitale (*ex* D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82 e ss. mm.), che ha uniformato il sistema della sottoscrizione elettronica al quadro comunitario per le firme elettroniche tracciato dalla direttiva 1999/93/CE⁴³, si ricava che nello scenario attuale ne esistono quattro tipologie che assicurano diversi livelli di sicurezza ed a cui sono riconnessi differenti effetti giuridici.

Il primo tipo di firma elettronica è la c.d. « firma debole », con cui si identifica l'insieme dei dati in forma elettronica, riconducibili all'autore (anche di tipo: log identificativo, indirizzo mail, ecc.), allegati o connessi ad atti o fatti giuridicamente rilevanti contenuti in un documento informatico, utilizzati come metodo di identificazione informatica attraverso la *user id* e la *password*. Il valore giuridico di questo tipo di firma si pone su un piano probatorio ed è liberamente valutabile dal giudice in fase di contenzioso, in base a caratteristiche oggettive di qualità e sicurezza del documento informatico al quale essa è riferibile⁴⁴.

Il secondo tipo di firma elettronica è quella c.d. avanzata, cioè quel particolare tipo di firma elettronica che, allegando o connettendo un insieme di dati in forma elettronica ad un documento informatico, garantisce integrità (consentendo di rilevare se i dati sono stati successivamente modificati), autenticità del documento sottoscritto e controllo esclusivo dello strumento di firma, assicurando, nel contempo, la riferibilità univoca al firmatario e quindi la paternità giuridica del medesimo documento informatico. Il valore giuridico di un documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, formato nel rispetto delle regole tecniche, è quello di scrittura privata facente piena prova fino a querela di falso (*ex* art. 2702 c.c.), e comporta l'inversione dell'onere della prova nell'ipotesi di un suo disconoscimento⁴⁵.

⁴³ Vedi nota n. 40.

⁴⁴ Art. 20, comma 1° *bis*, del Codice dell'Amministrazione Digitale *ex* D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, così come successivamente integrato e modificato (recentemente

modificato con il nuovo D.Lgs. 30 dicembre 2010, n. 235).

⁴⁵ Art. 21, comma 2°, del Codice dell'Amministrazione Digitale *ex* D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, e ss.mm..

Il terzo tipo è la firma elettronica c.d. qualificata, cioè la firma elettronica avanzata basata su un certificato rilasciato da certificatori accreditati che garantisce l'identificazione univoca del titolare, e realizzata mediante un dispositivo sicuro per la creazione della firma (c.d. Secure Signature Creation Device - SSCD).

Il quarto ed ultimo tipo di firma elettronica è, infine, la firma digitale vera e propria, cioè quella particolare firma elettronica avanzata che si basa su un certificato qualificato e su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata, e al destinatario tramite la chiave pubblica di garantire e verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici. Inoltre, quanto al valore giuridico, come per la firma avanzata e qualificata, anche per la firma digitale sono previsti i medesimi effetti. Tuttavia soltanto un documento sottoscritto con firma elettronica qualificata o con firma digitale, formato nel rispetto delle regole tecniche, soddisfa il requisito della forma scritta, secondo quanto previsto dall'art. 1350 c.c.⁴⁶.

Alla luce di tutto quanto sopra, e precisato che, sulla scia di un costante orientamento della Cassazione, l'approvazione per iscritto delle clausole vessatorie è inquadrabile tra i requisiti di forma prescritti *ad substantiam*⁴⁷, ne consegue che, secondo l'attuale assetto legale della firma elettronica, soddisfano il requisito della forma scritta — stabilito a pena di nullità (art. 1350 c.c.) — solo la firma elettronica qualificata e la firma digitale, dovendosi negare, ai fini della validità delle clausole vessatorie, qualsiasi valenza alla firma elettronica c.d. debole.

Quest'ultima, infatti, come abbiamo visto, attraverso un mero sistema di autenticazione di un utente con assegnazione di *user id* e di *password*, consente soltanto l'identificazione di un soggetto e non sembra rispondere alla *ratio* sottesa all'onere formale stabilito *ex art.* 1341, comma 2°, c.c., il quale, come merita di essere ricordato, « *assolve infatti al fine di richiamare l'attenzione del contraente debole verso il significato di quella determinata e specifica clausola a lui sfavorevole, sicché esso può reputarsi assolto soltanto quando la sottoscrizione avviene con modalità idonee a ga-*

⁴⁶ Principio stabilito nell'art. 20, comma 2°, del Codice dell'Amministrazione Digitale *ex D.Lgs.* 7 marzo 2005, n. 82, ora abrogato in virtù dell'ultima riforma del CAD a seguito del citato D.Lgs. 30 dicembre 2010, n. 235. Permane tuttavia la norma, contenuta nel successivo art. 21, comma 2° *bis*, secondo cui il documento informatico recante uno degli atti contrattuali previsti dall'art. 1350 c.c. deve essere sottoscritto, a pena di nullità, con firma digitale, ovvero con firma elettronica qualificata.

⁴⁷ *Inter alia*: Cass. 29 ottobre 1966, n. 1716; Cass. 8 novembre 1968, n. 3709; Cass. 14 febbraio 1969, n. 510; Cass. 30 aprile 1969, n. 1403; Cass. 13 luglio 1991, n. 7805; Cass. 19 gennaio 2000, n. 569, secondo le quali a nulla rileverebbe la formulazione della disposizione di legge *ex art.*

1341, comma 2°, c.c., che sembra collocare sul terreno dell'inefficacia l'inadempimento del relativo onere di forma per le clausole vessatorie, giacché basta il rilievo che una clausola nulla non può esplicare alcun effetto (così: Cass., Sez. Un., 11 novembre 1974, n. 3508). Vi è da segnalare che una parte della dottrina ritiene, invece, che la tesi della nullità non sarebbe da condividere. Secondo tale opinione, la legge prevede, in termini generali, la sanzione della nullità nelle ipotesi di mancata osservanza delle forme, laddove essa venga prescritta espressamente, a pena di nullità, dall'art. 1350 c.c. che, appunto, non contempla l'ipotesi delle clausole vessatorie (G. PATTI-S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in (a cura di P. SCHLESINGER) *Commentario al Codice Civile*, XI, Milano, 1993, 359.

rantire tale attenzione»;⁴⁸ che poco o nulla hanno a che vedere con i meri sistemi di registrazione a fini identificativi di un utente.

Non così immediata, invece, è l'esclusione dell'idoneità della firma elettronica avanzata, dal momento che essa garantisce comunque la riferibilità tecnica di un atto al suo firmatario, la sua autenticità ed integrità, ancorché presidi il requisito della forma scritta solo *ad probationem*, ricollegandosi ad un documento informatico valido alla stregua di una scrittura privata facente piena prova fino a querela di falso ai sensi dell'art. 2702 c.c..

A nostro avviso, infatti, anche detto tipo di sottoscrizione elettronica pare coerente alla *ratio* dell'art. 1341 c.c. che, come già osservato, richiede che l'aderente ad un programma contrattuale unilateralmente predisposto prenda conoscenza specifica delle clausole onerose e che le accetti in maniera cosciente e volontaria; potendo bastare a tale scopo il pieno controllo dello strumento di firma comunque assicurato attraverso la firma elettronica avanzata con elevato grado di sicurezza. Inoltre, escludere *tout court* la firma elettronica avanzata per la valida approvazione di *web form* contrattuali contenenti clausole abusive avrebbe, a ben vedere, l'effetto paradossale di ritenere superfluo il relativo documento informatico, che, seppur ontologicamente equiparabile ad un atto scritto e giuridicamente firmato, finirebbe per essere, in difetto di autenticazione o espresso riconoscimento⁴⁹, poco più che una mera « scrittura sottoscritta » ai fini probatori, largamente contestabile qualora fosse disconosciuto in giudizio.

Ciò nondimeno, fintantoché la forma vincolata della sottoscrizione delle clausole vessatorie rimane nell'ambito dei requisiti formali stabiliti a pena di nullità (e non di inefficacia)⁵⁰, e resta immutato il quadro della firma

⁴⁸ Così, Cass. 24 gennaio-27 febbraio 2012, n. 2970, proprio in tema di contratto *business to business*, che ha ricordato che « costituisce *ius receptum* nella giurisprudenza di questa Corte, che il Collegio pienamente divide, il principio che l'adempimento della specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie può dirsi assolto soltanto quando le stesse siano oggetto di una approvazione separata, specifica ed autonoma, distinta dalla sottoscrizione delle altre condizioni dell'accordo; il requisito in parola assolve infatti al fine di richiamare l'attenzione del contraente debole verso il significato di quella determinata e specifica clausola a lui sfavorevole, sicché esso può reputarsi assolto soltanto quando la sottoscrizione avviene con modalità idonee a garantire tale attenzione (Cass. n. 21816 del 2009; Cass. n. 5733 del 2008; Cass. n. 2077 del 2005) ». « Più specificatamente, con riferimento all'ipotesi in cui la distinta sottoscrizione richiami più condizioni generali di contratto, questa Corte ha affermato che l'adempimento in parola può ritenersi realizzato soltanto nel caso in cui tutte le clausole richiamate siano vessatorie, men-

tre il richiamo in blocco di tutte le condizioni generali di contratto o di gran parte di esse, comprese quelle prive di carattere vessatorio, e la sottoscrizione indiscriminata di esse, sia pure sotto l'elencazione delle stesse secondo il numero d'ordine, non determina la validità ed efficacia, ai sensi dell'art. 1341, secondo comma, cod. civ., di quelle onerose, non potendosi ritenere che in tal caso resti garantita l'attenzione del contraente debole verso la clausola a lui sfavorevole compresa fra le altre richiamate (Cass. n. 16417 del 2009; Cass. n. 4452 del 2006; Cass. n. 13890 del 2005) ».

⁴⁹ Art. 21, comma 2°, del Codice dell'Amministrazione Digitale ex D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, e ss.mm

⁵⁰ La ricostruzione dell'osservanza della forma vincolata prevista per le clausole vessatorie è discordante in dottrina e giurisprudenza, potendosi però osservare che quest'ultima è comunque univoca nell'inquadrare il relativo inadempimento dell'onere formale nell'ambito delle nullità prescritte *ad substantiam* (anche se non rientrando nel quadro tassativo previsto dall'art. 1350 c.c.), e non già nell'ambito

elettronica da ultimo delineato nel Codice dell'Amministrazione Digitale⁵¹, è opinabile qualunque interpretazione estensiva dei principi sopra ricordati, nel cui ambito va comunque collocata la pronuncia del giudice calabrese e che individuano nella firma digitale e nella firma elettronica qualificata gli unici strumenti in grado di garantire il requisito della forma scritta *ad substantiam*.

Di contro, solo se si intenda il requisito della forma scritta per l'accettazione specifica delle clausole quel mero requisito *ad probationem* può ammettersi indirettamente l'idoneità della sottoscrizione con firma elettronica avanzata, in coerenza con la ricordata disciplina speciale⁵². E ciò con buona pace di chi ha avuto modo di osservare (specie con riferimento espresso ai contatti *business to consumer*) la contraddittorietà della *ratio* della disciplina delle clausole vessatorie — volta a tutelare maggiormente la parte debole di un contratto unilateralmente predisposto — con l'imposizione di un meccanismo tecnico complesso ed oneroso come la firma digitale, ovvero la firma elettronica qualificata⁵³.

6. *PERICULUM IN MORA* NELL'E-MARKETPLACE DI EBAY: CONCENTRAZIONE ED OLIGOPOLIO NEL MERCATO DEL COMMERCIO ELETTRONICO E FORME DI TUTELA

Sul *periculum in mora* le riflessioni del giudice calabrese assumono un'importanza particolare, coinvolgendo tematiche estremamente delicate di diritto *antitrust* derivanti dall'attuale struttura economica del sistema telematico di distribuzione commerciale.

In proposito, il Tribunale di Catanzaro — ponendosi, come si è già anticipato, sulle orme di una precedente ordinanza collegiale del Tribunale di Messina⁵⁴ —, afferma con decisione che la struttura oligopolistica e la forte concentrazione nell'offerta dei servizi elettronici nelle mani di pochi operatori fanno sì che la sospensione di un *account business* si configuri come un'ingiusta esclusione dal mercato in grado di determinare la scomparsa di un venditore professionale dal mercato di riferimento e la sua successiva insolvenza⁵⁵.

dell'inefficacia. Come si è precisato nella precedente nota n. 47, diversamente opinando sulla ricostruzione della mancata sottoscrizione delle clausole vessatorie in termini di mera inefficacia, ovvero inopponibilità in giudizio in caso di disconoscimento, risulta evidente che il requisito formale dell'apposita sottoscrizione potrà essere pienamente garantito anche da una sottoscrizione con firma elettronica avanzata.

⁵¹ Vedi nota n. 40.

⁵² Al riguardo, la dottrina più recente è incline a ritenere che per la specifica approvazione di clausole vessatorie sia sufficiente l'uso di una firma elettronica avanzata, pur se non qualificata. In questo senso S. PIGLIANTINI, *La modificazione unilaterale del contratto asimmetrico secondo la Cassazione (aspettando la Corte di Giustizia)*, in *Contratti*, 2012, 165; G.

NAVONE, *La disciplina del documento informatico dopo il D.Lgs. 30 dicembre 2010, n. 235*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 269.

⁵³ A. DI AMATO, *La qualificazione delle transazioni in etere come contratti di massa e i diritti dei consumatori: le clausole vessatorie*, in (a cura di) G. CASSANO, *Il commercio via Internet. Profili giuridici, fiscali, tributari, comunitari, filosofici, normativi*, Piacenza, 2002, 55.

⁵⁴ Trib. Messina, 7 luglio 2010, già cit..

⁵⁵ Sulla struttura oligopolistica, un economista statunitense, descrivendo la spinta alla progressiva concentrazione dell'offerta dei servizi elettronici come una sorta di reazione a catena ad effetto oligopolistico, afferma: «*in the model there is a feedback effect. Buyers want to be where*

Secondo detta impostazione, la diffusione e l'importanza assunta da portali come eBay producono un assetto di mercato tale che la sospensione di un *account* di un *e-trader* professionale non cagiona semplicemente un danno patrimoniale (non irreparabile) derivante da perdita di clientela, bensì un pregiudizio (irreparabile) tale da giungere sino all'estromissione del professionista dal mercato, a nulla rilevando « *la circostanza della presenza di propri siti internet* » su cui continuare l'attività di *e-commerce* (ndr che l'*e-trader* sia titolare di propri siti Internet con cui operare).

In particolare, come già notato da un attento commentatore⁵⁶, il breve ma significativo riferimento all'irrilevanza, ai fini della tutela cautelare, della circostanza che il venditore professionale che utilizzi i servizi di eBay abbia anche la disponibilità di propri siti *web* con cui continuare il commercio elettronico, configura l'esclusione a tempo indeterminato dalle piattaforme dei *provider*; alla stregua di un danno *in re ipsa*, data la particolare struttura del mercato virtuale.

Per comprendere la portata di tali affermazioni — che indirettamente sembrano conciliare la spinta oligopolistica nell'attuale organizzazione dei servizi elettronici con l'esigenza di apertura del mercato e di tutela della concorrenza e della libertà di impresa — appare doveroso descrivere il fenomeno di cui trattasi e che, con tutta evidenza, è stato tenuto ben presente dal Tribunale di Catanzaro nella decisione in commento.

Senza dilungarsi in precisazioni relative ad eBay, alla sua natura ed alle attività che svolge sul *web*⁵⁷, ma volendo solo comprendere, in generale, il ruolo di quest'ultima quale *provider* di servizi elettronici, è bene ricordare che uno degli aspetti più critici della navigazione in Internet è la sovrabbondanza delle informazioni a disposizione.

Tale sovrabbondanza ha reso immediatamente indispensabili gli strumenti di ricerca e selezione delle informazioni che effettivamente sono di interesse per un utente. Tant'è che sono nati i motori di ricerca ed i c.d. portali, la cui definizione accomuna tutti quei siti che, di fatto, sono equiparabili ad una porta d'accesso alla rete, pur essendo più o meno dedicati allo svolgimento di una attività specifica (come nel caso di eBay), ovvero limitandosi, come nel caso dei motori di ricerca, alla raccolta ed esposizione di una serie di *link* che rinviano a siti ed informazioni di vario tipo.

Alla luce di ciò, appare chiaro che la funzione dei c.d. *portal provider* nella struttura di Internet sia quella, relevantissima, di fornire quel valore aggiunto volto a consentire all'utente di districarsi nell'universo sconfinato di informazioni e servizi presenti *on line*. E sotto questo punto di vista, il portale svolge l'importante funzione di « intermediazione » tra la platea di utenti e l'offerta commerciale presente *on line*⁵⁸.

the sellers are and the sellers want to be where the buyers are. Importantly, the model assumes that more sellers make marginal seller more likely to use the site (R. ADAMS, *FTC Bureau of Economics Roundtable on the Economics of Internet Auctions: an executive summary*, 2006,7).

⁵⁶ I.P. CIMINO, *Sospensione dell'account di vendita nel marketplace di eBay,*

tutela del contratto e della libertà di impresa nel commercio elettronico, cit.

⁵⁷ Cfr. R. BERLINGERI-G. LA GUMINA, *La (non) responsabilità di eBay per gli illeciti commessi dai propri utenti*, in *Diritto dell'Internet*, 2007, 4, 342.

⁵⁸ Secondo alcune opinioni si deve ritenere l'erroneità dell'equazione, non del tutto veritiera, secondo cui la *new econo-*

Da qui la necessità, soprattutto dei professionisti dell'*e-commerce*, di assicurarsi l'accesso alle opportunità di raggiungere un numero imprecisato ed imprecisabile di venditori e clienti potenziali nel mercato virtuale, offerte dalle piattaforme, e l'atteggiarsi del ruolo dei *portal provider* quale prodotto-servizio avente ad oggetto la stessa fornitura di un mercato, in cui acquirenti e venditori possono effettuare scambi commerciali⁵⁹.

In tale quadro, il provvedimento del Tribunale di Catanzaro appare non solo condivisibile, ma anche coerente con l'esigenza di riequilibrio delle posizioni di asimmetria e soggezione contrattuali derivanti da tale particolare struttura economica del mercato elettronico⁶⁰. E ciò proprio nell'ambito di quei rapporti *business to business* che, in quanto svincolati dalla protezione offerta ai consumatori, sono comunque dotati di un'importanza intrinseca per la difesa della stessa possibilità di fare impresa da apparire ugualmente meritevoli di tutela.

Tuttavia, se le osservazioni svolte dal giudice calabrese per accordare la tutela d'urgenza, in linea di principio, sembrano avere un qualche pregio per i motivi appena precisati, è pur vero che esse debbono essere ragguagliate comunque alla strumentalità ed alla funzione anticipatoria che i ricorsi *ex art. 700 c.p.c.* continuano ad avere rispetto alla domanda di merito ancorché, ormai (ai sensi della L. n. 80/2005), in forma più attenuata che in passato (quando l'instaurazione del successivo giudizio di merito nel termine perentorio stabilito dalla legge condizionava l'efficacia dei provvedimenti d'urgenza).

Infatti, in ragione della strumentalità dei procedimenti d'urgenza che non esonera (del tutto) dall'individuazione della tutela ordinaria a cui riaganciare la pretesa cautelare, occorre verificare, a nostro parere, in quale tipologia di domande di merito possano inserirsi la predominanza di mercato di un fornitore di servizi elettronici come eBay rispetto ad un semplice venditore professionale suo contraente, al fine di comprendere se la pretesa cautelare dedotta concretamente possa, o meno, connettersi ad una di tali domande inquadrando le considerazioni svolte dal Tribunale di Catanzaro sulla struttura economica del mercato virtuale in un ambito di diritto, unitario e coerente.

my comporterebbe una progressiva « disintermediazione » dell'attività distributiva, posto che « a dispetto dell'affermazione secondo cui l'avvento di Internet avrebbe segnato "la morte della distanza" — e, con essa, delle necessità delle grandi imprese di ricorrere a forme di dislocazione territoriale per raggiungere il consumatore finale — l'impatto sul commercio elettronico sui rapporti distributivi ha determinato il crescente impiego di forme di *outsourcing* e *intermediazione on line* » (E. BACCIARDI, *Contratti telematici e diritto di recesso*, in *I Contratti*, 2010, 386).

⁵⁹ Cfr. J. DELTAS-V. JEITSCHKO, *Auction hosting site pricing and competition*, in *Review of Industrial Organisation*, 2006, 2.

⁶⁰ In linea generale, la finalità di pro-

tezione del gioco della libera concorrenza ha evidenti gli aspetti pubblicistici della disciplina *antitrust*. Tuttavia, v'è da segnalare che vi sono alcune sentenze della Corte di Giustizia e talune posizioni dottrinali e giurisprudenziali nazionali (specie relativamente alla legittimazione ad agire) che esaltano l'aspetto privatistico del diritto *antitrust* (*inter alia*: sentenza Corte di Giustizia del 20 settembre 2001, causa C-453/90, *Courage vs. Crehan*; Cass. 9 dicembre 2002, n. 1745; Cass. 17 ottobre 2003, n. 15538, ord.); di talché non può considerarsi una novità quella di interporre nell'ambito della valutazione di situazioni contrattuali di tipo privatistico nozioni e valutazioni di tipo pubblicistico ed economico, come quelle attinenti al diritto della concorrenza.

A tale scopo, giova ricordare che gli strumenti di azione a tutela di un imprenditore in situazione di debolezza sono inseriti tanto nella disciplina della concorrenza sleale *ex art.* 2598, n. 3), c.c., quanto nell'ampia tipologia di azioni esperibili per reagire ad un abuso di posizione dominante, ai sensi della L. 10 ottobre 1990, n. 287 (c.d. legge Antitrust), ovvero ad una situazione di « dipendenza economica » e sub-fornitura nei confronti degli altri operatori con maggiore potere contrattuale, configurabile a mente della L. 18 giugno 1998, n. 192.⁶¹ Ma occorre escludere l'analisi alle domande rientranti nell'ambito dei rapporti di subfornitura di cui alla L. 18 giugno 1998, n. 192, sopra citata, atteso che è lo stesso Tribunale di Catanzaro a negare con chiarezza ogni possibilità di far rientrare la pretesa cautelare dedotta in concreto in tale contesto⁶².

Pertanto, così ridotta l'indagine, può a questo punto verificarsi se la concessione della tutela cautelare sulla base delle ricordate considerazioni in ordine alla struttura di mercato del commercio elettronico ed alla esigenza di fornire protezione al contraente debole trovi un qualche fondamento di diritto, al di là delle suggestive osservazioni economiche di tipo generale svolte dal Collegio.

Orbene, precisato preliminarmente che entrambe le domande in esame danno luogo a forme di tutela risarcitoria per danni anche presunti e pre-

⁶¹ A partire dalla fine degli anni Novanta, si è avvertita, a livello sia nazionale che comunitario, l'esigenza di salvaguardare, nei rapporti con l'imprenditore, non soltanto il consumatore, col quale veniva tradizionalmente identificato il contraente debole nell'ambito delle moderne contrattazioni, ma anche l'imprenditore debole nei confronti di altri operatori del mercato dotati di maggiore potere contrattuale. Queste nuove esigenze, finalizzate ad impedire abusi di potere di mercato nei rapporti fra imprese, hanno trovato una prima espressione nella L. 18 giugno 1998, n. 192, sulla subfornitura nelle attività produttive. Sul tema, tra gli altri, può farsi riferimento a: A. LA SPINA, *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 117; F. DELFINI, *Dipendenza tecnologica del subfornitore e legge n. 192/1998*, in *I Contratti*, 2000, 616; A. MARIANI, *Note in tema di subfornitura nelle attività produttive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 109; A. LUMINOSO, *La nuova disciplina dei contratti di subfornitura*, in *Riv. giur. sarda*, 1999, 599; AA.VV. (a cura di G. ALPA-A. CLARIZIA), *La subfornitura*, Milano, 1999; G. CRESCI-F. FALCO, *I contratti di subfornitura (L. 18 giugno 1998 n. 192: Disciplina delle subforniture nelle attività produttive)*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1998; AA.VV., in (a cura di G. DE NOVA-A. CHIESA) *La*

subfornitura, Milano, 1998; F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, Padova, 1998.

⁶² Secondo il giudice calabrese il rapporto contrattuale dedotto nella specie resta fuori (anche) dall'ambito di applicazione della legge sulla subfornitura (oltre che dalle tutele offerte dal Codice del Consumo), perché tale normativa — recante la disciplina della subfornitura nelle attività produttive — « presuppone l'inserimento del subfornitore nel processo produttivo di una impresa committente, la quale gli conferisce talune fasi della lavorazione o l'incarico di predisporre parti del prodotto finale ». Occorre peraltro precisare che tali conclusioni sono condivisibili, *prima facie*, posto che per subfornitura si intende, generalmente, la lavorazione su commessa e che il destinatario di tale disciplina è, per legge, il subfornitore, ossia l'imprenditore che, mediante contratto di committenza, « si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente » (art. 1, comma 1°, L. n. 192/1998).

sumibili *in re ipsa*⁶³, e che vi è un'effettiva analogia tra la normativa sulla concorrenza sleale e quella *antitrust* (di cui alla L. 10 ottobre 1990, n. 287), in quanto proteggono il medesimo bene giuridico (cioè la struttura di mercato)⁶⁴, si deve escludere che il caso di specie possa ricollegarsi ad un qualche tipo di atto di concorrenza sleale *ex art.* 2598, n. 3, c.c..

Infatti, il presupposto per la configurazione di un atto di concorrenza sleale è la sussistenza di una situazione di concorrenzialità tra due o più imprenditori, e la conseguente idoneità della condotta di uno dei concorrenti ad arrecare pregiudizio all'altro, pur in assenza di un danno attuale; tenuto conto che ad integrare astrattamente il presupposto della concorrenza sleale, cioè la situazione oggettiva di concorrenzialità tra imprese, «è sufficiente il contemporaneo esercizio, da parte di più imprenditori, di una medesima attività industriale o commerciale in un ambito territoriale anche solo potenzialmente comune, non dovendo necessariamente sussistere in concreto l'identità di clientela»⁶⁵.

Di talché, sebbene l'illegittima sospensione di un *account business* di un utente possa astrattamente annoverarsi nell'ambito di applicazione dell'art. 2598, n. 3, c.c., rientrando tra le slealtà concorrenziali generiche e perpetrabili in ragione di una supremazia economica e tecnologica di un operatore su un altro, la mancanza di un effettivo rapporto di concorrenzialità tra le parti — come nel caso di eBay rispetto a qualsiasi *e-trader* che utilizzi i suoi servizi — impedisce l'applicazione della relativa tutela legale.

Pertanto, sgombrato il campo dalla possibilità di individuare l'ambito della tutela tra le domande di responsabilità per slealtà concorrenziale, non rimane che verificare l'applicabilità della protezione *antitrust* offerta dall'ordinamento contro l'abuso di posizione dominante ai sensi della L. 10 ottobre 1990, n. 287, per completare l'analisi avviata allo scopo di rintracciare il fondamento delle considerazioni generali sul *periculum* svolto dal giudice calabrese.

Al riguardo, si precisa che la posizione dominante è individuata come quella particolare situazione di supremazia e potenza economica «grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza sul mercato rilevante e la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti ed in ultima analisi dei consumatori»⁶⁶; da cui si ricava che la posizione dominante si ha quando un'impresa ha la possibilità di tenere

⁶³ Relativamente alla responsabilità risarcitoria per slealtà concorrenziale, l'art. 2600 c.c. — ribadita che essa si fonda sugli ordinari criteri di imputazione soggettiva della condotta illecita per dolo o colpa —, statuisce espressamente che, accertata la sussistenza di atti di concorrenza sleale, la colpa si presume. Quanto invece agli illeciti *antitrust* derivanti da abuso di posizione dominante, vi è un'opinione dottrinale che ritiene applicabile per analogia la presunzione di colpa dettata dall'art. 2600 c.c. per l'azione di risarcimento del danno in materia di concorrenza

sleale (M. TAVASSI-M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, 311; M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione della norma antitrust*, in *Giur. Comm.*, 1998, I, 669).

⁶⁴ Così Cass., 11 agosto 2000, n. 10684.

⁶⁵ Principio recentemente ribadito da Cass. 22 luglio 2009, n. 17144, ma originariamente rintracciabile in Cass. n. 99/1259.

⁶⁶ Sentenza della Corte di Giustizia del 13 febbraio 1979, causa C-85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commissione*.

comportamenti indipendenti ed autonomi da tutti senza subire pregiudizi, ovvero di riuscire ad ostacolare la concorrenza in maniera effettiva⁶⁷.

Tralasciati i complessi fattori che concorrono alla nozione oggettiva di posizione dominante (quali la definizione di mercato rilevante e quote di mercato), ovvero l'individuazione delle diverse condotte vietate, è sufficiente tener presente, ai fini della presente indagine, che la fattispecie *antitrust* può sussistere anche in via autonoma rispetto all'effettivo rapporto di concorrenzialità tra imprese che, invece, come abbiamo visto, costituisce il presupposto indefettibile per l'applicazione della tutela avverso gli atti di concorrenza sleale.

Ma anche tale ipotesi ricostruttiva non coglie nel segno, dal momento che è estremamente problematico sussumere la richiesta d'urgenza dedotta nella specie nell'ambito della protezione per abuso di posizione dominante, in ragione della specifica competenza giudiziale fissata per legge.

Infatti, va ricordato che, come in tema di tutela della libertà di concorrenza, la violazione degli interessi protetti ai sensi della citata L. 10 ottobre 1990, n. 287, integra, almeno potenzialmente, un danno ingiusto ex art. 2043 c.c.⁶⁸. Ciò nondimeno, per la relativa tutela risarcitoria, l'art. 33 della legge *antitrust* non introduce una specifica azione, ma individua, per i diritti individuali violati, il giudice fornito di giurisdizione, e disciplina la competenza a provvedere in ordine ad azioni di nullità e di risarcimento del danno attribuendola in maniera funzionale alla Corte d'Appello⁶⁹.

Alla luce di tale rilievo emerge con chiarezza dunque la criticità dell'ordinanza in commento. E infatti, pur confermandosi, in via astratta, l'appartenenza della pretesa cautelare dedotta contro e-Bay al novero delle tutele offerte in tema di abuso di posizione dominante, la competenza funzionale della Corte d'Appello, sussistente anche in via d'urgenza⁷⁰, è indi-

⁶⁷ Cfr. Cons. Stato, 15 marzo 2000, n. 1348.

⁶⁸ Cfr. Cass. Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, e Cass. 21 gennaio 2010, n. 993.

⁶⁹ Il sistema della doppia tutela *antitrust*, rinveniente dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e dalla Corte d'Appello, peraltro sussiste in tutti i paesi forniti di regolamentazione del mercato e, al riguardo, si parla di *public enforcement* e *private enforcement*. Né si può dubitare che la competenza delle Corti d'Appello a giudicare sulle azioni risarcitorie indicate dall'art. 33 della legge *antitrust* non si limita alle azioni in cui si controverte di un danno conseguente alla nullità di un'intesa vietata dalla disciplina della concorrenza, ma ricomprende anche ogni altra azione volta al risarcimento di danni che siano derivati da comportamenti contrari a quanto la disciplina *antitrust* prescrive, ivi compresi dunque i danni eventualmente dipendenti da un abuso di posizione dominante posto in essere in violazione dell'art. 3 della medesima legge.

Infatti, alla luce di un recente principio di diritto formulato dalla Cassazione, secondo cui «in base alla previsione della L. n. 287 del 1990, art. 33, comma 2, che attribuisce alla corte d'appello territorialmente competente il compito di provvedere sulle azioni di nullità e risarcimento dei danni (oltre che sui ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti d'urgenza), spetta a detta corte pronunciarsi su un'azione risarcitoria per violazione del divieto di abuso di posizione dominante, non occorrendo a tal fine che sia individuabile uno specifico atto del quale debba predicarsi la nullità e del quale chi agisce per il risarcimento debba essere destinatario attuale o potenziale, ma essendo sufficiente che l'attore deduca (e poi ovviamente dimostri, ai fini dell'accoglimento nel merito della sua domanda) di essere un operatore del mercato in cui si è consumato l'abuso di posizione dominante e di averne perciò risentito un pregiudizio economico» (Cass., Sez. Un., 31 dicembre 2011, n. 30175).

⁷⁰ V. art. 33, comma 2°, L. 10 ottobre 1990, n. 287.

scutibile e non consente di inquadrare in maniera coerente il provvedimento *de quo*.

Pertanto, ancorché la condotta tenuta da eBay sembri rientrare all'interno della tutela risarcitoria fondata sulla repressione degli abusi di posizioni dominante, il danno *in re ipsa* derivante dalla sospensione di un *account business* — sulla cui base si incentrano tutte le considerazioni sopra esaminate circa la particolare struttura del mercato elettronico — appartiene alla cognizione di un giudice diverso e rende processualmente inadeguate le predette osservazioni sul *periculum* da parte del tribunale di Catanzaro, per quanto le stesse siano, a nostro avviso, più che pertinenti e idonee dal punto di vista della tutela sostanziale a fornire protezione avverso la grave asimmetria rilevabile nell'attuale struttura economica di Internet.

GIULIA ARANGUENA