

La validità del contratto on-line: “ipertrofia” delle tutele o mero formalismo?

Tiziana Ventrella

Giugno 2013

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un’autorizzazione preliminare per la

riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

- **La fattispecie: le clausole vessatorie e il contratto telematico**

Il contratto telematico, ovvero concluso in modalità telematica, si qualifica per il mezzo, informatico, attraverso cui le parti manifestano la propria volontà negoziale.

La funzione sociale, prima ancora che giuridica, del contratto, è il regolamento sinallagmatico di interessi tra le parti. L'ordinamento riconosce rilevanza giuridica all'accordo negoziale, che scaturisce dall'incontro tra una proposta ed un'accettazione, speculari ed identiche nel contenuto.¹

A fronte di un istituto giuridico unitario, infinite sono le modalità attraverso cui il contratto può venire ad esistenza. L'ordinamento non pone limiti all'autonomia negoziale, riconoscendo il principio generale della libertà delle forme per la manifestazione del consenso.

Vi sono, peraltro, alcuni casi in cui la legge subordina la validità del consenso contrattuale al rispetto di determinati vincoli formali. Si tratta di eccezioni, come tali tassative, al principio generale della libertà di contrarre, intesa non solo come libertà dell' "an", ma anche del "quomodo" della contrattazione.

Come noto, una di queste eccezioni concerne la stipulazione delle c.d. "clausole vessatorie": pattuizioni particolarmente gravose inserite nei contratti predisposti unilateralmente da una parte e successivamente accettati dall'altro contraente. L'art. 1341 c.c. stabilisce che tali condizioni, poste a vantaggio del predisponente, non sono valide se non sono state "specificamente approvate per iscritto" dalla parte che accetta la proposta contrattuale.

La disciplina dell'art. 1341 c.c. risale ad un momento storico in cui il legislatore poteva ragionevolmente presupporre che la modalità "generale" di conclusione del contratto fosse la scrittura su supporto cartaceo. La

¹ L' *idem placitum* si realizza allorché chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte. Sul punto si veda SICA S., *Il contratto nella "rete"*, in G. COMANDÈ – S. SICA *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, 2001, 52

conclusione del contratto per via telematica, c.d. *point and click*,² è evidentemente una modalità sconosciuta alla disciplina delle clausole vessatorie contenuta nel codice civile.

Il contratto on line presenta indubbi vantaggi in termini di “tempistica” e di possibilità di scelta, ma implica un sacrificio sotto il profilo della bilateralità nella formazione dell’accordo: formazione che avverrà attraverso l’accettazione di contenuti predeterminati dal proponente. Colui che predispose e mette on line il modello di contratto (c.d. *format*), è in genere anche la parte contrattualmente più forte, in quanto è l’unica parte che provvede all’effettiva predisposizione del sinallagma contrattuale³.

Oggi, una parte significativa del contenuto dei contratti predisposti in modalità telematica contengono condizioni qualificabili come clausole vessatorie alla stregua del 1341 c.c.

Occorre dunque verificare se e come la modalità “tecnica” di conclusione telematica del contratto sia effettivamente compatibile con i vincoli che il diritto comune ha stabilito con riguardo alla contrattazione “tradizionale”, e se sia dunque possibile concludere un contratto telematico valido alla luce del contenuto che lo stesso sta progressivamente assumendo nella realtà sociale ed economica⁴.

- **La normativa di riferimento**

² Letteralmente “tasto negoziale virtuale”. L’espressione è oramai utilizzata dalla maggior parte della dottrina del settore. In particolare, tra i primi ad utilizzarla, si rileva TOSI E., *Diritto Privato dell’Informatica e di internet. I beni- I contratti-Le responsabilità*, 264 e ss.

³ Il negozio concluso mediante lo strumento informatico tende a configurarsi come un contratto per adesione in ragione delle caratteristiche intrinseche al mezzo informatico. Sul punto, si veda GIOVA S., *Qualificazione dell’offerta in Internet: offerta al pubblico o invito a offrire?*, in S.SICA - P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, 105e ss.

⁴ “Avendo colto quale ratio dell’art. 1341 c.c. l’esigenza di tutelare la reale consapevolezza del contenuto contrattuale predisposto in forma unilaterale *ex adverso*, spetta alla giurisprudenza di legittimità il compito di verificare *de facto* il rispetto da parte del proponente degli obblighi informativi prescritti da tale norma anche nell’ambiente telematico in ragione della peculiarità della contrattazione uniforme on line, traducendo i tradizionali requisiti di chiarezza e completezza della proposta negoziale in termini di agevole visibilità sul web del sito o con un percorso obbligato di lettura attraverso links ben individuati”, così, PACILEO P., *Contratti on line e pagamenti elettronici*, Giappichelli, 2010, 55.

Alla fattispecie del contratto telematico risultano applicabili varie fonti normative, per il cui coordinamento si rende necessario uno sforzo interpretativo.

Il Codice Civile. L'art. 1341 c.c. detta la disciplina generale in materia di validità delle clausole vessatorie : *“In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria.”* Le clausole di cui all'art. 1341 c.c. sono valide solo se risultano specificamente sottoscritte. Il codice impone dunque ai contraenti di approvare ogni singola clausola vessatoria per iscritto⁵.

È noto che la Cassazione ha interpretato il requisito della “specifica sottoscrizione” non come elemento necessario in sé, ma come manifestazione di effettiva e consapevole volontà dell'accettante con riferimento alla singola clausola. Ha affermato che le clausole elencate all'art. 1341 c.c. sono valide, anche laddove non specificamente sottoscritte, qualora il predisponente sia in grado di dimostrare che esse sono state oggetto di contrattazione con la controparte: la clausola non è vessatoria se è determinata dalla comune volontà delle parti.⁶

⁵ Più in particolare, l'inosservanza del requisito formale sembrerebbe condurre alla categoria della nullità parziale, atteso che, pur venendo meno la clausola vessatoria, il contratto dovrebbe rimanere valido per il resto, senza necessità di impegnare l'interprete nell'indagine a lui demandata dall'art. 1419 c.c. Cfr. SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970, 275.

⁶ “Ci si limiterà a rilevare che l'equilibrio alterato dalla clausola vessatoria deve essere quello "normativo", dovendo l'alterazione avere riguardo, secondo la lettera della norma, ai "diritti e obblighi derivanti dal contratto". Con tale espressione il legislatore ha inteso escludere un qualsivoglia sindacato sulla convenienza economica dell'affare e sul rapporto tra le due prestazioni, aspetti che vengono in tal modo riservati all'autonomia privata, essendo il giudizio di vessatorietà incentrato sull'incidenza della clausola sulle rispettive e reciproche posizioni giuridiche dei contraenti, e, solo ove detta incidenza risulti significativa, la clausola contraria a buona fede potrà ritenersi vessatoria, salvo che sia stata oggetto di trattativa individuale; ed infatti, dinanzi ad una trattativa connotata dai caratteri della individualità, serietà ed effettività, vengono meno le esigenze di protezione del contraente esposto all'altrui unilaterale determinazione del contenuto contrattuale, foriera di abusi e strumentalizzazioni, potendo per contro il consumatore negoziare la singola clausola e quindi incidere realmente sul suo contenuto”, così, CARADONNA G., *La disciplina in tema di clausole vessatorie è applicabile anche ai negozi unilaterali come la proposta irrevocabile*, Giur. It., 2013, 3.

“I presupposti per l'applicazione dell'art. 1341 c.c., sono individuati nella generalità e nella predisposizione unilaterale delle condizioni del contratto. (...) sembra certo che la predisposizione unilaterale manca in caso di trattativa fra le parti in quanto in tale caso le clausole contrattuali sono frutto dell'incontro della volontà dei contraenti.” (Cass. civ. Sez. III 19-05-2006 n. 11757)

Il Codice del Consumo. Il D.lgs. 206 del 2005 stabilisce alcune norme specifiche, che si applicano ai contratti in cui una delle parti sia un ”consumatore”, ossia un soggetto che non agisce nell’esercizio di imprese, arti o professioni.

La disciplina del codice del consumo è volta a tutelare il contraente “debole”, in quanto, laddove più favorevole al consumatore, deroga alle norme contenute nel codice civile.

Gli art. 33 e 34 del codice del consumo elencano le clausole vessatorie c.d. *Grey list*: tali disposizioni si *presumono* vessatorie salvo che il predisponente non fornisca la prova contraria.

La disciplina di queste clausole finisce per coincidere con quella prevista dall’art. 1341 c.c.⁷, in quanto la sanzione per le clausole vessatorie *grey list* è la nullità, salvo che non si dimostri che il consumatore le ha effettivamente approvate in seguito a specifica trattativa.⁸

⁷ Secondo l’orientamento prevalente in giurisprudenza (v. Cass. ord. 18680 del 2003; Cass. n.547 del 2002), la mancanza della specifica sottoscrizione determinerebbe la nullità assoluta della clausola vessatoria, rilevabile d’ufficio dal giudice, in ogni stato e grado del procedimento, ivi compresa la fase di legittimità dinanzi alla Corte di Cassazione. Nello stesso senso, in dottrina, si veda GENOVESE A., *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. Dir.*, 803.

In senso contrario, la dottrina maggioritaria (v. BIANCA M., *Diritto civile, 3, Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000, 373 ss) ha ritenuto debba parlarsi di inefficacia della clausola vessatoria non specificamente sottoscritta, dividendosi poi sul problema se la suddetta inefficacia possa essere fatta valere, oltre che dal contraente, anche dal predisponente (in senso contrario, SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Comm.cod.civ.*, a cura di Scialoja-Branca, Libro quarto, Bologna-Roma, 1970, 263) e se possa essere rilevata d’ufficio dal giudice.

⁸ Tali clausole si presumono vessatorie fino a prova contraria. Si parla in questo caso di presunzione relativa di vessatorietà, che può essere superata dal professionista. V. in tal senso TARTAGLIA R., *Vessatorietà e trasparenza nei contratti del consumatore . Condizioni generali di contratto e clausole vessatorie tra novità normative e prassi applicativa*, Milano 2006, 216.

Diverso trattamento è invece riservato ad alcune clausole, c.d. *black list*,⁹ per le quali il codice del consumo pone una presunzione assoluta di vessatorietà.

L'art. 36, 2° comma, individua infatti un ulteriore elenco di clausole che, laddove poste a carico del consumatore, sono sempre nulle, anche laddove si dimostri che esse sono state oggetto di contrattazione tra le parti.

Art. 36, D.lgs. 206 del 2005: "Nullità di protezione"

"1. Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto.

2. Sono nulle le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di:

a) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista;

b) escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista;

c) prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto.

3. La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice"

La norma comporta l'invalidità *tout court* delle clausole *black list* poste nel contratto con un consumatore, a prescindere dal fatto che quest'ultimo le abbia singolarmente ed espressamente approvate, anche per iscritto. Il codice del consumo pone pertanto, in relazione a queste particolari clausole vessatorie, una tutela maggiore per il consumatore rispetto alla tutela generale prevista dall'art. 1341 c.c.

La Direttiva Comunitaria 2000/31/CE. La direttiva della Commissione Europea detta alcuni principi cardine in materia di commercio elettronico, che gli Stati membri sono tenuti ad attuare attraverso l'armonizzazione delle

⁹ Secondo VIOLA L., nella c.d. "lista nera" sono riprodotte delle clausole già contenute nella lista grigia, ma che il legislatore ha voluto sottrarre al principio secondo cui la trattativa esclude la vessatorietà, rendendo la sanzione della loro inefficacia insuperabile mediante prova contraria. Per un'analisi completa della problematica si veda VIOLA L., *Studi monografici di diritto civile. Percorsi ragionati sulle problematiche di maggiore attualità*, Matelica, 2007, 87 e ss.

rispettive legislazioni. Importante, ai fini della nostra analisi, è il principio cristallizzato nell'art. 9, par. 1, della suddetta direttiva, in base al quale: *“Gli Stati membri provvedono affinché il loro ordinamento giuridico renda possibili i contratti per via elettronica. Essi, in particolare, assicurano a che la normativa relativa alla formazione del contratto non osti all'uso effettivo dei contratti elettronici e non li privi di efficacia e validità in quanto stipulati per via elettronica”*. In sostanza, il singolo Stato membro deve fare in modo che la propria legislazione interna non determini una disparità, in termini di efficacia o di validità, tra il contratto telematico ed il medesimo contratto concluso con la modalità “tradizionale”.

Il principio è ribadito dal considerando 34 della direttiva, in base al quale *“Gli Stati membri dovrebbero adeguare le parti della propria legislazione relative soprattutto ai requisiti di forma che potrebbero ostacolare il ricorso ai contratti per via elettronica”*. In sostanza, i soggetti dell'ordinamento nazionale devono poter ricorrere alla conclusione del contratto tramite lo strumento elettronico senza che ciò comporti maggiori rischi, oneri o pregiudizi sotto il profilo dell'efficacia del medesimo contratto.

Il D.Lgs. sul Commercio Elettronico, n. 70 del 2003. Il legislatore nazionale ha provveduto, con il provvedimento in oggetto, ad attuare la direttiva comunitaria di cui sopra. Peraltro l'art. 13 si limita laconicamente a prevedere che: *“Le norme sulla conclusione dei contratti si applicano anche nei casi in cui il destinatario di un bene o di un servizio della società dell'informazione inoltri il proprio ordine per via telematica”*. Il provvedimento opera dunque un mero richiamo alle norme generali sulla conclusione dei contratti, prevedendo che le stesse si applicano anche al contratto concluso in via telematica. Il legislatore sembra astenersi da qualsiasi considerazione circa l'effettiva e concreta compatibilità tra le norme, ad es. del codice civile, che richiedono la sottoscrizione autografa di singole clausole, e le peculiarità strutturali dello strumento informatico. Ed è appunto questa compatibilità che qui interessa esaminare.

- **La giurisprudenza italiana sulle clausole vessatorie nei contratti *point and click***

Quanto alla giurisprudenza italiana sul punto, tra le sentenze più recenti si registra un'emblematica pronuncia del Tribunale di Catanzaro. L'ordinanza è la n. 18 del 30 aprile 2012, e il fulcro della vicenda concerne la validità o meno di una clausola, per l'appunto vessatoria, contenuta nelle condizioni generali del contratto (Accordo per gli utenti) intercorrente tra la piattaforma informatica E-bay e un utente (venditore di prodotti in rete) della medesima piattaforma.

La clausola, intitolata "Abuso di E-bay", attribuiva al provider il potere di recedere *ad nutum* dal contratto a fronte di un grave inadempimento della controparte alle regole su "l'inadempimento del venditore" presenti sul portale www.ebay.it. E-bay aveva, nel caso di specie, sospeso l'account del venditore invocando l'applicazione della suddetta clausola, contenuta nell'Accordo per gli utenti regolarmente accettato dalla controparte (in modalità telematica) al momento della registrazione sulla piattaforma.

La fattispecie è perfettamente sussumibile all'art. 1341 c.c., posto che: a) la clausola invocata da E-bay stabiliva che il predisponente aveva la facoltà di recedere dal contratto: si tratta di una clausola vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c.; b) il contratto è stato concluso tra professionisti secondo lo schema del contratto per adesione: non è dunque applicabile la normativa del Codice del Consumo, che si sostituisce alle norme civilistiche solo quando una delle parti è un consumatore.

Il Tribunale Calabrese riconosce che la tecnica del "tasto virtuale", in forza della quale il "click" sul tasto "accetto" equivale all'accettazione della proposta, è sufficiente a manifestare il consenso contrattuale e a far ritenere perfezionato il contratto. Tuttavia, sostiene il giudice, questa modalità è sufficiente solo laddove si tratti di un contratto "a forma libera", e cioè di un contratto per cui l'ordinamento italiano non richiede formalità per la valida manifestazione della volontà negoziale.

Le clausole vessatorie, in particolare, costituiscono un'eccezione a principio della forma libera, perché non sono valide se non sono state oggetto di specifica approvazione per iscritto (art. 1341 c.c.).

È peraltro evidente che il requisito della "sottoscrizione" assume qui una connotazione peculiare: trattandosi di un contratto non redatto su supporto "tangibile", per cui non è possibile integrare l'elemento della firma autografa, occorre comprendere attraverso quale attività il contraente può soddisfare il requisito della sottoscrizione.

La sentenza in esame afferma che per le clausole vessatorie on line la condizione di validità della specifica sottoscrizione deve essere assolta con firma digitale. Mancando, nel caso in esame, la specifica sottoscrizione con firma digitale della clausola “Abuso di E-bay”, la singola clausola dovrebbe ritenersi invalida, pur se inserita in un contratto valido per il restante contenuto.

“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” (v. Trib. di Catanzaro n. 18 del 30.04.2012, riportata in calce al presente scritto ed anche in www.ilcaso.it con nota di G. Navone). Il che equivale ad affermare che per stipulare validamente una o più clausole vessatorie, il predisponente dovrà imporre alla controparte di dotarsi di una firma digitale.

Portando il ragionamento del Giudice alle estreme conseguenze, si deve a questo punto rilevare che il requisito richiesto dal Giudice non può mai essere assolto, direttamente, con un’attività esclusivamente on-line del soggetto accettante: ottenere una firma digitale implica infatti, necessariamente, il compimento di un’attività reale, cioè off-line (e, peraltro, notoriamente più complessa v. *infra*), in qualche momento a monte alla contrattazione.

Seppur in modo implicito, lo stesso ordine di ragionamenti è stato seguito dal Tribunale di Messina (v. Trib. di Messina 7.7.2010, riportato in calce e in Dir. Informaz. e Informatica (II), fasc.1, 2011, pag. 120 con nota di I.P. Ciminio), in relazione ad altra fattispecie dai profili analoghi alla vicenda di E-bay.

È anche interessante osservare che la stessa questione era stata invece diversamente affrontata, circa dieci anni prima, da una diversa autorità giudiziaria, con una soluzione molto meno formale. Il Giudice di pace di Partanna, con il provvedimento n. 15 del 1.2.2002 (v. in calce e in www.altalex.com) aveva infatti asserito che, ai fini della validità di una clausola vessatoria (nella fattispecie una clausola di deroga al foro territorialmente competente), il predisponente avrebbe semplicemente dovuto ottenere un doppio assenso, ossia un doppio click sull’apposito tasto virtuale da parte dell’accettante: un click ai fini dell’adesione al contratto, l’altro click ai fini

dell'approvazione della singola clausola vessatoria, così rispettandosi il requisito della doppia sottoscrizione importato dall'art. 1341 c.c.¹⁰

Questa seconda impostazione, che paradossalmente si colloca ben dieci anni prima della soluzione adottata dal giudice calabrese, presenta un'innegabile vantaggio sotto il profilo dell'agevolezza della contrattazione, perché consente di manifestare validamente la volontà negoziale, anche in via telematica, senza onerare la parte di adempimenti (off-line) ulteriori e prodromici alla conclusione del contratto.

- **Le firme elettroniche**

Prima di addentrarsi ulteriormente nell'analisi della problematica, occorre ricostruire quali siano le diverse tipologie di firme elettroniche¹¹ riconosciute dall'ordinamento italiano.

Occorre peraltro segnalare che l'originaria tripartizione dei tipi di firma (semplice, qualificata, digitale) va oggi considerata alla luce del D.P.C.M. 22 febbraio 2013, contenente le *Regole tecniche in materia di generazione, apposizione e verifica delle firme elettroniche avanzate, qualificate e digitali*. Il provvedimento, attuativo al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'Amministrazione Digitale), ha disciplinato un ulteriore tipo di firma, la firma elettronica avanzata, che, pur contemplata dalla direttiva comunitaria del 1999, non era ancora stata regolamentata dal legislatore nazionale.

¹⁰ “La soluzione non da tutti è stata salutata come appropriata e rispettosa della prescrizione di legge. È in gioco la distinzione tra approvazione e sottoscrizione. Un conto è infatti concludere nel senso che il “point&clic” valga quale approvazione (manifestazione positiva di intento negoziale), altro invece reputare che questa peculiare “azione” possa essere qualificata come sottoscrizione (segno personale atto a consentire l'attribuibilità e la paternità della dichiarazione all'autore della stessa), magari in via mediata, in riferimento cioè all'invio del messaggio di posta elettronica. Chi nega la possibilità di utilizzare il c.d. “point&clic” in chiave di sottoscrizione separata del contratto telematico si attiene ad una interpretazione del requisito formale posto dall'art. 1341 c.c. difficilmente superabile. Soltanto una firma elettronica qualificabile come tale (avanzata o anche “leggera”, ma pur sempre firma) potrebbe essere reputata mezzo atto ad integrare i dettami normativi” così, MINUSSI D., *Riproduzione di un documento informatico e clausole vessatorie*, in *Dir. Internet*, 2006, 5, 445.

¹¹ “Con l'introduzione delle tecnologie informatiche cambia il modo di apposizione della firma.. La firma non è il risultato di un gesto umano ma il frutto di una connessione univoca tra il soggetto firmatario e la sua univoca autenticazione informatica”, così, PASCUZZI G., *Il diritto dell'era digitale*, Il Mulino, 2006, 114.

1. **Firma elettronica semplice.** La firma elettronica semplice non è altro che un' "associazione logica", in grado di connettere dati in forma elettronica ad altri dati elettronici, e utilizzabile come metodo di autenticazione (art. 2 della direttiva 199/993/CE: quadro comunitario delle firme elettroniche).

La definizione della firma elettronica semplice individua un *genus* molto ampio, che ricomprende qualsiasi associazione di dati in forma elettronica utilizzati per identificare e autenticare degli altri dati elettronici.

Il Tribunale di Cuneo, con l'ordinanza n. 848 del 15.12.2003, ha ad esempio riconosciuto che l'inserimento dello User ID e della Password al momento dell'accesso alla casella di posta elettronica costituisce una firma elettronica semplice, finalizzata al riconoscimento dell'utente da parte del server.

2. **Firma elettronica avanzata.** L'art. 56 del D.P.C.M. 22 febbraio 2013 individua le caratteristiche che qualificano le firme elettroniche avanzate rispetto alle firme elettroniche semplici. Da un punto di vista strutturale le firme elettroniche avanzate costituiscono sempre un "procedimento" di autenticazione. Il procedimento di firma deve però garantire, in particolare:

- a) l'identificazione del firmatario del documento¹²;
- b) la connessione univoca della firma al firmatario;
- c) il controllo esclusivo del firmatario del sistema di generazione della firma,
- d) la possibilità di verificare che il documento informatico sottoscritto non abbia subito modifiche dopo l'apposizione della firma.

¹² I soggetti che erogano soluzioni di firma elettronica avanzata sono infatti obbligati ad identificare l'utente tramite un valido documento di riconoscimento: *Art. 57 D.P.C.M. 22 febbraio 2013: Obblighi a carico dei soggetti che erogano soluzioni di firma elettronica avanzata: 1. "I soggetti di cui all'art. 55, comma 2, lettera a) devono: a) identificare in modo certo l'utente tramite un valido documento di riconoscimento, informarlo in merito agli esatti termini e condizioni relative all'uso del servizio, compresa ogni eventuale limitazione dell'uso, subordinare l'attivazione del servizio alla sottoscrizione di una dichiarazione di accettazione delle condizioni del servizio da parte dell'utente (...)"*

Va però specificato che la soluzione di firma elettronica avanzata può essere utilizzata solo nei rapporti giuridici intercorrenti tra il sottoscrittore e il soggetto che ha realizzato il procedimento ¹³.

Costituisce un esempio di firma elettronica avanzata l'utilizzo della PEC (Posta elettronica certificata) nei confronti della Pubblica Amministrazione ¹⁴.

3. **Firme elettroniche qualificate.** La firma elettronica qualificata costituisce una *species* del *genus* firma elettronica avanzata. Infatti il codice dell'amministrazione digitale la definisce come quel *“particolare tipo di firma elettronica avanzata che sia basata su un certificato qualificato e realizzata mediante un dispositivo sicuro per la creazione della firma”*.

La peculiarità, rispetto alle firme di cui al punto sub 2), è la presenza di un certificato qualificato, rilasciato da un soggetto terzo con determinati requisiti professionali, che garantisce l'identità del firmatario, previa attività di autenticazione off-line ¹⁵. Quest'ultimo elemento consente di utilizzare la firma qualificata anche nei rapporti con i terzi, e non solo nei confronti del soggetto che ha realizzato il sistema di firma.

4. **Firma digitale.** L'art. 1 del codice dell'amministrazione digitale definisce così la firma digitale: *“un particolare tipo di firma elettronica avanzata basata 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, rispettivamente, di*

¹³ Art. 60. D.P.C.M. 22 febbraio 2013: *Limiti d'uso della firma elettronica avanzata* 1. La firma elettronica avanzata realizzata in conformità con le disposizioni delle presenti regole tecniche, è utilizzabile limitatamente ai rapporti giuridici intercorrenti tra il sottoscrittore e il soggetto di cui all'art. 55, comma 2, lettera a).

¹⁴ Art. 61. D.P.C.M. 22 febbraio 2013: *“Soluzioni di firma elettronica avanzata”* 1. L'invio tramite posta elettronica certificata di cui all'art. 65, comma 1, lettera c -bis) del Codice (dell'amministrazione digitale), effettuato richiedendo la ricevuta completa di cui all'art. 1, comma 1, lettera i) del decreto 2 novembre 2005 recante «Regole tecniche per la formazione, la trasmissione e la validazione, anche temporale, della posta elettronica certificata» sostituisce, nei confronti della pubblica amministrazione, la firma elettronica avanzata ai sensi delle presenti regole tecniche (...).

¹⁵ “La firma elettronica qualificata attesta l'esistenza di una corrispondenza biunivoca e unica tra il soggetto titolare del certificato e il certificato. Il fatto rappresentato con la firma elettronica qualificata non è la prova dell'autografia ma la prova della titolarità della firma stessa, mediante la titolarità del certificato”, così, PASCUZZI G., op. cit., pag 10, 117.

rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici”.

Il sistema di firma si basa su un sistema di doppie chiavi di cifratura: una chiave privata, di cui il sottoscrittore ha il controllo esclusivo, e una chiave pubblica, disponibile da chiunque. Con la chiave privata l'autore firma e “chiude” il documento, il destinatario può aprirlo solo adoperando la corrispondente chiave pubblica. In tal modo si garantisce che il documento proviene dall'unico soggetto detentore della chiave privata.

Oltre alla provenienza del documento, occorre però garantire l'identità del soggetto che firma: a tal fine si richiede, come per le altre firme elettroniche qualificate, l'intervento del soggetto certificatore che garantisca, sempre in seguito ad un'attività off-line, l'identità del detentore della chiave privata ¹⁶.

- **Tutela o formalismo?**

Il confronto tra le due pronunce succitate porta a chiedersi se l'impostazione accolta dal Tribunale di Catanzaro, risponda ad una ragionevole esigenza di tutelare l'utente più “debole” sul piano della contrattazione telematica, o se piuttosto non esprima una mera inadeguatezza delle nostro sistema giuridico-normativo ad interpretare i mutamenti della realtà economica e sociale.

Si è visto, nel paragrafo precedente, come la firma digitale, richiesta dal Tribunale di Catanzaro, costituisca la firma elettronica con il maggior grado di affidabilità, in quanto non solo garantisce la “provenienza” del documento, ma anche l'identità del soggetto firmatario.

Il valore probatorio delle firme elettroniche è indicato all'art. 21 del codice dell'amministrazione digitale:

¹⁶ “La firma digitale ha la funzione di garantire la provenienza del documento sottoscritto, l'immutabilità del documento stesso e la possibilità per chiunque di procedere alla verifica obiettiva della firma, ovunque nel mondo ed in tempo reale. Sul fronte opposto, richiede strutture e procedure complesse e relativamente costose, sia in fase di rilascio del certificato di firma che di manutenzione del sistema. La firma digitale propriamente detta è quindi lo strumento d'elezione per la circolazione telematica di documenti che richiedono un elevato livello di sicurezza”, così BECHINI U. - MICCOLI M., *Attuazione della direttiva europea sulla firma elettronica, ovvero la forma «sine probatione»*, in *Notariato*, 2002, 3, 324

“Il documento informatico¹⁷, cui è apposta una firma elettronica (semplice), sul piano probatorio è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità.

Il documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, formato nel rispetto delle regole tecniche di cui all'articolo 20, comma 3, che garantiscano l'identificabilità dell'autore, l'integrità e l'immodificabilità del documento, ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del codice civile. L'utilizzo del dispositivo di firma elettronica qualificata o digitale si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria.”

Dunque, la firma elettronica semplice, anche se riconosciuta dal firmatario, è sempre un elemento liberamente valutabile in giudizio¹⁸.

La firma elettronica avanzata e non qualificata fa prova solo se il firmatario non la disconosce o se chi la produce dimostra che il dispositivo di firma è stato effettivamente utilizzato dal titolare.

Le firma elettroniche avanzate, qualificate e digitali, attribuiscono al documento informatico l'efficacia probatoria delle scritture private autenticate: piena prova fino a querela di falso. Eventualmente, sarà onere del titolare dimostrare che è stato un altro soggetto ad utilizzare il proprio dispositivo di firma.

Alla luce di questa ricostruzione, imporre il requisito della firma digitale per la valida pattuizione delle clausole vessatorie nei contratti on-line, vuol dire chiedere alle parti di ricorrere all'equivalente telematico della scrittura privata autenticata, laddove, invece, il legislatore si accontenta, all'art. 1341 c.c. della semplice scrittura privata¹⁹; o meglio, non impone con l'art. 1341 c.c. l'adozione della forma di scrittura privata autenticata.

¹⁷ “È bene precisare che il documento elettronico può validamente essere ricompreso nella nozione di “documento scritto”. Difatti, affinché si abbia un documento “scritto”, è sufficiente che lo stesso sia redatto secondo un sistema convenzionale di dichiarazione su un qualsiasi tipo di supporto materiale durevole”, così, GANNANTONIO E., *Manuale di diritto dell'informatica*, Padova, 1997, 384.

¹⁸ “La mera firma elettronica è definita come firma elettronica “debole”, in quanto non assegna un elevato coefficiente di certezza all'identificazione del soggetto firmatario”, così, CASSANO G.-SCORZA G.-VACIAGO G., *Diritto dell'Internet, Manuale operativo*, CEDAM, 178.

¹⁹ “In sostanza, le firme elettroniche “avanzate” o “qualificate” sarebbero quelle che consentono la conclusione del “contratto virtuale tipico” (v. LISI A., *Il negozio telematico. I profili giuridici di un e-shop*, 2007, 40) mentre le firme elettroniche “deboli”, pur se equiparate alla forma

Difatti, come emerge dalla sentenza di Cassazione richiamata (Cass. n. 11757 del 2006) l'art. 1341 c.c. richiede la specifica sottoscrizione per accertare l'effettività del consenso sulla singola clausola vessatoria, non per identificare il soggetto accettante ²⁰.

La decisione del Tribunale Calabrese rischia allora, imponendo la firma digitale, di ostacolare la conclusione di contratti telematici tra professionisti, in quanto l'acquisto di una firma digitale obbliga le parti, per legge, ad ottenere previamente l'autenticazione dell'identità recandosi "materialmente" presso un pubblico ufficiale (Comune, Notaio ecc.): la firma digitale presuppone dunque un'attività "nella realtà", che non può essere assolta direttamente on line.

Si finisce così per imporre nella "contrattazione telematica" una serie di attività che restano al di fuori dell'attività on line.

Inoltre, ponendo a carico delle parti l'onere della firma digitale per il solo fatto di esser ricorse alla contrattazione telematica in luogo di quella tradizionale, sembra violato quel principio di non "disparità", contenuto nella direttiva comunitaria, che obbliga gli Stati membri a non ostacolare, con la propria legislazione e rispetto ai contratti tradizionali, l'utilizzo del contratto telematico da parte dei soggetti dell'ordinamento.

Sembra a questo punto possibile, ed anzi doveroso alla luce dei principi comunitari richiamati, interpretare il testo dell'art. 1341 c.c., immaginato per il contratto tradizionale, in armonia con le fonti normative applicabili al contratto on line. L'obiettivo dell'interprete, chiaramente delineato dalla direttiva

scritta, sul terreno degli effetti formali, non lo sono sotto il profilo probatorio, poiché sottoposte alla libera valutazione dell'Autorità giudiziaria caso per caso, a seconda delle loro caratteristiche oggettive di qualità e sicurezza. La distinzione tra firme deboli e forti attiene, secondo tale ricostruzione, unicamente al profilo dell'efficacia probatoria, in quanto entrambe assolvono al requisito legale della specifica approvazione scritta; tuttavia la forma "debole" non offre una tutela sufficiente al consumatore in caso di smarrimento incolpevole o dell'abusivo utilizzo da parte di terzi." Cit. PACILEO P., *op. cit.*, pag. 2, 65.

²⁰ La firma digitale ha un'efficacia probatoria molto più ampia della scrittura privata. "In particolare la sottoscrizione digitale (in pratica un "sigillo elettronico" formato da un insieme di numeri e lettere, di cui una parte privata e l'altra pubblica, di lunghezza minima pari a 1.024 bit) offre una maggiore sicurezza rispetto alla firma autografa su carta anche perché, grazie alla chiave privata in possesso del solo sottoscrittore, non è imitabile o falsificabile; essa inoltre dà più garanzie alle parti perché le vincola, nel senso che una volta apposta la transazione non è più ripudiabile, tant'è che il software attualmente in uso nell'home banking prevede per le operazioni bancarie, come ad esempio un ordine di bonifico, la schermata di conferma dell'operazione con un'apposita clausola in questo senso, dopo ricevuta la segnalazione della validità della firma digitale apposta", così, SANTORO F., *Contratti telematici e firma digitale al via: i possibili risvolti fiscali*, in *Fisco*, 1999, 30, 1012.

comunitaria, è di evitare che la disposizione si ponga quale limite meramente formalistico all'utilizzo del contratto telematico.

Occorre dunque considerare che:

- a) L'art. 1341 c.c. richiede l' "approvazione" delle singole clausole vessatorie: il requisito va inteso come necessità che il contraente manifesti la propria volontà in relazione ad ogni singola clausola.²¹

La volontà contrattuale, in base al principio della libertà delle forme, può essere espressa con qualsiasi modalità. Sarebbe dunque sufficiente il "flag" o il click sulla singola casella in corrispondenza della clausola vessatoria perché quella clausola si intenda specificamente approvata dall'accettante²². Il contraente debole dovrebbe dunque apporre un click sia per accettare il contratto in generale, sia per ogni singola clausola vessatoria.

- b) L'art. 1341 c.c. esige la "specifica sottoscrizione" di ciascuna clausola vessatoria: la funzione della sottoscrizione specifica è di assicurare la consapevolezza del contraente rispetto all'accettazione della specifica pattuizione; ma il legislatore richiede la semplice firma autografa, non l'autentica: non è richiesta l'identificazione mediante pubblico ufficiale.

Nell'ambito telematico sarà dunque sufficiente che l'utente si faccia identificare, una prima volta, nella fase di registrazione sul sito internet. Una volta forniti i propri dati personali, ai fini del successivo riconoscimento dovrebbe bastare l'inserimento dello USER ID e della PASSWORD nella schermata che appare al momento dell'accesso al proprio account internet: ossia la firma elettronica semplice.

In definitiva, l'utilizzo combinato di questi elementi (doppio click, user ID e password) sembra consentire, in via generale, di integrare le condizioni

²¹ "Sono diverse le modalità attraverso cui può ottenersi la garanzia che l'accettante abbia acquisito consapevolezza del contenuto di ogni clausola e che, dunque, la volontà contrattuale sia stata espressa in riferimento all'intero contenuto del format. Ad es. si potrebbe rendere "lo scrolling a video delle condizioni generali passaggio obbligato per il contraente prima di poter accedere al tasto negoziale", così, TOSI E., *Il contratto virtuale: formazione e conclusione tra regole procedurali comuni e speciali*, in *Commercio Elettronico e servizi della società dell'informazione*, 217.

²² "La "cliccata" sul tasto ordine di acquisto non indica con minuziosità ciascuna proposizione del contenuto dichiarativo, che si offre, ma si riempie del significato inteso dall'operatore e proposto dall'utente: la "cliccata" significa in sé accettazione del contratto alle condizioni rese conoscibili dall'operatore", così, GAMBINO A., *L'accordo telematico*, Milano 1997, 288 ss.

poste dall'art. 1341 c.c. ai fini di una valida apposizione di clausole vessatorie on line.

- **Applicabilità della modalità *point and click* alle clausole vessatorie nel contratto del consumatore**

Un dubbio potrebbe invece porsi con riferimento al contratto on line concluso dal consumatore, posto che al considerando 55 la direttiva comunitaria sul commercio elettronico prevede che: *“La presente direttiva non pregiudica la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali riguardanti i contratti conclusi dai consumatori. Pertanto la presente direttiva non può avere l'effetto di privare il consumatore della tutela di cui gode in virtù di norme obbligatorie in materia di obbligazioni contrattuali previste dalla legge dello Stato membro in cui ha la residenza abituale.”* La medesima previsione è stata poi ripresa dal legislatore nazionale, in particolare agli artt. 1, comma 3, e 5, comma 1, lett. d), del D.Lgs. sul Commercio Elettronico, n. 70 del 2003.²³

Dall'analisi che si è svolta con riferimento alla disciplina delle clausole vessatorie contenuta nel codice del consumo, è tuttavia emerso che il consumatore gode di una tutela più ampia di quella codicistica, nel senso di un'invalidità insuperabile delle stesse, solo con riferimento alle clausole vessatorie *black list*.

Nel caso di clausole vessatorie *grey list*, alla disciplina contenuta nel codice del consumo si somma quella contenuta nel codice civile, in quanto la Cassazione ha chiarito che gli artt. 33 e 34 del codice del consumo si applicano unitamente alla tutela ex art. 1341 c.c.²⁴ qualora si tratti di contratti del

²³ V. Art. 1 comma 3: *“Sono fatte salve le disposizioni comunitarie e nazionali sulla tutela della salute pubblica e dei consumatori, sul regime autorizzatorio in ordine alle prestazioni di servizi investigativi o di vigilanza privata, nonché in materia di ordine pubblico e di sicurezza, di prevenzione del riciclaggio del denaro, del traffico illecito di stupefacenti, di commercio, importazione ed esportazione di armi, munizioni ed esplosivi e dei materiali d'armamento di cui alla legge 9 luglio 1990, n. 185.”*; e l'art. 5 comma 1: *“La libera circolazione di un determinato servizio della società dell'informazione proveniente da un altro Stato membro può essere limitata, con provvedimento dell'autorità giudiziaria o degli organi amministrativi di vigilanza o delle autorità indipendenti di settore, per motivi di: / a. ordine pubblico, per l'opera di prevenzione, investigazione, individuazione e perseguimento di reati, in particolare la tutela dei minori e la lotta contro l'incitamento all'odio razziale, sessuale, religioso o etnico, nonché contro la violazione della dignità umana; / b. tutela della salute pubblica; / c. pubblica sicurezza, compresa la salvaguardia della sicurezza e della difesa nazionale; / d. tutela dei consumatori, ivi compresi gli investitori”*.

²⁴ L'art. 1342 c.c. stabilisce che la disciplina sulle clausole vessatorie ex art. 1341 c.c. si applichi ai *“contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali”*. La Cassazione, con sent. n.

consumatore che siano stati, inoltre, “predisposti” da una delle parti. Poiché nel contratto *point and click* abbiamo generalmente, per le caratteristiche del contratto, un predisponente ed un accettate, ricorrerà in ogni caso sia la tutela del codice del consumo, sia quella contemplata dall’art. 1341 c.c.²⁵.

Tuttavia, la posizione del consumatore, rispetto alle clausole *grey list*, non risulta più favorevole di quella riconosciuta al contraente-non consumatore, avendo le due tutele un contenuto sostanzialmente analogo²⁶.

6314 del 22.03.2006, ha chiarito le modalità di applicazione dell’art. 1342 c.c. rispetto ai contratti on line, stabilendo che: “Anche se non è stato usato un “modulo”, ovvero uno stampato da accettare in blocco riempiendo gli spazi bianchi, rimane il fatto che anche la riproduzione di un documento informatico o “file”, predisposto dalla banca e destinato ad essere utilizzato per un numero indeterminato di rapporti, costituisce uso di “formulario”, inteso quale documento-base destinato a fungere da modello per la riproduzione in un numero indeterminato di esemplari”.

²⁵ Si veda in proposito Cass. Ord. 26 settembre 2008 n. 24262: “essendo (..) la clausola che stabilisca come sede del foro competente una località diversa da quella della residenza o del domicilio elettivo del consumatore presuntivamente vessatoria, trova infatti comunque applicazione anche la richiamata disciplina in tema di contratti del consumatore. / Disciplina di tutela altra e diversa da quella dettata all’art. 1341 c.c. e ss., la cui applicazione rimane esclusa solamente ove la clausola (o parte di essa) abbia costituito oggetto di trattativa individuale ex art. 1469 ter c.c., comma 4, e D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 34, comma 4”.

²⁶ L’unica differenza, tra la disciplina ex art. 1341 c.c. e quanto previsto all’art. 33 del codice del consumo, consiste nel soggetto su cui grava l’onere di informazione circa il contenuto del contratto. Il codice del consumo contiene infatti “un’agevolazione specifica a favore dei consumatori, che le caratterizza rispetto a quanto sancito dall’art. 1341, comma 1° c.c., a termini del quale le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell’altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l’ordinaria diligenza. Come risulta chiaramente da un semplice confronto letterale delle due disposizioni, le nuove norme dettate a tutela del consumatore omettono di stabilire che la possibilità di questi di invocare l’inefficacia di clausole che al momento della conclusione del contratto non abbia conosciuto sia subordinata alla condizione che questa sua non conoscenza sia intervenuta nonostante egli abbia usato l’ordinaria diligenza. Ne discende, rispetto alla situazione sancita all’art. 1341, comma 1° c.c., uno spostamento del confine tra il dovere d’informazione posto in capo al professionista e l’onere di autoinformazione gravante sul consumatore. (ROSSI CARLEO L., *Commento in Il codice civile. Commentario, Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di Alpa e Patti, 452). Con la conseguenza che una clausola, ancorché sia stata oggetto di una trattativa individuale e sia stata specificamente approvata per iscritto (MINERVINI E., *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2010, 83) sarà riconducibile al tipo in considerazione, e quindi suscettibile di essere considerata automaticamente nulla, quando il professionista non abbia provveduto a garantire un’informazione chiara e completa al suo riguardo prima della conclusione del contratto (MINERVINI E., *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2010, 83; GORGONI A., *Art 33, comma 2° lett l- Commento*, in *Codice del Consumo-Commentario*, 277)”, così ROLLI R., *Codice del Consumo Commentato per articolo con dottrina e giurisprudenza*, 2013, CELT (Casa Editrice La Tribuna), 392.

La clausola vessatoria *grey list*, a prescindere dalla circostanza che sia contenuta o meno in un contratto del consumatore, sarà quindi nulla, salvo dimostrazione che la stessa costituisca frutto di trattativa tra le parti ²⁷.

La prova dello svolgimento della trattativa può essere fornita, secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, dimostrando che la clausola era stata “*chiaramente ed autonomamente evidenziata, dal predisponente, e specificamente ed autonomamente sottoscritta dall’aderente*” ²⁸.

Dunque, nella misura in cui si ritiene che la “specificata e autonoma sottoscrizione”, previa chiara e autonoma evidenziazione della clausola, sia indice di effettiva ponderazione della condizione contrattuale, non pare escluso che, alla luce di un’interpretazione sistematica delle norme, anche il contratto on line del consumatore possa contenere delle clausole *grey list*, validamente approvate con il sistema del *point e (doppio) click*, previa firma elettronica semplice.

(Tiziana Ventrella)

Giurisprudenza

Tribunale di Catanzaro

Prima sezione civile

Ordinanza 18 – 30 aprile 2012

²⁷ La norma ex art. 33 del codice del consumo “ introducendo una ripartizione dell’onere della prova diversa da quella prevista dal summenzionato articolo 2697 c.c. (LUCCHESI F. *Art 33, comma 2°*- Commento, in *Codice del Consumo-Commentario*, 236) stabilisce che si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che non siano state oggetto di trattativa individuale in essa contenute”, così, ROLLI R., *Codice del Consumo Commentato per articolo con dottrina e giurisprudenza*, 2013, La Tribuna, 392.

²⁸ Si veda in proposito Cass. Ord. 26 settembre 2008 n. 24262: “ *Il richiamo in blocco di tutte le condizioni generali di contratto e la sottoscrizione indiscriminata di esse apposta sotto la relativa elencazione in base al mero numero d’ordine è inidonea a determinare, ai sensi dell’art. 1341 c.c., comma 2, l’efficacia della clausola vessatoria (rectius, onerosa) di deroga all’ordinaria competenza territoriale, essendo a tal fine necessario che la stessa risulti dal predisponente chiaramente e autonomamente evidenziata e dall’aderente specificamente ed autonomamente sottoscritta.*”

(Pres. dott.ssa Anna Maria Raschellà – Rel. dott.ssa Maria Antonietta Naso)

[...], svolgente attività di commercializzazione tramite internet di prodotti di elettronica, informatica, modellismo, subacquea ed altro, con ricorso depositato il 25.05.2011, esponeva che il gestore della piattaforma virtuale di eBay, aveva illegittimamente sospeso l'account professionale "[...].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 [...].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 "[...].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 [...].com era avvenuta legittimamente in ragione delle gravi e reiterate violazioni di [...] 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 23.08.2011 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 [...], configurandosi come clausola vessatoria

attributiva al provider del potere di recedere ad nutum dal contratto, tuttavia la sospensione dell'account [...]_com aveva costituito legittimo rifiuto del provider di eseguire la propria prestazione, ai sensi dell'art. 1460 ce, 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 [...], reiterando le argomentazioni svolte nei precedenti atti difensivi e deducendo in particolare che il Giudice aveva ommesso 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 cc, il Giudice, nel rilevarla d'ufficio, era andato ultra petita. 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. 205/2005), 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 prescinda 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. E' 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 [...] 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.

E' necessario, a questo punto, fare una premessa di ordine generale. Il contratto di adesione a condizioni 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 cc, 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 del l'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 [...] 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 Collegio, 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 rilevabilità 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 [...], 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. E' facile immaginare, infatti, che la scomparsa di [...] 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 [...], 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 [...] com.

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

P.Q.M.

Decidendo sul reclamo proposto da [...] nei confronti di eBay Europe S.A.R.L., eBay International AG, eBay Italia s.r.l., avverso l'ordinanza del 23.08.2011 del Giudice designato di questo Tribunale, in riforma del provvedimento reclamato ordina a eBay Europe S.A.R.L. di riattivare l'account [...]_com, intestato a

[...].

Compensa interamente le spese del procedimento.

Tribunale di Messina

Sezione II Civile

Sentenza

Il G.D.

Fatto

Letto il ricorso ex art. 700 cpc proposto;

Ritenuta la carenza di legittimazione passiva di ebav Italia srl, non essendo la stessa parte del contratto; Rilevato che oggetto principale della domanda cautelare è la riattivazione dell'account della società Arcapel e che l'accertamento della nullità delle clausole contrattuali relative al sistema dei feed back o alle regole sull'inadempimento dell'utente appare meramente strumentale rispetto a tale domanda;

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

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

Rilevato che l'autonomia contrattuale e la libertà di determinare contrattualmente le regole della condotta delle parti deve necessariamente soccombere di fronte alla disciplina di legge; Ritenuta la sussistenza del *fimus boni iuris*;

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

Considerato, in punto di fatto, che la condotta della parte contrattuale può determinare la risoluzione del contratto solo se essa si connota quale di

particolare gravità, secondo quanto disposto in tema dalle norme sulla risoluzione contenute nel codice civile;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

P.Q.M.

Ordina ad ebay europe s.a. di riattivare l'account della società Arcapel srl;

dichiara inammissibile il ricorso proposto contro ebav Italia srl;

condanna Ebay Europe sa alla refusione delle spese processuali, in favore del ricorrente, che liquida nella somma di euro 188,23 per spese vive e euro 1.200,00 per diritti ed onorario, oltre spese generali, IVA e cassa come per legge.

Così deciso in Messina il 06 luglio 2010

IL G. D.

dott. Antonino Orifici

Depositata in cancelleria il 7 luglio 2010

Giudice di Pace di Partanna

01.02.2002 n° 15

Svolgimento del processo

Con citazione notificata il 25 settembre 2001, la Cartotecnica Tigri, corrente in Partanna, ha convenuto in giudizio avanti l'intestato Giudice di Pace la E. S.p.A. in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede in Nova Milanese (MI), per sentire far diritto alla sua richiesta di restituzione della somma di £. 2.870.400 per merce pagata, ma non consegnata. Narrava l'attrice che il 28 maggio 2001 riceveva tramite corriere espresso materiale informatico, contenuto in n. 10 colli, in precedenza ordinato alla ditta convenuta - il cui importo di £. 15.991.878 veniva pagato in contanti al corriere all'atto della consegna. Soggiungeva che tra la merce ordinata e figurante in fattura, e quindi

pagata, vi era un NOTEBOOK TOSHIBA SAT 1700 500 dvd (matr. S41733810G) che all'atto del disimballo dei dieci colli non veniva rinvenuto tra la merce recapitata.

Continuava affermando che l'inconveniente era stato immediatamente denunciato alla Società convenuta, la quale ometteva, tra l'altro, di riscontrare i fax del 4/6/2001, del 5 giugno 2001 e del 6 giugno 2001, nonché la formale diffida del 5/7/2001. Concludeva chiedendo la condanna della convenuta al pagamento di quanto indebitamente ricevuto, oltre risarcimento danni e interessi nei limiti della competenza per valore del Giudice adito.

Costituitasi regolarmente la E. S.p.A., eccepiva in via preliminare/pregiudiziale l'incompetenza territoriale del Giudice adito essendo, a suo avviso, competente il Giudice di Pace di Desio e ciò sia per deroga convenzionale tra le parti, sia con riferimento al foro generale delle persone giuridiche ex art. 19 Codice di procedura civile, sia infine con riferimento al foro concorrente di cui all'art. 20 Codice di procedura civile.

Nel merito chiedeva il rigetto della domanda attore per infondatezza. Alla prima udienza la causa veniva rinviata per note e successivamente posta in decisione sulla competenza.

Motivi della decisione

La eccezione di incompetenza territoriale, contenuta nella comparsa di costituzione e risposta e riproposta dalla E. S.p.A. all'udienza di prima di comparizione, è infondata e deve essere respinta.

Non è, infatti, condivisibile la tesi della E. S.p.A. secondo cui, essendosi svolta la contrattazione per via telematica, l'adesione al contratto manifestata dalla Cartotecnica Tigri comporta accettazione incondizionata di tutte le clausole contenute nelle condizioni generali di vendita, e quindi anche di quella che assegna alla competenza del Tribunale di Monza la risoluzione di ogni controversia. Il D.P.R. 513/97 che all'art. 5 riconosce efficacia di scrittura

privata ai sensi dell'art. 2702 al documento informatico, sottoscritto con firma digitale ai sensi del successivo art. 10, nulla dice a proposito delle clausole cosiddette vessatorie contenute in un contratto telematico, con la conseguenza che esse continuano ad essere regolate dall'art. 1341, secondo comma, secondo il quale non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono a favore di colui che le ha predisposte, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria. (Per inciso, il riferimento che l'attrice fa al solo Tribunale di Monza deve essere interpretato in senso tecnico come organo più noto di giurisdizione, mentre in effetti con la clausola de qua si è voluta regolare la competenza territoriale di ogni causa, di qualsiasi valore, relativa al contratto). Dagli atti prodotti non risulta che la E. abbia posto in particolare risalto la clausola derogativa della competenza territoriale; né dal modello del contratto né dalla successiva conferma risulta la specifica approvazione della clausola de qua, riportandone il contenuto ovvero il numero progressivo.

Anche nella fattura accompagnatoria, in fondo alla pagina, lato destro, a caratteri quasi illeggibili, si indicano come approvate le clausole riportate a tergo del foglio, senza alcun specifico riferimento a quella sulla competenza territoriale.

Secondo la Corte Suprema di Cassazione «Non è idonea a integrare il requisito della specifica approvazione per iscritto, prevista dall'art. 1341 Codice civile, secondo comma, l'approvazione della clausola di deroga convenzionale del foro contenuta nella sottoscrizione complessiva di altre clausole, enumerate secondo l'ordine, contenenti condizioni generali di contratto, perché è necessario che invece essa sia specifica e separata, sì da richiamare l'attenzione del sottoscrittore su di essa, ancorché non sia necessaria la ripetizione del suo contenuto (Cass. 1999/5832)».

Va evidenziato inoltre che da nessun documento in atti risulta che parte attrice abbia dichiarato di aver preso visione delle clausole contenute nel contratto e che le abbia tutte approvate. Infatti quella pubblicata nel Web dalla E. deve essere considerato un invito a contrattare. Tali inviti possono poi essere perfezionati con i mezzi tradizionali (fax e lettere) in modo che possa

essere valutata la provenienza delle richieste e si possono fare debitamente sottoscrivere le clausole di deroga al foro competente o alla legge applicabile.

La convenuta ritiene invece che la conferma dell'ordine espressa dall'attrice «cliccando» nell'apposito tasto, ha comportato accettazione incondizionata di tutte le condizioni generali di vendita. Il che non è, essendo sempre applicabile l'art. 1341 Codice civile.

Ritiene il decidente che nella fattispecie la E. avrebbe dovuto ottenere un doppio assenso, premendo sull'apposito tasto: uno di adesione e l'altro di approvazione delle clausole cosiddette vessatorie, tra le quali va annoverata quella relativa alla deroga sul foro territorialmente competente.

Rettamente, invece, la controversia è stata radicata avanti l'Ufficio del Giudice di Pace di Partanna, quale foro alternativo. Infatti ex art. 20 Codice di procedura civile per le cause relative a diritti di obbligazioni è anche competente il giudice del luogo in cui deve eseguirsi l'obbligazione dedotta in giudizio. Ed invero, la pattuizione della consegna della merce al domicilio dell'acquirente mediante un mezzo di trasporto del venditore, quella relativa al «franco porto» ed infine la pattuizione del pagamento in contanti da effettuarsi nelle mani del corriere delegato dal venditore alla riscossione, costituiscono nel loro insieme deroga alla regola del luogo di consegna della merce al vettore fissato dall'art. 1510, secondo comma, Codice civile, con le relative conseguenze quanto al locus destinatae solutionis ai fini della competenza territoriale.

Per i motivi sopra specificati rigetta l'eccezione di incompetenza territoriale del Giudice adito proposta dalla convenuta E. S.p.A. Rinvia al definitivo il regolamento delle spese del giudizio.

P. Q. M.

Il Giudice di Pace di Partanna, definitivamente pronunciando, rigetta l'eccezione di incompetenza territoriale del giudice adito perché infondata in fatto e in diritto. Rinvia al definitivo il regolamento delle spese del giudizio.