



TRIBUNALE DI CATANZARO
Prima sezione civile

Il tribunale, riunito nelle persone dei signori:

dott.ssa Anna Maria Raschellà

Presidente

dott.ssa Maria Antonietta Naso

Giudice rel.

dott.ssa Maria Pia De Lorenzo

Giudice

nel procedimento in camera di consiglio tra

_____ e eBay Europe S.A.R.L., eBay International AG, eBay Italia s.r.l. iscritto al n. 68/2011 R.G., avente ad oggetto reclamo ex art. 669 *terdecies* c.p.c., ha pronunciato la seguente

ordinanza

_____ 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.

di firma da
AVV. ANTONELLO
TALERICO
E
AVV. SIMONA
PORCARO

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 attribuita 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 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 _____, 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 c.c., 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

A.R.

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 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

A.R.

secondo livello, purchè 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", sicchè

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 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

de

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 dottrinale 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 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.

Catanzaro, li 13.04.2012

Il giudice est.

dott.ssa Maria Antonietta Naso

Il Presidente

dott.ssa Anna Maria Raschella

