

## CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO

Condizioni generali di contratto ovvero clausole vessatorie nei contratti tra imprenditori (B2B) e tra imprenditori e consumatori (B2C). Per i rapporti B2B si fa riferimento al Codice Civile (indicato [CC]), articoli 1341, 1342 e 1229, per i rapporti B2C al Codice del Consumo (indicato [CCon]), Art. 3, 33, 36.

- 1 Alcune note sui “contratti informatici”
- 2 C.G.C. nei rapporti B2B
- 3 C.G.C. nei rapporti B2C
- 4 Riassunto sulle C.G.C.
- 5 Riassunto sulla tutela del consumatore

## 1. NOTE SUI CONTRATTI “INFORMATICI”

Distinguiamo:

- **Contratti a oggetto informatico**, nei quali ciò che è informatico è il bene o servizio oggetto del contratto. Ad esempio sono a oggetto informatico contratti per la compravendita di hardware, contratti di sviluppo software..
- **Contratti di informatica**: sono contratti nei quali il mezzo, lo strumento, di comunicazione della volontà, è informatico. La formazione della volontà e la sua dichiarazione avvengono attraverso il mezzo informatico, e lo stesso vale per gli eventuali vizi del consenso.

Cos'hanno in comune questi due contratti?

Si tratta quasi sempre di contratti conclusi con modelli standard predefiniti da una delle due parti, e solo accettati dall'altra. Si prenda ad esempio un contratto di licenza d'uso di un software: spesso questi contratti non sono realmente negoziati, raramente c'è una trattativa.

Questi contratti vengono detti **contratti conclusi con condizioni generali di contratto** o anche contratti per adesione. Si tratta di contratti molto diffusi, ad esempio sono di questo tipo: contratti di assicurazione, di trasporto ferroviario o aereo, di telefonia, di fornitura.

Una clausola, in un contratto, è una parte del regolamento contrattuale il cui effetto è di essere vincolate. Di fatto, è un obbligo sancito dal contratto.

Nei contratti con condizioni generali di contratto le clausole sono predisposte unilateralmente dal contraente più forte, tipicamente sono di limitazione delle garanzie e declino della responsabilità, e la volontà del contraente più debole è ridotta al minimo, al solo accettare o rifiutare.

Le condizioni generali di contratto (C.G.C.) chiamate anche **clausole vessatorie** sono clausole contrattuali particolarmente sfavorevoli, dal punto di vista economico o giuridico, a una parte. Il diritto (italiano) distingue tra le clausole vessatorie nei contratti **B2B** (business to business, contratti tra imprenditori) e nei contratti B2C (business to consumer, tra imprenditore e consumatore).

Le condizioni generali di contratto permettono una predefinizione della responsabilità, permettendo di calcolare in anticipo i costi per l'inadempimento. Inoltre, avvantaggiano il sistema di conclusione dei contratti (più veloci e più standard).

## 2. C.G.C. nei RAPPORTI B2B

Le condizioni generali di contratto nei rapporti B2B sono disciplinate dagli articoli 1341 e 1342 del Codice Civile. Questa normativa non si applica ai contratti coi consumatori, che sono tutelati dal Codice del Consumo.

### **[CC] Art. 1341 Condizioni generali di contratto**

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 (1370, 2211).

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, (1229), facoltà di recedere dal contratto (1373) o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze (2964 e seguenti), limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni (1462), restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi (1379, 2557, 2596), tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie (Cod. Proc. Civ. 808) o deroghe (Cod. Proc. Civ. 6) alla competenza dell'autorità giudiziaria.

### ***Conoscibilità***

Conoscere le clausole è onere di chi le accetta, che senza sforzi particolari avrebbe dovuto conoscerle, ma le clausole devono essere conoscibili, non necessariamente conosciute.

Non è in alcun modo necessario provare che la parte che ha accettato le clausole le abbia lette o capite, quello che è richiesto è una conoscibilità astratta e non una conoscenza effettiva.

Il requisito di conoscibilità astratta avvantaggia nuovamente (come abbiamo già visto fare da altre norme, come quella che permette la conclusione dei contratti anche in forma tacita ad esempio) la conclusione dei contratti, rendendola più veloce e standard.

Inoltre, se in un contratto non vi sono clausole vessatorie, non è neanche detto che queste debbano essere sul contratto, incorporate in esso. Ad esempio capita che sul biglietto dell'autobus, o del treno, non vi sia per intero il contratto che la società degli autobus o delle ferrovie conclude con chi sale su un autobus o un treno, ma vi sia un rimando a un sito dove è possibile consultarlo.

### ***Approvazione con forma scritta***

Non è sufficiente la conoscibilità delle clausole vessatorie, esse devono anche essere specificatamente approvate con un requisito di forma, che deve essere una forma scritta (che non è la stessa cosa della firma anche se la include). Non è necessaria un'approvazione singola clausola per clausola, possono essere approvate in blocco, purché separatamente dal resto del contratto. Si faccia attenzione quindi, nei casi in cui sono necessarie due o più firme, o due o più click del mouse: si stanno accettando clausole vessatorie.

Lo scopo di questa approvazione specifica è richiamare l'attenzione del contraente sulle clausole vessatorie. La dottrina comunque riconosce che questa tutela è solo una tutela formale.

### ***Elenco chiuso***

Le clausole vessatorie sono elencate nell'articolo, ma non è data una definizione generale di clausola vessatoria, per cui la lista è chiusa. L'elenco è tassativo, chiuso, non espandibile.

Vediamo la lista.

#### **1. limitazione di responsabilità**

ad esempio non rispondere per danni derivanti da un malfunzionamento del bene oggetto del contratto. La responsabilità è tuttavia disciplinata anche dall'Art. 1229

primo comma:

**[CC] Art. 1229 Clausole di esonero da responsabilità**

E' nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave (1490, 1579, 1681, 1694, 1713, 1784, 1838, 1900). E' nullo (1421 e seguenti) altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari (1580) costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico (prel. 31).

Non si può limitare la responsabilità per dolo o colpa grave, quindi una clausola che sancisca che “non si risponde in alcun caso”, è ovviamente nulla. Sono invece valide clausole vessatorie tipo “il fornitore non risponde per danni fatto salvo l'Art. 1229” o “il fornitore non risponde per colpa lieve”.

Per dichiarare nulla una clausola questa deve essere annullata con una sentenza di un'autorità giudiziaria (vedi Nullità e Annullabilità): la clausola diventerà valida solo in parte, ad esempio in questo caso la limitazione di responsabilità resterà valida nel caso di colpa lieve.

2. facoltà di recedere dal contratto

recedere dal contratto significa recedere dal vincolo contrattuale in un contratto di durata. *Il recesso è caratteristico dei contratti di durata*, che si protraggono(o meglio la cui esecuzione si protrae) per un certo tempo, come ad esempio i contratti di fornitura. Un esempio di clausola vessatoria di questo tipo è “il fornitore si riserva il diritto di recedere con preavviso di 3 giorni”.

[Per un consumatore, in alcuni contratti B2C, esiste anche il diritto di pentimento.]

3. facoltà di sospendere l'esecuzione

ad esempio: il servizio sarà inattivo per 3gg.

4. Decadenze

la prescrizione è l'estinzione di diritti (ma anche reati ad esempio) per effetto del tempo. Oltre un certo lasso di tempo stabilito a seconda del caso, alcune norme non sono più valide o applicabili. La prescrizione estingue i diritti derivanti da un contratto. La decadenza è simile alla prescrizione ma è caratterizzata da un periodo molto più breve, anzi specifica la massima brevità entro la quale esercitare alcuni diritti.

Ad esempio, l'Art. 1495 stabilisce che in un contratto di vendita la garanzia sia dovuta se il compratore denuncia i difetti del bene entro 8 giorni dalla scoperta (ed entro un anno dalla consegna, oltre il quale c'è prescrizione). Una clausola che abbassi questo limite a 2 giorni, ad esempio, sarebbe una clausola vessatoria sulle decadenze.

5. limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni

un'eccezione è una risposta ad un'azione giudiziaria. Ad esempio un venditore che faccia causa al compratore per mancato pagamento effettua un'azione giudiziaria. Se il compratore risponde che non ha provveduto al pagamento poiché il bene non gli è mai stato fornito, questa è un'eccezione. Una tipica clausola che limiti la possibilità di opporre eccezioni è per l'appunto l'escludere il mancato adempimento.

6. restrizioni alla libertà contrattuale con terzi

esempi sono il sancire che il bene non può essere ceduto a terzi, o che l'assistenza deve essere effettuata solo dai rivenditori autorizzati. Un altro esempio è un contratto di sviluppo software che vieta di sviluppare successivamente(in un certo limite di tempo) altri software simili, anche se questo caso rientra poi nel cosiddetto *patto di non concorrenza*.

7. tacita prova o rinnovazione

Il contratto è automaticamente rinnovato alla scadenza a meno che l'altra parte non abbia seguito la procedura per il non rinnovo. Tipico nei contratti di fornitura ad esempio di elettricità o gas o acqua, e anche in talune promozioni telefoniche.

8. clausole compromissorie

stabiliscono che in caso di conflitto essa venga risolto con l'arbitrato

9. deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria

ne sono un esempio la modifica del foro competente, che è diverso da quello indicato dalla legge: nei contratti B2B è il foro del convenuto. Ad esempio spesso le aziende in Italia scelgono come foro competente quello di Milano, dove molte di esse hanno sede,

o dove hanno sede i loro studi legali.

**[CC] Art. 1342 Contratto concluso mediante moduli o formulari**

Nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse, anche se queste ultime non sono state cancellate (1370).

Si osserva inoltre la disposizione del secondo comma dell'articolo precedente.

La clausola modificata a penna prevale sul prestampato: questa norma apparentemente stupida, tutela il contraente più debole. Infatti, qualora egli sia riuscito a ottenere una modifica alle condizioni contrattuali all'ultimo momento, essa, aggiunta prima di concludere il contratto, prevale.

### 3. C.G.C. nei rapporti B2C

Dagli anni '80 la Comunità Europea ha prodotto una serie di clausole per la tutela del consumatore, che sono state recepite dall'Italia e trasformate in leggi. Ora, il Codice del Consumo riordina e raggruppa questi decreti. Questa normativa si occupa dei contratti tra imprenditore e consumatore.

- - - - -

*PARENTESI: DEFINIZIONE DI CONSUMATORE VS PROFESSIONISTA*

dal [CCon] **Art. 3** Definizioni

1. Ai fini del presente codice si intende per:
  - a) consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta;
  - ...
  - c) professionista: la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale, ovvero un suo intermediario;

Il consumatore è una persona fisica, un soggetto che agisce per bisogni personali o della famiglia. Ogni persona al di fuori della propria attività lavorativa è un consumatore: alla stessa persona fisica si possono quindi applicare due definizioni diverse, consumatore o professionista, e di conseguenza norme diverse, a seconda che egli agisca secondo un ruolo o l'altro.

Professionista nella lingua italiana è comunemente usato per indicare il cosiddetto libero professionista, un lavoratore non dipendente, magari un avvocato, o un ingegnere. Il Codice del Consumo però deriva da direttive Europee in cui compare il termine *professional*, che ovviamente traduce professionista ma che ha un'accezione differente, più ampia. Nella terminologia del Codice del Consumo il professionista può essere una persona fisica ma anche una persona giuridica, che agisce per un'attività commerciale, professionale, o imprenditoriale. Di conseguenza, Microsoft o Fiat sono professionisti, e una qualsiasi attività commerciale lo è.

- - - - -

#### **MODI DI TUTELA DEL CONSUMATORE**

Il legislatore europeo individua e regola 3 modi in cui tutelare maggiormente il consumatore:

- con la definizione di una lista aperta di clausole vessatorie  
alcune sono comunque nulle, altre per essere valide sono soggette a specifica approvazione e trattativa, e l'onere della prova della trattativa è del professionista.  
In questo modo il consumatore è al riparo da squilibri troppo forti (quelli delle clausole comunque nulle) e la sua attenzione dovrebbe essere portata sulle clausole che sta accettando (specifica approvazione e trattativa)
- permettere la recessione dal contratto  
al consumatore vengono concessi tempi e modi favorevoli per recedere dal contratto. Nel caso di contratti a distanza egli può anche esercitare il diritto di pentimento che non richiede di fornire una motivazione per recedere il contratto.
- vedere applicata la legislazione del proprio paese, col foro adeguato  
in questo modo si assicura al consumatore che in nessun modo potrà essergli tolta la tutela che il diritto del suo paese gli garantisce.

**[CCon] Art. 33. Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore**

**Comma 1.** Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Il Codice del Consumo definisce vessatoria una qualunque clausola che determini un significativo squilibrio. Si tratta di una definizione generale, che permette a un giudice di identificare nuove clausole vessatorie, la cui lista è quindi una lista aperta, diversamente da quanto è stabilito dal C.C. 1341 che fornisce un elenco tassativo, chiuso.

Il secondo comma elenca comunque 20 clausole già identificate, vessatorie ma accettabili dal consumatore. Vi sono però clausole che non possono essere oggetto di contratto anche se il consumatore le ha accettate.

**Comma 2.** Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di:

- a) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o dando alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista;
- b) escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista;
- c) escludere o limitare l'opportunità da parte del consumatore della compensazione di un debito nei confronti del professionista con un credito vantato nei confronti di quest'ultimo;
- d) prevedere un impegno definitivo del consumatore mentre l'esecuzione della prestazione del professionista è subordinata ad una condizione il cui adempimento dipende unicamente dalla sua volontà;
- e) consentire al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se e quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere;
- f) imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo;
- g) riconoscere al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto, nonché consentire al professionista di trattenere anche solo in parte la somma versata dal consumatore a titolo di corrispettivo per prestazioni non ancora adempiute, quando sia il professionista a recedere dal contratto;
- h) consentire al professionista di recedere da contratti a tempo indeterminato senza un ragionevole preavviso, tranne nel caso di giusta causa;
- i) stabilire un termine eccessivamente anticipato rispetto alla scadenza del contratto per comunicare la disdetta al fine di evitare la tacita proroga o rinnovazione;
- l) prevedere l'estensione dell'adesione del consumatore a clausole che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto;
- m) consentire al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire,

- senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso;
- n) stabilire che il prezzo dei beni o dei servizi sia determinato al momento della consegna o della prestazione;
  - o) consentire al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto;
  - p) riservare al professionista il potere di accertare la conformità del bene venduto o del servizio prestato a quello previsto nel contratto o conferirgli il diritto esclusivo d'interpretare una clausola qualsiasi del contratto;
  - q) limitare la responsabilità del professionista rispetto alle obbligazioni derivanti dai contratti stipulati in suo nome dai mandatari o subordinare l'adempimento delle suddette obbligazioni al rispetto di particolari formalità;
  - r) limitare o escludere l'opponibilità dell'eccezione d'inadempimento da parte del consumatore;
  - s) consentire al professionista di sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti dal contratto, anche nel caso di preventivo consenso del consumatore, qualora risulti diminuita la tutela dei diritti di quest'ultimo;
  - t) sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi;
  - u) stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore;
  - v) prevedere l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo come subordinati ad una condizione sospensiva dipendente dalla mera volontà del professionista a fronte di un'obbligazione immediatamente efficace del consumatore. È fatto salvo il disposto dell'articolo 1355 del codice civile.

Delle 20 clausole esplicitate nel secondo comma, 4 sono sempre nulle, e 16 possono essere valide. Le quattro clausole nulle sono:

1. esclusione o limitazione della responsabilità in caso di morte o danni fisici al consumatore (lettera a)
2. esclusione o limitazione delle azioni del consumatore in caso di inadempimento del professionista (lettera b)
3. prevedere l'estensione dell'adesione del consumatore a clausole che non ha potuto conoscere (lettera l)

Queste 3 clausole sono dichiarate sempre nulle dall'Art. 36. La prossima clausola invece è sempre nulla per una combinazione di norme

4. stabilire come foro competente un foro diverso da quello di domicilio o residenza del consumatore.

Vediamo ora le altre sedici clausole, che possono essere valide se:

- conoscibili
- soggette a specifica approvazione
- soggette a specifica trattativa

Come, vedremo, sancisce l'Art. 34 del Codice del Consumo.

Queste clausole sono considerate vessatorie fino a prova contraria, a onere del professionista:

c) escludere o limitare l'opportunità della compensazione di un debito con un credito, ovvero il contraente forte (professionista) incassa un importo dal consumatore ma non paga il debito che



aveva con lui.

d) prevedere che il professionista possa eseguire la prestazione subordinatamente ad una condizione che dipende solo da lui, mentre il consumatore è tenuto ad adempiere in modo definitivo. L'adempimento da parte del contraente forte viene eseguito con una condizione sospensiva: quando un evento, che deve ancora verificarsi e che dipende solo dalla volontà del professionista, avverrà, egli adempierà ai suoi obblighi. Una simile clausola significa in altre parole che l'adempimento del professionista si riduce al suo libero arbitrio.

e) permettere al professionista di trattenere una cosiddetta caparra confermatrice da unilateralmente. Normalmente il meccanismo comune della caparra confermatrice è reciproco e garantisce che se uno dei due contraenti si ritira dal contratto, l'altro (che potenzialmente subisce una perdita da questo ritiro) abbia una forma di risarcimento. In questo caso la caparra opera solo a vantaggio del professionista e a danno del consumatore.

f) Imporre una penale eccessiva al consumatore in caso di inadempimento o ritardo. Si tratta di una clausola penale poiché il consumatore deve pagare, appunto, una penale. Se l'importo sia eccessivo o meno viene deciso dal giudice. Questa clausola stabilisce precedentemente l'ammontare del danno causato dall'inadempimento, e permette di ottenere un risarcimento che è dovuto dal termine, senza la necessità di presentarsi al giudice e attendere che lui liquidi il risarcimento. Ad esempio, nei casi di appalti è saggio stabilire una data in cui i lavori devono essere terminati, e una clausola penale per adempimento in ritardo o inadempimento: se l'appaltatore è in ritardo egli deve pagare la penale.

g) facoltà di recedere unilaterale, trattenimento di parte del pagamento per prestazioni non avvenute

h) permettere di recedere senza preavviso per il professionista

i) contratto automaticamente rinnovato, termine per presentare la disdetta eccessivamente anticipato rispetto alla scadenza del contratto.

m) permettere la modifica unilaterale delle clausole del contratto. Questo è tipico nelle licenze software e nelle licenze d'uso delle applicazioni sul web: una licenza ci viene presentata per l'approvazione quando installiamo il programma o ci iscriviamo al servizio, poi essa viene modificata nel tempo o al successivo aggiornamento del software, e si assume che noi accettiamo la nuova come a suo tempo avevamo accettato la vecchia.

n) il prezzo potrà variare al momento della consegna: questo è tipico in contratti di viaggio o di agenzia.

r) Un esempio: non ho pagato perché il bene non era integro, funzionante, o era diverso da quello atteso.

t) termine breve per esercitare i diritti, ad esempio stabilire che il termine per notificare un bene difettoso sia 8 giorni.

### **[CCon] Art. 36. 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.
  4. Il venditore ha diritto di regresso nei confronti del fornitore per i danni che ha subito in conseguenza della declaratoria di nullità delle clausole dichiarate abusive.
  5. È nulla ogni clausola contrattuale che, prevedendo l'applicabilità al contratto di una legislazione di un Paese extracomunitario, abbia l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dal presente capo, laddove il contratto presenti un collegamento più stretto con il territorio di uno Stato membro dell'Unione europea.

### ***Clausole comunque nulle***

Con quest'articolo, il giudice si sostituisce al consumatore e lo tutela oltre la sua volontà.

Sono nulle(1) le clausole che comportano una limitazione della responsabilità in caso di danni fisici (a): un consumatore che acquisti a un prezzo minimo un prodotto dichiaratamente non sicuro è ugualmente tutelato qualora ne ricavi danni. Sono altresì nulle le clausole che limitano le azioni in caso di inadempimento(b) e quelle che prevedono che il consumatore accetti anche clausole che non ha avuto alla pratica modo di consultare(c). Un esempio di quest'ultimo caso può essere una clausola riguardante l'accettazione di un regolamento presente su sito non accessibile, che quindi di fatto non poteva essere consultato. Infatti, se manca la conoscibilità, mancherà il consenso e di conseguenza la volontà, fondamento, per il diritto italiano, di tutti i contratti.

### ***Nullità unilaterale a vantaggio esclusivo del consumatore***

La nullità delle clausole può essere invocata solo dal consumatore, stabilita completamente a vantaggio del soggetto debole (per questo è chiamata nullità di protezione). Si tratta di un vantaggio unilaterale, il consumatore è il solo soggetto che può agire in giudizio per chiedere la nullità, il professionista non può, se per esempio desidera disfarsi del contratto, richiederne la nullità per aver egli stesso posto clausole non valide per l'Art. 36.

### ***Stato competente***

Se il contratto presenta il collegamento più stretto con uno Stato membro dell'UE, è nulla ogni clausola che preveda di applicare un diritto extra-EU al contratto, allo scopo di privare il consumatore della tutela che il Codice del Consumo (e tutti i suoi analoghi nei diversi paesi EU, che come si è detto esistono poiché il Codice del Consumo è il risultato di direttive EU) gli assicura.

### **[CCon] Art. 34. Accertamento della vessatorietà delle clausole**

1. La vessatorietà di una clausola e' valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende.
2. La valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, ne' all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile.
3. Non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di

legge ovvero che siano riproductive di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea.

4. Non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale.
5. Nel contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, incombe sul professionista l'onere di provare che le clausole, o gli elementi di clausola, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti, siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore.

Non solo specifica approvazione ma anche specifica trattativa.

### ***Onere della prova***

Per far valere un diritto, è necessario dimostrare il fondamento di quel diritto in giudizio. Non basta avere ragione, si deve provare di avere quel diritto.

L'onere della prova è definito tale perché la parte che in un processo è tenuta a provare qualcosa è sempre svantaggiata. Per questo il codice del Consumo assegna l'onere della prova al professionista e non al consumatore: il professionista deve dimostrare che il che il consumatore è stato messo in condizione di poter trattare o negoziare una clausola, e quindi il contratto è valido, non è il consumatore che deve dimostrare che non gli è stato dato modo di negoziare il contratto.

In realtà, alla sostanza dei fatti questo non accade mai: i consumatori accettano contratti con clausole definite in modo unilaterale che non hanno mai la possibilità di negoziare.

Questa scelta del legislatore di specificare la necessità della trattativa e di dare al professionista l'onere della prova, è evidentemente volta a tutelare il consumatore ma è anche una scelta del tutto inefficace: da una parte, non attuandosi in pratica, il consumatore non gode di nessuna reale tutela aggiuntiva, e dall'altra il professionista è sempre nella posizione di essere citabile in giudizio poiché non si attiene mai a questa norma.

Si può sostituire, secondo qualche giurisprudenza, una trattativa personale con quella di un'associazione dei consumatori.

## 4. Riassunto sulle C.G.C.

### Contratti B2B

Codice Civile 1341, 1342

- astratta conoscibilità clausole
- clausole vessatorie:
  - elenco chiuso
  - specifica approvazione per iscritto

### Contratti B2C

Codice del Consumo

- clausole vessatorie:
  - elenco aperto
  - due tipologie:
    - soggette a specifica approvazione e trattativa (Art. 33)
    - comunque nulle (Art. 36)

## 5. Riassunto sulla tutela del consumatore

Nei rapporti B2C, le clausole vessatorie non comunque nulle possono essere ritenute valide se sono:

- conoscibili al momento della conclusione del contratto
- specificatamente approvate
- vi è prova della specifica trattativa, come stabilisce il Cod. Consumo all'Art. 36.

Purtroppo la tutela che si voleva fornire imponendo la specifica trattativa, è una tutela irrealistica. Il mezzo di tutela è inadeguato, si tratta di una protezione meramente formale.

Questa norma genera:

- o un'adesione formale per il consumatore, la cui volontà è oggettivata e inserita automaticamente nel contratto
- o una situazione costante di rischio per l'imprenditore

Sulle norme del Codice del Consumo c'è pochissima giurisprudenza, ovvero vi sono pochissime sentenze, quindi ancora non è consolidata la linea da tenere relativamente alle clausole vessatorie.

### Possibili soluzioni

Una possibile soluzione al problema delle clausole vessatorie è quella del controllo preventivo: le camere di commercio possono controllare le C.G.C. predisposte dai professionisti valutandone la validità, la chiarezza e così via. In altri paesi diversi dall'Italia questi controlli possono essere effettuati da organismi diversi dalle camere di commercio.

Ovviamente questa soluzione genera problemi di coordinamento tra i diversi diritti e le diverse legislazioni: i professionisti devono permettere il livello di tutela più alto per il consumatore, che è sempre quello stabilito dal diritto del paese del consumatore, e questi livelli sono differenti tra i paesi. Il professionista può scegliere se predisporre un contratto unico che garantisca il maggior livello di tutela tra quelli dei diritti di tutti i paesi coi quali consumatori quali desidera concludere contratti, o predisporre contratti diversi a seconda dei paesi. In entrambi i casi, non si tratta di soluzioni del tutto immediate.