



Università
Ca' Foscari
Venezia

**Dottorato di ricerca
in Diritto Europeo dei Contratti Civili Commerciali e del Lavoro
Scuola Dottorale interateneo in Scienze Giuridiche "Ca' Foscari"
Ciclo 24°
(A.A. 2010 - 2011)**

**TECNICHE DI CONTROLLO DELLA
CONTRATTAZIONE STANDARDIZZATA FRA
IMPRESE E CONSUMATORI E FRA IMPRESE.
LE CAMERE DI COMMERCIO
E IL MERCATO**

**SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE DI AFFERENZA: JUS/01
Tesi di dottorato di Elisabetta Posmon, matricola 955580**

Coordinatore del Dottorato

Prof. Luigi Benvenuti

Tutore del dottorando

Prof.ssa Carmela Camardi

A Marco

INDICE

INTRODUZIONE	11
--------------------	----

CAPITOLO PRIMO

INTRODUZIONE ALLE TECNICHE DI CONTROLLO AMMINISTRATIVO DEI CONTRATTI STANDARD

1. Genesi e diffusione del fenomeno della contrattazione standardizzata	15
2. Disciplina codicistica delle condizioni generali di contratto: <i>ratio</i> e limiti. La dimensione collettiva del fenomeno.....	17
3. I controlli amministrativi delle condizioni generali di contratto nel settore assicurativo.....	21
4. Uno sguardo alle esperienze straniere	23
5. Il dibattito europeo	27
6. Tecniche di controllo amministrativo dei contratti standard: il ruolo delle Camere di Commercio	31
7. Controlli amministrativi dei contratti standard e poteri di controllo pubblico dell'esercizio dell'iniziativa economica privata.....	35

CAPITOLO SECONDO

ORGANISMI AMMINISTRATIVI DI CONTROLLO DEI CONTRATTI STANDARD

PARTE PRIMA

IL RUOLO DELLE CAMERE DI COMMERCIO NEL SISTEMA DI LOTTA CONTRO LE CLAUSOLE ABUSIVE

8. Premessa	42
9. Origini dell'ente camerale	44

10. Natura delle Camere di Commercio.....	47
11. Le attribuzioni	49
12. Le funzioni di controllo delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori e tra imprese	50
13. I soggetti del procedimento	50
14. La procedura di controllo.....	55
15. L'oggetto e il parametro di controllo.....	60
16. Gli esiti dell'attività di controllo e gli effetti conseguenti al parere della Commissione.....	63
17. L'attività di predisposizione di contratti tipo da parte delle Camere di Commercio.....	65
18. Un procedimento uniforme di predisposizione di contratti tipo.....	68
19. I riflessi della redazione concertata di modelli contrattuali sull'applicabilità della normativa a protezione del consumatore.....	70

PARTE SECONDA
IL CONTROLLO AMMINISTRATIVO DEI CONTRATTI STANDARD
NELL'ORDINAMENTO INGLESE: L'OFFICE OF FAIR TRADING.

20. Premessa	77
21. L'Office of Fair Trading	79
22. Funzioni di controllo dei contratti standard	82
23. Il procedimento di controllo	83
24. Due casi significativi	85
25. Codici di condotta	88
26. Conclusioni	89

PARTE TERZA
TECNICHE DI CONTROLLO DEI CONTRATTI STANDARD
NELL'ORDINAMENTO FRANCESE: "LA COMMISSION DES CLAUSES
ABUSIVES".

27. Premessa	90
--------------------	----

28.	Un breve inquadramento della disciplina francese in materia di clausole abusive	91
29.	La Commission des Clauses Abusives	97
30.	La struttura, l'organizzazione e il funzionamento della Commissione	98
31.	Le funzioni della Commissione	100
32.	Le Raccomandazioni della Commissione delle Clausole Abusive	101
33.	Segue: Indagine sulla natura delle Raccomandazioni	106
34.	Il carattere non vincolante delle Raccomandazioni della Commissione ...	106
35.	Segue: sull'impugnazione delle Raccomandazioni	112
36.	L'influenza delle Raccomandazioni sugli operatori giuridici	113
37.	Influenza sul potere legislativo	113
38.	Influenza sulle pronunce giurisprudenziali	115
39.	Influenza sui professionisti	118
40.	Due teorie sulla natura delle Raccomandazioni	118

CAPITOLO TERZO

TECNICHE DI CONTROLLO DEI CONTRATTI DEI CONSUMATORI E REGOLAZIONE DEL MERCATO

PARTE PRIMA IL RUOLO DELLE CAMERE DI COMMERCIO NEL CONTESTO DELLA REGOLAZIONE DEL MERCATO

41.	Premessa	122
42.	I molteplici significati del termine regolazione	123
43.	La regolazione attraverso il diritto	125
44.	La regolazione giuridica dell'economia	126
45.	Segue: L'evoluzione del rapporto tra pubblici poteri e economia	126
46.	La regolazione intesa come azione amministrativa di governo del mercato.....	131
47.	Le misure di regolazione economica	137
48.	Riflessioni conclusive sulla natura degli atti emanati dalle Commissioni	

di regolazione del mercato	140
----------------------------------	-----

PARTE SECONDA

TUTELA DEL CONSUMATORE IN MATERIA DI CLAUSOLE ABUSIVE: IL CONCORSO TRA AZIONE AMMINISTRATIVA E RIMEDI CIVILISTICI

49. Il concorso tra azione amministrativa e rimedi civilistici nella tutela del consumatore in materia di clausole abusive: la protezione del consumatore assurge ad interesse generale	145
50. Verso il superamento della visione paternalistica della disciplina di consumo	149
51. Tutela del consumatore e della concorrenza: due policy distinte in rapporto di complementarità verso un fine comune	152
52. Rimedi civilistici in funzione di regolazione del mercato: un assunto da chiarire.....	159

CONCLUSIONI	165
--------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	167
---------------------------	-----

INTRODUZIONE

La normativa sulle clausole vessatorie nasce con un'impronta eminentemente privatistica, coincidente con l'introduzione delle regola di cui agli artt. 1341, 1342 e 1370 nel codice civile del 1942.

Originariamente il sistema era basato sull'esercizio di un'azione individuale diretta ad ottenere la dichiarazione di inefficacia della clausola abusiva. Si parla in proposito di controllo giudiziale successivo dei contratti dei consumatori.

Si tratta di un rimedio tuttora vigente, sostanzialmente potenziato a fronte del recepimento della direttiva comunitaria 93/13 sui contratti dei consumatori e che esprime la propria utilità in una dimensione microindividuale di tutela del singolo consumatore.

Il problema del controllo delle condizioni generali di contratto non si esaurisce, tuttavia, in una pura e semplice questione di tutela del contraente debole.

Il carattere di "massa" del regolamento contrattuale iniquo o vessatorio ha come naturale conseguenza il fatto che il contenuto negoziale abusivo sia naturalmente destinato a ripetersi in una serie indefinita di contratti.

Si manifesta perciò l'esigenza di contrastare l'abusiva inserzione di clausole vessatorie nei modelli contrattuali uniformi attraverso l'elaborazione di meccanismi di controllo diretti ad incidere sull'attività di predisposizione del regolamento contrattuale e perciò a favorire la circolazione nel mercato di contratti standard equi e trasparenti, intervenendo così alla radice del problema.

Per tali ragioni, in linea con il compito attribuito agli Stati membri dalla direttiva 93/13 sui contratti dei consumatori di "fare in modo che nei contratti dei consumatori non siano inserite clausole abusive", il legislatore nazionale, oltre che potenziare il controllo giudiziale successivo, è intervenuto sul piano della prevenzione, affidando alle Camere di Commercio una competenza trasversale di controllo dei modelli contrattuali diffusi dalle imprese.

Alle tradizionali funzioni di sostegno del sistema imprenditoriale di cui sono investite da anni le Camere di Commercio, nel 1993 si sono aggiunti ulteriori compiti istituzionali accomunati dal fatto di essere diretti a garantire

correttezza, trasparenza ed equità dei rapporti contrattuali tra imprese e tra imprese e consumatori.

La legge di riforma dell'ordinamento camerale 29 dicembre 1993 n. 580 (oggi d. lgs. 23/2010) prevede, infatti, all'art. 4, comma 2, che le Camere di Commercio, singolarmente o in forma associata, possono promuovere forme di controllo sulla presenza di clausole inique inserite nei contratti standard; predisporre e promuovere contratti tipo fra imprese, loro associazioni e associazioni a tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti.

Alle tradizionali funzioni di sostegno del sistema imprenditoriale di cui sono incaricate da anni le Camere di Commercio, nel 1993 si sono aggiunti, quindi, ulteriori compiti istituzionali accomunati dal fatto di essere diretti a garantire correttezza, trasparenza ed equità dei rapporti contrattuali tra imprese e tra imprese e consumatori.

Lo scopo del presente elaborato è quello di verificare in che modo le competenze di controllo di cui oggi sono investite le Camere di Commercio influiscano sulla fisionomia generale del sistema di controllo dei contratti standard vigente all'interno del nostro ordinamento; ovvero, se al modello tradizionale di controllo giudiziale successivo si accompagnino forme di intervento di tipo amministrativo preventivo.

La prima parte dell'elaborato sarà dunque dedicata allo studio dei tratti caratterizzanti del modello di controllo di tipo amministrativo preventivo dei contratti standard al fine di mettere in luce la funzione che siffatte forme di controllo assolvono in rapporto alla fattispecie del controllo giudiziale successivo invalidante.

La parte centrale dell'elaborato sarà rivolta, invece, alla descrizione di alcuni modelli di controllo amministrativo preventivo vigenti nell'ordinamento Europeo.

Dapprima si provvederà all'analisi delle funzioni di controllo dei contratti standard esercitate dalle Camere di Commercio italiane.

Verrà in primo luogo descritto il procedimento di controllo delle clausole vessatorie, dal momento dell'iniziativa, a partire quindi dall'individuazione dei soggetti legittimati ad attivarlo, passando alla definizione dell'oggetto e del parametro di controllo, per arrivare infine allo studio degli esiti del procedimento.

Secondariamente, sarà analizzata l'attività di predisposizione di contratti tipo da parte delle Camere di Commercio al fine di verificare i riflessi che la redazione concertata di modelli contrattuali produce sull'applicabilità della normativa a protezione del consumatore.

A titolo di comparazione sarà successivamente approfondita l'esperienza maturata nell'ordinamento francese e nell'ordinamento inglese.

Il caso della Francia è particolarmente rilevante. La scelta operata dal legislatore francese (Loi Scrivener del 1978) è stata fin da subito quella di affidare all'apparato amministrativo il sistema di controllo dei contratti dei consumatori, attribuendo alla Commissione ministeriale di controllo delle clausole abusive (Commission des Clauses Abusives) un ruolo predominante nella lotta alle spregiudicate prassi della contrattazione standardizzata .

Altrettanto rilevante è l'esperienza del Regno Unito, in cui dal 1999 (Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999) l'Office of Fair Trading è investito di poteri di controllo dei contratti dei consumatori, l'esercizio dei quali ha condotto a risultati molto positivi nella politica di lotta contro le clausole abusive promossa dall'ordinamento inglese.

Nella parte conclusiva del presente lavoro si intende dare alle funzioni di controllo sui contratti standard esercitate dalle Camere di Commercio italiane e da altri organismi amministrativi, come la Commission des Clauses Abusives e l'Office of Fair Trading, una collocazione sistematica nel più vasto panorama della regolazione giuridica del mercato.

Per tale ragione, si procederà a partire dalla descrizione del concetto di regolazione, alla quale farà seguito l'analisi storica ed attuale del rapporto tra pubblici poteri ed economia.

Si ritiene, invero, che l'analisi dell'evoluzione del rapporto tra autorità pubbliche e mercato possa aiuterà a comprendere in modo più approfondito il ruolo che oggi ricoprono gli organismi di controllo sopra richiamati, al fine di poter addivenire all'inquadramento sistematico dei loro compiti all'interno del nostro ordinamento; nonché, secondariamente, al fine di individuare la natura degli atti emanati all'esito dell'esercizio di tali funzioni.

In chiusura, si andrà a verificare se, a fronte dell'intervento amministrativo preventivo delle Camere di Commercio sui contratti dei consumatori, la fisionomia assunta dal sistema di controllo dei contratti standard vigente

all'interno del nostro ordinamento possa dirsi almeno in parte mutata, ovvero se il modello di controllo giudiziale successivo dei contratti dei consumatori possa dirsi superato, in favore di un sistema che vede rimedi civilistici e regolazione amministrativa dei contratti dei consumatori in posizione paritaria nella lotta contro l'inserzione di clausole abusive nei contratti dei consumatori.

CAPITOLO PRIMO

INTRODUZIONE ALLE TECNICHE DI CONTROLLO AMMINISTRATIVO DEI CONTRATTI STANDARD

SOMMARIO: 1. Genesi e diffusione del fenomeno della contrattazione standardizzata. - 2. Disciplina codicistica delle condizioni generali di contratto: *ratio* e limiti. La dimensione collettiva del fenomeno. - 3. I controlli amministrativi delle condizioni generali di contratto nel settore assicurativo. - 4. Uno sguardo alle esperienze straniere. - 5. Il dibattito europeo. - 6. Tecniche di controllo amministrativo dei contratti standard: il ruolo delle Camere di Commercio. - 7. Controlli amministrativi dei contratti standard e poteri di controllo pubblico dell'esercizio dell'iniziativa economica privata.

1. Genesi e diffusione del fenomeno della contrattazione standardizzata

Genesi e diffusione del fenomeno della contrattazione standardizzata sono ricondotte alle profonde trasformazioni che le economie occidentali hanno conosciuto nel corso del XIX secolo¹.

La rivoluzione industriale, esplosa in Inghilterra tra la fine del Settecento e gli inizi dell'Ottocento, fu la causa di avvenimenti quali la scoperta di nuove fonti di energia, il progresso delle tecniche produttive, la diversa organizzazione del lavoro all'interno delle imprese, l'accresciuta dimensione di queste e dei capitali in esse impiegati; fattori, questi, che avrebbero determinato il nascere e

¹ E. ROPPO, *Contratti Standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975, 11; M. BIANCA, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 7; M. DOSSETTO, *Condizioni generali di contratto*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1960, 1110. Secondo alcuni autori, nel settore dell'industria il fenomeno della contrattazione standardizzata si sarebbe manifestato con sensibile ritardo rispetto agli altri campi dell'economia. Infatti, afferma la dottrina, i primi formulari apparvero nell'arte notarile italiana addirittura nel basso medioevo. Per tutti cfr. A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, 4.

l'affermarsi di metodi di conclusione di affari fondati sull'impiego uniforme di schemi negoziali unilateralmente predisposti.

L'avvento della contrattazione standardizzata si collega in modo diretto all'avvento delle tecniche di produzione e distribuzione di massa.

L'omogeneità dei beni e dei servizi prodotti, le grandi cifre della distribuzione, l'esigenza di rapido svolgimento della contrattazione e di risparmio nelle spese di negoziazione inducono le imprese ad una precisa scelta in ordine alla strategia negoziale più soddisfacente: quella di formulare un contenuto contrattuale tipico da far valere nei confronti di tutti i futuri contraenti².

Dal punto di vista dell'impresa l'uso di condizioni uniformi offre vantaggi non trascurabili.

In primo luogo semplifica ed accelera in modo radicale il procedimento di conclusione degli affari attraverso il conseguente risparmio di tempo, mezzi e attività, riducendo, dunque, i costi di negoziazione.

Inoltre, assicura alla strategia contrattuale dell'impresa un coordinamento a livello centrale dell'operato di rappresentanti, agenti, commessi che altrimenti lascerebbe il posto a standard di negoziazione pericolosamente disaggregati.

I benefici conseguenti all'uso di condizioni uniformi si manifestano in modo altrettanto netto nella fase di esecuzione del contratto.

Ai fini della corretta e razionale amministrazione dei rapporti contrattuali occorre, infatti, a mano a mano che essi si svolgono, un'attività di monitoraggio diretta ad accertare da un lato, che le obbligazioni assunte dall'impresa siano adempiute in modo ordinato e tempestivo e dall'altro, che la stessa puntualità nell'adempimento delle obbligazioni venga osservata dalla massa degli acquirenti ed utenti che abbiano trattato con l'impresa³.

La dottrina giuridica prende coscienza del fenomeno dei contratti standard con sensibile ritardo rispetto ai tempi del suo reale accadere. Secondo la testimonianza di alcuni autori, infatti, l'argomento diviene oggetto della riflessione dei giuristi solo agli inizi del 1900⁴.

² E. ROPPO, *Contratti Standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, cit., 4; A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, cit., 4.

³ Secondo la dottrina l'assoggettamento di tutti i rapporti omogenei a disciplina uniforme agevolerebbe grandemente l'impresa nell'attività di monitoraggio dell'esecuzione del singolo rapporto contrattuale. Così E. ROPPO, *Contratti Standard*, cit., 30.

⁴ E. ROPPO, *Contratti Standard*, cit., 16.

E' opinione diffusa che il primo giurista ad occuparsi in modo compiuto della materia sia stato il francese Raymond Saleilles, il quale già agli inizi del 1900, dava conto nei propri scritti dell'esistenza di "*sedicenti contratti che del contratto non hanno altro che il nome ..., nei quali vi è predominanza esclusiva di una sola volontà che opera come volontà unilaterale e detta la sua legge non già ad un individuo, ma ad una collettività indeterminata*", andando a coniare per essi un termine - *contrat d'adhésion* - destinato a singolare fortuna⁵.

La civilistica francese dei primi decenni del secolo si arricchisce, dunque, di una serie di contributi che, nel loro complesso, testimoniano in modo inequivocabile l'interesse che il tema del "*contrat d'adhésion*" aveva immediatamente suscitato tra i giuristi d'oltralpe.

Quanto alla letteratura italiana, non si rinvergono contributi significativi in materia fino alla codificazione del 1942 quando, la specifica previsione di disposizioni in materia di condizioni generali di contratto da parte del codice civile italiano, per quanto limitata, ha finalmente suscitato l'attenzione della dottrina per il fenomeno.

Di fronte all'introduzione degli artt. 1341, 1342 e 1370 cc., all'antico atteggiamento di sostanziale disinteresse per la materia, si sostituisce, infatti, una vivace letteratura intesa a dare alle nuove disposizioni un'interpretazione coerente con l'ordine sistematico esistente in materia contrattuale.

2. Disciplina codicistica delle condizioni generali di contratto: ratio e limiti.

La dimensione collettiva del fenomeno

Il primo problema affrontato dalla disciplina codicistica è quello dell'efficacia delle condizioni generali di contratto nei confronti dell'aderente⁶.

In base al dettato normativo, affinché le clausole uniformi siano efficaci, e perciò vincolanti nei confronti del soggetto non predisponente, è necessario che questi le abbia conosciute o ignorate colpevolmente al momento della conclusione del contratto.

Ai sensi dell'art. 1341, comma 1, infatti: "*Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti*

⁵ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Parigi, 1901, 229.

⁶ M. BIANCA, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. Giur. Treccani*, cit., 7.

dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza”.

Il legislatore del 1942 subordina l'efficacia vincolante delle condizioni generali di contratto alla mera conoscibilità delle stesse in base all'ordinaria diligenza, lasciando alla dottrina l'arduo compito di spiegare come il contraente non predisponente possa restare vincolato sul piano contrattuale sol perché avrebbe potuto conoscere le clausole unilateralmente predisposte dall'altra parte⁷.

Altro problema affrontato dalla disciplina dettata dal codice civile è quello legato all'esigenza di tutelare il soggetto non predisponente contro l'imposizione di clausole vessatorie, ovvero, contro il pericolo che l'aderente, accettando in blocco le condizioni generali predisposte dall'altra parte, non si renda conto della portata e del significato delle clausole più gravose⁸.

A questa esigenza l'art. 1341, comma 2, ha risposto richiedendo un particolare requisito di forma a cui subordinare l'efficacia di talune clausole, quelle più svantaggiose per l'aderente, c.d. vessatorie, prevedendo cioè la loro specifica approvazione per iscritto.

A norma del secondo comma dell'art. 1341, infatti: “...*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”.*

Contrariamente all'idea che la disciplina sia nata al fine di garantire tutela del contraente più debole, secondo alcuni autori la *ratio* della disposizione andrebbe individuata nell'esigenza di garantire la contrattualità effettiva delle singole clausole onerose inserite nelle condizioni generali⁹.

⁷ In relazione a tale problema la dottrina ha elaborato due teorie: la teoria normativa e la teoria negoziale. Sul punto cfr. Cfr. C.M. MAZZONI, *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Napoli, 1975, 20; M. DOSSETTO, *Condizioni generali di contratto*, in *Noviss. dig. it.*, cit., 1960, 1110.

⁸ M. BIANCA, voce *Condizioni generali di contratto*, cit., 2.

⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, Bologna, 1970, 274.

Il legislatore, afferma tale indirizzo, avrebbe previsto un onere formale consistente nell'approvazione scritta delle clausole vessatorie, volendo per tale via recuperare il momento della negozialità attraverso l'apposizione di un'accettazione specifica delle clausole suddette¹⁰.

La dottrina denunciò ben presto i limiti sottesi a siffatto meccanismo.

E' opinione largamente condivisa, infatti, che il requisito formale della specifica approvazione per iscritto non costituisse un'adeguata tutela per l'aderente il quale, pur se messo in guardia contro la sorpresa sull'esistenza delle stesse, non godeva in concreto di nessuna protezione sostanziale, rimanendone vincolato in ragione della mera sottoscrizione.

L'assolvimento di un onere formale, si dice, se anche può valere a richiamare l'attenzione dell'aderente sulle clausole più gravose del contratto, non vale a salvaguardare tale soggetto contro l'abusiva utilizzazione di clausole vessatorie a suo carico¹¹.

Inoltre, il carattere tassativo dell'elenco di clausole abusive previsto dal secondo comma dell'art. 1341 c.c. non era in grado di coprire la molteplicità di disposizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per l'aderente diffuse nella prassi commerciale.

Una diversa critica, più strettamente connessa a profili di politica del diritto è quella che, a partire dagli anni Settanta, mette in luce i limiti del sistema codicistico di controllo giudiziale successivo dei contratti standard, in relazione all'esigenza di contrastare le spregiudicate prassi di contrattazione standardizzata da parte delle imprese.

Il problema delle condizioni generali di contratto non si esaurisce, infatti, nella pura e semplice questione di tutela del contraente debole, in cui il controllo delle condizioni generali si pone come controllo sull'atto.

Il carattere di "massa" del regolamento contrattuale iniquo ha come naturale conseguenza il fatto che, il contenuto negoziale abusivo sia destinato a ripetersi in una serie indefinita di contratti e a danno di una quantità altrettanto indefinita di soggetti¹².

¹⁰ A tal proposito il giudice di legittimità ha parlato dell'esigenza di un positivo atto di volontà che si deve estrinsecare nel rispetto rigoroso dell'onere di forma vedi Cass. 3407/86.

¹¹ M. BIANCA, voce *Condizioni generali di contratto*, cit., 2.

¹² E. ROPPO, *Contratti Standard*, cit., 103.

Alla dimensione individuale del fenomeno della contrattazione uniforme, corrispondente al singolo rapporto instaurato tra l'impresa e l'aderente, si accompagnerebbe, infatti, una dimensione più ampia, c.d. "collettiva" e "generale" del fenomeno¹³, in relazione alla quale il sistema giudiziale successivo di controllo delle clausole abusive si dimostrerebbe del tutto inadeguato in quanto strettamente legato al caso concreto e perciò fautore di una tutela episodica e dai ristretti confini¹⁴.

La sentenza relativa al giudizio di vessatorietà di una o più clausole standard, in quanto efficace con riferimento limitato al caso singolo, è incapace, si dice, di impedire che l'impresa predisponente, sanzionata nel caso particolare, perseveri per il futuro nell'utilizzo della stessa clausola, confidando magari nell'ignoranza di tale pronuncia da parte degli altri aderenti o di una diversa decisione da parte di altri organi giudicanti¹⁵.

Si manifesta perciò l'esigenza di contrastare l'illegittima inserzione di clausole vessatorie nei modelli contrattuali uniformi attraverso l'elaborazione di meccanismi di controllo preventivo e diffuso delle condizioni generali di contratto, diretti ad incidere sull'attività di predisposizione del modello contrattuale e perciò a favorire la circolazione nel mercato di contratti equi e trasparenti.

In questa diversa accezione il controllo delle condizioni generali di contratto viene in rilievo come un controllo sull'attività di predisposizione unilaterale dell'impresa, nella misura in cui non si limita ad investire comportamenti negoziali isolati, ma incide sul complesso di clausole contrattuali predisposte dall'operatore di mercato.

A fronte di ciò, verso la metà degli anni Settanta, la letteratura giuridica ha manifestato l'esigenza di un intervento normativo diretto ad introdurre accanto al tradizionale modello del controllo giudiziale successivo, forme di controllo di tipo preventivo e diffuso, affidate ad organi afferenti all'apparato statale e

¹³ E. ROPPO, *Contratti standard*, cit., 82.

¹⁴ V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Napoli, 1983, 110.

¹⁵ G. ALPA, M. BESSONE, *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, 1997, 7. Continua tale dottrina: "Poiché la posizione dominante delle imprese della produzione e della grande distribuzione è un dato strutturale e connaturato al modo di essere delle moderne economie a sistema capitalistico, tutela delle controparti deboli non può significare episodico controllo a posteriori delle loro condizioni generali di contratto, occorrendo una strategia di controlli a carattere preventivo ed organico quanto lo sono le strategie dell'imprenditorialità". Cfr. V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, cit., 130.

destinate ad incidere sull'attività di predisposizione dello schema contrattuale da parte dell'impresa¹⁶.

Peraltro, nel nostro ordinamento, le tecniche di controllo pubblico della contrattazione standardizzata trovavano già da tempo applicazione nel settore assicurativo; inoltre, la dottrina italiana dell'epoca ha potuto confrontarsi con l'esperienza maturata in altri ordinamenti, in particolare quello israeliano e quello svedese, che rappresentano i più risalenti sistemi di controllo amministrativo delle condizioni generali di contratto.

3. I controlli amministrativi delle condizioni generali di contratto nel settore assicurativo

Fin dal suo nascere la materia assicurativa si è caratterizzata per l'applicazione di un duplice ordine di regole: alle regole privatistiche, proprie dell'attività commerciale si sono affiancate regole pubblicistiche, dirette all'attuazione di un vero e proprio controllo volto ad assicurare il corretto funzionamento dell'attività assicurativa¹⁷.

Il ricorso alla contrattazione standardizzata nel settore in oggetto, oltre che giustificarsi sulla base della comunemente diffusa esigenza di speditezza nella negoziazione d'impresa, si è imposto quale imprescindibile condizione per il corretto funzionamento di un settore in cui la disciplina uniforme di rapporti negoziali ha trovato ragione anche nell'esigenza di compensare e neutralizzare i vari oneri economici tra tutti coloro che vi sono esposti¹⁸.

Non meno di altri, il settore assicurativo si è prestato a prassi di diffusa sopraffazione degli aderenti in posizione di debolezza rispetto al potere economico e normativo dell'impresa.

Tuttavia la particolare rilevanza degli interessi in gioco ha fatto sì che già a partire dagli anni '50 venissero introdotti in tale settore meccanismi di controllo

¹⁶ In altri ordinamenti, come quello francese, la scelta operata dal legislatore è stata fin da subito quella di appoggiare all'apparato amministrativo il sistema di controllo dei contratti dei consumatori, attribuendo alla Commissione ministeriale di controllo delle clausole abusive un ruolo centrale e predominante rispetto a quello riservato dalla stessa legge all'autorità giudiziaria. Cfr. L. CALANDRI, *Le pouvoir de recommandations de la Commission des clauses abusives*, in *Petites affiches*, Parigi, 2006; N. DORANDEU, M. GOMY, S. ROBINNE, V. VALETTE-ERCOLE, in *Droit de la consommation, Tout le Droit*, Parigi, 2008.

¹⁷ G. ROMAGNOLI, *Clausole vessatorie e contratti d'impresa*, Padova, 1997, 100 ss.

¹⁸ G. ROMAGNOLI, *Clausole vessatorie e contratti d'impresa*, cit., 100 ss.

amministrativo-preventivo di natura autoritativa delle condizioni generali di contratto¹⁹.

Il riferimento va agli artt. 21 e 22 del T.U. delle assicurazioni private, approvato con d.p.r. 13 febbraio 1953, n. 449, norme che introdussero con riferimento ai contratti di assicurazione sulla vita, l'obbligo per le imprese di sottoporre tariffe e condizioni di polizza alla preventiva approvazione del Ministero per l'Industria e il Commercio, e di non discostarsi poi nelle future contrattazioni dalle clausole così approvate.

Un'analogha previsione veniva introdotta nel dicembre del 1969 al di fuori del ramo vita, con riferimento ai contratti di assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli a motore, in virtù della quale le condizioni generali dovevano essere approvate con decreto del Ministero per l'Industria e il Commercio, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale.

Dopo circa un trentennio, con l'entrata in vigore dell'art. 38 del d. lgs. 13 marzo 1995 - di recepimento della Direttiva 96/92/CEE di coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'assicurazione diretta sulla vita - il sistema dei controlli amministrativi delle condizioni generali di polizza ha subito una massiccia rivisitazione.

Mediante il suddetto provvedimento legislativo, che ha abrogato la previgente disciplina in materia di controlli, sono stati affidati all'ISVAP (Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private e di Interesse collettivo) compiti di controllo delle condizioni generali di contratto e delle modalità di negoziazione delle imprese assicurative molto meno incisivi di quelli previgenti²⁰.

Siffatta disposizione prevede infatti l'obbligo in capo alle imprese assicurative di comunicare, a richiesta dell'ISVAP, le condizioni di polizza, i documenti, i formulari e gli stampati da esse utilizzati nelle relazioni con i contraenti, affinché la stessa autorità possa procedere ad un controllo il cui esito

¹⁹ Sul punto G. ALPA, *Il controllo amministrativo delle clausole abusive*, in *Economia e diritto del terziario*, 1995, 897.

²⁰ Così F. ROMEO, *La tutela del consumatore nel contratto di assicurazione danni*, Milano, 2004, 73. Secondo l'autore la liberalizzazione del mercato assicurativo, attraverso l'eliminazione del potere autoritativo di controllo degli organismi pubblici relativamente al sindacato preventivo di clausole e tariffe, ha comportato una vera e propria *deregulation* che si è tradotta nel depotenziamento dei meccanismi di controllo amministrativo preventivo delle condizioni generali assicurative.

negativo però, non potrà che tradursi in un invito rivolto all'impresa a desistere dall'utilizzare le clausole ritenute dall'istituto contrarie alla normativa di settore.

E' venuto meno, così, il potere originariamente riconosciuto al Ministero controllante di incidere autoritativamente sul contenuto del testo contrattuale, estrinsecandosi, oggi, ogni l'intervento dell'autorità di vigilanza, nella mera adozione di provvedimenti indicativi volti ad invitare l'impresa a desistere dall'utilizzare le clausole ritenute più gravose per l'aderente; nonché limitandosi gli stessi controlli ai soli testi negoziali che l'impresa abbia sottoposto a controllo su invito dell'organo di vigilanza.

4. *Uno sguardo alle esperienze straniere*

Il sistema dei controlli amministrativi delle condizioni generali di contratto viene per la prima volta introdotto dalla legge israeliana del 1964, successivamente integrata dagli emendamenti del 1969²¹.

Detta legge prefigura un meccanismo di controllo sulla contrattazione standardizzata affidato ad una speciale commissione amministrativa istituita nel 1959, preposta alla repressione delle pratiche anticoncorrenziali, composta da tre membri, dei quali il Presidente nominato dal Ministero di Giustizia.

Il giudizio della commissione è inteso a valutare se le clausole soggette a controllo siano ingiustificatamente vantaggiose per l'imprenditore e nel contempo tali da comportare un danno agli aderenti.

L'art. 2 della legge israeliana del 1964 prevede, infatti, che l'imprenditore predisponente possa sottoporre le proprie condizioni generali all'esame della commissione, affinché questa ne valuti eventuali profili di pregiudizialità alla luce dei c.d. *restrictive terms* – *clausole restrittive* - analiticamente indicate in un elenco di nove clausole particolarmente onerose contemplate all'art. 15 della stessa legge.

La legittimazione a proporre l'istanza di controllo, inizialmente riconosciuta in capo al solo predisponente, è stata successivamente estesa ad altri soggetti, tra i quali le associazioni rappresentative della clientela.

In base a tale modello, all'esito dell'esperimento di una fase di natura istruttoria, nel corso della quale la commissione dispone di tutti i poteri di un

²¹ In punto di controlli amministrativi nel sistema israeliano vedi V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, cit., 120; E. ROPPO, *Contratti standard*, cit., 359.

giudice distrettuale in materia civile, il procedimento sfocia nella formulazione di un giudizio alternativamente di approvazione o riprovazione della clausola.

In caso di esito positivo del giudizio la clausola approvata acquista uno status di “insindacabilità diffusa” rimanendo sottratta per un periodo di tempo non superiore a cinque anni, sia dal sindacato giudiziale che da quello amministrativo²².

Questo effetto di immunità delle clausole rispetto ad ogni successivo controllo giudiziale o amministrativo è rigidamente subordinato all'adempimento da parte dell'imprenditore predisponente dell'onere di menzionare la conseguita approvazione in ogni contratto che stipuli con ciascuno degli aderenti all'interno del quale la medesima sia contemplata.

Al rifiuto dell'approvazione consegue, invece, la nullità della clausola che non potrà più essere inserita nei contratti successivi e, secondo la dottrina, pur nel silenzio della legge, si considererà non apposta nei contratti stipulati in precedenza.

E' interessante notare come, nell'esperienza israeliana sia la stessa legge a tracciare i criteri di raccordo tra la nuova forma di controllo di natura amministrativa e il tradizionale controllo giudiziale: ad essi si può ricorrere in via alternativa, là dove però vi sia stata la dichiarazione di nullità della clausola da parte del giudice ordinario, sarà precluso ogni controllo amministrativo; allo stesso modo, qualora quest'ultimo sia stato esperito, dovrà giudicarsi inammissibile la domanda o l'eccezione che sulla stessa clausola si sia proposta al giudice ordinario²³.

Altrettanto significativo, infine, il fatto che nell'esperienza israeliana la decisione della commissione amministrativa sia suscettibile di appello alla Corte Suprema, scelta che pare potersi giustificare sul presupposto del carattere autoritativo del provvedimento decisorio della commissione medesima.

Di qualche anno successivo a quello israeliano, il modello svedese delinea uno dei sistemi di controllo amministrativo delle condizioni generali di contratto dei più significativi e rilevanti tra quanti prospettati nell'esperienza di

²² A. GENOVESE, *La legge israeliana sui contratti uniformi*, in *Riv. Dir. civ.*, 1965, 482. L'autore, sottolineando il fatto che in seguito all'approvazione la clausola diviene immune da qualsiasi attacco giudiziale anche da parte del singolo cliente, deduce la mancanza di differenze sostanziali tra i due tipi di controllo richiamati.

²³ Sui controlli amministrativi nell'ordinamento svedese vedi U. MORELLO, *Condizioni generali di contratto*, in *Digesto civ.*, Torino, 1988, 366.

altri ordinamenti; generalmente noto con il titolo inglese di “*Act Prohibiting Improper Contract Terms*” è stato introdotto nel 1971, e successivamente modificato con gli emendamenti del 1972 e del 1973.

La legge delinea un modello di controllo delle condizioni generali di contratto che prevede l'intervento di due differenti organi: l'uno amministrativo – il c.d. Consumer Ombudsman - l'altro giurisdizionale – Market Court o Corte del Mercato- Tribunale speciale istituito nel 1970 a difesa dei consumatori.

Degli otto articoli di cui si compone la legge, particolare rilievo riveste l'art.1, comma 1, il quale dispone che quante volte un'impresa - offrendo beni e servizi ai consumatori per il loro uso esclusivo – inserisca nel contratto condizioni che, con riferimento alle modalità di pagamento o ad altre circostanze, risultino improprie nei confronti dei consumatori, la Corte del Mercato può, ove l'interesse pubblico lo richieda, ingiungere all'impresa di non ricorrere in futuro alle stesse clausole, o a clausole omologhe, in quanto lesive degli interessi del pubblico”.

Il tenore della suddetta disposizione è immediatamente percepibile: essa legittima la Market Court all'esercizio di un sindacato inteso a proibire all'imprenditore di utilizzare in futuro, in casi analoghi, le condizioni dalla stessa giudicate “improprie” nei confronti del consumatore.

Nell'ambito della procedura necessaria per raggiungere un siffatto risultato, un ruolo di fondamentale importanza compete ad un'altro organo individuato dalla legge, questa volta appartenente all'apparato amministrativo: il c.d. Consumer Ombudsman, il solo legittimato a sollecitare il controllo della Market Court.

L'iniziativa del Consumer Ombudsman può essere a sua volta variamente provocata da soggetti interessati, ovvero dispiegarsi in via autonoma da ogni sollecitazione esterna, per iniziativa d'ufficio.

Il più delle volte, al fine di addivenire ad una risoluzione bonaria della procedura, l'Ombudsman avvia una preventiva negoziazione con l'imprenditore predisponente coinvolto nel procedimento affinché questi riconduca ad equità il testo negoziale.

Tale fase potrà avere vario esito, di volta in volta risolvendosi nella decisione dell'organo amministrativo di troncare il procedimento a carico dell'impresa per essere, ad esempio, rimasto persuaso dagli argomenti avanzati

dall'imprenditore a giustificazione delle clausole incluse in formulario; ovvero a fronte della spontanea adesione del predisponente all'invito di modificare le proprie condizioni standard.

Nell'ipotesi in cui tale negoziato non abbia esito positivo il Consumer Ombudsman potrà emanare nei confronti del professionista un ordine di non prosecuzione dell'uso di determinate clausole, che produrrà lo stesso effetto di un'ingiunzione della Corte del Mercato²⁴.

Pur se rimasto inattuato, merita di essere ricordato per la sua particolarità il c.d. "*Gesetzesentwurf*" sull'approvazione obbligatoria delle condizioni generali di contratto, progetto tedesco del 1972 che prefigurava un complesso apparato di controlli di natura amministrativa della contrattazione standardizzata²⁵.

Secondo quanto dallo stesso stabilito, le condizioni generali unilateralmente predisposte dall'imprenditore, per essere efficaci, necessitavano di espressa approvazione da parte del preposto ufficio federale per la tutela del consumatore, rappresentativo, per la sua composizione, di ciascuna delle parti in conflitto, nonché dell'autorità statale.

La richiesta di approvazione veniva prefigurata come un vero e proprio onere per l'impresa, le cui condizioni generali, se non ufficialmente approvate, sarebbero rimaste prive di ogni effetto e perciò non utilizzabili nel traffico giuridico.

Nonostante detto progetto sia rimasto privo di ogni seguito, nell'ordinamento tedesco non mancarono di svilupparsi meccanismi di controllo amministrativo delle condizioni generali di contratto.

Malgrado, infatti, la scelta effettuata in seno alla legge tedesca – AGB-Gesetz del 1976 – fosse stata nel senso di optare per un sistema di controlli affidato alla competenza dell'autorità giudiziale, l'ordinamento tedesco rimase tutt'altro che estraneo alla prassi dei controlli amministrativi dei contratti di massa, che trovò, invece, ampio respiro nell'ambito di applicazione della legge federale sulla tutela della concorrenza.

²⁴ Quanto esposto mette in evidenza come siffatte procedure di controllo, israeliana e svedese, non comportino la semplice dichiarazione di nullità cui tenderebbe l'applicazione dei principi di invalidità delle clausole vessatorie, bensì inibiscano all'impresa di avvalersi per il futuro di clausole dello stesso tipo di quella ritenuta impropria, andando così a produrre effetti inibitori estesi all'intera contrattazione che il predisponente andrà in futuro ad intraprendere.

²⁵ E. ROPPO, *I contratti standard*, cit., 358.

Tale legge, il cui obiettivo, fra gli altri, fu quello di controllare le imprese affinché rispettassero le regole della concorrenza anche nella formulazione dei contratti standard, prevedeva la possibilità per il predisponente di chiedere al *Bundeskartellamt* - organo preposto alla tutela della libera concorrenza nel mercato - la presa d'atto e l'autorizzazione di condizioni generali di contratto concordate con la controparte sul mercato²⁶.

Ciò fece sì che sin dal 1973 si sviluppasse la prassi, da parte delle imprese tedesche, di concertare le proprie condizioni generali di contratto con le associazioni rappresentative dei consumatori, e perciò di regolare i propri testi contrattuali in forma collettiva, negoziandoli con le controparti in uno spirito di collaborazione, per poi sottoporle al vaglio del *Bundeskartellamt*.

Da ultimo un breve cenno alla legge francese del 1978: la c.d. Loi Scrivener che organizza in forma amministrativa gli strumenti di protezione del consumatore²⁷.

La legge stabilisce che, nei contratti conclusi tra un professionista e un consumatore possono essere vietate con decreti del Consiglio di Stato – organo dell'apparato amministrativo, investito di poteri consultivi e giurisdizionali - le clausole che appaiono imposte ai non professionisti in forza di un abuso di potere economico dell'altra parte.

Detti decreti sono emessi sulla base di pareri prestati da un'apposita Commissione amministrativa, composta da quindici membri tra i quali rappresentanti dei professionisti e dei consumatori, dei magistrati dei giuristi e dei funzionari dello stato, investita di poteri di controllo preventivo sui modelli contrattuali proposti dai professionisti ai consumatori.

Priva del potere di adottare decisioni vincolanti, la commissione può semplicemente emettere raccomandazioni di soppressione e modificazione delle clausole che appaiono abusive.

5. Il dibattito europeo

Considerato fenomeno necessario e non eliminabile nelle economie contemporanee, l'impiego di moduli e formulari mediante i quali l'impresa esercita il proprio potere normativo non poteva sfuggire all'attenzione degli

²⁶ U. MORELLO, *Condizioni generali di contratto*, in *Digesto civ.*, cit., 361 ss.

²⁷ Sull'argomento cfr. capitolo II, parte II, sezione II.

organi comunitari, da subito impegnati nell'elaborazione di progetti rivolti a definire forme di controllo della contrattazione standardizzata da istituirsi nell'ambito dei singoli stati membri²⁸.

Infatti, mentre la dottrina italiana è impegnata a sottolineare le inefficienze del sistema di lotta contro le clausole abusive e l'ordinamento francese sta iniziando a prendere confidenza con la legge Scrivener del 1978, le istituzioni europee avviano un importante dibattito intorno all'individuazione delle migliori tecniche di controllo dei contratti dei consumatori.

All'esito della ricognizione delle più rilevanti esperienze relative alle singole realtà nazionali, l'operatore comunitario si è astenuto dal manifestare una maggiore propensione per taluna delle forme di controllo esistenti, ritenendo ugualmente meritevoli di considerazione sia il modello di controllo giudiziale, sia quello di controllo amministrativo, nonché rilevando vantaggi e carenze insiti in ciascuno di tali sistemi.

E' agevole intendere, infatti, come ogni forma di controllo, non solo in astratto, ma anche nella sua effettiva operatività, lasciasse trasparire nei diversi ordinamenti aspetti positivi ed aspetti negativi.

Da un lato veniva considerato il controllo giudiziale, più diffuso nella prassi di tutti gli ordinamenti, ritenuto però dai più non sufficiente a tutelare il consumatore, in quanto soggetto a domanda di parte e limitato al caso particolare.

Dall'altro veniva richiamato il controllo amministrativo che, se pur generalizzato e operante *ex se*, veniva giudicato troppo rigido in quanto costretto ad essere attuato in modo uniforme e in base ad una valutazione astratta, ovvero senza la possibilità valutare le circostanze concrete delle diverse fattispecie²⁹.

Il legislatore comunitario dimostra, invece, una forte propensione per modelli integrativi di controllo, in quanto ritenuti per loro natura capaci di operare con molteplici strumenti: sia con funzione preventiva, che nella fase

²⁸Il riferimento va alla Comunicazione della Commissione Europea al Consiglio del 14 febbraio 1984 sulle clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori; al parere del Comitato consultivo dei consumatori sul libro verde della Commissione del 24 settembre 1986; al progetto elaborato dal Consiglio d'Europa nel 1976; ai progetti elaborati in materia di clausole abusive dalla Commissione CEE, il primo nel 1976, l'altro del 1981.

²⁹G. ALPA, M. BESSONE, *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, cit., 148; G. ALPA, *Il controllo amministrativo delle clausole abusive*, in *Economia e diritto del terziario*, cit., 897.

successiva alla diffusione dei formulari nel mercato; tanto a livello giudiziale, quanto con interventi autoritativi, ovvero intesi a impartire direttive, consigli e ad instaurare vere e proprie negoziazioni delle clausole con il predisponente.

In tal senso, il primo progetto elaborato negli anni Settanta dalla Commissione Europea – trattasi di un documento di lavoro non ufficiale realizzato con l'obiettivo di sottoporre ai rappresentanti degli stati membri un possibile sistema di controlli frutto dell'incontro delle più rilevanti esperienze nazionali³⁰ – prospettava un modello non alternativo, bensì integrativo, prefigurando, accanto al controllo giudiziale successivo - espresso dalla declaratoria giudiziale di nullità della clausola ritenuta lesiva degli interessi dei consumatori – un controllo di natura amministrativa, esercitato da competenti autorità assegnatarie del compito di sorvegliare l'impiego e la circolazione di moduli e formulari contenenti clausole lesive degli interessi dei consumatori.

Tra le attribuzioni di questo organismo - designato nel progetto con il nome di agenzia amministrativa - sono previste in primis la negoziazione diretta con le imprese o con le associazioni industriali del contenuto dei formulari e del loro uso; l'unilaterale redazione di modelli tipo di contratti standard; la richiesta rivolta alle imprese di non far impiego di certi tipi di moduli o formulari; l'iniziativa processuale intesa ad irrogare sanzioni contro le imprese che non abbiano accolto la richiesta loro rivolta, continuando a far uso di clausole contrarie agli interessi dei consumatori; ed ancora, la legittimazione ad agire dinanzi all'autorità giudiziaria contro le imprese utilizzatrici di clausole illegittime per la declaratoria della loro nullità.

Tale progetto delineava una interessante combinazione di modelli di controllo di tipo amministrativo-negoziale e di tipo amministrativo-autoritativo³¹.

Sotto il primo profilo “amministrativo negoziale” esso prospetta, invero, un meccanismo che consente di operare con immediatezza ed efficacia un controllo diretto sull'attività negoziale dell'impresa, non isolato a singoli atti o formulari, bensì esteso invariabilmente a tutte le operazioni negoziali concluse nel settore in cui la stessa agisce.

³⁰Con riferimento al progetto della Commissione richiamato nel testo vedi ENV./381/76-E. Orig., 1976.

³¹ Così G. ALPA, M. BESSONE, *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, cit., 145.

Allo stesso si riconducono: l'attività di negoziazione delle clausole contrattuali con le imprese e con le associazioni industriali; la predisposizione di modelli tipo di contratti da parte dell'organismo controllante cui volontariamente le imprese possono uniformare i propri strumenti negoziali; ed infine, la possibilità di impartire consigli e suggerimenti alle imprese attraverso l'esercizio di poteri direzionali³².

Sotto il profilo amministrativo autoritativo, il progetto riconosce, invece, in capo all'agenzia amministrativa il potere di agire *ex officio* ai fini della declaratoria di nullità delle clausole inique, nonché la facoltà di iniziativa processuale intesa all'irrogazione di una sanzione nei confronti dell'impresa che non abbia accolto la richiesta rivoltale, continuando a far uso di clausole contrarie agli interessi dei consumatori.

Malgrado tale progetto sia rimasto inattuato, il sistema dallo stesso delineato è molto vicino, se non addirittura corrispondente a quello introdotto nel nostro ordinamento attraverso l'attribuzione delle funzioni di controllo dei contratti dei consumatori assegnate alle Camere di Commercio dalla legge di riforma dell'ordinamento camerale n. 580 del 1993, che in seguito si avrà modo di analizzare più approfonditamente.

All'esito di tante riflessioni rivolte all'individuazione del migliore sistema di controllo delle condizioni generali di contratto, il legislatore comunitario, forse per il timore di introdurre regole uniformi che potessero arrestare il processo evolutivo in atto nei singoli ordinamenti, rimette al legislatore nazionale l'individuazione dei mezzi di tutela ritenuti più idonei ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e consumatori.

Tali mezzi, ha affermato il legislatore comunitario all'art. 7 della direttiva 93/13: *"...comprendono disposizioni che permettono a persone e organizzazioni, che a norma del diritto nazionale abbiano un interesse legittimo a tutelare i consumatori, di adire, a seconda del diritto nazionale, le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi competenti affinché stabiliscano se le clausole contrattuali, redatte per un impiego generalizzato, abbiano*

³² Anziché istituire forme rigide di controllo necessario da esperirsi prima della utilizzazione dei formulari nel mercato, con il rischio di paralizzare l'attività dell'organismo, e di dilazionarne a termine incerto la diffusione nel mercato, il progetto configura un controllo preventivo elastico ed articolato, attraverso la contrattazione condotta con le imprese interessate di singole clausole o di singoli modelli negoziali esperibile in qualsiasi momento.

carattere abusivo ed affinché tali organi applichino mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di siffatte clausole...”

Formulata in termini ampi, la disposizione allude a tecniche di controllo della negoziazione mediante moduli e formulari diverse dal controllo giudiziale successivo che si conclude con una sentenza relativa al giudizio di abusività di una o più clausole di un contratto sottoscritto dal consumatore che abbia proposto l'azione in giudizio nei confronti del professionista³³.

Emerge, dunque, la chiara consapevolezza da parte del legislatore comunitario della duplice dimensione problematica sottesa al fenomeno della contrattazione standardizzata.

Da un lato, la dimensione particolare del fenomeno, che attiene al rapporto individuale tra consumatore e professionista ed è legata all'esigenza di protezione del contraente debole, sulla quale il legislatore comunitario interviene attraverso l'introduzione di una tutela di tipo sostanziale (art. 33 ss. Cod. Cons.); dall'altro, la dimensione collettiva del fenomeno, che attiene alla necessità di individuare meccanismi di controllo sull'attività di predisposizione del testo contrattuale che siano tali da contrastare la diffusione nel mercato di contratti abusivi, potenzialmente lesivi degli interessi dei consumatori³⁴.

Sotto questo profilo il legislatore europeo sollecita gli stati membri all'attivazione di forme di controllo pubblico dei contratti di massa.

6. Tecniche di controllo amministrativo dei contratti standard: il ruolo delle Camere di Commercio

Nel nostro ordinamento lo sforzo di dare attuazione al modello dei controlli amministrativi dei contratti dei consumatori trova finalmente compimento nella legge n. 580 del 1993 di Riordino delle Camere di Commercio, oggi d. lgs 15 febbraio 2010 n. 23, che conferisce agli enti camerali un insieme di funzioni del tutto nuove rispetto ai tradizionali compiti di sostegno del sistema imprenditoriale.

L'art. 2, comma 2, del d. lgs. 23/2010 prevede, infatti, che gli enti camerali, singolarmente e in forma associata, possono promuovere forme di controllo sulla presenza di clausole inique inserite nei contratti standard; predisporre e

³³ Sul punto G. ALPA, *Il controllo amministrativo delle clausole abusive*, cit., 1995, 897.

³⁴ G. ALPA, M. BESSONE, *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, cit., 131 ss.

promuovere contratti tipo tra imprese, loro associazioni e associazioni rappresentative degli interessi dei consumatori e degli utenti³⁵.

Alcuni autori sollevarono il dubbio che attraverso siffatto provvedimento legislativo avesse trovato attuazione indiretta l'art. 7 della Direttiva in materia di clausole abusive nei contratti dei consumatori in punto di attuazione di mezzi di controllo di natura amministrativa dei contratti standard³⁶.

Altri autori, al contrario, pur auspicando l'introduzione di tali tecniche di controllo, non tennero affatto conto dell'importanza centrale della legge di riordino delle Camere di Commercio in ordine all'attivazione di meccanismi di controllo amministrativo dei contratti dei consumatori³⁷.

In virtù del suddetto provvedimento legislativo, dagli anni '90 ad oggi, la quasi totalità degli enti camerali distribuiti sul territorio nazionale ha adottato al proprio interno un regolamento diretto a disciplinare l'esercizio dei poteri di controllo amministrativo dei contratti dei consumatori.

Siffatto controllo ha trovato attuazione attraverso l'istituzione di un'apposita Commissione che, su istanze dei consumatori, o per iniziativa d'ufficio, instaura un procedimento nel corso del quale, in contraddittorio con l'impresa predisponente - riscontrato il carattere abusivo della clausola sottoposta a controllo - sollecita la stessa alla riformulazione del testo negoziale secondo proprio suggerimento.

Il conformarsi dell'impresa alla richiesta della Commissione determina l'archiviazione del procedimento, l'inottemperanza ingenera, invece, in capo all'organo camerale il potere di agire giudizialmente contro l'impresa predisponente attraverso l'esercizio dell'azione inibitoria (art. 37 Cod. Cons.).

L'art. 2 della medesima legge attribuisce, altresì, alle Camere di Commercio il potere di predisporre e promuovere contratti tipo.

³⁵ Essa ha fatto seguito ad una molteplicità di progetti e proposte rimasti fino ad allora inattuati. In un primo momento si propose di istituire presso la Presidenza del Consiglio dei ministri un'apposita commissione di controllo, rappresentativa di tutti i soggetti interessati, con il compito di raccomandare la soppressione e la modifica delle clausole a suo giudizio vessatorie. Il progetto, che appare chiaramente ispirato alla legge Scrivener del 1978, non ebbe però fortuna.

³⁶ Tale opinione si giustifica, afferma la dottrina, a fronte dell'antiorità della succitata legge rispetto al momento di recepimento della direttiva; così E. V. NAPOLI, *Legittimazione delle Camere di commercio all'azione inibitoria dell'uso delle condizioni generali di contratto*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1997, 1278 ss.

³⁷ F. MACARIO, *Autorità Indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, II, 2003, 295; M. ORLANDI, *Contratto, legge e regolazione*, in *Autonomia privata e Autorità Indipendenti* a cura di G. Gitti, Bologna, 2006, 65ss.

In attuazione di tale disposizione, a partire del 2007, presso l'Unioncamere Italiana è stato avviato un progetto nazionale di predisposizione di contratti tipo redatti da esperti dei diversi settori di mercato – in concertazione con le associazioni di categoria, esponenti del Ministero per lo sviluppo economico e rappresentanti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - allo scopo di rendere disponibili agli operatori economici, e così immettere nel mercato, prototipi di contratto equi, liberi da clausole inique.

Infine, alcune realtà camerali hanno attribuito alla Commissione di controllo il compito di redigere pareri generali attraverso i quali esprimere eventuali profili di vessatorietà insiti nei contratti diffusi in determinati settore di mercato, allo scopo di indirizzare le imprese nell'esercizio dell'attività di predisposizione.

Alle funzioni appena richiamate si sommano altri compiti di centrale importanza di cui sono oggi investite le Camere di Commercio a norma dell'art. 2, comma 2, della d. lgs. 23/2010.

Alle Camere di Commercio spettano, infatti, importanti poteri di natura paragiurisdizionale, come quelli diretti alla costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione di controversie tra imprese e consumatori.

Secondo l'opinione prevalente, la *ratio* delle funzioni di regolazione del mercato assegnate alle Camere di Commercio si rinviene nel ruolo ad esse conferito di garanti del corretto funzionamento del mercato³⁸.

Invero, il nesso tra le funzioni richiamate, originariamente contemplate dall'art. 2, comma 4, della legge 580/1993, è quello di porre in essere globalmente un controllo che si espliciti in momenti e modi diversi sul rapporto contrattuale tra consumatore e impresa o tra imprese.

In particolare la predisposizione e la promozione di contratti tipo e il controllo delle clausole inique, che meglio si andranno ad approfondire, rientrano in una funzione di tutela preventiva, volta a evitare l'insorgere delle liti; invece, la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative riguarda un

³⁸ Così D. LONGHI, *Le Camere di Commercio quali authority fra consumo e produzione*, in *Le Camere di Commercio fra consumatore ed imprenditore: Atti del Convegno, Verona, 11 novembre 1995*, Verona, 1996, 27 ss. L'autore sottolinea come le più belle regole, le più avanzate siano inutili in assenza di un apposito apparato amministrativo chiamato ad accompagnare e implementare la loro attuazione.

controllo a posteriori, diretto a comporre o a definire la lite già iniziata fra imprese o fra imprese e consumatore³⁹.

La nuova normativa propone, dunque, un ente più svincolato dagli interessi di settore e al servizio sia delle imprese che dei consumatori e più in genere del mercato⁴⁰.

Dagli anni Novanta si è affermato, infatti, il problema relativo all'adeguamento dell'assetto amministrativo statale ai nuovi principi di tutela dell'equilibrio e del corretto funzionamento del mercato unico europeo, in relazione al quale si è manifestata la necessità di investire appositi organi amministrativi di specifiche funzioni di tutela del mercato, che non potevano essere svolte esaustivamente dall'ordinamento giudiziario o da altri organi dell'apparato statale.

Da qui l'attribuzione di poteri di regolazione del mercato alle Autorità Amministrative Indipendenti e ad altri organismi amministrativi dotati di diversi gradi di autonomia rispetto all'apparato statale, come le Camere di Commercio.

La legge di riordino degli enti camerali chiarisce la natura giuridica delle stesse Camere affermandone la loro qualificazione di: *“...enti autonomi di diritto pubblico, che svolgono, nell'ambito della circoscrizione territoriale di competenza, funzioni di interesse generale per il sistema delle imprese, curandone lo sviluppo nell'ambito delle economie locali”*⁴¹.

La novità rispetto al passato sta proprio nell'inserimento dell'aggettivo “autonomo” accanto alla qualità di pubblico dell'ente camerale, qualifica che rivela la volontà del legislatore di rendere le Camere di Commercio sempre meno dipendenti da strutture sovra ordinate.

Si ritiene, infine, che un ruolo di tale importanza sia stato attribuito alle Camere di Commercio anche alla luce della capillarità delle strutture camerali sul territorio nazionale, che consente di offrire agli utenti un servizio di prossimità; nonché, in ragione della possibilità di collegamento in rete con le

³⁹ In tal senso la dottrina dominante. Cfr. G. IUDICA, *Le Commissioni arbitrali e conciliative e le relative procedure*, in *Le Camere di Commercio e le innovazioni normative di cui alla l. 580/1993: Atti del Convegno, Milano 29 settembre 1995*, a cura di G. F. Ferrari, Milano, 1997, 100.

⁴⁰ La funzione generale delle Camere si esplica, in questo nuovo contesto, secondo la natura propria delle Camere, quella di essere organismi pubblici autonomi tanto rispetto la realtà associativa delle imprese, quanto rispetto a quella dei consumatori.

⁴¹ Art. 1 legge n. 580 del 1993 di riordino del sistema camerale.

Camere di Commercio di altri paesi, la quale potrebbe essere utilizzata al fine di individuare modalità di cooperazione sovranazionale per la composizione delle controversie intracomunitarie di consumo⁴².

7. Controlli amministrativi dei contratti standard e poteri di controllo pubblico dell'esercizio dell'iniziativa economica privata

Abbiamo avuto modo di rilevare come il problema delle condizioni generali di contratto si ponga oggi essenzialmente come problema del loro controllo.

Dall'analisi si attende, dunque, uno studio puntuale delle funzioni di controllo esercitate dalle Camere di Commercio.

Tuttavia, è opportuno procedere preliminarmente ad alcuni rilievi suggeriti dall'esigenza di cogliere il significato che la formula "controlli amministrativi" assume con riferimento alle specifiche funzioni di controllo dei contratti dei consumatori esercitate dalle Camere di Commercio.

E' indispensabile, infatti, individuare la corretta collocazione sistematica dei controlli amministrativi dei contratti standard all'interno degli schemi concettuali esistenti in materia di controlli.

Nel linguaggio della vita quotidiana il termine controllo è utilizzato in contesti e con significati molto diversi tra loro, accumulati dal fatto di designare, in senso lato: "...l'esercizio di un'operazione di ... verifica, di accertamento dell'esistenza di un fatto o dell'esattezza, regolarità di qualche cosa"⁴³.

Il termine conosce poi una serie di usi tecnici che gli attribuiscono contenuti differenti in relazione alle diverse discipline scientifiche d'interesse.

In particolare, esso assume un contenuto ben preciso nel linguaggio delle scienze del comportamento che con il termine controllo designano: "...l'insieme dei fenomeni e dei processi in base ai quali, tramite l'azione dei modelli culturali e dei simboli sociali espressi da un gruppo, si condizionano i comportamenti dei membri di questo così da superare le tensioni, le opposizioni e i conflitti che si manifestano all'interno del gruppo stesso, e in questo senso promuovere l'integrazione sociale"⁴⁴.

⁴² P. GAGGERO, *Contratti d'impresa e poteri di controllo*, in *Le Camere di Commercio fra consumatore ed imprenditore: Atti del Convegno, Verona, cit.*, 14.

⁴³ Così voce: *Controlli*, in *La Piccola Treccani - Dizionario Enciclopedico*, Roma, 2002, 355.

⁴⁴ E. ROPPO, *Contratti Standard*, cit., 118.

Il senso giuridico del termine si avvicina molto a quello appena richiamato intendendosi per controllo: “...l’attività particolare diretta ad assicurare la conformità alle leggi e al pubblico interesse di altra attività, principale rispetto a quella di controllo, e ciò per mezzo dell’esercizio di corrispondenti poteri da parte di soggetti diversi da quelli agenti”⁴⁵.

In termini astratti, gli elementi essenziali dell’attività di controllo, quali aspetti che valgono a coglierne l’essenza, vengono individuati: nella fondamentale distinzione fra soggetto controllante e controllato; nell’opera di riesame compiuta dall’organo controllante sulla precedente attività dell’organo controllato al fine di determinarne la rispondenza a determinate norme principi e criteri⁴⁶; ed infine, nel giudizio consecutivo al controllo, proveniente dal soggetto controllante, che si estrinseca in una manifestazione di volontà destinata a produrre effetti giuridici positivi o negativi sull’attività posta in essere dal controllato⁴⁷.

Nel linguaggio giuridico gli impieghi dell’espressione sono estremamente vari, tuttavia, il luogo privilegiato per un riscontro dell’utilizzo tecnico-giuridico del termine controllo è offerto dal diritto amministrativo⁴⁸.

Usualmente, infatti, tra le diverse funzioni ricondotte all’attività amministrativa, accanto a quelle di amministrazione attiva, e consultiva, vi è anche la funzione di controllo, volta a sindacare - a seconda dei casi, alla stregua del diritto (*controllo di legittimità o di vigilanza*) o delle regole di buona amministrazione (*controllo di merito*) - l’operato degli agenti cui sono demandati i compiti di amministrazione attiva⁴⁹.

Nella sua accezione tradizionale, dunque, il controllo detto amministrativo è quello svolto da organi afferenti all’apparato della Pubblica Amministrazione ed opera rispetto all’attività posta in essere dall’amministrazione stessa, esprimendosi nella “...serie di attività amministrative principalmente caratterizzate dalla funzione di riscontro e riesame, dai punti di vista della

⁴⁵ Così voce: Controlli, in *La Piccola Treccani - Dizionario Enciclopedico*, cit., 356.

⁴⁶ O. SEPE, *Controlli*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2004, 1.

⁴⁷ L. SALVI, *Premessa ad uno studio dei controlli giuridici*, Milano, 1957, 16.

⁴⁸ Conosciamo, ad esempio, un insieme di forme di controllo giuridico nell’ambito del diritto costituzionale; altri fanno riferimento alla sfera dei rapporti internazionali fra gli Stati, i c.d. controlli internazionali.

⁴⁹ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 571.

legittimità e del merito, di altre attività, esse pure sostanzialmente e formalmente amministrative”⁵⁰.

Ma di controlli rilevanti nella sfera di azione della Pubblica Amministrazione si può correttamente parlare anche in senso diverso, ovvero con riferimento ai poteri di vigilanza, di impulso, di direzione, ed eventualmente di repressione spettanti ad organi della pubblica amministrazione nei confronti di attività esercitate da soggetti privati o comunque di natura non amministrativa⁵¹.

All’ampia categoria dei controlli amministrativi appartengono, infatti, anche i controlli amministrativi nella sfera del diritto privato.

Agli inizi del Novecento uno dei più autorevoli studiosi della scienza del diritto amministrativo aveva individuato una serie di atti che rappresentavano manifestazione dei poteri della pubblica amministrazione nel diritto privato ed inserito tra essi le discipline delle pubblicazioni matrimoniali (artt. 68 e 78 cod. civ. 1865), il decreto che accordava la legittimazione dei figli naturali (art. 198 cod. civ. 1865), il decreto di cambiamento di nome e cognome, ed infine, appunto, il conferimento della personalità giuridica ad un’associazione o fondazione e l’autorizzazione agli acquisti dei corpi morali⁵².

I profondi mutamenti sociali, politici e giuridici dell’ultimo secolo hanno inciso anche sulle menzionate figure giuridiche: alcune di esse appartengono ora alla competenza dell’autorità giudiziaria, altre sono rimaste di competenza della Pubblica Amministrazione.

Ma quel che più interessa mettere in luce è come il richiamo a tale “categoria” dei controlli amministrativi nella sfera del diritto privato, appaia senz’altro significativa in relazione al quesito di partenza, ovvero rispetto all’esigenza di cogliere l’essenza del controllo dei contratti dei consumatori esercitato dalle Camere di Commercio.

⁵⁰ E. BETTI, L. TUMIATI, *Controlli amministrativi*, voce in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 298. La funzione di controllo amministrativo così intesa, si è nel corso degli anni evoluta, esplicandosi nel quadro di diversi assetti relazionali e andando a costituire una funzione generalizzata cioè estendendosi a tutta l’attività di amministrazione, come a dire, afferma un’illustre dottrina, che “*la legalità amministrativa vuole il controllo come espressione e verifica di se stessa*”. Così N. MARZONA, G. BERTI, *Controlli amministrativi*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, III, Milano, 1999, 457.

⁵¹ E. ROPPO, *Contratti Standard*, cit., 117 ss.

⁵² G. ZANOBINI, *I poteri regi nel campo del diritto privato*, Torino, 1917. Il caso più di sovente richiamato dalla dottrina si rifà alla fattispecie del controllo preventivo in materia di acquisto della personalità giuridica da parte di persone giuridiche private. Sul punto vedi S. CAPOZZI, *I controlli amministrativi sulle persone giuridiche private*, Napoli, 1991.

Nell'accezione ora richiamata la formula dei controlli amministrativi ricomprende, infatti, una serie di ipotesi quanto mai vasta e varia che la dottrina riunisce sotto l'appellativo "controlli pubblici sull'attività economica svolta dai privati"⁵³.

La fonte normativa di legittimazione di siffatta forma di controllo è rappresentata, si dice, dal terzo comma dell'art. 41 della Costituzione, là dove si stabilisce che *"la legge determina ... i controlli opportuni perché l'attività economica ... privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali"*.

Secondo la stessa dottrina si può con sicurezza affermare che a questa norma devono rapportarsi e commisurarsi tutte le svariate fattispecie di controllo amministrativo, o più in generale "pubblico" delle attività economiche private.

I pubblici poteri si sono sempre occupati dei fatti economici e della loro disciplina limitando l'esercizio della libertà di iniziativa economica, quando ciò si rendesse necessario al fine di garantire l'interesse generale⁵⁴.

Tuttavia, nel corso degli anni, il rapporto tra economia e pubblici poteri si è fortemente evoluto,

In particolare, negli anni '80 e '90 del Novecento si registrano radicali innovazioni tecnologiche, il predominare delle economie occidentali viene attenuato dal potenziamento di importanti aree del mondo asiatico e si rafforza l'integrazione internazionale dei rapporti economici.

Si apre dunque una fase di particolare interesse, in cui è sembrata entrare in crisi la stessa idea dell'intervento dei pubblici poteri nell'economia e si sono prospettati grandi mutamenti nel rapporto tra istituzioni pubbliche e mercati.

Nell'ambito del dibattito, le tesi più radicali hanno sottolineato la fine o la drastica riduzione degli interventi pubblici di regolazione del mercato⁵⁵.

⁵³ E. ROPPO, *Contratti Standard*, cit., 123. Così afferma l'autore: *"Destinata senza dubbio a ricoprire un'importanza senz'altro rilevante nell'intero quadro dei controlli amministrativi sulle attività private, la serie dei procedimenti o dei provvedimenti di organi o enti pubblici in vario modo operativi in funzione di controllo della iniziativa economica degli operatori privati, ricomprende per parte sua ipotesi così numerose ed eterogenee quanto al settore d'incidenza, alle modalità e agli obiettivi dell'intervento, che all'elaborazione di principi unitari e di categorie sistematiche tali da assolvere almeno ad un'utile funzione classificatoria, debba guardarsi come ad un compito singolarmente arduo"*.

⁵⁴ M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, 45 ss.

⁵⁵ Fra i sostenitori di questa tesi F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001; P. SIRENA, *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, 76; l'autore richiama l'idea che il sistema di mercato oggi esistente è fortemente propenso ad imporre le proprie regole superando così le legislazioni nazionali.

Non mancano, tuttavia, letture di segno opposto, secondo cui nonostante le liberalizzazioni, le privatizzazioni, le regolazioni, le semplificazioni, la globalizzazione, l'azione pubblica nell'economia continuerebbe a persistere e a conservare larghi spazi. Quel che è cambiato, si dice, è il modo in cui i pubblici poteri regolano i rapporti economici⁵⁶.

In relazione all'attuale dispiegarsi dell'azione pubblica nell'economia sono state evidenziate, infatti, notevoli differenze rispetto al passato⁵⁷.

La regolazione pubblica contemporanea emanerebbe principalmente da Autorità Amministrative Indipendenti alle quali gli stati hanno delegato parte dei propri compiti di controllo pubblico dell'economia, attribuendo alle stesse i necessari poteri per perseguire tale obiettivo⁵⁸.

Le attribuzioni di vigilanza e controllo affidate alle Amministrazioni Indipendenti hanno condotto gli interpreti, a rilevare l'emersione, all'interno della categoria dei controlli amministrativi, della classe dei controlli pubblici sull'attività economica svolta dai privati nel contesto del mercato, perciò detti controlli sui mercati⁵⁹.

Ulteriore elemento di novità è rappresentato, infatti, dal mercato.

I controlli sui mercati sono controlli che non hanno ad oggetto la verifica di conformità a canoni normativi di singole condotte delle imprese, ma che implicano una ricognizione della legittimità di tali condotte alla luce dell'analisi dell'estensione, della struttura e del funzionamento del mercato di riferimento, nonché degli effetti di tali condotte sul piano della competitività dello stesso⁶⁰.

Le Autorità Indipendenti, si dice, sono chiamate a verificare la sussistenza di elementi e condotte, attuali e potenziali che si ripercuotono sul grado di

⁵⁶ Per tutti, sull'importanza della regolazione pubblica nell'economia A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 15 ss.

⁵⁷ M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit., 10.

⁵⁸ Una delle caratteristiche generali della regolazione pubblica dell'economia si ritrova nel rispetto dovuto dai regolatori ai criteri di imparzialità, trasparenza e massima obiettività.

⁵⁹ M. DE BENEDETTO, *Controlli. I controlli amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 2006, 8. La dottrina ha parlato in proposito dell'introduzione di una "significativa novità organizzativa destinata a produrre rilevanti effetti sul piano dei controlli", così G. D'AURIA, *I controlli*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, a cura di S. Cassese, Milano, 2000, 1217.

⁶⁰ Così M. DE BENEDETTO, *I controlli amministrativi*, cit., 8 ss, continua l'autrice: "Il mercato in altri termini deve poter conseguire o mantenere un assetto concorrenziale, a tale fine si fa indispensabile il controllo, anche prognostico, delle condotte imprenditoriali".

apertura e sulla struttura dei mercati, ed esercitano poteri di controllo ordinati al mantenimento delle condizioni di concorrenzialità degli stessi⁶¹.

Dagli anni Novanta, infatti, come già si è avuto modo di sottolineare, è emerso il problema relativo all'adeguamento dell'assetto amministrativo statutale ai nuovi principi di tutela dell'equilibrio e del corretto funzionamento del mercato unico europeo, che ha comportato la necessità di investire appositi organi amministrativi di specifiche funzioni di tutela del mercato che non potevano essere svolte esaustivamente dall'ordinamento giudiziale o da altri organi dell'apparato statale.

L'avvento dello Stato regolatore dell'economia, il quale interviene, non già attraverso l'assunzione in mano pubblica dell'economia, bensì ponendo e facendo rispettare le regole del gioco, ha avuto delle grosse ripercussioni sul sistema giuridico, tra le più incisive proprio quella rappresentata dall'istituzione delle Autorità Indipendenti, chiaro sintomo del profondo mutamento della stessa concezione di funzioni amministrative e del loro esercizio all'interno del nostro sistema⁶².

Le Autorità Amministrative Indipendenti sono considerate, infatti, la manifestazione più accentuata ed attuale del principio di separazione fra istanze politiche ed istanze amministrative.

La società complessa, si dice: “..*richiede circuiti ulteriori rispetto ai circuiti rappresentativi tradizionali, specifici per la considerazione e il confronto degli interessi... le Autorità Amministrative Indipendenti costituiscono lo strumento organizzativo pubblico funzionale a questa esigenza assicurando la necessaria continuità ed una relativa certezza dell'attività di regolazione*”, sottraendo le scelte relative, ad una continua mediazione con i molteplici obiettivi della maggioranza governativa. La sottrazione dell'attività di controllo dell'economia all'indirizzo politico di maggioranza, si giustifica, in nome di esigenze di funzionalità⁶³.

⁶¹ M. DE BENEDETTO, *I controlli amministrativi*, cit., 8;

⁶² N. LONGOBARDI, *Amministrazioni indipendenti e sistema giuridico istituzionale*, con contributo di R. Barra Caracciolo e F. Politi, Torino, 2004, 87.

⁶³ N. LONGOBARDI, *Amministrazioni indipendenti e sistema giuridico istituzionale*, cit., 88. In linea con A. PREDIERI, *L'erompere delle Autorità Amministrative Indipendenti*, Firenze, 1997, 81, il quale afferma che a fronte dell'esigenza di abbandonare le “*velleità dirigistico-pianificatorie produttrici di disfunzioni e sprechi contrastanti con la centralità assunta dal mercato nell'Unione Europea, lo Stato si rivolge alle Autorità Indipendenti come protagoniste del mutamento del paradigma dell'economia*”. L'Unione Europea, si dice, come anche la globalizzazione dei mercati, comportano necessariamente una nuova modellistica istituzionale

Su questa linea si collocano anche le funzioni di regolazione del mercato che la legge 580 del 1993 ha attribuito alle Camere di Commercio.

Infatti, alla luce dell'interrogativo di partenza è possibile affermare che i poteri di controllo dei contratti standard facenti capo alle Camere di Commercio si collocano nell'ampia sfera dei controlli pubblici di esercizio dell'attività economica privata nel contesto del mercato unico europeo.

dell'intervento pubblico. All'interno di questa interpretazione le Autorità Indipendenti sono anche rappresentate come l'espressione di una rivolta dell'economia contro l'indirizzo governativo, del mercato contro la direzione amministrativa dell'economia, così F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle Amministrazioni Indipendenti*, in *Lo stato delle istituzioni italiane*, Milano, 1994, 389.

CAPITOLO SECONDO

ORGANISMI AMMINISTRATIVI DI CONTROLLO DEI CONTRATTI STANDARD

PARTE PRIMA

IL RUOLO DELLE CAMERE DI COMMERCIO NEL SISTEMA DI LOTTA CONTRO LE CLAUSOLE ABUSIVE

SOMMARIO: 8. Premessa. - 9. Origini dell'ente camerale. - 10. Natura delle Camere di Commercio. - 11. Le attribuzioni. - 12. Le funzioni di controllo delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori e tra imprese. - 13. I soggetti del procedimento. - 14. La procedura di controllo. - 15. L'oggetto e il parametro di controllo. - 16. Gli esiti dell'attività di controllo e gli effetti conseguenti al parere della Commissione. - 17. L'attività di predisposizione di contratti tipo da parte delle Camere di Commerci. - 18. Un procedimento uniforme di predisposizione di contratti tipo. - 19. I riflessi della redazione concertata di modelli contrattuali sull'applicabilità della normativa a protezione del consumatore.

8. Premessa

Le regole a protezione dei consumatori in materia di condizioni generali di contratto mirano a garantire al consumatore una tutela sostanziale di fronte ad eventuali abusi di potere contrattuale da parte del professionista.

Obiettivo predominante della disciplina quello di fare in modo che le clausole unilateralmente predisposte, inserite nei modelli contrattuali utilizzate dalle

imprese, realizzino un equo contemperamento delle posizioni di interesse contrapposte e configgenti del consumatore e del professionista.

A questo fine, osserva la dottrina francese, è necessario attivare almeno due processi: l'uno, di tipo "negativo", che consiste nell'eliminazione delle clausole abusive che figurano nei contratti predisposti dai professionisti, l'altro, di tipo positivo, che consiste nella predisposizione e promozione di modelli contrattuali equilibrati⁶⁴.

Le nullità di protezione e i pareri emessi dalle Commissioni amministrative di controllo delle clausole abusive all'esito di un procedimento particolare vengono ricondotti alla categoria dei c.d. "*procédé négatif*" di soppressione delle clausole inique inserite nei contratti dei consumatori.

Viceversa, la predisposizione di contratti tipo - che non comporta l'eliminazione della clausola in contratti già redatti, ma che consiste nella definizione materiale di clausole eque all'interno di modelli contrattuali che serviranno di base a futuri contratti tra consumatori e professionisti - viene definita come "*procédé positif*" di lotta contro le clausole abusive.

L'assunto è condiviso dalla Commissione Europea che nella relazione del 2000 presentata a Parlamento Europeo e Consiglio sullo stato di attuazione della direttiva 93/13 nei diversi stati membri, sottolinea l'esigenza di affiancare ai tradizionali strumenti "negativi" di lotta contro le clausole abusive, l'istituzione di sistemi che favoriscano il negoziato e la discussione delle clausole con il professionista.

Al fine di arrivare ad uno stadio di soppressione effettiva delle clausole e di rimediare alle condotte abusive dei professionisti, ha affermato la Commissione, è necessario favorire la predisposizione concertata delle clausole uniformi tra professionisti, consumatori ed associazioni rappresentative dei loro interessi⁶⁵.

Nell'ordinamento italiano, alla nascita di un sistema integrativo di strumenti di tipo negativo e positivo di lotta contro le clausole abusive ha contribuito in modo significativo la legge di riforma dell'ordinamento camerale 29 dicembre 1993 n. 580.

⁶⁴ N. DORANDEU, M. GOMY, S. ROBINNE, V. VALETTE-ERCOLE, in *Droit de la consommation, Tout le Droit*, Parigi, 2008.

⁶⁵ Sul punto cfr: Relazione della Commissione Europea, del 27 aprile 2000, sull'applicazione della direttiva 93/13 www.ec.europa.eu.

All'art. 4 comma 2, essa prevede, infatti, che le Camere di Commercio, singolarmente o in forma associata, possono promuovere forme di controllo sulla presenza di clausole inique inserite nei contratti standard; predisporre e promuovere contratti tipo fra imprese, loro associazioni e associazioni di tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti.

Alle tradizionali funzioni di sostegno del sistema imprenditoriale di cui sono investite da anni le Camere di Commercio, nel 1993 si sono aggiunti ulteriori compiti istituzionali accomunati dal fatto di essere diretti a garantire correttezza, trasparenza ed equità dei rapporti contrattuali tra imprese e tra imprese e consumatori⁶⁶

Le diverse attribuzioni delle Camere di Commercio comprendono oggi, infatti, anche quella di tutelare i soggetti più deboli del mercato, stimolando al contempo la competitività del sistema economico.

Tali funzioni di predisposizione di contratti-tipo tra imprese, loro associazioni e associazioni di tutela degli interessi dei consumatori e di promozione di forme di controllo sulla presenza di clausole inique inserite nei contratti standard, sono state qualificate dalle stesse Camere di Commercio come funzioni di regolazione del mercato e immediatamente affidate ad una Commissione interna appositamente costituita.

Prima di procedere all'analisi delle funzioni di controllo dei contratti standard appena richiamate, al fine di favorire una migliore comprensione delle novità introdotte dalla legge di riforma degli enti camerali in materia di controlli dei contratti dei consumatori, è utile illustrare, seppur brevemente, storia, natura e funzioni delle Camere di commercio.

9. *Origini dell'ente camerale*

Le C.C.I.A.A. affondano le loro radici nell'ordinamento dell'antica Roma, dove, sin dal periodo della Repubblica, nacquero degli organismi operanti nel campo commerciale assimilabili all'odierna Camera di Commercio, detti *collegia opificium mercatorum*⁶⁷.

⁶⁶ All'insieme di competenze già attribuite agli enti camerali da un susseguirsi di leggi, istruzioni ministeriali e dalle attività svolte sulla base di prassi delle Camere medesime – competenze, queste, comunemente classificate in funzioni amministrative e funzioni promozionali e di supporto alle imprese – si somma, oggi, un insieme di nuove attribuzioni attuative di forme di controllo amministrativo sulle condizioni generali di contratto.

⁶⁷ M. ROSTOVZEV, *Storia economica e sociale dell'Impero Romano*, Firenze, 1967, 185 ss.

Tuttavia, la forma attuale delle Camere di Commercio si avvicina maggiormente alla struttura delle corporazioni medioevali, rappresentative delle varie categorie produttive, che nacquero dall'associazione fra esercenti di una stessa arte o di una stessa mercatura.

Dette corporazioni erano solite svolgere funzioni di protezione della sicurezza delle strade commerciali e dei mercati, di vigilanza sui prezzi, di tutela dei marchi e di giudizio nelle controversie fra mercanti.

Il particolare quadro istituzionale dell'epoca medioevale conferì alle corporazioni un'enorme influenza sulla vita economica tanto da far sì che le stesse partecipassero attivamente al governo del paese⁶⁸.

Nel XVI secolo a causa dei mutamenti progressivamente intervenuti nel periodo successivo alla scoperta dell'America, le corporazioni cominciarono ad entrare in crisi; fu proprio dalle loro ceneri che, sulla scia della rinascita delle attività produttive e degli sviluppi del commercio mondiale del XVIII sec., nacquero le prime Camere di Commercio⁶⁹.

In Italia la prima Camera fu fondata a Firenze dal Granduca Pietro Leopoldo nel 1770; seguì la Lombardia, dove nel 1786 sorsero altre Camere di Commercio in seguito all'Editto dell'Imperatore Giuseppe II.

Queste iniziative rimasero però isolate nel panorama italiano fino a quando, nel primo decennio dell'800, su impulso di Napoleone, si istituirono su tutto il territorio, con decreto del 27 giugno 1811, enti denominati "Camere di commercio, arti e manifatture" con funzioni di giurisdizione commerciale, di proposta premio per gli inventori, di raccolta di notizie e dati sull'andamento dell'economia e di tutela delle categorie economiche rappresentate.

Solo a seguito dell'unificazione nazionale, e più precisamente con il provvedimento normativo n. 680 del 6 luglio 1862 - che finalmente offriva un ordinamento omogeneo alle Camere presenti nel territorio nazionale - veniva riconosciuta alle Camere di Commercio la qualità di enti aventi finalità di

⁶⁸M.E. TEATINI, *Il nuovo ordinamento delle Camere di Commercio*, Padova, 1996, 15 ss.

⁶⁹L'espressione Camere di Commercio comparve per la prima volta in un testo legislativo francese nel 1701. Ma la prima Camera di Commercio era nata da circa tre secoli a Marsiglia e l'espressione C.C.A. era oramai in uso da tempo contraddistinguendo il luogo ove i commercianti discutevano dei problemi di interesse generale della loro attività. Per un approfondimento dell'evoluzione storica degli enti camerale si veda G. PALETTA, *Repubblica dei mercati e Stato moderno: profilo storico della Camera*, in *Impresa e Stato. Rivista della Camera di Commercio di Milano*, 25, 1994.

rappresentare presso il governo la classe commerciale, nonché il compito di promuovere gli interessi commerciali ed industriali di categoria⁷⁰.

Nei primi anni del Novecento crebbe a livello politico il peso del partito socialista e ciò influenzò anche la struttura degli enti camerali, che per effetto della legge n. 121 del 1910 vennero menomati in modo consistente della propria autonomia amministrativa⁷¹.

Quattordici anni più tardi, con il regime fascista, il decreto n. 750 del 1924 riconobbe per la prima volta espressamente alle C.C.I.A.A. il carattere di ente pubblico.

Ma il cambiamento più rilevante fu quello che scaturì in seguito all'emanazione della legge n. 731 del 1926, con la quale le Camere di Commercio ed i Consorzi agrari confluirono nei Consorzi provinciali dell'economia.

Il nuovo organismo costituiva un riflesso sull'economia dell'orientamento accentratore del regime fascista, essendo da considerarsi i consorzi come un'articolazioni dello stato corporativo; successivamente, con il r.d. n. 2011/1934 le disposizioni di legge esistenti in materia venivano convogliate nel T.U. delle leggi sui Consigli provinciali dell'economia corporativa.

Tra il 1926 e la fine della seconda guerra mondiale furono emanate varie norme che incisero sia sulle attribuzioni di questi enti che sulla loro denominazione, che tornò ad essere quella di Camere di Commercio solo nel 1944, anno in cui vennero soppressi i Consigli provinciali dell'economia corporativa, e ricostituiti gli enti camerali con la denominazione di "Camere di commercio, industria e agricoltura"⁷².

La disciplina del 1944 doveva avere il carattere della provvisorietà in attesa della legge di riforma dell'ordinamento camerale ma le norme successive

⁷⁰ Le attribuzioni contenute in tale legge riprendono, con alcune integrazioni, quelle già previste dalla legislazione napoleonica; le novità riguardano in particolare l'amministrazione delle borse e il controllo sulle attività degli enti di cambio. Per quanto riguarda la composizione della Camera, i commercianti e gli industriali della relativa circoscrizione godevano di elettorato attivo e passivo. Interessante novità della legge 680/62 è costituita dall'autorizzazione alle Camere di applicare diritti di segreteria sui certificati e sugli atti da esse rilasciati, venendo così a rompere la tradizione di alimentare le camere con i soli contributi volontari.

⁷¹ Con la l. 20 marzo 1910, n. 121 e con il regolamento 219 febbraio 1911, n. 245 agli enti camerali vengono attribuite le seguenti funzioni: formare le mercuriali, designare gli arbitri per vertenze extragiudiziali, formare i ruoli di curatori di fallimento, tenere il registro delle ditte, accertare gli usi e le consuetudini locali, rilasciare i certificati d'origine.

⁷² Con questo decreto la leadership dell'ente viene affidata ad una Giunta, non elettiva, composta da un Presidente nominato dal Governo e da vari membri nominati dal Prefetto.

disattesero tale aspettativa, affrontando piuttosto aspetti particolari degli organismi camerali come le loro funzioni, la denominazione e la rappresentanza delle categorie nella Giunta.

L'emanazione della legge n. 580/1993 ha dato luogo, finalmente, al completo riordino dell'ordinamento degli enti camerali, tappa a cui si è giunti, secondo i più, sulla motivazione di un urgente adeguamento istituzionale degli stessi enti al processo di decentramento regionale, e ciò anche, sulla base della convinzione che il potenziamento del ruolo delle Camere potesse risultare senz'altro utile di fronte alle nuove esigenze di supporto ai processi di ristrutturazione del sistema produttivo, con servizi reali alle imprese, e a garanzia di un migliore funzionamento del mercato⁷³.

10. *Natura delle Camere di Commercio*

La l. n. 580 del 29 dicembre 1993 ha inciso profondamente sulla configurazione degli enti camerali, dettando un'espressa qualificazione della natura giuridica delle stesse, più dettagliata di quella presente nella precedente normativa.

All'art. 1 la legge del 1993 definisce le Camere di Commercio enti autonomi di diritto pubblico, che svolgono, nell'ambito della circoscrizione territoriale di competenza, funzioni di interesse generale per il sistema delle imprese, curandone lo sviluppo nell'ambito delle economie locali.

La natura pubblica degli enti camerali, venne riconosciuta per la prima volta espressamente dalla l. n. 750 del 1924, successivamente ribadita dal r.d. n. 2011 del 1934⁷⁴, ed infine richiamata in seno al d. lgs. 315/44 che, in seguito alla caduta del regime fascista, nel ridare un nuovo assetto normativo alla disciplina delle Camere di Commercio, ne delineava la qualità di enti di diritto pubblico.

La novità sta perciò nell'inserimento dell'aggettivo "autonomo" accanto alla qualità di "pubblico" dell'ente camerale, qualifica che rivela, evidentemente, la

⁷³Così M.E. TEATINI, *Il nuovo ordinamento delle Camere di Commercio*, cit., 23. Secondo l'autrice l'esigenza di riforma era sentita ormai da molti anni. In particolare, si precisa, proprio in seguito all'emanazione del d.p.r. 616/77 andavano assumendo sempre maggiore importanza sia la precisa definizione delle attribuzioni degli enti camerali, che la delimitazione dell'area di confine con le funzioni regionali; in seguito poi alla legge n. 142 del 1990, il legislatore si è reso conto della necessità di affiancare le nuove camere di commercio agli enti locali, estendendo ad esse tutti gli strumenti di cui questi ultimi sono stati recentemente dotati e favorendo forme di collaborazione.

⁷⁴La legge n. 750 del 1924 definiva i Consigli, questa era la denominazione a quell'epoca avevano le attuali Camere di Commercio, quali enti pubblici dotati di personalità giuridica.

volontà del legislatore di rendere le Camere di Commercio sempre meno dipendenti da strutture sovraordinate.

L'autonomia, invero, rappresenta una forma organizzativa che caratterizza solitamente gli ordinamenti di carattere pluralistico, indicando la posizione di maggiore o minore dipendenza di una figura soggettiva nei confronti di un'altra ad essa collegata; la stessa, nell'ambito del nuovo ordinamento delle Camere di Commercio, si manifesta nelle diverse forme di autonomia normativa, di gestione e finanziaria di cui le Camere godono rispetto al potere centrale⁷⁵.

L'autonomia normativa delle Camere di commercio si identifica nella possibilità ad esse riconosciuta dalla legge di riforma di darsi una propria legge, lo statuto, di cui precedentemente esse non erano dotate; l'autonomia di gestione si sostanzia invece nel potere riconosciuto agli enti camerali di decidere il proprio programma di azione senza dipendere dalle direttive ministeriali e senza essere sottoposte a forme paralizzanti di controllo; l'autonomia finanziaria, infine, si rinviene nella possibilità per ogni Camera di amministrare autonomamente i proventi percepiti dalle proprie attività e di provvedere alla gestione degli stessi attraverso un proprio bilancio.

E' interessante notare come il r.d. n. 2011 del 1934 e il d.lgs. n. 315 del 1944 evidenziassero il carattere puramente rappresentativo delle Camere di Commercio rispetto al tessuto economico locale, avvicinandolo a una struttura più di tipo corporativo che istituzionale.

Nella nuova legge scompare, invero, il termine "rappresentanza" in quanto sostituito dall'espresso riferimento alle "funzioni di interesse generale" che gli enti camerali rivestono per il sistema locale delle imprese⁷⁶.

Non a caso, secondo alcuni autori, la legge 580 del 1993 costituirebbe naturale integrazione del sistema autonomistico dell'ordinamento amministrativo, avendo la stessa aggiunto al localismo territoriale il c.d. localismo economico⁷⁷.

L'ambito territoriale delle Camere di Commercio coincide di regola con quello della provincia o dell'area metropolitana di cui all'art. 17 legge 142 del 1990. La legge di riforma riconosce, tuttavia, agli enti camerali la possibilità di

⁷⁵ M.E. TEATINI, *Il nuovo ordinamento delle Camere di Commercio*, cit., 26.

⁷⁶ G. SCOVENNA, *Le Camere di commercio per l'evoluzione della managerialità delle imprese italiane*, in "Pavia Economica", 1, 1987.

⁷⁷ M.E. TEATINI, *Il nuovo ordinamento delle Camere di Commercio*, cit., 26.

procedere all'accorpamento delle rispettive circoscrizioni territoriali al fine di formare enti consorziati.

11. *Le attribuzioni*

Le funzioni esercitate dagli enti Camerali sono raggruppate dalla dottrina nelle diverse categorie che qui di seguito si andranno ad elencare.

Da un lato le Camere di Commercio sono investite di funzioni di supporto e promozione degli interessi generali delle imprese e degli utenti situati nella circoscrizione di competenza. La potestà d'intervento è abbastanza ampia. Al riguardo, la legge ha espressamente indicato le Camere di Commercio come soggetti tenuti a partecipare insieme agli enti locali territoriali agli accordi di programma previsti dall'art. 27 dell'ordinamento delle autonomie locali.

Vengono poi le funzioni amministrative istituzionali tra le quali si ricordano: la tenuta degli albi professionali istituiti con legge, la cui iscrizione ha spesso natura abilitante per l'esercizio di determinate attività⁷⁸; la tenuta del registro delle imprese, la cui iscrizione può produrre a seconda dei casi gli effetti di pubblicità costitutiva, dichiarativa o di pubblicità notizia; il rilascio di autorizzazioni abilitanti per l'esercizio di talune attività da parte delle imprese; il rilascio di certificazioni inerenti a stati e fatti dell'impresa⁷⁹, agli usi e consuetudini locali, ai prezzi⁸⁰ ed all'origine delle merci⁸¹.

Le Camere di Commercio sono attualmente investite, inoltre, di un insieme di nuove attribuzioni raggruppate sotto il comune appellativo di funzioni di regolazione del mercato.

Dette funzioni, come anticipato, consistono nel potere attribuito agli enti camerali di promuovere forme di controllo sulle prassi contrattuali d'impresa al fine di contrastare l'inserzione di clausole inique nei modelli negoziali diffusi nei mercati; nella possibilità per le Camere di Commercio di promuovere la redazione di contratti tipo relativi a determinati settori di mercato; ovvero nella competenza riconosciuta agli enti camerali di organizzare procedure di conciliazione e arbitrato per la composizione stragiudiziale delle controversie commerciali.

⁷⁸ Le C.C.I.A.A. provvedono invero alla tenuta di albi, ruoli ed elenchi.

⁷⁹ Si fa riferimento ai certificati di iscrizione ai registri rilasciati alle imprese.

⁸⁰ Si pensi alle ipotesi di accertamento dei prezzi all'ingrosso.

⁸¹ Si richiama in proposito il rilascio di certificato di origine delle merci.

Alla regolazione del mercato non sono estranee inoltre ulteriori competenze affidate alle C.C.I.A.A. quali: la raccolta degli usi; la collaborazione prestata agli operatori nella redazione dei codici di comportamento, strumenti mediante i quali è possibile indirizzare i comportamenti degli attori del mercato; la possibilità di costituirsi parte civile nei giudizi relativi ai delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio; e di promuovere l'azione di concorrenza sleale.

Alle “nuove” Camere di Commercio fanno capo, dunque, funzioni apparentemente antitetiche: da un lato quelle di perseguire fini nell'interesse generale del sistema delle imprese e dall'altro, per effetto delle nuove attribuzioni di regolazione del mercato, quelle di promuovere forme di tutela degli interessi diffusi dei consumatori e degli utenti⁸².

La nuova normativa sembra proporre, dunque, un ente camerale più svincolato dagli interessi di settore e maggiormente ancorato ad un'ottica di servizio, anzitutto delle imprese, ma anche del cittadino, e più in generale del mercato in linea con le finalità connesse alla natura di ente pubblico delle Camere di Commercio ovvero di promuovere lo sviluppo delle economie locali nell'interesse generale, impedendo nel contempo che esse si fondino su comportamenti scorretti delle imprese e su contratti contenenti clausole inique⁸³.

12. Le funzioni di controllo delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori e tra imprese

Tra le funzioni di regolazione del mercato affidate alle Camere di Commercio verrà qui di seguito descritta la procedura di controllo delle clausole vessatorie, dal momento dell'iniziativa, a partire quindi dall'individuazione dei soggetti legittimati ad attivarla, passando alla definizione dell'oggetto e del parametro di controllo, per arrivare infine allo studio degli esiti del procedimento.

13. I soggetti del procedimento

⁸² G. ALPA, *Gli interessi diffusi dei consumatori nell'ordinamento camerale*, in *Impresa e stato*, 1994, 111 ss.

⁸³ O. CASTELLANA, *Camere di Commercio e Urica*, Milano, 1996, 5.

Al fine di dare attuazione alle disposizioni contenute nella legge 580/1993, le Camere di Commercio hanno istituito al proprio interno una Commissione di controllo composta da esperti in materie giuridiche ed economiche avente il compito di “*esprimere pareri tecnici e di formulare proposte*” in una posizione di neutralità rispetto agli attori del mercato⁸⁴.

Nominativo e composizione della Commissione di controllo variano all'interno delle singole realtà camerali⁸⁵.

Dall'analisi a campione di alcuni regolamenti camerali di disciplina del funzionamento delle Commissioni di Regolazione del mercato emerge che tale organo collegiale è di regola costituito da un numero minimo di tre componenti, scelti in qualità di esperti in materie giuridiche tra avvocati, magistrati onorari e docenti universitari, nominati dalla Giunta Camerale.

La Commissione è di regola dotata di un ufficio di Presidenza, vicepresidenza e segreteria⁸⁶.

Sono dettate regole particolari circa i *quorum* costitutivi e deliberativi della Commissione⁸⁷, le cause di incompatibilità, la sospensione e la revoca dell'incarico di Commissario⁸⁸.

⁸⁴ Si tratta di un'espressione usata all'interno del regolamento adottato dalla Camera di Commercio di Venezia, dove, in merito alle funzioni esercitate dalla Commissione, si legge: “*La Commissione valuta l'esistenza di profili di vessatorietà nei contratti che regolano rapporti fra professionisti e consumatori concernenti la cessione di beni e servizi, avanzando anche proposte di modifica congiuntamente ai soggetti coinvolti nel procedimento, ed eventualmente, propone alla giunta camerale l'esercizio dell'azione inibitoria ex art. 37 del d.lgs 206/05; esprime un parere tecnico giuridico in ordine alla presunta vessatorietà di clausole inserite nei contratti che regolano i rapporti fra professionisti; rilascia l'autorizzazione ad inserire nei contratti per adesione o moduli contrattuali che si sono accertati essere privi di clausole vessatorie e rispondenti a requisiti di correttezza, trasparenza ed equilibrio contrattuale, l'indicazione che gli stessi sono stati controllati dalla Commissione*”.

⁸⁵ Alle diverse Commissioni istituite nel territorio nazionale sono stati attribuiti nominativi differenti, così come è possibile riscontrare una notevole differenza anche rispetto ai tempi di istituzione delle singole Commissioni e delle funzioni di regolazioni concretamente attribuite alle stesse.

⁸⁶ A norma dell'art. 3 del Regolamento adottato dalla Camera di Commercio di Padova: “*Il Presidente è nominato dalla Commissione nel suo ambito, con i seguenti compiti: a) vigila per garantire la puntuale e corretta applicazione delle deliberazioni adottate dalla Commissione, delle norme del presente Regolamento e delle altre fonti normative attinenti alle funzioni della Commissione medesima; b) convoca e presiede la Commissione; c) mantiene i contatti con gli Organi della Camera di Commercio di Padova*”. L'art. 5 stabilisce che: “*La Segreteria della Commissione è affidata al Servizio della Regolazione del Mercato: a) cura lo svolgimento dell'attività amministrativa relativa alla Commissione; b) redige i verbali delle riunioni della Commissione; c) cura l'esecuzione delle decisioni adottate dalla Commissione e dei provvedimenti del Presidente; d) esegue le comunicazioni nei casi previsti dal regolamento o quando siano disposte dalla Commissione*”.

⁸⁷ Il regolamento relativo alla Commissione veneziana prescrive ai fini della validità delle riunioni della Commissioni la presenza della maggioranza dei componenti. Le deliberazioni

Oltre alla Commissione, ricoprono la posizione di “parte” del procedimento di controllo: i soggetti che mediante segnalazione abbiano dato avvio alla procedura di controllo; il contraente predisponente della clausola standard presunta iniqua; ed ogni altro soggetto interessato al procedimento in quanto portatore di un interesse indiretto in ragione del proprio ruolo istituzionale di realizzazione dell’interesse pubblico alla repressione della prassi delle clausole vessatorie, come le associazioni di professionisti e quelle dei consumatori⁸⁹.

Appare interessante rilevare come ogni singolo regolamento delimiti l’ambito di competenza della Commissione di controllo riconoscendo in capo alla stessa il compito di accertare la natura vessatoria delle clausole inserite nei contratti stipulati nella provincia di competenza ovvero, aventi ad oggetto una o più obbligazioni da eseguire nell’ambito territoriale della stessa ovvero ancora, sottoscritti da un consumatore che ivi abbia la propria residenza.

La regola pare trovare ragione da un lato, nell’esigenza di far coincidere l’ambito di competenza della Commissione con la “circostrizione” territoriale provinciale sotto il controllo della Camera di Commercio presso cui la stessa si trova istituita, dall’altro, nell’opportunità di facilitare il più possibile al consumatore l’accesso al servizio di controllo.

Tale disposizione regolamentare in merito alla competenza delle singole Commissioni solleva molteplici interrogativi: tra questi, anzitutto, se l’impresa predisponente sia eventualmente legittimata a sollevare l’incompetenza della Commissione adita, e in che modo la Commissione si atteggi se incompetente o avvedutasi di eventuali duplicazioni di intervento.

Sul punto appare in parte risolutivo quanto stabilito dal Regolamento della Commissione della Camera di Commercio di Udine dove si legge all’art. 3, comma 2, che: “ *...l’ente camerale si impegna a promuovere le opportune*

sono adottate a maggioranza assoluta dei presenti, con prevalenza, in caso di parità di voti, del voto del Presidente. E’ stabilito, inoltre, che ai componenti della Commissione, nel corso del procedimento di controllo e con attinenza allo stesso, non è consentito assumere incarichi di consulenza o assistenza a favore dell’impresa o dell’associazione imprenditoriale le cui condizioni generali di contratto sono sottoposte a controllo.

⁸⁸ Secondo quanto stabilito dal regolamento della Commissione istituita presso la C.C.I.A.A. padovana: “*la Giunta camerale può adottare il provvedimento di sospensione temporanea o revoca dall’incarico qualora il componente della Commissione abbia compiuto atti o fatti, anche estranei all’incarico camerale, che potrebbero incidere negativamente sul corretto funzionamento e sull’affidabilità dei lavori della Commissione stessa. Con lo stesso provvedimento, la Giunta può provvedere alla nomina del sostituto; questi rimane in carica fino alla scadenza della Commissione*”.

⁸⁹ In tal senso art. 4 Regolamento C.C.I.A.A. di Verona.

azioni di coordinamento con gli organi di controllo istituiti presso le altre Camere di Commercio al fine di evitare duplicazioni di intervento, sovrapposizioni di procedimenti o valutazioni contrastanti relativamente ad uno stesso argomento”.

La disposizione lascia intuire che la stessa Commissione, rilevata un'eventuale duplicazione di intervento, provvede a decidere in ordine alla prosecuzione dello stesso a seguito di una consultazione con l'organo camerale investito del medesimo caso.

Altro problema sul quale è necessario soffermare l'attenzione è quello della ripartizione di competenza tra Camere di Commercio e Autorità Amministrative Indipendenti.

La legge del 1993 ha attribuito, infatti, alle Camere di Commercio una competenza trasversale di controllo dei contratti dei consumatori; ciò impone di coordinare l'azione delle Commissioni di regolazione con i poteri di controllo dei contratti eventualmente attribuiti alle Autorità Amministrative di settore.

La questione è stata più volte affrontata dalla Camera di Commercio di Milano. In un primo caso la circostanza che il contratto sottoposto a controllo, in quanto contratto di telefonia, fosse suscettibile di controllo anche da parte dell'Autorità Garante per le Comunicazioni, ha spinto la Commissione ad occuparsi del problema della possibile sovrapposizione di competenza.

All'esito dell'indagine la Commissione ha stabilito che l'attività della C.C.I.A.A. e quella dell'Autorità sono complementari e perfettamente integrabili fra loro nell'interesse finale comune della correttezza dei rapporti fra professionisti e consumatori in ragione del fatto che :“...l'Autorità, con i poteri ad essa concessi dall'art. 2 comma 20 lett. d) della L. 481/95 ha la possibilità di intervenire direttamente nei confronti dei soggetti esercenti il pubblico servizio, ordinando la cessazione del comportamento ritenuto lesivo ed imponendo un indennizzo”; mentre la C.C.I.A.A., agisce in via meramente preventiva, mediante strumenti non vincolanti, tuttavia: “...attraverso l'azione inibitoria prevista dall'art. 1469-sexies c.c., può superare il fatto specifico ed ottenere l'ordine giudiziale di impedire l'uso contrattuale delle pattuizioni di

*cui sia accertata l'abusività, estendendo così la portata del proprio intervento anche al di là della valutazione preventiva*⁹⁰.

La Commissione milanese ha, perciò, osservato che: “...*il sistema normativo vigente... consente una specifica interazione fra l'Autorità (di settore) e la C.C.I.A.A., funzionale a garantire una tutela a tutto campo del consumatore, in relazione a quei servizi di rilevanza collettiva, che costituiscono un momento essenziale della vita quotidiana*”.

Alcuni anni a seguire la questione è ritornata all'attenzione della Commissione milanese impegnata, in consorzio con la Camera di Commercio di Roma, nella redazione di un parere generale in materia di contratti di fornitura e distribuzione di energia elettrica alle piccole e medie imprese⁹¹.

In tale occasione la Commissione ha così affermato: “...*nel settore dei servizi di pubblica utilità l'Autorità di regolazione ... è dotata di poteri di intervento diretto nel settore attribuitole (art. 2, comma 12, della legge n. 481/1995). Questi poteri, incisivi e numerosi, sono tali da contribuire alla regolazione del mercato utilizzando una disciplina pubblica c.d. di tipo conformativo, cioè dei correttivi esterni alle regole di mercato ... Diverso è il compito affidato alle Camere di Commercio. Queste ultime, infatti, non svolgono una funzione di intervento regolatore nel mercato attraverso la fissazione di una disciplina amministrativa di settore, comprensiva vuoi del regime dei prezzi amministrati, vuoi della produzione normativa di tipo secondario.... Esse assolvono più propriamente ad una funzione di garanzia del mercato, di tutela della correttezza delle attività contrattuali. La loro attività non si sviluppa attraverso l'adozione di atti generali di carattere imperativo, atteso che esse non sono dotate del potere di definire singoli rapporti giuridici, incidendo direttamente nella sfera giuridica altrui, al fine della cura concreta di un interesse pubblico*”.

Secondo l'opinione espressa sul punto dalle Commissioni camerali, quindi, l'attività delle Camere di Commercio e quella dell'autorità di controllo risultano complementari e pienamente integrabili fra loro, nell'interesse finale della correttezza dei rapporti fra professionisti e consumatori.

⁹⁰ Così è stabilito dal parere emanato dalla Camera di Commercio di Milano in materia di contratti di telefonia, datato 30 ottobre 2001, in www.mi.camcom.it.

⁹¹ Vedere sul punto: “*Parere in merito agli equilibri contrattuali nella fornitura e distribuzione di energia elettrica alle piccole e medie imprese*”, Camere di Commercio di Milano e Camera di Commercio di Roma, 31 ottobre 2007, in www.mi.camcom.it.

Tale complementarità si giustifica in ragione della diversa natura dell'intervento posto in essere dai due organismi, in quanto, la natura non vincolante degli interventi delle Camere di Commercio esclude profili di interferenza con l'azione dell'autorità di settore.

Infine, in un parere sulla conformità delle clausole dei contratti assicurativi, la Camera di Commercio di Milano ha sottolineato l'assenza di duplicazione fra l'operato dell'I.S.V.A.P. e l'analisi svolta dalla C.C.I.A.A. sull'applicazione della normativa in materia di vessatorietà delle clausole contrattuali.

La Commissione ha così affermato: *"...il contenuto specifico dell'attività svolta dalla Camera di Commercio attraverso l'apposita Commissione è l'analisi sistematica dei singoli testi contrattuali; mentre l'opera dell'I.S.V.A.P. ha carattere più generale. Inoltre l'analisi preventiva dei possibili profili di vessatorietà costituisce per la Camera di Commercio un necessario approfondimento in vista di un eventuale ricorso alle azioni inibitorie, che la legge le attribuisce"*⁹².

In più occasioni, dunque, la Commissione ha escluso che l'attribuzione alla Camere di Commercio del compito di regolazione dei rapporti fra imprese e consumatori costituisca una duplicazione del ruolo svolto dalle Autorità Amministrative nei settori ove le stesse sono chiamate a vigilare, né una forma di interferenza con i compiti a queste assegnati.

14. *La procedura di controllo*

L'iter di verifica dei contratti fra consumatori e professionisti volto ad accertare l'eventuale presenza di clausole vessatorie può essere avviato d'ufficio, o su richiesta dei consumatori, di associazioni di consumatori, di professionisti, associazioni di professionisti ed enti pubblici.

I soggetti legittimati a dare avvio al procedimento di verifica sono di norma individuati dal regolamento interno di funzionamento della Commissione.

Qualora vogliano avvalersi del controllo suddetto, i soggetti legittimati sono tenuti ad inviare apposita segnalazione scritta alla segreteria costituita in seno alla Commissione di controllo, per mezzo della quale indicare: i propri dati identificativi, quelli dell'impresa o del professionista predisponente, copia delle

⁹² Vedere: *"Parere sulla conformità delle clausole dei contratti R.C. Auto"*, Camere di Commercio di Milano, in 30 gennaio 2003, in www.mi.camcom.it.

condizioni generali di contratto di cui si chiede l'esame e ogni altra documentazione che si reputi necessaria.

Il procedimento di controllo può altresì essere attivato su iniziativa d'ufficio dello stesso ente camerale. Ciascun componente della Commissione può segnalare l'esistenza di condizioni generali di contratto, di moduli o di formulari contenenti clausole da sottoporre al controllo di vessatorietà.

Tale ipotesi si verifica principalmente con riferimento ai moduli e formulari contrattuali soggetti ad obbligo di deposito presso le Camere di Commercio, rispetto ai quali la Commissione di controllo è solita svolgere controlli a campione diretti ad accertare l'eventuale presenza di clausole inique⁹³.

Il procedimento di controllo si svolge secondo diverse modalità a seconda di quanto stabilito dal regolamento interno di ogni singola Commissione.

A titolo esemplificativo sarà sommariamente descritto il procedimento di controllo praticato presso la Commissione Unità di Regolazione del Mercato istituita presso la C.C.I.A.A. di Venezia.

Il regolamento adottato dalla Commissione veneziana prevede che l'istanza di controllo pervenuta alla Commissione venga sottoposta ad un esame preliminare da parte dell'ufficio di Segreteria.

Qualora questa non si riveli manifestamente infondata la Segreteria acquisisce eventuali ulteriori elementi ritenuti utili all'istruttoria e trasmette gli atti al Presidente dell'organismo che, a seguito di un ulteriore esame di non manifesta infondatezza, li sottopone al controllo della Commissione.

La Commissione, successivamente, valutata la rilevanza degli elementi esaminati, delibera l'avvio della procedura di controllo che si apre con la comunicazione alle parti interessate dell'avvio del procedimento e l'invito rivolto alle medesime a presentare memorie, documenti e richieste di audizione dinanzi alla Commissione.

A seguito dall'avvio del procedimento ha luogo una fase di scambio di informazioni fra Commissione deputata al controllo e impresa utilizzatrice della clausola presunta iniqua, rispetto alla quale, il soggetto che abbia dato avvio al procedimento, comunque legittimato ad intervenire, rimane tendenzialmente estraneo.

⁹³ Il riferimento va, ad esempio, all'obbligo di deposito presso gli enti camerali dei contratti di mediazione da parte dei soggetti esercenti la professione di mediatore.

Si prevede, inoltre, che la Commissione possa procedere all'acquisizione di ulteriori elementi ritenuti necessari per l'istruzione del procedimento. In caso di audizione delle parti interessate, queste sono convocate con congruo anticipo, possono presentarsi personalmente o assistite da professionisti o da altra persona di fiducia.

Effettuata un'approfondita istruttoria, esperite eventuali audizioni delle parti interessate e, se necessario, sentite le associazioni dei consumatori e le associazioni di categoria interessate, la Commissione di controllo entro il termine di 120 giorni dal ricevimento della comunicazione di avvio della procedura - termine che può essere eventualmente prorogato su richiesta di uno o più membri della Commissione o delle parti, qualora si presentino particolari esigenze istruttorie - emette un parere motivato circa la vessatorietà o meno delle clausole contrattuali prese in esame.

Di regola la Commissione inserisce nei pareri proposte di modifica o di riformulazione delle clausole contrattuali giudicate inique.

Il parere è comunicato tempestivamente dal segretario agli interessati, i quali sono invitati, in caso di esito negativo della procedura, a uniformarsi entro un congruo termine alle proposte di modifica della Commissione, oppure, là dove non ritengano di aderire, ad inviare delle osservazioni di risposta.

Qualora l'impresa predisponente dia prova di volersi uniformare al parere della Commissione mediante una tempestiva modifica del testo contrattuale in uso, l'organo di controllo delibera la chiusura del procedimento che viene tempestivamente comunicata alle parti interessate dalla segreteria.

L'impresa potrà allora richiedere e ottenere l'autorizzazione ad inserire nei contratti per adesione o formulari contrattuali che si sono accertati privi di clausole vessatorie e rispondenti ai requisiti di correttezza, trasparenza e equilibrio contrattuale, l'indicazione che gli stessi sono stati controllati dalla Commissione.

Se, al contrario, nel termine indicato nella comunicazione di modifica delle clausole vessatorie le parti interessate non si uniformino al parere emesso dalla Commissione, quest'ultima può proporre alla giunta camerale l'esperimento dell'azione inibitoria ai sensi dell'art. 37 del d.lgs. 206/05 affinché l'autorità giudiziaria possa inibire all'impresa predisponente l'utilizzo della clausola giudicata vessatoria.

La Giunta adotterà le determinazioni di competenza avendo specifico riguardo alla gravità della fattispecie, al conseguente squilibrio nelle posizioni contrattuali coinvolte ed alla diffusività del regolamento contrattuale oggetto di valutazione⁹⁴.

Un procedimento almeno in parte diverso è quello adottato dalla Commissione di Controllo della Camera di Commercio di Udine, che prevede all'esito dell'istruttoria che la bozza di parere sia redatta dal Responsabile del procedimento, nominato all'avvio della procedura, e trasmessa ai componenti della Commissione con l'onere per questi di approvarne o meno il contenuto. In assenza di approvazione della bozza così predisposta, si prevede la convocazione della Commissione al fine di procedere alla predisposizione di un nuovo parere, detto "definitivo", che sarà immediatamente *"inviato alle parti contrattuali coinvolte affinché provvedano ad uniformare il tenore del testo alle indicazioni della Commissione"*. A seguire l'eventuale segnalazione alla Giunta in caso di inosservanza della proposta di modifica.

⁹⁴ Un ulteriore modello interessante da considerare è quello proposto dal regolamento che disciplina la procedura di controllo delle clausole vessatorie adottato dalla Camera di Commercio di Verona, là dove si prevede la nomina di un Responsabile del procedimento il quale assume un ruolo centrale nell'articolarsi della procedura stessa. Il responsabile non è membro della Commissione, si tratta di un funzionario o di un dipendente in possesso di specifiche conoscenze e di un'adeguata esperienza nelle materie oggetto di attribuzione della Commissione. Pervenuta la segnalazione, egli dà avvio all'istruttoria procedimentale dandone comunicazione a coloro che hanno inoltrato la segnalazione e a tutti i membri della Commissione di controllo, comunicazione recante: gli estremi dell'Ente camerale titolare del procedimento; l'oggetto del procedimento e gli elementi essenziali della fattispecie; l'ufficio e la persona del Responsabile del procedimento, con avvertimento che, presso tale ufficio, ogni destinatario della comunicazione può prendere visione degli atti e documenti del procedimento e trarne copia; il termine entro il quale le parti che hanno attivato le procedura, ed i soggetti comunque interessati alla stessa, possono esercitare il diritto di essere sentiti e di inoltrare o depositare memorie, istanze, documenti, difese, deduzioni; ed infine, il termine di conclusione del procedimento. Nel corso dell'istruttoria si riconosce in capo al Responsabile la facoltà di sentire d'ufficio ogni persona, impresa o ente, anche diverso dalle parti o soggetti interessati, nonché di richiedere ai partecipanti al procedimento di rendere informazioni e di esibire documenti che mirano ad accertare se le clausole sospettate vessatorie siano state oggetto di trattativa individuale. Conclusa l'istruttoria il Presidente della Commissione, su richiesta del Responsabile, esamina le risultanze della stessa, disponendo alternativamente l'avvio della procedura di valutazione da parte della Commissione oppure ordinando l'archiviazione del procedimento a fronte dell'insussistenza di indizi di vessatorietà. Nel primo caso il Presidente interpella le parti contraenti per verificarne la disponibilità ad avviare, di concerto con la Commissione, trattative intese all'emendamento delle clausole vessatorie rinvenute nel contratto. In caso di assenso le parti interessate, tra le quali quantomeno le parti contraenti, sono convocate avanti alla Commissione per la stesura di una bozza di modifica. Se l'accordo viene raggiunto in forma scritta quanto meno tra le parti contraenti, la Commissione dispone l'archiviazione del procedimento omettendo di formulare il parere. Diversamente, si dice, avrà luogo la pronuncia del parere e verrà segnalata alla Giunta Camerale l'opportunità di esercitare l'azione inibitoria.

Appare singolare il fatto che nelle procedure da ultimo descritte si faccia riferimento alle “*parti contrattuali coinvolte*” quali destinatarie dell’invito di modifica del testo contrattuale proveniente dalla Commissione, come ad intendere che la modifica proposta, piuttosto che dover riguardare le condizioni generali di contratto, i moduli e i formulari utilizzati dal soggetto predisponente, sia rivolta in senso stretto alla modifica del regolamento contrattuale vigente tra le parti, quasi a favorire tra le stesse una sorta di transazione diretta all’eliminazione della clausola vessatoria dal testo negoziale, sotto la supervisione della Commissione.

E’ interessante rilevare, infine, che il procedimento camerale di controllo è sorretto dalle garanzie procedurali sancite dalla legge 241 del 1990⁹⁵.

Tra i principi fondamentali stabiliti dalla legge sul procedimento amministrativo, nell’ambito della procedura descritta trovano riconoscimento e attuazione i principi di trasparenza, di pubblicità e di economicità dell’azione amministrativa, a garanzia del diritto di partecipazione degli interessati al procedimento di controllo, del diritto di accesso ai documenti amministrativi, del diritto alla motivazione del parere finale ed infine, dell’esigenza di non aggravamento della procedura di controllo. Tali principi, talvolta, sono testualmente richiamati dai regolamenti interni di funzionamento della Commissione.

In particolare, il regolamento sul funzionamento della Commissione di Rovigo richiama espressamente la legge sul procedimento amministrativo stabilendo che: “*Ai sensi degli artt. 4, 5 e 6 della Legge 7 agosto 1990, n.241, la Commissione ed il Presidente della Commissione sono rispettivamente l’unità organizzativa e la persona responsabili dell’istruttoria dei procedimenti di controllo*”. Lo stesso fa il Regolamento adottato dalla Camera di Commercio di Verona dove si legge: “*...in conformità alla legge 7 agosto 1990 sul procedimento amministrativo (la C.C.I.A.A.) articola la procedura in esame di cui al presente regolamento in una fase istruttoria demandata ad un Responsabile del procedimento designato all’interno del servizio di Regolazione del mercato, ed una fase di emanazione del parere di vessatorietà*

⁹⁵ Alcuni autori non mancano, infatti, di sottolineare come la disciplina del procedimento amministrativo introdotta con la legge 241 del 1990, riguardante l’attività dall’amministrazione pubblica come tradizionalmente intesa, si applichi anche all’attività procedimentale delle Autorità Amministrative Indipendenti. Così A. LA SPINA e S. CAVATORTO, *Le Autorità Indipendenti*, Bologna, 2008, 275.

affidata alla Commissione di verifica delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori”.

15. *L’oggetto e il parametro di controllo*

Proseguendo l’analisi della procedura di controllo delle clausole vessatorie, l’attenzione sarà ora rivolta allo studio dell’oggetto del controllo.

Secondo i più tradizionali schemi classificatori l’oggetto dell’attività di controllo può consistere alternativamente in: soggetti, comportamenti, attività ed atti.

E’ difficile, come già anticipato, ritrovare nella letteratura del 1900 un richiamo al contratto quale oggetto dell’attività di riesame della Pubblica Amministrazione.

Ecco dunque spiegato l’impatto che produce all’interno dell’ordinamento nazionale l’art. 2 comma 4 lettera c) della legge di riforma dell’ordinamento camerale, dove si riconosce la possibilità per le Camere di Commercio di promuovere “forme di controllo sulla presenza di clausole inique nei contratti”.

Dalla lettura a campione dei regolamenti di funzionamento della Commissione di controllo emerge un’esaustiva enunciazione dell’oggetto dell’attività di riesame e verifica.

Vale la pena richiamare a titolo esemplificativo il dettato dell’art. 3, comma 1, del Regolamento adottato dalla Camera di commercio di Verona dove si legge che: *“Rilevanti ai fini della valutazione (della Commissione) sono i contratti aventi per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi... Oggetto del procedimento è la valutazione ... delle: a) clausole contenute in contratti di diritto privato conclusi tra professionisti e consumatori, predisposte dal professionista e non sottoposte a trattativa individuale; clausole standard e condizioni generali di contratto predisposte da professionisti in moduli o formulari; c) clausole standard e condizioni generali predisposte da associazioni di categoria professionali affinché vengano recepite nei contratti tra singoli professionisti associati e consumatori”.*

Il sistema camerale ha delimitato la sfera dei controlli di propria competenza ai contratti aventi ad oggetto *“la cessione di beni e la prestazione di servizi”* facendo propri i contenuti del decreto legislativo 6 settembre 2005, n 206.

Tuttavia, secondo l'opinione manifestata da alcune Camere di Commercio, l'ambito soggettivo dei contratti sottoposti al controllo della Commissione non corrisponde a quello tracciato dalla disciplina dei contratti dei consumatori; anche i contratti tra imprese sembrano poter formare oggetto di controllo.

Sulla questione le Camere di Commercio di Roma e Milano, hanno così affermato: *“Lo squilibrio nei rapporti negoziali, correlato alla presenza di una parte forte è ... fenomeno che non investe solo i rapporti tra imprese e consumatore, ma riguarda anche le relazioni tra imprese operanti a livelli diversi di mercato. La circostanza che gli artt. 3, lett. a) e 33 e ss. del Codice del Consumo parlino del consumatore come di un soggetto diverso e contrapposto al professionista, ritenendo che la specifica forma di protezione codicistica sia collegata alla debolezza di chi non si muove abitualmente fra gli schemi contrattuali complessi della fornitura di beni e servizi nel mercato contemporaneo, significa soltanto che le modalità di intervento della Camera di Commercio potranno non essere specificatamente quelle previste dagli articoli citati, ma ciò non esclude che la Camera di Commercio sia comunque legittimata, in base alle proprie funzioni istituzionali, ad indagare sull'equilibrio contrattuale e sul rispetto dei principi generali di equità nei rapporti tra imprese, verificando, in particolare, se specifici meccanismi imposti dall'erogatore di servizi possano condurre a disequilibri a danno del contraente più debole”*⁹⁶.

Pur sottolineando l'impossibilità di inserire fra i “consumatori”, destinatari della norma di legge del codice del consumo, le piccole e medie imprese, *“...giacché queste, anche quando possono trovarsi in condizioni analoghe di maggior debolezza o minore conoscenza, sono pur sempre soggetti professionali”*, le Camere di Commercio fanno richiamo al proprio ruolo generale di regolatori del mercato per affermare la propria competenza ad *“...indagare con piena legittimità sull'equilibrio contrattuale e sul rispetto dei principi generali di equità nei rapporti fra imprese: in particolare verificando*

⁹⁶Così *“Parere in merito agli equilibri contrattuali nella fornitura e distribuzione di energia elettrica alle piccole e medie imprese”*, Camere di Commercio di Milano e Camera di Commercio di Roma, 31 ottobre 2007, in www.mi.camcom.it.

se specifici meccanismi imposti dall'erogatore di servizi possano condurre a disequilibri a danno del contraente più debole"⁹⁷.

La funzione di controllo sulla presenza di clausole inique demandata alle Camere di Commercio dalla legge n. 580/93, oggi decreto legislativo 23/2010, viene dunque concepita come una funzione di carattere generale, che può essere estesa ad ambiti diversi da quelli previsti in tema di clausole vessatorie dal Codice del Consumo, allo scopo di verificare quando un contratto fra imprese possa definirsi "non equo".

Finalità della norma in esame, infatti, è quella di colpire tutte le forme di contrattazione non equilibrata, nella quale, cioè, al momento della conclusione o durante lo sviluppo del negozio, non siano concesse alle parti contraenti le medesime possibilità. Le singole Camere di Commercio, nell'esercizio del compito loro assegnato di garantire un mercato equilibrato, non si limitano dunque alla tutela dei consumatori singoli, ma si occupano di qualsiasi potenziale squilibrio, anche all'interno del mondo imprenditoriale e nei rapporti fra soggetti produttori.

Rimanendo in merito all'oggetto del controllo, l'iter di verifica può riguardare sia le clausole contenute in contratti già conclusi fra consumatori e professionisti, che le condizioni generali di contratto e clausole contrattuali raccolte in moduli e formulari predisposte dai professionisti o dalle associazioni di categoria professionali, di per sé non ancora assorbite da uno specifico accordo negoziale.

Secondo una prassi diffusa, qualunque sia l'oggetto della segnalazione, il contratto nella sua interezza ovvero una singola clausola negoziale, il controllo di vessatorietà viene esteso all'intero regolamento contrattuale sottoposto a controllo. In genere, infatti, la Commissione, pur se ritenuta infondata la segnalazione di parte, dà seguito alla procedura di controllo a fronte di irregolarità eventualmente rilevate d'ufficio su altri punti del testo contrattuale sottoposto ad esame.

Il paradigma normativo elevato a parametro del controllo di vessatorietà è costituito dalle norme sui contratti dei consumatori previste dagli artt. 33 ss del Codice del Consumo.

⁹⁷Così "Parere sulle clausole inique nei contratti per la fornitura di gas alle piccole e medie imprese", Camera di Commercio di Milano, 6 dicembre 2005, in www.mi.camcom.it.

In taluni ordinamenti camerali si prevede che il controllo di vessatorietà possa estendersi “*all’aspetto del complessivo equilibrio delle posizioni contrattuali*”, quasi a lasciar intravedere la possibilità riconosciuta in capo alla Commissione di ridefinire il testo contrattuale nel suo complesso, attraverso proposte di integrazione e modifica finalizzate a garantire l’equilibrio normativo complessivo dello stesso⁹⁸.

Tale previsione solleva molteplici dubbi. Andando a sciogliere l’attività di controllo dal mero parametro normativo, attraverso l’attribuzione alla Commissione del potere di riscrivere l’intero testo di clausole a garanzia del “*complessivo equilibrio del contratto*”, si attribuisce all’organo di controllo uno spazio discrezionale dagli incerti confini, e perciò potenzialmente lesivo dell’autonomia privata.

16. Gli esiti dell’attività di controllo e gli effetti conseguenti al parere della Commissione

Il giudizio di accertamento mediante il quale si effettua l’attività di controllo può concludersi con esito negativo o positivo a seconda che la Commissione rilevi o meno il carattere abusivo della clausola sottoposta a riesame⁹⁹.

All’esito negativo della procedura seguirà, come detto, la chiusura del procedimento con comunicazione alle parti e contestuale archiviazione della pratica.

Maggiori difficoltà sorgono invece in ordine all’individuazione degli effetti conseguenti alla pronuncia di vessatorietà della Commissione.

Come già anticipato, là dove la Commissione rilevi l’esistenza di profili di vessatorietà formula un parere attraverso il quale motiva il proprio giudizio e

⁹⁸ Vedi art. 13, comma 9, del Regolamento della procedura camerale di controllo delle clausole vessatorie adottato dalla Camera di Commercio di Verona dove si legge: “*Il controllo di vessatorietà verterà sia sugli aspetti della trasparenza e chiarezza delle clausole contrattuali sia sull’aspetto del complessivo equilibrio delle posizioni contrattuali*”.

⁹⁹ Così C. ZAGHI, *I controlli internazionali*, in *Enc. Giur. Trec.*, cit., 2. Aggiunge sul punto L. SALVI, *Premessa ad uno studio dei controlli giuridici*, cit., 16: “*Il momento culminante dell’attività di controllo consiste nel giudizio consecutivo al controllo stesso, proveniente dal soggetto controllante che si estrinseca in una manifestazione di volontà destinata a produrre effetti giuridici negativi o positivi sull’efficacia dell’attività del soggetto controllato*”. Afferma la letteratura giuridica in materia di controlli: nel primo caso l’attività valutativa di comparazione dell’oggetto del controllo al paradigma ne ricava l’illiceità; nel secondo caso, ovvero di giudizio ad esito positivo, l’azione dell’organo controllante rileva la non corrispondenza dei due dati del giudizio. Nel caso di controllo che accerti l’illiceità dell’oggetto, si dice, affinché sia realizzato il fine stesso dell’azione di controllo è necessario che alla pronuncia, alla manifestazione del giudizio, segua un qualche effetto giuridico.

suggerisce all'impresa una proposta di modifica o di riformulazione della clausola contrattuale giudicata vessatoria.

L'impresa interessata è perciò invitata ad uniformarsi entro un congruo termine alle proposte di modifica della Commissione.

L'atto attraverso il quale la Commissione rivolge tale invito assume la forma di un parere il cui effetto è quello di sollecitare l'impresa predisponente alla revisione della clausola oggetto di controllo, sotto la minaccia dell'esercizio dell'azione inibitoria.

Malgrado l'atto emanato dalla Commissione alla fine del procedimento non abbia natura autoritativa, quanto piuttosto si direbbe consultiva, l'osservanza del parere della Commissione risulta indirettamente obbligata a fronte dell'interesse dell'impresa predisponente di evitare l'instaurazione di un giudizio inibitorio.

Se, infatti, nel termine indicato nella comunicazione di modifica delle clausole vessatorie la parte interessata non si uniformano al parere emesso dalla Commissione, quest'ultima potrà segnalare alla Giunta camerale l'opportunità di promuovere l'azione inibitoria ai sensi dell'art. 37 del d. lgs. 206/05 affinché l'autorità giudiziaria possa definitivamente espugnare dal contratto la clausola iniqua.

Viene da chiedersi, però, se sia veramente la minaccia dell'esercizio dell'azione inibitoria ad indurre il professionista a conformarsi alla proposta di modifica avanzata dalla Commissione, o se invece, alla base dello spirito "conformativo" delle imprese vi sia piuttosto il ruolo di "moralizzatore" delle Camere di Commercio.

Ciò che si registra nella prassi è, invero, una spiccata propensione da parte delle imprese nell'aderire ai pareri emessi dalla Commissione di controllo. Molto rari sono invece i casi di esercizio dell'azione inibitoria all'esito della procedura di controllo; la maggior parte delle Camere di Commercio non ha mai esercitato l'inibitoria ex art. 37 cod. cons., su tali presupposti¹⁰⁰.

Lo studio della natura degli atti emanati dalla Commissione di Regolazione del Mercato sarà più specificatamente trattato in alcuni paragrafi a seguire.

¹⁰⁰ La Camera di Commercio di Padova ha instaurato dall'entrata in vigore delle funzioni di regolazione almeno tre giudizi inibitori, nessuno ne registrano le C.C.I.A.A. di Venezia e Treviso.

17. *L'attività di predisposizione di contratti tipo da parte delle Camere di Commercio*

Al fine di arrivare ad uno stadio di soppressione effettiva delle clausole vessatorie e perciò di rimediare agli abusi contrattuali dei professionisti, la maggior parte dei sistemi nazionali dell'Unione Europea ha sviluppato forme di controllo a priori delle condizioni contrattuali attraverso la redazione di contratti collettivi.

Il dialogo tra associazioni dei consumatori e rappresentanti di professionisti ai fini della redazione di contratti tipo equilibrati è una tradizione in taluni paesi come, ad esempio, i Paesi Bassi. Tuttavia, tali pratiche sono oggi molto diffuse nella maggior parte degli Stati membri dell'Unione Europea.

In particolare, nel 1998 la Commissione Europea ha finanziato un progetto proposto da un'associazione di consumatori portoghese, con l'obiettivo di formulare, mediante negoziato con organismi professionali, modelli di contratto per cinque attività economiche note per il gran numero di controversie individuali riguardanti clausole considerate abusive.

Si trattava dei contratti di vendita, mediazione di beni immobiliari, multiproprietà, contratti di viaggio, contratti di acquisto e di vendita di autoveicoli d'occasione e contratti di riparazione di veicoli in panne. L'attività ha dato esiti molto positivi confermando l'efficacia dello strumento della negoziazione collettiva in relazione all'esigenza di contrastare l'inserzione di clausole vessatorie nei contratti dei consumatori¹⁰¹.

Secondo l'opinione della dottrina, tale strategia di lotta contro le clausole abusive costituisce un modello più ambizioso di quello consistente nell'eliminazione giudiziale delle stesse clausole, posto che la stessa mira ad evitare l'inserzione di clausole svantaggiose per il consumatore attraverso la definizione preventiva di modelli contrattuali attraverso negoziazioni collettive.

Se un consumatore non può, individualmente, che aderire alle condizioni contrattuali proposte dal professionista, le associazioni dei consumatori possono, al contrario, negoziare con le associazioni dei professionisti per ottenere delle condizioni contrattuali più eque¹⁰².

¹⁰¹ Sul punto cfr. Relazione della Commissione Europea, del 27 aprile 2000, sull'applicazione della direttiva 93/13, in www.ec.europa.eu.

¹⁰² J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la Consommation*, Parigi, 2010, 241.

In Italia il compito di promuovere la redazione di contratti tipo è stato affidato alle Camere di Commercio fin dal 1993¹⁰³.

La legge 580 del 1993 ha attribuito, infatti, agli enti camerali la funzione di predisporre contratti tipo e di promuoverne l'utilizzo tra imprese, loro associazioni e associazioni dei consumatori e degli utenti.

Per contratto tipo si intende uno schema contrattuale aperto e non vincolante che viene negoziato da soggetti diversi da coloro che stipuleranno i singoli contratti, in quanto predisposto dalle associazioni rappresentative dei consumatori e dei professionisti, il cui contenuto potrà essere eventualmente recepito all'interno di contratti futuri¹⁰⁴.

Si tratta di modelli contrattuali semplificati, privi di clausole inique; essi vengono concepiti come strumenti di carattere preventivo, che consentono la diffusione di regole contrattuali trasparenti ed eque, e che contribuiscono a prevenire il contenzioso fra imprese e consumatori.

L'elaborazione di tali modelli è stata rimessa alle Commissioni di Regolazione del mercato, organo collegiale istituito all'interno delle Camere di Commercio, composto, come già anticipato, da esperti in materie giuridiche, a cui prendono parte tramite audizione anche i rappresentanti delle associazioni dei professionisti e dei consumatori.

L'iter di predisposizione del contratto tipo prevede, infatti, che i modelli contrattuali redatti dalle Commissioni di regolazione, vengano sottoposti nel corso del procedimento di approvazione, all'esame delle associazioni professionali e di categoria interessate e delle associazioni dei consumatori, che propongono variazioni o modifiche motivate.

All'esito della procedura, il risultato sarà quello di giungere alla redazione concertata di un modello contrattuale in grado di realizzare un equo contemperamento degli interessi contrapposti di professionisti e consumatori, sottoscritto dalle diverse parti che hanno partecipato ai lavori.

¹⁰³ Sulla contrattazione collettiva di consumo cfr M. ORLANDI, *Contratto, legge e regolazione*, in *Autonomia privata e Autorità Indipendenti* a cura di G. Gitti, cit., 65; G. DE NOVA, *Contratto*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, supplemento I, pubblicato in www.treccani.it; C. VACCA', *Camere di Commercio e contratti tipo: nuove regole per scambi e conflittualità nel settore risicolo*, in *I contratti*, III, 2005, 319. Sempre in materia di contratti collettivi A. MOSCARINI, *Le fonti dei privati*, in *Giur. Cost.*, 2010, 1895.

¹⁰⁴ Per la presente definizione vedi T. POMPEI, *Presentazione del progetto nazionale di divulgazione dei contratti tipo e del controllo sulle clausole inique: obiettivi e risultati*, in www.contratti-tipo.camcom.it.

Nel corso degli anni gli interventi effettuati dalle singole Commissioni di regolazione hanno toccato ambiti contrattuali estremamente differenti al fine di coprire tutti quei settori che si sono dimostrati maggiormente forieri di controversie.

Nell'anno 2006, allo scopo di promuovere i risultati raggiunti dalle diverse Commissioni di regolazione del mercato operanti sul territorio, nonché al fine di favorire una maggiore sinergia fra le stesse, il Ministero dello Sviluppo economico ha approvato e finanziato un progetto di: *“Divulgazione a livello nazionale dei contratti-tipo e dei pareri sulle clausole inique”*¹⁰⁵.

Il progetto aveva lo scopo di verificare l'eventuale iniquità delle clausole contenute nei modelli contrattuali standard in uso nei principali settori economici sotto la direzione e il coordinamento di Unioncamere, nell'intento di favorire un'azione integrata a livello nazionale delle singole Camere di Commercio, con il coinvolgimento costante delle associazioni imprenditoriali e delle associazioni dei consumatori.

La prima fase del progetto ha visto la costituzione di un Tavolo di Lavoro attorno al quale si sono riunite le Camere di Commercio coinvolte nel progetto.

Oggetto della missione, il compito di uniformare le procedure di predisposizione dei contratti tipo e di partecipazione in ambito locale delle associazioni di categoria alle negoziazioni; di individuare eventuali settori di intervento in relazione ai modelli contrattuali maggiormente esposti all'inserimento di clausole inique; infine, di stabilire modalità di condivisione nazionale del lavoro svolto a livello locale dalle singole Camere di Commercio.

L'elaborazione di linee guida operative e di una regolamentazione uniforme per la costituzione e il funzionamento delle Commissioni di regolazione del mercato presso le singole Camere di Commercio ha rappresentato un importante passo in avanti verso una maggiore omogeneità delle procedure in atto presso le singole realtà camerale¹⁰⁶.

Inoltre, l'obiettivo di coinvolgere nell'attività di convalidazione e condivisione nazionale dei contratti tipo, oltre che le contrapposte associazioni di categoria anche le pubbliche istituzioni, ha portato alla costituzione di una Commissione nazionale di coordinamento, composta dai rappresentanti del

¹⁰⁵ Decreto della Direzione Generale per la Tutela del Consumatore, del 2 marzo 2006, art. 9.

¹⁰⁶ Così T. POMPEI, *Presentazione del progetto nazionale di divulgazione dei contratti tipo e del controllo sulle clausole inique: obiettivi e risultati*, in www.contratti-tipo.camcom.it.

sistema camerale, dal Ministero dello Sviluppo Economico e dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, sotto il coordinamento di Unioncamere.

Nei due anni previsti dal progetto sono stati realizzati molteplici modelli contrattuali nei diversi settori di intervento prescelti dalle singole Commissioni.

Sono stati elaborati, infatti, contratti tipo relativi al settore del Turismo (*Multiproprietà; Albergo, Alloggio–B&B*), dell’Artigianato (*c.d. Pacchetto condominio: Impianti termici e Impianti elettrici condominiali*), del Commercio (*Vendita on-line di beni di consumo, Somministrazione di volumi, Vendita di enciclopedia*), dell’Edilizia (*Appalti di lavoro privati, Immobili da costruire - preliminare d’acquisto*) e dei Servizi (*Centri di estetica e benessere, Scuola guida, Trasporto marittimo di persone*); oltre ai cinque “pareri sulle clausole inique inserite nei contratti”, relativamente ai settori del: Commercio (*Vendita on-line di beni di consumo*); Finanziario (*Carte di credito revolving*); Servizi (*Centri di estetica e benessere; Corsi di formazione, Scuola guida*), e al “Codice di Condotta” relativo agli *Immobili da costruire (preliminare d’acquisto)*.

Nel 2010, anche alla luce del ruolo centrale che la legge di riforma dell’ordinamento delle Camere di Commercio del 15 febbraio 2010, n.23, ha riconosciuto alle “funzioni di regolazione del mercato”, il sistema camerale, sotto la direzione di Unioncamere, ha promulgato un nuovo progetto di divulgazione a livello nazionale e territoriale dei contratti tipo¹⁰⁷.

Ciò si pone chiaramente in linea con il ruolo oggi rivestito dalle Camere di Commercio di organismi di regolazione, aventi il compito di contribuire alla creazione di un mercato trasparente ed informato, regolato da norme chiare, conosciute e condivise e di accrescere la fiducia degli operatori verso il mercato stesso.

18. *Un procedimento uniforme di predisposizione di contratti tipo*

In conformità a quanto previsto dall’articolo 2, comma 4 lett. b) e c) della legge 580/1993 le Linee Guida elaborate dal Tavolo di Lavoro costituito nel 2006 disciplinano le attività di predisposizione di contratti tipo e la redazione di

¹⁰⁷ In parallelo sta proseguendo l’attività di predisposizione e promozione di nuovi contratti tipo attraverso l’operato del Tavolo di Lavoro e della Commissione nazionale di coordinamento.

pareri e codici di condotta da parte delle Camere di Commercio italiane, al fine di garantire una maggiore uniformità di intervento e la condivisione dei risultati raggiunti a livello di sistema camerale nazionale¹⁰⁸.

Il Tavolo di Lavoro affida alle Camere di Commercio che lo compongono il compito di predisporre contratti tipo o pareri in un determinato settore economico.

Il procedimento delineato prevede che nell'esecuzione delle attività necessarie allo svolgimento dei compiti assegnati, ciascuna Camera di Commercio agisca in conformità al proprio regolamento interno e nel rispetto delle fasi operative tracciate dalle Linee Guida.

Nella prima fase del procedimento, detta istruttoria, la Camera predisponente provvede all'acquisizione di tutti gli elementi in fatto ed in diritto ritenuti necessari per il corretto svolgimento dell'attività; all'esame preliminare dei contratti in uso nel settore economico affidato, fa seguito l'invito rivolto alle altre Camere di Commercio di presentare osservazioni e documenti relativi al settore indagato.

Al termine della fase istruttoria l'ente camerale, in conformità a quanto previsto nel proprio regolamento, redige la bozza di contratto-tipo ovvero la bozza di parere sulla vessatorietà delle clausole, che viene immediatamente sottoposta al controllo delle associazioni dei consumatori e delle imprese coinvolte nel settore economico di riferimento e di ogni altro soggetto la cui audizione si ritenga utile.

Si apre così una fase c.d. di concertazione in cui i diversi soggetti coinvolti nel procedimento esprimono pareri, osservazioni e memorie che vengono sottoposti all'esame della competente Commissione camerale ai fini della revisione del testo originariamente predisposto¹⁰⁹; la bozza di contratto tipo o di parere così predisposta viene inviata al Tavolo di Lavoro.

Durante la riunione del Tavolo di Lavoro la Commissione di coordinamento nazionale¹¹⁰ ascolta la relazione della Camera di Commercio predisponente e

¹⁰⁸ Esse riguardano peraltro la predisposizione di codici di condotta.

¹⁰⁹ Possono presentare osservazioni anche le altre Camere di Commercio che compongono il tavolo di lavoro.

¹¹⁰ Così si legge nelle Linee Guida: *“Presso l'Unioncamere è costituita la Commissione nazionale di coordinamento, composta da rappresentanti delle associazioni dei consumatori e delle associazioni delle imprese del settore, da esponenti del sistema camerale, da un rappresentante del Ministero per lo sviluppo economico, da un rappresentante dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e da professori universitari e/o esperti in diritto dei*

prende in esame i pareri espressi dai rappresentanti delle associazioni dei consumatori e di categoria di livello nazionale, invitati a partecipare all'audizione.

Nella riunione successiva all'audizione, la Commissione apporta al contratto-tipo o al parere tutte le modifiche ritenute opportune, esprimendo formalmente la sua valutazione finale.

Successivamente all'approvazione delle eventuali integrazioni e modifiche apportate dalla Commissione di coordinamento, il contratto tipo o il parere così predisposto viene inserito nella Banca Dati nazionale (accessibile dal sito istituzionale di Unioncamere) e trasmesso a tutte le Camere di Commercio sedute al Tavolo di Lavoro al fine della loro approvazione secondo quanto stabilito dai rispettivi Regolamenti interni.

Spetterà, poi, ad Unioncamere il compito di provvedere alla promozione di specifiche campagne di divulgazione anche attraverso pubblicazioni scientifiche dirette non solo ai consumatori, ma anche ai professionisti ed agli operatori economici in genere.

19. I riflessi della redazione concertata di modelli contrattuali sull'applicabilità della normativa a protezione del consumatore

L'attribuzione alle Camere di Commercio di poteri di predisposizione di contratti tipo ha riportato all'attenzione della dottrina civilistica il problema della rilevanza della trattativa collettiva¹¹¹.

Sappiamo, infatti, che una delle caratteristiche principali delle condizioni generali di contratto si ritrova nel fatto che le stesse sono predisposte da una sola delle parti del contratto.

Tale requisito, viene messo grandemente in discussione quando si faccia uso di modelli contrattuali predisposti da associazioni di categoria.

Attraverso l'attività di predisposizione di contratti-tipo, infatti, le Camere di Commercio promuovono la formazione bilaterale e dialogica di modelli contrattuali in modo da recuperare a livello collettivo ciò che il singolo

contratti ed in diritto dei consumi. La Commissione nazionale di coordinamento ha il compito di esaminare i testi dei contratto tipo, dei pareri e dei codici di condotta al fine di esprimere osservazioni, che potrebbero comunque essere recepite nel testo definitivo, secondo le modalità specificate al successivo”.

¹¹¹ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 369 ss.

consumatore, a causa della propria posizione di debolezza ha perduto come individuo: il potere sostanziale di determinare il contenuto regolamentare del contratto.

Il contratto tipo, come specificato dalla giurisprudenza, si caratterizza dal punto di vista soggettivo per il fatto che entrambi i contraenti sono associazioni di categoria, e dal punto di vista funzionale e oggettivo perché le stesse associazioni provvedono alla redazione di un regolamento contrattuale tendenzialmente completo¹¹².

Esso costituisce il risultato di trattative condotte a parità di condizioni tra soggetti rappresentativi dei futuri contraenti.

Il problema che la predisposizione di contratti tipo solleva è dunque quello di capire che effetto produca la costruzione bilaterale della clausola sulla disciplina di cui agli artt. 33 ss. del Codice del Consumo¹¹³.

In base al disposto dell'art. 34, comma 4, Cod. Cons., infatti, non sono vessatorie le clausole che hanno formato oggetto di trattativa individuale.

Secondo parte della dottrina, a tale scopo assumerebbe rilevanza anche la c.d. trattativa collettiva da parte delle contrapposte associazioni di categoria, purché essa venga svolta da soggetti titolari di interessi speculari a quelli delle parti del singolo contratto¹¹⁴.

Da ciò discenderebbe che, quando lo schema contrattuale viene negoziato da associazioni di consumatori e associazioni dei professionisti, in linea di principio si cadrebbe fuori dal campo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie.

La rilevanza della trattativa collettiva, specifica la dottrina, non si esaurisce nell'ambito del fenomeno della rappresentanza delle associazioni di categoria posto che fulcro della questione, sotto il profilo in oggetto, non è la riferibilità delle precetto alla volontà delle parti del singolo contratto, quanto piuttosto il fatto della produzione bilaterale della clausola.

¹¹² Cass. Civ. 29.11.91, n. 12835, GI 1992, I, 1, 1512.

¹¹³ Dottrina e giurisprudenza si sono già occupate della questione con riferimento alla disciplina di cui all'art. 1341 cc. Nel senso di escludere l'applicabilità della disciplina sulle clausole vessatorie ai contratti tipo si è espressa autorevole dottrina: A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, 27; G. DE NOVA, *Le Condizioni generali di contratto*, in *Tratt. dir. civ.* R. Sacco, Torino, 1993, 281.

¹¹⁴ M. IANIONE, *Contratto-tipo e class action. Contributo allo studio dell'autonomia collettiva nei rapporti di consumo*, Napoli, 2008, 73 ss.

Secondo tale indirizzo, infatti, la rilevanza della trattativa collettiva nell'ambito dell'art. 34 cod. cons. non dipenderebbe dall'esistenza di un potere effettivo di rappresentanza in capo al soggetto collettivo, quanto invece dal fatto di poter qualificare la sua attività a tutela degli interessi della categoria alla quale appartiene il soggetto che diverrà parte sostanziale del contratto¹¹⁵.

Per il consumatore questo riconoscimento è legale, e precisamente spetta alle associazioni dei consumatori e degli utenti che, in possesso dei requisiti specifici di rappresentatività, democraticità ed onorabilità di cui all'art. 137 Cod. Cons., sono iscritte nell'elenco previsto dalla medesima disposizione di legge¹¹⁶.

Sarebbe indubbio, quindi, secondo il presente indirizzo, che l'attività di costruzione del modello contrattuale per futuri ed eventuali rapporti tra consumatori e professionisti rientri tra i compiti istituzionali delle associazioni dei consumatori a garanzia del fondamentale diritto del consumatore alla "*correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali*", sancito all'art. 2, comma 2, lett. e) del Codice del Consumo.

Sarebbe significativo in proposito proprio il richiamo dell'art. 140, comma 2, cod. cons. alla legge 29 dicembre 1993, n. 580 sulle Camere di Commercio che espressamente riconosce ai contratti-tipo questa finalità di garanzia.

Per le ragioni esposte, conclude la dottrina, le clausole bilateralmente predisposte dalle associazioni di categoria non possono essere qualificate come unilateralmente predisposte dal professionista, quantunque esse possano poi dal medesimo professionista essere unilateralmente inserite nel singolo contratto.

Secondo tale indirizzo, la circostanza che la clausola sia stata elaborata da soggetti titolari di interessi corrispondenti a quelli delle parti del rapporto individuale sarebbe sufficiente, quindi, per poter affermare che tali clausole sono il risultato di una trattativa collettiva e per tale ragione non possono considerarsi unilateralmente predisposte.

¹¹⁵ Altro, rispetto a quello richiamato, è il problema della tecnica alla stregua della quale le clausole oggetto di trattativa collettiva diverranno in concreto fonte del rapporto contrattuale.

¹¹⁶ Così M. IAIONE, *Contratto-tipo e class action*, cit., 77. Tale dottrina specifica che dal lato dei consumatori, le associazioni che sottoscrivono il contratto tipo devono essere iscritte nell'elenco di cui all'articolo 137 cod. cons.; alla stregua di questa disposizione di legge infatti le associazioni dei consumatori ottengono l'iscrizione e dunque la legittimazione generale ad agire per fini di tutela degli interessi dei consumatori. Cfr. G. GITTI, *Appunti sull'accordo normativo*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2002, 251.

Altra questione affrontata in relazione alla predisposizione concertata di modelli contrattuali, attiene alla possibilità che la trattativa collettiva, portata a termine con la formale sottoscrizione di un contratto-tipo, possa precludere l'esercizio dell'azione inibitoria alle associazioni dei consumatori che abbiano partecipato all'accordo.

Secondo alcuni autori, infatti, la negoziazione di un contratto-tipo produrrebbe in capo all'associazione rappresentativa dei consumatori che abbia preso parte alla trattativa collettiva: “...l'elisione di ogni interesse a far valere l'azione inibitoria collettiva, seconda la disciplina prevista per i contratti dei consumatori”¹¹⁷.

In ragione di tale assunto, si dice, l'associazione dei consumatori è privata della legittimazione a chiedere l'inibitoria nei confronti del professionista che utilizzi quelle clausole per la disciplina dei propri affari.

Peraltro, tale fatto preclusivo avrebbe effetto non soltanto nei confronti delle associazioni dei consumatori parte del tavolo della concertazione, ma anche nei confronti di quelle che non vi abbiano partecipato.

Ciò alla luce della circostanza che l'efficacia preclusiva discenderebbe dal fatto che tali clausole non presentano il requisito dell'unilaterale predisposizione, dal momento che sono il risultato oggettivo di una negoziazione ad opera di soggetti portatori di interessi contrapposti, e non dalla concreta partecipazione dell'associazione al negoziato¹¹⁸.

La trattativa collettiva, non precluderebbe invece il rimedio individuale di cui all'art. 36 Cod. Cons¹¹⁹.

Il singolo consumatore non perde la legittimazione a far dichiarare nulla la clausola del contratto particolare che sia identica ad una disposizione negoziale del contratto-tipo.

Questa clausola, infatti, pur non essendo unilateralmente predisposta dal professionista, potrebbe essere inserita nel contratto particolare, in modo da determinare, comunque, nel complesso dell'operazione negoziale quel significativo squilibrio, contrario alla buona fede, che la legge vuole eliminare.

¹¹⁷ G. GITTI, *Appunti sull'accordo normativo*, cit., 251.

¹¹⁸ M. IAIONE, *Contratto-tipo e class action*, cit., 83; cfr: M. IAIONE, *I contratti del consumatore. La trattativa collettiva delle clausole vessatorie*, in *Contratto e impresa*, Padova, 2004, 699 ss.

¹¹⁹ Cfr. G. GITTI, *Appunti sull'accordo normativo*, cit., 251; M. IAIONE, *Contratto-tipo e class action*, cit., 83.

Tuttavia, secondo la stessa dottrina, la negoziazione bilaterale della clausola potrebbe venire in rilievo a norma dell'art. 34, comma 1, Cod. Cons., come circostanza astrattamente idonea ad escludere la vessatorietà della clausola stessa.

Detta disposizione stabilisce, infatti, che: *“La vessatorietà di una clausola è 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”*.

Il fatto che la clausola contrattuale unilateralmente inserita dal professionista corrisponda al modello negoziato a livello collettivo, costituirebbe, secondo tale indirizzo, una circostanza astrattamente idonea ad escluderne la vessatorietà.

Spetterebbe dunque al consumatore il compito di provare, in concreto, che la stessa disposizione contrattuale, sebbene frutto di un'originaria negoziazione bilaterale tra associazioni di categoria, determina nell'economia del singolo affare un significativo squilibrio dei diritti degli obblighi derivanti dallo stesso contratto e contrari a buona fede¹²⁰.

Si può configurare in definitiva, una presunzione semplice di non vessatorietà, che il consumatore potrà vincere con ogni mezzo di prova per le clausole del contratto particolare che, inserite unilateralmente dal professionista, riproducano quelle di un contratto tipo¹²¹.

Un ultimo profilo trattato dalla dottrina in relazione alle problematiche legate alla predisposizione di contratti tipo di cui oggi sono investite le Camere di Commercio attiene all'individuazione della tecnica in virtù della quale possa compiersi l'inserimento del contenuto del contratto-tipo nel contratto individuale stipulato dal consumatore.

Precisamente, la dottrina si chiede se l'approvazione del contratto da parte di un'autorità pubblica - nel caso di specie le Camere di Commercio - possa costituire un contegno tale da far sì che il contenuto dei contratti tipo acquisti efficacia precettiva in relazione al rapporto individuale.

¹²⁰ G. GITTI, *Appunti sull'accordo normativo*, cit., 251.

¹²¹ M. IANIONE, *Contratto-tipo e class action*, cit., 85.

In particolare, alcuni autori si sono domandati se l'approvazione da parte di un autorità pubblica possa far assurgere l'accordo collettivo a "contratto normativo a formazione associativa"¹²².

Per "contratti normativi a formazione associativa" si intendono quei contratti in cui almeno una parte sia un ente collettivo che agisce per una determinata classe di soggetti e mediante i quali sono concordate con altro soggetto, singolo o collettivo, le regole da utilizzare nei contratti particolari con un terzo¹²³.

In realtà la dottrina maggioritaria sostiene che l'efficacia generale del contratto normativo a formazione associativa possa essere riconosciuta soltanto da una norma di legge che autorizzi il potere regolamentare dell'associazione¹²⁴, in mancanza del quale non sarebbe possibile attribuire all'atto valore vincolante.

L'assenza di un potere regolamentare attribuito alle associazioni di categoria partecipanti alla trattativa esclude chiaramente la configurabilità di tale figura contrattuale e perciò la stessa vincolatività dei contratti-tipo.

Seguendo un diverso percorso, altri autori si interrogano, invece, sulla possibilità che le clausole contenute nei contratti-tipo possano essere qualificate in termini di "clausole d'uso"; da una siffatta qualificazione discenderebbe che le clausole collettivamente negoziate assumerebbero valore vincolante rispetto ai contratti successivamente stipulati grazie all'applicazione dell'art. 1340 c.c., norma che stabilisce che *"le clausole d'uso si intendono inserite nel contratto, se non risulta che non sono state volute dalle parti"*.

Attraverso la qualificazione delle clausole contenute nei contratti-tipo in termini di clausole d'uso si arriverebbe al risultato di attribuire alle stesse efficacia vincolante in forza del loro automatico inserimento nel contratto particolare concluso in seguito alla negoziazione collettiva.

Tuttavia la circostanza che tali clausole sarebbero efficaci a prescindere da una specifica adesione delle parti, porta la dottrina ad escludere l'operatività di un siffatto meccanismo per contrarietà dello stesso all'esigenza di salvaguardare l'autonoma scelta dei contraenti in ordine al contenuto negoziale¹²⁵.

¹²² M. IANIONE, *Contratto-tipo e class action*, cit., 85.

¹²³ Definizione di D. BARBERO, *Il contratto tipo nel diritto italiano*, cit., 53.

¹²⁴ Così G. GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969, 282 ss.

¹²⁵ M. IANIONE, *Contratto-tipo e class action*, cit., 91.

Affinchè il regolamento collettivo assuma efficacia precettiva con riferimento al rapporto individuale, conclude la dottrina, è necessario un atto riproduttivo, spontaneo e specifico, attraverso il quale il rapporto particolare venga regolato da clausole uguali a quelle del contratto tipo in assenza di espresso dissenso del consumatore¹²⁶.

¹²⁶ M. IANIONE, *Contratto-tipo e class action*, cit., 92.

CAPITOLO SECONDO

PARTE SECONDA

IL CONTROLLO AMMINISTRATIVO DEI CONTRATTI STANDARD NELL'ORDINAMENTO INGLESE: L'OFFICE OF FAIR TRADING.

SOMMARIO: 20. Premessa. - 21. L'Office of Fair Trading. - 22. Funzioni di controllo dei contratti standard. - 23. Il procedimento di controllo. - 24. Due casi significativi. - 25. Codici di condotta. - 26. Conclusioni.

20. Premessa

“Although the UK Regulations can be relied on in private law disputes involving consumers, it is the Unfair Contract Terms Unit that has been at the forefront of action against un fair contract terms. Private law enforcement does not provide an effective way of regulating the standard inclusion of unfair terms in adhesion contracts: it is true that success in an individual action will mean that the term is not binding upon that consumer, but its impact beyond that consumer will be limited, and there is no significant pressure on the business to discontinue future use of that term. Further, there will only ever be a trickle of private law actions as most consumers prefer to deal with matters informally, or not at all, rather than pursue complaints by formal legal mechanisms in which the costs of litigation (financial and otherwise) exceed the benefit that stands to be achieved. So far there has only been a handful of cases in which the consumer has , with mix success, relied upon 1994 Regulation ...”¹²⁷.

¹²⁷ S. BRIGHT, *Winning the Battle Against Unfair Terms*, in *Legal Studies*, 20, 2000, 333.

E' così che un'autorevole dottrina inglese, in un contributo dedicato allo studio degli strumenti di attuazione della direttiva 93/13 in materia di clausole abusive nei contratti dei consumatori, sottolinea il ruolo centrale svolto dall'*Office of Fair Trading* nel sistema inglese di lotta contro le clausole abusive.

Gli articoli da 10 a 15 dell'*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999* attribuiscono, infatti, al *Director General of Fair Trading*, oggi *Office of Fair Trading* il compito di sottoporre a propria valutazione ogni reclamo che riguardi l'uso di clausole abusive da parte dei professionisti, al fine di avviare un negoziato con l'impresa diretto alla modifica o all'eliminazione della clausola vessatoria.

Solo là dove le trattative non vadano a buon fine, l'*Office of Fair Trading* ha il potere di adire le Corti affinché le stesse ingiungano all'impresa di eliminare la clausola dai propri modelli contrattuali.

Secondo la dottrina inglese ci sono diversi metodi che possono essere adottati per regolare il fenomeno dell'inserzione di clausole abusive nei contratti di massa: dagli obblighi di informazione, alla creazione di diritti inalienabili attraverso la previsione di divieti all'uso di determinate clausole; dall'autorizzazione amministrativa preventiva dei modelli contrattuali, alla negoziazione di contratti tipo in concerto con le associazioni dei consumatori e dei professionisti.

La scelta dipenderà chiaramente da un insieme di fattori, e nel caso delle funzioni di controllo attribuite all'*Office of Fair Trading* è stata quella di assecondare l'esigenza di istituire un organismo che incoraggiasse le imprese a rispettare la normativa in materia di consumo e concorrenza e a migliorare la propria condotta nel mercato; un organismo che agisse con determinazione per fermare palesi violazioni; che studiasse i mercati e raccomandasse interventi legislativi quando necessario; ed infine, rafforzasse i consumatori fornendo loro le conoscenze e le abilità necessarie per compiere scelte consapevoli e ottenere la maggiore utilità dal mercato¹²⁸.

¹²⁸ L. RAMSAY, *Consumer Law and Policy*, Oxford, 2007, 166; G. WOODROFFE, R. LOWE, *Consumer Law and Practice*, London, 2010, 271.

La dottrina inglese accoglie con entusiasmo le novità introdotte dalla normativa del 1999 ovvero la scelta di investire un organismo amministrativo di poteri di controllo dei contratti standard¹²⁹.

Fino al recepimento della direttiva 93/13 la disciplina inglese in materia era assai debole.

L'Unfair Contract Terms Act del 1977 limitava, infatti, il proprio ambito di applicazione alle clausole di esonero della responsabilità.

Solo nel 1994, a fronte dell'esigenza di dare attuazione alla Direttiva comunitaria 93/13 sui contratti dei consumatori, il legislatore inglese è intervenuto in materia in modo significativo, attraverso l'emanazione dell'Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations del 1994.

La legge riprende i contenuti della direttiva.

Il provvedimento fu ben presto sostituito dall'Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations del 1999 che ne ampliava i contenuti attraverso l'istituzione di un apposito apparato amministrativo diretto a garantire l'osservanza e l'attuazione della disciplina prevista dalla stessa regolamentazione.

L'Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations del 1999 ha attribuito, infatti, ad un insieme di organismi, amministrativi e non, distribuiti sul territorio nazionale ed appartenenti a diversi settori di mercato, un ampio potere di controllo dei modelli contrattuali abitualmente proposti dai professionisti al fine di segnalare all'Office of Fair Trading la presenza di clausole abusive e sollecitarne l'intervento¹³⁰.

21. *L'Office of Fair Trading*

L'Office of Fair Trading è stato istituito dal Fair Trading Act del 1973 che intervenne sulla struttura istituzionale della disciplina allora vigente in materia di concorrenza dettando, altresì, alcune disposizioni sulla protezione dei

¹²⁹ A.A. LEF, *Unconscionability and the Crowd: Consumer and the Common Law Tradition*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 1970, 356 ss; V. GOLBERG, *Institutional Change and Quasi-Invisible hand*, in *Journal of Law and Economics*, 1974, 487.

¹³⁰ Vedi Schedule I, Regulation 3 Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999. I soggetti elencati dalla norma sono: "...*The Data Protection Registrar; the Director General of Electricity Supply; the Director General of Gas Supply; the Director General of Electricity Supply for Northern Ireland; the Director General of Gas for Northern Ireland; the Director General of Telecommunications; the Director General of Water Service; the Rail Regulator; Every weights and measures authority in Great Britain; the Department of Economic Development in Northern Ireland; Consumers' Association*".

consumatori, in risposta, secondo la dottrina, al risentimento causato dalla soppressione del “*Consume Concil*” nel 1970¹³¹.

Il motivo ufficiale della creazione dell’Office of Fair Trading fu quello di sottrarre all’arena politica la regolazione del consumo e della concorrenza, al fine di garantire continuità e competenza nello sviluppo di politiche di intervento a lungo termine.

L’Office of Fair Trading è classificato come “*non-ministerial government department*”, qualificazione che secondo la dottrina inglese lascia intravedere l’influenza subita dal modello statunitense delle c.d. “*Independent Regulatory Agency*”, quali organismi concepite come corpi separati dall’indirizzo politico, con ampi poteri di controllo dei mercati, la cui legittimità e autorità si fondano primariamente sull’esistenza di un alto livello di competenza tecnica¹³².

L’Enterprise Act del 2002 è intervenuto profondamente sulla struttura interna dell’Ufficio, determinando il passaggio da un modello “direzionale” ad una Commissione composta da un minimo di quattro membri in carica per un periodo non superiore a quattro anni, con a capo un ufficio di presidenza.

L’Office of Fair Trading non fa affidamento esclusivo sul personale di servizio, ma si avvale di esperti in materia di consumo e di altri soggetti direttamente provenienti dalle realtà imprenditoriale che grazie ad una maggiore sensibilità ai problemi che si manifestano nel mondo degli affari, fanno sì che l’ufficio possa procurarsi le conoscenze necessarie per un intervento più veloce ed efficace.

L’organismo di controllo deve presentare annualmente al Segretario di Stato un rapporto sulle attività svolte; esso è inoltre soggetto al controllo generale del Parlamento inglese, della Tesoreria di Stato e al monitoraggio del General Audit Office¹³³.

La sua missione è quella di garantire il corretto funzionamento dei mercati: da un lato, attraverso un’attività di vigilanza sui comportamenti delle imprese al fine di contrastare eventuali pratiche commerciali sleali nei confronti dei

¹³¹ Si tratta di un organismo chiamato a proteggere e promuovere i diritti dei consumatori.

¹³² L. RAMSAY, *Consumer Law and Policy*, cit., 455.

¹³³ Organo di controllo della spesa pubblica che agisce per conto del parlamento inglese.

consumatori; dall'altro proteggendo gli interessi dei consumatori dalle condotte abusive dei professionisti nel mercato¹³⁴.

La particolarità dell'ordinamento inglese sta, dunque, nel fatto di aver appoggiato al medesimo organismo amministrativo l'attuazione della disciplina della protezione dei consumatori dalle clausole abusive e dalle pratiche commerciali sleali.

Il principale obiettivo dell'Ufficio è infatti quello di attuare efficaci meccanismi di controllo e di intervento contro i fallimenti del mercato che si riconducono sia a condotte anticoncorrenziali o abusive delle imprese, sia al deficit informativo dei consumatore nel mercato.

Il legislatore inglese sottolinea a gran voce la complementarità dei due ambiti, quello della concorrenza e del consumo, rispetto all'obiettivo di garantire mercati competitivi e un buon livello di protezione dei consumatori¹³⁵.

“*The consumer sovereignty*”, si dice, non deve essere data per scontato: essa costituisce il più importante fattore affinché nel mercato si realizzi una libera competizione fra imprese¹³⁶.

Tuttavia, il rispetto della sovranità del consumatore richiede che questi sia adeguatamente ed accuratamente informato e protetto contro il pericolo di scorrette ed ingannevoli tecniche di mercato, nonché contro gli abusi di potere contrattuale.

Così ha affermato il legislatore inglese sul punto: “*Consumer protection is itself an integral part of the market economy. This is why competition policy need to be considered as it is... as a hole*”¹³⁷.

Attraverso l'istituzione dell'Office of Fair Trading il governo inglese ha dunque voluto creare un organismo in grado di rispondere ai bisogni dei consumatori nel loro evolversi e proteggerli contro nuove pratiche di abuso da parte dei professionisti.

Allo scopo di consentire ai consumatori le conoscenze e le competenze necessarie per compiere scelte consapevoli e perciò prendere decisioni di acquisto razionali e informate, l'Office of Fair Trading mette a disposizione dei

¹³⁴ K. HOWELLS, *Consultation on new power to protect consumer*, in *Hermes Database*, February 16, 2000, in www.dti.gov.uk/cacp/ca/injdir.htm.

¹³⁵ Cfr. S. WEATHERILL, *Safeguarding the Consumer Interest. A Comparative Analysis of US Antitrust Law and EC Competition Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 2010, 287.

¹³⁶ G. HOWE, *Official Report of Parliament debates*, 1972, 453.

¹³⁷ G. HOWE, *Official Report of Parliament debates*, cit., 453.

consumatori un'ampia gamma di informazioni attraverso le quali esprime il proprio giudizio sulle condizioni contrattuali utilizzate in determinati settori di mercato¹³⁸.

Esso gode, inoltre, di ampi poteri di segnalazione nei confronti della Competition Commission, autorità garante della concorrenza e del mercato inglese.

22. *Funzioni di controllo dei contratti standard*

L'operato dell'Office of Fair Trading può essere ricondotto a due tipi di intervento: quello relativo all'esercizio in senso ampio di funzioni di regolazione del mercato; e quello relativo alla regolazione di pratiche commerciali individuali.

All'interno della prima categoria si riconducono alcune tra le più risalenti funzioni attribuite all'agenzia di controllo, ovvero un'ampia discrezionalità di proposta di legge nei confronti del Parlamento e l'esercizio di poteri regolamentari relativamente alle materie di competenza.

Ulteriori compiti di regolazione del mercato sono stati attribuiti all'Office of Fair Trading dall'Enterprise Act del 2002, che ha introdotto importanti novità in materia di diritto della concorrenza ed ha ampliato ulteriormente le attribuzioni del dipartimento di controllo inglese.

Tale provvedimento, infatti, ha attribuito all'Office of Fair Trading la facoltà di rivolgere al Segretario di Stato raccomandazioni dirette alla realizzazione di modifiche della normativa esistente; il compito di predisporre documenti di consultazione, studi di mercato e fogli informativi diretti a favorire una maggiore conoscenza in capo ai consumatori; e infine, la possibilità di promuovere la negoziazione di codici di condotta.

Alla seconda categoria innanzi richiamata appartengono, invece, le attività di monitoraggio, di autorizzazione e l'esercizio di ogni altra funzione che dia luogo all'instaurazione di un intervento particolare nei confronti di un operatore del mercato.

In tale categoria rientrano, pacificamente, le funzioni di controllo preventivo dei modelli contrattuali.

¹³⁸ M. G. FAURE, H. A. LUTH, *Behavioral Economics in Unfair Contract Terms. Cautions and Considerations*, in *Journal of Consumer Policy*, 2011, 377.

La dottrina inglese testimonia di una fase, tra gli anni Settante e gli anni Novanta, in cui l'agenzia amministrativa ha dimostrato una scarsa operatività, probabilmente legata, si dice, al disinteresse che la politica di quegli anni aveva manifestato per la disciplina di consumo.

L'Office of Fair Trading subì, infatti, una severa critica da parte del governo laburista eletto nel 1997, che gli contestava i lentissimi progressi fatti nella gestione dei casi di abuso nei confronti dei consumatori e il fallimento nella c.d. "Consumer Credit Policy".

A detta dell'esecutivo l'agenzia non aveva dimostrato sufficiente entusiasmo nell'esercizio delle funzioni che le erano state affidate.

L'allora Direttore Generala, in risposta alla critica del governo, sottolineò tra le altre cause, la scarsità delle risorse disponibili per far fronte in modo attivo alle istanze di tutela dei consumatori nel mercato¹³⁹.

Il Governo Laburista del 1997 si occupò con nuovo slancio della materia auspicando l'attribuzione di più ampi poteri all'organismo di controllo e una profonda revisione delle competenze allo stesso affidate in materia di consumo; fu così che ben presto le risorse finanziarie dell'Office of Fair Trading furono aumentate e il suo ruolo di supervisore dei mercati di consumo sostanzialmente potenziato grazie all'Enterprise Act del 2002.

23. Il procedimento di controllo

A norma di quanto stabilito dagli artt. 10 ss. dell'Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999, quando identifica una clausola abusiva l'Office of Fair Trading invita l'impresa a modificarla o ad eliminarla dai propri modelli contrattuali.

Prima di formulare il giudizio sulla vessatorietà l'Ufficio chiede informazioni al professionista interessato dal procedimento di controllo; l'agenzia amministrativa si mette a totale disposizione del soggetto predisponente affinché questi possa replicare alle osservazioni ricevute ed esprimere le proprie ragioni.

Se l'impresa appartiene ad un'associazione di categoria, anch'essa viene chiamata a prendere parte alla procedura.

¹³⁹ Director General of Fair Trading, *Annual Report 1999*, in www.oft.gov.uk.

Nella fase di negoziazione l'Office of Fair Trading cerca di convincere l'impresa al rispetto della normativa di consumo, avvalendosi del potere di adire l'autorità giudiziaria solo nel caso in cui la trattativa non abbia esito positivo.

Nella maggior parte dei casi l'intervento dell'organo di controllo si è risolto con l'emanazione di un invito al professionista a modificare la clausola secondo il suggerimento ricevuto.

E' interessante rilevare che l'Office of Fair Trading, come risultato della negoziazione intervenuta con l'impresa, riesce ad ottenere anche l'impegno da parte della stessa a non eseguire la clausola oggetto del procedimento con riferimento ai contratti già conclusi.

In questo modo potranno ricevere un vantaggio dalla procedura di controllo non solo i consumatori che in futuro andranno a concludere un contratto con l'impresa, ma anche quelli che siano già parte di un rapporto negoziale instaurato con la stessa, nei confronti dei quali la clausola ritenuta lesiva dall'Office of Fair Trading non potrà essere eseguita.

Una caratteristica del controllo sui contratti standard dell'Office of Fair Trading, sottolinea la dottrina inglese, è che si tratta di un controllo di natura "astratta".

Esso, infatti, comporta una valutazione di vessatorietà della clausola che non può tenere conto delle caratteristiche del caso particolare a cui la stessa si riferisce.

Così ha affermato la Commissione legislativa nei lavori preparatory dell'Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999: "*The Director of Fair Trade and the body listed in schedule 1 have power to prevent the use of unfair terms and this may be done in the abstract, in the sense that the precise way in which the clause is presented to the consumer may not be known*"¹⁴⁰.

L'azione di controllo così esercitata dal dipartimento inglese ha portato al raggiungimento di risultati molto positivi in diversi settori di mercato come quello della telefonia, della vendita di macchine usate, della contrattualistica immobiliare ecc.

¹⁴⁰ L. RAMSAY, *Consumer Law and Policy*, cit.,194; G. WOODROFFE, R. LOWE, *Consumer Law and Practice*, London, 2010, 271 ss.

Nella maggior parte dei casi l'ufficio è riuscito ad ottenere la modifica delle condizioni generali di contratto attraverso rigorosi processi di negoziazione con le imprese, senza dover ricorrere all'esercizio di un'azione giudiziale.

Per quanto riguarda il valore giuridico dei provvedimenti emanati dall'Office of Fair Trading, essi non hanno un effetto vincolante: la normativa riserva questo ruolo ai giudici.

Tuttavia, secondo la dottrina inglese, gli inviti emessi dall'organo di controllo rappresentano un'importante fonte di *soft law* in quanto delle stesse potranno tenere conto i professionisti nella predisposizione dei propri modelli contrattuali¹⁴¹.

Lo stesso Office of Fair Trading ha affermato che è interesse delle imprese cooperare per il miglioramento dei propri modelli contrattuali; compito del dipartimento di controllo è, infatti, anche quello di assistere le imprese per indirizzarle nella giusta direzione¹⁴².

L'Ufficio amministrativo svolge inoltre funzioni di predisposizione di modelli contrattuali che si avvicinano a quelle esercitate dalle Camere di Commercio italiane.

Tra le modalità di intervento dell'Office of Fair Trading, invero, c'è anche quella di intervenire sull'insieme delle clausole maggiormente ricorrenti in un determinato settore di mercato e, in concerto con le associazioni rappresentative degli interessi dei professionisti e il maggior numero possibile di imprese operanti nel settore, redigere modelli contrattuali di indirizzo per le imprese.

Ciò è quanto accaduto, ad esempio, nel settore dell'auto-noleggio, in cui la British Vehicle Rental and Leasing Association, che rappresenta l'85 % delle compagnie di auto-noleggio inglesi, promuove già da qualche tempo il modello di contratto tipo predisposto sulla base delle consultazioni avvenute con l'Office of Fair Trading, i professionisti e le associazioni coinvolte.

24. *Due casi significativi*

¹⁴¹ L. RAMSAY, *Consumer Law and Policy*, cit., 194.

¹⁴² National Audit Office Report by the Comptroller and Auditor General, *The Office of Fair Trading: Protecting the Consumer from Unfair Trading Practices*, HC, 1999/2000, in www.nao.org.uk.

Uno dei primi settori commerciali in cui è intervenuto con grande successo l'Office of Fair Trading è stato quello relativo ai contratti di telefonia¹⁴³.

Nel giugno del 1996, l'Ufficio, dopo aver accuratamente visionato i modelli contrattuali diffusi nel mercato da alcune compagnie telefoniche inglesi, ed aver riscontrato negli stessi un numero molto elevato di clausole vessatorie, minacciò nove compagnie del possibile esercizio di un'azione legale nei loro confronti.

Si aprì così una lunga fase di negoziazione che portò alla modifica delle clausole originariamente contestate e alla diffusione nel mercato della telefonia di contratti più equi e trasparenti.

Ad opporre particolare resistenza in tale occasione fu la Compagnia Orange, che solamente sotto la minaccia concreta d'esercizio di un'azione legale ha accettato di apportare alla propria modulistica contrattuale le modifiche suggerite dall'Office of Fair Trading¹⁴⁴.

Tra le clausole originariamente contestate dall'agenzia di controllo era contemplata anche quella che prevedeva un termine di 90 giorni di preavviso ai fini dell'esercizio del diritto di recesso dal contratto di telefonia.

Il termine di novanta giorni, affermò l'Office of Fair Trading, doveva ritenersi lesivo della libertà di scelta dei consumatori in quanto rendeva troppo difficoltosa la possibilità di aderire ad offerte più convenienti provenienti da altri operatori telefonici.

La maggior parte delle compagnia telefoniche, come Vodafone, One to One, e Cellnet, pattuirono immediatamente con l'Office of Fair Trading la riduzione del termine di novanta giorni ad un mese. Orange, al contrario, mantenne la durata del preavviso a tre mesi, accettandone la modifica solo sotto la minaccia da parte dell'Office of Fair Trading dell'esercizio di un'azione legale.

Un altro caso, più recente e molto significativo è quello che ha visto contrapposti l'Office of Fair Trading e l'agenzia immobiliare Foxton¹⁴⁵.

Nel febbraio 2008, infatti, l' Office of Fair Trading ha instaurato un giudizio contro l'agenzia immobiliare londinese chiedendo che fossero dichiarate

¹⁴³ A. OWEN, *Changes at phone company*, in *The Gloucester Citizen*, 1999, 8.

¹⁴⁴ *Orange forced to drop unfair notice requirement*, in *Hermes Database*, 1998, in www.offt.gov.uk.

¹⁴⁵ *OFT welcomes high court ruling on foxton's use of unfair terms*, OFT Press releases 2009, in <http://www.offt.gov.uk/OFTwork/consumer-enforcement/consumer-enforcement-completed/foxtons>.

abusive alcune clausole contrattuali relative ai contratti d'affitto stipulati dall'agenzia con i proprietari.

L'Ufficio chiedeva all'Alta Corte inglese la concessione di un'ingiunzione diretta ad impedire alla convenuta di utilizzare i medesimi termini contrattuali nei propri contratti futuri.

Le clausole oggetto di contestazione furono di tre tipi: la clausola che prevedeva il diritto in capo all'agenzia di ricevere una commissione dai proprietari in caso di rinnovo del contratto con l'inquilino da parte dell'agenzia stessa; la clausola che dava diritto all'agenzia ad una commissione da parte del proprietario anche nel caso in cui questi alienasse l'immobile ad un terzo; ed infine, la clausola che prevedeva il versamento di una commissione a carico del proprietario in caso di alienazione dell'immobile nei confronti dell'inquilino.

L'instaurazione del giudizio aveva fatto seguito ad una lunga fase di negoziati in cui il dipartimento di controllo aveva invitato Foxton alla modifica delle clausole richiamate, tuttavia senza ottenere alcun risultato.

Con sentenza del 17 luglio 2008, l'Alta Corte inglese dichiarò abusive le clausole oggetto del giudizio in quanto contrarie alla disciplina in materia di clausole vessatorie dettata dall'Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999; l'Alta Corte accoglieva, tuttavia, l'argomentazione dell'agenzia immobiliare secondo cui l'ingiunzione poteva dispiegare i suoi effetti solo rispetto ai contratti futuri, non impedendole, invece, di ottenere l'esecuzione della clausole oggetto di ingiunzione rispetto ai contratti già conclusi.

Tra le questioni affrontate nell'ambito della controversia vi era, infatti, anche quella diretta ad accertare se l'ingiunzione contro Foxton potesse avere effetto sia rispetto ai contratti futuri che rispetto a quelli precedentemente conclusi dell'agenzia.

Non soddisfatto di tale risultato, l'Office of Fair Trading impugnò presto la sentenza ed ottenne il risultato sperato.

Nell'aprile 2009, infatti, la Corte d'appello inglese ribaltò la sentenza di primo grado, confermando la tanto sostenuta opinione dell'agenzia di controllo inglese che l'ingiunzione emessa dal giudice potesse produrre effetti tanto rispetto ai contratti già conclusi quanto rispetto a quelli esistenti.

Sul punto la Corte d'Appello ha affermato che scopo dell'Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 è altresì quello garantire che i professionisti non abbiano la libertà di perseguire i clienti senza restrizioni, attraverso un contenzioso diretto a far rispettare dei termini contrattuali già giudicati abusivi da una Corte.

25. Codici di condotta

I codici di condotta rappresentano un aspetto centrale della politica di intervento dell'Office of Fair Trading.

Esso ha affermato che l'obiettivo in questo modo perseguito è il seguente: *"...(to)help consumer identify trustworthy business to buy from... provide a powerful marketing tool for participating business...(and) sharpen competitive edge by developing best practice within a sector and helping business to respond to market change"*.

Nel 2001 è stata introdotta una nuova procedura di approvazione dei codici di condotta che si suddivide in due fasi.

In una prima fase l'OFT accerta il rispetto dei criteri stabiliti in ordine ai contenuti del codice, al procedimento di approvazione; ai reclami; ai meccanismi di applicazione; alla pubblicità ed altri aspetti¹⁴⁶.

Nella seconda fase il soggetto predisponente deve dimostrare l'effettiva operatività del codice oggetto di approvazione, ovvero provare che i destinatari ne rispettano i contenuti oltre che un buon livello di soddisfazione da parte dei consumatori.

Al codice così approvato verrà apposto il logo di certificazione dell'Office of Fair Trading.

L'Office of Fair Trading ha descritto i codici di condotta come un'alternativa ai tradizionali strumenti di regolazione, intravedendo negli stessi una nuova forma di regolazione, c.d. self-regulation, che coinvolge i diversi attori del mercato: governi, imprese e associazioni dei consumatori¹⁴⁷.

Secondo la dottrina inglese, malgrado tali atti costituiscano delle raccolte di regole non vincolanti, essi possono dispiegare effetto all'interno dell'ordinamento giuridico. Infatti, le regole dagli stessi previste possono essere

¹⁴⁶Annex C, OFT Core Criteria for the New Approach to Code of Practice 2001, in www.offt.gov.uk.

¹⁴⁷Office of Fair Trading Annual Report, 2005-2006, in www.offt.gov.uk.

incorporate in un contratto individuale, nel qual caso la loro inosservanza determinerebbe una violazione della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette.

26. Conclusioni

Secondo la dottrina, le strategie di negoziazione dell'Office of Fair Trading hanno riscontrato un così grande successo a causa di una pluralità di fattori tra i quali: da un lato, il timore dell'impresa di andare incontro ad una cattiva pubblicità in caso di esercizio di azione giudiziale da parte dell'ufficio; dall'altro, il ruolo di prima linea delle associazioni rappresentative dei professionisti nella fase di negoziazione, le quali hanno a loro volta interesse a mantenere una buona immagine pubblica e ottimi rapporti con l'agenzia di controllo¹⁴⁸.

Il lavoro svolto dall'Office of Fair Trading ha avuto un forte impatto nel mercato. Tale organismo ha infatti assicurato l'eliminazione di molteplici condizioni contrattuali inique dai modelli diffusi dalle imprese.

L'operato del dipartimento di controllo nel dare attuazione alla disciplina dell'Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999, sembra dunque confermare l'opinione di Arthur Leff, richiamata in apertura, sul limitato ruolo delle Corti nella "*Battle against unfair terms...*" da cui il titolo dell'invertito.

Malgrado i consumatori continuino ad adire le Corti, il numero di azioni si è notevolmente ridotto.

In proposito, sottolinea la dottrina inglese: "*...many consumer handle consumer problem without the intervention of a third party, so that much consumer disputing takes place at the level of two party negotiation*".

L'Office of Fair Trading, si dice: "*...act as bargaining agent for consumer*"¹⁴⁹.

¹⁴⁸L. RAMSAY, *Consumer Law and Policy*, cit., 454ss.

¹⁴⁹LORD WEDDERBURN, *Collective Bargaining or Legal Enactment: The 1999 Act and Union Recognition*; in *Industrial Law Journal*, 2000, 29, 1.

CAPITOLO SECONDO

PARTE TERZA

TECNICHE DI CONTROLLO DEI CONTRATTI STANDARD NELL'ORDINAMENTO FRANCESE: “LA COMMISSION DES CLAUSES ABUSIVES”.

SOMMARIO: 27. Premessa. - 28. Un breve inquadramento della disciplina francese in materia di clausole abusive. - 29. *La Commission des clauses abusives*. - 30. La struttura, l'organizzazione e il funzionamento della Commissione. - 31. Le funzioni della Commissione. - 32. Le Raccomandazioni della Commissione delle clausole abusive. - 33. *Segue*: Indagine sulla natura delle Raccomandazioni. - 34. Il carattere non vincolante delle Raccomandazioni della Commissione. - 35. *Segue*: Sull'impugnazione delle Raccomandazioni. - 36. L'influenza delle Raccomandazioni sugli operatori giuridici e del mercato. - 37. Influenza sul potere legislativo. - 38. Influenza sulle pronunce giurisprudenziali. - 39. Influenza sui professionisti. - 40. Due teorie sulla natura delle Raccomandazioni.

27. Premessa

Il presente Capitolo si propone di analizzare il sistema francese di lotta contro le clausole abusive inaugurato dalla Legge *Scrivener* del 1978.

Come già si è avuto modo di sottolineare, il legislatore francese è fra i primi ad aver elaborato un sistema di controllo dei contratti dei consumatori di tipo amministrativo-preventivo, diretto ad impedire la diffusione nel mercato di modelli contrattuali iniqui.

Il fulcro della normativa francese è rappresentato dall'elaborazione di decreti di interdizione delle clausole abusive da parte del Consiglio di Stato e dall'istituzione di una Commissione tecnica, denominata *Commission des*

Clauses Abusives, investita di funzioni di controllo dei contratti dei consumatori.

La Legge Scrivener ha attribuito alla Commissione ministeriale un ampio potere di raccomandazione nei confronti delle imprese attraverso il quale, nel corso degli anni, la stessa ha contribuito in modo significativo alla lotta contro la spregiudicata prassi di inserzione delle clausole abusive nei contratti dei consumatori.

Il controllo giudiziale successivo, se pur contemplato dalla normativa, viene collocato dall'ordinamento francese in secondo piano rispetto all'impianto dei rimedi di tipo amministrativo-preventivo.

Il parlamento francese si è mosso dunque in assoluta controtendenza rispetto al legislatore italiano che, soltanto a fronte del fallimento delle tecniche di controllo giudiziale successivo, nonché sotto la pressione del legislatore comunitario, attende gli anni Novanta per introdurre strumenti di controllo amministrativo dei contratti dei consumatori.

In relazione all'esigenza di individuare la natura giuridica delle attribuzioni conferite alla Commissioni di Regolazione istituite presso le Camere di Commercio italiane e degli atti dalle stesse emanati, è sicuramente interessante lo studio della dottrina e della giurisprudenza francese che si sono occupate nel corso degli anni delle problematiche connesse alle Raccomandazioni emanate dalla *Commission des Clauses Abusives*.

Pertanto, all'esito di una breve introduzione sulle origini, la struttura, il funzionamento e le attribuzioni della *Commission des Clauses Abusives*, l'attenzione sarà rivolta prevalentemente allo studio della letteratura giuridica e delle pronunce giurisprudenziali che si sono occupate dell'inquadramento delle attribuzioni e degli atti emanati dalla Commissione di controllo francese.

28. Un breve inquadramento della disciplina francese in materia di clausole abusive

Nell'ordinamento francese il sistema di lotta contro le clausole abusive nei contratti dei consumatori viene introdotto dalla legge Scrivener del 10 gennaio 1978 “...sulla protezione e informazione dei consumatori di prodotti e di servizi”, emanata su iniziativa dell'allora Segretario di Stato “*Chargè de la consommation*”, Madame Scrivener, da cui prese il nome.

Campo di applicazione della disciplina sono i contratti conclusi tra professionisti, non-professionisti e consumatori.

Il riferimento ai “non-professionisti” è il frutto della scelta operata dal legislatore francese di estendere in modo esplicito la tutela riservata al consumatore anche al professionista che conclude il contratto al di fuori dell’esercizio della sua attività professionale – di qui la locuzione “*non-professionnel*” – in linea con la giurisprudenza francese che aveva preceduto l’emanazione della Direttiva 93/13¹⁵⁰.

A norma dell’art 35 della legge Scrivener, dovevano ritenersi abusive le clausole “...*relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu’à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l’étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d’exécution, de résiliation ou reconduction des conventions lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l’autre partie et confère à cette dernière un avantage excessif*”.

Secondo la definizione restrittiva di clausola abusiva data dalla presente disposizione una clausola poteva considerarsi iniqua solo nel caso in cui: a) avesse avuto ad oggetto uno degli elementi indicati per legge (tra i quali il pagamento del prezzo, la consegna della cosa, ecc.); b) fosse stata imposta da un abuso di forza economica del professionista; e, c) conferisse a quest’ultimo un vantaggio eccessivo.

La disciplina in materia di clausole abusive, originariamente inserita nel capitolo quarto della legge Scrivener, nell’anno 1993 è confluita all’interno del Codice del Consumo francese, e precisamente nel tredicesimo titolo, capitolo secondo artt. da L. 132-2 a L.132-5 e da R132-1 a R 132-6, in un capo dedicato alla regolamentazione delle condizioni generali di contratto.

L’attuale formulazione dell’art. L.132-1, intervenuta a seguito del recepimento della direttiva comunitaria 93/13 sui contratti dei consumatori, è la seguente: “*Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateur, sont abusives les clauses qui ont pour objet*

¹⁵⁰Secondo la giurisprudenza francese la nozione di “non-professionnel” può essere estesa anche agli enti morali ai quali si vuole così applicare la normativa di protezione; così Cass. 15 marzo 2005. Sul tema vedi N. DORANDEU, M. GOMY, S. ROBINNE, V. VALETTE-ERCOLE, in *Droit de la consommation, Tout le Droit*, collection dirigée da Philippe Ségur, Parigi, 2008, 76.

ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat”.

Dei tre criteri di definizione del carattere abusivo di una clausola contrattuale tracciati dall’art. 35 della legge Scrivener rimane solo la condizione data da uno “*squilibrio significativo dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto*”, che ha sostituito l’originaria formulazione presente nella legge del 1978 di “*vantaggio eccessivo a favore del professionista*”. Ai fini del giudizio di abusività della clausola non rileva più ora, né quale sia il suo oggetto, né che la stessa sia stata imposta per effetto dell’esercizio di un abuso di forza economica da parte del professionista.

In termini di sanzione il legislatore francese sceglie di considerare come non scritta la clausola giudicata abusiva. Si legge, infatti, all’art. L.132-1 comma sesto: “*Les clauses abusives sont réputées non écrites*”.

La particolarità del sistema francese di lotta contro le clausole abusive risiede, tuttavia, nella scelta operata all’epoca dell’emanazione della legge Scrivener di affidare al governo il compito di individuare, attraverso l’emanazione di appositi decreti, le clausole da reputarsi abusive previo parere di un’apposita Commissione tecnica.

L’art. 35 della legge del 1978 stabiliva, infatti: “*Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs (les clauses abusive) peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décret en Conseil d’Etat pris après avis de la commission instituée per l’article 36*”.

Venne dunque costituita all’interno del Ministero del Consumo la Commission des Clauses Abusives, investita di un ruolo definito dalla dottrina francese come “consultivo”, che tuttora svolge attraverso l’esercizio di diverse attribuzioni¹⁵¹.

Le funzioni consultive della Commissione, infatti, si presentano oggi sotto quattro forme differenti: la Commissione deve dare il sui pareri sui progetti di decreto aventi ad oggetto i tipi di clausole che devono essere considerate abusive; deve cercare all’interno dei modelli di contratto abitualmente proposti

¹⁵¹ Le funzioni esercitate dalla Commissione vengono unanimemente qualificate dalla dottrina come funzioni “consultive”. Vedi, ad esempio, L. CALANDRI, *Le pouvoir de recommandations de la Commission des clauses abusives*, in *Petites affiches*, 15 septembre 2006, 185, 4; M. GUYOMAR, *Les recommandations de la Commission des clauses abusives ne sont pas des décisions faisant grief*, in *AJDA*, 2006, 828.

dai professionisti ai non professionisti o consumatori, le clausole che possono presentare un carattere abusivo e raccomandarne la soppressione.

Il ruolo consultivo della Commissione può essere, inoltre, sollecitato da un giudice in occasione di una controversia in materia di clausole abusive; infine, la Commissione deve stabilire ogni anno il rapporto delle sue attività e proporre eventuali modifiche legislative o regolamentari¹⁵².

Il dibattito parlamentare, che ha preceduto l'emanazione della legge Scrivener, permette di constatare come il legislatore dell'epoca non volesse attribuire ai giudici il potere di determinare da sé il carattere abusivo di una clausola: il loro ruolo, secondo lo spirito della legge del 1978, doveva consistere esclusivamente nell'applicare i decreti del Consiglio di Stato, presi in attuazione della legge medesima¹⁵³.

Viene così inaugurato nell'ordinamento francese un sistema di controllo amministrativo delle condizioni generali di contratto, che si contraddistingue per la centralità del potere esecutivo nell'individuazione delle clausole abusive: in base al regime originariamente delineato dalla legge Scrivener, infatti, il giudice non poteva dichiarare una clausola abusiva salvo che sulla base di un decreto che ne avesse preventivamente stabilito l'illegittimità.

Ben presto, tuttavia, pur nella esaustività del suo impianto, il sistema si dimostrò inefficiente in forza della mancata adozione da parte del governo dei decreti di interdizione.

Ad oggi, infatti, solo tre decreti sono stati adottati in applicazione del disposto di legge: per primo il decreto del 24 marzo 1978, successivamente confluito negli allora artt. R. 132-1, R.132-2 e R. 211-4 del codice del consumo; per secondo il decreto del 25 novembre 2005 (ex art. R.132-2-1), ed infine, il

¹⁵² Le funzioni della Commissione delle Clausole abusive sono elencate agli artt. da L. 534-1 a L.534-3 Cod. Cons.

¹⁵³ Malgrado, infatti, il progetto di legge originario avesse affidato al giudice il compito di eliminare, caso per caso, le clausole abusive nel singolo contratto oggetto di controllo, il legislatore francese ha optato per una definizione regolamentare delle clausole illegittime previo parere della Commissione delle Clausole abusive. Alla Commissione francese viene, invece, attribuito il compito di esaminare i modelli contrattuali abitualmente proposti dalle imprese ai consumatori affinché la stessa individui le clausole che presentano profili di vessatorietà e, in questo caso, ne raccomandi la modifica o l'eliminazione agli stessi professionisti. Tali Raccomandazioni erano originariamente destinate anche al Ministero del consumo affinché fosse avviato il processo di definizione del decreto di interdizione delle clausole attraverso il potere regolamentare, come sopra richiamato. Ciò non ha nulla a che vedere con la funzione consultiva esercitata dalla Commissione in occasione dell'adozioni dei decreti di interdizione. Le raccomandazioni costituiscono in tale ipotesi uno spunto per avviare il procedimento di definizione del decreto.

recentissimo decreto n. 2009/302 che ha modificato gli artt. R.132-1, R.132-2, R132-2-1.

La scarsa utilizzazione della suddetta procedura trova ragione, secondo alcuni, nella volontà politica emersa nel corso degli anni di lasciare al potere giudiziario la possibilità di dichiarare una clausola abusiva a prescindere dall'esistenza di un decreto che la prevedesse come tale¹⁵⁴.

A fronte della mancata adozione di decreti ministeriali, fu la giurisprudenza ad inaugurare un significativo cambio di tendenza.

Invero, con la sentenza del 14 maggio 1991 la Corte di Cassazione ha autorizzato il giudice a dichiarare una clausola abusiva pur in assenza di un decreto che la ritenesse tale.

Questo orientamento è stato successivamente confermato nel 1995 attraverso la revisione dell'art. L. 132- 1 del codice del consumo, avvenuta in occasione del recepimento da parte dell'ordinamento francese della direttiva comunitaria sui diritti del consumatori.

Se in base al regime delineato dalla legge Scrivener il giudice non poteva dichiarare una clausola abusiva salvo che sulla base di un decreto che ne consacrasse l'illegittimità, oggi il giudice è libero di farlo in applicazione della sola definizione tracciata dall'art. L.132-1 cod. cons.

Ciò non toglie che il governo sia rimasto investito del compito di emanare decreti di interdizione delle clausole abusive attraverso l'esercizio del potere regolamentare. E infatti, risale al 2009 l'ultimo decreto emanato dal governo in base all'art. L.132-1, comma secondo.

Si tratta del decreto n. 302 del 2009 adottato in attuazione delle modifiche apportate al codice del consumo per effetto della legge di modernizzazione dell'economia del 4 agosto 2008.

L'art. 86 della stessa legge ha introdotto, infatti, delle importanti novità nel sistema francese di lotta contro le clausole abusive apportando delle significative modifiche all'art. L.132-1 cod. cons. che nella sua formulazione attuale prevede due liste di clausole abusive con forza obbligatoria, l'una nera, di dodici clausole necessariamente abusive, e l'altra grigia, di dieci clausole

¹⁵⁴ Secondo l'opinione di alcuni, vista l'inoperatività della normativa in oggetto, la stessa doveva considerarsi abrogata. In proposito vedi G. RAYMOND, *Clauses Abusives, Juris-Calsseur Concurrence – Consommation*, 08, 2005.

presunte abusive, rispetto alle quali il consumatore è dispensato dall'onere di dimostrare il carattere illegittimo della clausola.

In base all'art. L.132-1 comma secondo e terzo, nuova formulazione, si prevede infatti, che :*“Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 534-1, détermine une liste de clauses présumées abusives; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse. Un décret pris dans les mêmes conditions détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfutable, comme abusives au sens du premier alinéa”*.

In attuazione della suddetta legge, il 18 marzo 2009 è stato pubblicato il decreto n. 2009/302 con il quale il Consiglio di Stato, previo parere della Commissione delle Clausole Abusive, ha fissato una lista di 22 clausole – di cui agli artt. R.132-1, R 132-2 e R. 132-2-1 del Codice del consumo - in sostituzione di un elenco precedentemente annesso alla medesima disposizione, il c.d. *“annexe”*, introdotto dalla legge di riforma del 1 febbraio del 1995 che aveva valore puramente indicativo.

Il fatto che la clausola figurasse nell' *“annexe”* del 95 non dispensava, infatti, l'attore-consumatore dall'onere di apportare la prova del carattere abusivo della stessa, assolvendo piuttosto ad un ruolo di supporto decisionale per il giudice.

Secondo alcuni autori, la scelta del legislatore del 1995 di introdurre una lista di clausole abusive dal valore puramente indicativo, si poneva perfettamente in linea con l'idea, piuttosto viva in quegli anni, di lasciare in mano al giudice il potere di stabilire quando una clausola dovesse considerarsi illegittima¹⁵⁵.

La legge del 4 agosto 2008 ha abrogato l'Allegato del 1995 ed ha riassegnato un ruolo centrale ai decreti di interdizione delle clausole abusive

¹⁵⁵ Ciò lascia particolarmente stupiti se si tiene conto che il progetto della legge di riforma del Codice del Consumo del 1995 prevedeva con largo anticipo, l'elaborazione di tre liste di clausole: una lista nera di clausole necessariamente abusive (il progetto ne aveva previste diciassette), una lista grigia di clausole presunte abusive (il progetto ne contemplava otto) e, infine, una lista c.d. incolore, di cui la valutazione del carattere abusivo era lasciata al giudice (nel progetto ce n'erano otto). Ma in sede di redazione del testo definitivo di legge tutto ciò è rimasto largamente disatteso. R. LIBCHABER, *L'Autorité des recommandations de la Commission des clauses abusive*, in RDT Civ., 1997, 791.

emanati dal Consiglio di Stato, che pare ridefinire i contorni del potere dei giudici.

La discrezionalità del giudice varia oggi significativamente, infatti, a seconda del contenuto della clausola oggetto del giudizio.

Invero, se la clausola figura all'interno della lista nera, il giudice si limiterà a verificare la conformità della clausola litigiosa a quella della lista e in caso positivo non potrà che dichiararla abusiva; se la clausola afferisce alla lista grigia, invece, il tribunale avrà il compito non solo di verificare che la clausola litigiosa corrisponda a quella della lista, ma anche di apprezzare le prove eventualmente apportate dal professionista in senso contrario.

Solo nell'ipotesi in cui la clausola non figuri in alcuna delle liste richiamate, il giudice potrà godere del più ampio potere discrezionale che ha contraddistinto il suo operato negli ultimi due decenni, ovvero potrà valutare la vessatorietà della clausola secondo i termini dell'art. L 132-1 (ovvero se la stessa abbia per oggetto o per effetto quello di creare uno significativo squilibrio dei diritti ed obblighi delle parti del contratto).

In questa ricerca i Tribunali possono essere guidati dalle Raccomandazioni della Commissione Clausole Abusive, possono anche avvalersi della facoltà di ottenere un parere della Commissione sul singolo caso, ma rimarranno liberi di disattenderlo.

29. *La Commission des Clauses Abusives*

La Commissione delle clausole abusive è stata istituita dalla legge Scrivener del 1978; si tratta di una struttura amministrativa che oggi si colloca all'interno dell'Istituto Nazionale del Consumo presso l'omonimo Ministero¹⁵⁶.

Il suo ruolo è costituito dall'esercizio di funzioni di tipo consultivo nell'ambito del sistema francese di lotta contro le clausole abusive¹⁵⁷.

¹⁵⁶Sul punto vedi art. L.531-1 che così dispone: “*L’Institut national de la consommation, établissement public national, est un centre de recherche, d’information et d’étude sur les problèmes de la consommation*”; art. L- 531-2: “*L’Institut national de la consommation établit chaque année un rapport d’activité dans lequel figurent, le cas échéant, les propositions de modifications législatives ou réglementaires proposées par les commissions mentionnées aux articles L. 534-1, L. 534-4 et L. 534-7. Les avis des commissions sont annexés au rapport ainsi que les suites données à ces avis. Ce rapport est présenté au Président de la République et au Parlement. Il est rendu public*”.

¹⁵⁷Per un’analisi approfondita del tema vedi J. AULOY, H TEMPLE, *Droit de la consommation*, cit.,195 ss; N. DORANDEU, M. GOMY, S. ROBINNE, V. VALETTE-ERCOLE, in *Droit de la consommation, Tout le Droit*, collection dirigée da Philippe Ségur,

E' retta dalle disposizioni legislative e regolamentari del Codice del consumo: artt. L.534-1 a L.534-3, R.132-1, R 132-2, R.132.2.1., R.132-3, R. 132-6, R. da 534-1 a 534-3 e R. da 534-15 a R.534-17; oltre che dal suo regolamento interno.

30. *La struttura, l'organizzazione e il funzionamento della Commissione*

La legge 1978 ha disciplinato la composizione, il ruolo e le condizioni di funzionamento della Commissione delle Clausole Abusive.

Tali aspetti sono stati nel corso degli anni riformati per effetto dell'intervento di una pluralità di provvedimenti normativi, da ultima la legge n. 737 del 1 luglio 2010 recante la riforma del credito al consumo, che ha collocato la disciplina della Commissione delle Clausole Abusive all'interno del Libro V, Titolo III dedicato all'Istituto Nazionale del Consumo di cui fanno parte anche la Commissione per la Sicurezza dei Consumatori (L.534.4) e la Commissione di mediazione in materia di consumo (L.534-7).

La riforma del 1993 determinò per prima l'accrescimento del ruolo della Commissione. Venne in tale occasione allargato lo spettro delle sue funzioni, in particolare, fu riconosciuta al giudice la facoltà di chiedere alla Commissione un "avis" sul carattere abusivo delle clausole oggetto del giudizio. Si tratta di un parere che la Commissione deve obbligatoriamente formulare ma che, allo stesso tempo, lascia il giudice libero di decidere se conformarsi o meno.

Anche la composizione della Commissione ha subito molteplici modifiche nel corso degli anni¹⁵⁸. Oggi, è l'articolo R 132-3 del codice del consumo ad occuparsi di tale aspetto.

Essa è composta da 13 membri titolari nominati dal Ministro del Consumo, per un mandato rinnovabile di tre anni di cui: tre magistrati (due dei quali ricoprono la carica di Presidente e Vicepresidente), due esperti in diritto dei contratti, quattro rappresentanti dei consumatori e altrettanti rappresentanti dei professionisti.

In adunanza plenaria la Commissione deve comprendere minimo nove membri, cinque in formazione ristretta.

Paris, 2008, 65ss; *Code de la consommation commenté*, Parigi, 2009, 221; Code de la Consommation, diretto da L. LEVENEUR, Parigi, 2010.

¹⁵⁸ Per un maggiore approfondimento del tema vedi V. CHARTHIER, *La réforme de la Commission des clauses abusives*, in *La semaine juridique*, 1993, 100 e 177.

Benchè non sia precisato, secondo i più, la formazione ristretta deve conservare un equilibrio tra le diverse componenti della Commissione, specialmente tra consumatori e professionisti.

Il buon funzionamento della Commissione è garantito dalla nomina di un supplente per ciascun membro titolare, fatta eccezione per il Presidente, nonché dalla presenza di un commissario del governo; detta funzione è esercitata dal direttore generale della concorrenza, del consumo e della repressione delle frodi.

La Commissione è altresì assistita da un Segretario generale e da uno o più relatori permanenti e particolari, designati dal Presidente in ragione delle loro competenze specifiche¹⁵⁹.

Al fine di evitare il blocco del funzionamento, è previsto che, in caso di parità, il voto del Presidente sia preponderante. L'esperienza mostra in ogni caso uno spirito di eccellente cooperazione tra i rappresentanti dei consumatori e dei professionisti¹⁶⁰.

Un importante aspetto di miglioramento di funzionamento della Commissione è intervenuto a seguito della riforma del 1993 e consiste nella possibilità riconosciuta in capo a soggetti esterni interessati di essere sentiti sia di propria iniziativa che su richiesta della Commissione.

I membri della Commissione possono, infatti, sentire tutti coloro che sono suscettibili di apportare delle informazioni rilevanti sui casi oggetto dell'incarico, e di farsi trasmettere tutti i documenti necessari al compimento della loro funzione.

Le parti interessate possono a loro volta chiedere di essere sentite prima della delibera, salvo il caso in cui la Commissione sia stata attivata su iniziativa del giudice; appare, infatti, assolutamente sconveniente che il dibattito fra le parti si sposti dal tribunale alla Commissione.

Il buon funzionamento della Commissione è garantito dalla stabilità indipendenza e imparzialità dei suoi membri che sono nominati per un mandato triennale e non possono deliberare quando siano in conflitto di interesse rispetto al caso trattato.

¹⁵⁹ La riforma del 1993 ha contribuito ad un notevole miglioramento del funzionamento della commissione introducendo espedienti tutt'oggi esistenti che hanno determinato il rafforzamento della struttura permanente della Commissione.

¹⁶⁰ Così V. CHARTIER, *La réforme de la Commission des clauses abusives*, in *La semaine juridique*, cit., 100 e 177.

A norma di quanto stabilito dall'art. R. 132-6 la Commissione può essere attivata su iniziativa del Ministro del Consumo, delle associazioni a tutela dei consumatori e dei professionisti interessate; può inoltre attivarsi d'ufficio, o per iniziativa del giudice nell'ambito della funzione consultiva di cui agli artt. L. 534-4 e R. 132-6.

La Commissione si riunisce almeno una volta al mese per assicurare la continuità del suo lavoro.

31. *Le funzioni della Commissione*

Il ruolo consultivo affidato alla Commissione si esplica attraverso l'esercizio di funzioni che si pongono quale corollario al suo incarico di osservatore dei modelli contrattuali diffusi dai professionisti¹⁶¹.

Invero, a norma dell'art. L. 534-1 la Commissione deve cercare all'interno dei modelli contrattuali abitualmente proposti dai professionisti ai non professionisti o consumatori, le clausole che possono presentare un carattere abusivo e raccomandarne la soppressione. Fino ad oggi sono state emanate ben settanta Raccomandazioni di cui si avrà modo di parlare più approfonditamente in seguito.

La Commissione è inoltre tenuta alla formulazione di pareri nei confronti del governo con riferimento ai progetti di decreti di interdizione di clausole abusive (L. 132-1, comma secondo) e nei confronti dei giudici, quando dagli stessi sia adita ai fini dell'emanazione di un parere sull'eventuale carattere abusivo di una clausola oggetto di contenzioso (R. 132-6).

La dottrina distingue "*les avis*" della Commissione – che in questa sede traduciamo con il termine "pareri" - dalle Raccomandazioni.

I primi, si dice, costituiscono degli atti preparatori rispetto alla redazione di altri atti di natura decisoria, amministrativa o giudiziale; le Raccomandazioni, invece, non si inseriscono all'interno di un'operazione procedimentale complessa, bensì rappresentano degli atti diretti, non strumentali all'emanazione di altri atti¹⁶².

¹⁶¹ Le funzioni della Commissione delle Clausole abusive sono elencate agli artt. da L. 132-2 a L.132-5 cod. cons. Il funzionamento della Commissione è disciplinato dagli artt. R 132-3 a R. 132-6.

¹⁶² R. GODET, *La participation des autorités administrative indépendantes au règlement des litiges juridictionnels de droit commun: l'exemple des autorités de marché*, in RFDA, 2002, 957.

Su tali premesse parte della dottrina critica l'eccessivo ravvicinamento tra Raccomandazioni e funzioni consultive, escludendo che le prime possano essere ricondotte all'esercizio di funzioni consultive come tradizionalmente intese¹⁶³.

La Commissione deve, infine, stabilire ogni anno il rapporto delle sue attività in cui propone eventuali modifiche legislative o regolamentari. Questo obbligo è descritto dall'art. R. 534-15, comma secondo, Cod. Cons.

Il rapporto di attività è un documento completo che fa generalmente il punto sull'anno trascorso in termini di attività (bilancio e lavori in corso), del funzionamento interno e del seguito giurisprudenziale, regolamentare e legislativo dato alle attività della Commissione.

Questo rapporto è pubblicato sul BOCCRF ovvero *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*.

32. *Le Raccomandazioni della Commissione delle Clausole Abusive*

Secondo il disposto dell'art. L. 534-1 la Commissione delle Clausole Abusive controlla i modelli contrattuali abitualmente proposti dai professionisti agli utenti, al fine di verificare se questi documenti contengano clausole vessatorie.

Corollario del ruolo di osservatore dei modelli contrattuali della Commissione è il potere, ad essa attribuito, di emettere delle Raccomandazioni attraverso le quali la Commissione invita i professionisti alla soppressione o alla modifica delle clausole che la stessa ritiene illegittime.

Le Raccomandazioni della Commissione costituiscono un provvedimento di carattere generale ed astratto rivolto, oltre che ai professionisti, al Ministero del Consumo, affinché quest'ultimo provveda all'adozione di un decreto di interdizione delle clausole abusive.

A titolo esemplificativo riportiamo in nota la più recente Raccomandazione della Commissione affinché il lettore possa apprezzarne il contenuto e la struttura¹⁶⁴.

¹⁶³ L. CALANDRI, *Les actions administratives informelles*, in RIDC, 1994, 645.

¹⁶⁴ *Recommandation n°10-02 relative aux contrats de prévoyance obsèques (BOCCRF du 25/06/2010)*

La Commission des clauses abusives,

Vu l'article 3 de la loi du 15 novembre 1887 ;

Vu les dispositions de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 ;

Vu les dispositions du code de la consommation et notamment les articles L. 132-1 à L. 132-5 et R. 132-1 à R. 132-2-1 ;

Vu les dispositions du code des assurances et notamment les articles L. 132-8 et L. 132-23-1 ;

Vu les dispositions du code général des collectivités territoriales et notamment les articles L. 2223-19, L. 2223-20, L. 2223-23, L. 2223-34-1 et L. 2223-35-1 ;

Vu l'article 42 du code de procédure civile ;

Vu la circulaire de normalisation n° NOR/INT/B/06/00119/C du 20 décembre 2006 ;

Entendu les représentants des professionnels concernés ;

Considérant qu'à la fin de l'année 2009, deux millions et demi de contrats de prévoyance obsèques avaient été souscrits et que ce nombre est appelé à se développer fortement compte tenu de l'évolution démographique ;

Considérant que l'appellation « contrats de prévoyance obsèques » recouvre deux types de contrats d'assurance vie-décès : des contrats en prestations et des contrats en capital ; que, dans la mesure où ces derniers ne garantissent pas que le capital sera versé à un opérateur funéraire et n'ont donc pas de lien nécessaire avec le financement des obsèques, le champ de la présente recommandation porte uniquement sur les contrats en prestations associant un intermédiaire d'assurance à un opérateur funéraire ; que la finalité de ces contrats est de garantir le versement d'un capital à l'opérateur funéraire pour qu'il réalise les obsèques selon les volontés du consommateur ;

Considérant que la Commission regrette que la présentation commerciale de certains contrats laisse penser au consommateur que ses volontés seront respectées dans l'organisation de ses obsèques, alors même que le contrat, étant de capitalisation, n'a pas cet objet, ou bien, lorsqu'il s'agit d'un contrat de prévoyance obsèques à proprement parler, que ce respect n'est pas contractuellement garanti ;

Considérant que certains montages contractuels sont d'une grande complexité juridique faisant intervenir une association, un groupement d'intérêt économique funéraire, un opérateur funéraire, un mandataire, un assureur, un assistant, etc. ; que leur présentation matérielle ne permet pas toujours au consommateur d'identifier les multiples intervenants et leurs rôles respectifs ;

Considérant que l'examen de ces contrats révèle des clauses abusives relatives au contenu du contrat, à sa modification, à l'exécution et à l'inexécution des prestations ;

I - Les clauses relatives au contenu du contrat

1° - Considérant que les contrats de certains opérateurs funéraires proposent au consommateur un ensemble de prestations sans faire apparaître clairement la distinction entre celles qui, en application de l'article L. 2223-20 du code général des collectivités territoriales, présentent un caractère obligatoire pour l'exécution de leur mission de service public, et celles qui sont seulement facultatives ; que ces clauses ne permettent pas au consommateur de se faire une idée précise des prestations obligatoires ; qu'en contrevenant ainsi aux dispositions légales précitées, elles sont illicites et que, maintenues dans les contrats, elles présentent un caractère abusif ;

2° - Considérant que plusieurs contrats présentent certaines prestations funéraires comme obligatoires, alors qu'elles ne revêtent pas ce caractère en vertu de l'article L. 2223-20 du code général des collectivités territoriales ; que, dans la mesure où ces clauses laissent croire au consommateur qu'il est tenu de souscrire de telles prestations, elles sont de nature à créer un déséquilibre significatif à son détriment ;

II - Les clauses relatives à la modification du contrat

3° - Considérant que certains contrats contiennent une clause en vertu de laquelle le devis des prestations, qui sert de base au montant du capital que va choisir le consommateur, a une durée de validité de 4 mois après sa signature ; cette clause est de nature à laisser croire au consommateur que, 4 mois après son acceptation du devis, le professionnel sera libre de modifier les termes de son engagement ; que cette clause relève donc de l'interdiction du 3°) de l'article R. 132-1 du code de la consommation ;

4° - Considérant que certaines clauses permettent, à l'occasion de la modification de l'opérateur funéraire par le consommateur conformément aux dispositions de l'article L. 2223-35-1 du code général des collectivités territoriales, au mandataire désigné par ce dernier de limiter son obligation contractuelle de garantir la bonne exécution des obsèques ; que ces clauses, qui sont de nature à permettre au professionnel d'alléger unilatéralement son obligation contractuelle à l'occasion de l'exercice d'une prérogative légale par le consommateur, créent un déséquilibre contractuel significatif au détriment de ce dernier ;

5° - Considérant que plusieurs contrats permettent expressément au consommateur, conformément aux dispositions de l'article L. 2223-35-1 du code général des collectivités territoriales, de modifier certains éléments de son contrat, notamment le montant du capital initialement choisi ; que toutefois, certaines clauses prévoient, en cas d'augmentation de ce capital, un paiement immédiat par le consommateur tandis que, en cas de diminution, le remboursement dû aux héritiers n'est prévu qu'après son décès ; que de telles stipulations, qui permettent au professionnel de conserver ces sommes sans aucune justification pendant une durée indéterminée, sont de nature à créer un déséquilibre significatif au détriment du consommateur ; qu'elles sont donc abusives ;

6° - Considérant que diverses clauses permettent à l'opérateur funéraire, dans l'hypothèse « où certaines prestations ou fournitures seraient modifiées ou supprimées », de leur conserver « une qualité et/ou un caractère équivalent » ; que de telles clauses, par leur généralité, autorisent le professionnel à substituer, à sa discrétion, des prestations à celles initialement prévues ; qu'elles sont abusives au sens du 3°) de l'article R. 132-1 du code de la consommation ;

7° - Considérant que les contrats de plusieurs opérateurs funéraires prévoient que certaines prestations ou fournitures, non stipulées mais nécessaires à la « bonne exécution » des obsèques, feront l'objet d'une facturation supplémentaire et d'un prélèvement automatique ; que de telles clauses, en ce qu'elles permettent au professionnel d'imposer unilatéralement des prestations supplémentaires au consommateur, en fonction d'éléments insuffisamment précis et explicites, sont abusives au sens du 3°) de l'article R.132-1 du code de la consommation ;

8° - Considérant que le contrat d'un opérateur funéraire, prévoit, sans autre précision, que le changement de domicile du consommateur peut entraîner une modification de son contrat ; qu'aucun détail n'est donné sur cette modification éventuelle ni sur les conséquences qui pourraient résulter d'un changement de domicile quelle que soit la distance séparant le nouveau domicile de l'ancien ; que, par sa généralité, cette stipulation est de nature à réserver au professionnel la possibilité de modifier unilatéralement et discrétionnairement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre, en méconnaissance des dispositions du 3°) de l'article R.132-1 du code de la consommation ;

9° - Considérant que certaines clauses prévoient que le consommateur ne peut changer l'opérateur funéraire, bénéficiaire du contrat, qu'avec l'accord préalable de celui initialement choisi ; que ces stipulations ne permettent pas au consommateur de modifier l'opérateur funéraire à tout moment contrairement à ce que prévoit l'article L. 2223-35-1 du code général des collectivités territoriales ; qu'elles sont illicites et que, maintenues dans les contrats, elles présentent un caractère abusif ;

10° - Considérant que certaines clauses prévoient un délai minimum pour modifier l'opérateur funéraire ; que ces dispositions ne permettent donc pas au consommateur de changer d'opérateur funéraire à tout moment contrairement à ce qu'édicte l'article L. 2223-35-1 du code général des collectivités territoriales ; qu'elles sont illicites et que, maintenues dans les contrats, elles présentent un caractère abusif ;

III - Les clauses relatives à l'exécution et l'inexécution des prestations

11° - Considérant que les contrats qui prévoient le paiement par primes périodiques imposent le prélèvement automatique comme mode unique de paiement ; que de telles stipulations sont abusives en ce qu'elles ne laissent aucun choix du mode de paiement au consommateur ;

12° - Considérant que certaines clauses subordonnent la mise en œuvre des prestations d'assistance, en particulier celle relative au rapatriement du corps, à l'obligation, pour « tout membre de la famille », après le décès du souscripteur, de téléphoner au gestionnaire du contrat et de lui déclarer des « éléments », sans autre précision ; que, faute pour le consommateur de connaître à l'avance les renseignements susceptibles de lui être demandés et, surtout, de savoir sur quelles bases le gestionnaire serait amené à refuser la prise en charge du rapatriement, les clauses litigieuses sont de nature à autoriser le professionnel à faire dépendre l'exécution de son obligation de sa seule discrétion ; qu'elles rompent ainsi l'équilibre contractuel au détriment du consommateur, en contravention aux dispositions du 1°) de l'article R.132-2 du code de la consommation ;

13° - Considérant que les contrats organisent la procédure à suivre pour que l'assistant exécute son obligation contractuelle de rapatriement du corps ; qu'une clause subordonne cette prestation à la réalisation par ce dernier de « vérifications utiles » ; que la nature des « vérifications » à effectuer n'étant nullement précisée, l'intervention du professionnel ne dépend que de sa seule appréciation de la situation et qu'ainsi,

postérieurement à la conclusion du contrat, il sera en mesure de se libérer discrétionnairement de son obligation contractuelle ; qu'une telle stipulation contractuelle crée un déséquilibre significatif au détriment du consommateur et qu'elle est présumée abusive au sens du 1°) de l'article R.132-2 de la consommation ;

14° - Considérant que certaines clauses prévoient que l'assureur, après le décès du consommateur et le versement du capital convenu, se réserve le droit de demander « tout justificatif complémentaire qu'il juge utile » ; que ces stipulations sont de nature à laisser croire au consommateur que, faute pour lui d'être en mesure de répondre à ces exigences indéterminées, laissées à la discrétion du professionnel, le versement du capital souscrit pourrait être remis en cause ; qu'une telle clause est de nature à créer un déséquilibre significatif au détriment du consommateur ; qu'elle est donc abusive ;

15° - Considérant que certains contrats relatifs à la garantie d'assistance rapatriement du corps prévoient une liste de cas dans lesquels la société d'assistance entend se libérer de son obligation contractuelle ; que l'usage de l'adverbe « notamment » placé au début de cette liste ainsi que l'énumération de diverses hypothèses insuffisamment précises ou limitées permettent au professionnel de se libérer de son obligation contractuelle même dans des situations ne relevant pas de la force majeure ; qu'une telle clause crée un déséquilibre significatif au détriment du premier ; qu'elle est donc abusive ;

16° - Considérant que certains contrats prévoient que le tribunal compétent en cas de litige est celui du siège social du professionnel ; que l'article 48 du code de procédure civile prohibe la clause attributive de compétence entre professionnels et consommateurs ; que de telles clauses, qui ont pour objet de déroger aux règles impératives de compétence territoriale, sont illicites et que, maintenues dans les contrats, elles sont abusives.

Recommande que soient éliminées des contrats de prévoyance obsèques les clauses ayant pour objet ou pour effet :

1° - de ne pas mettre le consommateur en mesure d'identifier les prestations funéraires obligatoires, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 2223-20 du code général des collectivités territoriales ;

2° - de laisser croire au consommateur qu'il est tenu de souscrire certaines prestations funéraires qui, pourtant, ne revêtent aucun caractère obligatoire ;

3° - de laisser croire au consommateur que le professionnel, postérieurement à l'acceptation du devis, aura la faculté de modifier les termes de son engagement ;

4° - de permettre au mandataire, en méconnaissance des dispositions du 4°) de l'article R. 132-1 du code de la consommation, de modifier unilatéralement son obligation contractuelle de garantir la bonne exécution des obsèques à l'occasion de l'exercice par le consommateur d'une prérogative légale ;

5° - de prévoir un paiement immédiat du consommateur lorsqu'il décide d'augmenter le capital et un remboursement, seulement après son décès, lorsqu'il choisit d'en diminuer le montant ;

6° - d'autoriser le professionnel à modifier ou supprimer de manière discrétionnaire certaines prestations ou fournitures ;

7° - d'autoriser le professionnel à facturer de manière unilatérale au consommateur des prestations non initialement stipulées, en méconnaissance des dispositions du 3°) de l'article R. 132-1 du code de la consommation ;

8° - de réserver au professionnel le droit de modifier discrétionnairement les clauses du contrat en cas de changement de domicile du consommateur ;

9° - de soumettre le changement d'opérateur funéraire initialement choisi à l'accord de ce dernier, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 2223-35-1 du code général des collectivités territoriales ;

10° - d'imposer au consommateur un délai pour changer d'opérateur funéraire, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 2223-35-1 du code général des collectivités territoriales ;

11° - d'imposer au consommateur le prélèvement automatique comme mode unique de paiement ;

12° - de permettre au professionnel de faire dépendre l'exécution de sa prestation à la fourniture, par le consommateur, d'« éléments » indéterminés ;

13° - de permettre à l'assistant de faire dépendre l'exécution de son obligation de rapatriement du corps de vérifications non définies et laissées à son appréciation discrétionnaire ;

14° - de laisser croire au consommateur que, postérieurement au décès du souscripteur, le versement du capital pourrait être remis en cause à défaut de la fourniture par ce premier de justificatifs relevant de la seule discrétion du professionnel ;

Dalla sua creazione la Commissione ha emesso una molteplicità di Raccomandazioni alcune a carattere generale ed altre relative a un contratto in particolare, di cui in nota l'integrale elencazione¹⁶⁵.

15° - de permettre au professionnel de se libérer de son obligation contractuelle même dans des situations non constitutives de la force majeure ;

16° - de déroger aux règles légales de compétence territoriale des juridictions.

Recommandation adoptée le 15 avril 2010 sur le rapport de Mme Ariane Pommery.

¹⁶⁵ Fino ad oggi la Commissione ha emanato 70 raccomandazioni: n° 79-01 sur les contrats de garantie ; n° 79-02 sur les recours en justice ; n° 80-01 sur la location d'emplacements pour affichage publicitaire ; n° 80-02 sur la continuation de l'assurance en cas de vente immobilière ; n° 80-03 sur la formation du contrat ; n° 80-04 sur la location de locaux à usage d'habitation ; n° 80-05 sur l'achat d'objets d'ameublement ; n° 80-06 sur les délais de livraison ; n° 81-01 sur l'équilibre des obligations en cas d'inexécution du contrat ; n° 81-02 sur les contrats de construction de maisons individuelles ; n° 82-01 sur le transport terrestre de marchandises ; n° 82-02 sur les contrats proposés par les déménageurs ; n° 82-03 sur l'installation de cuisines ; n° 82-04 sur les travaux photographiques ou cinématographiques ; n° 84-01 sur la distribution de gaz liquéfié ; n° 84-02 sur le transport terrestre de voyageurs ; n° 84-03 sur l'hôtellerie de plein air ; n° 85-01 sur la distribution de l'eau ; n° 85-02 sur l'achat de véhicules automobiles ; n° 85-03 sur les établissements hébergeant des personnes âgées ; n° 85-04 sur l'assurance "multirisque habitation" ; n° 86-01 sur la location avec option d'achat ; n° 86-02 sur les remontées mécaniques dans les stations de sports d'hiver ; n° 87-01 sur la location de coffres-forts ; n° 87-02 sur les contrats proposés par les agences matrimoniales ; n° 87-03 sur les clubs de sport à caractère lucratif ; n° 88-01 sur les prêts dans les contrats d'accession à la propriété immobilière ; n° 89-01 sur l'assurance des véhicules de tourisme ; n° 90-01 sur l'assurance complémentaire à un crédit ; n° 90-02 sur l'assurance "dommages-ouvrages" ; n° 91-01 sur les contrats proposés par les établissements d'enseignement ; n° 91-02 recommandation de synthèse ; n° 91-03 sur le contrat de construction de maisons individuelles ; n° 91-04 sur les contrats de location de certains biens mobiliers ; n° 94-01 concernant les clauses dites de consentement implicite ; n° 94-02 relative aux contrats porteurs des cartes de paiement assorties ou non d'un crédit ; n° 94-03 relative aux contrats de séjours linguistiques ; n° 94-04 relative aux locations saisonnières ; n° 94-05 concernant les bons de commandes et contrats de garantie des véhicules d'occasion ; n° 95-01 sur les contrats d'abonnement autoroutier ; n° 95-02 sur les contrats proposés par les éditeurs ou distributeurs de logiciels ou de progiciels ; n° 96-01 sur les contrats proposés par les syndicats de copropriété ; n° 96-02 sur les locations de véhicules automobiles ; n° 96-03 sur les contrats de révélation de succession proposés par les généalogistes ; n° 97-01 sur les contrats concernant la télésurveillance ; n° 97-02 sur les contrats de maintenance de certains équipements d'immeubles ; n° 98-01 sur les contrats d'abonnement au câble et à la télévision à péage ; n° 99-01 concernant les contrats de dépôt-vente ; n° 99-02 relative aux contrats de radiotéléphones portables ; n° 2000-01 relative aux contrats de location de locaux à usage d'habitation ; n° 2001-01 complémentaire à la recommandation n° 85-01 du 19 novembre 1982 concernant les contrats de distribution d'eau ; n° 2001-02 sur les clauses relatives à la durée des contrats conclus entre professionnels et consommateurs ; n° 2002-01 relative aux contrats de vente de listes en matière immobilière ; n° 2002-02 relative aux formules d'accès au cinéma donnant droit à des entrées multiples ; n° 2002-03 relative aux contrats d'assurance de protection juridique ; n° 2003-01 relative aux contrats de fourniture d'accès à Internet ; n° 2003-02 relative aux mandats de vente, de location ou de recherche d'un bien immobilier ; n° 2004-01 relative aux contrats de traitement contre les termites et autres insectes xylophages ; n° 2004-02 relative aux contrats de vente de véhicules automobiles neufs ; n° 2004-03 relative aux contrats de prêt immobilier ; n° 2005-01 relative aux contrats d'hôtellerie de plein air et aux contrats de locations d'emplacements de résidence mobile ; n° 2005-02 relative aux conventions de comptes bancaires ; n° 2005-03 relative au auto-école ; n° 2007-01 relative aux services groupés de l'internet, du téléphone et de la télévision ; n° 2007-02 relative aux contrats de vente mobilière conclue par internet ; n° 2008-01 relative à la fourniture de voyages proposés sur internet ; n° 2008-02 relative aux contrats proposés par certains établissements hébergeant des personnes âgées et non habilités à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale ; n° 2008-03 relative aux transports terrestres collectifs de voyageurs (complétant

Il Ministro del Consumo, sia d'ufficio che su domanda della Commissione, rende pubbliche le Raccomandazioni attraverso la loro pubblicazione nel BOCCRF (*Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*); siffatta pubblicazione è ciò che conferisce a tali atti una certa autorità, malgrado il loro carattere non obbligatorio.

A norma dell'art. L.534-3 le Raccomandazioni oggetto di pubblicazione non devono contenere alcuna indicazione che consenta di identificare le situazioni individuali che stanno a monte della loro emanazione.

A tale proposito, il Consiglio di Stato, nella pronuncia del 16 gennaio 2006 ha riconosciuto nella violazione della disposizione appena richiamata l'unico caso in cui è ammesso il ricorso per eccesso di potere contro la decisione del Ministro del Consumo di pubblicare una Raccomandazione della Commissione:

33. Segue: Indagine sulla natura delle Raccomandazioni

Lo studio delle Raccomandazioni della Commissione francese ci porta in primo luogo ad interrogarci sul valore giuridico da attribuire alle stesse, al fine di comprendere la loro collocazione sistematica all'interno dell'ordinamento giuridico francese.

A seguito dell'emanazione della legge Scrivener si è reso, infatti, indispensabile capire se le Raccomandazioni fossero o meno dotate di carattere obbligatorio, nonché, quale fosse la loro collocazione all'interno del sistema delle fonti, nella convinzione di alcuni autori che, pur se prive del carattere della normatività, esse giocassero, e tutt'ora giochino, un ruolo centrale nel sistema di lotta contro le clausole abusive¹⁶⁶.

Oggetto della riflessione sarà, dunque, in primo luogo, il dibattito intorno al carattere vincolante o non vincolante di questi atti.

34. Il carattere non vincolante delle Raccomandazioni della Commissione

la recommandation n° 84-02) ; n° 2010-01 relative au soutien scolaire; n° 2010-02 relative au prévoyance obsèques.

¹⁶⁶ Per tutti L. LEVENEUR, *La Commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations : Journées nationales de l'association H. Capitant*, 1, 1997, 155, l'autore afferma: "On pourrait résumer la question de la normativité des recommandations de la Commission des clauses abusives en disant, empruntant partiellement la formule à L. Leveneur, que les recommandations de la Commission n'ont pas une normativité de droit mais une normativité de fait".

Il problema della vincolatività delle Raccomandazioni della Commission des Clauses Abusives è stato affrontato dalla giurisprudenza francese che ne ha escluso in modo netto il carattere obbligatorio.

Tuttavia, secondo alcuni autori la questione non si poneva affatto all'epoca della nascita del sistema di lotta contro le clausole abusive, quando il giudice non poteva dichiarare una clausola illegittima se non sulla base di un decreto del Consiglio di Stato che ne consacrava l'illegittimità¹⁶⁷.

All'epoca, infatti, le Raccomandazioni emesse dalla Commissione erano perlopiù destinate al Ministero del consumo ai fini del procedimento di interdizione della clausola attraverso il potere regolamentare: la sola fonte formale di interdizione delle clausole abusive era, dunque, il decreto del governo, le raccomandazioni che si trovavano a monte del decreto non avevano alcuna vocazione a diventare fonti formali di diritto¹⁶⁸.

La questione ha cambiato totalmente fisionomia quando la Corte di Cassazione, con sentenza del 15 gennaio 1991, ha riconosciuto in capo al giudice la possibilità di dichiarare una clausola abusiva anche in assenza di un decreto che la prevedesse come tale.

E' in questa fase che dottrina e giurisprudenza iniziano ad interrogarsi sul possibile valore vincolante delle raccomandazioni emesse dalla Commissione francese.

Venuta meno, infatti, la necessità del decreto ai fini della pronuncia di illegittimità della clausola, si è ipotizzato un ruolo di prima linea delle Raccomandazioni della Commissione, quali fonti formali di riferimento ai fini del giudizio di abusività.

Si trattava di capire se in sede giudiziale fosse possibile considerare una clausola contrattuale abusiva in forza del fatto che la stessa figurasse come tale in una Raccomandazione della Commissione.

La questione è stata presto affrontata dalla giurisprudenza. A pronunciarsi fu la prima camera civile della Corte di Cassazione con la sentenza del 13 novembre 1996 (caso *Pastel*)¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Sul punto Paragrafo 1.

¹⁶⁸ L. LEVENEUR, *La Commission, source de droit ? Colloque "La Commission des clauses abusives en action : 30ème anniversaire"*, contributo orale presentato il 20 marzo 2009, in corso di pubblicazione in edizione Litec.

¹⁶⁹ Cass. civ., 13 nov. 1996, in *Bull. civ.* 1996, I, n. 399; commento di P. DELEBEQU, in *Contrats, conc. consom.* 1997, 32.

Un'associazione di consumatori aveva agito in giudizio contro Telecom Francia per far dichiarare abusive due clausole del contratto attraverso il quale la Compagnia commercializzava una carta telefonica - denominata *Pastel* - che permetteva ai suoi utilizzatori di telefonare da tutti i telefoni, pubblici o privati, situati in Francia o all'estero, senza dover pagare il costo della telefonata, che veniva direttamente addebitato sul conto del titolare della carta.

L'associazione aveva già fatto ricorso alla Corte d'Appello di Parigi in ragione del fatto che alcune clausole – come quella chiamata di “*confidentialité du code secret*”, che imponeva all'abbonato di dare all'operatore di Telecom Francia il numero della sua carta telefonica e il codice, e che esonerava la Compagnia telefonica da ogni responsabilità in caso di divulgazione degli stessi – erano contrarie a due Raccomandazioni della Commissione di controllo francese: la n. 91-02 e la n. 94-02.

La Corte d'Appello di Parigi decise di preservare le clausole contestate nella loro integrità non intravedendo nelle stesse alcun abuso.

L'associazione dei consumatori, convinta delle proprie ragioni, propose ricorso in Cassazione, ribadendo il carattere abusivo delle clausole in forza delle suddette Raccomandazioni della Commissione.

L'esito fu ancora una volta negativo. La Corte di Cassazione, infatti, rigettava il ricorso, e sulla questione della portata delle Raccomandazioni la sua risposta fu sferzante. La Corte dichiarò, infatti, che ad essere abusivo in quella occasione non erano il regolamento negoziale sottoposto a giudizio, ma lo stesso ricorso in Cassazione proposto dall'attrice, posto che compito della Cassazione è quello di sorvegliare sulla corretta applicazione delle regole di diritto da parte dei giudici, e le Raccomandazioni della Commissione non potevano rientrarvi non essendo delle regole di diritto.

Per tali motivi l'associazione fu condannata al pagamento di un'ammenda civile¹⁷⁰.

Secondo la dottrina di allora si trattò di una pronuncia più che prevedibile in quanto non era immaginabile che la Commissione potesse ritenersi investita di una qualche autorità normativa¹⁷¹.

¹⁷⁰ M. LEVENEUR, *La Commission, source de droit? - Colloque "La Commission des clauses abusives en action : 30ème anniversaire"*, cit.

Esiste un solo modo per le Raccomandazioni di acquistare forza vincolante: essere “convertite in decreti”, secondo quanto disposto dal secondo comma dell’art. L.132-1 del Codice del Consumo francese¹⁷².

Sulla stessa linea si pone una decisione resa undici anni più tardi dalla Corte di Cassazione nella causa contro la Società OAL (società fornitrice di servizio di accesso ad internet), questa volta con esito positivo per l’associazione dei consumatori che aveva agito in giudizio per la soppressione delle clausole abusive contenute nel contratto di fornitura utilizzato dalla società¹⁷³.

La Corte d’Appello aveva rilevato un certo numero di abusi da parte della resistente e ordinato, conseguentemente, la soppressione di diverse clausole dal modello contrattuale dalla stessa proposto.

Nel ricorso in Cassazione il professionista contestava che il rappresentante dell’associazione attrice aveva partecipato all’elaborazione della raccomandazione relativa al contratto di fornitura di accesso ad internet alla quale l’associazione si era appoggiata per motivare la domanda di soppressione della clausola.

La prima camera civile rigettava tuttavia il ricorso affermando che, una siffatta partecipazione doveva ritenersi priva di incidenza sul delinearsi della domanda di soppressione della clausola, non essendo i giudici vincolati dalle Raccomandazioni della Commission¹⁷⁴.

Dello stesso orientamento è risultata una pronuncia del Consiglio di Stato francese, che con sentenza n. 274721 del 16 gennaio 2006 ha preso esplicitamente posizione sulla natura giuridica delle Raccomandazioni adottate dalla Commissione delle Clausole Abusive¹⁷⁵.

In tale occasione, la Fédération du Crédit Mutuel Centre Est Europe domandava l’annullamento per eccesso di potere di due atti¹⁷⁶: una

¹⁷¹ R. LIBCHABER, *L'autorité des recommandations de la Commission des clauses abusives*, in RTD Civ., 1997, 791.

¹⁷² M. GUYOMAR, *Les recommandations de la Commission des clauses abusives ne sont pas des décisions faisant grief*, in AJDA, 2006, 828.

¹⁷³ Con la locuzione “*action en suppression*” viene indicata nel diritto francese quella che nel diritto italiano corrisponde all’azione inibitoria.

¹⁷⁴ Cass. civ., 8 nov. 2007, n. 05-20637, in *Bull.civ.*, 2007.

¹⁷⁵ G. RAYMOND, *Recours administratif contre les avis de la Commission des clauses abusives*, in *Contrats, Concurr. et Consom.*, 2006, 117.

¹⁷⁶ Art. L.534- 3: “*La commission recommande la suppression ou la modification des clauses qui présentent un caractère abusif*”. Art. L.132-4 oggi abrogato: “*La commission recommande*

Raccomandazione della Commissione francese del 24 maggio 2004, relativa ai contratti di prestito immobiliare e, la decisione del Ministro del Consumo del 30 settembre 2004 di pubblicare tale Raccomandazione nel bollettino ufficiale della concorrenza e del consumo.

Nella domanda di annullamento della Raccomandazione veniva contestata la valutazione compiuta dalla Commissione di controllo in virtù della quale era stata dichiarata illegittima la clausola che rimetteva al solo mutuante la scelta in ordine a possibili variazioni del tasso di interesse del prestito, e conferiva al suo organo direttivo interno il potere di decisione in caso di contestazioni sul punto.

Tralasciando in questa prima fase la pronuncia del Consiglio di Stato in ordine all'ammissibilità dell'impugnazione per eccesso di potere delle Raccomandazioni della Commissione e della decisione relativa alla loro pubblicazione¹⁷⁷, interessa qui richiamare la definizione che l'Alta Corte amministrativa ha dato rispetto all'atto raccomandatorio della Commissione di controllo.

Fino ad allora la Corte di Cassazione aveva semplicemente messo in evidenza che le Raccomandazioni non potevano considerarsi dotate di efficacia obbligatoria¹⁷⁸; il Consiglio di Stato compie un'importante precisazione rispetto alla giurisprudenza anteriore, affermando la natura "esortativa" delle Raccomandazioni.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti: *"...quando emette delle raccomandazioni, la Commissione, non fa delle regole che s'impongono ai singoli o alle autorità pubbliche, ma si limita a invitare i professionisti a eliminare o a modificare la clausole qualora essa ne abbia indicato il carattere abusivo"*.

Il giudice amministrativo fa, dunque, del carattere "esortativo" – espresso con il termine francese "invitativ" - un tratto identificativo delle Raccomandazioni¹⁷⁹.

la suppression ou la modification des clauses qui présentent un caractère abusif. Le ministre chargé de la consommation peut soit d'office, soit à la demande de la commission, rendre publiques ces recommandations qui ne peuvent contenir aucune indication de nature à permettre l'identification de situations individuelles".

¹⁷⁷ Sul punto vedere Paragrafo seguente.

¹⁷⁸ Oltre alle due sentenze sopra richiamate, vedi anche Cass. Civ. 1 febbraio 2000, in *Resp. Civ. Assur.*, 2000, 138.

¹⁷⁹ Il tentativo di dare una traduzione italiana che sia il più possibile fedele al significato che il Consiglio di Stato ha voluto trasmettere con il termine "invitativ" ci porta a tradurre l'espressione con il verbo esortare, e dunque: "esortativo".

Attraverso l'uso di tale espressione il Consiglio di Stato intende mettere in luce il fatto che le Raccomandazioni devono considerarsi come atti che “suggeriscono” ovvero che “persuadono” i loro destinatari di conformarsi ad un determinato modello di comportamento¹⁸⁰.

L'atto raccomandatorio emesso da un'Autorità Amministrativa, come la Commissione Clausole Abusive, viene perciò definito come un'esortazione indirizzata a uno o più destinatari, pubblici o privati, che restano liberi di conformarsi o meno al contenuto della stessa¹⁸¹.

Per di più, attraverso la pronuncia oggetto di analisi lo stesso Consiglio di Stato mette in evidenza che le Raccomandazioni emesse dalla Commissione, costituiscono uno dei modi di azione privilegiati delle Autorità Amministrative Indipendenti in risposta alle istanze di regolazione del mercato¹⁸².

Una siffatta soluzione deve essere considerata, peraltro, alla luce dei precedenti giurisprudenziali attraverso i quali l'alta Corte amministrativa francese si è pronunciata nel corso degli anni sul carattere “*invitativ*” delle Raccomandazioni¹⁸³.

Infatti, la stessa lettura era stata adottata dal Consiglio di Stato anche in precedenza, se pur non del tutto esplicitamente.

In occasione della sentenza del 6 aprile 1998 (*Union Syndicale de la production audiovisuelle*) il Consiglio di Stato aveva affermato, infatti, che le raccomandazioni adottate dal Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) dovevano ritenersi: “...delle misure aventi per scopo quello di portare le società chiamate in causa a rispettare i loro obblighi”¹⁸⁴.

Anche la pronuncia del 18 dicembre 2002 (*Association Promouvoir*) ha permesso al Consiglio di Stato di precisare che le Raccomandazioni adottate dal C.S.A. fanno parte dei “mezzi” utilizzati dallo stesso organismo per invitare gli

¹⁸⁰ L. CALANDRI, *Le pouvoir de recommandations de la Commission des clauses abusives*, in *Petites affiches*, 15 septembre 2006, 185, 4.

¹⁸¹ Sul punto “*Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*”, Thèse, Toulouse, 2005, sotto la direzione di S. REGOURD.

¹⁸² Sul punto vedere “*Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*”, cit.

¹⁸³ L. CALANDRI, *Le pouvoir de recommandations de la Commission des clauses abusives*, in *Petites affiches*, cit. 185.

¹⁸⁴ Sul punto vedi AJDA, 1998, 731.

operatori del settore pubblico della radiodiffusione sonora e della televisione, a rispettare gli obblighi loro imposti¹⁸⁵.

35. *Segue: Sull'impugnazione delle Raccomandazioni*

Un ulteriore punto di interesse toccato dalla sentenza del Consiglio di Stato del 16 gennaio 2006 risiede nella chiarificazione operata dall'Alta Corte amministrativa in ordine al regime contenzioso delle Raccomandazioni della Commissione Clausole Abusive.

Il Consiglio di Stato ha escluso, infatti, l'ammissibilità del ricorso per eccesso di potere contro le Raccomandazioni della Commissione in ragione della loro natura di atti esortativi ovvero privi di carattere decisorio.

Le Raccomandazioni della Commissione, si dice, non costituiscono delle decisioni amministrative suscettibili di essere impugnate per eccesso di potere “...considerato che risulta dalle disposizioni di legge che la Commissione, quando emette delle Raccomandazioni, non crea delle regole che si impongono ai singoli o alle autorità pubbliche, ma si limita a invitare i professionisti interessati a sopprimere o modificare le clausole che la stessa ritiene presentino un carattere abusivo; ... allo stesso modo, esse non costituiscono delle decisioni amministrative suscettibili di fare da oggetto di un ricorso per eccesso di potere”¹⁸⁶.

Ciò sembra logico, conferma la dottrina, se si tiene conto della rigidità delle condizioni di ammissibilità del ricorso per eccesso di potere, che nulla hanno a che vedere con un atto c.d. “*invitativ*”¹⁸⁷.

In ordine alla diversa questione relativa alla domanda di annullamento della decisione di pubblicare la Raccomandazione n. 2004-03, relativa ai contratti prestito immobiliare, il Consiglio di Stato ha così disposto: “*La decisione con cui il Ministro dell'economia decide di pubblicare una Raccomandazione della Commissione delle Clausole Abusive è suscettibile di formare oggetto di un*

¹⁸⁵ Legge n 86-1067 del 30 settembre 1986 relativa alla libertà di comunicazione, detta anche: Loi Léotard.

¹⁸⁶ La soluzione proposta dal Consiglio di Stato si avvicina ad altra giurisprudenza allo stesso riferibile con la quale veniva affermato che le raccomandazioni emesse da un'autorità amministrativa indipendente non possono costituire oggetto di un ricorso per eccesso di potere. Si fa riferimento in particolare alle raccomandazioni emesse dalla Commissione di sicurezza dei Consumatori, CE, 27 maggio 1987, in AJDA, 1987, 607.

¹⁸⁷ L. CALANDRI, *Le pouvoir de recommandations de la Commission des clauses abusives*, in Petites affiches, cit., 4ss.

ricorso davanti al giudice amministrativo, che ...potrà verificare se la stessa sia viziata per errore di fatto, errore di diritto, o sviamento di potere". Tuttavia, continua il Consiglio, il giudice amministrativo non potrà pronunciarsi sul contenuto della Raccomandazione e tantomeno sulla sua legalità o sulla valutazione fatta dal Ministro in ordine alla decisione di pubblicarla o meno.

In una sola ipotesi può ritenersi ammissibile un ricorso per eccesso di potere, ed è quella in cui il Ministro, nel dare pubblicazione alla Raccomandazione, abbia violato il disposto dell'art. L. 534-3 del codice del consumo nella parte in cui stabilisce che dalla pubblicazione non deve emergere alcuna indicazione che consenta di identificare la situazione individuale sottesa al procedimento di controllo¹⁸⁸.

36. *L'influenza delle Raccomandazioni sugli operatori giuridici*

Visto il carattere non vincolante delle Raccomandazioni della Commissione delle Clausole Abusive più volte ribadito dalla giurisprudenza, la dottrina francese si è interrogata a lungo sul valore giuridico da attribuire a tali atti¹⁸⁹.

Se si esamina più approfonditamente la questione, è facile accorgersi, infatti, di come le Raccomandazioni della Commissione siano suscettibili di esercitare la propria influenza in almeno tre direzioni: sui professionisti, che spontaneamente modificano i loro modelli contrattuali tenendo conto delle indicazioni della Commissione; sui giudici, che spesso appoggiano le proprie pronunce di abusività sulle Raccomandazioni della Commissione; e sul legislatore, che in molteplici testi di legge riprende passaggi da quest'ultima elaborati nel medesimo settore di intervento¹⁹⁰.

37. *Influenza sul potere legislativo*

¹⁸⁸ V.AVENA-ROBARDET, *Pas de recours pour excès de pouvoir à l'encontre des recommandations de la Commission des clauses abusive*, in *Recueil Dalloz*, 2006, 576

¹⁸⁹ "E' inimmaginabile che le Raccomandazioni non giochino alcun ruolo all'interno della creazione delle regole di diritto, che non esercitino alcuna influenza nel mondo giuridico. Se così fosse non avrebbe senso che la Commissione continui ad esercitare le proprie funzioni"; così M. LEVENEUR, *La Commission, source de droit ? Colloque "La Commission des clauses abusives en action : 30ème anniversaire"*, contributo orale presentato il 20 marzo 2009, in corso di pubblicazione in edizione Litec.

¹⁹⁰ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Clauses abusives dans les contrats de consommation: critère de l'abus*, in *Contrats, Concurrence, Consommation, Revue Mensuelle Lexis Nexis*, Juin 2008, 7.

Nell'ordinamento francese le Raccomandazioni della Commissione hanno costituito in molteplici occasioni fonte di ispirazione per il legislatore.

Ciò è avvenuto sia per effetto dell'esercizio delle funzioni consultive di cui è assegnataria la Commissione, sia al di fuori di esse.

Circa la prima ipotesi si richiama l'art. L. 132-1, comma secondo, del Codice del Consumo dove si prevede che la Commissione, nel ruolo ufficiale che le viene riconosciuto di osservatore di modelli contrattuali, doni il proprio parere al Consiglio di Stato allorché lo stesso sia impegnato nell'emanazione di un decreto di interdizione delle clausole abusive.

Viene in rilievo, altresì, la diversa ipotesi richiamata dall'art. L. 132-5 Cod. Cons. in cui la Commissione propone all'interno del suo rapporto annuale le modifiche legislative o regolamentari che le sembrano più necessarie.

Nella pratica, come si è già detto, le Raccomandazioni della Commissione sono state raramente all'origine di decreti di interdizione del governo, tuttavia esse hanno costituito un'importante fonte di ispirazione per il legislatore che, all'interno di molteplici testi normativi, ha ripreso i contenuti delle Raccomandazioni relative al settore economico oggetto di intervento.

Senza alcuna pretesa di esaustività si richiamano a titolo esemplificativo: la legge del 19 dicembre 1990, relativa ai contratti di costruzione di case individuali, che riprende numerosi punti di due Raccomandazioni emesse in materia, ovvero la n. 81-02 del 18 novembre 1980 e la n. 88-01 del 21 gennaio del 1988; la legge del 6 luglio del 1990, relativa alle condizioni di determinazione del prezzo della prestazione fornita da stabilimenti di alloggio per persone anziane, che richiama al suo interno molteplici principi enunciati dalla Raccomandazione n. 85-03 del 5 luglio 1995 concernente i contratti proposti dagli stessi stabilimenti; la legge del 13 luglio 2006 che ha completato la lista delle clausole considerate abusive nei contratti di locazione abitativa originariamente indicate dalla legge del 6 luglio del 1989 (molte delle nuove clausole interdette corrispondono a quelle stigmatizzate dalla Commissione francese nella Raccomandazione n. 00-01 del 17 febbraio del 2000).

La materia assicurativa è stata particolarmente interessata da questo fenomeno. L'influenza si manifesta molto chiaramente nella correlazione che esiste tra numerose disposizioni inserite nel codice delle assicurazioni e alcune Raccomandazioni in materia.

Ciò emerge, ad esempio, nell'art. L. 242-1 Cod. Ass., secondo cui l'assicurazione per i danni, sottoscritta da persone che stanno realizzando lavori di costruzione, deve garantire il pagamento della totalità dei lavori di riparazione che possano rendersi necessari nei dieci anni successivi alla consegna dell'opera.

Il contenuto della norma corrisponde esattamente a quanto aveva stabilito la Commissione in una Raccomandazione del 10 novembre del 1989, n. 90, in cui la stessa dichiarava il carattere abusivo delle clausole aventi per oggetto o per effetto quello di limitare contrattualmente, in caso di sinistro, l'ammontare dell'indennità dovuto dall'assicuratore.

Lo stesso è accaduto con riferimento alla disciplina relativa al questionario per la dichiarazione del rischio assicurativo: gli artt. L.113-2 e L. 112-3 Cod. Ass. prescrivono, infatti, in capo all'assicurato l'obbligo di rispondere esattamente alle domande poste dall'assicuratore ai fini dell'apprezzamento del rischio, precisando che l'assicuratore non può valersi del fatto che una domanda di carattere generale abbia ricevuto una risposta imprecisa.

Ciò corrisponde esattamente alle giudiziose critiche che la Commissione aveva formulato contro le clausole che imponevano all'assicurato di dichiarare tutte le circostanze dallo stesso conosciute, necessarie alla determinazione della natura del rischio da parte dell'assicuratore: non essendo un tecnico in materia, si dice, l'assicurato può legittimamente non sapere quali siano le circostanze da dichiarare ai fini della valutazione del rischio. Gli articoli L. 112-3 et L. 113-2 Cod. Ass. nel contenuto definito dalla legge del 1989 si pongono su questa linea¹⁹¹.

38. Influenza sulle pronunce giurisprudenziali

Le Raccomandazioni della Commissione costituiscono una fonte di ispirazione anche per i giudici.

E' accaduto spesso, infatti, che i giudici francesi si siano riferiti espressamente ad una Raccomandazione della Commissione nella motivazione diretta ad affermare il carattere abusivo di una clausola.

¹⁹¹ Il ruolo attivo che le Raccomandazioni possono giocare all'interno del procedimento legislativo appare altresì in un articolo della legge di riforma dell'assicurazione professionale che riprende in molteplici punti la Raccomandazione n. 2002/03.

A tale proposito la dottrina non manca di sottolineare come in modo quasi contraddittorio la Cassazione, che più volte aveva negato il carattere obbligatorio delle Raccomandazioni, in occasione di decisioni posteriori, abbia ridato importanza ai provvedimenti della Commissione, facendo del richiamo agli stessi un tassello portante nelle proprie motivazioni¹⁹².

A titolo esemplificativo, appare interessante richiamare una sentenza della Corte di Cassazione del 1998¹⁹³.

Il giudizio aveva ad oggetto la clausola di un contratto di formazione scolastica che stabiliva che, dopo la sottoscrizione, il corrispettivo doveva essere versato per intero e che per alcun motivo si sarebbe potuto ottenere l'annullamento del contratto.

La Corte d'Appello aveva stabilito che tale clausola doveva ritenersi abusiva in quanto, imponendo all'allievo il pagamento delle rette scolastiche anche in caso di mancata esecuzione del contratto imputabile all'istituto (ovvero per caso fortuito o forza maggiore), procurava alla scuola un vantaggio eccessivo.

La Corte di Cassazione, avvallando la pronuncia della Corte d'Appello, rigettava il ricorso sottolineando il carattere abusivo della clausola anche attraverso il richiamo alla Raccomandazione n. 91-09 del 7 luglio 1989 della Commissione delle Clausole Abusive¹⁹⁴.

Un secondo caso, di particolare interesse, è quello che ha formato oggetto di una pronuncia della Corte del 19 giugno del 2001.

Al centro della vicenda una clausola di un contratto di sviluppo di pellicole fotografiche che limitava il diritto del cliente ad ottenere, in caso di perdita della pellicola, la consegna di una pellicola vergine o il suo controvalore.

La prima camera civile della Corte di Cassazione confermò la pronuncia del Tribunale che aveva stabilito *“che la clausola litigiosa, avendo per effetto quello di creare uno squilibrio significativo tra i diritti e gli obblighi delle*

¹⁹² J. MESTRE, *L'attitude des juges face aux recommandations de la Commission des clauses abusive: entre considération et indépendance*, in RTD Civ. 1999, 94.

¹⁹³ Cass. civ., 10 févr. 1998 : *Bull. civ.* 1998, I, 53.

¹⁹⁴ Cass. civ., 10 febbraio 1998, in *Contrats, conc., consomm.* 1998, 7. In particolare, la dottrina francese sottolinea come la Corte, in tale occasione, abbia utilizzato il termine *«rejoignant»* - che in italiano possiamo tradurre con il verbo “ricollegandosi” - e non invece, il termine “conformemente”, normalmente utilizzato per il richiamo alle disposizioni di legge. La raccomandazione, infatti, si dice, non ha alcun valore normativo; è evidente, tuttavia, che, anche se non rappresenta una norma giuridica, essa non può essere rinnegata nella sua esistenza di fatto e richiamarla ha permesso di costruire una motivazione.

*parti, era abusiva e doveva considerarsi come non scritta secondo la raccomandazione n. 82-04 della Commission delle clauses abusives*¹⁹⁵.

Anche in questo caso, al centro della motivazione vi è il richiamo ad una Raccomandazione della Commissione di controllo.

Un terza decisione della Corte di Cassazione che vale la pena di richiamare è quella del 14 novembre 2006, pronunciata all'esito di un giudizio inibitorio esercitato contro delle clausole contenute all'interno di buoni d'ordine di veicoli a motore.

La Corte di Cassazione era stata investita di due ricorsi, uno dell'associazione dei consumatori, che lamentava il fatto che la Corte d'Appello non avesse correttamente apprezzato l'abuso subito dai consumatori, l'altro del produttore, che contestava avere quest'ultima rilevato fin troppe clausole abusive¹⁹⁶.

Nella propria decisione la Corte fa espressamente richiamo a due Raccomandazioni della Commissione Clausole Abusive: la prima per confermare la pronuncia della Corte d'Appello sul carattere abusivo di determinate clausole; la seconda - ciò è particolarmente interessante - per censurare un altro aspetto della stessa pronuncia riconoscendo il carattere abusivo, altresì, della clausola che *“sanzionava più pesantemente l'inadempimento del consumatore rispetto a quello del professionista”*, precisando: *“...comme l'a énoncé la Commission des clauses abusives dans ses recommandations n. 91-02 et 04-02”*¹⁹⁷.

Ancora una volta, quindi, la giurisprudenza tiene conto delle Raccomandazioni della Commissione facendone un tassello portante all'interno della propria motivazione e dunque, indirettamente, incoraggiandone il rispetto¹⁹⁸.

L'attitudine dei giudici di fronte alle Raccomandazioni della Commissione può assumere, tuttavia, anche una diversa direzione, ovvero sia quella di disattendere il contenuto.

¹⁹⁵ Cass. civ., 19 giugno 2001, in JCPG, 2001, II, 10631, nota di G. Paisant.

¹⁹⁶ Chiamato nella sentenza con il termine “constructeur”.

¹⁹⁷ Cass. 1ère civ., 14 nov. 2006, in *Contrats, conc., consom. 2007, étude 2*, vedi commento di G. Raymond, in JCPG, 2007, II, 10056.

¹⁹⁸ J. MESTRE, *L'attitude des juges face aux recommandations de la Commission des clauses abusives: entre considération et indépendance*, in RTD Civ., cit., 94. In tal senso vedi anche Court d'Appelle de Douia del 19 febbraio 1998 e Corte di Cassazione del 17 luglio 1998.

E' capitato, infatti, che i giudici abbiano considerato una clausola valida sulla base della sola applicazione dell'art. L.132-1, senza tenere conto di Raccomandazioni della Commissione che ne professavano il carattere abusivo¹⁹⁹.

39. *Influenza sui professionisti*

Infine, il richiamo va ai professionisti, che sono inclini a modificare i loro modelli contrattuali tenendo conto delle indicazioni provenienti dalla Commissione.

E' molto frequente, infatti, che i professionisti tengano spontaneamente conto del contenuto delle Raccomandazioni della Commissione e modifichino conseguentemente i propri schemi negoziali mettendosi al riparo da azioni giudiziali da parte dei consumatori nei loro confronti: in caso di azione, infatti, essi partirebbero in grosso svantaggio in quanto gravati dalla difficoltà di convincere il giudice a disattendere il contenuto della Raccomandazione.

L'intento di indirizzare i professionisti nella redazione di regolamenti negoziali dal contenuto equo fa parte dello spirito della legge Scrivener e del codice del consumo, nonché, in senso più ampio, risponde all'esigenza di sviluppare meccanismi di controllo di tipo preventivo, diretti all'eliminazione delle clausole abusive dai modelli contrattuali diffusi sul mercato.

40. *Due teorie sulla natura delle Raccomandazioni*

Quanto sino ad ora affermato porta l'interprete ad escludere la natura normativa delle Raccomandazioni della Commissione, ma allo stesso tempo a sentirsi gravato del compito di capire quale ruolo esse rivestano all'interno dell'ordinamento, posto che, come chiaramente emerge da quanto appena affermato, malgrado siano prive di valore vincolante, esse sono dotate nella pratica di una certa autorevolezza.

Nel tentativo di legittimare il modo pieno la loro presenza all'interno dell'ordinamento, parte della dottrina francese ha riconosciuto nelle Raccomandazioni della Commissione la natura di fonti reali di diritto, in quanto "*...meri fatti, avulsi dal sistema statale di produzione normativa*", posti in

¹⁹⁹ In tal senso vedi per tutte Cass. Civ. 7 luglio 1998, commento di G. Raymond, in *Contrats, Conc., Consom.* 1998, 120.

essere in via indipendente dalla volontà di produrre diritto, ma che hanno un forte impatto sull'agire degli operatori giuridici²⁰⁰.

Il tentativo di alcuni autori di collocare all'interno del sistema delle fonti le Raccomandazioni della Commissione ha portato, infatti, a riconoscere alle stesse il ruolo di fonti reali di diritto, in quanto, se pur privi di forza vincolante, influenzano l'agire dei giudici, del legislatore e degli operatori del mercato²⁰¹.

Sulla stessa linea si pone l'opinione di chi riconduce le Raccomandazioni della Commissione direttamente al novero delle fonti di *soft law*. La loro pubblicità, si dice, esercita una pressione sui professionisti.

Tale indirizzo si trova in linea con il carattere esortativo alle stesse riconosciuto dalla sentenza del Consiglio di Stato francese del 16 gennaio 2006.

Attraverso l'uso del termine "*inviter*" il Consiglio di Stato ha voluto intendere, infatti, che le Raccomandazioni della Commissione devono essere

²⁰⁰ L. LEVENEUR, *La Commission, source de droit ? Colloque "La Commission des clauses abusives en action : 30ème anniversaire"*, contributo orale presentato il 20 marzo 2009, in corso di pubblicazione in edizione Litec. Le raccomandazioni della Commissione non rientrano, infatti, nel novero delle fonti formali di diritto per tali intendendosi, in base ad una nozione strettamente positivista, le sole regole effettivamente in vigore all'interno dell'ordinamento in un determinato momento storico venute in essere secondo il procedimento dettato dalle norme sulla produzione giuridica. Cfr B. CUBERTAFOND, *Création du droit*, Parigi, 1999, 29; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2005, 17. Nella categoria delle fonti reali di diritto sono tradizionalmente ricomprese la giurisprudenza, la dottrina e ogni altra regola, che provenga dalla molteplicità dei nuovi luoghi di produzione del diritto. Così P.MERCATI, A.BUCHER, *Introduction au droit*, Parigi, 2010, 51.

²⁰¹ E' possibile riassumere la questione sulla natura delle raccomandazioni della Commissione Clausole abusive richiamando quanto affermato da L. Leveneur, ovvero che "le raccomandazioni della Commissione non hanno una "normativité de droit mais une normativité de fait", così L. LEVENEUR, *La Commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations : Journées nationales de l'association H. Capitant, t. 1*, 1997, 155. L. CALANDRI, *Le pouvoir de recommandations de la Commission des clauses abusives*, in *Petites affiches*, cit. 4 ss. Il richiamato al carattere esortativo delle raccomandazioni è una proprietà che porta alla mente della dottrina francese impegnata nello studio di questa materia lo strumento delle raccomandazioni adottate dalle organizzazioni internazionali. L'atto raccomandatorio è, infatti, una figura classicamente ricondotta al diritto internazionale pubblico. La dottrina internazionalista lo definisce: "un invito ad adottare un certo comportamento, di azione o omissione" rivolto ad uno o più soggetti esterni all'organizzazione internazionale che lo ha emesso. A questo titolo le raccomandazioni "internazionali" partecipano al fenomeno della soft law, poiché esse sono concepite come uno strumento "molle" da un punto di vista formale, ma dal contenuto potenzialmente preciso o "duro". Questa definizione di raccomandazione, propria del diritto internazionale, corrisponde a quella data dal Consiglio di Stato nella sentenza relativa al caso Fédération du Credit Mutuel Centre Est Europe, al punto che alcuni autori hanno sottolineato come "uno strumento centenario del diritto internazionale come la raccomandazione possa servire a meglio comprendere un istituto interno molto più giovane". Così C.A. MORAND, *Réflexion sur la nature des recommandation internationales et des actes de planification*, in *RGDIP* 1970, 969. Cfr. M. VIRALLY, *Le valeur juridique des recommandations des organisations internationales*, in *Le droit international en devenir*, PUF, 1990, 169 ss.; G. ABI-SAAB, *L'éloge de l'ambiguïté ou défense e illustration du rôle de la soft law en droit International contemporain*, in *RCADI*, 1997, 207.

considerate come atti che suggeriscono, persuadono i loro destinatari ad adottare la condotta, il modello comportamentale che esse definiscono²⁰².

L'indirizzo che colloca le Raccomandazioni della Commissione Clausole Abusive all'interno del novero delle fonti di *soft law* prende le mosse da un'idea di diritto "...che si vede sempre meno coercitivo"²⁰³.

Secondo la dottrina francese, infatti, la *soft law* si sta sviluppando all'interno di molteplici ambiti, ciò fa sì che accanto al diritto c.d. "*hard*" l'operatore giuridico sia chiamato a riconoscere l'esistenza di nuove regole che possono presentarsi sotto forma di raccomandazioni, di linee guida, di codici di buona condotta e di carte etiche emanate dalle stesse imprese.

Così come le Raccomandazioni della Commissione, ogni altra risorsa di *soft law* impone all'interprete di interrogarsi sulla natura di tale fenomeno dalla consistenza ogni giorno più marcata.

La questione centrale sollevata dal tema attiene al rapporto tra morale e diritto. Le regole di *soft law* sembrano stare a metà tra queste due dimensioni: esse sono, infatti, qualcosa di più della semplice morale e, allo stesso tempo, qualcosa di meno di una norma giuridica, in quanto, si dice, sprovviste dello strumento della sanzione irrogata dall'ordinamento.

Riservando ad un momento successivo un approfondimento più dettagliato di questa tematica, pare sufficiente in questa fase rimarcare quanto si è già avuto modo di affermare e che lo studio delle funzioni consultive della Commissione di controllo delle clausole abusive ci permette di ribadire con più forte convinzione, ovvero che, anche le Raccomandazioni della Commissione francese, così come ogni altro strumento mediante il quale la stessa esercita le sue funzioni consultive, si colloca nel quadro dei nuovi strumenti di regolazione del mercato.

Lo ha confermato il Consiglio di Stato nella sentenza del 2006, sottolineando come l'adozione di Raccomandazioni da parte della Commissione, del tutto simili a quelle adottate da altre Autorità Amministrative Indipendenti francesi, come il CSA, dimostri chiaramente che le Raccomandazioni costituiscono uno dei modi privilegiati di azione delle

²⁰² L. CALANDRI, *Le pouvoir de recommandations de la Commission des clauses abusives*, in *Petites affiches*, cit. 4ss.

²⁰³ M. MALAURIE-VIGNAL, *Engagements en droit de la concurrence, droit souple ou droit autoritaire?*, in *Contr. conc. cons.*, 1, 2011, 1.

Autorità Amministrative Indipendenti in risposta alle attuali istanze di regolazione del mercato²⁰⁴.

²⁰⁴ Sul punto vedere “*Recherche sur la notion de régulation en droit administratif française*”, Thèse, Toulouse, 2005, sotto la direzione di S. REGOURD.

CAPITOLO TERZO

TECNICHE DI CONTROLLO DEI CONTRATTI DEI CONSUMATORI E REGOLAZIONE DEL MERCATO

PARTE PRIMA

IL RUOLO DELLE CAMERE DI COMMERCIO NEL CONTESTO DELLA REGOLAZIONE DEL MERCATO

SOMMARIO: 41. Premessa. - 42. I molteplici significati del termine regolazione. - 43. La regolazione attraverso il diritto. - 44. La regolazione giuridica dell'economia. - 45. L'evoluzione del rapporto tra pubblici poteri e economia. - 46. La regolazione intesa come azione amministrativa di governo del mercato. - 47. Le misure di regolazione economica. - 48. Riflessioni conclusive sulla natura degli atti emanati dalle Commissioni di regolazione del mercato.

41. Premessa

Alle tradizionali funzioni di sostegno del sistema imprenditoriale di cui sono investite da anni le Camere di Commercio, nel 1993 si sono aggiunti ulteriori compiti istituzionali accomunati dal fatto di essere diretti a garantire correttezza, trasparenza ed equità dei rapporti contrattuali tra imprese e tra imprese e consumatori.

Le diverse attribuzioni delle Camere di Commercio comprendono oggi, infatti, anche quella di tutelare i soggetti più deboli del mercato, stimolando al contempo la competitività del sistema economico.

Tali funzioni di predisposizione di contratti-tipo tra imprese, loro associazioni e associazioni a tutela degli interessi dei consumatori e di

promozione di forme di controllo sulla presenza di clausole inique inserite nei contratti standard, sono state qualificate dalle stesse Camere di Commercio come funzioni di regolazione del mercato e immediatamente affidate ad una Commissione interna appositamente costituita.

La presente sezione intende dare alle funzioni di controllo sui contratti tra imprese e tra imprese consumatori esercitate dalle Commissioni di Regolazione, come descritte nei paragrafi che precedono, una collocazione sistematica nel più vasto panorama della regolazione economica del mercato.

Per tale ragione, si intende procedere a partire dalla descrizione del concetto di regolazione, alla quale farà seguito l'analisi storica ed attuale del rapporto tra pubblici poteri ed economia.

Come già si è avuto modo di illustrare nelle prime pagine del presente lavoro, infatti, le funzioni di regolazione esercitate dalle Camere di Commercio rappresentano uno dei modi in cui oggi si manifesta il rapporto tra sfera pubblica ed esercizio dell'attività economica privata.

Si ritiene, invero, che l'analisi dell'evoluzione del rapporto tra autorità pubbliche e mercato possa aiutare a comprendere in modo più approfondito il ruolo che oggi ricoprono le Commissioni di Regolazione del Mercato, al fine di poter addivenire all'inquadramento sistematico all'interno del nostro ordinamento dei poteri di controllo e predisposizione di contratti tipo di cui sono investite le Camere di Commercio; nonché, secondariamente, al fine di individuare la natura degli atti emanati all'esito dell'esercizio di tali funzioni.

42. I molteplici significati del termine regolazione

Il fatto che alle funzioni di predisposizione e controllo dei contratti dei consumatori venga assegnato l'appellativo di funzioni di regolazione del mercato, impone primariamente di chiarire che cosa debba intendersi per regolazione del mercato.

L'analisi della letteratura giuridica mette in luce una varietà inaudita di opinioni su che cosa sia la "regolazione del mercato".

C'è chi definisce la regolazione come "*l'insieme delle forme di disciplina dei fatti e dei rapporti economici poste in essere dai pubblici poteri*²⁰⁵", altri

²⁰⁵M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, 45.

autori sembrano limitare tale nozione al “*modo di agire delle Autorità indipendenti*”²⁰⁶.

Secondo un diverso indirizzo, si tratterebbe di un nuovo ramo del diritto, espressione del rapporto attualmente esistente tra diritto ed economia che “*raggrupperebbe l’insieme delle regole dirette alla regolazione di determinati settori economici*”²⁰⁷.

Altra dottrina definisce la regolazione come “*l’insieme delle discipline che mirano a reagire al fallimento del mercato e/o a garantire con l’eteronomia il mercato concorrenziale... che si esplica in forma di norme imperative che integrano il contenuto dei rapporti giuridici privati, così da disciplinare l’agire degli attori economici e orientare i comportamenti verso i risultati allocativi ritenuti socialmente preferibili in quanto coerenti con il paradigma concorrenziale*”²⁰⁸.

Alcuni scritti accolgono, invece, una nozione di regolazione intesa come “*azione amministrativa di governo del mercato*” ovvero come “*un’azione esercitata da pubblici poteri inquadrabile nell’ambito di funzioni di tipo amministrativo, che si distingue tuttavia dall’azione amministrativa ordinaria in forza del suo oggetto: il mercato*”²⁰⁹.

Infine, un richiamo va fatto alla dottrina che colloca la nozione di regolazione sul piano della teoria generale del diritto. In tal senso la regolazione verrebbe ad esprimere “*una mutazione del sistema giuridico che si caratterizza per il passaggio dal un diritto astratto ad un diritto concreto, in cui la regola generale ed astratta lascia uno spazio più esteso all’azione delle autorità incaricate di contestualizzarne l’applicazione*”²¹⁰.

Nei diversi scritti che toccano l’argomento della regolazione del mercato si oppongono, dunque, concezioni molto differenti²¹¹.

La varietà delle definizioni riportate lascia intravedere che il concetto di regolazione può venire in rilievo su diversi piani. E’ opinione condivisa in

²⁰⁶In senso lato M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001.

²⁰⁷M.A. FRISON-ROCHE, *Le droit de la régulation*, Parigi, 2001, 610.

²⁰⁸A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M. Maugeri e A. Zoppini, Bologna, 2009, 9.

²⁰⁹M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001, 25 ss.

²¹⁰G. TIMSIT, *Les deux corps du droit*, in *Rev. fr. adm. pub.*, 1996, 78, 375 ss.

²¹¹R. BALDWIN, *Understanding Regulation. Theory Strategy and Practice*, Oxford, 1999, 150; T. PROSSER, *Law and the Regulators*, Oxford, 1997, 4 ss.

dottrina, infatti, che il termine regolazione possa avere un senso più o meno esteso.

Da un punto di vista storico, il termine “regolazione” è stato utilizzato agli inizi del XVIII secolo nel campo della tecnica per designare processi relativi al campo dell’orologeria, poi dei fluidi, e successivamente all’interno di altri ambiti.

In tali contesti il termine veniva utilizzato in accezione generale per designare il ruolo svolto da un meccanismo capace di mantenere un equilibrio o di far variare secondo delle regole determinate il funzionamento di un sistema.

Il tratto caratteristico del concetto di regolazione era quello per cui la stessa veniva identificata con un meccanismo definito dal suo scopo, come per esempio quello di mantenere un certo livello di pressione, o di un debito, e non per le modalità attraverso cui si realizzava, di per sé indifferenti²¹².

La dottrina sottolinea a gran voce l’importanza di tale definizione tecnica del termine in quanto la stessa corrisponderebbe esattamente al funzionamento della regolazione giuridica contemporanea dell’economia: come la regolazione tecnica, affermano alcuni autori, anche quest’ultima si definisce attraverso il suo scopo, che è di portare alla realizzazione dell’interesse generale, e non per i mezzi attraverso cui si realizza, che possono corrispondere a qualsiasi modalità d’intervento istituzionale²¹³.

43. *La regolazione attraverso il diritto*

Passando alla definizione di regolazione in rapporto alla scienza giuridica, il termine viene in rilievo in una prima accezione in chiave politico-sociologica di “regolazione generale ad opera del diritto”.

E’ incontestabile, si dice, che il diritto abbia un effetto regolativo nella misura in cui mira a mantenere l’insieme degli equilibri economici e sociali.

²¹²A. DELION, *Notion de régulation et droit de l’économie*, in *Annales de la Régulation . Bibliothèque de l’institut André Tunc*, Tome 9, Vol.1, 2006, Parigi, 4.

²¹³A. DELION, *Notion de régulation et droit de l’économie*, cit., 4. Cfr. G. FOTI, *Regole giuridiche e mercati concorrenziali del consumo. Sguardi civilistici su una relazione controversa*, in *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, a cura di R. Tommasini, Torino, 2007, 179. L’autore osserva come nell’odierno quadro del diritto di origine comunitaria, al di là di declamazioni di stampo consumeristico, emerge una sorta di funzionalizzazione dell’agire del singolo ad un interesse pubblico, più generale che è la regolazione del mercato.

Tale effetto regolativo del diritto si traduce, in particolare, attraverso la creazione di strumenti giuridici più adatti, o supposti tali, al contesto evolutivo della società o dell'economia e che fanno solo in certi casi ricorso a degli organi di regolazione intesi nel senso più ristretto del termine²¹⁴.

44. *La regolazione giuridica dell'economia*

Riducendo la visuale, troviamo una definizione meno estesa del termine regolazione.

La dottrina sottolinea, infatti, l'esigenza di distinguere la "*régulation générale par le droit*" come sopra descritta, dove il termine regolazione assume un'accezione socio-politica, da un concetto di regolazione in senso più stretto, di regolazione giuridica dell'economia.

In questa seconda accezione, si dice, il termine "regolazione" designa l'insieme degli organi umani e materiali qualificati dal loro scopo, che è quello di instaurare o preservare determinati equilibri economici, perciò dotati dei mezzi necessari²¹⁵.

Si tratta di una definizione descrittiva e generale di regolazione alla quale appare riconducibile qualsiasi forma in cui si esplica il controllo dell'economia da parte dei pubblici poteri²¹⁶.

Essa ricomprende, infatti, qualsiasi intervento in campo economico che promani da un'autorità pubblica, sia esso un organo politico, giudiziario o amministrativo, o che avvenga attraverso atti normativi, atti amministrativi o sanzionatori.

45. *Segue: L'evoluzione del rapporto tra pubblici poteri e economia*

I pubblici poteri si sono sempre occupati dei fatti economici e della loro disciplina limitando l'esercizio della libertà di iniziativa economica quando ciò si rendesse necessario al fine di garantire l'interesse generale.

Ripercorrendo sinteticamente i principali andamenti del rapporto tra economia e pubblici poteri, ci accorgiamo di come fin dagli ordinamenti antichi

²¹⁴A. DELION, *Notion de régulation et droit de l'économie*, cit., 5 ss.

²¹⁵A. DELION, *Notion de régulation et droit de l'économie*, cit., 5 ss.

²¹⁶Sottolinea l'esigenza di distinguere una definizione materiale e descrittiva da una definizione istituzionale di regolazione, G. MARCOU, *La notion juridique de régulation*, in AJDA, 2006, 347ss.

diversi soggetti nell'ambito delle autorità pubbliche abbiano adottato misure di controllo dell'economia.

Tali forme di disciplina dei fatti e dei rapporti economici poste in essere da pubblici poteri hanno riguardato nel corso dei secoli svariati settori.

Vi sono stati, ad esempio, controlli pubblici sulla qualità di prodotti di prima necessità, alimentari e non alimentari, già dal XIII sec.; la fissazione di limiti legali massimi ai tassi d'interesse veniva già largamente praticate nel Duecento in molte città europee; un'estesa categoria di misure pubbliche finalizzate ad accrescere la produzione interna, specialmente agraria si moltiplicava a partire dal XIII secolo; dal XIV secolo cominciano a diffondersi le misure pubbliche di promozione dell'industria manifatturiera, le misure di protezione delle rispettive produzioni interne con l'imposizione di dazi sui prodotti importati e divieti d'importazione; si ritrovano nel XIII secolo anche misure antimonopolistiche; quanto alla disciplina di servizi di pubblica utilità, le fonti francesi rimandano al XV secolo l'istituzione e la regolazione dei servizi postali a cavallo²¹⁷.

Nel periodo che va dal XVI al XVIII secolo il repertorio degli interventi di pubbliche autorità in campo economico si estende progressivamente. Nel Settecento è ormai amplissimo e ricomprende essenzialmente tre tipi di regolazione: misure sulla struttura d'impresa, con l'affermarsi dell'archetipo della società per azioni; misure relative all'ingresso degli operatori economici nei mercati, con il moltiplicarsi di autorizzazioni, licenze patenti e concessioni; ed infine, misure incidenti sull'attività delle imprese, che includevano premi e contributi, piani e programmi ecc²¹⁸.

Si ritiene che l'espansione delle misure pubbliche di regolazione dell'economia abbia potuto prendere pienamente corpo grazie ad un contesto giuridico in cui l'intervento dei pubblici poteri in economia non era soggetto ad alcun limite, posto che la libertà economica individuale non aveva ancora ricevuto garanzia sufficiente.

Da questo punto di vista, le cose iniziano a cambiare proprio nel Settecento, quando in Europa e in Occidente con il consolidarsi dell'individualismo e della

²¹⁷M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit., 15 ss; R. BALDWIN, *Understanding Regulation. Theory Strategy and Practice*, cit., 150; M. A. CREW, M. SPIEGEL, *Obtaining the best from regulation and competition*, cit., 1ss.

²¹⁸M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit., 19.

libertà personale, comincia ad affermarsi il principio di libertà di iniziativa economica, che riceverà pieno riconoscimento costituzionale tra la fine del Settecento e l'inizio dell'Ottocento.

I quattro quinti del Novecento sono caratterizzati da una crescita continua e della regolazione pubblica dell'economia: i testi delle costituzioni europee, pur tutelando la proprietà e l'iniziativa economica privata, continuano ad assegnare ai poteri pubblici uno spazio molto ampio in economia.

E' quanto si realizza altresì con l'introduzione dell'art. 41 della Costituzione italiana, norma che assicura pari dignità all'iniziativa economica privata e alla libertà di impresa, limitandole tuttavia in nome della dignità umana, dell'utilità sociale, dei programmi e dei controlli pubblici²¹⁹.

Dalla fine dell'Ottocento agli anni Settanta del Novecento le misure pubbliche di intervento nell'economia vengono ad abbracciare tutti i settori economici e importanti cambiamenti intervengono sotto il profilo istituzionale.

La regolazione pubblica dell'economia, che nei secoli precedenti era stata posta in essere essenzialmente dagli organi politici e dai giudici, viene largamente affidata a strutture amministrative, prima legate all'esecutivo, poi anche indipendenti. Lo Stato amministrativo diviene nel Novecento protagonista della regolazione²²⁰.

Nel frattempo prende corpo in America l'intervento dei poteri pubblici a tutela della concorrenza con lo Sherman Act del 1890 che detta norme volte a vietare i cartelli fra imprese e i comportamenti di monopolizzazione.

Si tratta della prima legge antitrust ad essere emanata, che ispirerà nel Novecento le scelte di tutti i legislatori dei diversi continenti.

Negli anni '80 e '90 del Novecento importanti cambiamenti mutano le caratteristiche della regolazione economica adottata dai pubblici poteri: si registrano radicali innovazioni tecnologiche; il predominare delle economie occidentali viene attenuato dal potenziamento di importanti aree del mondo asiatico; si rafforza l'integrazione internazionale dei rapporti economici.

Con il declino delle soluzioni diverse dall'economia di mercato e con il consolidarsi della globalizzazione degli scambi, si è aperta dunque una fase di

²¹⁹M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit., 31.

²²⁰Le imprese pubbliche gestite direttamente dallo stato o da amministrazioni locali conoscono una larghissima applicazione e trova ampia espansione la pianificazione economica generale da parte dell'esecutivo.

particolare interesse, in cui è sembrata entrare in crisi la stessa idea dell'intervento dei pubblici poteri nell'economia e si sono prospettati grandi mutamenti nel rapporto tra istituzioni pubbliche e mercati.

Nell'ambito del dibattito, le tesi più radicali hanno sottolineato la fine o la drastica riduzione degli interventi pubblici di regolazione del mercato.

Si trova su questa via tutta la letteratura che considera importanti vicende contemporanee quali la liberalizzazione dei mercati, la deregolazione, la semplificazione normativa e amministrativa, la privatizzazione dei beni e di imprese pubbliche, come fenomeni che dimostrano il definitivo dominio dell'autoregolazione dei mercati e delle imprese economicamente più forti rispetto alla disciplina posta dai pubblici poteri, muovendo dalla premessa di un affermato dominio del mercato da parte degli operatori economici, delle norme auto-poste, della regolazione privata, del *private government*²²¹.

Dall'altra parte, non mancano letture di segno completamente opposto, secondo cui nonostante le liberalizzazioni, le privatizzazioni, le regolazioni, le semplificazioni, la globalizzazione, l'azione pubblica nell'economia continuerebbe a persistere e a conservare larghi spazi. Quel che è cambiato, si dice, è il modo in cui i pubblici poteri regolano i rapporti economici²²².

In relazione all'attuale dispiegarsi dell'azione pubblica nell'economia sono state evidenziate, infatti, notevoli differenze rispetto al passato.

La regolazione pubblica dell'economia avrebbe oggi, infatti, un'identità diversa rispetto ai modi più tradizionali di intervento pubblico. Si contrapporrebbe a misure di pianificazione dell'economia e a misure strettamente coattive e sanzionatorie. L'attuale regolazione, inoltre, soppianterebbe le principali firme di proprietà pubblica di beni e di attività produttive: i poteri pubblici si limiterebbero ad essere regolatori abbandonando le loro vesti di "proprietari" e "imprenditori". La nuova regolazione avrebbe contenuti generali e non sarebbe dettagliata e pervasiva, distaccandosi da una ormai superata regolamentazione dell'economia²²³.

²²¹Fra i sostenitori di questa tesi F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001; P. SIRENA, *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., 76: l'autore richiama l'idea che il sistema di mercato oggi esistente è fortemente propenso ad imporre le proprie regole superando così le legislazioni nazionali.

²²²Per tutti, sull'importanza della regolazione pubblica nell'economia A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit., 2000, 15 ss.

²²³M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit., 10.

Ma quel che più rileva ai fini della presente analisi è che la regolazione pubblica contemporanea emanerebbe principalmente da Autorità Amministrative Indipendenti alle quali gli stati, talvolta sulla spinta del legislatore comunitario, hanno delegato parte dei propri compiti di controllo pubblico dell'economia, attribuendo alle stesse i necessari poteri per perseguire tale obiettivo²²⁴.

Le Autorità Indipendenti nascono e si sviluppano in Inghilterra nella prima metà del XIX secolo, poi si affermano negli Stati Uniti, soprattutto a livello federale, nel periodo del *New Deal*.

Nell'ordinamento italiano siffatte autorità sono nate negli anni Novanta del XX secolo, fatta eccezione per la Banca d'Italia, che risale alla fine dell''800, e per la Consob e l'Isvap istituite rispettivamente nel 1974 e nel 1982,

Il fenomeno è dunque recente.

Lo sviluppo rapido e concentrato di questo processo è stato determinato, nel nostro paese, da una molteplicità di fattori convergenti.

Un fattore, decisamente rilevante, è legato all'azione svolta dalle istituzioni comunitarie, specialmente negli anni '80 e '90, ai fini dell'avvio dei processi di liberalizzazione dei servizi pubblici e di privatizzazione delle imprese pubbliche verso l'abbattimento dei monopoli statali nel settore dei trasporti, dell'energia, delle telecomunicazioni ecc.

Quando a livello europeo si giunge a questa fase, nasce anche l'esigenza di individuare alcuni soggetti investiti del compito di vigilare sui mercati, dal momento che ci si rende conto che la liberalizzazione, per funzionare, richiede il rispetto di regole imparziali, di natura tecnica e non dipendenti da scelte dei Governi; regole che siano in grado di garantire, attraverso il rispetto di criteri di trasparenza, obiettività e non discriminazione, una "corretta competizione" tra le imprese private chiamate a prendere il posto dello Stato e delle imprese pubbliche²²⁵.

²²⁴R. BALDWIN, *Understanding Regulation. Theory Strategy and Practice*, cit., 150. Una delle caratteristiche generali della regolazione pubblica dell'economia si ritrova nel rispetto dovuto dai regolatori ai criteri di imparzialità, trasparenza e massima obiettività.

²²⁵Così E. CHELI, *L'innesto costituzionale delle Autorità Indipendenti: problemi e convergenze*, Convegno organizzato da Nexus Roma, 27 febbraio 2006, in <http://www.altalex.com//>.

Da qui l'esigenza, da parte degli Stati membri, di costruire delle Autorità distinte dai Governi e tecnicamente attrezzate, chiamate a presidiare il corretto svolgimento dei processi di liberalizzazione e privatizzazione.

Quello che oggi possiamo constatare è che la presenza di Autorità indipendenti dai Governi e dalle forze del mercato, in quanto investite di funzioni "neutrali", rappresenta oramai un dato necessario e irreversibile anche al di fuori degli obiettivi appena richiamati.

46. La regolazione intesa come azione amministrativa di governo del mercato

Un primo tratto distintivo dell'attuale fisionomia dei rapporti tra pubblici poteri ed economia consiste, dunque, nel fatto che la regolazione contemporanea dell'economia promana principalmente dalle Autorità Amministrative Indipendenti.

Ciò non significa che le Autorità Indipendenti siano i soli soggetti pubblici investiti di compiti di controllo dell'economia.

Una visione d'insieme vede infatti, accanto ad esse le più tradizionali pubbliche istituzioni.

Gli organi politici, ad esempio, sono stati e continuano ad essere fondamentali per la definizione delle linee generali della regolazione economica. Le discipline concernenti concorrenza, mercati finanziari, servizi di pubblica utilità e ogni altro settore economico trovano nella legge la propria normativa di riferimento.

In senso lato anche i giudici possono dirsi investiti di poteri di regolazione dell'economia. Essi, infatti, in alcuni ordinamenti come quello degli Stati Uniti hanno il potere di adottare direttamente misure di disciplina dell'economia ovvero, in ordinamenti come quello italiano, esercitano il controllo successivo nei confronti delle misure di disciplina dell'economia adottate da soggetti pubblici non giurisdizionali.

Infine, il richiamo va agli organi amministrativi che, come anticipato, hanno assunto un ruolo sempre più importante nella regolazione pubblica dell'economia. Possono essere investiti di tali funzioni organismi direttamente legati al governo, che esercita nei loro confronti poteri di indirizzo o di direttiva, come è per gli uffici incardinati nei ministeri, cui è affidata in diversi

paesi la disciplina di importanti settori; ovvero, può trattarsi di autorità indipendenti, dotate di larga autonomia di giudizio rispetto ai governi e, più in generale, agli organi politici²²⁶.

E' proprio con particolare riferimento all'azione di controllo pubblico dell'economia esercitata dalle Autorità Amministrative Indipendenti, o da altri organismi appartenenti all'apparato amministrativo statale, che il termine "regolazione" assume un ulteriore significato.

Se infatti, il concetto di regolazione del mercato, inteso in senso lato, ricomprende ogni tipo di intervento pubblico nell'economia, sia esso posto in essere dalle Autorità Indipendenti o da qualsiasi altro organo statale (politico o giurisdizionale), purché risponda al fine di porre dei limiti all'esercizio della libertà di iniziativa economica nell'interesse generale dei consociati; la regolazione del mercato, intesa in senso stretto, riguarda esclusivamente l'azione di regolazione del mercato posta in essere da soggetti facenti parte dell'apparato amministrativo statale.

Può trattarsi di un organismi direttamente legati al governo, che esercita nei loro confronti poteri di indirizzo o di direttiva ovvero, può trattarsi di autorità indipendenti, dotate di larga autonomia di giudizio rispetto ai governi o, più in generale, agli organi politici.

Occorre, dunque, rilevare come, nell'accezione descritta, il termine regolazione venga utilizzato per designare l'azione di controllo dell'economia posta in essere dalle Autorità Indipendenti o da altri organismi di regolazione come la Commissione di Regolazione del mercato, il cui oggetto si identifica nella "azione amministrativa di governo del mercato²²⁷".

In altre parole, la funzione di regolazione in senso stretto emerge nel momento in cui la funzione di controllo dell'economia - che può esplicarsi attraverso interventi normativi, giudiziali ed amministrativi da parte delle istituzioni dello Stato - viene affidata ad un organo appartenente all'apparato amministrativo e perciò si specifica in "azione amministrativa di governo del mercato" per il quale esercizio, tale organismo viene dotato di funzioni tipicamente riconducibili ai tre poteri dello Stato.

²²⁶Sui soggetti della regolazione cfr: A. DELION, *Notion de régulation et droit de l'économie*, cit., 20; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit., 47.

²²⁷M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001, 150 ss.

Rispetto alle due definizioni sopra richiamate (di regolazione ad opera del diritto e di regolazione giuridica dell'economia), ci troviamo qui di fronte ad una definizione di regolazione secondo un approccio istituzionale, ovvero diretta ad individuare la corretta collocazione delle funzioni di regolazione all'interno dei poteri dello Stato²²⁸.

Quanto affermato si appoggia sulla letteratura giuridica che definisce la regolazione del mercato come un'azione esercitata da pubblici poteri inquadrabile nell'ambito di funzioni di tipo amministrativo, la quale si distingue tuttavia dall'azione amministrativa ordinaria in forza del suo oggetto: il mercato²²⁹.

Secondo tale dottrina, il governo del mercato, pur presentando alcuni elementi di rottura rispetto alla funzione amministrativa ordinaria, costituisce esercizio di funzione amministrativa nei settori economici²³⁰.

La conclusione è quella per cui l'assetto concorrenziale del mercato, che costituisce l'oggetto della regolazione intesa nel senso affermato dall'autore, non può che ascrivere all'esercizio di un'attività di cura di pubblici interessi, svolta da un soggetto pubblico e recepita in forma amministrativa.

Egli sottolinea la difficoltà di ricondurre l'azione delle autorità indipendenti ai tradizionali istituti utilizzati per descrivere l'esercizio di funzioni riconducibili all'ambito di amministrazione attiva, criticando, tuttavia, la posizione di chi nega la possibilità di inquadrare l'azione degli organismi di regolazione nell'ambito di quegli istituti che almeno nell'evoluzione storica dagli stessi conosciuta, vengono ritenuti i cardini dello svolgimento di pubbliche funzioni; ovvero nell'ambito degli istituti e di quei principi che governano la relazione intercorrente tra autorità ed esercizio del potere da un lato, ed il concreto soddisfacimento da parte di un soggetto pubblico di interessi collettivi astrattamente individuati nella legge, dall'altro²³¹.

²²⁸Sottolinea l'esigenza di distinguere una definizione materiale e descrittiva da una definizione istituzionale di regolazione, G. MARCOU, *La notion juridique de régulation*, cit., 347ss.

²²⁹M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, cit., 8 ss.

²³⁰A. ARGENTATI, *Il principio di concorrenza e la regolazione dei mercati*, cit., 62. Secondo tale dottrina la regolazione va intesa nel significato di manifestazione dell'agire pubblico autoritativo.

²³¹F. CAFAGGI, *La responsabilità dei regolatori privati: un itinerario di ricerca tra mercati finanziari e servizi professionali*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2006, 10; l'autore richiama l'esistenza di un dibattito aperto sull'autonomia del diritto della regolazione rispetto al diritto amministrativo.

Una simile ricostruzione del diritto amministrativo, afferma l'autore, appare suscettibile di ricomprendere anche quell'attività che nell'uso corrente viene detta di regolazione²³².

L'opinione non è isolata, in molteplici contributi emerge, infatti, l'idea che il mercato debba essere "amministrato" e non solo difeso a posteriori contro coloro che hanno violato le regole²³³, ovvero, l'esigenza di indirizzare i comportamenti degli operatori economici verso i risultati allocativi ritenuti socialmente preferibili in quanto coerenti con il paradigma concorrenziale ed il benessere collettivo²³⁴.

Con stretto riferimento al diritto antitrust, altra dottrina sottolinea come una concezione amministrativa anziché punitiva della materia appaia più coerente con le finalità di efficienza economica che le sono oggi prevalentemente attribuite, alla luce del fatto che tale disciplina si presta più facilmente, con minori costi amministrativi e di contenzioso, ad indurre modifiche nei comportamenti delle imprese.

In una concezione più moderna di concorrenza come processo dinamico anziché come condizione di equilibrio ottimale, si dice, l'idea della politica antitrust come amministrazione di risultato, ovvero come amministrazione correttiva di tenenze non positive assunte dal processo concorrenziale in determinati mercati, appare coerente e prioritaria rispetto ad una concezione punitiva²³⁵.

La funzione amministrativa, come tradizionalmente conosciuta, comprende tutte le attività che hanno in comune l'essere rivolte a perseguire l'interesse della collettività. Per la cura degli interessi sociali e collettivi vengono costruite opere pubbliche, organizzati pubblici servizi, riscosse le imposte, emanati atti con i quali determinati comportamenti vengono imposti, vietati o permessi.

²³²M. ANTONIOLI, *Mercato e Regolazione*, cit., 26.

²³³F. MERUSI, *Democrazia e Autorità Indipendenti, Un romanzo quasi giallo*, Bologna, 2000, 49. L'autore, si interroga su che cosa distingue l'attività di regolazione dalla normale attività amministrativa, sostenendo la tesi secondo cui gli atti di regolazione sarebbero atti amministrativi sostitutivi di negozi privati.

²³⁴Estratto dalla definizione di regolazione del mercato di A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., 9.

²³⁵M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di "private" e "public enforcement" in materia di antitrust*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M. Maugeri E a. Zoppini, cit., 178. Secondo l'autore una concezione dell'autorità antitrust verso un modello di amministrazione di risultati, anziché di amministrazione prettamente sanzionatorie, appare coerente con una concezione di concorrenza come processo, anziché come equilibrio ottimale.

All'apparato amministrativo è dunque rimesso il compito di attuare gli interessi della collettività individuati dal legislatore²³⁶.

Salvo caratterizzarsi per la particolarità del soggetto a cui è rimessa, e dell'oggetto a cui è rivolta, l'azione delle Autorità Indipendenti complessivamente intesa, mantiene l'essenza propria dell'attività amministrativa ovvero quella di tendere all'attuazione di interessi pubblici e di provvedere a tale scopo adottando misure talvolta più tipicamente amministrative, talaltra sostanzialmente normative e paragiudiziali²³⁷.

Questo avviene a fronte di una delega di potere effettuata dallo Stato in virtù della quale sono state attribuite agli organismi di regolazione tutti i poteri necessari per governare un determinato settore di mercato, poteri che in senso lato possiamo definire di controllo pubblico dell'economia e che in concreto si sostanziano nell'esercizio di funzioni ricollegabili ai tre poteri dello Stato.

La concentrazione di poteri sostanzialmente amministrativi, normativi e paragiudiziali in capo alle Autorità Indipendenti in quanto avvenuta mediante una legge ordinaria ha sollevato grossi dubbi di costituzionalità posto che la stessa sembra derogare al principio di separazione dei poteri sotteso al nostro impianto costituzionale, principio secondo cui le funzioni normative, amministrative e giurisdizionali devono essere esercitate attraverso apparati distinti²³⁸.

L'anomalia costituzionale constatata dalla dottrina con riferimento alle Autorità di Regolazione deriva dal fatto che le stesse si ispirano ad un modello

²³⁶G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, VII Ed., Padova, 2001, 403.

²³⁷In senso opposto M. ANTONIOLI, *Mercato e Regolazione*, cit., 26, sottolinea l'autore: "Se la regolazione serve a qualificare l'attività tanto sul piano materiale (avendo cioè riguardo all'oggetto e alla funzione) quanto, o meglio soprattutto, sul piano soggettivo, è dubbio che la nozione in esame attribuisca una particolare connotazione alla medesima attività sul piano formale".

²³⁸E. CHELI, *L'innesto costituzionale delle Autorità Indipendenti: problemi e convergenze*, in <http://www.altalex.com/>. Tale dottrina ritiene essere una devianza rispetto ai modelli ordinari di amministrazione propri dei paesi europei continentali il fatto che le Autorità Indipendenti, essendo chiamate abitualmente a svolgere funzioni di formazione, di vigilanza e di risoluzione delle controversie, derogano al principio di separazione dei poteri sotteso al nostro impianto costituzionale, principio secondo cui le funzioni normative, amministrative e giurisdizionale devono essere esercitate attraverso apparati distinti. Altro aspetto di devianza sottolineato dall'autore è dato dal fatto che le Autorità Indipendenti proprio per la loro indipendenza, si sottraggono dal rapporto di subordinazione che lega tutte le amministrazioni statali al governo e di conseguenza interrompono per i settori di competenza il rapporto di responsabilità che lega il parlamento al governo. A tale proposito altra dottrina mette in luce come i poteri di regolazione assommino i tre poteri e perciò sembrano fare eccezione al principio di separazione. M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità Indipendenti*. Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1999, 12.

che non è proprio delle tradizioni amministrative dei paesi di *civil law*, bensì delle tradizioni amministrative dei paesi di *common law*.

I dubbi di costituzionalità nascono, dunque, dalla difficoltà di innestare sul tronco di una forma di governo e di amministrazione di tipo continentale un modello di governo ed amministrazione che è nato e maturato in un contesto diverso, nell'ambito della cultura giuridica propria del mondo anglosassone²³⁹.

Pur riconoscendo l'assoluta fondatezza dell'argomentazione sopra richiamata, ai fini della presente analisi è importante soffermare l'attenzione sulla qualificazione soggettiva delle Autorità di Regolazione, riconoscendo che tale concentrazione di poteri ha come unico referente soggettivo l'apparato amministrativo statale.

Infatti, la definizione di regolazione che si è appena tentato di ricostruire è una definizione che si basa sull'appartenenza soggettiva dell'organismo titolare di compiti di controllo dell'economia alla struttura amministrativa dello Stato.

Tale qualificazione impone di classificare ogni attività realizzata dalle Autorità Indipendenti, almeno sul piano formale, come attività formalmente amministrativa e poi, sul piano sostanziale, in normativa, amministrativa o giudiziale a seconda che siano in concreto esercitati poteri normativi, amministrativi o decisori da parte dell'autorità.

Da ciò discende che, l'emissione di atti regolamentari, pur se sostanzialmente normativa, manterrà natura formalmente amministrativa, e così l'irrogazione di una sanzione o l'adozione di una misura amministrativa come l'emanazione di licenze, diffide, raccomandazioni, autorizzazioni, assumerà natura formalmente e sostanzialmente amministrativa.

La presente definizione di regolazione, alla luce della qualificazione soggettiva dell'organo che esercita i poteri di controllo pubblico dell'economia, risulta fondamentale altresì al fine di qualificare la natura degli atti emanati dalle Commissioni di Regolazione del mercato istituite presso le Camere di Commercio.

Si vedrà, infatti, che raccomandazioni e pareri provenienti dalle Commissioni di controllo delle clausole abusive andranno qualificati,

²³⁹E. CHELI, *L'innesto costituzionale delle Autorità Indipendenti: problemi e convergenze*, in <http://www.altalex.com//>.

perlomeno in senso formale, come atti di natura amministrativa, alla luce della qualificazione soggettiva dell'organismo emittente.

Sul piano degli effetti, tuttavia, la dottrina si divide tra coloro che attribuiscono a parere e raccomandazioni la natura di fonti di soft law e chi, invece, ritiene che gli stessi conservino anche sotto il profilo sostanziale la natura di atti amministrativi, riconducibili ai più tradizionali poteri consultivi esercitati dalle amministrazioni statali, con la differenza di essere rivolti ad un soggetto esterno all'amministrazione stessa: un operatore del mercato.

Prima di occuparci, in senso stretto, della qualificazione delle misure adottate dalle Commissioni di regolazione e controllo delle clausole abusive, è necessario procedere ad una breve descrizione d'insieme delle misure di regolazione del mercato per come oggi esse si presentano agli occhi dell'interprete.

47. Le misure di regolazione economica

L'evoluzione della regolazione pubblica dell'economia, intervenuta dopo privatizzazioni, globalizzazione, deregulation e liberalizzazioni, registra la coesistenza di strumenti vecchi e nuovi di regolazione del mercato.

Alcuni autori sostengono che il tratto caratterizzante della regolazione economica contemporanea starebbe nel fatto che le misure sono perlopiù poste in essere da Autorità Amministrative Indipendenti e che gli strumenti adottati sono estremamente differenti a seconda dello scopo che è loro assegnato²⁴⁰.

In relazione al contenuto e degli effetti prodotti, le misure pubbliche di regolazione dell'economia si distinguono in misure generali e particolari²⁴¹.

Le misure particolari si riferiscono a imprese determinate e a specifiche operazioni economiche. Sono esempio di tipiche misure particolari: l'autorizzazione bancaria o la sua revoca adottate dall'autorità di vigilanza settoriale nei confronti dell'istituto che ha richiesto di poter operare o di quello che ha perduto i requisiti per conservare l'autorizzazione; ovvero, le misure di *enforcement* della disciplina antitrust, come le sanzioni e le diffide adottate dall'autorità competente nei confronti di quelle imprese che abbiano posto in essere intese restrittive della concorrenza o abusi di posizione dominante.

²⁴⁰M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit., 56 ss.

²⁴¹M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit., 56 ss.

Le leggi generali sul procedimento amministrativo, o leggi speciali, da tempo stabiliscono le procedure che le autorità devono seguire per adottare misure particolari, quali le licenze, le concessioni, le imposizioni di obblighi di fare, le espropriazioni, le sanzioni pecuniarie: provvedimenti che rientrano nella categoria degli atti amministrativi singolari²⁴².

Sono di regola procedure che consentono un'ampia partecipazione ai soggetti interessati, i quali possono presentare osservazioni scritte o chiedere di essere sentiti oralmente nella fase istruttoria del procedimento, e che assicurano la trasparenza dell'azione delle autorità pubbliche, con garanzie diverse che includono il diritto di accesso alla documentazione o la facoltà di assistere alle riunioni degli organi decidenti²⁴³.

Accanto alle misure particolari troviamo le misure generali le quali hanno contenuti ed effetti che valgono per l'insieme indeterminato degli operatori che agiscono in uno specifico settore.

Ne sono esempio le misure di determinazione delle tariffe e dei prezzi adottate dalle autorità regolatrici nei settori dell'energia elettrica, del gas, dell'acqua, dei servizi postali e che hanno effetti per tutte le imprese operanti in quei settori.

Si tratta di figure che vengono ricondotte alla categoria degli atti normativi e amministrativi generali nei paesi eurocontinentali, e alla categoria delle *rules* in Gran Bretagna.

Rispetto alle misure particolari, le misure generali hanno garanzie di trasparenza e partecipazione meno ampie e diffuse. Vi è stata a lungo ampia libertà degli organismi pubblici di regolazione quanto al modo di porre in essere tali misure nonostante esse siano fondamentali nel delineare le coordinate della regolazione, proprio perché dettano criteri e standard che valgono per tutti gli operatori nei diversi settori economici²⁴⁴.

Tutte le misure, generali o particolari che siano, di regolazione settoriale o di concorrenza, possono essere sostanzialmente ricondotte a due tipi: le misure

²⁴²Nei paesi di *common law* tali atti corrispondono agli *orders*.

²⁴³M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit., 52 ss.

²⁴⁴M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit., 52 ss.

dette di “*command and control*” a cui oggi si contrappongono strumenti di regolazione non coattivi, privi di sanzione e negoziati²⁴⁵.

L’espressione “*command and control*” sta ad indicare misure pubbliche cogenti, dotate di sanzione, e più in generale, misure unilaterali, tutt’ora fondamentali in molteplici campi della regolazione economica, da quelli più antichi come la vigilanza pubblica sull’igiene e sulla qualità dei prodotti alimentari, a quelli più moderni come l’antitrust²⁴⁶.

La regolazione contemporanea assegnerebbe altresì un ruolo determinate a strumenti non coattivi, privi di sanzione e negoziati. Si tratta di misure dotate di portata persuasiva e basate su elementi premiali più che sanzionatori.

Sono misure sprovviste di effetti obbligatori e sono dette misure di influenza, non cogenti. Esse rappresentano una tipica forma di intervento delle autorità di regolazione che emettono raccomandazioni, pareri non vincolanti, e codici di condotta²⁴⁷.

Queste misure di regolazione producono un effetto persuasivo rilevante in quanto gli operatori, teoricamente liberi di rispettarle, sono fortemente inclini ad osservarle.

Ne costituiscono esempio proprio i pareri emanati dalle Commissioni di Regolazione del mercato all’esito delle procedura di controllo di vessatorietà sui modelli contrattuali utilizzati dai professionisti.

L’atto emanato dalla Commissione ha la forma di un parere non vincolante rivolto all’impresa affinché la stessa provveda a modificare la clausola secondo le indicazioni date. Esso non ha alcuna forza obbligatoria, ciò malgrado esercita una pressione morale sul professionista che di regola interviene adattando la clausola al parere della Commissione.

²⁴⁵C. Mc CRUDDEN, *Regulation and Deregulation. Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries*, Oxford, 1999, 80 ss. La teoria giuridica ha sottolineato che le norme tradizionali, le *rules* assistite da *sanctions*, hanno subito modifiche significative e che si sono diffuse misure di *soft law*, basate sulla portata persuasiva o su elementi premiali più che sanzionatori.

²⁴⁶M. D’ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit., 52 ss. Continua l’autore: “Il diritto della concorrenza, tuttavia, non comporta un’intrusione pervasiva sulle autonome scelte degli operatori economici. Infatti, poiché l’autonomia delle imprese resta ampia, è necessario prevedere sanzioni per i casi in cui quell’autonomia conduca a violare i divieti posti dalla normativa antitrust. Questa l’importanza della sanzione nella sua portata deterrente non solo per la repressione, ma anche per la prevenzione delle infrazioni”.

²⁴⁷C. THIBIERGE, *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit*, in RTD Civ., 4, 2003, 599ss. Secondo tale dottrina pareri e raccomandazioni rappresenterebbero espressione di un diritto non cogente ma possibilmente effettivo. Sottolinea l’importanza degli strumenti consensuali di regolazione B. MORGAN, K. YEUG, *An Introduction to law and Regulation*, Cambridge, 2007, 92 ss.

Malgrado tali misure non siano cogenti, non si possono ignorare per l'influenza che esse giocano sugli attori del mercato.

I risultati in tal senso continuano a dimostrarsi più che positivi, e ciò non solo con riferimento all'ordinamento italiano bensì anche in ogni altro Stato membro che abbia attivato siffatti meccanismi di controllo non autoritativo dei contratti dei consumatori²⁴⁸.

Tale clima di negoziazione tra autorità di controllo e operatori del mercato ha spinto alcuni autori ad interrogarsi sulle ragioni che inducono i professionisti all'osservanza di misure non cogenti provenienti da autorità di regolazione.

Si ritiene che la forza persuasiva delle misure richiamate si giochi all'interno di un clima di fiducia tra autorità e operatori del mercato che riposa su una pluralità di fattori.

In primo luogo la rappresentatività e la competenza dell'organismo di controllo. Infatti, gli organismi di regolazione e così le Commissioni di Regolazione delle Camere di Commercio riuniscono personalità sufficientemente diverse per rappresentare tutte le parti che la vicenda chiama in causa e sufficientemente preparate per favorire un equo temperamento tra gli interessi in gioco.

Un'altra importante ragione che giustifica la fiducia nei confronti degli organismi di regolazione e che perciò facilita l'osservanza da parte delle imprese delle misure non cogenti dalle stesse adottate, sta nel fatto che gli atti sono di regola emessi in seguito ad una fase di consultazione con il professionista interessato.

Il procedimento di controllo garantisce, infatti, al professionista ampi poteri di partecipazione e accesso ai documenti.

E' dunque in questo clima di fiducia che i pareri della Commissione sono divenuti effettivi e che si è instaurato un dialogo tra organismi di regolazione e imprese operanti nei mercati²⁴⁹.

48. Riflessioni conclusive sulla natura degli atti emanati dalle Commissioni di regolazione del mercato

²⁴⁸Sul punto vedi Relazione della Commissione Europea, del 27 aprile 2000, sull'applicazione della direttiva 93/13, cit.

²⁴⁹A.S. BARTHEZ, *Les Avis et Recommandation des autorités administratives indépendantes*, in *Le Droit Souple-journées nationales*. Tome XIII Boulogne-sur-Mer, Parigi, 2009, 61 ss.

Come già più volte ribadito le Camere di Commercio non intervengono con misure autoritative di regolazione del mercato.

Il fatto che non siano stati affidate alle Commissioni di Regolazione poteri autoritativi non priva, tuttavia, di rilevanza le funzioni dalle stesse esercitate, proprio nell'ottica in cui i poteri delle Commissioni di controllo delle clausole abusive costituiscono espressione della nuova fisionomia assunta dall'intervento dei poteri pubblici nell'economia, che non per forza sfocia nell'emanazione di provvedimenti autoritativi e che ritiene utili per raggiungere gli obiettivi prefissati anche misure di raccomandazione ed indirizzo.

La dottrina rileva, infatti, l'esistenza di strumenti vecchi e nuovi di regolazione pubblica dell'economia e i pareri delle Camere di Commercio rientrerebbe in tale ultima categoria.

L'appartenenza soggettiva delle Commissioni di regolazione all'apparato amministrativo statale, risulta fondamentale al fine di classificare, almeno sotto il profilo formale gli atti emanati dalle Commissioni di regolazione come atti amministrativi.

Appare controversa, invece, la loro natura sostanziale.

Infatti, una lettura di tali strumenti di regolazione sul piano degli effetti divide la dottrina tra coloro che li ritengono dotati di valore normativo classificandoli come fonti di *soft law*, e coloro che invece li qualificano come atti di natura amministrativa, espressione dell'esercizio di poteri consultivi, definendoli in senso descrittivo come strumenti di *moral suasion*.

L'elevato grado di influenza che raccomandazioni e pareri giocano nei confronti degli operatori del mercato ha spinto la dottrina francese a qualificare tali atti come misure di *soft law*, ovvero fonti non formali di diritto; tali misure sarebbero, tuttavia, dotate di efficacia normativa²⁵⁰.

Tale assunto prende le mosse da una nozione allargata di normatività, che prescinde dall'esistenza dell'elemento sanzionatorio²⁵¹.

²⁵⁰A.S. BARTHEZ, *Les Avis et Recommandations des autorités administratives indépendantes*, cit., 61. Afferma l'autrice: « *Les organismes de régulation ont un pouvoir d'opinion qui, à travers l'émission d'avis et recommandations, contribue à l'émergence de ce droit souple qui constitue une forme nouvelle, car non contraignante, de régulation des rapport sociaux* ».

²⁵¹F. TERRE', *Introduction général du droit*, Parigi, 2006, 43.

L'essenza della normatività di un atto, si dice, sta nel fatto di essere diretto a creare un modello di comportamento per i consociati e non, come tradizionalmente affermato, nell'esistenza dell'elemento sanzionatorio.

Secondo tale dottrina la normatività del diritto non si ridurrebbe oggi meramente a prescrivere, a vietare o a autorizzare; la norma rimanderebbe, invece, in prima istanza ad un modello di condotta, la regola di diritto costituisce, si dice, un “*étalon de mesure*”²⁵².

Sulla base di tali premesse anche misure non cogenti come i pareri e le raccomandazioni delle Commissioni di regolazione del mercato verrebbero ad assumere il valore di fonti di diritto.

L'idea sostenuta dalla dottrina francese è quella per cui l'ampiezza crescente degli strumenti non cogenti, come pareri, raccomandazioni e codici di condotta, non costituirebbe il segno di una degradazione del diritto, ma la prova di una gradazione del diritto, che oggi verrebbe ad esprimersi attraverso forme, nuove, diverse²⁵³.

Si tratta di un indirizzo che fonda le proprie radici sulle profonde trasformazioni che stanno interessando la società post moderna, in virtù delle quali, tale dottrina sottolinea l'esigenza di rimeditare anche la stessa nozione di diritto²⁵⁴.

A parere di scrive, anche a voler condividere la qualificazione di pareri e raccomandazioni in termini di fonti normative, andrebbero escluse da siffatta qualificazione tutte quelle misure di regolazione che manchino del carattere della generalità ed astrattezza, quale elemento necessario ed imprescindibile per la configurazione di un atto normativo.

Una lettura alternativa a quella appena proposta si rinviene nell'indirizzo che riconosce a pareri e raccomandazioni delle Commissioni di controllo la natura di atti amministrativi espressione dell'esercizio di funzioni consultive, più specificatamente qualificate come funzioni di *moral suasion*²⁵⁵.

²⁵² M. MEKKI, *Propos introductifs sur le droit souple*, in *Le Droit Souple-journées nationales*, cit., 1 ss.

²⁵³ M. MEKKI, *Propos introductifs sur le droit souple*, cit., 1 ss.

²⁵⁴ Cfr. P. COPPENS, *Théorie de la norme et régulation*, in *Annales de la régulation, Bibliothèque de l'Institut André Tunc*, Tome 19, 2009, 79; P. SIRENA, *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, 44; G. GITTI, *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 20 e 35; A. ARGENTATI, *Il principio di concorrenza e la regolazione dei mercati*, cit., 59 e 71 ss.

²⁵⁵ In tal senso F. MACARIO, *Autorità Indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, II, 2003, 295. Secondo l'autore

La particolarità rispetto alle più tradizionali funzioni consultive esercitate dalle amministrazioni dello stato si individuerebbe nella collocazione esterna all'amministrazione del soggetto destinatario del parere emanato: l'impresa.

Attraverso l'emanazione di pareri e raccomandazioni l'Autorità di Regolazione andrebbe ad esercitare una sorta di pressione morale nei confronti dell'operatore del mercato, richiamando lo stesso al rispetto della disciplina normativa²⁵⁶.

In tal senso, pareri e raccomandazioni vengono ad assumere il ruolo di nuovi strumenti di controllo pubblico dell'economia, in una fase in cui le misure amministrative autoritative, se pur operanti, sono affiancate da forme di collaborazione tra autorità pubblica e imprese, a fronte della necessità di intervenire in via preventiva rispetto ad eventuali infrazioni poste in essere dalle stessa.

La tesi appena esposta trova riconoscimento anche da parte della giurisprudenza, che ha confermato la natura di atti amministrativi consultivi dei pareri emanati dalle Camere di Commercio.

Sul punto appare interessante richiamare una pronuncia del Tribunale di Novara intervenuta in occasione di un giudizio diretto all'accertamento della violazione da parte della società convenuta della normativa in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali.

In tale occasione, infatti, il giudice, a sostegno della propria decisione, ha fatto richiamo all'intervento nelle more del processo di un parere emesso dalla Commissione di Regolazione del Mercato di Padova in ordine alla natura vessatoria della clausola di "irrevocabilità della proposta e della sua

quando intervengano forme di intervento da parte delle Autorità Indipendenti come l'approvazione o il controllo delle clausole, ci si trova di fronte ad un provvedimento qualificabile come atto amministrativo. Nel senso di riconoscere la natura degli strumenti sopra richiamati quali atti amministrativi di *moral suasion*: M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, cit., 180 ss; M. CLARICH, *L'attività di segnalazione e consultiva dell'autorità garante della concorrenza e del mercato: un presidio contro le degenerazioni del processo politico-parlamentare?*, in *Diritto Amministrativo*, 1997, 97; P. SIRENA, *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., 57, l'autore annovera gli atti di "*moral suasion*" tra i rimedi diretti a ripristinare la concorrenza sul mercato, la cui utilità sta nel fatto che si tratta di misure che operano sul piano della cooperazione tra autorità e imprese.

²⁵⁶Secondo parte della dottrina con l'espressione "*moral suasion*" si farebbe riferimento ad un fenomeno estraneo ad un profilo propriamente giuridico, così: M. ORLANDI, *Contratto, legge e regolazione*, in *Autonomia privata e Autorità Indipendenti*, a cura di G.Gitti, cit., 2006, 65 ss.

accettazione”, ed ha sottolineato la natura di atto consultivo del parere emesso dalla Commissione medesima²⁵⁷.

Tale pronuncia, oltre ad avvalorare la tesi sopra esposta, costituisce dimostrazione del fatto che i pareri delle Camere di Commercio stanno assumendo valore sostanziale all’interno del nostro ordinamento dispiegando la propria influenza anche nei confronti degli organi giudiziari²⁵⁸.

²⁵⁷Tribunale di Novara, sez. I, 7 marzo 2006, n. 267. Il giudice ha così affermato: “...Nelle more del giudizio è intervenuto parere della Commissione Clausole inique della Camera di Commercio di Padova che ha dichiarato la natura vessatoria della clausola contenuta nei contratti simili a quello sottoscritto dal (...), con particolare riferimento alla clausola n. 2 intitolata "irrevocabilità della proposta e della sua accettazione". Il suddetto parere non ha semplice valore consultivo, bensì sostanziale, anche alla luce del potere conferito dal legislatore alle Camere di Commercio di esercitare, ai sensi dell'art. 1496 sexies, l'azione inibitoria”.

²⁵⁸Sul punto appare particolarmente significativa una recente ordinanza emessa dal Tribunale di Firenze del 23 ottobre 2009 in cui il giudice fa ripetutamente richiamo all’azione consultiva esercitata dalle Camere di Commercio.

CAPITOLO TERZO

PARTE SECONDA

TUTELA DEL CONSUMATORE IN MATERIA DI CLAUSOLE ABUSIVE: IL CONCORSO TRA AZIONE AMMINISTRATIVA E RIMEDI CIVILISTICI

SOMMARIO: 49. Il concorso tra azione amministrativa e rimedi civilistici nella tutela del consumatore in materia di clausole abusive: la protezione del consumatore assurge ad interesse generale. - 50. Verso il superamento della visione paternalistica della disciplina di consumo. - 51. Tutela del consumatore e della concorrenza: due policy distinte in rapporto di complementarietà verso un fine comune. - 52. Rimedi civilistici in funzione di regolazione del mercato: un assunto da chiarire.

49. Il concorso tra azione amministrativa e rimedi civilistici nella tutela del consumatore in materia di clausole abusive: la protezione del consumatore assurge ad interesse generale

Nel campo della protezione dei consumatori assistiamo oggi alla combinazione dei tradizionali rimedi privatistici di carattere giudiziale con la regolazione amministrativa dei contratti dei consumatori²⁵⁹.

²⁵⁹C. Mc CRUDDEN, *Regulation and Deregulation. Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries*, cit., 37 ss; F. CAFAGGI, H. W. MICKLITZ, *Enforcement pubblico e privato nel diritto dei consumatori*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M. Maugeri e A. Zoppini, cit., 325ss. Secondo gli autori, le principali questioni teoriche o di politica del diritto sono legate alle modalità con le quali oggi si realizza tale complementarietà, cioè alla combinazione tra regolazione amministrativa e rimedi privatistici di carattere contrattuale o extracontrattuale. A tale scopo gli stessi suggeriscono un cambiamento di approccio, ovvero di muovere dal contenuto alla funzione del rimedio; la principale distinzione tra rimedi, si dice, non dovrebbe essere fondata sul tipo di danno ma definita avendo riguardo alla funzione compensativa, deterrente o regolativa dei rimedi. Così

Tutela giudiziale e azione amministrativa vengono considerati da un punto di vista funzionale, come strumenti complementari nell'attuazione della politica di contrasto all'inserzione di clausole abusive²⁶⁰.

Una complementarietà, quella tra “*public*” e “*private enforcement*”, già da tempo emersa con riferimento alla normativa sulla concorrenza e che oggi si manifesta anche con riguardo alla disciplina delle clausole vessatorie²⁶¹.

I confini dell'attuale diritto dei consumatori sono infatti mutati rispetto al passato.

La normativa delle clausole vessatorie nasce con un'impronta privatistica, coincidente con l'introduzione delle regole nel codice civile del 1942.

Il sistema delle condizioni generali di contratto espresso dal codice del 1942 era incentrato sulla tutela da apprestare al soggetto che aderisce ad un contratto preventivamente predisposto dalla controparte, al fine di proteggere lo stesso dall'inserzione di clausole svantaggiose da parte del professionista.

Originariamente il sistema era basato esclusivamente sull'esercizio di un'azione individuale dinanzi ai tribunali diretta ad ottenere la dichiarazione di inefficacia della clausola abusiva. Si parla in proposito di controllo giudiziale successivo dei contratti dei consumatori.

Si tratta di un rimedio tuttora vigente, sostanzialmente potenziato a fronte del recepimento della direttiva comunitaria 93/13 sui contratti dei consumatori, che esprime la propria utilità in una dimensione microindividuale di tutela del singolo consumatore.

Alla dimensione civilistica di tutela, in cui i profili di vessatorietà della clausola sono valutati e regolati primariamente in funzione degli interessi di soggetti privati, si affianca oggi un corpus di norme e principi preordinati all'attuazione dell'interesse pubblico alla protezione del consumatore nel mercato.

affermano gli autori: “*Se il rimedio è puramente compensatorio allora l'enforcement giudiziale fornirà la migliore soluzione generalizzata, tanto per i danni personali che per le perdite economiche... Se il rimedio ha funzione regolativa, in particolare se opera come strumento di gestione del rischio, allora, date le attuali regole procedurali, l'enforcement di natura amministrativa sembra essere più appropriato o comunque competitivo con quello giudiziale*”.

²⁶⁰Si interroga sul coordinamento logico-giuridico fra i provvedimenti dell'Autorità di regolazione e l'operatività delle disposizioni legislative a tutela della parte più debole F. MACARIO, *Autorità Indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in *Riv. dir. Priv.*, cit., 306.

²⁶¹A. ARGENTATI, *Il principio di concorrenza e la regolazione dei mercati*, cit., 2007, 61; M. SPIEGEL, *Obtaining the best from regulation and competition*, United States of America, 2005, 18.

La politica di prevenzione promossa dal legislatore europeo in relazione all'esigenza di gestire il rischio dell'inserzione di clausole abusive nei modelli contrattuali diffusi nel mercato dai professionisti ha indotto, infatti, gli Stati membri all'introduzione di meccanismi di controllo amministrativo preventivo dei contratti dei consumatori²⁶².

L'esigenza è quella di tutelare oltre che il singolo consumatore attraverso il rimedio civilistico invalidante, la generalità dei consumatori esposta al rischio dell'inserzione di clausole vessatorie nei modelli contrattuali diffusi nella prassi commerciale²⁶³.

E' per tale ragione che, in linea con il compito attribuito agli Stati membri dalla direttiva 93/13 sui contratti dei consumatori di "fare in modo che nei contratti dei consumatori non siano inserite clausole abusive", il legislatore nazionale, oltre che potenziare il controllo giudiziale successivo, è intervenuto sul piano della prevenzione, affidando alle Camere di Commercio una competenza trasversale di controllo dei modelli contrattuali diffusi dalle imprese.

L'introduzione dei controlli pubblici preventivi sui modelli contrattuali predisposti dalle imprese sulla base della disciplina speciale dettata dal Codice del Consumo alimenta, infatti, l'idea che oggi il diritto dei consumatori, abbia in parte modificato la propria fisionomia, verso una dimensione altresì pubblicistica della materia²⁶⁴.

²⁶²Attualmente la tutela del consumatore assurge, infatti, a principio fondamentale dell'azione comunitaria. In particolare, l'art. 2, comma 2, lett. d) del Codice del Consumo attribuisce ai consumatori il diritto fondamentale alla correttezza, alla trasparenza e all'equità nei rapporti contrattuali.

²⁶³V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente*, in *Riv. dir. priv.*, III, 2010, 34. Così afferma l'autore: "Non mi convince la contrapposizione che associa i contratti dei consumatori a interessi individuali e i contratti fra imprese a interessi sovra individuali: in entrambi i casi giocano interessi che sono al tempo stesso superindividuali (perché di categoria, e non individuali), e intestati a una delle parti del contratto – la parte che appartiene alla categoria protetta".

²⁶⁴Richiama un possibile sovvertimento della relazione tra diritto pubblico e diritto privato P. SIRENA, *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., 2006, 79. Nel senso di riscontrare una forte compenetrazione tra diritto pubblico e privato con riferimento ai fenomeni che interessano la regolazione del mercato M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, cit., 143. Vedere anche G. GITTI, *L'Autonomia privata e le Autorità indipendenti*, cit., ; A. ZOPPINI, *Funzioni di diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M. Maugeri e A. Zoppini, cit., 12 il quale richiama S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. Dir.*, XIII, 1964, 696, che ha così affermato: "Ogni crisi nel campo del diritto riconduce lo studioso alla distinzione tra diritto pubblico e privato". G. MAJONE, *Regulating contracts in Europe*, London, 1996, 74.

Infatti, sebbene la nuova disciplina dei controlli amministrativi dei contratti dei consumatori, si caratterizzi per la sua essenziale riferibilità al consumatore, ciò non avviene in una logica di diretta difesa dell'interesse particolare del singolo consumatore, bensì a garanzia del corretto funzionamento dei mercati e a protezione dei diversi soggetti che vi concorrono.

All'originaria delimitazione privatistica della disciplina sarebbe, dunque, venuto ad affiancarsi un "*public consumer enforcement*" in cui la normativa a tutela dei consumatori viene applicata da un' autorità pubblica che agisce a garanzia dell'interesse generale alla protezione dei consumatori e al buon funzionamento del mercato²⁶⁵.

Si tratta di un'applicazione delle regole di consumo in materia di clausole vessatorie chiaramente diversa da quella effettuata da un organo giurisdizionale.

In sede di giudizio, infatti, la regola di consumo viene invocata da un soggetto per la tutela di una situazione giuridica soggettiva che si ritiene lesa da un comportamento illegittimo altrui; l'intervento delle Autorità Amministrative mira, invece, a garantire l'interesse generale attraverso la protezione degli interessi dei consumatori e dell'assetto competitivo dei mercati; e ciò, mediante l'attuazione di un programma di intervento pubblico sulle prassi della contrattazione standardizzata²⁶⁶.

L'affiancamento ai tradizionali rimedi civilistici dell'azione amministrativa a tutela dei consumatori, favorisce inoltre un maggiore grado di effettività della normativa sulle clausole vessatorie.

In questo senso è venuta dunque a conformarsi una sorta di complementarità tra "*private*" e "*public enforcement*" nel campo della protezione dei consumatori, dove tutela giudiziale e azione amministrativa vengono considerati da un punto di vista funzionale, come strumenti complementari nell'attuazione della politica di contrasto all'inserzione di clausole abusive nei contratti dei consumatori²⁶⁷.

²⁶⁵A. ARGENTATI, *Il principio di concorrenza e la regolazione dei mercati*, cit., 60; A.I. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford, 2004, 29.

²⁶⁶B. MORGAN, K. YEUG, *An Introduction to law and Regulation*, cit., 203;

²⁶⁷A.I. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, cit., 55; F. CAFAGGI H. W. MICKLITZ, *Enforcement pubblico e privato nel diritto dei consumatori*, cit., 325 ss; A.I. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, cit., 55.

50. *Verso il superamento della visione paternalistica della disciplina di consumo*

Secondo parte della dottrina, attraverso la disciplina dei contratti dei consumatori e l'apparato diretto a renderla effettiva, si vuole primariamente salvaguardare la libera scelta del consumatore nella misura in cui la stessa risulta strumentale alla difesa e al ripristino di un assetto competitivo dei mercati²⁶⁸.

Obiettivo primario della disciplina sulle clausole abusive sarebbe, dunque, quello di proteggere la libertà di scelta del soggetto aderente nella misura in cui la stessa costituisce presupposto fondamentale per il corretto dispiegarsi della concorrenza tra imprese nei mercati.

A dimostrarlo, si dice, sarebbe l'art 34 del Cod. Cons. che esclude il giudizio di abusività nel caso in le clausole siano state oggetto di trattativa; norma dalla quale sarebbe possibile ricavare che fine predominante della disciplina sulle clausole vessatorie non è l'equilibrio della clausole in sé, bensì la salvaguardia della libertà di scelta del consumatore.

Se da un lato è diretta a garantire la sovranità del consumatore nel mercato, dall'altro, aggiunge la stessa dottrina, la disciplina sulle clausole vessatorie non deve essere letta come un limite all'esercizio dell'autonomia contrattuale del professionista.

Tale normativa, si dice, non intende negare o limitare la libertà contrattuale del professionista ma soltanto evitare gli effetti distorsivi che l'abuso di potere negoziale potrebbe determinare nel mercato²⁶⁹.

Il limite posto dalla disciplina delle clausole abusive all'esercizio dell'autonomia contrattuale da parte del professionista non deve essere concepito come un limite estrinseco al potere di definire il contenuto del contratto, quanto invece come un limite intrinseco, tipico di qualsiasi posizione di potere giuridico ovvero quello di non abusare del potere medesimo, cioè di

²⁶⁸G. FOTI, *Regole giuridiche e mercati concorrenziali del consumo. Sguardi civilistici su una relazione controversa*, in *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, a cura di R. Tommasini, Torino, 2007, 185. Secondo l'autore i poteri di controllo pubblico sui modelli contrattuali predisposti dalle imprese mirano ad impedire, in ultima analisi, che l'abuso di libertà contrattuale da parte del professionista si traduca in un'ingiustificato lesione della libertà di scelta del consumatore con gravi conseguenze, oltre che per il singolo consumatore, per la concorrenzialità dei mercati.

²⁶⁹G. FOTI, *Regole giuridiche e mercati concorrenziali del consumo. Sguardi civilistici su una relazione controversa*, cit., 181. Tale dottrina affronta il problema della vessatorietà contrattuale a partire dal concetto di abuso di autonomia negoziale da parte dei professionisti.

non usare il potere per un interesse diverso da quello a tutela del quale esso è stato accordato dall'ordinamento.

Secondo tale indirizzo l'abuso che si realizza attraverso l'inserimento contrattuale di clausole vessatorie non è punito in sé ma pensato oltre sé, in quanto abuso che, essendo lesivo della libertà di scelta del consumatore si traduce in abuso perpetrato nel mercato, contro il mercato e causa del fallimento del mercato.

Alla base di siffatto pensiero si pone la letteratura giuridica che disconosce il valore paternalistico della disciplina a tutela dei consumatori, attribuendo alla stessa un ruolo strumentale alla realizzazione della concorrenzialità e del buon funzionamento dei mercati.

Il complesso di regole di origine comunitaria, si dice, non è pensato in senso rigoroso né per i consumatori, né per soggetti in aggregato come le associazioni di categoria, ma è pensato per il mercato in cui tutti appaiono e le regole comunitarie costituiscono una risposta giuridica ai fallimenti del mercato: questa è la *ratio* della normativa in materia di consumo²⁷⁰.

La stella polare del diritto privato europeo è l'instaurazione di un mercato concorrenziale.

Al civilista del terzo millennio si presenta, dunque, uno scenario straordinariamente mutato.

Tradizionalmente la disciplina volta ad incidere sulle disfunzioni del mercato concorrenziale si materializzava nel diritto della concorrenza: assicurare un'effettiva concorrenza fra gli imprenditori costituiva l'unica via da percorrere per garantire la funzionalità del mercato, il consumatore era emarginato a

²⁷⁰A. MAZZONI, *Concorrenza, coordinamento e conflitti tra le regole di mercato*, in *Riv. Soc.*, 2005, 722. L'autore osserva come soffermando l'attenzione sulla normativa comunitaria che si estrinseca nelle direttive aventi ad oggetto le relazioni tra professionisti e consumatori, questa appaia nel sul nucleo duro un complesso di regole di funzionamento dei mercati finali concorrenziali. Sul punto anche G. FOTI, *Regole giuridiche e mercati concorrenziali del consumo. Sguardi civilistici su una relazione controversa*, cit., 83 ss. L'autore sottolinea come secondo il giudizio del regolatore comunitario il sistema di mercato sia nato imperfetto, non funzionante, ed afferma : *"Posto l'allontanamento dei tasselli fondamentali del mosaico, le regole incidono sulle condizioni di concorrenzialità del mercato, con l'obiettivo di migliorarle e di crearle. Osserviamo nel panorama dei fatti generativi di tali regole, ipotesi che gli economisti descrivono come fallimenti del mercato. Per fallimento del mercato si intende il mancato raggiungimento di un'allocazione efficiente della ricchezza: è un dato oggettivo. Il mercato non è nelle condizioni per operare efficientemente. Nel fallimento del mercato le imperfezioni sono tutte interne, endogene. Interviene così il diritto... (che) riconosce l'innocenza del mercato e cerca di rimediare alle inefficienze prodotte, cercando di incidervi per il dover essere della concorrenzialità"*.

semplice destinatario passivo della politica di ristrutturazione del mercato stesso²⁷¹.

L'evoluzione del sistema capitalistico ha dimostrato tuttavia che questo primo tipo di regolazione, sebbene assolutamente necessario, non era sufficiente per il conseguimento dell'efficienza allocativa nel mercato comunitario: quest'ultima, oltre che dalle distorsioni della concorrenza, risultava potenzialmente pregiudicata anche dall'impossibilità concreta degli utenti e dei consumatori finali di esercitare la loro autonomia negoziale²⁷².

E' emersa così, a livello comunitario, l'esigenza di introdurre nuove regole di diritto dei contratti, grazie alle quali gli utenti e i consumatori finali possano dirsi realmente in grado di individuare e di scegliere l'offerta più conveniente da parte degli imprenditori.

La disciplina dei contratti dei consumatori così introdotta viene concepita come una componente indispensabile all'instaurazione e al funzionamento del mercato europeo. La sua forza, si dice, è fortemente strutturante²⁷³.

Tale dottrina sottolinea, quindi, come il legislatore comunitario si sia mosso in una prospettiva macroeconomica, tale per cui la difesa del consumatore nei confronti dell'operatore professionale non poteva, e non può oggi essere ridotta al solo, per quanto importante, problema relativo alla salvaguardia della posizione del singolo contraente, ossia alla gestione di un conflitto microeconomico, sì da richiamare un atteggiamento puramente paternalistico dello stesso.

Le tutele congregate a favore del consumatore dal legislatore comunitario, continua tale dottrina, sono pensate come idonee a tutelare il funzionamento del mercato²⁷⁴.

Se, dunque, l'imposizione di obblighi di informazione al professionista può essere letta come una misura di stampo paternalistico nei confronti di un soggetto, il consumatore, privo di strumenti utili per il compimento delle azioni volte alla realizzazione delle sue esigenze; è altresì possibile, tuttavia,

²⁷¹P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, 1, 795; cfr A. NERVI, *La difficile integrazione tra diritto civile e diritto della concorrenza*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, II, 495.

²⁷²G. FOTI, *Regole giuridiche e mercati concorrenziali del consumo. Sguardi civilistici su una relazione controversa*, cit., 83 ss.

²⁷³P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori*, cit., 795 ss.

²⁷⁴G. FOTI, *Regole giuridiche e mercati concorrenziali del consumo. Sguardi civilistici su una relazione controversa*, cit., 144.

intravedere nella stessa una misura diretta ad una diversa finalità: quella di dotare tale soggetto di elementi utili per una corretta azione nel mercato perché ciò risulta vantaggioso per il mercato medesimo, in un ambiente che consente un circuito informativo consistente²⁷⁵.

Secondo tale indirizzo quelle che appaiono le ragioni della solidarietà non sono altro che le ragioni dell'efficienza. In gioco, si dice, ci sono i fallimenti del mercato. La soluzione dei problemi non è fondata per la libertà ma per il mercato²⁷⁶. Il consumatore è pensato in una dimensione macroeconomica, come il protagonista del mercato, con una funzione per il mercato²⁷⁷.

51. *Tutela del consumatore e della concorrenza: due policy distinte in rapporto di complementarità verso un fine comune*

Il pensiero sopra descritto non è tuttavia unanimemente condiviso da dottrina e giurisprudenza.

Secondo un diverso indirizzo, infatti, la disciplina dei contratti dei consumatori e la disciplina della concorrenza sarebbero dotate di autonoma valenza; tuttavia le stesse verrebbero a porsi in rapporto di complementarità a garanzia del buon funzionamento del mercato europeo²⁷⁸.

E' la stessa normativa comunitaria a far emergere in più occasioni un vero e proprio rapporto bidirezionale tra tutela del consumatore e garanzia della concorrenzialità dei mercati, in quanto, si dice, la disciplina a tutela della

²⁷⁵G. FOTI, *Regole giuridiche e mercati concorrenziali del consumo*, cit., 144. L'autore osserva che nella disciplina contrattuale "la tutela del consumatore rileva in termini di mezzo più che di fine" e non può assurgere a principio teleologico autonomo ed indipendente. In linea con P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori*, cit., 793, secondo l'autore: "La tutela contrattuale del consumatore non costituisce affatto un obiettivo finale, autosufficiente dell'intervento legislativo". Vedi anche M. BESSONE, *Il diritto privato europeo dei mercati finanziari*, in *Vita not.*, 2003, 3, 1224, secondo il quale la valorizzazione di una disciplina che tenta di rendere simmetriche le posizioni di partenza dei soggetti, non utilizza lo strumento egualitario in senso sostanziale non per esigenze contigue al suo farsi, bensì in chiave essenzialmente antipaternalistica, per la valorizzazione delle logiche del mercato.

²⁷⁶Il sistema dei contratti diviene sempre più un sottosistema della concorrenza e l'interconnessione tra regole del mercato e regole del contratto un dato della realtà. Sulla disciplina contrattuale dei consumi quale sottosistema della disciplina della concorrenza e del mercato confronta C. CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema di diritto della concorrenza*, in *Europa e Diritto priv.*, 2001, 703 ss.

²⁷⁷G. FOTI, *Regole giuridiche e mercati concorrenziali del consumo. Sguardi civilistici su una relazione controversa*, cit., 155.

²⁷⁸L. DELLI PRISCOLI, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, in *Giur. comm.* 2006, 2, 253, afferma l'autore: "È evidente ... la strettissima connessione tra i piani della tutela pubblicistica del mercato e quella di carattere privatistico dell'equilibrio economico del singolo contratto, che è altresì dimostrata dalla sempre maggiore consapevolezza a livello comunitario dell'indissolubile intreccio tra tutela della concorrenza e tutela del consumatore".

concorrenza realizzerebbe in ultima analisi un vantaggio per il consumatore e, viceversa, la normativa a tutela del consumatore sarebbe strumentale al mantenimento di un assetto competitivo del mercato²⁷⁹.

La libertà di scelta del consumatore viene questa volta invocata quale elemento di comunicazione tra le due dimensioni di tutela.

Secondo la dottrina, infatti, se la scelta libera del consumatore si connota in termini di informazione e razionalità in un panorama plurale di offerte, essa diviene, allo stesso tempo veicolo essenziale per il corretto funzionamento del mercato

Rovesciando il punto di vista, in una sorta di circolo virtuoso, la stessa tutela dell'assetto competitivo del mercato funge da presupposto per l'esercizio effettivo dell'autonomia privata: solo in un contesto in cui il corretto esplicarsi della concorrenza sia garantito dalle regole del gioco, sussistono, infatti, le condizioni necessarie affinché il consumatore possa liberamente orientarsi per la realizzazione dei propri interessi²⁸⁰.

Il rapporto di complementarietà tra tutela dei consumatori e tutela della concorrenza viene in rilievo in un insieme di interventi normativi di settore dove emerge chiaramente come la disciplina dettata a tutela della concorrenza e perciò volta a correggere i fallimenti del mercato, persegue altresì l'obiettivo di proteggere il consumatore²⁸¹.

²⁷⁹Così L. MINERVINI, *Tutela dei consumatori e libera concorrenza nel nuovo approccio dell'Unione europea: significato ed implicazioni dell' « armonizzazione massima » in materia di pratiche commerciali sleali*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 6, 1169; Cfr. M. SANDULLI, D. SPAGNULO, *Il rapporto tra la tutela della concorrenza e la tutela dei consumatori*, in *Rapporto sul Consumerism 2009*, curato da Consumers' Forum in collaborazione con l'Università degli studi di « Roma Tre », pubblicato sul sito: <http://www.consumersforum.it/>.

²⁸⁰A. NERVI, *La difficile integrazione tra diritto civile e diritto della concorrenza*, cit., 501. Secondo l'autore la tutela dell'autonomia contrattuale può dunque considerarsi effettiva se, e nella misura in cui, il mercato riesca realmente a funzionare senza distorsioni o inefficienza. La tutela della concorrenza e il corretto funzionamento del mercato vengono a saldarsi strettamente con il concetto di autonomia privata.

²⁸¹Così CLARICH, *Le competenze in materia di diritto dei consumatori delle autorità di regolazione settoriale*, *Convegno organizzato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato Roma, 29 gennaio 2010, dal titolo: "Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela"*, pubblicato in: <http://www.agcm.it/>. L'autore osserva come, in materia di consumo, alla competenza "orizzontale" prevista dal Codice di Consumo, si accompagni oggi una diffusa competenza dei regolatori settoriali esterni al Codice stesso. Afferma l'autore: "Rispetto alla disposizioni a tutela dei consumatori inseriti nelle normative settoriali esterne al codice civile si riscontra l'esistenza di norme che tutelano in modo diretto i consumatori e norme che li tutelano in modo indiretto, atteso che, in realtà, gran parte delle discipline settoriali volte a correggere i fallimenti del mercato perseguono l'obiettivo di tutela del consumatore-utente da intendersi in senso generale". Così anche F. CAFAGGI H. W. MICKLITZ, *Enforcement pubblico e privato nel diritto dei consumatori*, cit., 364-366; secondo tale dottrina è possibile distinguere tre livelli di legislazione: la legislazione che protegge gli

Nel settore dei servizi di pubblica utilità, ad esempio, la legge 14 novembre 1995 n. 481 ha attribuito alle autorità di settore competenze in materia di tutela dei consumatori ed utenti. Accanto agli obiettivi di sistema, quali la promozione della concorrenza e dell'efficienza dei mercati, infatti, l'art. 1 comma 1 della legge enuncia anche la finalità di *“garantire ... adeguati livelli di qualità nei servizi...”*, tra l'altro, *“promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori”*.

Per perseguire queste finalità la legge attribuisce all'autorità di settore poteri di intervento sulla libertà contrattuale degli operatori e di controllo sul loro comportamento nei confronti degli utenti, nonché una funzione di promozione della trasparenza delle offerte commerciali e delle condizioni contrattuali.

Ai sensi dell'art. 2 comma 12, lett. h) l'autorità è infatti investita del potere di emanare le direttive concernenti l'erogazione dei servizi, definendo i livelli minimi di qualità da garantire all'utente. Essa controlla lo svolgimento dei servizi *“determinando altresì i casi di indennizzo automatico da parte del soggetto esercente il servizio nei confronti dell'utente ove il medesimo soggetto ... eroghi il servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti ... ai sensi della lettera h)”* (art. 2, comma 12, lett. g).

In relazione al mercato del gas, il d.lgs. 23 maggio 2000 n. 164/2000 attribuisce all'Autorità per l'energia elettrica e il gas il potere di vigilare sulla trasparenza delle condizioni contrattuali e di determinare, con proprie deliberazioni *“un codice di condotta commerciale in cui sono in particolare stabilite modalità e contenuti delle informazioni minime che i soggetti che svolgono l'attività di vendita devono fornire ai clienti stessi”* (art. 18, comma 3).

Più di recente il d.l. n. 73/2007, convertito in legge n. 125/2007 ha disposto che a partire dall'1 luglio 2007, data della apertura alla concorrenza della vendita di elettricità, i clienti finali domestici hanno diritto di recedere dal preesistente contratto di fornitura come clienti vincolati, *“secondo modalità stabilite dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas”* (art. 1, comma 2).

individui a prescindere dal loro status di consumatore; la legislazione che protegge i consumatori indipendentemente dal settore; la legislazione che protegge i consumatori entro uno specifico settore, come per esempio nel mercato delle telecomunicazioni, dell'energia dei media ecc. Ciò in conseguenza del fatto che, nonostante si avverta la necessità di adottare un approccio generale al problema della tutela dei consumatori, le specificità di ogni mercato possono chiedere strumenti particolari a causa degli obiettivi regolativi e degli attori coinvolti.

Nel settore delle comunicazioni elettroniche, le disposizioni della legge 481/95 vanno integrate con quelle della legge 31 luglio 1997 n. 249 e del Codice delle comunicazioni elettroniche²⁸². In base alla legge n. 249, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni *“...in materia di pubblicità sotto qualsiasi forma e di televendite, emana i regolamenti attuativi delle disposizioni di legge e regola l'interazione organizzata tra il fornitore del prodotto o servizio o il gestore di rete e l'utente, che comporti acquisizione di informazioni all'utente, nonché l'utilizzazione delle informazioni relative agli utenti”*.

Anche il Codice delle comunicazioni elettroniche menziona l'obiettivo della tutela dei consumatori. Infatti, l'art. 13, comma, 4 lett. a) chiarisce che la tutela della concorrenza perseguita dall'Autorità dal Ministero delle Comunicazioni deve al tempo stesso garantire il massimo beneficio per gli utenti in termini di scelta, prezzo e qualità. Il comma 6 lett. b) menziona l'esigenza di garantire un elevato livello di protezione dei consumatori. In modo più specifico, in attuazione della direttiva 2002/22/CE sul servizio universale, l'art. 61 attribuisce il compito di individuare i livelli di qualità del servizio universale, mentre gli artt. 70 e ss. contengono previsioni generali a tutela dei diritti degli utenti ed in particolare attribuiscono all'Autorità il compito di definire alcune clausole contrattuali e di garantire la trasparenza delle informazioni sulle condizioni del servizio e sulla qualità dei servizi resi.

Più di recente, l'art. 21, commi 1 e 2, della legge 23 luglio 2009, n. 99 rubricato *“Iniziative a favore dei consumatori e trasparenza dei prezzi”* attribuisce alle autorità sopra richiamate il potere di emanare disposizioni regolamentari necessarie per dare attuazione all'obbligo imposto ai gestori dei servizi di fornire all'utente *“...indicazioni trasparenti circa le offerte proposte sul mercato, affinché sia possibile per il cliente interessato dall'offerta di servizi effettuare valutazioni e confronti, anche in relazione ad eventuali offerte alternative di altri gestori”*.

La disciplina di settore appena richiamata consente di cogliere il legame oggi inscindibile tra consumo, concorrenza e mercato, tale per cui la tutela del consumatore è strumentale alla salvaguardia della concorrenza e la garanzia della competitività dei mercati favorisce una migliore realizzazione degli interessi del consumatore.

²⁸²Vedi D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

Concorrenza e consumatori, si dice, sono i capisaldi di un mercato efficiente, tenuti presente dal legislatore europeo: *“La difesa delle posizioni del consumatore e la tutela della struttura concorrenziale del mercato stanno evolvendo in un’ottica di complementarità”*²⁸³.

Peraltro, l’evoluzione della tutela del consumatore in una prospettiva complementare alla tutela del mercato ha trovato recente consacrazione nella direttiva CE 2005/29 in materia di pratiche commerciali scorrette, e quindi a livello nazionale nel d. lgs. 2 agosto 2007, n. 146.

Si dice che in tale occasione vi sia stata *“la saldatura degli interessi concorrenziali con quelli consumeristici”*, riconoscendo all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato un ruolo di garanzia unico per entrambi i profili, così come in molti altri Paesi europei²⁸⁴.

E’ la stessa Corte di Lussemburgo che in occasione di una pronuncia del 2009 in materia di pratiche commerciali sleali evidenzia a gran voce come la disciplina comunitaria, perseguendo la correttezza delle pratiche commerciali a tutela dei consumatori, inevitabilmente regolamenti i comportamenti concorrenziali, facendo emergere come oggi, concorrenza e consumatori siano i capisaldi di un mercato efficiente, tenuti presente dal legislatore europeo²⁸⁵.

E’ per tale ragione, si dice, che il legislatore comunitario, all’art. 11 della direttiva ha riconosciuto anche ai concorrenti la legittimazione ad agire per vietare le pratiche sleali.

Il pensiero appena descritto viene ulteriormente specificato da quella dottrina e giurisprudenza che, pur riconoscendo il rapporto di complementarità tra la disciplina dei contratti dei consumatori e la disciplina antitrust, soffermano l’attenzione sull’esigenza di tenere i due ambiti normativi distinti; per alcuni versi, si dice, essi si sono mostrati addirittura configgenti.

Ciascun nucleo normativo, sia esso diretto alla tutela del consumatore ovvero della concorrenza, manterrebbe una sua funzione specifica, perché ad ognuno sono affidati obiettivi propri, se pur reciprocamente coerenti.

²⁸³ Così L. MINERVINI, *Tutela dei consumatori e libera concorrenza nel nuovo approccio dell’Unione europea: significato ed implicazioni dell’ « armonizzazione massima » in materia di pratiche commerciali sleali*, in *Foro amm.* CDS, cit., 1169.

²⁸⁴ M. SANDULLI, D. SPAGNULO, *Il rapporto tra la tutela della concorrenza e la tutela dei consumatori*, <http://www.consumersforum.it/>.

²⁸⁵ Corte giustizia CE, 23/04/2009, n. 261, sez. I.

In ordine a profili di eventuale conflitto, autorevole dottrina ha specificamente dimostrato come la garanzia di un elevato grado di concorrenza possa comportare, talvolta, conseguenze molto gravi²⁸⁶.

Per altro verso, la dottrina lamenta il fatto che per taluni settori il processo di liberalizzazione abbia sostituito “*ad un monopolio pubblico un oligopolio privato*” con regressione delle garanzie degli utenti e della loro tutela²⁸⁷.

Per quanto riguarda, invece, la distinta dimensione normativa delle sfere della concorrenza tra imprese e della difesa del consumatore, appare significativo richiamare la sentenza n. 2207/05 delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione.

In tale occasione la Corte ha così afferma: “...*benché anche la tutela della concorrenza si sia evoluta nella interpretazione della dottrina e dei giudici facendo sì che si attenuasse fortemente l’originaria impronta deontologica e corporativa e si prendesse atto della nozione costituzionale del mercato come luogo della libertà di impresa che attribuisce un rilievo pubblico anche al conflitto interindividuale (Cass. n. 11859/97), essa conserva il carattere fondamentale di strumento di tutela del corretto rapporto di concorrenza. La sussistenza di siffatto rapporto tra le parti che controvertono innanzi al giudice è il presupposto della sua operatività e mantiene pertanto la dimensione essenzialmente interindividuale dei conflitti*”.

Si torna in questo modo alla nozione di concorrenza più tradizionale, a fronte del rilievo giudiziale del conflitto.

Nella pronuncia in oggetto, infatti, la Suprema Corte riconosce che malgrado sia indubbio che la disciplina a tutela della concorrenza realizzi in ultima analisi un vantaggio per il consumatore, e viceversa, quella a tutela del consumatore realizzi un vantaggio per l’assetto concorrenziale del mercato, le due *policy*, restano, pur nella loro complementarità distinte.

²⁸⁶L’esempio richiamato è quello della liberalizzazione del mercato dei taxi e dagli effetti rovinosi che essa avrebbe comportato sulle condizioni ambientali delle città e sull’efficienza dei mezzi di trasporto; e, più in generale, le situazioni dei servizi di pubblica utilità, nella gestione dei quali regole ad hoc sembrano irrinunciabili, a garanzia della continuità degli stessi servizi, degli investimenti necessari ad assicurarla e a migliorarla e della formazione del personale. Così G. AMATO, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2009, 382.

²⁸⁷M. SANDULLI, D. SPAGNULO, *Il rapporto tra la tutela della concorrenza e la tutela dei consumatori*, <http://www.consumersforum.it/>.

Ciascun nucleo normativo manterrebbe, secondo le Sezioni Unite, una sua funzione specifica, perché ad ognuno sono affidati obiettivi propri, se pur reciprocamente coerenti.

Da un lato, la disciplina dei consumatori, che ha come obiettivo primario quello di proteggere la parte debole del rapporto contrattuale attraverso una pluralità di strumenti che vanno dai doveri di informazione precontrattuale, al diritto di recesso di pentimento, alla disciplina delle clausole vessatorie.

Dall'altro, la disciplina a tutela della concorrenza diretta alla difesa dell'imprenditore dalla concorrenza sleale; normativa che, ancorché inserita in una dimensione concorrenziale di mercato, provvede pur sempre alla riparazione dello squilibrio che ad uno specifico rapporto di concorrenza viene cagionato dalla scorrettezza di un'impresa.

Cosa diversa è l'assurgere del bisogno di tutela del consumatore e del mantenimento di un assetto competitivo del mercato ad interessi generali perseguiti dall'ordinamento attraverso l'azione pubblica posta in essere da organismi di regolazione.

Come già in precedenza affermato, infatti, sia la disciplina della concorrenza che quella dei contratti dei consumatori vengono oggi in rilievo sotto un duplice profilo: da un lato, di normativa rivolta alla protezione di interessi microindividuali ed in quanto tale azionabile in sede giudiziale; dall'altro come disciplina oggetto di attuazione da parte di pubbliche autorità che intervengono al fine di realizzare l'interesse generale al buon funzionamento del mercato e alla protezione dei diversi soggetti che vi concorrono²⁸⁸.

Confondere i due piani, quello dell'azione amministrativa e quello dei rimedi civilistici, così come appena descritti, costituisce, a parere di chi scrive, fonte di molteplici fraintendimenti.

Primo fra tutti l'interrogativo emerso in dottrina circa il possibile venire in rilievo dei rimedi civilistici in funzione di regolazione del mercato.

²⁸⁸Cfr V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente*, cit., 34. Così afferma l'autore: " Non mi convince la contrapposizione che associa i contratti dei consumatori a interessi individuali e i contratti fra imprese a interessi sovra individuali: in entrambi i casi giocano interessi che sono al tempo stesso superindividuali (perché di categoria, e non individuali), e intestati a una delle parti del contratto – la parte che appartiene alla categoria protetta".

52. *Rimedi civilistici in funzione di regolazione del mercato: un assunto da chiarire*

Quale sviluppo dell'opinione secondo cui oggi, il diritto privato verrebbe ad atteggiarsi a strumento di completamento del diritto della concorrenza o quantomeno a strumento, tra gli altri, volto alla salvaguardia della concorrenzialità dei mercati, parte della dottrina si interroga sulla possibilità che i rimedi civilistici possano assolvere ad una funzione pro-concorrenziale di regolazione del mercato.

L'interrogativo si pone nei seguenti termini: se sia possibile pensare a nuove funzioni delle regole privatistiche, ovvero se i rimedi del diritto privato possano svolgere funzioni di regolazione del mercato²⁸⁹.

Punto di origine del dibattito è stata la sentenza *Courage* del 2001 pronunciata dalla Corte di Giustizia, in cui il giudice europeo ha affrontato e risolto in senso affermativo la questione relativa all'attribuzione del diritto ad ottenere il risarcimento del danno in capo ai privati lesi in seguito a violazioni della disciplina antitrust²⁹⁰.

Dopo la sentenza la Commissione Europea ha avviato uno studio in materia che ha rilevato che nei diversi ordinamenti degli stati membri le posizioni in punto di risarcimento del danno per violazione della disciplina antitrust erano caratterizzate da stucchevole diversità e sottosviluppo.

Nel frattempo in dottrina si radicava l'opinione secondo la quale la misura dell'*enforcement* pubblicistico fosse sub ottimale. La questione controversa per gli studiosi *antitrust* non era tanto se intervenire o meno, quanto piuttosto come intervenire per raggiungere l'ottimo di *deterrence* da parte delle imprese.

Parte della dottrina rilevava che la via preferibile fosse quella del rafforzamento del *public enforcement*.

Altra dottrina riteneva, invece, che l'unica via praticabile fosse quella del *private enforcement* perché evidenze empiriche facevano ritenere che lo

²⁸⁹A. ZOPPINI, *Funzioni di diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., 9 ss; G. FOTI, *Regole giuridiche e mercati concorrenziali del consumo. Sguardi civilistici su una relazione controversa*, cit., 157 ss.

²⁹⁰M. MAUGERI, *Risarcimento del danno e diritto antitrust, le prospettive comunitarie*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M. Maugeri E a. Zoppini, cit., 148 ss.

strumento privatistico risarcitorio fosse più veloce, efficace e meno costoso al fine di indurre le imprese a comportamenti pro-concorrenziali²⁹¹.

L'azione amministrativa per quanto indispensabile e spesso decisiva si ritiene presentare diversi limiti strutturali: si tratta pur sempre di un'azione selettiva, per cui l'autorità seleziona necessariamente e discrezionalmente i casi e i settori in cui intervenire; inoltre, l'utilizzo di strumenti sanzionatori, per quanto affatto indolore, sembra rimanere di lunga inferiore al profitto che l'autore dell'illecito antitrust ha potuto trarre dal suo comportamento²⁹².

E' sulla base di questi presupposti che il 19 dicembre 2005 la Commissione Europea, preso atto della subottimalità del *public enforcement* e della sotto utilizzazione dello strumento risarcitorio, pubblica il Libro Verde sulla "Azione risarcitoria del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie".

Tale provvedimento mette in luce come la stessa Commissione fosse fortemente intenzionata ad attribuire ai privati un'azione volta ad ottenere il risarcimento del danno sia in funzione di deterrenza nei confronti delle imprese, che di compensazione a favore dei consumatori stessi.

Affermava, infatti, la Commissione: *"Agevolare l'introduzione della domanda di risarcimento del danno per violazione della disciplina antitrust non solo consentirà ai consumatori e alle imprese danneggiate dalla violazione di una norma antitrust di soddisfare più facilmente la loro pretesa risarcitoria, ma rafforzerà nel contempo il diritto alla concorrenza"*.

Nell'ottica del Libro Verde, quindi, l'azione di risarcimento del danno avrebbe dovuto rispondere ad un duplice obiettivo: *"In primis risarcire coloro che hanno subito un danno a causa di un comportamento anticoncorrenziale e, in secondo luogo, assicurare, attraverso la disincentivazione delle condotte anticoncorrenziali, la piena efficacia delle norme antitrust previste dal trattato, contribuendo così in modo significativo al mantenimento di una concorrenza effettiva della comunità"*²⁹³.

²⁹¹M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di "private" e "public enforcement" in materia di antitrust*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M. Maugeri E a. Zoppini, cit., 171 ss. Secondo tale dottrina un efficace sistema repressivo dei comportamenti anticoncorrenziali delle imprese deve avvalersi di un mix di strumenti privatistici e pubblicistici.

²⁹²M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di "private" e "public enforcement" in materia di antitrust*, cit., 171 ss.

²⁹³Così M. MAUGERI, *Risarcimento del danno e diritto antitrust, le prospettive comunitarie*, cit. 161. L'autrice verifica se queste due funzioni siano veramente sempre cumulabili e unidirezionali dimostrando all'esito che così non è, ovvero che non per forza l'azione

E' su queste basi che si sviluppa la riflessione intorno alla possibilità che anche i rimedi civilistici possano essere utilizzati accanto alla disciplina antitrust al fine di disincentivare comportamenti anticoncorrenziali delle imprese.

Il pensiero non è unanimemente condiviso.

Parte della dottrina rifiuta, infatti, l'idea dell'uso di un rimedio civilistico risarcitorio in chiave di deterrenza e delimita i tratti della questione precisando che l'assunto di cui sopra non deve essere spinto fino al punto di ritenere che i rimedi civilistici, in materia di antitrust, abbiano cambiato natura rispetto alla loro normale funzione invalidante e ripristinatoria²⁹⁴.

Ciò si pone in linea con la più tradizionale dottrina civilistica che sottolinea la funzione di tutela sottesa al rimedio civilistico²⁹⁵.

Il compito delle leggi civili, si dice, è quello di fissare le regole di comportamento dei consociati e di intervenire solo ove tali regole non siano state osservate con danno e pregiudizio degli stessi consociati.

La tutela giudiziale dei diritti interviene quando la lesione del diritto si è già realizzata. Tale lesione coincide ad esempio con l'ipotesi in cui il diritto viene violato ad opera di un terzo o risulta insoddisfatto ad opera di colui che era tenuto a soddisfarlo .

In tale ipotesi la funzione di tutela tipica del rimedio civilistico, si realizza, previa riaffermazione o accertamento del diritto, eliminando le conseguenze della violazione attraverso misure di rimessione in pristino, ove sia possibile misure restitutorie, o di risarcimento del danno ove danni patrimoniali risarcibili si siano ormai consolidati.

Su questa linea, troviamo una Risoluzione del 25 aprile 2007, in cui il Parlamento Europeo sottolinea in modo netto che la disciplina del risarcimento

risarcitoria si risolve in un miglioramento della deterrenza. Tuttavia, afferma, l'autrice: *“Ciò non significa che il sistema di deterrenza non debba esser migliorato, ma che la via possa essere un'altra, e cioè quella di una rivisitazione dei criteri di determinazione delle sanzioni pubblicistiche, un aumento delle sedi periferiche, un aumento delle risorse ecc.”*. Ritorna sulla questione la Corte di Giustizia con il caso Manfredi del 12 giugno 2006 ove la stessa Corte ribadisce l'orientamento secondo cui debba riconoscersi il diritto al risarcimento del danno a chiunque abbia ricevuto pregiudizio a causa di una illecita restrizione della concorrenza nel mercato unico. A suo giudizio, infatti, in ipotesi di illecita distorsione della concorrenza, ai tradizionali rimedi di natura pubblicistica, vanno affiancati strumenti di natura privatistica finalizzati al risarcimento del danno. Sulla medesima questione è tornata anche la Commissione Europea con il Libro Bianco del 2 aprile 2008.

²⁹⁴M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di “private” e “public enforcement” in materia di antitrust*, cit., 191.

²⁹⁵A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 144.

del danno antitrust deve rimanere legata alla tradizionale funzione compensativa propria della disciplina civilistica del risarcimento del danno extracontrattuale prevista dai diversi paesi europei²⁹⁶.

L'opinione appare largamente condivisibile.

Dobbiamo tenere presente, infatti, che azionare la disciplina antitrust a fini risarcitori ha come risultato primario e diretto quello di conferire tutela al singolo consumatore o imprenditore leso.

Il fatto che una sentenza esemplare possa produrre in via riflessa un effetto di deterrenza in capo agli operatori del mercato suscitando negli stessi condotte pro-concorrenziali, può ritenersi pacifico; tuttavia, è necessario mantenere viva la consapevolezza che tale effetto "di regolazione" rimarrà emarginato ad effetto secondario e riflesso del rimedio civilistico.

Spostando la prospettiva dal lato dell'azione pubblica, è evidente che quando ad agire in attuazione della disciplina di concorrenza e consumo sia un organismo di regolazione del mercato, esso interverrà in dimensione sovraindividuale a garanzia dell'attuazione dell'interesse generale alla protezione dei consumatori e al buon funzionamento del mercato.

Anche l'attuazione pubblicistica della disciplina, tuttavia, potrà condurre ad effetti secondari rispetto a quello primario di regolazione delle condotte e degli atti degli operatori economici.

E' possibile, infatti, che, in via riflessa, una raccomandazione e una sanzione rivolta al singolo imprenditore possano produrre effetti vantaggiosi in dimensione microindividuale; ma questo, sarà un effetto riflesso dell'azione dell'Autorità Amministrativa.

La tutela civilistica di tipo sostanziale e processuale non può essere in alcun modo assorbita dalle forme e tecniche di intervento delle Autorità di regolazione²⁹⁷.

L'interrogativo se si possa riconoscere ai rimedi civilistici una funzione di regolazione del mercato suscita dunque grosse perplessità e appare non condivisibile se si tiene conto del fatto che il rimedio civilistico presuppone per la propria attuazione l'esercizio di un'azione giudiziale e che la stessa, come già

²⁹⁶M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di "private" e "public enforcement" in materia di antitrust*, cit., 173.

²⁹⁷Così F. MACARIO, *Autorità Indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in *Riv. dir. Priv.*, cit., 306.

più volte ribadito, interviene a tutela di un soggetto leso, al fine di riparare alle conseguenze negative provocate da condotte contrarie al dettato normativo.

Tuttavia, alla luce degli atti comunitari richiamati in materia appare innegabile che il legislatore europeo abbia guardato al rimedio risarcitorio intravedendo nello stesso il migliore strumento per indirizzare i comportamenti delle imprese nel mercato, al punto da far passare in secondo piano la funzione tipicamente ripristinatoria del rimedio.

L'assunto trova una possibile spiegazione modificando la prospettiva di osservazione ovvero pensando al ruolo del legislatore europeo nella veste di regolatore del mercato; recuperando, cioè, quella nozione di regolazione di tipo socio-politica descritta nei paragrafi iniziali del presente capitolo, che fa riferimento alla regolazione in senso lato come a quel meccanismo diretto a disciplinare fenomeni sociali ed economici attraverso la scelta degli strumenti giuridici più adatti al raggiungimento di uno scopo prefissato.

In tale accezione il termine appare, infatti, facilmente ricollegabile al ruolo rivestito dal legislatore europeo che, in vista degli obiettivi di volta in volta stabiliti, si avvale degli strumenti giuridici che ha a disposizione, perlopiù ricavandoli dalle tradizioni nazionali; strumenti che combina gli uni gli altri al fine di raggiungere i propri scopi.

E' innegabile, infatti, che il legislatore comunitario in qualità di artefice di un ordinamento *in fieri*, rivesta oggi il ruolo di "regolatore" di una nuova realtà rappresentata dal mercato unico europeo e che, in vista dell'esigenza di dare una specifica conformazione a tale realtà, si avvalga degli strumenti giuridici a disposizione e li combini gli uni gli altri al fine di realizzare gli obiettivi di volta in volta stabiliti.

In senso figurativo è possibile pensare al legislatore comunitario come ad un soggetto che estrae dalla "cassetta degli attrezzi" gli strumenti maggiormente adeguati ai risultati da raggiungere.

Egli ha a disposizione soggetti (organi giudiziari, apparato amministrativo, associazioni di categoria, professionisti, consumatori), misure amministrative (autorizzazioni, licenze, raccomandazioni, pareri), misure repressive (sanzioni) rimedi civilistici e penalistici (risarcitori, invalidanti, inibitori, condanne) ecc., e li combina a suo piacimento tenendo in mente costi e benefici di ogni alternativo connubio, scegliendo quello che si riveli più efficace al

raggiungimento dell'obiettivo da raggiungere; talvolta più curante, talaltra meno, della coerenza interna degli ordinamenti nazionali, arrivando così a pensare al rimedio civilistico risarcitorio come al più consono per favorire una maggiore competitività dei mercati.

CONCLUSIONI

Le funzioni di regolazione del mercato esercitate dalle Camere di Commercio, dalla Commission des Clauses Abusives e dall'Office of Fair Trading rappresentano una chiara esemplificazione del nuovo modo in cui oggi si manifesta il rapporto tra pubblici poteri ed economia.

La dottrina impegnata nello studio di siffatte attribuzioni sottolinea, infatti, l'esistenza di strumenti vecchi e nuovi di regolazione pubblica dell'economia e riconduce i pareri delle Camere di Commercio, così come le Raccomandazioni della Commission des Clauses Abusives e i negoziati instaurati con le imprese dall'Office of Fair Trading, nella categoria dei nuovi strumenti di regolazione del mercato

Secondo l'opinione condivisa della letteratura italiana, francese e inglese, infatti, il fatto che non siano stati affidati a tali organismi poteri autoritativi non priva di rilevanza il loro ruolo.

La regolazione contemporanea assegnerebbe, infatti, un ruolo primario a strumenti non coattivi, privi di sanzione e negoziati. Si tratta di misure dotate di portata persuasiva e basate su elementi premiali più che sanzionatori.

La particolare conformazione delle funzioni di controllo dei contratti standard attribuite agli organismi sopra richiamati costituisce, si dice, espressione della nuova fisionomia assunta dall'intervento dei poteri pubblici nell'economia, che non per forza sfocia nell'emanazione di provvedimenti autoritativi e che ritiene indispensabili al raggiungimento degli obiettivi prefissati anche misure di raccomandazione ed indirizzo.

Grazie alla politica di armonizzazione promossa dal legislatore comunitario i confini dell'attuale diritto dei consumatori in materia di clausole vessatorie sono in parte mutati: alla tradizionale delimitazione privatistica della normativa si affianca, infatti, una disciplina pubblicistica relativa al controllo dei contratti dei consumatori da parte di organismi amministrativi.

Sebbene, infatti, la disciplina dei controlli amministrativi dei contratti standard si caratterizzi per la sua essenziale riferibilità al consumatore, ciò non avviene in una logica di diretta difesa dell'interesse particolare del singolo consumatore, bensì a garanzia dei mercati e di tutti i soggetti che vi concorrono.

In relazione, dunque, all'iniziale interrogativo diretto a comprendere quale fisionomia abbia assunto il sistema di controllo dei contratti standard vigente all'interno del nostro ordinamento, è possibile affermare che ci troviamo di fronte ad un modello integrativo di controllo in quanto, accanto alle tradizionali forme di controllo giudiziale successivo troviamo tecniche di controllo amministrativo preventivo dirette ad incidere sull'attività di predisposizione del testo contrattuale; ovvero, forme di controllo esercitate da competenti autorità amministrative investite del compito di sorvegliare sull'impiego e la circolazione di formulari contenenti clausole lesive degli interessi dei consumatori.

Nella lotta contro l'illegittima inserzione di clausole vessatorie nei contratti dei consumatori troviamo dunque schierato, accanto all'autorità giudiziaria, l'apparato amministrativo statale, che interviene al fine di garantire l'osservanza della disciplina prevista dal Codice del Consumo.

L'assunto è ancor più significativo se si tiene conto del fatto che l'art. 5 del decreto legge 24 gennaio 2012 n. 1, stabilisce l'aggiunta al Codice del Consumo dell'art. 37 bis, che sotto la rubrica "Tutela amministrativa contro le clausole vessatorie" prevede che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, previo accordo con le associazioni di categoria, d'ufficio o su denuncia dei consumatori, dichiari la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti standard e si impegni a diffondere i provvedimenti che accertano la vessatorietà con ogni mezzo ritenuto opportuno al fine di soddisfare l'esigenza di informare compiutamente i consumatori.

In attesa di comprendere le ricadute che siffatto intervento legislativo andrà a produrre sulle competenze di controllo dei contratti standard facenti capo alle Camere di Commercio, è sufficiente per il momento sottolineare come i poteri di controllo assegnati all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato rafforzino l'idea che oggi, nel nostro ordinamento, possa dirsi vigente un modello integrativo di controllo dei contratti standard in cui rimedi civilistici e regolazione amministrativa dei contratti dei consumatori concorrono al fine di garantire attuazione e rispetto della disciplina in materia di clausole vessatorie sui contratti dei consumatori.

BIBLIOGRAFIA

- G. ALPA, *Il controllo amministrativo delle clausole abusive*, in *Economia e diritto del terziario*, 1995.
- G. ALPA, *Gli interessi diffusi dei consumatori nell'ordinamento camerale*, in *Impresa e stato*, 1994.
- G. ALPA, M. BESSONE, *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, 1997.
- G. AMATO, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2009, 382.
- M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001.
- V. AVENA-ROBARDET, *Pas de recours pour excès de pouvoir à l'encontre des recommandations de la Commission des clauses abusive*, in *Recueil Dalloz*, 2006.
- R. BALDWIN, *Understanding Regulation. Theory Strategy and Practice*, Oxford, 1999.
- A.S. BARTHEZ, *Les Avis et Recommandation des autorités administratives indépendantes*, in *Le Droit Souple-journées nationales*. Tome XIII Boulogne-sur-Mer, Parigi, 2009.
- M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988.
- E. BETTI, L. TUMIATI, *Controlli amministrativi*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, 1962.
- M. BESSONE, *Il diritto privato europeo dei mercati finanziari*, in *Vita not.*, 2003.
- S. BRIGHT, *Winning the Battle Against Unfair Terms*, in *Legal Studies*, 2000.
- F. CAFAGGI, *La responsabilità dei regolatori privati: un itinerario di ricerca tra mercati finanziari e servizi professionali*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2006.
- J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la Consommation*, Parigi, 2010.
- L. CALANDRI, *Le pouvoir de recommandations de la Commission des clauses abusives*, in *Petites affiches*, Parigi, 2006.
- L. CALANDRI, *Les actions administratives informelles*, RIDC, 1994.
- C. CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema di diritto della concorrenza*, in *Europa e Diritto priv.*, 2001.
- S. CAPOZZI, *I controlli amministrativi sulle persone giuridiche private*, Napoli, 1991.
- O. CASTELLANA, *Camere di Commercio e Upica*, Milano, 1996.

- V. CHARTHIER, *La réforme de la Commission des clauses abusives*, in *La semaine juridique*, 1993.
- E. CHELI, *L'innesto costituzionale delle Autorità Indipendenti: problemi e convergenze*, in <http://www.altalex.com/>.
- M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità Indipendenti*. Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1999.
- M. CLARICH, *L'attività di segnalazione e consultiva dell'autorità garante della concorrenza e del mercato: un presidio contro le degenerazioni del processo politico-parlamentare?*, in *Diritto Amministrativo*, 1997.
- P. COPPENS, *Théorie de la norme et régulation*, in *Annales de la régulation, Bibliothèque de l'Institut André Tunc*, Tome 19, 2009.
- B. CUBERTAFOND, *Création du droit*, Parigi, 1999.
- M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008.
- G. D'AURIA, *I controlli*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, a cura di S. Cassese, Milano, 2000.
- M. DE BENEDETTO, *Controlli. I controlli amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2006.
- A. DELION, *Notion de régulation et droit de l'économie*, in *Annales de la Régulation . Bibliothèque de l'institut André Tunc*, Tome 9, Vol.1, 2006.
- L. DELLI PRISCOLI, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, in *Giur. comm.* 2006.
- G. DE NOVA, *Contratto*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, supplemento I, pubblicato in www.treccani.it.
- G. DE NOVA, *Le Condizioni generali di contratto*, in *Trat. dir. civ. R. Sacco*, Torino, 1993.
- A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003.
- N. DORANDEU, M. GOMY, S. ROBINNE, V. VALETTE-ERCOLE, in *Droit de la consommation. Tout le Droit*, Parigi, 2008.
- M. DOSSETTO, *Condizioni generali di contratto*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1960.
- M. G. FAURE, H. A. LUTH, *Behavioural Economics in Unfair Contract Terms. Cautions and Considerations*, in *Journal of Consumer Policy*, 2011.
- G. FOTI, *Regole giuridiche e mercati concorrenziali del consumo. Sguardi civilistici su una relazione controversa*, in *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, a cura di R. Tommasini, Torino, 2007.
- M.A. FRISON-ROCHE, *Le droit de la régulation*, Parigi, 2001.

- F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001.
- A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954.
- A. GENOVESE, *La legge israeliana sui contratti uniformi*, in Riv. Dir. civ., 1965.
- G. GITTI, *Appunti sull'accordo normativo*, in Riv. Dir. Priv., 2002.
- G. GITTI, *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006
- V. GOLBERG, *Institutional Change and Quasi-Invisible hand*, *Journal of Law and Economics*, 1974.
- R. GODET, *La participation des autorités administrative indépendantes au règlement des litiges juridictionnels de droit commun: l'exemple des autorités de marché, RFDA*, 2002.
- G. GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969.
- M. GUYOMAR, *Les recommandations de la Commission des clauses abusives ne sont pas des décisions faisant grief*, in AJDA, 2006.
- G. HOWE, *Official Report of Parliament debates*, 1972.
- K. HOWELLS, *Consultation on new power to protect consumer*, in *Hermes Database*, February 16, 2000, in www.dti.gov.uk/cacp/ca/injdir.htm.
- M. IANIONE, *Contratto-tipo e class action. Contributo allo studio dell'autonomia collettiva nei rapporti di consumo*, Napoli, 2008.
- G. IUDICA, *Le Commissioni arbitrali e conciliative e le relative procedure*, in *Le Camere di Commercio e le innovazioni normative di cui alla l. 580/1993: Atti del Convegno*, Milano 29 settembre 1995, a cura di G. F. Ferrari, Milano, 1997.
- A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000.
- A. LA SPINA e S. CAVATORTO, *Le Autorità Indipendenti*, Bologna, 2008.
- A. A. LEF, *Unconscionability and the Crowd: Consumer and the Common Law Tradition*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 1970.
- L. LEVENEUR, *La Commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations : Journées nationales de l'association H. Capitant*, 1997.
- R. LIBCHABER, *L'Autorité des recommandations de la Commission des clauses abusive*, in *RDT Civ.*, 1997.
- D. LONGHI, *Le Camere di Commercio quali authority fra consumo e produzione*, in *Le Camere di Commercio fra consumatore ed imprenditore: Atti del Convegno*, Verona, 11 novembre 1995, Verona, 1996.
- N. LONGOBARDI, *Amministrazioni indipendenti e sistema giuridico istituzionale*, con contributo di R. Barra Caracciolo e F. Politi, Torino, 2004.

- F. MACARIO, *Autorità Indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2003.
- G. MAJONE, *Regulating contracts in Europe*, London, 1996.
- M. MALAURIE-VIGNAL, *Engagements en droit de la concurrence, droit souple ou droit autoritaire?*, in *Contr. conc. cons.*, 1, 2011.
- G. MARCOU, *La notion juridique de régulation*, in *AJDA*, 2006.
- N. MARZONA, G. BERTI, *Controlli amministrativi*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1999.
- A. MAZZONI, *Concorrenza, coordinamento e conflitti tra le regole di mercato*, in *Riv. Soc.*, 2005
- C.M. MAZZONI, *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Napoli, 1975.
- P.MERCATI, A.BUCHER, *Introduction au droit*, Parigi, 2010.
- F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle Amministrazioni Indipendenti*, in *Lo stato delle istituzioni italiane*, Milano, 1994.
- F. MERUSI, *Democrazia e Autorità Indipendenti, Un romanzo quasi giallo*, Bologna, 2000.
- L. MINERVINI, *Tutela dei consumatori e libera concorrenza nel nuovo approccio dell'Unione europea: significato ed implicazioni dell' « armonizzazione massima » in materia di pratiche commerciali sleali*, in *Foro amm. CDS*, 2010.
- J. MESTRE, *L'attitude des juges face aux recommandations de la Commission des clauses abusive: entre considération et indépendance*, in *RTD Civ.* 1999.
- U. MORELLO, *Condizioni generali di contratto*, in *Digesto civ.*, Torino, 1988.
- A. MOSCARINI, *Le fonti dei privati*, in *Giur. Cost.* 2010.
- E. V. NAPOLI, *Legittimazione delle Camere di commercio all'azione inibitoria dell'uso delle condizioni generali di contratto*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1997.
- A. NERVI, *La difficile integrazione tra diritto civile e diritto della concorrenza*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005.
- A.I. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford, 2004.
- M. ORLANDI, *Contratto, legge e regolazione*, in *Autonomia privata e Autorità Indipendenti* a cura di G.Gitti, Bologna, 2006.
- A. OWEN, *Changes at phone company*, in *The Gloucester Citizen*, 1999.
- G. PALETTA, *Repubblica dei mercati e Stato moderno: profilo storico della Camera*, in *Impresa e Stato*, Rivista della Camera di Commercio di Milano, 1994.

- T. POMPEI, *Presentazione del progetto nazionale di divulgazione dei contratti tipo e del controllo sulle clausole inique: obiettivi e risultati*, in www.contratti-tipo.camcom.it.
- A. PREDIERI, *L'erompere delle Autorità Amministrative Indipendenti*, Firenze, 1997.
- T. PROSSER, *Law and the Regulators*, Oxford, 1997.
- S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. Dir.*, XIII, 1964.
- L. RAMSAY, *Consumer Law and Policy*, Oxford, 2007.
- G. RAYMOND, *Clauses Abusives, Juris-Calsseur Concurrence – Consommation*, 08, 2005.
- G. RAYMOND, *Recours administratif contre les avis de la Commission des clauses abusive*, in *Contrats, Concurr. et Consom.*, 2006.
- V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Napoli, 1983.
- G. ROMAGNOLI, *Clausole vessatorie e contratti d'impresa*, Padova, 1997.
- F. ROMEO, *La tutela del consumatore nel contratto di assicurazione danni*, Milano, 2004.
- E. ROPPO, *Contratti Standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975.
- V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente*, in *Riv. dir. priv.*, III, 2010.
- M. ROSTOVZEV, *Storia economica e sociale dell'Impero Romano*, Firenze, 1967.
- R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Parigi, 1901.
- L. SALVI, *Premessa ad uno studio dei controlli giuridici*, Milano, 1957.
- A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984.
- F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.
- N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Clauses abusives dans les contrats de consommation: critère de l'abus*, in *Contrats, Concurrence, Consommation, Revue Mensuelle Lexis Nexis*, Parigi, 2008.
- O. SEPE, *Controlli*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2004.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, Bologna, 1970.
- G. SCOVENNA, *Le Camere di commercio per l'evoluzione della managerialità delle imprese italiane*, in *Pavia Economica*, 1, 1987.

- P. SIRENA, *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006.
- C. Mc CRUDDEN, *Regulation and Deregulation. Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries*, Oxford, 1999.
- M. SPIEGEL, *Obtaining the best from regulation and competition*, United States of America, 2005.
- M. E. TEATINI, *Il nuovo ordinamento delle Camere di Commercio*, Padova, 1996.
- F. TERRE', *Introduction général du droit*, Parigi, 2006.
- C. THIBIERGE, *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit*, in *RTD Civ.*, 4, 2003.
- G. TIMSIT, *Les deux corps du droit*, in *Rev. fr. adm. pub.*, 1996.
- C. VACCA', *Camere di Commercio e contratti tipo: nuove regole per scambi e conflittualità nel settore risicolo*, in *I contratti*, III, 2005.
- S. WEATHERILL, *Safeguarding the Consumer Interest. A Comparative Analysis of US Antitrust Law and EC Competition Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 2010.
- LORD WEDDERBURN, *Collective Bargaining or Legal Enactment: The 1999 Act and Union Recognition*; in *Industrial Law Journal*, 2000.
- G. WOODROFFE, R. LOWE, *Consumer Law and Practice*, London, 2010.
- G. ZANOBINI, *I poteri regi nel campo del diritto privato*, Torino, 1917.
- A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M. Maugeri e A. Zoppini, Bologna, 2009.

Studente: Elisabetta Posmon

Matricola: 955580

Dottorato: Diritto europeo dei contratti civili commerciali e del lavoro

Ciclo: 24°

Titolo della tesi:

TECNICHE DI CONTROLLO DELLA CONTRATTAZIONE STANDARDIZZATA FRA IMPRESE E CONSUMATORI E FRA IMPRESE. LE CAMERE DI COMMERCIO E IL MERCATO.

Abstract:

Nel campo della protezione dei consumatori assistiamo oggi alla combinazione dei tradizionali rimedi privatistici di carattere giudiziale con la regolazione amministrativa dei contratti dei consumatori. Tutela giudiziale e azione amministrativa vengono considerati da un punto di vista funzionale, come strumenti complementari nella politica di contrasto all'inserzione di clausole abusive. Il loro operato assicura un maggiore grado di effettività della disciplina.

Il controllo giudiziale successivo attraverso il rimedio civilistico invalidante non è in grado di garantire un sufficiente livello di protezione del consumatore in quanto non riesce a fare in modo che l'impresa, sanzionata nel caso singoli, elimini la clausola vessatoria dai propri modelli contrattuali. Il controllo delle corti si dimostra inadeguato in quanto è destinato a produrre effetti limitatamente al rapporto individuale oggetto del giudizio e riesce a fare in modo che il professionista non perseveri per il futuro nell'utilizzo della medesima clausola.

L'elaborazione di meccanismi di controllo amministrativo preventivo dei contratti dei consumatori potrebbe rappresentare una possibile risposta all'esigenza di contrastare l'abusiva inserzione di clausole vessatorie nei contratti standard. Ciò può realizzarsi attraverso l'intervento di autorità pubbliche investite del potere di sorvegliare sull'impiego e la circolazione di moduli e formulari contenenti clausole abusive, e di raccomandare alle imprese la soppressione delle stesse.

Per tali ragioni, in linea con il compito attribuito agli Stati membri dalla direttiva 93/13 sui contratti dei consumatori di "fare in modo che nei contratti dei consumatori non siano inserite clausole abusive", la maggior parte dei legislatori nazionali è intervenuto sul piano della prevenzione, affidando ad organismi amministrativi una competenza trasversale di controllo dei modelli contrattuali diffusi dalle imprese nei mercati.

Il caso della Francia è particolarmente rilevante. La scelta operata dal legislatore francese (Loi Scrivener del 1978) è stata fin da subito quella di affidare all'apparato amministrativo il sistema di controllo dei contratti dei consumatori, attribuendo alla Commissione ministeriale di controllo delle clausole abusive (Commission des Clauses Abusives) un ruolo predominante nella lotta alle spregiudicate prassi della contrattazione standardizzata.

Altrettanto rilevante è l'esperienza del Regno Unito, in cui dal 1999 (Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999) l'Office of Fair Trading è investito di poteri di controllo dei contratti dei consumatori,

l'esercizio dei quali ha condotto a risultati molto positivi nella politica di lotta contro le clausole abusive promossa dall'ordinamento inglese.

Anche il legislatore italiano è intervenuto sul piano della prevenzione, affidando alle Camere di Commercio una competenza trasversale di controllo degli schemi contrattuali diffusi dalle imprese.

Garantire il corretto funzionamento del mercato ed un elevato grado di protezione dei consumatori è la nuova missione delle Camere di Commercio. A tale scopo gli enti camerali sorvegliano sui modelli contrattuali predisposti dalle imprese, sollecitano gli operatori del mercato al rispetto della disciplina sui contratti dei consumatori e intervengono al fine di garantire un maggiore grado di conoscenza in capo ai consumatori.

Tali competenze sono state introdotte dall'art. 2, comma 4, della legge di riforma dell'ordinamento camerale 29 dicembre 1993 n. 580, oggi d. lgs. 15 febbraio 2010 n.23, in virtù della quale le Camere di Commercio, singolarmente o in forma associata, possono promuovere forme di controllo sulla presenza di clausole inique inserite nei contratti standard; predisporre e promuovere contratti tipo fra imprese, loro associazioni e associazioni a tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti.

Siffatto controllo ha trovato attuazione presso le singole realtà camerali attraverso l'istituzione di una apposita Commissione che, su istanze dei consumatori, o per iniziativa d'ufficio, instaura un procedimento nel corso del quale, riscontrato il carattere abusivo della clausola, sollecita l'impresa predisponente alla riformulazione del testo negoziale secondo proprio suggerimento.

Malgrado essa non goda di poteri autoritativi, le imprese sono solite rispettare l'invito della Commissione di controllo e modificare i propri modelli contrattuali secondo il suggerimento dell'autorità.

Nel caso in cui l'impresa non si adegui al parere della Commissione di controllo, le Camere di Commercio possono esercitare nei suoi confronti l'azione inibitoria

Tali organismi hanno agito con successo andando a favorire la modifica di numerosi modelli contrattuali utilizzati nei diversi settori di mercato attraverso l'instaurazione di negoziati con l'impresa predisponente, che in rarissimi casi non hanno avuto esito positivo.

Le funzioni di regolazione del mercato esercitate dalle Camere di Commercio, dalla Commission des Clauses Abusives e dall'Office of Fair Trading rappresentano una significativa esemplificazione del nuovo modo in cui oggi si manifesta il rapporto tra pubblici poteri ed economia.

La particolarità dell'intervento dei pubblici poteri nell'economia si ritroverebbe, infatti, nell'esistenza di strumenti vecchi e nuovi di regolazione pubblica dell'economia. La dottrina riconduce le misure di intervento adottate da tali organismi nella categoria dei nuovi strumenti di regolazione del mercato.

Secondo l'opinione condivisa della letteratura giuridica italiana, francese e inglese, infatti, la regolazione contemporanea assegnerebbe un ruolo primario a strumenti non coattivi, privi di sanzione e negoziati. Si tratta di misure dotate di portata persuasiva e basate su elementi premiali più che sanzionatori, che provengono da autorità di regolazione del mercato.

E' possibile affermare, dunque, in conclusione che oggi nel nostro ordinamento è vigente un modello integrativo di controllo dei contratti standard in quanto, accanto alle tradizionali forme di controllo giudiziale successivo troviamo tecniche di controllo amministrativo preventivo dirette ad incidere

sull'attività di predisposizione del testo contrattuale; ovvero, forme di controllo esercitate da competenti autorità amministrative investite del compito di sorvegliare sull'impiego e la circolazione di formulari contenenti clausole lesive degli interessi dei consumatori.

The contemporary regulation of unfair terms in consumer contracts outlines that courts regulation and administrative policy of consumer contracts are working together. Both judicial protection and administrative regulation of unfair terms are contributing to the battle against unfair terms. They provide a much more effective way of protecting consumers.

Courts and private law don't seem sufficient to protect consumer and to effectively oblige professionals to refrain from using unfair terms. Private law enforcement does not provide an effective way of regulating the standard inclusion of unfair terms in adhesion contracts. The success in an individual action will mean that the term is not binding upon that consumer, but its impact beyond that consumer will be limited, and there is no significant pressure on the business to discontinue future use of that term.

One possible response to the standard form contract problem would be to provide consumer with administrative control. The administrative model of enforcement is a much more effective way of preventing the continuing use of unfair terms. This involved a public body charged with the task of keeping the consumer scene under permanent review; a body who require to business to provide an undertaking to discontinue the use of the unfair term.

For these reasons, according to the duty of member states to implement article 7 of the Unfair Terms Directive 93/13 which required the introduction of "adequate and effective means... to prevent the continued use of unfair terms in contracts concluded with consumers by sellers or suppliers", the vast majority of member states government conferred on administrative body the power to seek an injunction or undertaking against the use of unfair terms.

The French parliament was one of the first in Europe to introduce an administrative model of enforcement of unfair terms on consumer regulations with Scrivener Regulation of 1978. This law conferred on an administrative Commission, called "Commission des Clauses Abusives", the power to control business standard forms in order to invite them to restrain the use of unfair terms.

The case of UK government is also important. In fact the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 conferred on the Office of Fair Trading the power to persuade business to comply with the Regulations. This has been successful in order to guarantee a high level of protection of consumer interests.

In Italy, the Chambers of Commerce Regulations of 1993 conferred on Chambers of Commerce the power to prevent the continued use of unfair terms in contracts concluded with consumers by sellers or suppliers.

Making markets work well and guarantee consumer protection is the Chambers of Commerce new mission. They achieve this by encouraging business to comply with consumer law and empowering consumers with the knowledge and skills to make informed choices and get the best value from market.

The powers of Chambers of Commerce to control standard forms and to make model contracts is regulated by article 2, paragraph 4, of law 580/1993 (replaced by law 23/2010) which give to the Chambers the power to identify

unfair terms in consumer contracts and invite the supplier to modify or drop them; and the power to make model-contracts.

The Control Commission of Chamber of Commerce can take the initiative to contact business to challenge terms contained in their standard contracts. In addition it is required to consider any complaints made to it about the fairness of any contract terms drawn up for general use.

Anyway the Commission has no authority power. Generally companies challenged by the Commission tend either to have accepted its suggested changes or to have negotiated a compromise.

If the business doesn't accept, the Chambers of Commerce is given the power to apply to Court for an injunction to restrain the continued use of unfair terms.

These bodies have made effective use of its administrative power and have been able to secure the alteration of contract in several business sectors through a process of rigorous negotiations, with almost no need to resort to legal action.

The administrative powers of Italian Chamber of Commerce, French Commission of Unfair Terms and Office of Fair Trading are expression of the significant growth of public regulation of consumer markets.

The particular aspect of the contemporary regulation of consumer markets is the use of new instrument of regulation like the ones used by the administrative bodies above. There is now the discovery of alternative instruments to classic regulation and the role of co-regulation plays an important role

According to Italian, French and English legal doctrine the contemporary regulation of markets give a prominent role to informal measures rather than sanctioning approach to enforcement.

In conclusion, it is possible to outline the existence of an integrative model of enforcement of consumer unfair terms. In fact both judicial protection and administrative regulation of unfair terms are contributing to the battle against unfair terms to provide a much more effective way of protecting consumers.

Firma dello studente

