

**R.P.**

## **Clausole abusive nei contratti dei consumatori. E oltre?**

1.- Il Capo 8 della CESL, la proposta di regolamento europeo relativo alla disciplina comune della vendita che si candida come laboratorio privilegiato del futuro diritto europeo dei contratti<sup>1</sup>, presenta, dall'art. 79 all'art. 86, una disciplina comprensiva dell'abusività delle clausole predisposte da una delle parti, nel presupposto, ex art. 70, che esse, a dispetto della mancanza di negoziazione individuale, siano state conosciute da controparte o che, comunque, su di esse sia stata adeguatamente richiamata la sua attenzione prima (o al momento) della conclusione del contratto, pena l'impossibilità di farle valere.

Il tessuto normativo richiamato esibisce non poche novità rispetto alla Direttiva 93/13, che allo stato tiene il campo in ambito europeo. Ma non si può negare che l'*acquis communautaire* eserciti un'influenza profonda, rivelando un radicamento che il suo esordio -per tanti versi incerto, tormentato e compromissorio<sup>2</sup>- faceva apparire assai problematico. Nondimeno, e di là dalle nuove frontiere dischiuse dalla proposta (in particolare, quella relativa all'estensione della disciplina ai contratti B2B, cui pure si accennerà in chiusura), residuano zone d'ombra di non poco momento. E davvero non serve il proverbiale lampo di genio per rendersi conto che la praticabilità degli sviluppi prospettati dipende in larga misura da interrogativi ancora in attesa di risposte soddisfacenti.

2.- Su alcuni punti è lecito presumere un consenso allargato.

Primo. Alla predisposizione dello strumento contrattuale, e quindi alle condizioni generali di contratto (in prosieguo, CGC), l'impresa fa ricorso per lampanti e condivise esigenze di velocizzazione dei rapporti di massa (quelli che Gino Gorla chiamava *quick-hand transactions*) e per non meno ovvie, ma unilaterali, opportunità di razionalizzazione della complessiva attività contrattuale, misurata dal drastico contenimento dei costi transattivi e dai risparmi amministrativi in termini di gestione del contenzioso.

Secondo. La predisposizione della disciplina contrattuale implica una tendenziale deviazione rispetto al solco (quando c'è...) segnato dal diritto dispositivo e, quindi, dalla saggezza legislativa (in termini di aderenza alle aspettative dei più) di cui quest'ultimo è espressione. Alle regole di *default*, si sa, ci si sottrae quando esse risultino talmente inadatte alle esigenze dei paciscenti da giustificare gli oneri di una negoziazione diretta, per l'appunto, a divisare una disciplina contrattuale più congrua. Non a caso, se questo tipo di deviazione diventa sistematica, prende consistenza il sospetto che, per qualche ragione, la regola dispositiva non sia più all'altezza dei tempi perché non corrispondente agli interessi maggioritari. E qui si delinea una sorta di insidioso paradosso. Se è vero che, nel mondo reale, la stragrande maggioranza dei contratti transita attraverso il *format* delle CGC -si parla del 95% delle operazioni economiche-, si dovrebbe prendere atto di un autentico ripudio del diritto dispositivo dei contratti. Ma così non è. Non si tratta, infatti, della fuga concordata dalla disciplina allestita dal legislatore, ma della deroga

---

<sup>1</sup> La letteratura sulla CESL ha raggiunto, nel giro d'un paio d'anni, livelli ragguardevoli di consistenza. Basti qui evocare l'ultima raffica di contributi (di R. SCHULZE, L. A. DI MATTEO, TH. PFEIFFER, E. FERRANTE e P. DE TAVERNIER-J. VAN DEN WEIDE, nonché di M. NUZZO, F. RICCI, G. DORIA, A. M. GAMBINO-F. VIZZONE e S. PATTI) in *Contratto e impresa/Eur.*, 2013, 485 ss.

<sup>2</sup> Mi permetto di rinviare al mio *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): verso una direttiva abusata?*, in *Foro it.*, 1994, V, 137.

imposta dal predisponente, nel perseguimento dei propri interessi attraverso quello che un tempo si soleva chiamare “potere normativo d’impresa”.

Di qui l’aspettativa che il risultante regolamento si attagli agli imperativi di razionalizzazione e abbattimento dei costi transattivi (e, sin qui, nulla da obiettare), ma anche che la sua curvatura comporti vantaggi per l’impresa, a danno di controparte: insomma, uno squilibrio (rispetto ad un qualche parametro ideale), sinanche significativo.

3.- Con la considerazione proposta da ultimo, però, si entra già in un’area dove non si danno più certezze. Il senso comune suggerisce che chi detta le regole, perché assomma su di sé il potere di autonomia, le conformi, “ovviamente”<sup>3</sup>, a modo suo. Ma la pretesa ovvietà si sfalda assai rapidamente, sotto l’urto di interrogativi persino banali. E’ davvero inevitabile che il tiranno (per usare un’immagine forte, adattandola a un rapporto bilaterale che si riproduce in una miriade di circostanze) detti leggi odiose? Da dove viene quel potere e perché non trova argini? C’è davvero un tiranno?

La verità è che la dinamica suggerita dal prepotere dell’impresa, con il suo inevitabile riverbero in termini di squilibrio contrattuale non giustificato da ragioni contingenti e specifiche, urta contro almeno due ostacoli concettuali, fra loro strettamente connessi. Il primo è costituito dal rilievo che la mera conformazione del regolamento contrattuale in modo da allocare tutti i rischi in capo ad una parte non è sufficiente a individuare un risultato iniquo, non foss’altro perché la peggiore qualità (dal punto di vista del contraente c.d. debole) della disciplina negoziale potrebbe essere più che compensata da una sostanziale riduzione di prezzo. Se si assume che l’operazione economica consista nella sommatoria del trasferimento di un bene e del regolamento che lo disciplina verso un prezzo, è dato opinare che la differente qualità del prodotto o del contratto, se si preferisce del pacchetto complessivo, si rifletta nel prezzo, sino a rendere improponibile qualsivoglia valutazione assolutizzante: va da sé che fra Fiat 500 e Ferrari 508 corre una grande differenza, ma –dati i rispettivi prezzi- non è punto detto che la seconda autovettura sia, per me, migliore dell’altra. E lo stesso è a dire della consistenza di una trama contrattuale. Il suo ordito potrebbe essere più cautelativo nei miei riguardi, ma a un prezzo maggiore, ciò che potrebbe rendere appetibile, specie per chi non nutra una pregiudiziale e marcata avversione al rischio, un’alternativa più sbilanciata (e rischiosa) ma decisamente più economica. La visione olistica dell’operazione economica s’impone. E proietta ombre assai lunghe su una disciplina che pretenda di isolare e valutare nel vuoto il solo squilibrio di diritti e obblighi. Ma su questo profilo si tornerà tra un momento.

Il secondo ostacolo concettuale con cui deve fare i conti la *communis opinio* è la riduttività di un approccio inteso a confrontare nel vuoto la forza contrattuale delle parti. Il braccio di ferro tra imprenditore e consumatore all’interno della singola operazione appare segnato dall’insuperabile fragilità del secondo, impegnato in una superficiale routinarietà, a fronte dell’impegno professionale del primo, persino quando la consistenza economica dei soggetti racconti, in termini assoluti, una storia contraria (col consumatore in grado di acquistare l’impresa che lo taglieggia...). Ma per questa via si finge di ignorare che la singola operazione economica è giusto una tessera di un mosaico allargato, che cambia radicalmente il quadro valutativo. Il consumatore insoddisfatto della

---

<sup>3</sup> Così, col consueto acume, ma seguendo la corrente, G. D’AMICO, *L’abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, ora ripubblicato in G. D’Amico – S. Pagliantini (a cura di), *Nullità per abuso e integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, 1, 30.

disciplina predisposta dall'altra parte potrebbe semplicemente ritirare l'offerta e cercare migliori assetti altrove. Ecco, allora, che il preteso prepotere d'impresa si fa evanescente. In un mercato competitivo lo si potrà considerare prossimo allo zero.

4.- Non a caso, l'interrogativo sul perché dello squilibrio delle CGC ha per lungo tempo trovato risposta proprio nell'assetto del mercato<sup>4</sup>. Si osservava che il monopolista è in grado di sostanziare il proverbiale *take it or leave it*, ossia di imporre il prezzo che massimizza il suo profitto e di dettare condizioni negoziali inique (vale la pena di ricordare, al riguardo, che la lett. a) dell'art. 102 TFUE, sull'abuso di posizione dominante, contempla e assimila le due eventualità). Lo stesso può dirsi -ed è stato sostenuto con vigore per la maggiore capacità applicativa dell'ipotesi- per una situazione di mercato nel segno dell'oligopolio, ovvero dei pochi ma forti.

Il *favor* accordato a questa tesi è, però, tramontato da tempo<sup>5</sup>. Sin dall'inizio la sua persuasività era incrinata dall'incapacità di spiegare, se non attraverso allusioni a non sostanziati effetti di traino, perché CGC decisamente sbilanciate a sfavore dei consumatori prevalessero anche in ambiti caratterizzati dalla polverizzazione dell'offerta e, comunque, da assetti altamente concorrenziali. Ma, *re melius perpensa*, la tesi si è rivelata inconsistente sul suo stesso terreno d'elezione. In estrema sintesi. Il monopolista può fissare il prezzo praticato per il prodotto o il servizio ch'egli offre, portandolo a un livello più elevato di quello che sarebbe emerso in un comparto industriale in concorrenza. Al suo cliente manca, per definizione, la possibilità di volgersi ad altro produttore. Da questa premessa non deriva, tuttavia, il potere arbitrario di stabilire condizioni svantaggiose per i consumatori, i quali conservano, in ogni caso, la possibilità, magari dolorosa, di rinunciare all'acquisto: con la conseguenza di determinare una contrazione della domanda -e, quindi, dei profitti complessivi- maggiore del vantaggio atteso dall'imposizione di clausole contrattuali squilibrate. In altre parole, v'è un limite oltre il quale il monopolista non ha interesse a spingersi, perché l'incremento di prezzo innesca effetti negativi (sulla domanda e) sul profitto potenziale.

Proseguendo su questa traiettoria, non si tarda a scoprire che il discorso ha implicazioni più ampie. Si tocca con mano, infatti, come il monopolista, o comunque chi disponga di un consistente potere di mercato, non abbia alcun incentivo a offrire un prodotto, e perciò un contratto, diverso e peggiore da quello che sarebbe offerto da imprese attive in un comparto altamente concorrenziale<sup>6</sup> (sempre che non ricorrano condizioni in cui è allettante dare ingresso a discriminazione fra clienti), semplicemente perché gli è più semplice tradurre il proprio prepotere in utili sotto forma di prezzo più-che-competitivo.

In termini ancor più generali, si dovrebbe convenire che l'allocazione dei rischi in fase di negoziazione s'ispiri tendenzialmente al principio del *cheapest-cost-avoider*, ossia della loro imputazione in capo al soggetto che è in grado di evitarli o, nel caso essi siano ineliminabili, meglio

---

<sup>4</sup> Di prammatica il riferimento a F. KESSLER, *Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract*, 43 *Colum. L. Rev.* 629 (1943). Da allora, però, molta acqua è passata sotto i ponti. Per un primo ragguglio, cfr. R. PARDOLESI-A. PACCES, *Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alle ragioni (ed alle incongruenze) della nuova disciplina*, in *Diritto privato 1996*, Padova 1997, 377.

<sup>5</sup> Salve resistenze inopinate, e sia pure con ragguardevoli aggiustamenti, che però scalfiscono solo tangenzialmente l'ispirazione originaria: v.A. N. HATZIS, *An offer You Cannot Negotiate: Some Thoughts on the Economics of Standard form Consumer Contracts*, in H. Collins (ed.), *Standard Contract Terms in Europe: A Basis for and a challenge to European Contract Law*, Kluwer 2008, 43, 48 s., 53 s.

<sup>6</sup> V. già A. SCHWARTZ, *A Reexamination of Nonsubstantive Unconscionability*, 63 *Va. L. Rev.* 1053 (1977).

gestirli tramite autoassicurazione o acquisto di polizza sul mercato<sup>7</sup>. Se l'eliminazione/gestione del rischio riesce meglio al produttore, buona teoria economica vuole ch'egli se lo accolli, equiparandolo ad uno dei costi vivi di produzione, e lo ribalti poi nel prezzo finale di alienazione del bene o servizio. Se, viceversa, il soggetto meglio posizionato rispetto al rischio è controparte, essa lo assumerà su di sé, senza che ciò abbia a riflettersi direttamente nel prezzo contrattuale. Ma l'onere conseguente all'assorbimento del rischio si tradurrà in una riduzione della *willingness to pay* (perché, per acquisire il bene o servizio, il consumatore deve non solo pagare il corrispettivo, ma anche farsi carico dell'onere da assunzione del rischio) e, per conseguenza, in una contrazione della domanda. In linea teorica, ciò significa che il miglior prezzo (derivante, se del caso, dalla migrazione dei rischi in capo al cliente) non attrae i consumatori consapevoli del fatto che l'apparente convenienza del prezzo è ampiamente erosa da rischi che, secondo efficienza, sarebbero dovuti rimanere in capo al produttore.

Quanto dire, insomma, che, in presenza d'informazione completa, la predisposizione contrattuale non dà risultati diversi da quella individuale, a prescindere dal modo, competitivo o monopolistico, di atteggiarsi del mercato. Di recente, anzi, si è opinato che la prospettiva tradizionale andrebbe rovesciata, nel senso di considerare più incline allo sfruttamento del cliente proprio l'ambiente concorrenziale che avrebbe dovuto, secondo i più, meglio salvaguardarlo<sup>8</sup>. Senza entrare nel dettaglio di un'argomentazione complessa, ci si limiterà a rilevare come le indicazioni di economia comportamentale schiudano la via a una giustificazione che fa leva sull'approfittamento, da parte delle imprese che predispongono CGC, della *naïveté* dei propri clienti<sup>9</sup>: se essi, in ragione della loro razionalità limitata, non riescono ad apprezzare l'incidenza del rischio che viene loro imputato con riguardo ad aspetti meno salienti dell'affare, l'impresa sarà incentivata a inserire nel regolamento contrattuale previsioni di tal fatta, anche se inefficienti, semplicemente perché la scelta di quelle clausole non si riflette, per l'assenza di sofisticazione di controparte, in una diminuzione del corrispettivo. Di più, c'è margine per ipotizzare che l'impresa in concorrenza, alle prese con clienti navigati e non, sia indotta a rinunciare ai primi, attenti all'inserzione di previsioni indebitamente sbilanciate, per trarre il massimo vantaggio dai secondi, mentre l'operatore beneficiato da condizioni di monopolio dovrà necessariamente operare un *trade-off* fra le due categorie e subirà, per conseguenza, il condizionamento dei clienti sofisticati: condizionamento che finirà per giovare a quelli meno attrezzati. Insomma, giusto il contrario di quanto a lungo predicato da Kessler e dai suoi tanti seguaci.

Tutta la partita finisce per giocarsi, dunque, su un inciso: la completezza dell'informazione disponibile. Che, all'evidenza non c'è.

5.- Come si è avuto modo di argomentare in altra sede<sup>10</sup>, il consumatore non sa e probabilmente, è bene che non sappia. Gli è normalmente difficile apprezzare sino in fondo il significato di una

---

<sup>7</sup> Per una presentazione puntuale e diffusa dell'argomento v. H-B. SCHÄFER-P.C. LEYENS, *Judicial Control of Standard Terms and European Private Law*, in P. Larouche (ed.), *Economic Analysis of the DCFR. The Work of the Economic Impact Group within the CoPECL Network of Excellence*, München 2010, 99.

<sup>8</sup> La linea argomentativa menzionata nel testo è sviluppata diffusamente da E. FRIEDMAN, *Competition and Unconscionability*, 15 *Am. Law Econ. Rev.* 443 (2013).

<sup>9</sup> Sui vari modi in cui i venditori possono trarre vantaggio dalla razionalità limitata dei compratori v. la certossina panoramica di R. KOROBKIN, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, 70 *U. Chi. L. Rev.* 1203 (2003).

<sup>10</sup> Cfr. PARDOLESI-PACCES, cit.

complessa clausola contrattuale; e, in ogni caso, vale a scoraggiarlo il costo connesso all'analisi e comparazione delle previsioni contrattuali predisposte dai diversi produttori. Quante volte il vantaggio che può derivare da una simile condotta sia inferiore ai costi di acquisizione della necessaria informazione, sarà semplicemente razionale ignorare il tutto, confidando nella logica del comportamento di gruppo (se lo fanno anche gli altri è segno che si può fare ...); e questa scelta sarà pressoché obbligata quando il valore dell'affare, come sovente avviene in ambito consumeristico, sia contenuto.

Dati questi presupposti, ci si può aspettare che il mercato non sia capace di esprimere qualità redimenti<sup>11</sup>. I consumatori consapevoli ma ottimisti (nel senso di presumere che saranno accollati loro soltanto i rischi per quali essi si qualificano come soggetti meglio posizionati per assorbirli o assicurarli) saranno esposti al pericolo di dover sostenere anche rischi che non dovrebbero competere a loro; e, posta la pratica impossibilità di scrutinare le CGC, tale pericolo diverrà viepiù consistente. I produttori, infatti, saranno incentivati a squilibrare al massimo il regolamento contrattuale, in danno di clienti incapaci di reagire, sì da essere in vantaggio sui rivali. L'equilibrio conseguente, quanto a prezzo e quantità, avrà il sapore dei 'limoni' di Akerlof<sup>12</sup>: non rifletterà il sovraccarico di rischi per i consumatori, che, dunque, pagheranno di più e subiranno un'inopinata diminuzione in termini di benessere, mentre il profitto dei produttori, limato dalla tensione concorrenziale, rimane invariato, senza che pratiche di *signaling* dei produttori (che, del resto, non hanno alcun interesse a correggere l'ottimismo di controparte) o *screening* dei consumatori possano evitare la degenerazione.

Analoghi risultati si verificherebbero per i consumatori che, viceversa, si aspettano –perché educati dai media, da intermediari specializzati, dall'informazione che corre in rete etc.- di essere sottoposti a regolamentazione contrattuale squilibrata. La loro ritrosia comporterà una riduzione dell'offerta ed esiti di mercato subottimali, senza che al produttore intenzionato a offrire migliori condizioni contrattuali sia data opportunità di vincere la sfiducia di controparte.

Mette conto notare, per inciso, che l'approccio analitico testé riassunto toglie dal giro una delle due strategie usualmente adottate per combattere i guasti della predisposizione unilaterale dei contratti standardizzati: quella, cioè, basata sul recupero della parità contrattuale attraverso la rimozione dell'asimmetria informativa. Era questa, in fondo, l'intuizione sottesa alla disciplina codicistica delle CGC. Il legislatore assumeva che la segnalazione di possibili trappole, e quindi una tecnica di evidenziazione, bastasse a richiamare l'attenzione e a riattivare il circuito virtuoso dell'autonomia privata. Avvertito dell'insidia, il contraente debole avrebbe recuperato il controllo della situazione e operato le proprie scelte a ragion veduta. Ma l'*highlighting* degli artt. 1341 e 1342 non è bastato a innescare lo *screening* e nemmeno a valorizzare il *signaling*: tutto quel che ne è derivato, come noto, è la prassi di contratti senza accordo e di sottoscrizioni multiple quanto oziose.

---

<sup>11</sup> Il *Leitmotiv* dell'asimmetria informativa, a tenore del quale la scelta contrattuale finisce col cadere su assetti diversi da quelli ottimali, si riproduce in una pluralità allargata di contesti, esplorati (anche in chiave comparativa) nell'alluvionale ricerca di H. FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht. Eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten*, Köln, 2001.

<sup>12</sup> La selezione avversa da asimmetria informativa, che condanna il mercato al degrado qualitativo, è valsa a G. A. AKERLOF, *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 *Quarterly J. Econ.* 488 (1970), il premio Nobel (2001).

Ancora più velleitaria la strategia nordamericana, nel segno di un rigore fuori del tempo, di porre a carico del consumatore il dovere di leggere, che ha avuto il solo effetto di: *a*) esacerbare il “no-reading problem” caratteristico dei contratti dei consumatori e *b*) suggellare la pratica impossibilità, per le imprese interessate a battere questa via, di migliorare la qualità dei propri contratti standard perché “consumers cannot shop comparatively for terms of whose existence they are unaware”. Resta da vedere se migliore fortuna possa arridere ad approcci più innovativi, quale quello articolato in tempi recentissimi da Ayres e Schwartz<sup>13</sup>. La novità della proposta consiste nella rinuncia alla rincorsa, tutta procedurale, di caratteri a stampa più cospicui, chiari e intellegibili, oppure di formule magiche o ancora, di parole chiave: tutte miranti a propiziare una lettura che il consumatore ragionevolmente eviterà di fare. A detta degli a., l'errore consiste nel ritenere che i consumatori conoscano solo quel che leggono e non abbiano altre vie (apprendimento diretto, informazione amicale etc.) per acquisire informazione sul regolamento contrattuale. È più realistico assumere, invece, ch'essi abbiano un'apprezzabile conoscenza di taluni aspetti dell'affare (es., l'esistenza di un termine per la garanzia), ma non di altri (es., la necessità di adire il venditore in una giurisdizione remota). Di qui la direttiva di economizzare sulle limitate capacità cognitive dei consumatori facendo convergere la loro attenzione su clausole che comprimono inaspettatamente i loro diritti o in maniera altrettanto sorprendente espandano le obbligazioni a loro carico. Il modo per attuare questo programma prevede un previo intervento dell'FTC che, sulla base di esperienze già maturate in alti settori, obblighi le imprese a compiere studi di “substantiation” su quanta parte del contenuto dei propri *standard forms* sia in qualunque modo conosciuto dai clienti e quali previsioni contrattuali debbano, invece, ritenersi inaspettatamente sfavorevoli. Le clausole così selezionate andrebbero inserite in un apposito riquadro, con caratteristiche uniformi in tutti i contratti dei consumatori, che sarebbero così avvertiti dell'opportunità di concentrare l'attenzione sugli snodi contrattuali più delicati. Il tentativo malizioso di sovraccaricare il box informativo (la mappa troppo carica d'informazioni è illeggibile) sarebbe contratto dall'obbligo, per le imprese, di non farvi figurare disposizioni negoziali corrispondenti alle aspettative comunemente ricevute e da quello di disporre le segnalazioni in ordine di importanza decrescente per i consumatori.

Gli a. confidano che questi ultimi siano così indotti a sceverare il grano dal loglio e a soppesare, perché isolati in forma particolarmente vivida, i termini contrattuali più incresciosi. Il tutto nel presupposto che i consumatori siano “in the market”, abbiano cioè la capacità di operare scelte razionali quando messi in condizioni adeguate. E qui emerge, forse, una nota di ottimismo (della ragione) che l'esperienza stenta ad avallare. In fondo, le nostre convinzioni in materia sono state sempre ispirate all'idea che il consumatore non abbia tempo, voglia e consapevolezza per cimentarsi nel noioso e disperante scrutinio delle CGC in cui s'imbatte con sin troppa frequenza, mentre è sensibile, eccome!, ai termini essenziali dell'affare, segnatamente al prezzo del prodotto o servizio che intende procurarsi. Sennonché, questo “stare nel mercato”, sia pure con riguardo agli elementi essenziali, è oggi messo in discussione da un consolidato filone di letteratura economica, il quale dimostra come, non appena il livello di complessità dell'offerta diventa consistente – fenomeno sempre più frequente in epoca digitale e di comunicazione globale – , il consumatore si riveli incapace di operare scelte correttamente modulate sulle proprie caratteristiche e abitudini di consumo e abbia bisogno, piuttosto, di forme di consulenza diverse da quelle che, allo stato, il

---

<sup>13</sup> I. AYRES - A. SCHWARTZ, *The No Reading Problem in Consumer Contract Law* (che cito per cortese concessione degli a.), di prossima pubblicazione in *Stan. L. Rev.*

mercato è in grado di offrire<sup>14</sup>. Così stando le cose, puntare tutto sul recupero di un processo negoziale debitamente informato e, perciò, razionalmente capace di massimizzare il profitto congiunto, secondo i dettami della dottrina contrattuale classica, appare –a tutto concedere– velleitario.

Ma torniamo ora all'asimmetria informativa, difficile da rimuovere sino al punto di prospettare un vero e proprio fallimento (ancorché parziale) del mercato. L'effetto di velocizzazione e razionalizzazione delle operazioni di mercato, promosso dall'impiego di CGC, viene sostanzialmente distorto dalla *race to the bottom* risultante dalla concorrenza per chi adotta le clausole più svantaggiose per i consumatori. Ne consegue una perdita complessiva di efficienza, per entrambe le parti, cui le forze di mercato non riescono ad ovviare per il tramite di economie di apprendimento (che, nel nostro caso, si producono soltanto per il ristretto novero di soggetti che abbiano avuto la ventura di sperimentarne l'operatività). Non è, dunque, alla disparità di potere contrattuale fra le parti coinvolte nella singola relazione e neppure al potere esibito sul mercato che occorre guardare per rispondere all'interrogativo sul perché le deroghe disposte dal predisponente siano così sbilanciate. Il fallimento del mercato ha radici più profonde. E, come sempre accade al cospetto di un vero fallimento del mercato, occorre por mano a un intervento regolatorio, nel nostro caso afferente al contenuto delle CGC.

6.- Beninteso, l'*Inhaltskontrolle* non è solo quello consegnato ai §§ 307 ss. BGB da una tradizione risalente di applicazione giurisprudenziale del canone di *Treu und Glauben*. Esistono tecniche alternative, ad es. in forma di controllo amministrativo generalizzato, come nell'originario modello esagonale della *loi n° 78-23 du 10 janvier 1978* (art. 35 ss.), o specifico, quale quello ora disciplinato dall'ar. 37 *bis* cod. consumo<sup>15</sup>, con vessatorietà acclarata -d'ufficio, su denuncia o interpello dell'impresa interessata- dall'AGCM.

Quest'ultima disciplina ha sin qui prodotto una quindicina di provvedimenti, tutti –meno il primo in ordine di tempo- conclusi con accertamento di vessatorietà di talune delle clausole scrutinate. È presto per parlare di prassi. Ma l'esperienza sin qui maturata presta una qualche credibilità all'ipotesi che le CGC non siano il frutto deliberato di una politica intesa allo sfruttamento della clientela, quanto il portato, per così dire involontario, di un processo che mortifica le istanze positive e porta a scelte obbligate di traslazione dei rischi in capo ai consumatori. Non è un caso, dunque, che le imprese sottoposte a istruttoria dichiarino, com'è avvenuto nei casi recenti relativi ai contratti di vendita e manutenzione degli ascensori<sup>16</sup>, che le clausole sospette sono state introdotte non già e non tanto per scelta strategica, ma per effetto di trascinamento rispetto al fatto che le clausole in oggetto trovano applicazione comune sia ai professionisti che ai consumatori. Neppure sorprende che le stesse imprese, le quali poco hanno da temere sul piano sostanziale come conseguenza dell'eventuale accertamento di vessatorietà, si dichiarino pronte a modificare i propri contratti espungendo le clausole sospette: a conferma del loro carattere men che saliente, della reattività che si determina non appena l'attenzione si concentri su di esse e, non ultimo, dell'importanza dell'effetto reputazionale (qui affidato alla pubblicazione del provvedimento sul

---

<sup>14</sup> Per gli opportuni riferimenti v. P. SABBATINI, *Servire il popolo*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2013, 371.

<sup>15</sup> Introdotto dall'art. 5 d.l. 1/2012 convertito, con modifiche, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività".

<sup>16</sup> Cfr., esemplificativamente, AGCM, Prov. n. 24542 del 9 ottobre 2013, *Schindler – contratti di vendita e manutenzione ascensori*, in *Boll.* 43/2013.

sito dell'impresa, oltre che su quello istituzionale dell'Autorità), che altrimenti non riesce a dispiegare le sue virtù redimenti. Sotto questo profilo, c'è da credere che il bilancio sia positivo. Ma, conveniamone, si tratta del proverbiale tentativo di svuotare con un cucchiaino l'acqua che sale nella barca in procinto di affondare.

7.- Il controllo giudiziale delle clausole abusive, *pardon* vessatorie, come diviso dalla Direttiva 13/93, resta dunque –con tutti i suoi limiti<sup>17</sup>– il baluardo più accreditato contro i guasti della standardizzazione dei contratti dei consumatori. La CESL, infatti, riprende quel *format*, dilatando il novero delle clausole per le quali scatta in ogni caso il pollice verso (con l'effetto, però, di determinare l'inefficacia della pattuizione, invece della sua nullità) e infittendo la lista 'grigia' (ma tendente decisamente al nero...) delle clausole che si presumono vessatorie, salva prova del loro risultare da trattativa individuale o corrispondere a disposizioni di legge e dintorni.

La giustificazione di un siffatto intervento regolatorio in chiave (non già di argine al prepotere di una parte sull'altra, quanto) di correzione al sistematico fallimento di mercato causato dalla razionale ignoranza, da parte del consumatore, circa il contenuto disciplinare del contratto che va a sottoscrivere non è soltanto un modo elegante di ricostruire un quadro troppo spesso deformato da impressioni emotive e populistiche. Essa offre il destro per almeno un paio di affinamenti di sicuro rilievo.

Innanzitutto, la via indicata consente di temperare le critiche mosse alla statuizione per cui il significativo squilibrio di diritti e obblighi delle parti va valutato a prescindere dalla determinazione dell'oggetto e dell'adeguatezza del corrispettivo. E' vero, infatti, che esiste sempre un prezzo (magari negativo...) idoneo a rendere appetibile un contratto, comunque conformato; e che la pretesa di apprezzare lo squilibrio giuridico nel vuoto lascia fuori quadro metà della storia. Ma, nel caso del controllo delle CGC, l'obiettivo perseguito è quello di ovviare a un processo di mercato che, in conseguenza di un'asimmetria informativa che spinge a ridurre i costi attraverso l'esternalizzazione dei rischi, produce inefficienti allocazioni dei rischi stessi. Il fatto che la loro traslazione in capo ai consumatori comporti una riduzione dei costi per il predisponente e, plausibilmente, dei prezzi per il consumatore non è la soluzione, quanto una parte del problema<sup>18</sup>. Lo sbilanciamento sinallagmatico nel caso individuale, così come lo sfruttamento abusivo del potere di mercato, rileva in altre sedi e in vista di discipline diverse, quando, s'intende, ne ricorrano gli estremi specifici.<sup>19</sup>

L'altro contributo ricostruttivo connesso all'impostazione abbozzata concerne l'opportunità, o no, di estendere il controllo di contenuto delle CGC ai contratti B2B. Al riguardo, la CESL segna

---

<sup>17</sup> Ricadendo nel peccato dell'autocitazione, rinvio al mio *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1995, 523.

<sup>18</sup> In questi termini SCHÄFER – LEYENS, cit.

<sup>19</sup> Va tuttavia rimarcato come l'indicazione nel testo sia parzialmente contraddetta dalla disciplina della direttiva (e v. anche art. 83 CESL), là dove invita a tener conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto (e, quindi –si è argomentato in dottrina– dell'effettiva utilità delle attribuzioni giuridico-patrimoniali per il consumatore), e ancor più dai *consideranda* introduttivi a tenore dei quali, nella valutazione del carattere abusivo delle clausole, si può tener conto del rapporto qualità-prezzo. Qui pesa, all'evidenza, l'obiezione di principio sull'impossibilità di operare valutazioni dissociate di uno strumento che obbedisce ad una logica olistica. Ma occorre pur sempre fare di necessità virtù, magari puntando sul carattere 'massivo', piuttosto che specificamente individuato, dello scrutinio operato sulle CGC. Far rientrare dalla finestra ciò che si è a gran voce cacciato dalla porta non aiuta a chiarire i contorni dell'intervento regolatorio.



un'autentica soluzione di continuità rispetto al solco della direttiva e rimonta alla primigenia impostazione tedesca (cfr., oggi, il § 310 BGB), a tenore della quale il controllo di contenuto si estende, con caratteri di relativa autonomia, anche alle condizioni generali applicate nei rapporti tra imprenditori. L'art. 86.1 spiega, infatti, che l'abusività va apprezzata in funzione del manifesto scostamento dalle buone pratiche commerciali, in contrasto con la buona fede e la correttezza.

Sul punto si è scatenata un'autentica *bagarre*: con la dottrina divisa fra quanti ritengono del tutto inopportuna la proposta espansione, chi invece la difende (sottolineando come di frequente la situazione del professionista non sia diversa, quanto a impreparazione e disattenzione, da quella del consumatore trasandato) e chi, infine, l'accetta, a condizione che il vaglio s'informi a criteri diversi. Orbene, e senza pretesa di chiudere un dibattito che deve ancora produrre frutti adeguati e merita ulteriori approfondimenti analitici, è doveroso convenire che il *rationale* dianzi proposto per i contratti dei consumatori non può essere riproposto per le relazioni interimprenditoriali.

Anche a prescindere dall'ovvia constatazione che di asimmetria informativa non è dato parlare al cospetto di imprese impegnate in una "battle of the forms" (a colpi di condizioni generali di vendita per l'una e di acquisto per l'altra) e quando l'entità dell'affare sia di dimensioni cospicue, quanto basta per postulare un'attenta considerazione, su entrambi i versanti, delle ricadute legali; anche a prescindere da tutto questo, dicevamo, il discorso assume inevitabilmente un torno assai diverso. L'impresa che acquisti un fattore della produzione a un prezzo contenuto, che non riflette l'ottimale allocazione dei rischi, trae tuttavia vantaggio dalla possibilità di modulare a valle un'offerta più aggressiva (riproponendo, così, i rigurgiti contro intuitivi del mono/oligopsonio<sup>20</sup>); e quella che venda a prezzi troppo elevati rispetto alla qualità del contratto rischia d'incorrere nei rigori dell'*enforcement* antimonopolistico. Nell'un caso e nell'altro il quadro è più complesso. E una valutazione di contenuto non può comunque prescindere dalla considerazione del prezzo pattuito.

Tendenzialmente corretta, dunque, l'opzione di introdurre parametri valutativi *ad hoc*. Ma questo, nemmeno a dirlo, è solo il primo passo di un percorso molto più tormentato.

---

<sup>20</sup> Cfr., in prima approssimazione, R. D. BLAIR-J.L. HARRISON, *Monopsony in Law and Economics*, Cambridge 2010, *passim*.