

Prof. Avv. Cristina Amato - Professore Ordinario di Diritto Privato Comparato  
Università degli Studi di Brescia - Via S. Faustino, 41 - 20125 Brescia  
e-mail: [cristina.amato@unibs.it](mailto:cristina.amato@unibs.it) Tel.: + 39 030 – 2989676 Cell.: + 39 366 6714029

Dott.ssa Beatrice Nardo  
Responsabile del servizio Regolazione del Mercato  
C.C.I.A.A. Camera di Commercio di Brescia  
Via Einaudi, 23  
25121 Brescia

Gentilissima dottoressa Beatrice NARDO, in virtù dell'incarico conferitomi dalla CCI mediante protocollo 0045404/U dell'11.12.2019, riguardo il controllo dell'eventuale vessatorietà delle clausole contenute nelle Condizioni Generali di Contratto ("CGC") predisposte dalla società Punto Consult s.r.l., e in risposta altresì alla memoria difensiva presentata dall'avv. Matteo SASSONE in nome e per conto della predetta società in data 04.12.2019, si precisa quanto segue<sup>1</sup>.

- a) La denuncia presentata dall'associazione consumeristica Federconsumatori alla CCI di Brescia con riferimento alle CGC della società Punto Consult s.r.l. riguarda, in particolare, una clausola apposta in calce alla prima pagina di una proposta negoziale, sottoscritta da una cliente in data 31.08.2019, per l'acquisto di una caldaia (Modello 01 DUAL SPLIT 12+12 CON POMPA DI CALORE). Più precisamente, la clausola in questione consente alla Punto Consult s.r.l. di trattenere la somma versata dalla signora, ossia € 1.000,00 (euro mille/00). Essa, infatti, recita: *“in caso di recesso da parte del Cliente o nel caso di non accettazione della pratica da parte della società finanziaria, la Punto Consult s.r.l. tratterà la somma versata in acconto quale rimborso per le spese amministrative”*.
- b) Occorre precisare che, per prassi consolidata, le aziende usano presentare alla firma dei loro Clienti proposte negoziali da esse unilateralmente predisposte. Nel caso di specie, infatti, in data 31.08.2019 la Signora, attratta dall'offerta commerciale, contattava di propria iniziativa la Società Punto Consult s.r.l. chiedendo informazioni telefoniche circa l'acquisto e l'installazione dell'impianto di condizionamento d'aria Dual Split. Lo stesso giorno la Società si recava presso l'abitazione della Signora per un primo colloquio conoscitivo e presso la stessa veniva effettuato uno studio di fattibilità per l'installazione dell'impianto. Solo a seguito dell'esito positivo del primo esame, la Signora sottoscriveva contestualmente la proposta di acquisto versando una somma dell'importo di € 1.000,00. Tuttavia, questa modalità di formazione del contratto non esclude né che tali proposte (inclusa quella sottoscritta nel caso di specie) ricadano nella definizione di 'contratti di adesione', e siano quindi sottoposti alla disciplina speciale prevista dal d.l.gs. 06.09.2005, n. 206 (codice del consumo, 'cod. cons.'); né che si sia comunque in presenza di (proposta di) contratto concluso fuori dai locali commerciali. A riguardo è molto chiaro il parere espresso dalla Suprema Corte di Cassazione, la quale afferma: *“Possono qualificarsi come 'contratti per adesione', rispetto ai quali sussiste l'esigenza della specifica approvazione scritta delle clausole vessatorie, soltanto quelle strutture negoziali destinate a regolare una serie indefinita di rapporti, tanto dal punto di vista sostanziale (se, cioè, predisposte da un contraente che espliciti attività contrattuale all'indirizzo di una pluralità indifferenziata di soggetti), quanto dal punto di vista formale (ove, cioè, predeterminate nel contenuto a mezzo di moduli o formulari utilizzabili in serie), mentre esulano da tale categoria i contratti predisposti da uno dei due contraenti in previsione e con riferimento ad una singola, specifica, vicenda negoziale, rispetto ai quali l'altro contraente può, del tutto legittimamente, richiedere e apportare le necessarie modifiche dopo averne liberamente apprezzato il contenuto, nonché, a maggior ragione, quelli in cui il negozio sia stato concluso a seguito e per effetto di trattative tra le parti”* (Cass. civ., sez. I , 28.02.2019 , n. 5971; in senso conforme, v. anche: App. Milano, 14.01.2020). Inoltre, ai sensi dell'art. 45 cod. cons., il contratto in proposta può essere qualificato come contratto concluso fuori dei locali commerciali, in quanto *“concluso alla presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, in un luogo diverso dai locali del professionista”* (art. 45, c. 1, lett. h), n. 1). È

---

<sup>1</sup> Il presente documento è stato preparato e redatto con la collaborazione degli Studenti del Corso di Cliniche Legali II - Università degli Studi di Brescia, Dipartimento di Giurisprudenza: Giorgia DAMONTI, Denise LOSIO, Martina PAGANI, Omar SELIM. Durante il lavoro di preparazione, studio e stesura, la documentazione è stata anonimizzata, per tutelare la riservatezza delle Parti coinvolte.

lo stesso Avvocato ad affermare nella memoria difensiva, alla lettera c), come *“la vendita dei prodotti medesimi avvenga, in alcuni casi, al di fuori dei locali commerciali”*. A nulla rileva, invece, il fatto che sia stata la Signora a contattare la Società, come l'Avvocato sottolinea nella lett. o) della memoria difensiva, facendo riferimento al fatto che *“l'esponente non esercita attività commerciale “porta a porta”, ma si interfaccia con l'acquirente finale solo dopo essere stata contattata da quest'ultimo”*: la lettera della legge, infatti, non fa alcun riferimento alla necessità che sia il professionista a contattare il consumatore affinché si possa qualificare il contratto come concluso fuori dei locali commerciali, anzi nell'art.45, c. 1, lett. h), n. 2 viene specificato che anche nel caso in cui *“è stata fatta un'offerta da parte del consumatore, nelle stesse circostanze di cui al numero 1”* si è in presenza di un contratto di tale tipo.

- c) Nel caso di specie denunciato da Federconsumatori, la somma di €1.000,00 versata dalla cliente viene inizialmente definita, nella stessa pagina della proposta di contratto, come caparra confirmatoria, *“anche in ragione della prestazione di studio di fattibilità ambientale della fornitura effettuato in sede di sottoscrizione del contratto”*. Rispetto a questa definizione, l'art. 6 delle CGC della Punto Consult s.r.l. considera tale pagamento come soggetto alla restituzione del doppio della cifra versata in caso di recesso da parte dell'azienda, in conformità a quanto disposto dall'art. 33, c. 2, lett. e) cod.cons. (e non dall'art. 1469-bis, c.c., erroneamente richiamato nelle citate CGC). Specularmente, deve ritenersi che, in caso di recesso esercitato dal consumatore oltre i termini indicati dal codice di consumo (14 giorni), egli perderà la somma versata.
- d) Tuttavia, come si è detto (sub a)), nella clausola in calce alla prima pagina la stessa somma viene imputata *“in acconto”*, e trattenuta quale *rimborso per spese amministrative*, anche nel caso di recesso del cliente.
- e) In un altro articolo delle CGC (art. 5), la Punto Consult s.r.l. garantisce ai Clienti la facoltà di esercitare il recesso, senza però specificare che tale diritto, se esercitato entro i 14 giorni prescritti, ai sensi degli artt. 52, c. 2, 55, lett. b) e 57, c. 5., cod. cons. è libero e incondizionato, e non comporta alcuna responsabilità per il consumatore.
- f) Tale modalità di scrittura delle CGC è fuorviante per il consumatore, il quale non è in grado di comprendere esattamente in quali circostanze avrebbe diritto alla restituzione del pagamento; ciò perché, di fatto, la stessa somma versata dai Clienti al momento della sottoscrizione della proposta di acquisto non solo viene definita in due modi diversi (caparra confirmatoria, acconto), ma soprattutto viene sottoposta a due regimi diversi: perdita della cifra corriposta, nel caso di recesso del consumatore oltre i limiti di tempo consentiti alla disciplina del codice di consumo, ovvero restituzione del doppio della somma versata, nel caso di recesso del professionista; rinuncia all'intera cifra corrisposta, nel caso di recesso del consumatore, seppure esercitato entro i 14 giorni previsti dal citato art. 52, c. 1, cod. cons. Questi due diversi regimi meritano, peraltro, alcune precisazioni.
- g) La caparra confirmatoria è un contratto reale, disciplinato dall'articolo 1385 c.c., avente ad oggetto la dazione di una somma di denaro o di una quantità di cose fungibili, da una parte all'altra parte, al momento della conclusione di un contratto, a garanzia dell'esecuzione del contratto e quale forma di liquidazione preventiva del danno nell'ipotesi di risoluzione del contratto per inadempimento di una parte (BIANCA, *Diritto civile*, V. *La responsabilità*, Milano 1995, p. 360 ss.). Per acconto si intende, invece, una somma data a titolo di anticipata e parziale esecuzione della prestazione. Si tratta sostanzialmente di un parziale adempimento preventivo, che garantisce chi riceve la prestazione e non anche chi la dà, con esclusione, quindi, della funzione risarcitoria tipica della caparra. L'indicazione che la Suprema Corte fornisce per distinguere tra i due istituti è chiara: *“se vi è proporzione (circa 30 - 40% della somma totale) si potrà intravedere una caparra confirmatoria, viceversa, in presenza di un “anticipo” del tutto sproporzionato rispetto al prezzo complessivo, si dovrebbe escludere la qualificazione di “caparra” e stabilire che si tratti di un acconto”* (Cass. civ., 01.07.2015, n. 13495; Cass., 22.08.1977, n. 3833, ribadita dal Trib. Monza 12.09.2007 e Trib. Isernia 20.3.2018). Nelle ipotesi in cui (come d'altra parte nel caso di specie) l'importo versato dal cliente dovesse essere limitato al 20% massimo del costo totale della caldaia (5.000,00€ nel caso di specie), esso

dovrebbe essere considerato quale acconto, come tale soggetto a restituzione secondo le regole dell'indebitto oggettivo (art. 2033 c.c.) nel caso di recesso di una parte per l'inadempimento dell'altra o per mancata conclusione del contratto, oltre agli interessi compensativi dalla data del pagamento (Cass. 30.10.1992, n. 11825).

- h) In ogni caso, la Corte Costituzionale ha osservato che non difettano gli strumenti di reazioni contro eventuali pattuizioni abusive concernenti la stessa, potendo il giudice rilevare d'ufficio la nullità, totale o parziale, di una clausola negoziale gravemente squilibrata in danno di una parte, in contrasto con il dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. La questione è stata oggetto di due ordinanze gemelle della Corte Costituzionale, che hanno fornito un'interpretazione costituzionalmente orientata per cui, indipendentemente dalla mancata previsione nell'art. 1385, c. 2 c.c., del potere giudiziale di riduzione della caparra confirmatoria, la clausola contrattuale che preveda una caparra confirmatoria eccessiva e sproporzionata potrà essere ridotta o annullata dal giudice *ex art.* 1418 c.c. per contrasto con il principio di solidarietà sociale *ex art.* 2 Cost. e di buona fede contrattuale. (ord. 24.10.2013, n. 248 e ord. 02.04.2014, n. 77).
- i) Per quanto riguarda il recesso, nelle ipotesi di contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali il consumatore può esercitare tale diritto entro 14 giorni dalla sottoscrizione della proposta ovvero dalla stipulazione del contratto senza essere tenuto ad esplicitarne i motivi, e senza dover corrispondere al professionista somme di denaro a titolo di penale, multa penitenziale, risarcimento o altro, sulla base di quanto stabilito dall'art. 52 cod. cons. Si tratta di un "diritto di pentimento" che consente di caducare la proposta o di sciogliere unilateralmente il vincolo contrattuale precedentemente posto in essere. A tal fine, anche quando il consumatore abbia versato una somma di denaro a titolo di caparra, o abbia già provveduto al pagamento totale o parziale del bene o del servizio previsto, è sufficiente per il consumatore inviare al professionista una lettera raccomandata con ricevuta di ritorno nella quale viene esplicitata per iscritto la volontà di avvalersi del diritto di recesso *ex lege*. L'art 56 cod. cons. in tema di obblighi del professionista nel caso di recesso precisa che *"Il professionista rimborsa tutti i pagamenti ricevuti dal consumatore, eventualmente comprensivi delle spese di consegna, senza indebito ritardo e comunque entro quattordici giorni dal giorno in cui è informato della decisione del consumatore di recedere dal contratto ai sensi dell'articolo 54. E' nulla qualsiasi clausola che preveda limitazioni al rimborso nei confronti del consumatore delle somme versate in conseguenza dell'esercizio del diritto di recesso."* Nel caso di specie, avendo la Signora esercitato il recesso nei termini stabiliti dalla legge, ha diritto alla restituzione di quanto versato, indipendentemente dalla qualificazione giuridica di tale somma.

Alla luce della ricostruzione sopra esposta, per le ragioni di seguito precisate, si ritiene vessatoria la clausola apposta in calce alle CGC, in virtù della quale la società Punto Consult s.r.l. trattiene illegittimamente la cifra di € 1.000,00 versata dalla Signora in data 31.08.2019, e che dovrà esserle restituita unitamente agli interessi corrispettivi (nella misura degli interessi legali).

1. La formulazione non trasparente delle CGC nasconde, come si è detto (*sub f*) un doppio regime al quale è sottoposta la cifra versata: da un lato di tratterebbe di una caparra confirmatoria, chiesta dalla società Punto Consult s.r.l. alla controparte, quale 'corrispettivo' per la prestazione di studio di fattibilità ambientale dell'eventuale fornitura (corrispettivo che il professionista potrebbe trattenere nel caso di recesso del consumatore oltre i 14 giorni consentiti dalla legge, e che questi si impegna a restituire nella misura del doppio nel caso di suo recesso); dall'altro lato, si fa riferimento ad un 'rimborso per spese amministrative', nel caso di recesso del consumatore. Tale formulazione non trasparente esclude, di per sé, la prospettabilità della negoziazione individuale della clausola imputata (v. punto m), primo capoverso, della memoria difensiva dell'avv. SASSONE); inoltre, una lettura complessiva delle CGC citate sottrae il pagamento in questione alla definizione di caparra confirmatoria e

al regime di cui all'art. 6 CGC (v. punto m), secondo capoverso, memoria difensiva Avv. SASSONE).

2. In tema di trattativa individuale, può essere maggiormente indicativo il riferimento all'art 3.2. dir. 93/13 (implementata nel cod. cons. agli art. 33 ss.) il quale più esplicitamente ritiene che una clausola non sia stata oggetto di negoziato individuale allorquando essa sia stata redatta preventivamente, in particolare nell'ambito di un contratto di adesione, e il consumatore non abbia di conseguenza potuto esercitare alcuna influenza sul suo contenuto.

Affinché si possa ritenere una clausola oggetto di trattativa individuale, si richiamano alcuni elementi individuati dalla giurisprudenza (Cass., 15.10.2019, n. 25914; in senso conforme vedi anche: Cass., 20.3.2010, n. 6802; Cass., 26.09.2008, n. 24262):

*occorre accertare il fatto storicamente avvenuto.*

Nel nostro caso non è stata accertata la verità storica dell'avvenuta trattativa, l'onere della prova spettando al professionista (v. *infra*).

*occorre stabilire che ci sia stato un incontro di volontà consapevoli, e la comprensione e valutazione del significato delle obbligazioni assunte.*

Si può ritenere che, anche qualora la trattativa fosse avvenuta, la clausola specificatamente sottoscritta dalla Signora in corrispondenza dell'acconto versato non sia stata da lei pienamente compresa (né sarebbe stata compresa da alcun altro consumatore-aderente), stante la confusione definitoria di cui si è detto ai punti c)-f).

*occorre che la trattativa sia effettiva.*

L'accertamento dell'effettività, in particolare, non tollera presunzioni o formalità, quali la sottoscrizione da parte del cliente, se non a rischio di tornare al c.d. controllo formale di cui all'art. 1342, c. 2, c.c. che, invece, la disciplina speciale del codice di consumo ha voluto superare. Benchè apparentemente avvalorata da un indicatore, quale potrebbe sembrare una parte del foglio prestampato lasciata in bianco, compilata a penna dal predisponente e sottoscritta dalla Signora, si può escludere l'effettività di una trattativa individuale laddove il foglio presentato dalla Punto Consult S.r.l. ai suoi Clienti, e quindi anche alla Signora nel caso di specie, è predisposto mediante scrittura meccanica, mentre viene lasciata in bianco solo la parte riguardante l'importo dell'acconto'. Insomma: se una 'trattativa' vi è stata, essa può al più essere riferita al contributo del consumatore nella determinazione dell'ammontare dell'acconto, non certo al suo significato giuridico in termini di qualificazione come corrispettivo del recesso ovvero come caparra confirmatoria. .

E' opportuno, altresì, precisare che l'onere della prova della trattativa individuale di una clausola spetta al professionista (art. 34, c. 5), soprattutto se contenuta in un formulario (Cass., 20.08.2010, n. 18785; Cass., 20.03.2010, n. 6802; Cass., 26.09.2008, n. 24262). D'altra parte, deve escludersi il valore 'confessorio' della mera sottoscrizione di una clausola lasciata in bianco e poi riempita a mano (GdP Perugia, 25.03.2002), la quale dunque non rappresenta un rilevatore di effettività della trattativa individuale come, ad esempio, potrebbe essere la modifica redatta a penna del contenuto di clausole già esistenti.

Pertanto, non può ritenersi che la clausola del caso di specie sia stata oggetto di trattativa individuale, come pure affermato nella memoria difensiva alla lettera m), e di conseguenza non si può ritenere applicabile l'art 34, c. 4 cod. cons.

3. Per quanto argomentato supra, lett. c)-e) la clausola in oggetto deve essere ricondotta alla disciplina della lett. e), art. 33 cod. cons., ed è pertanto qualificabile come vessatoria poiché consente al professionista di trattenere la somma versata dal consumatore, anche qualora sia quest'ultimo a recedere dal contratto. Si determina quindi "a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto" (art. 33, c. 1 cod. cons.).
4. Infine, il riferimento agli artt. 50 e 57 codice cons. (v. punto m), terzo capoverso memoria difensiva dell'avv. SASSONE) deve considerarsi del tutto inappropriato, in quanto si confonde la prestazione eseguita *su incarico del consumatore* con la fornitura di beni confezionati

*su misura o chiaramente personalizzati*, ai sensi dell'art. 59, c. 1, lett c). cod. cons., in virtù della quale ultima norma viene dalla legge esclusa la possibilità stessa del recesso del consumatore. Inoltre, contrariamente a quanto affermato alle lett. b)-g) e successivamente ribadito alla lett. h) della memoria difensiva, non si può ritenere che la prestazione di “*studio di fattibilità ambientale della fornitura*” costituisca prestazione diversa e ulteriore da quella dedotta in contratto, né che essa sia effettuata sulla base di misure o altre forme di personalizzazione richieste dalla Cliente (come prescrive l'art. 59, c. 1, lett. c) cod. cons. citato). Si tratta, in realtà, dello stesso oggetto rientrante nell'attività di rivendita e commercializzazione svolta dalla Punto Consult S.r.l., che include, oltre all'obbligo di consegna (*ex art. 61 codice cons.*), anche attività prodromiche (come lo studio di fattibilità) rientranti nel rischio di impresa assunto dal professionista, e attività post-vendita (installazione), come ormai dichiaratamente prescritto dalla normativa europea sulla vendita di beni mobili (Dir. 771/2019/UE).

Al contrario, semmai, di quanto argomentato nella memoria difensiva (lett. m)) si vuole ricordare l'art 56 cod. cons., già richiamato supra (lett. i)), il quale considera nulla qualsiasi clausola che preveda limitazioni al rimborso nei confronti del consumatore delle somme versate in conseguenza dell'esercizio del diritto di recesso. Ciò conferma quanto sopra esposto, rendendo irrilevanti, ai fini del rimborso, le differenti qualificazioni della somma versata dalla Signora nelle CGD della Punto Consult S.r.l.

\* \* \*

Avendo concluso l'esame richiesto nel senso della vessatorietà della clausola apposta in margine alle CGC della Punto Consult S.r.l., ai sensi degli artt. 33, c. 2, lett e) e 56 cod. cons., nel caso denunciato dall'associazione consumeristica Federcosumatori la Signora ha diritto all'immediata restituzione, da parte della Punto Consult S.r.l., della somma da ella versata, pari ad €1.000,00, oltre agli interessi compensativi nella misura legale a partire dalla data del versamento. Al fine di rendere le CGC della Punto Consult S.r.l. conformi al dettato normativo, si suggerisce alla società:

*i.* l'espunzione della clausola di cui alla lett. *a)* del presente studio dalla prima pagina del contratto ove ora si legge, e la contestuale integrazione dell'art. 5 CGC nel modo che segue:

*“Ai sensi degli artt. 52 ss. d.lgs. 06.09. 2005, n. 206, il Cliente ha facoltà di revocare la proposta d'ordine entro 14 giorni dalla data di acquisizione del possesso fisico del bene telefonando al numero verde [oppure: mediante lettera raccomandata da indirizzare a ...../ modulo online reperibile all'indirizzo web.....]. In tal caso Punto Consult s.r.l. rimborserà tutti i pagamenti ricevuti dal Cliente senza indebito ritardo e, comunque, entro e non oltre 14 giorni dal giorno in cui il Cliente ha comunicato a Punto Consult s.r.l. di voler recedere dal contratto. Punto Consult s.r.l. sarà responsabile del ritiro dei Prodotti per i quali sarà esercitato il recesso”;*

*ii.* la riformulazione della richiesta di un anticipo del corrispettivo in danaro a titolo di 'acconto', e non di caparra confirmatoria, contenuta nella prima pagina del contratto, espungendo contestualmente ogni riferimento alla pretesa corrispettività tra versamento dell'acconto e la 'prestazione di studio di fattibilità ambientale della fornitura';

*iii.* La conseguente cancellazione dell'art. 6 CGC (con l'erroneo riferimento all'art. 1469-bis c.c., oggi sostituito dall'art. 33, c. 2, lett. e) cod. cons.), venendo meno ogni riferimento alla caparra confirmatoria.

Resta ferma la mia disponibilità ad un'audizione del professionista o del suo legale, anche per via telematica, come attualmente impongono le misure restrittive per l'emergenza sanitaria.

Brescia, 27 aprile 2020

Cordiali saluti

Prof. Avv. Cristina Amato - Professore Ordinario di Diritto Privato Comparato  
Università degli Studi di Brescia - Via S. Faustino, 41 - 20125 Brescia  
e-mail: [cristina.amato@unibs.it](mailto:cristina.amato@unibs.it) Tel.: + 39 030 – 2989676 Cell.: + 39 366 6714029



IL SEGRETARIO GENERALE

(Dr Massimo Ziletti)

Firma digitale ai sensi dell'art. 24 d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82

"Codice dell'amministrazione digitale"