

IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA 93/13/ NELL'ORDINAMENTO TEDESCO

Specificamente: allegato 1 lettera "q"

1. LA NORMATIVA DI RIFERIMENTO PRESISTENTE

Nel 1977 è entrato in vigore il *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (detto AGBG) ossia la legge sulla regolamentazione delle condizioni generali del negozio (anche se poi si parla di contratto).

Dalla lettura del § 1 emerge che la legge *de qua* non prende in considerazione il consumatore in quanto tale bensì la parte contrattuale che "subisce" l'inserimento delle clausole da parte dell'altra. Inoltre, la disciplina ha riguardo alle clausole precostituite per essere utilizzate un numero indefinito di volte e non alle clausole oggetto di specifica contrattazione delle parti.

2. IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA

La direttiva 93/13/CEE è stata recepita - in prima istanza - dall'art. 1 della legge 19 luglio 1996 "*Gesetz zur Änderung des ABG-Gesetzes und der Insolvenzordnung*" che ha modificato il § 12 della AGBG ed ha introdotto il § 24a.

Il § 12 - poi soppresso con effetto dal 30.6.2000 - prevedeva l'applicazione dell'AGBG anche nei casi di contratto sottoposto a diritto straniero qualora il contratto avesse uno stretto collegamento con la Repubblica Federale tedesca, indicando anche cosa dovesse intendersi per stretto contatto.

Il § 24a, invece, rubricato "*Verbraucherverträge*", disciplinava i contratti conclusi fra una persona che opera nell'esercizio della sua attività d'impresa o professionale (imprenditore) ed una che invece conclude il contratto per uno scopo diverso da una propria attività imprenditoriale o professionale. Specificamente, il § 24a disponeva che: **1.** le condizioni generali del negozio sarebbero venute in considerazione se predisposte dall'imprenditore salvo che se inserite dal consumatore; **2.** i §§ 5,6, e da 8 a 12 sarebbero venuti in considerazione altresì nel caso di condizioni contrattuali predefinite anche per un'unica applicazione nella misura in cui il consumatore non avesse potuto esercitare alcuna influenza sul loro contenuto; **3.** nella valutazione dello svantaggio inadeguato di cui al § 9 si sarebbero dovute tenere in considerazione anche le situazioni che avevano accompagnato la conclusione del contratto.

3. LA RIFORMA DEL DIRITTO DELLE OBBLIGAZIONI DEL 2002

Nel 2002, l'intera disciplina dell'AGBG, con poche modifiche stilistiche, è confluita nel BGB nei §§ 305-310, che disciplinano anche i contratti dei consumatori. Specificamente, il § 310 punto 3 indica i limiti di applicazione con riferimento ai contratti al consumatore:

Section 310 Scope of application

(3) In the case of contracts between an entrepreneur and a consumer (consumer contracts) the rules in this division apply with the following provisos:

1. Standard business terms are deemed to have been presented by the entrepreneur, unless they were introduced into the contract by the consumer;
2. Section 305c (2) and sections 306 and 307 to 309 of this Code and Article 46b of the Introductory Act to the Civil Code [Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche] apply to preformulated contract terms even if the latter are intended only for non-recurrent use on one occasion, and to the extent that the consumer, by reason of the preformulation, had no influence on their contents;
3. in judging an unreasonable disadvantage under section 307 (1) and (2), the other circumstances attending the entering into of the contract must also be taken into account.

(testo tratto dalla traduzione in inglese reperibile sul sito:

https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0956)

Le definizioni di consumatore e di imprenditore sono rispettivamente contenute nel § 13 e nel § 14 BGB:

Section 13 Consumer^{*)}

A consumer means every natural person who enters into a legal transaction for purposes that predominantly are outside his trade, business or profession.

*) Official note: These provisions serve to implement the directives set out above under numbers 3, 4, 6, 7, 9 and 11.

Section 14 Entrepreneur^{*)}

(1) An entrepreneur means a natural or legal person or a partnership with legal personality who or which, when entering into a legal transaction, acts in exercise of his or its trade, business or profession.

(2) A partnership with legal personality is a partnership that has the capacity to acquire rights and to incur liabilities.

*) Official note: These provisions serve to implement the directives set out above under numbers 3, 4, 6, 7, 9 and 11.

(testo tratto dalla traduzione in inglese reperibile sul sito:
https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0956).

4. IL RECEPIMENTO DELL'ALLEGATO 1 LETT. Q

La lettera "q" dell'allegato 1 della direttiva enumera tre tipologie di clausole che possono sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore e che il legislatore europeo individua, specificamente, in quelle che: 1) lo obbligano a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche; 2) limitano indebitamente i mezzi di prova a disposizione del consumatore; 3) gli impongono un onere della prova che, ai sensi della legislazione applicabile, incomberebbe a un'altra parte del contratto.

In merito alle prime due tipologie, il legislatore tedesco non è esplicitamente intervenuto, ritenendo evidentemente il proprio ordinamento già conforme alle disposizione di matrice comunitaria (in tema di procedure arbitrali si fa riferimento al § 1025 e ss. ZPO, mentre in tema di mezzi di prova ai §§ 371-455 ZPO).

La terza tipologia è invece esplicitamente normata nel § 309, specificamente nel n. 12. Il § 309 BGB, in generale, disciplina le clausole inefficaci di per sé - senza possibilità di valutazione -, in sostanza, le cosiddette "black letter rule".

Section 309 Prohibited clauses without the possibility of evaluation

Even to the extent that a deviation from the statutory provisions is permissible, the following are ineffective in standard business terms:

(...)

12. (Burden of proof) a provision by which the user modifies the burden of proof to the disadvantage of the other party to the contract, in particular by

- a) imposing on the latter the burden of proof for circumstances lying in the sphere of responsibility of the user, or
- b) having the other party to the contract confirm certain facts;

letter (b) does not apply to acknowledgements of receipt that are signed separately or provided with a separate qualified electronic signature;

(tratto dalla traduzione in inglese reperibile sul sito:
https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0956)

Tirando le somme, il recepimento dell'allegato 1 lettera "q" della direttiva 93/13/CEE è da individuarsi nel 309 n. 12 BGB ma con riferimento all'inversione o alla modifica dell'onere della prova perché rispetto alle altre due tipologie di clausole indicate, il legislatore tedesco non è intervenuto.

Tarquinia Lido, 23 luglio 2016

BIBIOGRAFIA CONSULTATA disponibili su internet:

Ebers, Unfair Contract Terms Directive (93/13), Consumer Law Compendium

Micklitz, Die Richtlinie 93/13/EWG des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucher-verträgen und ihre Bedeutung für die VOB Teil B., Gutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbandes e V., 2004

Niebling, AnwaltKommentar AGB-Recht, BGB § 309 Nr. 12