



## Contratti e CG

Come ridurre al minimo i rischi commerciali

Dr. Thomas Bähler, LL.M. Avvocato

Dr.ssa Anna-Antonina Gottret, LL.M. Avvocato

**Colophon**

**Autori**

Dr. Thomas Bähler, LL.M. avvocato e  
Dr.ssa Anna-Antonina Gottret, LL.M. avvocato presso Kellerhals Carrard

**Editrice**

PostFinance SA e swiss export  
Data: settembre 2017

[postfinance.ch/commercioestero](http://postfinance.ch/commercioestero)  
[www.swiss-export.com](http://www.swiss-export.com)

ISBN 978-3-906201-56-6



9 783906 201566 >

# Indice

<b>Prefazione</b>	<b>4</b>
<b>Introduzione</b>	<b>5</b>
<b>1. Contrattazione di contratti</b>	<b>6</b>
1.1 Aspetti generali	6
1.2 Panoramica sulle possibili tappe delle trattative contrattuali	6
1.2.1 Accordo sui tratti fondamentali della relazione commerciale pianificata ed elaborazione di un contratto scritto dettagliato	6
1.2.2 Dichiarazione d'intenti / term sheet / contratto preliminare	7
1.2.3 Accordo di segretezza	8
1.2.4 Firma e stipula (signing / closing)	8
<b>2. Organizzazione ed elementi essenziali di un buon contratto</b>	<b>9</b>
2.1 Aspetti generali	9
2.2 Panoramica degli elementi essenziali di un buon contratto	9
2.2.1 Preambolo	9
2.2.2 Oggetto del contratto e prestazioni principali	9
2.2.3 Garanzia e responsabilità	9
2.2.4 Durata e risoluzione del contratto	10
2.2.5 Disposizioni finali	10
<b>3. Inclusione delle condizioni generali (CG)</b>	<b>11</b>
3.1 Osservazioni introduttive	11
3.2 Concetto e importanza nel moderno ordinamento economico	11
3.3 Funzioni	12
3.4 Quadro giuridico per l'inclusione delle CG	13
3.4.1 Aspetti generali	13
3.4.2 Controllo della validità	13
3.4.3 Controllo dell'interpretazione	14
3.4.4 Controllo contenutistico	15
3.4.5 Conclusione	16
<b>Bibliografia</b>	<b>17</b>

# Prefazione

Gentili lettrici, egregi lettori,

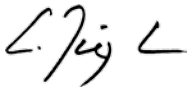
a fronte della crisi economica, nel 2011 la Confederazione ha avviato un programma per il consolidamento delle esportazioni. PostFinance vi ha preso parte nell'ambito di un progetto sulla gestione del rischio. A tal proposito vi invitiamo a leggere l'e-book «*Gestione del rischio*».

Nel quadro di questo progetto abbiamo approfondito il tema della «gestione del rischio» interpellando un ampio ventaglio di aziende. In tale ottica si è constatato che uno strumento centrale per la limitazione dei rischi è costituito dai contratti e in particolare anche dalle condizioni generali (CG). L'esperienza dimostra che i clienti che non accettano le CG sono poi gli stessi che in un secondo momento comportano spesso dei problemi.

Per questo è importante che i contratti e le CG regolino in modo chiaro gli aspetti che per voi sono importanti. Con il presente e-book intendiamo aiutarvi ad analizzare i vostri documenti e supportarvi nella definizione dei giusti presupposti per un commercio estero efficace.

Saremmo lieti di ricevere un vostro feedback riguardo alle vostre esperienze in merito al commercio estero e al presente e-book. Scriveteci all'indirizzo [aussenhandel@postfinance.ch](mailto:aussenhandel@postfinance.ch).

In bocca al lupo!



**Carl A. Ziegler**  
swiss export  
Presidente



**Claudia Moerker**  
swiss export  
Direttrice  
[moerker@swiss-export.com](mailto:moerker@swiss-export.com)



**Nicole Walker**  
PostFinance SA  
Responsabile Marketing e gestione dei prodotti  
[nicole.walker@postfinance.ch](mailto:nicole.walker@postfinance.ch)



**Katja Gaschen**  
PostFinance SA  
Bonifici e operazioni su divise  
[katja.gaschen@postfinance.ch](mailto:katja.gaschen@postfinance.ch)

# Introduzione

Un buon contratto è il segreto del successo. La maggior parte delle aziende stipula contratti ogni giorno. Tra questi, oltre ai contratti che appartengono all'attività quotidiana, vi sono regolarmente anche quelli di vasta portata. Si pensi all'affitto di un locale commerciale o di fabbricazione, all'acquisto di impianti di produzione, all'acquisto di licenze, alla collaborazione con altre aziende nel settore ricerca e sviluppo, ovvero anche alla stipula di un obbligo di consegna a lungo termine.

La contrattazione e l'elaborazione di contratti ben strutturati rappresentano uno dei compiti più impegnativi nella pratica giuridica. Una regolamentazione completa, adeguata e redatta in modo chiaro dei diritti e degli obblighi di entrambe le parti può contribuire in maniera significativa all'esecuzione ottimale del negozio giuridico e prevenire efficacemente le difficoltà e talvolta dispendiose controversie tra le parti coinvolte. In tale ottica non è strettamente necessario che le regolamentazioni vengano concordate tutte singolarmente. La certezza del diritto può anche essere definita includendo le condizioni generali di una o dell'altra parte contrattuale. Tuttavia a questo strumento si deve ricorrere con cautela. Da un lato si deve garantire che le condizioni generali abbiano effettiva validità e dall'altro bisogna osservare certe restrizioni contenutistiche.

Il presente e-book toccherà aspetti selezionati, utili per chi è esperto, in merito alla contrattazione e all'allestimento di contratti complessi che vanno al di là dell'attività quotidiana. La prima parte è quindi dedicata alle trattative contrattuali e fornisce, secondo alcune osservazioni fondamentali su questa tematica, una panoramica delle tappe possibili fino alla stipulazione perseguita e degli strumenti da applicare in tale fase. La seconda parte è dedicata alla struttura e agli elementi essenziali di un buon contratto. Nella terza parte poi, particolare attenzione verrà rivolta agli aspetti più importanti in merito all'inclusione delle condizioni generali.

Gli autori,

Dr. Thomas Bähler e Dr.ssa Anna-Antonina Gottret

# 1. Contrattazione di contratti

## 1.1 Aspetti generali

All'origine di ogni stipulazione vi è la volontà concorde delle parti coinvolte rispetto a un determinato scambio di prestazioni, che in seguito bisognerà concretizzare. Inoltre, vanno chiarite le modalità secondo le quali il negozio giuridico dev'essere eseguito.

Non di rado, in caso di negozi giuridici più complessi, la contrattazione di un contratto completo e pronto per la firma richiede molto tempo. Inoltre talvolta è indispensabile permettere alla potenziale parte contrattuale di visionare i documenti sensibili proprio durante questa fase di negoziazione. Per creare già in questa fase una determinata certezza del diritto e una situazione di partenza equa per le trattative contrattuali, ancora prima della stipula del contratto vero e proprio, spesso nella pratica ci si scambiano quindi delle dichiarazioni d'intenti reciproche e si disciplinano in maniera vincolante determinati punti importanti.

Le seguenti spiegazioni contengono una breve panoramica sulle diverse tappe delle trattative contrattuali e/o sugli strumenti utilizzati in tale ottica.

## 1.2 Panoramica sulle possibili tappe delle trattative contrattuali

### 1.2.1 Accordo sui tratti fondamentali della relazione commerciale pianificata ed elaborazione di un contratto scritto dettagliato

Il primo passo nella negoziazione dei contratti consiste in linea di principio nella contrattazione verbale dei tratti fondamentali della relazione commerciale pianificata. Solo quando i parametri più importanti sono noti è possibile iniziare con l'elaborazione di una bozza di contratto scritta dettagliata. L'altra parte prenderà poi posizione in merito ed eventualmente esprimerà delle richieste di modifica. Può quindi passare del tempo prima che si arrivi alla stesura di una versione del contratto pronta per la firma<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Sull'argomento si veda Locher, p. 9.

### 1.2.2 Dichiarazione d'intenti / term sheet / contratto preliminare

Per ottenere un determinato grado di certezza del diritto già durante le trattative contrattuali tra le parti, spesso nella pratica viene sottoscritta una **letter of intent** (LOI – dichiarazione d'intenti). La letter of intent è di norma una dichiarazione scritta, in cui una o entrambe le parti manifestano la seria intenzione di stipulare un contratto che abbia un determinato contenuto<sup>2</sup>. Inoltre, al suo interno è possibile fissare già determinati punti contrattuali come la struttura della transazione, il prezzo, le sue formule di calcolo, il mezzo di pagamento o altre condizioni contrattuali importanti e/o definire determinati obblighi delle parti durante le trattative contrattuali<sup>3</sup>. La peculiarità della letter of intent sta nel fatto che le parti sono tenute a condurre delle trattative serie, in linea di massima però non ha alcuna importanza se alla fine viene realizzato o meno un contratto<sup>4</sup>. Nelle relazioni commerciali internazionali, talvolta questo viene persino stabilito espressamente (con la cosiddetta «non-binding clause»)<sup>5</sup>.

Anche la **lista di condizioni** rappresenta fondamentalmente una dichiarazione d'intenti, ma entra un po' più nel dettaglio rispetto alla letter of intent. Ad esempio rivela già l'articolazione del contratto e fornisce una panoramica sintetica di determinate regolamentazioni che le parti hanno già eventualmente discusso. Come la letter of intent tuttavia anche la lista di condizioni non ha carattere impegnativo.

Più concreto e vincolante della letter of intent e della lista di condizioni è il **contratto preliminare**. Il contratto preliminare obbliga le parti a stipulare un contratto principale nel prossimo futuro (art. 22 cpv. 1 CO), a condizione però che i punti essenziali del contratto principale siano già definiti o per lo meno definibili. Inoltre il contratto preliminare deve già soddisfare determinati requisiti formali, stabiliti per legge per il contratto principale (art. 22 cpv. 2 CO)<sup>6</sup>. Nella pratica i contratti preliminari sono rari.

<sup>2</sup> Engel, p. 20; Gauch/Schluop/Rey/Schmid/Emmenegger, nm. 1100 con ulteriori indicazioni.

<sup>3</sup> Engel, p. 20 con ulteriori indicazioni.

<sup>4</sup> Engel, p. 20; Gauch/Schluop/Rey/Schmid/Emmenegger, nm. 1100.

<sup>5</sup> Gauch/Schluop/Rey/Schmid/Emmenegger, nm. 1100 con ulteriori indicazioni.

<sup>6</sup> Maggiori dettagli sull'argomento Gauch/Schluop/Rey/Schmid/Emmenegger, nm. 1074 ss. con ulteriori indicazioni; Schwenger, nm. 26.04 ss. con ulteriori indicazioni.

### 1.2.3 Accordo di segretezza

Qualora nell'ambito delle trattative contrattuali una parte dovesse far visionare all'altra dei documenti sensibili o rivelare know-how segreto, si raccomanda di sottoscrivere prima un **accordo di segretezza** (come documento separato oppure come elemento della letter of intent). L'accordo di segretezza garantisce alla parte che rivela le informazioni che queste verranno trattate con la massima riservatezza e che non saranno trasmesse a terzi dalla parte che le riceve, ovvero utilizzate per scopi diversi da quelli concordati. In caso di violazione dell'obbligo di segretezza, l'accordo prevede di norma una penale<sup>7</sup>.

### 1.2.4 Firma e stipula (signing / closing)

Le trattative contrattuali si concludono con la **firma** (la sottoscrizione del testo contrattuale definitivo) e la successiva **stipula** (esecuzione del negozio giuridico).

<sup>7</sup> Maggiori dettagli sull'argomento Rochaix, p. 1329 ss. con ulteriori indicazioni.



**I contratti garantiscono un commercio estero trasparente.**



## 2. Organizzazione ed elementi essenziali di un buon contratto

### 2.1 Aspetti generali

Riguardo al contenuto dei contratti non esistono praticamente restrizioni. In merito, il Codice delle obbligazioni svizzero lascia alle parti la massima libertà possibile (libertà contrattuale). Sono inammissibili e di conseguenza nulli soltanto i contratti che hanno un contenuto impossibile o illecito o che offendono il buon costume (art. 19 e 20 CO). Nonostante le molteplici possibilità, nella pratica si è però diffuso un certo grado di standardizzazione nella composizione dei contratti. Di seguito vi illustreremo brevemente questa standardizzazione nonché gli elementi essenziali di ogni buon contratto.

### 2.2 Panoramica degli elementi essenziali di un buon contratto

#### 2.2.1 Preambolo

I contratti vengono spesso introdotti da un preambolo. Questo non è per forza necessario, ma in caso di contratti più grossi può fornire importanti e utili **informazioni per l'interpretazione e la comprensione del contratto stesso**. Nel preambolo è d'uso comune da un lato definire brevemente le parti contrattuali e dall'altro abbozzare lo scopo del contratto<sup>8</sup>.

#### 2.2.2 Oggetto del contratto e prestazioni principali

Il cuore di ogni contratto è costituito dalla descrizione dell'**oggetto contrattuale** e delle **prestazioni principali** delle due parti. In tale ottica le prestazioni principali dovrebbero essere descritte nel modo più dettagliato possibile, di modo che possibilmente non rimanga in sospeso alcuna questione in relazione agli obblighi di entrambe le parti. Solo così in un secondo momento sarà possibile valutare con certezza se una prestazione fornita è conforme ai termini del contratto oppure no. All'occorrenza in tale contesto è possibile anche rimandare a un allegato (ad esempio per una specificazione tecnica più esaustiva di un'opera dovuta).

Allo stesso modo in questa parte rientrano le modalità di esecuzione del contratto. Dal contratto deve risultare chiaramente quando e in che forma vanno fornite le prestazioni<sup>9</sup>.

#### 2.2.3 Garanzia e responsabilità

Di ogni contratto fanno parte anche le **disposizioni di garanzia e responsabilità**. A tale proposito le parti devono in particolare definire in che misura concedono delle garanzie e/o si assumono la responsabilità. Non devono mancare inoltre i singoli diritti di garanzia e la forma in cui questi possono essere esercitati.

<sup>8</sup> Locher, p. 7.

<sup>9</sup> Maggiori dettagli sull'argomento Locher, p. 8.

#### 2.2.4 Durata e risoluzione del contratto

In caso di rapporto obbligatorio di durata si dovrebbe necessariamente disciplinare **per quanto tempo** il contratto resta valido e **in che modo** e **con quali termini** può essere rescisso in circostanze ordinarie o straordinarie.

#### 2.2.5 Disposizioni finali

Nelle disposizioni finali vengono elencati tutti gli altri accordi. Di norma si tratta di clausole ampiamente standardizzate relative a una modifica del contratto (definizione del requisito della forma scritta per gli emendamenti al contratto), alla nullità di singole disposizioni contrattuali (clausola salvatoria), al diritto applicabile e al foro competente. Inoltre nelle disposizioni finali devono essere indicate esplicitamente le eventuali condizioni generali<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Una buona panoramica sulle clausole standard maggiormente utilizzate è disponibile in Lichtensteiger/Gelzer, p. 35 ss.



**La durata del contratto deve figurare in ogni contratto.**

## 3. Inclusione delle condizioni generali (CG)

### 3.1 Osservazioni introduttive

Non è sempre opportuno concordare singolarmente tutte le modalità di un negozio giuridico. Per determinati argomenti del contratto conviene invece, ad es. per motivi razionali, inserire nel contratto le condizioni generali (CG). In questo modo è possibile assicurare che la relazione commerciale sia disciplinata nel modo più esaustivo possibile. Affinché le CG siano effettivamente valide e diventino parte integrante del contratto, vanno osservate però determinate regole. Inoltre le parti devono essere consapevoli che tali clausole sono soggette a un controllo contentutistico limitato da parte dei tribunali. Considerati i suddetti vantaggi dell'inclusione delle condizioni generali e la loro importanza nell'odierna vita economica quotidiana, qui di seguito ci occuperemo più a fondo di questo strumento.

### 3.2 Concetto e importanza nel moderno ordinamento economico

Con il termine CG s'intendono di norma «delle **disposizioni contrattuali predisposte** generalmente per una molteplicità di contratti, che una parte contrattuale (utilizzatrice) fornisce all'altra al momento della stipula del contratto»<sup>11</sup>. Queste possono essere redatte dall'utilizzatrice stessa (ad es. Condizioni Generali di Assicurazione), da un gruppo d'interesse (ad es. norme SIA) o anche da un terzo (ad es. moduli contrattuali predisposti dal notaio)<sup>12</sup>. Fondamentale per la distinzione del concetto è esclusivamente il fatto che queste condizioni contrattuali vengano concordate non solo tra le parti<sup>13</sup>.

Le CG sono **figlie della Rivoluzione industriale**<sup>14</sup>. Sviluppate originariamente per i contratti business to consumer, oggi vengono utilizzate sempre più spesso nel settore business-to-business. Le CG si trovano oggi in tutti i settori della vita economica moderna e sono diventate indispensabili<sup>15</sup>. In qualità di diritto dell'economia per così dire fatto da sé, hanno una straordinaria rilevanza nel rapporto giuridico; l'inclusione di tali disposizioni nei contratti scritti rappresenta oggi non più un'eccezione, ma la regola<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Schwenger, nm. 44.01 con ulteriori indicazioni; Gauch/Schluep/Rey/Schmid/Emmenegger, nm. 1116 ss. con ulteriori indicazioni; Betschart, nm. 199 con ulteriori indicazioni; Buser-Gora, p. 5 con ulteriori indicazioni; Perrig, p. 11 ss. con ulteriori indicazioni; Ramstein/Kuster, p. 6 con ulteriori indicazioni.

<sup>12</sup> Schwenger, nm. 44.01 con ulteriori indicazioni.

<sup>13</sup> Schwenger, nm. 44.01 con ulteriori indicazioni.

<sup>14</sup> Schwenger, nm. 44.02 con ulteriori indicazioni.

<sup>15</sup> Schwenger, nm. 44.02 con ulteriori indicazioni.

<sup>16</sup> Perrig, p. 22 con ulteriori indicazioni.

### 3.3 Funzioni

Le CG possono svolgere diverse funzioni, in cui i singoli effetti si integrano regolarmente gli uni negli altri<sup>17</sup>.

In primo luogo con le CG è possibile ottenere un **effetto di razionalizzazione**. La stipulazione di disposizioni contrattuali uniformi da un lato semplifica notevolmente la strutturazione del contratto e dall'altro impedisce agli operatori di dover elaborare sempre nuovi contratti individuali su misura. Ciò comporta un risparmio in termini di tempo e di costi<sup>18</sup>.

In secondo luogo le CG presentano un **effetto di specializzazione**. Vale a dire, grazie alle CG il rapporto giuridico può essere disciplinato in modo esaustivo, laddove la legge spesso ha stabilito norme dispositive lacunose e inadeguate o addirittura non ne prevede<sup>19</sup>.

Infine le CG servono regolarmente al **trasferimento del rischio**. Le disposizioni vengono di norma formulate unilateralmente a favore della parte offerente, in particolare per quanto concerne le questioni legate alla garanzia e alla responsabilità. I destinatari sono generalmente un numero indefinito di possibili partner commerciali, che non hanno alcuna possibilità di influenzare nel dettaglio l'organizzazione del contratto. Conformemente al principio «prendere o lasciare», rimane loro solamente la scelta di accettare il contenuto predisposto senza modificarlo o rinunciare alla stipulazione<sup>20</sup>. Inoltre, le CG sono ampiamente standardizzate in molti settori e per questo non generano neanche concorrenza<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Perrig, p. 22 con ulteriori indicazioni; vedi anche Schwenger, nm. 44.02 con ulteriori indicazioni.

<sup>18</sup> Schwenger, nm. 44.02; Buser-Gora, p. 9.

<sup>19</sup> Schwenger, nm. 44.02; Perrig, p. 23; Buser-Gora, p. 10.

<sup>20</sup> Sull'argomento Schwenger, nm. 44.02 s.

<sup>21</sup> Schwenger, nm. 44.03.

### 3.4 Quadro giuridico per l'inclusione delle CG

#### 3.4.1 Aspetti generali

Come accennato all'inizio, in caso di inclusione delle CG nei contratti vi sono determinati aspetti critici, per cui bisogna procedere con grande cautela. In singoli casi i tribunali possono verificare la validità, l'interpretazione e il contenuto di tali condizioni contrattuali predisposte<sup>22</sup>.

#### 3.4.2 Controllo della validità

##### Aspetti generali

Le CG non sono norme giuridiche. La loro validità si basa piuttosto sul negozio giuridico, vale a dire solo sul contenuto del contratto, se esiste un relativo accordo di volontà dichiarato esplicitamente o tacitamente dalle parti; non è sufficiente che una parte dichiari solamente che le proprie CG devono trovare applicazione<sup>23</sup>.

Sono in uso e ammesse sostanzialmente due forme di accettazione:

- da un lato l'**accettazione esplicita**, che consiste in un rimando esplicito all'interno del contratto individuale concreto mediante integrazione fisica simultanea delle CG come allegato al contratto o per lo meno una consegna fisica delle stesse;
- dall'altro l'**accettazione concludente**, che consiste in un rimando esplicito col quale si concede la possibilità di venire a conoscenza delle CG (ad es. mediante affissione delle CG nel negozio, disponibilità alla cassa, link sul sito web ecc.)<sup>24</sup>.

Negli altri casi bisogna fare attenzione a che le CG vengano sempre redatte per iscritto **preventivamente**, vale a dire **prima** della stipulazione. La controparte deve avere l'opportunità prima della stipula del contratto individuale concreto, di prendere atto delle CG e approvarle<sup>25</sup>.

Nella pratica, al fine di un controllo della validità, i tribunali verificano regolarmente che le clausole standard abbiano piena validità e siano parte integrante del contratto. Per evitare le difficoltà probatorie in merito, è perciò indispensabile

- indicare esplicitamente nel contratto la validità delle CG e
- dichiarare espressamente che la controparte le ha lette e accettate (ciò vale anche per i moduli d'ordinazione e simili).

In alternativa all'indicazione esplicita che la controparte ha letto e accettato le CG, questa le può anche sottoscrivere o per lo meno siglare.

<sup>22</sup> Betschart, nm. 203 s.; Buser-Gora, p. 5; Perrig, p. 25 ss.

<sup>23</sup> Schwenger, nm. 45.01; Gauch/Schluop/Rey/Schmid/Emmenegger, nm. 1127 ss.; maggiori informazioni a riguardo Perrig, p. 20 e 32 ss. con ulteriori indicazioni.

<sup>24</sup> Schwenger, nm. 45.01 s.

<sup>25</sup> Betschart, nm. 200; Schwenger, nm. 45.03.

### «Battle of the Forms»

Particolari problemi possono emergere laddove entrambe le parti tentino di basare il contratto sulle rispettive CG (la cosiddetta «**Battle of the Forms**»).

Secondo l'opinione predominante in passato, in situazioni del genere dovevano essere normative le CG di quella parte che le aveva inviate per ultima («teoria dell'ultima parola»). Questo è il caso ad esempio dell'invio delle condizioni di fornitura insieme alla merce: secondo questa regola ciò viene considerato una nuova proposta, che viene accolta definitivamente dall'acquirente con l'accettazione della merce (Art. 6 CO). La dottrina più recente per contro rifiuta ampiamente questa teoria. Al suo posto vale quanto segue: in linea di massima nonostante il conflitto delle CG, il contratto è considerato in essere (accordo sui punti fondamentali del contratto ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 CO). Se le relative disposizioni delle CG contengono delle clausole concordi, queste sono ritenute valide. Se le disposizioni delle CG contengono delle clausole contraddittorie, sussiste un dissenso (parziale) che fa sì che nessuna parte riesca a imporsi con le proprie CG. La lacuna del contratto che ne deriva va colmata dal tribunale ai sensi dell'art. 2 cpv. 2 CO<sup>26</sup>.

### 3.4.3 Controllo dell'interpretazione

Il controllo dell'interpretazione serve ad accertare il senso e lo scopo delle disposizioni delle CG. In tale ottica nei confronti dell'interpretazione delle disposizioni contrattuali emergono due particolarità:

- la prima consiste nel dare la **priorità agli accordi individuali**; se le parti hanno concordato individualmente qualcosa che diverge dalle CG, in linea di principio questo accordo individuale viene prima della regolamentazione contenuta nelle CG (a meno che una clausola gerarchica del contratto non preveda espressamente la priorità delle CG)<sup>27</sup>;
- la seconda particolarità è la **regola del dubbio**, che stabilisce che le CG vengano interpretate a scapito dell'operatore in caso di esito interpretativo incerto o se i dubbi non possono essere fugati per mezzo dei normali strumenti interpretativi (ma non se ormai l'interpretazione ha provocato una controversia)<sup>28</sup>.

Per il resto valgono in linea di massima le stesse regole d'interpretazione delle normali disposizioni contrattuali<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> A riguardo Schwenzer, nm. 45.15.

<sup>27</sup> Schwenzer, nm. 45.09.

<sup>28</sup> Schwenzer, nm. 45.10 s.; Betschart, nm. 203 s.; Buser-Gora, p. 13 e 121; anche DTF 124 III 155, 158 s. con ulteriori indicazioni.

<sup>29</sup> Schwenzer, nm. 45.08.

### 3.4.4 Controllo contenutistico

#### Restrizioni legali generali

Le CG sono soggette, come il resto delle condizioni contrattuali, ai **limiti del diritto imperativo**<sup>30</sup>. Sono inammissibili e di conseguenza nulle le disposizioni che hanno un contenuto impossibile o illecito o che offendono il buon costume (art. 19 e 20 CO). Nell'ambito del controllo contenutistico, le CG vengono perciò esaminate innanzitutto sulla base della loro conformità al diritto imperativo e adeguatamente corrette se necessario<sup>31</sup>.

In linea di massima per il CO non fa differenza che una clausola sia stabilita a livello di contratto individuale o contenuta nelle CG, ovvero quale posizione assumano le parti nella vita economica (l'unica eccezione è rappresentata dagli art. 256 cpv. 2 lett. a e art. 288 cpv. 2 lett. a, secondo cui il locatore non può invalidare la propria responsabilità attraverso le CG a causa dei vizi dell'oggetto)<sup>32</sup>.

#### Art. 8 LCSl

Il 1° luglio 2012 sono entrate in vigore le nuove disposizioni della Legge federale contro la concorrenza sleale (LCSl), secondo cui le pratiche commerciali sleali devono essere impedito con maggiore fermezza. Le disposizioni prevedono tra le altre cose che: agisce segnatamente in modo sleale chiunque utilizza condizioni commerciali generali che violando il principio della buona fede, comportano a detrimento dei consumatori un notevole e ingiustificato squilibrio tra i diritti e gli obblighi contrattuali (art. 8 LCSl).

<sup>30</sup> Schwenger, nm. 46.01.

<sup>31</sup> Betschart, nm. 203 s.; Buser-Gora, p. 5.

<sup>32</sup> Schwenger, nm. 46.01.

Attualmente non si può ancora valutare se alla fine la revisione comporterà un inasprimento del controllo delle CG da parte dei tribunali. Finora il Tribunale federale si è espresso unicamente sulla questione della retroattività dell'art. 8 LCSI, pur lasciandola ampiamente aperta<sup>33</sup>. Certamente il nuovo art. 8 LCSI offre la possibilità di un controllo contenutistico aperto. Al momento tuttavia non si può prevedere in modo attendibile la portata futura dell'intervento e la questione è controversa nella dottrina<sup>34</sup>. Il nuovo criterio di collegamento della violazione alla buona fede è un concetto legale indefinito, che in relazione alle CG deve essere ancora concretizzato. Gli esperti ritengono ad esempio che una forte limitazione della garanzia in un contratto d'acquisto o un diritto di modifica unilaterale del contratto senza motivi oggettivi potrebbero essere utilizzati in modo improprio<sup>35</sup>. Per il resto va ricordato che, nell'ambito della revisione, il campo d'applicazione dello strumento di controllo fondato sulle disposizioni relative alla concorrenza leale è stato limitato nella misura in cui in futuro le CG vengono utilizzate solo nei confronti dei consumatori. La maggior parte degli esperti parte dal presupposto che tra le operazioni dei consumatori non rientrino solo le operazioni di uso abituale, ma anche quelle di uso non abituale, come ad es. l'acquisto di un'automobile<sup>36</sup>.

### 3.4.5 Conclusione

Nonostante i numerosi sforzi politici degli ultimi anni, ad oggi la Svizzera non dispone di una standardizzazione adeguata delle CG e in questo settore fatica molto a stare al passo con lo standard di regolamentazione europeo<sup>37</sup>. Non esistono né normative legali per il controllo della validità delle CG né per il controllo contenutistico generale delle clausole improprie delle CG. L'unico tentativo di creare un quadro legale per l'utilizzo delle CG è rappresentato dall'elaborazione dell'art. 8 LCSI. Al momento in Svizzera non esiste ancora un elenco delle clausole inammissibili<sup>38</sup>. L'applicazione concreta dell'art. 8 LCSI è attualmente lasciata a discrezione del tribunale. Per ora non esiste ancora una giurisprudenza consolidata in merito.

<sup>33</sup> BGer 4A\_475/2013.

<sup>34</sup> Ferrari Hofer/Vasella, p. 505 ss.

<sup>35</sup> Ferrari Hofer/Vasella, p. 511 s.

<sup>36</sup> Ferrari Hofer/Vasella, p. 508.

<sup>37</sup> Perrig, p. 27, con ulteriori indicazioni.

<sup>38</sup> Esempi di tali elenchi: §§ 308 e 309 BGB (codice civile tedesco); allegato alla direttiva 93/13/CEE.



**Il diritto contrattuale svizzero è competitivo a livello internazionale.**



# Bibliografia

Betschart Franziska Martha, *Der Grundpfandvertrag und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken (Il contratto di pegno immobiliare e le condizioni generali delle banche)*, Lucerna 2011 (cit. Betschart)

Buser-Gora Justyna, *Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr (Controllo delle condizioni generali nel commercio internazionale)*, Diss. Zurigo 2012 (cit. Buser-Gora)

Engel Daniel, in: Münch Peter/Böhringer Peter/Kasper Lehne Sabina/Probst Franz (Edit.), *Schweizer Vertragshandbuch, Musterverträge für die Praxis (Manuale svizzero dei contratti, Contratti modello per la pratica)*, 2<sup>a</sup> ediz., Basilea 2010 (cit. Engel)

Ferrari Hofer Lorenza/Vasella David, *Kommentar zu Art. 8 UWG (commento all'art. 8 LCS)*, in: Amstutz Marc/Roberto Vito/Trüb Hans Rudolf (Edit.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, PauRG und KKG (Commentario al diritto privato svizzero, atti legislativi accessori di diritto economico: LFus, LCS, Legge concernente i viaggi «tutto compreso» e LCC)*, 3<sup>a</sup> ediz., Zurigo/Basilea/Ginevra 2016 (cit. Ferrari Hofer/Vasella)

Gauch Peter/Schlupe Walter R./Rey Heinz/Schmid Jörg/Emmenegger Susan, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil (Codice delle obbligazioni svizzero, Parte generale)*, vol. I, 10<sup>a</sup> ediz., Zurigo/Basilea/Ginevra 2014 (cit. Gauch/Schlupe/Rey/Schmid/Emmenegger)

Lichtensteiger Simon/Gelzer Philipp S., in: Münch Peter/Böhringer Peter/Kasper Lehne Sabina/Probst Franz (Edit.), *Schweizer Vertragshandbuch, Musterverträge für die Praxis (Manuale svizzero dei contratti, Contratti modello per la pratica)*, 2<sup>a</sup> ediz., Basilea 2010 (cit. Lichtensteiger/Gelzer)

Locher Christoph, in: Münch Peter/Böhringer Peter/Kasper Lehne Sabina/Probst Franz (Edit.), *Schweizer Vertragshandbuch, Musterverträge für die Praxis (Manuale svizzero dei contratti, Contratti modello per la pratica)*, 2<sup>a</sup> ediz., Basilea 2010 (cit. Locher)

Perrig Roman, *Die AGB-Zugänglichkeitsregel, Das Kriterium der Zugänglichkeit als Regelerfordernis bei der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) – Empfehlung zu einem Swiss Code of Best Practice (La norma dell'accessibilità alle CG, Il criterio dell'accessibilità come requisito normativo nell'inclusione delle Condizioni generali (CG) – Raccomandazione per uno Swiss Code of Best Practice)*, Basilea 2011 (cit. Perrig)

Ramstein Christoph/Kuster Matthias, *Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz (Condizioni generali in Svizzera)*, 2<sup>a</sup> ediz., Zurigo 1995 (cit. Ramstein/Kuster)

Rochaix Marcel, in: Münch Peter/Böhringer Peter/Kasper Lehne Sabina/Probst Franz (Edit.), *Schweizer Vertragshandbuch, Musterverträge für die Praxis (Manuale svizzero dei contratti, Contratti modello per la pratica)*, 2<sup>a</sup> ediz., Basilea 2010 (cit. Rochaix)

Schwenzer Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Codice delle obbligazioni svizzero, Parte generale)*, 7<sup>a</sup> ediz., Berna 2016 (cit. Schwenzer)

Münch Peter/Böhringer Peter/Kasper Lehne Sabina/Probst Franz (Edit.), *Schweizer Vertragshandbuch (Musterverträge für die Praxis) (Manuale svizzero dei contratti, Contratti modello per la pratica)* (cit. redattore, in: Münch et al.)

ISBN 978-3-906201-56-6



9 783906 201566 >