

Una fonte aggiuntiva in materia di vendita: il regolamento europeo in progetto.*

1. Introduzione.

Il sistema delle fonti rilevanti per regolare la vendita di beni mobili è già oggi discretamente complesso: le norme del codice italiano devono combinarsi, da un lato, con la direttiva europea sulle garanzie dei consumatori (dir. 44/99) e, dall'altro, per le vendite tra imprese, con la convenzione di Vienna sulle vendite internazionali (CISG), al momento vigente in 77 Stati.

Quest'ultimo strumento non copre però tutte le relazioni internazionali in quanto alcuni Stati non hanno aderito (ad es., in Europa, l'Inghilterra non ha ratificato la CISG; lo stesso vale per Irlanda, Portogallo, e Malta), altri Stati hanno introdotto riserve che limitano l'applicabilità della normativa uniforme (così, nelle relazioni con i cittadini di Stati scandinavi, il consulente legale deve considerare che le norme locali svedesi o norvegesi regolano la conclusione del contratto, in deroga al regime uniforme delle NU: ciò in ragione di un preesistente regime nordico della vendita).

Naturalmente anche le norme sui conflitti di legge conservano la propria rilevanza: non tutto è coperto dalle convenzioni internazionali o dalla direttiva; fuori dal raggio di azione di questi strumenti, ad es. per quel che riguarda l'effetto di violazioni di norme imperative o dell'ordine pubblico, l'incapacità delle parti contraenti, la rappresentanza, bisogna ricorrere al tradizionale percorso della scelta del diritto applicabile (anche qui le fonti europee sono rilevanti perché il regolamento del 2007 sul diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali – Roma I – introduce modifiche alle nostre disposizioni interne).

La complessità è destinata ad aumentare nel prossimo futuro: l'UE ha in corso di approvazione un regolamento sul "diritto comune Europeo della vendita" (CESL) per i contratti attraverso le frontiere che riguardano beni mobili (comprensivi di contenuti digitali: dati in forma digitale, inclusi video, giochi elettronici, software ecc.)¹.

La prima reazione dell'osservatore è di giustificata perplessità: che senso ha cumulare l'uno sull'altro più strumenti di uniformazione del diritto?

*Il testo della presentazione effettuata presso il Tribunale di Torino il giorno 8 giugno 2012 sarà pubblicato in veste definitiva nel sito web del *Centro di diritto comparato e transazionale (CDCT)* tra i *working papers* degli studiosi aderenti al Centro: linea di ricerca *L'ordine giuridico transnazionale e la crescita del diritto plurilingue*. Eventuali citazioni possono fare riferimento a tale pubblicazione.

¹ Com (2011)636 final, datata 11.10.2011 (nel sito della Commissione Europea, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:IT:PDF>): art. 4 (Cross-border contracts; "contratti transfrontalieri") e definizione di "contenuto digitale", art. 2, lett. j.

Se lo scopo dell'uniformazione è la semplificazione dei rapporti internazionali, per rendere prevedibile e sicuro il regime che governa la relazione contrattuale attraverso alle frontiere, certo la moltiplicazione delle fonti non viaggia nella stessa direzione.

Dal 1930 generazioni di giuristi (a partire da E. Rabel) hanno lavorato per uniformare il diritto della vendita a livello mondiale; dal 1980 un regime uniforme è stato incoraggiato dalle NU, un corpo significativo di sentenze è stato collazionato dall'UNCITRAL (Digest e CLOUT) e da altri organismi non governativi (UNIDROIT, Pace university), un numero crescente di Stati si è allineato, lentamente e approssimativamente, su un'unica linea di condotta. Perché introdurre un testo regionale per l'Europa che rischia di disfare il faticoso lavoro di tanti funzionari delle NU che hanno percorso il mondo cercando di promuovere l'adesione alla CISG?

Perché un ulteriore caso di frammentazione del diritto internazionale con conseguenti dissonanze nella giurisprudenza, visto che la Corte di Giustizia europea sarà incaricata certamente di vigilare sul nuovo strumento, magari in disaccordo con quanto deciso ad es. dalla corte Suprema USA o dalla Corte suprema di qualche altro Stato emergente (Cina?) rispetto alla CISG? E' opportuna ancora una regionalizzazione delle norme internazionali?

Nel sondare il problema della complessità del diritto uniforme per la frammentazione delle fonti internazionali, per il Congresso di diritto comparato a Washington del 2010, ho riscontrato nelle relazioni dei colleghi europei e extra-europei, un sincero sentimento di sconcerto davanti alla varietà di documenti che l'avvocato, il giudice locale, deve contemplare per dare una risposta ad un contratto che varca le frontiere². In molti casi i relatori hanno riferito di errori nella scelta della diritto applicabile (le parti o il giudice hanno fatto riferimento al diritto interno là dove la CISG avrebbe dovuto trovare applicazione, o hanno letto le norme internazionali tramite gli occhiali del diritto locale): l'adattamento alla CISG è ancora *in itinere* e già si profila un nuovo documento, un regime alternativo che esclude la CISG nei rapporti europei.

Tutto ciò in assenza di un qualche sistema di sostegno per il giurista locale alle prese con fonti poco familiari: secondo il nostro diritto internazionale privato, il giudice è competente a conoscere il diritto applicabile; certo, può chiedere aiuto al ministero della Giustizia, agli avvocati delle parti in lite, ma non ha ricorso ad un istituto centrale come il *Max Planck Institut für Auslaendisches und Internationalprivatrecht* di Amburgo (o l'Istituto di diritto comparato di Losanna, in Svizzera) che può servire sistematicamente da affidabile consulente sul diritto "esterno". Per di più, noi in Italia non abbiamo sezioni specializzate in diritto commerciale, come in Inghilterra, che

² S. Ferreri, *Complexity of Transnational Sources, General Report to the XVIIIth International Congress of Comparative Law*, Washington D.C., 2010, in *Eur. Rev. Private L.*, 2012, vol. 20, issue 1, p. 3-50, anche on-line in *ISAIDAT L. R. (ISAIDAT Law Review)*, 3, 2011 <http://isaidat.di.unito.it/index.php/isaidat> (comprensivo anche dei 26 reports nazionali).

possono sviluppare una competenza specifica nelle relazioni commerciali internazionali (anche in Germania è stata introdotta, da un paio di anni, in qualche Land una corte commerciale, che esprime addirittura le proprie decisioni in inglese)³. In effetti questo è un punto sul quale il gruppo di specialisti dello European Law Institute (ELI) ha espresso un parere chiedendo che gli Stati riuniscano in un'unica istanza la competenza ad applicare il diritto europeo della vendita⁴. Scetticismo sulla riuscita di uno strumento privo di una giurisdizione unificata europea è stato espresso anche dal Comitato Economico e Sociale⁵.

Se l'UE approverà definitivamente il nuovo testo, certo si applicherà il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (o al Tribunale) su punti di diritto incerti: ma questa risponderà solo sullo strumento europeo, non sulle intersezioni tra il regolamento e altre fonti alternative o complementari⁶. Il procedimento di rinvio pregiudiziale, come noto, richiede comunque un significativo periodo di tempo: non è un procedimento del tutto privo di costi, almeno in termini temporali.

Quello che è chiaro fin da ora è che il regolamento escluderà la CISG: l'art. 11 del regolamento dichiara il carattere esclusivo del regime europeo⁷ (e il considerando 25 indica che la scelta per il diritto comune europeo sulla vendita "dovrebbe comportare un accordo delle parti per escludere la Convenzione delle NU sui contratti di vendita di beni mobili che sarebbe altrimenti applicabile"). Il dubbio avanzato dagli specialisti di diritto internazionalprivato è se il documento europeo possa decidere sul modo in cui la CISG viene esclusa: in realtà sembra che la questione dovrebbe essere giudicata in base ai parametri della convenzione stessa (Art. 6), più che sulla base di quel che ritiene l'UE (le corti di Paesi Terzi potrebbero decidere in modo diverso dalla

³ E. M. Kieninger, *Eur. Rev. Private Law*, 2012: "within the project 'Law – made in Germany', the Regional Courts (*Landgerichte*) of Köln, Bonn and Aachen, the Higher Regional Court (*Oberlandesgericht*) of Köln have nominated Chambers or Senates where the trial can be conducted in the English language".

⁴ Draft "Statement of the ELI on the proposal for a Regulation on the Common European Sales Law", 4 April 2012, p. 27.

⁵ Comitato Economico e sociale Europeo/ECOSOC/EESC, *Parere in merito alla proposta di regolamento ... relativo a un diritto comune europeo della vendita*, INT/600 – CESE 800/2012, 29 marzo 2012, p. 12, par. 5.4.3.

⁶ Per esempio resteranno casi in cui la CISG sarà applicabile (tra imprenditori di dimensione superiore alle piccole/medie imprese), oppure là dove lacune del testo europeo possano essere colmate da previsioni della CISG.

⁷ "Ove le parti abbiano validamente convenuto di applicare al contratto il diritto comune europeo della vendita, **questo e solo questo** ne disciplina le materie rientranti nel proprio campo di applicazione".

Corte di Giustizia europea su questo punto)⁸. Tutt'al più il peso di questo articolo e della previsione del considerando 25 è quello di un annuncio di giurisprudenza futura, nel senso che la Corte di Giustizia europea leggerà probabilmente le opzioni per il CESL come implicite scelte di escludere la CISG.

L'opzione per la normativa europea è libera (art. 8), le parti devono quindi scegliere di sottoporre le proprie relazioni al sistema creato dal regolamento: una volta scelto, questo esclude le altre fonti. Il meccanismo funziona attraverso l'"opt in" anziché, come nella CISG, mediante l'"opt out".

La soluzione di un sistema opzionale (che si accosta a quello interno senza sostituirlo) è già stata percorsa dalla UE in alcuni casi: tramite il regolamento sul marchio europeo (Reg. EC n. 40/94 del 20 dicembre 1993, "Community trade mark") e quello sulla società europea (reg. EC n. 2157/2001 dell' 8 ottobre 2001, Statuto della società europea: SE). Non si è trattato in tutti i casi di una scelta di successo (la SE è rimasta abbastanza lettera morta).

I destinatari della normativa sono gli imprenditori/"professionisti" ("business", o "traders") che contrattano con consumatori, o con piccole-medie imprese (inferiori a 250 dipendenti e con profitti inferiori a 50 milioni di Euro): l'UE lascia però aperta la possibilità agli Stati di estendere l'opzione anche a rapporti tra imprenditori che non siano di modesta entità (e a relazioni puramente interne ad uno Stato)⁹. Quelli che restano certamente esclusi sono i rapporti C2C: relazioni di minor peso economico e quindi irrilevanti. L'uniformità perseguita sarà comunque una uniformità a scacchiera.

2. Struttura del documento.

"Considerando" (1-37)

Regolamento (art. 1-16)

Allegato I. Diritto comune europeo della vendita (art. 1-186) [CESL]

Appendice I. Istruzioni-tipo sul recesso

Appendice II. Modulo-tipo di recesso

⁸ Ad es. non è chiaro se per tutti i giudici il riferimento ad un diritto statale (ad es. diritto tedesco) significhi esclusione della CISG: per molti giudici (ad es. negli USA) (finora) l'esclusione della CISG dev'essere esplicita, non tramite mero riferimento al diritto di uno Stato (infatti la CISG entra a far parte del diritto statale e il richiamo al diritto "tedesco" implica anche il rinvio alla CISG che ne fa parte).

⁹ Art. 13 del regolamento: "Uno Stato membro può decidere che il diritto comune europeo della vendita può applicarsi: a) quando, nei contratti tra professionisti, la residenza abituale dei professionisti o, nei contratti tra professionisti e consumatori, la residenza abituale del professionista, l'indirizzo indicato dal consumatore, l'indirizzo di consegna del bene o l'indirizzo di fatturazione si trovano in quello Stato membro, e/o b) quando tutte le parti del contratto sono professionisti ma nessuna è una PMI ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2.

Allegato II. Nota informativa standard al cliente.

Le norme positive sono precedute da un ampio preambolo (in 37 "considerando") in cui si stabilisce l'interazione con le norme sui conflitti di legge (considerando 27), e il modo in cui i giudici dovranno interpretare il testo (considerando 29: in modo "autonomo", in coerenza con i principi dell'UE, e - per le questioni non espressamente risolte da un norma specifica -, sul fondamento dei principi e obiettivi fissati dal regolamento stesso, senza avere riguardo al diritto dei singoli Stati). In questo si vede un certo parallelismo con l'art. 7 della CISG (esclusione di fonti nazionali per interpretare il diritto uniforme: benché la convenzione preveda, in assenza di principi applicabili, il ricorso alle norme di diritto internazionale privato: "in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law").

Dopo il lungo preambolo, si introduce il Regolamento (di soli 16 articoli, sostanzialmente concentrato sugli obblighi degli Stati): la disciplina effettiva del contratto (CESL, Common European Sales Law) è invece rinviata ad un Allegato (I) di una settantina di pagine, seguito da un' Appendice sul diritto di recesso del consumatore in talune circostanze (con un formulario predisposto, perché il consumatore possa copiarlo e inoltrare la propria comunicazione), e un Allegato II sull'informativa al consumatore rispetto alla scelta che sta per effettuare.

La struttura è un po' insolita, un po' "barocca": la disciplina sostanziale non è direttamente accolta nella numerazione diretta del regolamento, ma in un documento interno al regolamento.

La soluzione ricorda quella usata in passato per le convenzioni che riguardavano le leggi uniformi (sulla cambiale o l'assegno nel 1933, o sulla vendita stessa nel 1964), in cui gli Stati stipulavano l'obbligo di adottare una normativa allegata alla convenzione¹⁰.

Nel caso europeo il risultato può essere complesso perché la numerazione si ripete: bisognerà specificare che l'art. 3 ad es. appartiene all'allegato e non al regolamento, o viceversa.

Inoltre le definizioni sono premesse, nel regolamento (anziché nella disciplina sostanziale allegata), di modo che bisogna combinare la cornice con il contenuto: non

¹⁰ Cfr. ad es. Convenzione relativa alla **legge uniforme** sulla formazione dei contratti di vendita internazionale di cose mobili materiali (L'Aja, 1964): Artt. I-XIII, Allegato I. Legge uniforme sulla formazione dei contratti di vendita internazionale di cose mobili materiali.

la soluzione più spedita, forse. Anche perché alcune definizioni sono ripetute in due punti (ma non tutti i termini caratterizzanti hanno lo stesso trattamento)¹¹.

La probabile ragione della scelta, insolita per uno strumento europeo, è legata alla diversa provenienza delle due componenti: la normativa CESL è radicata negli studi accademici svolti lungo un decennio dalle diverse commissioni interessate al contratto europeo (da ultimo dall'*Expert Group* che ha prodotto il c.d. "feasibility study", richiamato nella relazione introduttiva del documento), mentre il regolamento è tutto di creazione istituzionale, redatto dagli uffici della Commissione. Molti quesiti sono aperti sulle conseguenze di scegliere un regolamento per veicolare un testo uniforme: soprattutto per i riflessi rispetto alle norme di diritto internazionalprivato.

In sostanza si parla di un 28mo regime, aggiunto ai 27 modelli normativi statuali, che si cumula e si propone alla scelta delle parti: con la precisazione, alquanto insistita nel rapporto illustrativo che precede il testo del progetto, che ciò è compatibile con il regolamento europeo sul diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I).

"Alle materie rientranti nel campo di applicazione del diritto comune europeo della vendita non sarà possibile applicare nessun'altra norma nazionale. La scelta di avvalersi del diritto comune europeo della vendita è operata fra due rami distinti del diritto della vendita all'interno dello stesso ordinamento nazionale e non equivale pertanto, né deve essere confusa con la scelta della legge applicabile ai sensi del diritto internazionale privato.

Poiché il diritto comune europeo della vendita non disciplinerà ogni singolo aspetto del contratto (come l'illegalità del contratto o la rappresentanza), le norme di diritto civile dello Stato membro applicabili al contratto continueranno a regolarne gli aspetti residui"¹².

Ciò significa che, in parte, si continuerà a porre un problema di scelta del diritto applicabile e sotto questo profilo è rilevante osservare che:

¹¹ Cfr. oltre, nel par. *Critiche* (art. 2 regolamento, lett. (j) e, regolamento, art. 5, lett. (b), contenuto digitale "su supporto materiale o meno, che l'utente possa memorizzare, trasformare, o cui possa accedere e che possa riutilizzare, a prescindere che il contenuto digitale sia fornito contro il pagamento di un prezzo").

¹² Cfr. p. 6 del progetto, "Disposizioni vigenti nel settore della proposta", par. 1 del commento introduttivo.

“I regolamenti Roma I e Roma II continueranno ad applicarsi e restano impregiudicati. Sarà ... ancora necessario determinare la legge applicabile ai contratti transfrontalieri....¹³” .

Qualche incertezza esiste su che cosa capiti quando, da un lato, le parti optino per il regime europeo¹⁴, ma d'altra parte, su qualche punto, si accordino diversamente da quanto dettato nella disciplina europea – cosa consentita dall'art. 1 dell'allegato I (Libertà contrattuale) ¹⁵: non è chiaro l'intersecarsi delle diverse fonti (presumibilmente le parti dovranno scegliere il diritto applicabile, là dove derogano al regime europeo: per evitare incertezze al momento in cui insorgano divergenze sul contratto). Il considerando 29 (e l'art. 4 dell' Allegato) indica che l'interpretazione per le questioni che rientrano nella sfera di operatività del regolamento, ma non direttamente disciplinate deve basarsi sui principi del regolamento stesso, e prescindere dal diritto interno degli Stati: una direttiva che crea una sorta di “penombra” normativa implicita e attribuisce agli interpreti una certa capacità divinatoria che non è sempre realistica in pratica.

In termini generali, possiamo anticipare qui che la normativa sostanziale della vendita riflette quella della CISG (almeno nelle relazioni tra imprenditori), con una serie di incrementi per gli aspetti informativi (obblighi di informazione precontrattuale) e un apparato di norme protettive per le relazioni con il consumatore che portano il testo europeo a 186 articoli contro i 100 della CISG. Svariate regole della CISG (ad es. sulla conformità dei beni) erano in effetti già entrate nel diritto europeo, tramite il passaggio intermedio della direttiva sulle garanzie nelle vendite ai consumatori (44/99/CE).

¹³ “A questo provvede il normale funzionamento del regolamento Roma I: possono scegliere la legge applicabile le parti stesse (articolo 3 del regolamento Roma I); in mancanza di scelta si applica l'articolo 4 del medesimo regolamento (o, nei contratti con consumatori, la legge del luogo di residenza del consumatore, ex art. 6 del Reg. Roma I)”

¹⁴ Regolamento, art. 11: “Ove le parti abbiano validamente convenuto di applicare al contratto il diritto comune europeo della vendita, **questo e solo questo** ne disciplina le materie rientranti nel proprio campo di applicazione. ...” (corsivo aggiunto).

¹⁵ Allegato I, Art. 1, par. 2 “Le parti possono escludere l'applicazione di qualsiasi disposizione del diritto comune europeo della vendita, oppure derogarvi o modificarne gli effetti, salvo che sia altrimenti stabilito dalle disposizioni stesse”.

3. Il contesto dell'iniziativa europea. Il retroterra.

Da dove è scaturito questo progetto?

La questione non è documentata in maniera dettagliata: quel che risulta ufficialmente è quanto è dichiarato nella *relazione illustrativa* che accompagna il documento della Commissione (ripresa nelle premesse - "considerando" - agli articoli del regolamento, le solite dichiarazioni di intento che sono contenute nei preamboli, così diffusi negli atti europei)¹⁶.

Si parte dal rilievo che le differenze normative tra i diversi paesi creano un ostacolo al commercio (facendo riferimento ad uno studio di A. Turini e T. Van Ypersele secondo il quale paesi che condividono la stessa matrice del proprio sistema giuridico vedono una superiorità negli scambi del 40% rispetto ad altri Stati che non condividono le stesse circostanze), per affermare che l'UE è competente a regolare la materia che rientra nel generale obiettivo del "mercato europeo" (la citazione rilevante è l'art. 114 del Trattato sul funzionamento dell'UE: sul ravvicinamento delle legislazioni).

Questo riferimento è stato criticato dagli osservatori più scettici come insufficiente, si è messo in dubbio che l'UE stia rispettando effettivamente il principio di sussidiarietà: alcuni Stati hanno inviato osservazioni contrarie all'iniziativa (come consentito dal Trattato che prevede la possibilità dei Parlamenti nazionali di intervenire nel processo legislativo, addirittura di intralciarlo se si raggiunge un tetto minimo di opposizioni). Nel caso che ci riguarda il livello minimo non è stato raggiunto: l'opposizione è stata espressa principalmente da UK¹⁷, Austria e Belgio. E'

¹⁶ Un riepilogo dei diversi passaggi normativi nel sito della Commissione:

http://ec.europa.eu/justice/newsroom/news/20111011_en.htm

¹⁷ Parlamento Europeo, Comunicazione ai Membri, 100/2011, del 14 dicembre 2011: "Parere motivato della Camera dei Comuni del Regno Unito sulla proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita", COM (2011) 0635 –C7-0329/2011 – 2011/0284(COD): le obiezioni riguardano "le ragioni quantitative e qualitative che portano alla conclusione che un obiettivo dell'Unione può essere conseguito meglio a livello di quest'ultima" (p. 5, par. 13); in particolare, alcune ricerche condotte da associazioni di consumatori contestano gli argomenti della Commissione sull'ostacolo frapposto dalle diversità legislative al commercio, specialmente elettronico (le difficoltà più significative paiono connesse al timore di frodi e all'accesso a strumenti di risarcimento, p. 7, parr. 20-23) .

quindi prevedibile che il regolamento diventerà effettivo, sia pure con un procedimento alquanto rallentato.

L'obiezione più esplicita (UK) è stata che la differenza normativa non è cruciale agli scambi: le associazioni di consumatori hanno indicato che il vero ostacolo è piuttosto legato a timori di dolo/frode e che il punto davvero interessante riguarda l'attuazione effettiva dei diritti, più che la dichiarazione degli stessi (l'aspetto processuale diventa sensibile).

Il Regno Unito ha obiettato al progetto che si creerà ulteriore confusione, e che ci saranno costi aggiuntivi per addestrare i professionisti legali e i giudici alla gestione del nuovo strumento normativo¹⁸. Il *Justice and Home Affairs Council* ha in particolare osservato che mancano indicazioni su quanto succederà in caso di scelta invalida del sistema opzionale, e rispetto agli obblighi per gli Stati di informare la Commissione delle sentenze nazionali sull'applicazione del regolamento, per creare la banca dati giurisprudenziale.

Il Parlamento europeo ha espresso comunque il proprio sostegno preliminare al progetto nel giugno 2011¹⁹, mentre la Commissione ha pubblicato il testo nell'ottobre 2011. Il parlamentare europeo Ashley Fox ha però criticato la mossa dicendo che il prossimo passo sarà dire che ci vuole un'armonizzazione completa e che, nel giro di un breve periodo, ci troveremo intrappolati ("hoodwinked") nel concludere tutti i nostri contratti "according to a single EU legal regime which pays no respect to the different legal traditions across the continent".

Per quanto riguarda l'Italia, dobbiamo registrare un parere favorevole del Senato: la Commissione permanente 14ma (politiche dell'UE) ha dato parere positivo (27 marzo 2012)²⁰, richiamando anche una dichiarazione a suo tempo fatta da Mario Monti (nel

¹⁸ Law Society of England and Wales (associazione dei solicitors inglesi), in M. VASCONCELOS, *The Draft Regulation introducing a Common European Sales Law*, in www.europeanfoundation.org

¹⁹ Cfr. *Press release* della Commissione che descrive il sostegno "fermo" del Parlamento Europeo:
<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/683&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>

²⁰ Risoluzione della 14ma commissione permanente, 21 marzo 2012, doc. XVIII.bis, n. 64, estensore M. Marino (online).

maggio 2010), non precisamente su questo documento, ma nel senso che "il vantaggio del 28.mo regime è che moltiplica le possibilità per imprese e cittadini attivi nel mercato unico: se questo è il loro principale orizzonte, possono optare per un quadro standard e unico valido in tutti gli Stati membri; se invece si muovono prevalentemente in un contesto nazionale, risponderanno alle norme nazionali ..."21.

Nelle fasi di progettazione, il testo preciso non è stato capillarmente diffuso: le consultazioni rivolte al pubblico sono state concentrate sull'opportunità di un intervento, in astratto, senza un documento di base da discutere (il testo è apparso nella forma finale, senza precedenti discussioni pubbliche: sulla base dell'elaborato dell'Expert group che ha prodotto il "feasibility study" 22).

La base di partenza e' costituita dai vari progetti che si sono succeduti sul diritto europeo dei contratti: quello che sembra capitare e' una sorta di test preliminare del futuro diritto europeo del contratto, un rodaggio limitato alla vendita, per verificare se una uniformazione generale del diritto contrattuale potrebbe avere successo.

In un certo senso sembra di vedere qualcosa di simile all'art. 2 dello UCC negli USA: la National Commission on Uniform State Laws negli anni '50 ha prodotto un modello di codificazione di alcune materie commerciali, in particolare della vendita di beni mobili; modello che è stato poi accolto dalla legislazione di tutti gli Stati, eccetto la Louisiana (per la vendita). Il complesso di norme dettate per la vendita sono poi diventate elemento di riferimento per il contratto in generale; di modo che l'uniformazione introdotta per un settore ha finito per estendersi, a livello interpretativo, ad altri contratti: la vendita di beni mobili è diventata l'archetipo, il paradigma del contratto ed è servita da motore dell'uniformazione.

²¹ *A New Strategy for the Single Market*, 9 maggio 2010, *Report to the President of the European Commission*, http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf

²² Pubblicato il 3 maggio 2011 da un gruppo di studiosi incaricati dalla Commissione (Decisione, in GU L 105 del 27.4.2010, pag. 109) di ridimensionare il CFR con particolare riguardo alla vendita. Tra i componenti (quasi tutti esperti già del CFR in quanto membri dello Study group) figura Anna Veneziano della quale si può consultare un articolo recente: *Un diritto europeo per le contrattazioni on-line anche tra imprese?*, in *Contratto impresa Europa*, 2012, p. 455 ss..

Qualcosa di simile si tenta ora in Europa²³.

4. Ragioni effettive. Il percorso verso un coerente diritto europeo del contratto.

L'antefatto dell'iniziativa normativa è da ricercare all'indietro, in un progetto pubblicato addirittura nel 2003, quasi 10 anni fa: in quel momento è partito il programma della Commissione europea per migliorare la coerenza del diritto prodotto in sede comunitaria²⁴, in special modo nel settore dei contratti. In effetti le contraddizioni nei concetti utilizzati in diversi strumenti legislativi europei erano chiare alle stesse istituzioni europee²⁵.

Da questa constatazione ha avuto origine un lavoro condotto su due binari: da un lato un'équipe di studiosi, raccolti nell'*Acquis communautaire Group*, appartenenti a diversi Stati europei (circa 15 Stati erano rappresentati) e facente capo all'università di Bielefeld e di Münster in Germania (attraverso il coordinamento di Hans Schulte-

²³ Con la differenza che gli Stati europei non possono adattare il modello uniforme secondo le proprie preferenze (così com'è invece possibile negli USA dove sono aperte diverse opzioni per parecchi articoli), e con la ulteriore differenza che lo UCC sostituisce la legislazione precedente, mentre il CESL si affianca al diritto nazionale precedente, senza sostituirlo.

²⁴ Com 398 finale (2001), 11.7.2001, Guce C 255 del 13.9.2001, p. 1. Il Parlamento Europeo aveva già invocato un codice privato europeo nel 1989: Resolution A2-157/89, *OJ EC* 1989, C 158/400.

²⁵ La stessa Comunità Europea è consapevole del problema: cfr. ad es. l'espressione "danno" (un uso discontinuo nella direttiva 85/374/CEE in tema di "prodotti difettosi" e nella direttiva 86/653/CEE del 18 dicembre 1986 relativa agli agenti commerciali indipendenti, o nella Package Travel Directive, direttiva sui viaggi "tutto compreso": Parlamento Europeo, *Study of the Systems of Private Law in the E.U. with Regard to Discrimination and the Creation of a European Civil Code*, PE doc.168.511, p. 569). *Communication from the Commission to the E. Parl. and Council, A more coherent European Contract Law, An Action Plan*, 2003/C63/01 in GUCE, C63, del 15.3.03, par. 18.

Nölke e Reiner Schulze)²⁶ ha avuto il compito di presentare una serie di "Principles of the Existing EC Contract Law": una consolidazione in forma di articoli delle regole già esistenti nella massa di direttive e pronunce delle istanze giurisdizionali europee²⁷.

In parallelo, con qualche intermittente occasione di collegamento, si è svolto il lavoro più nettamente dottrinale dello *Study group* (coordinato da Christian von Bar, univ. di Osnabrück) per un'architettura più compiuta del diritto privato europeo: comprensiva di atti unilaterali, responsabilità precontrattuale e extra-contrattuale e di regole più generali sulla validità degli atti giuridici²⁸.

Entrambi i lavori sono stati compresi in quella che è conosciuta come "Common Frame of Reference", una *cornice comune di riferimento* intesa a far da sponda ai successivi interventi frammentari, puntuali del legislatore europeo (e per l'interpretazione degli strumenti esistenti da parte dei giuristi nazionali). Si sarebbe pensato ad una sorta di piattaforma comune di riferimento sia per i legislatori nazionali che per gli interpreti alle prese con nozioni ricorrenti nell'area del contratto.

5. Reazioni.

L'intento di limitare la variabilità del linguaggio, di conferire coerenza, di agevolare l'interpretazione degli interventi europei non ha ricevuto un'accoglienza unanimemente positiva: in diversi settori abbiamo visto perplessità, dubbi, resistenze. Il lavoro è stato giudicato come troppo conservatore (troppo rivolto al passato, ad archetipi superati di contratti per iscritto stipulati mediante proposta e accettazione anziché a contratti elettronici, impostato su un'impronta eccessivamente germanica). L'accusa è stata di voler introdurre in modo surrettizio un codice del contratto, o del diritto privato patrimoniale, al di là delle competenze effettive dell'UE.

²⁶ Le principali informazioni sull'origine, la composizione, i compiti dell'Acquis group sono reperibili nel sito www.acquis-group.org. Speaker per il gruppo è stato Gianmaria Ajani, mentre Michele Graziadei, Barbara Pasa e l'autrice di questo articolo hanno partecipato a vario titolo alla redazione dei Principi europei di diritto del contratto. Cfr. Ajani, Ferreri, Graziadei, *Introduzione ai Principii di diritto comunitario in materia di contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 271-278.

²⁷ Commissione: *Communication (...) on European Contract Law and the Revision of the Acquis: the Way Forward*, COM (2004) 651 final, OJ EC 2005, C 14/6

²⁸ Christian Von Bar & Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, München 2009.

Una presa di posizione emblematica è quella di uno degli Stati più europeisti: l'Olanda. Mentre, in generale, il governo olandese ha dichiarato di sostenere l'impiego del "Quadro comune di riferimento" per coordinare le direttive già vigenti, per altro verso esso ha voluto precisare che non considera che ciò costituisca "a step towards a European Civil Code".²⁹

Data l'accoglienza scettica del progetto, il *Quadro comune di riferimento* è diventato un documento di carattere strumentale, un "toolbox", una cassetta degli attrezzi che i giudici degli Stati membri possono utilizzare nel compito di interpretazione delle direttive, un elemento di supporto per i legislatori che debbano adeguare il proprio sistema a modelli europei, ma non un documento vincolante.

L'attenzione si è quindi spostata su un progetto più limitato: la codificazione europea del contratto di vendita attraverso uno strumento opzionale, molto dettagliato (115 pagine, per 186 articoli, di cui 4 pagine dedicate alla dichiarazione che il consumatore può effettuare per recedere dal contratto in caso di informazioni insufficienti all'atto della stipulazione del contratto).

Le parti possono scegliere di regolare i propri rapporti sullo schema europeo: valido sia per contratti tra imprenditori (quando uno dei contraenti sia un piccolo/medio imprenditore) sia nelle relazioni con consumatori. Come già ricordato, nel caso che le parti optino per questa soluzione, alcuni articoli possono essere esclusi, se non hanno carattere imperativo (art. 1, par. 2, *Freedom of contract*). Là dove un contraente sia un consumatore la normativa europea non può essere scelta in modo parziale, ma deve trovare applicazione integrale (art. 8, par. 3).

Il presupposto indispensabile è comunque che una delle parti sia un "professionista", mentre molte delle norme intendono proteggere il consumatore, essendo scaturite dalle direttive nel tempo sedimentate in questo settore. Anzi, il rimprovero mosso da

²⁹ Letter of the Minister of Justice of 27 May 2008, EK 2007-2008, 23490. "The Dutch Minister of Justice took this position after Parliament raised questions about an article in a Dutch newspaper, claiming that the European Commission was trying to introduce a European Civil Code 'through the backdoor'". *NRC Handelsblad* 4 October 2007, followed by a discussion among Dutch academics in *Nederlands Juristenblad* 2007, Issue 39: Jan Smits, *The Complexity of Transnational Law: Coherence and Fragmentation of Private Law*, in *Eur. Rev. Private Law*, 2012, 1 e in *ISAIDAT L. Rev.*, n. 3 2011, legal periodical on line: <http://isaidat.di.unito.it/index.php/isaidat>

molti critici è che la normativa concerna soprattutto i consumatori, che sia sbilanciata favore dei consumatori: benché molte delle norme incluse in realtà esistano già (fanno parte della coorte di direttive emesse a tutela del "contraente debole").

La differenza rispetto alla situazione precedente è che ora queste garanzie sono incorporate in un'unica versione, fissate a un livello unico, non soggette alle variabili locali di maggiore o minore tutela che le direttive avevano finora consentito, creando dislivelli di protezione tra i diversi Stati (e quindi ricerche da parte dei possibili venditori per accertare quali esposizioni a rischi giuridici esistano nel commercializzare un prodotto in un mercato diverso dal proprio).

Il vantaggio prospettato dalle istituzioni europee è appunto di esentare in futuro i contraenti da indagini sul rispettivo livello di attuazione delle direttive, sul contesto di norme locali applicabili; il pregio è di emancipare dalla scelta di uno specifico diritto statale come applicabile (con indagini costose sul miglior diritto, sul più favorevole sistema): subentra un corpo costante di regole, invariabili attraverso le frontiere, affidato all'interpretazione finale e comune della Corte di giustizia in caso di difformità interpretative, in luogo di una moltitudine di regole locali semi-simili. In particolare, per le vendite elettroniche, si dovrebbe evitare il costo dei venditori per adattare i propri *siti web* ai requisiti normativi dei diversi mercati (*Contesto della proposta*, pag. 2-3).

In sostanza ci troviamo comunque di fronte ad un testo ibrido: che riguarda sia professionisti che consumatori, che mira ai contratti internazionali (ma potrebbe essere esteso a quelli interni), che include la stipulazione in via elettronica, che riguarda sia beni materiali che dati elettronici, che riguarda la vendita ma anche la fornitura di dati senza contropartita di un prezzo. Rispetto al progetto iniziale di una uniformazione totale del diritto dei contratti vediamo una sorta di ripiego, un ridimensionamento delle ambizioni primitive.

6. Il documento visto da vicino.

In termini generali, il regolamento-cornice serve ad individuare il campo di applicazione della normativa (con la possibilità di estendere l'applicabilità oltre al nucleo indispensabile) e gli obblighi degli Stati di notificare le decisioni definitive delle proprie corti alla Commissione (per redigere una banca-dati), per procedere ad una revisione futura dell'andamento del diritto uniformato. E' prevista l'introduzione da parte degli Stati di un sistema di sanzioni (art. 10 Reg.) per il contraente professionale

che violi gli obblighi di informazione verso il cliente rispetto alla scelta del diritto applicabile. Una soluzione composita: lo Stato funge da sorvegliante e organo di sanzione per violazioni di relazioni private (la natura delle sanzioni non è determinata nel testo). Il ruolo ispettivo non si sa da chi sarà esercitato.

L'indice dell'Allegato I prevede:

- Parte I. Disposizioni preliminari
- Parte II. Concludere un contratto vincolante
- Parte III. Valutazione del contenuto del contratto
- Parte IV. Obbligazioni e rimedi delle parti nel contratto di vendita
- Parte V. Obbligazioni e rimedi delle parti nei contratti di servizi connessi
- Parte VI. Risarcimento del danno e interessi
- Parte VII. Restituzione
- Parte VIII. Prescrizione

L'Allegato normativo ha quindi una portata più ampia, più articolata rispetto ai precedenti testi internazionali sulla vendita perché riguarda anche la fase precontrattuale (art. 11 regol.), l'effetto dell'errore, del dolo o delle minacce (art. 48 ss. dell'allegato), il regime delle clausole vessatorie, la prescrizione delle azioni (nel sistema delle NU affidata ad una separata convenzione che non ha avuto un numero di adesioni così alto come la CISG).

In sostanza trovano accoglienza, in un testo per la vendita, regole precedenti dettate per i *contratti in generale*, ma sparpagliate finora in una moltitudine di direttive e regolamenti separati.

L'effetto sperato è che ciò costituisca un allenamento per gli operatori economici ad un regime uniformato: l'introduzione successiva di un testo imposto, anziché scelto, dovrebbe risultare a questo punto meno controversa.

Una frase delle premesse (considerando 21) sembra significativa: "In ogni caso, nelle transazioni tra imprese i professionisti godono di totale autonomia e nella redazione delle loro clausole contrattuali sono *incoraggiati ad ispirarsi al diritto comune europeo della vendita*".

7. Alcune previsioni normative.

Sul campo di applicazione (geografico) del regolamento osserviamo: l'area determinata dall'art. 4 del regolamento riguarda i contratti "transfrontalieri" e questo carattere è determinato dalla scelta del consumatore; l'applicazione dipende infatti

dall' "indirizzo indicato dal consumatore, l'indirizzo di consegna del bene o l'indirizzo di fatturazione" in un paese diverso da quello di residenza abituale del fornitore (purché uno dei due paesi sia uno Stato membro dell'Unione). L'aspetto interessante è che il consumatore possa indurre l'applicabilità in base ad una *scelta di indirizzo*.

L'estensione di applicazione (per l'oggetto) risulta dettato dalla parte introduttiva del regolamento dove si dice che esso comprende i contratti per la fornitura di contenuti digitali anche se non è dovuto un prezzo come contropartita (art. 5, b)³⁰ (nel caso di software ecc. talvolta il fornitore preferisce ricevere in cambio i dati personali dell'acquirente o sulla premessa che in seguito il cliente sarà indotto a comperare elementi complementari del primo acquisto: cfr. considerando n. 18, in apertura del regolamento). Certo è una forzatura assimilare queste situazioni alla tradizionale vendita la cui nozione richiede un prezzo dovuto dall'acquirente³¹.

Dai contratti di vendita sono esclusi i contratti misti (art. 6 regol.) e i contratti in cui una parte finanzia l'altra nell'acquisto (ma sono compresi i casi in cui la vendita avvenga a rate ³²).

Osserviamo il dato normativo:

Regolamento: Articolo 6, *Esclusione dei contratti misti e dei contratti collegati al credito al consumo*.

³⁰ Art. 5, reg., lett. (B): contenuto digitale "su supporto materiale o meno, che l'utente possa memorizzare, trasformare, o cui possa accedere e che possa riutilizzare, a prescindere che il contenuto digitale sia fornito contro il pagamento di un prezzo"

³¹ Cfr. art. 107 CESL (contenuto digitale fornito a **titolo gratuito**) e art. 173 (6): "se il contenuto digitale non è stato fornito in cambio di un prezzo non è dovuta alcuna restituzione".

³² Art. 6, par. 2 Regol.: "Il diritto comune europeo della vendita può invece applicarsi ai contratti tra un professionista e un consumatore in cui sono forniti in modo continuato beni, contenuto digitale o servizi connessi dello stesso tipo e il consumatore versa il corrispettivo per tali beni, contenuto digitale o servizi connessi con pagamenti rateali per la durata della fornitura".

Per la verità qui si trova una contraddizione che sarà forse risolta nella messa a punto del testo: la descrizione iniziale, la relazione introduttiva, dice invece che "L'articolo 6 **esclude** dal campo di applicazione i contratti misti e la vendita rateale" (p. 12).

Non sono considerati beni: elettricità, gas e acqua (se non messi in vendita "in un volume delimitato o in quantità determinata").

1. Il diritto comune europeo della vendita non può applicarsi ai contratti misti che contengono elementi diversi dalla vendita di beni, dalla fornitura di contenuto digitale e dalla prestazione di servizi connessi ai sensi dell'articolo 5. [...]

Regolamento, Art. 2, *Definizioni*:

[...]

(m) "*servizi connessi*": i servizi connessi che abbiano ad oggetto i beni o il contenuto digitale, come *l'installazione, la manutenzione, la riparazione o altra trasformazione*, prestati dal venditore di beni o dal fornitore di contenuto digitale *ai sensi del contratto* di vendita [...] o di diverso contratto di servizi connessi concluso *contestualmente* al contratto di vendita o al contratto di fornitura di contenuto digitale, *esclusi*:

- i) i servizi di *trasporto*,
- iii) i servizi di formazione,
- iii) i servizi di supporto alle telecomunicazioni, e
- iv) i servizi finanziari [...]

Si porrà evidentemente un problema interpretativo, per definire i servizi "connessi" (diversi da quelli distinti ed esclusi): in particolare suscita perplessità l'esclusione del trasporto perché il CESL si occupa ripetutamente della consegna che implichi il trasporto dei beni venduti (cfr. art. 94, *Modalità di consegna*; art. 96, *Obbligazioni del venditore relative al trasporto dei beni*).

Analogamente si dovrà definire nella prassi la solita distinzione tra vendita e appalto (la nuova normativa europea – come la direttiva 99/44/CE - copre "i contratti di fornitura di beni da fabbricare o produrre": art. 2, lett. (k)).

Su questo punto della "portata normativa", le opinioni sono molto discordi: gli esponenti del Comitato economico sociale raccomandano una limitazione ai soli contatti tra professionisti³³; gli osservatori del mondo accademico invece suggeriscono l'estensione al di là delle piccole-medie imprese (ELI, draft Statement, p. 7) e al di là dello stretto scambio di beni e denaro: per comprendere trasporto, addestramento

³³ Comitato Economico sociale, Parere Int/600, 29 marzo 2012, Allegato, punto 1.2

("strumento facoltativo per i contratti di vendita transazionali di beni di natura commerciale (B2B), sotto forma di progetto pilota, utile per verificare la coesistenza tra i regimi e la loro applicazione effettiva")

all'impiego dei beni, consulenza on-line sul funzionamento dei prodotti (servizi post-vendita), e "omaggi" offerti in connessione con l'acquisto.

L'argomento svolto a sostegno di quest'ultima tesi è che elementi secondari del contratto potrebbero generare incertezza: i contraenti non saprebbero anticipatamente se una corte in seguito potrebbe escludere il loro contratto dalla disciplina per la presenza appunto di elementi estranei alla vendita in senso stretto³⁴.

Molto scetticismo sulla funzionalità del sistema è stato espresso dai consulenti legali delle imprese, in particolare nel corso di un convegno svolto ad Aprile 2012, a Londra, sotto l'egida della ICC. Si è messa in evidenza la difficoltà per le imprese di gestire un onere informativo esteso nei rapporti tra imprenditori, e il rischio di contestazioni legate sia agli oneri informativi che alla previsione di clausole definite vessatorie su una scala più ampia di quella tradizionale nei rapporti imprenditoriali (la preferenza è per limitare il testo ai rapporti B2C)³⁵.

Alcune norme del progetto sono specificamente dettate per le relazioni tra "professionisti" (All. I, sezione 7, oneri di verifica e comunicazione nei contratti fra professionisti), art. 121: "Nei contratti fra professionisti il compratore è tenuto a verificare o far verificare i beni entro un breve termine ragionevolmente commisurato alle circostanze e comunque non superiore a 14 giorni dalla data della consegna dei beni, della fornitura di contenuto digitale o della prestazione di servizi connessi".

Questa norma riprende la regola derivata dalla CISG (art. 38, 39) in cui l'acquirente ha l'onere di ispezione dei beni.

La regola sulla verifica è completata dall'onere di notifica al venditore (art. 122 Allegato I).

Queste disposizioni non riguardano i consumatori: l'acquirente non professionale non è tenuto né alla verifica né alla notifica del difetto nei beni³⁶. Né è soggetto al diritto

³⁴ Eli Draft Statement, 4 April 2012, p. 10-12.

³⁵ F. BORTOLOTTI, presidente della ICC Commission on Commercial Law and Practice (CLP), nella sessione del 19 aprile 2012 (incontro di Londra organizzato dalla CCI/ICC) su *Cross Border Sales*, programma on-line:

<http://www.iccwbo.org/events/registrationrol.aspx?CodeICMS=S1220&langtype=1033>. Dello stesso autore si legga un'opinione espressa su:

http://images.newsmercati.com/f/pdf/2011/art_6397.pdf (newsletter del dicembre 2011).

³⁶ Cfr. direttiva 99/44/CE, Su alcune garanzie nei contratti di vendita ai consumatori, **Art. 5 – Termini**: "1. Il venditore è responsabile, a norma dell'articolo 3, quando il difetto di conformità si manifesta entro il termine di due anni dalla consegna del bene. Se, a norma della

del venditore di correggere o integrare la propria prestazione difettosa (diversamente dal professionista: art. 106(3), (119, 2 a)).

Questa circostanza non lascia completamente tranquilli quanto alla certezza del diritto: un consumatore che non avvisi il venditore dei difetti, e continui ad usare i beni acquistati per due anni fino al momento in cui decida di risolvere il contratto per difetto dei beni (chiedendo la restituzione del prezzo pagato), può incorrere nella sanzione del comportamento contro buona fede. Ma l'applicazione di questo criterio da parte dei giudici dei diversi Stati sarà variabile, imprevedibile e potrà generale diversità applicative³⁷.

Per questo motivo sarebbe forse opportuno prevedere un qualche onere di attivazione anche a carico del consumatore.

Il termine di due anni, che abbiamo imparato a conoscere nella direttiva sulla vendita ai consumatori (99/44), ricorre nell'art. 179 del nuovo regime europeo che prevede: "Il termine breve di prescrizione è di due anni". Questo termine "decorre dal giorno in cui il creditore ha conosciuto o era ragionevolmente tenuto a conoscere i fatti che rendono possibile l'esercizio del diritto" (art. 180).

Il regolamento prevede anche un termine lungo, decennale: esso decorre "dal giorno in cui il debitore deve eseguire la prestazione o, nel caso di diritto al risarcimento del danno, dal giorno in cui si verifica il fatto che dà origine al diritto"³⁸.

Ovviamente l'interrogativo che si pone è "come funzionerà questo sistema?" in cui pare non esista più un termine di decadenza: la decorrenza del termine di prescrizione

legislazione nazionale, i diritti previsti all'articolo 3, paragrafo 2, sono soggetti a prescrizione, questa non può intervenire prima di due anni dalla data della consegna.

2. Gli Stati membri possono prevedere che grava sul consumatore, per esercitare i suoi diritti, l'onere di denunciare al venditore il difetto di conformità entro il termine di due mesi dalla data in cui ha constatato siffatto difetto. .."

³⁷ ELI, *Draft Statement*, p. 19.

³⁸ La comunicazione standard, confezionata dalla Commissione e allegata al Regolamento (Allegato II), informa il cliente rispetto al "periodo entro cui far valere i Suoi diritti se il prodotto è difettoso o non è consegnato come stabilito" e dice: "Dispone di 2 anni per far valere i Suoi diritti a partire dal momento in cui si accorge o avrebbe dovuto accorgersi che il professionista non ha fatto qualcosa come stabilito nel contratto. Se i problemi si manifestano molto tardi [in fr.: "ne se révèlent que très tardivement"; in En.: "become apparent very late"], il termine ultimo entro cui far valere i Suoi diritti è di 10 anni dal giorno in cui il professionista doveva consegnare i beni, fornire il contenuto digitale o prestare il servizio reso".

dal momento in cui l'acquirente "avrebbe dovuto conoscere il difetto" rende imprevedibile per il venditore l'estensione della sua esposizione a rischi di restituzioni. La decorrenza dalla consegna (come nella direttiva 99/44/CE) sembra preferibile perché più chiara (i beni mobili tra l'altro hanno spesso vita breve: 10 anni è un tempo molto esteso).

Si ripeteranno, prevedibilmente, in Italia le discussioni circa la questione se la prestazione dell'*aliud pro alio* costituisca adempimento difettoso (con conseguente disciplina dell'inadempimento), o se anch'essa ricada nell'ambito della garanzia per difetti del bene: all'entrata in vigore della direttiva europea 99/44 alcuni commentatori avevano continuato a ritenere che sopravvivesse in modo autonomo, secondo le norme generali del codice civile italiano, la protezione del compratore per la consegna di un bene completamente diverso da quello concordato, e appartenente ad un genere differente da quello cui apparterebbe il bene promesso³⁹.

Se leggiamo le norme sulla conformità (art. 99 ss. della normativa sulla vendita, All. I), constatiamo che esse ripetono quanto già dettato dalla direttiva sulle garanzie ai consumatori (99/44/CE).

Da un lato l'articolo 91 detta le *Obbligazioni principali del venditore*:

³⁹ Nell'ambito CISG la tesi prevalente è nel senso che il difetto di conformità comprenda anche l'*aliud pro alio*, con una disciplina uniformata: SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Commentary art. 35-37*, Vienna, 1986, accessibile in rete <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-35.html> ("it is clear that the case of delivery of entirely different goods should still be considered as a deviation from the "description" of the goods in the contract"). La giurisprudenza applicativa della Convenzione di Vienna ha convalidato l'opzione di assimilare difetti e consegna di bene diverso: Oberster Gerichtshof (Austria) 29.06.1999 ("delivery of goods of a different kind (aliud) does not constitute non delivery but amounts to delivery of non-conforming goods" (art. 35 CISG)); Oberster Gerichtshof (Austria) 21.03.2000 ("lack of conformity of goods - delivery of goods of a different kind (aliud) does not constitute non delivery but amounts to delivery of non conforming goods (art. 35 CISG)"; Bundesgerichtshof (Germania) 3.04.1996, delivery of goods of different kind (aliud) - does not constitute a non delivery but amounts to delivery of non conforming goods - art. 49(1)(b) CISG not applicable (UNILEX and ZIP, 1996, 1041): sentenze tutte reperibili nel *Digest Uncitral* e in *unilex.org*. In letteratura: A. VENEZIANO, *Non Conformity of Goods in International Sales, R. dr. aff. int/Int. Bus. L. J.*, 1997, p. 42.

“Il venditore di beni o il fornitore di contenuto digitale (nella presente parte, “il venditore”) deve:

- a) consegnare i beni o fornire il contenuto digitale;
- b) trasferire la proprietà dei beni, incluso il supporto materiale su cui è fornito il contenuto digitale; e
- c) garantire che i beni o il contenuto digitale sono conformi a quanto previsto dal contratto;
- d) garantire che il compratore ha il diritto di usare il contenuto digitale conformemente al contratto, e
- e) consegnare i documenti che rappresentano i beni o che vi si riferiscono o i documenti inerenti al contenuto digitale, secondo quanto prescritto dal contratto”.

Dall’altro lato (art. 99) i beni o il contenuto digitale devono:

- “(a) corrispondere alla quantità, qualità e descrizione contrattuale;
- (b) essere confezionati o imballati nel modo richiesto dal contratto; e
- (c) essere forniti insieme a tutti gli accessori, alle istruzioni di installazione o alle altre istruzioni prescritte dal contratto”.

E’ possibile – aggiungiamo - accettare beni sub standard, di qualità inferiore alla media: il consumatore deve però conoscere il difetto dei beni e accettarlo (art. 99,3)⁴⁰, mentre il “professionista” acquirente non può eccepire le carenze che avrebbe dovuto conoscere (art 104)⁴¹.

8. Inclusioni ed esclusioni rispetto all’allegato I.

La disciplina europea mira a coprire anche le trattative *precontrattuali*, gli obblighi di *informazione* (Cap. II dell’Allegato), i *vizi* del consenso (Cap. 5, artt. 48 ss.), il regime

⁴⁰ *Conformità al contratto*, par. 3: “Nei contratti di vendita al consumatore, qualunque accordo in deroga a quanto previsto dagli articoli 100, 102 e 103[criteri di conformità dei beni, diritti e pretese di terzi, ecc.] concluso a danno del consumatore, è valido solo se, al momento della conclusione del contratto, il consumatore era *a conoscenza della specifica condizione* dei beni o del contenuto digitale e li ha *accettati* come conformi al contratto medesimo” (corsivo aggiunto).

⁴¹ Articolo 104, *Conoscenza del difetto di conformità da parte del compratore nei contratti tra professionisti*: “Nei contratti tra professionisti, il venditore non è responsabile di un difetto di conformità dei beni se, al momento della conclusione del contratto, il compratore ne era a conoscenza o *non poteva ignorarlo*” (corsivo aggiunto).

delle clausole *vessatorie* (cap. 8), la disciplina dei contratti di *servizi accessori* alla vendita (parte V, p. 96), alcuni aspetti del *ritardo nei pagamenti*, e la *prescrizione* delle azioni (Parte VIII).

L'immagine metaforica del testo è la clessidra: si passa da regole generali (prime 3 parti), a due parti specifiche (obbligazioni e rimedi delle parti nella vendita, nella fornitura di servizi), per finire con 3 parti nuovamente generali (risarcimento del danno e interessi, restituzione, prescrizione).

La portata è quindi alquanto estesa, con un andamento un po' "estemporaneo" (che include materie in precedenza regolate da varie direttive, ma lascia fuori altri argomenti sui quali non si è giunti ad un'intesa, pur se correlati al contratto di vendita: ad es. la rappresentanza nella conclusione del contratto, o l'invalidità per motivi di ordine pubblico o immoralità, la compensazione tra credito e debito, la pluralità di debitori e creditori).

La linea spartiacque tra quanto è attratto all'interno del regime uniformato e quanto escluso non è strettamente governata dalla logica (ma piuttosto da ragioni di opportunità politica sugli interventi europei).

Non si parla degli enti *non-profit* (associazioni benefiche o sportive, scuole, clubs, fondazioni con scopi morali): il che induce a pensare che non si possa utilizzare lo strumento europeo per vendere a loro (non sono qualificabili come consumatori, né come piccole-medie imprese, perché mancano del requisito dell' "agire nell'ambito della propria attività commerciale, industriale, artigianale o professionale").

I *servizi* connessi al contratto, come preannunciato, daranno luogo a problemi: la distinzione tra quelli governati dalla normativa comune e quelli esclusi è poco prevedibile (installazione e manutenzione, riparazione e trasformazione sì, ma trasporto, formazione e "servizi di supporto alle telecomunicazioni", no, così come sono esclusi "servizi finanziari": Art. 2 Regolamento, definizioni, lett. m). È difficile la distinzione tra contratti che includono "servizi connessi" e contratti "misti": i primi sono inclusi (art. 5), gli altri esclusi (art. 6), ma il passaggio da una categoria all'altra può essere arduo da identificare.

Altrettanto malagevole sarà la distinzione tra contratto a rate (ammesso, art. 6, 2) e contratto "con dilazione di pagamento, prestito o agevolazione finanziaria analoga": quanto lunga dev'essere la dilazione perché il contratto esca dalla sfera del regolamento? (una agevolazione nei pagamenti potrebbe sovente figurare nei contratti, soprattutto tra parti che abbiano consuetudine di rapporti, e creare dubbi interpretativi).

8. Critiche

La struttura complessa (con la ripetizione della numerazione) dovrà essere risolta: è troppo rischioso avere due documenti sotto lo stesso cappello, anche perché le definizioni sono sparpagliate in modo poco razionale (la definizione di "contenuto digitale" è frammentata in due spezzoni: nelle definizioni all'art. 2, lett. J e nell'art. 5 del regolamento dove si dice che il regolamento comprende "contratti di fornitura di contenuto digitale, su supporto materiale o meno, che l'utente possa memorizzare, trasformare o cui possa accedere e che possa riutilizzare, a prescindere che il contenuto digitale sia fornito contro il pagamento di un prezzo").

La nota informativa standard (all. II), aggiunta alla fine del documento, intesa a mettere in guardia il compratore rispetto ai propri diritti ha un tono generico e lascia il dubbio su quanto il compratore capirà, ad es. quando gli si dice che "se ha acquistato fuori dal negozio ... ecc. (ad es. se ha fatto l'acquisto online o telefonicamente) nella *maggior parte dei casi* dispone di 14 gg. per annullare l'acquisto": forse la soluzione migliore sarebbe quella suggerita dall'ECOSOC di attivare un *hyperlink* che consenta all'acquirente di vedere effettivamente i casi in cui può recedere.

Il tono adottato nella scheda nel suo complesso suona intimidatorio: non è incoraggiante per il cliente il quale è indotto a diffidare del nuovo regime, più che a guardarlo con simpatia. Solo gli avvocati guarderanno con qualche simpatia all'avviso per cui "In caso di controversia può essere utile consultare un legale".

Il formulario predisposto per il recesso (appendice I, p. 115 del progetto) *include* il recesso da "un contratto per la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, di teleriscaldamento o di contenuto digitale che non è fornito su un supporto materiale": ma l'art. 2 del regolamento *esclude* proprio tali beni dalla portata della normativa europea (cfr. art. 2, lett. H che esclude dai "beni": i) l'elettricità, e il gas naturale, e ii) l'acqua e altri tipi di gas, quando non sono messi in vendita in un volume delimitato o in quantità determinata). Evidentemente si tratta di un errore di redazione che dovrà essere corretto (ma genera l'impressione di una redazione frettolosa, come i tanti errori di traduzione nella versione italiana che qui tralasciamo, avendoli già trasmessi all'ELI perché siano presenti alle istituzioni europee nella revisione finale).

Accuse di burocraticismo: non sono del tutto prive di fondamento, leggendo ad es. l'art. 40 sul recesso (eccezioni così analitiche da far pensare ad una reazione a casi

singoli, a sentenze già emesse alle quali si debba replicare, con una pedanteria più simile agli statutes inglesi che alla legislazione di civil law)⁴².

Nel complesso c'è da chiedersi se non sarebbe stata preferibile la soluzione (proposta dall'ECOSOC) che propende per la predisposizione di modelli contrattuali europei con clausole specifiche per settori commerciali o di attività, limitando lo strumento facoltativo ai contratti tra imprese (B2B), come "progetto pilota" per verificare come funziona la coesistenza tra regime europeo e regime nazionale.

Qualcuno obietta – dal versante delle imprese - che in realtà la scelta del regime europeo opzionale è poco probabile per la messe di informazioni che devono essere somministrate a causa degli obblighi di trasparenza fissati agli artt. 23 e 70: la mancata comunicazione dà occasione alla controparte di contestare il contratto, di prolungare la possibilità di recesso, creando un'incertezza che gli imprenditori tendono sempre a temere e evitare.

Non è facile capire come funzionerà praticamente l'accertamento che la controparte sia una piccola/media impresa: il venditore dovrà chiedere ragguagli relativi alla gestione come il profitto annuo, il bilancio, il numero di dipendenti con una trattativa complessa, poco scorrevole⁴³.

Gli osservatori dell'Istituto Europeo (ELI) propendono per l'estensione anche a contraenti che non abbiano sede o indirizzo nell' UE (p. 9, n. 18), perché, attualmente, "uno Svizzero e un cinese non potrebbero – secondo la previsione dell'art. 4 – adottare le norme europee come proprie" (anche se avessero scelto il diritto di uno Stato membro come diritto applicabile al proprio contratto)⁴⁴.

⁴² V. ad es. l'eccezione prevista dall'art. 40, 2, lett. (f): *contratti "di fornitura di bevande alcoliche, il cui prezzo sia stato concordato al momento della conclusione del contratto di vendita, la cui consegna possa avvenire solo dopo il decorso di trenta giorni dal momento della conclusione del contratto e il cui valore effettivo dipenda da fluttuazioni sul mercato che non possono essere controllate dal professionista"* (corsivo aggiunto).

⁴³ ELI, Draft Statement, p. 8 ("imbarazzo, incertezza" sono gli ostacoli preannunciati in questa fase contrattuale): perciò ELI raccomanda l'eliminazione della qualifica di uno dei contraenti come piccolo/medio (contando comunque che più del 90% delle imprese ricadono comunque in questa categoria in Europa).

⁴⁴ Cfr. *Considerando 14*: dal punto di vista dell'UE, pare possibile che appartenenti a paesi terzi scelgano il CESL. Ma la scelta è sottoposta alle condizioni del diritto internazionale privato (che generalmente accetta rinvii al diritto di uno Stato, più che a uno strumento transnazionale: forse proprio perciò la relazione introduttiva insiste che il regolamento introduce negli Stati

J. Basedow si è chiesto in che misura l'esperimento europeo possa riguardare i Paesi terzi: l'aspetto che potrebbe sollevare qualche interesse è legato alla tutela del consumatore. Se la Cina – che ha redatto il proprio diritto dei contratti sul modello UNIDROIT (2004) per i contratti commerciali –, avrà in futuro una classe di consumatori più significativa, forse il modello europeo potrà offrire uno schema imitabile. Nelle relazioni tra imprese sembra che il limite per le sole Piccole e Medie imprese sia un ostacolo nel commercio di lungo raggio⁴⁵.

Sempre in versione estensiva, la proposta è di includere gli enti non-profit, i contratti misti, e di prevedere una protezione degli anticipi di pagamenti (mediante assicurazione offerta agli acquirenti).

Infine, qualche considerazione sul versante attuativo: la Commissione, nel progetto, prevede la costituzione di una banca dati, ma ci si chiede "per quali sentenze?" Tutte quelle definitive? In quali lingue? Chi potrebbe tradurle? Ricordiamo che UNILEX consente l'accesso ad una sintesi tradotta in inglese delle sentenze raccolte sull'applicazione della CISG.

Su un livello puramente pragmatico: forse un comitato di consulenza ("advisory board") così come costituito per la CISG dalla Pace University⁴⁶ potrebbe, almeno inizialmente, avviare il processo di uniformazione, visto che non esiste una piramide unica di corti deputate all'applicazione del testo europeo.

La Commissaria Viviane Reding, promotrice del progetto, in passato è stata componente del Parlamento europeo ed è oggi Vice Presidente della Commissione, a capo del *Direttorato Giustizia*: in discorsi pubblici ha attribuito grande rilevanza

europei un regime che diventa "statale"). Del tema si sono occupati autori giapponesi (Yuko NISHITANI, *Party Autonomy and its Restrictions by Mandatory Rules ...*, in BASEDOW, BAUM, NISHITANI, *Japanese and European Private International Law*, Tuebingen, 2008, p. 87-89: a favore del rinvio anche ad un diritto non statale) e ne ha riferito J. Basedow nella relazione svolta al convegno dell'Accademia di Diritto comparato a Taiwan (maggio 2012). Jan SMITS segnala che il regolamento non sarebbe comunque applicabile a relazioni C2C: *The Common European Sales Law (CESL) Beyond Party Choice* (SSRN, april 2012):

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2039345

⁴⁵ J. BASEDOW, *Supranational Codification of Private Law in Europe and its Significance for Third States*, report to the Taiwan Congress on Codification, Int. Acad. Comp. Law, May 2012. Qualche chances il progetto europeo potrebbe averla, secondo Basedow, nel commercio elettronico.

⁴⁶ <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op.html>

all'approvazione del regolamento sulla vendita, con un po' di eccesso retorico pensando che una migliore circolazione dei prodotti in Europa possa favorire la ripresa economica⁴⁷. Alcuni di questi toni retorici si ritrovano nella relazione che introduce il progetto: si tratta di vedere quanta credibilità queste considerazioni avranno nelle fasi finali del percorso normativo. La perseveranza nel perseguire un obiettivo di uniformazione non è di per sé un merito se il rischio è di aggiungere un relitto inutilizzato ad un panorama già abbastanza complesso di fonti normative. Non pare sufficiente a controbilanciare la complessità il buon proposito, annunciato dalla Commissione nella relazione introduttiva, di voler organizzare corsi di addestramento alla comprensione e all'uso del documento europeo.

⁴⁷ "The optional Common European Sales Law will help kick-start the Single Market, Europe's engine for economic growth. It will provide firms with an easy and cheap way to expand their business to new markets in Europe while giving consumers better deals and a high level of protection," said Vice-President Reding, the EU's Justice Commissioner. "Instead of setting aside national laws, today the European Commission is taking an innovative approach based on free choice, subsidiarity and competition."

http://ec.europa.eu/justice/newsroom/news/20111011_en.htm