

CAPITOLO III

LA PROPOSTA DI REGOLAMENTO PER UN DIRITTO COMUNE EUROPEO DELLA VENDITA: RILIEVI CRITICI

SOMMARIO: 1. Alcune considerazioni preliminari. - 2. Il diritto comune europeo della vendita nella Proposta della Commissione europea: l'identificazione della fattispecie ed il problema della base giuridica. - 3. Accordo e natura opzionale dello strumento. - 4. Quadro normativo e difficoltà applicative di un ordine giuridico multilivello

1. Alcune considerazioni preliminari

L'ultimo passaggio, in ordine cronologico, nel senso di un'uniformazione del diritto europeo dei contratti è rappresentato dalla redazione della Proposta di Regolamento per un diritto comune europeo della vendita, lanciata con la Comunicazione della Commissione n. 635 dell'11 ottobre 2011.

L'ambizione delle Istituzioni comunitarie sarebbe quella di presentare un prodotto finale, inclusivo regole destinate ad incidere sui diritti individuali e sui rapporti intersoggettivi, qualificando il contenuto delle stesse norme in funzione di interessi e tecniche tipici della esperienza civilistica comunitaria.

Desta, tuttavia, non poche perplessità la connotazione di Proposta di Regolamento come strumento opzionale, soprattutto sul piano della concreta operabilità dello stesso¹.

La costruzione del diritto privato europeo, in particolare nel settore del diritto dei contratti, è resa problematica anzitutto da un complesso inquadramento delle fonti, dalla difficoltà di individuare l'interrelazione tra esse, dalla difficoltà di rinvenire l'effettivo

¹ Cfr. L. GATT, *Diritto contrattuale europeo: dall'armonizzazione all'uniformazione*, in *Manuale di diritto privato*, a cura di G. Amadio, C. Scognamiglio, G. Gitti, F. Macario, (in corso di stampa), Bologna. Non si tratta di una categoria del tutto nuova, come visto: l'adozione di uno strumento opzionale quale misura non settoriale da adottare nel campo del diritto europeo dei contratti era stata precedentemente vagliata nell'Action Plan presentato dalla Commissione europea con la Comunicazione n. 68 del 12.2.2003. Il *favor* verso lo strumento opzionale è stato ulteriormente nelle consultazioni successive alla Comunicazione n. 348 del 1.7.2010, Libro verde della Commissione sulle «possibili opzioni in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese». All'interno di questi documenti, però, la Commissione non spiega mai esattamente cosa debba intendersi con il concetto di optional instrument, e soprattutto come questo debba interagire con le altre fonti di diritto privato interno.

dato normativo da cui ricavare la competenza dell'UE in materia di diritto europeo dei contratti.

L'analisi della Proposta di Regolamento permette di riscontrare come la stessa abbia rappresentato una sorta di occasione mancata da parte del legislatore europeo ai fini del consolidamento, in un unico provvedimento, di disposizioni di raccordo tra politica e mercato.

È appena il caso di anticipare una delle lacune più evidenti della Proposta di Regolamento – Common European Sales Law (CESL): la totale assenza di una sezione dedicata ai diritti fondamentali.

In controtendenza rispetto al DCFR, del quale pure rappresenta una sorta di miniatura, la CESL non contiene previsioni inerenti alla violazione dei diritti fondamentali, la cui disciplina e la cui trattazione avrebbe permesso di stabilire una sorta di equilibrio tra l'esigenza della migliore strutturazione del mercato e quella della tutela dei suoi operatori più deboli.

Il problema dell'assenza di specifiche disposizioni in materia deve essere affrontato sul piano dell'autointegrazione delle fonti e oltretutto della individuazione del rapporto tra il testo presentato dalla Commissione europea e la Carta europea dei diritti fondamentali.

In tal senso avrebbe potuto giocare un ruolo più incisivo la scienza giuridica, nel senso della ricerca e della realizzazione di una vera e propria saldatura tra i principi ordinanti del diritto dei contratti e diritti fondamentali, anche, se necessario, mediante allontanamento dalle tradizionali categorie civilistiche di riferimento².

Il superamento delle dogmatiche tradizionali, all'interno della Proposta di Regolamento, sembra essere invece avvenuto unicamente sotto un profilo di composizione strutturale del contratto, allineandosi in ciò ai precedenti progetti elaborati dalla dottrina

² Questa saldatura viene meno in un'epoca in cui proprio la tematica dei diritti fondamentali richiede una riconsiderazione delle categorie tradizionali, come il diritto soggettivo, il cui impiego, con riguardo alla persona, non può risultare meccanico e scontato. La stessa terminologia dei diritti fondamentali riflette i criteri di una vecchia dogmatica, ribadendo da un lato la molteplicità dei diritti e dall'altro riconnettendo al concetto di fondamento il postulato di una radicazione al tessuto della giuridicità. Se al concetto di fondamento, invece, viene ricollegato il valore unificante della persona nella molteplicità delle sue sviluppi esistenziali, non sembrerebbe più necessario passare attraverso la logica del diritto soggettivo e delle sue tecniche di tutela. Appare prevalente la tesi in ordine alla quale la persona è intesa come identificazione dei valori che l'ordinamento ritiene fondamentali ed in questa prospettiva appare insufficiente una tutela riferita alle tecniche di azione proprie del diritto soggettivo: in tal senso l'effetto di segno risarcitorio o inibitorio sembrano doversi ritenere di tipo residuale. Sembra, dunque, evidente che la scienza giuridica dei prossimi anni dovrà adeguare le proprie categorie a due indici sostanziali: l'unitarietà intrinseca della persona e l'impossibilità di considerarla come bene o come coacervo di beni non coordinati o integrati. Cfr. N. LIPARI, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in *Rivista di diritto civile*, 1996, I, p. 413.

È il caso della disciplina formazione del contratto e dei suoi elementi essenziali: per il codice civile italiano il contratto si ritiene concluso quando l'accordo sia consolidato su tutti i punti in discussione. Il contratto di diritto europeo, come regolato nei Principles of European Contract Law, nel DCFR, nel Code européen des contrats, si ritiene concluso quando si sia raggiunto un accordo sufficiente, che assorbe in sé quelle specifiche funzioni di controllo tradizionalmente assegnate alla causa ed alla consideration.

I riferimenti a queste due categorie, vengono dunque meno nei progetti menzionati: essi sono assenti nei Principi Lando, che all'art. 2:101 affermano «il contratto è concluso quando: a) le parti hanno manifestato la volontà di vincolarsi giuridicamente; e b) hanno raggiunto un accordo sufficiente. Non occorre nessun altro requisito».

Con riguardo specifico alla causa, la sua mancanza nel Code européen des contrats è spiegata dallo stesso Coordinatore dell'Accademia: «en tout état de cause, on ne peut pas imposer aux opérateurs et aux citoyens de l'Union Européen un concept aussi peu déterminé et privé à ce point d'un paramètre de référence certain qui justifie le maintien de la locution ci-dessus»³.

Nello stesso senso depone l'art. II.- 4:101 del DCFR che con riguardo agli elementi del contratto prevede che: «A contract is concluded, without any further requirement, if the parties: (a) intend to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect; and (b) reach a sufficient agreement».

Non diversamente l'art. 30 della Proposta di Regolamento per un diritto comune europeo della vendita stabilisce al co.1 che «Il contratto è concluso quando: (a) le parti raggiungono un accordo; (b) le parti intendono far produrre all'accordo effetti giuridici; e (c) l'accordo, integrato se necessario da norme del diritto comune europeo della vendita, ha contenuto e certezza sufficienti per produrre effetti giuridici».

Anche sotto il profilo delle invalidità contrattuali, appare evidente il ripensamento circa le classiche categorie concettuali del diritto interno, ruotanti attorno alla diade nullità/annullabilità. Il contratto di diritto europeo, così come regolato dai progetti in esame, è vincolato ad un'unica forma di invalidità, l'annullamento, la cui operatività è però condizionata da un complesso ben noto all'interprete italiano, quello dei vizi del consenso⁴.

³ Cfr. Code européen des contrats. Avant-projet, Milano, 2002, p. 129

⁴ Cfr. l'art. II. – 7:101 DCFR: «(1)This Chapter deals with the effects of: (a) mistake, fraud, threats, or unfair exploitation; and (b) infringement of fundamental principles or mandatory rules. (2) It does not deal with lack of capacity. (3) It applies in relation to contracts and, with any necessary adaptations, other juridical acts». Anche il Capo 5 della Proposta di Regolamento su un diritto comune europeo della vendita è intitolato ai

Pare allora evidente la rivisitazione, quantomeno da un punto di vista organico, della fattispecie contrattuale, in considerazione della quale l'interprete dovrà adottare un'impostazione attraverso cui rivedere, in maniera profonda, le categorie, i metodi, e gli strumenti tecnici attualmente in uso allo scopo di affrontare le problematiche connesse al contratto ed alle sue libertà⁵.

«Vizi del consenso», prevedendo all'art.54, quali specifici effetti, che «1. Il contratto annullabile è valido sino a quando non sia annullato ma, una volta annullato, è invalido con efficacia retroattiva dall'inizio. 2. Se il motivo dell'annullamento riguarda soltanto singole clausole contrattuali, l'effetto dell'annullamento è limitato a tali clausole salvo che la parte restante del contratto non possa essere ragionevolmente mantenuta in vigore. 3. Il diritto della parte alle restituzioni in natura o per equivalente in denaro di quanto sia stato trasferito o corrisposto in forza del contratto annullato è regolato dalle norme sulla restituzione di cui al capo 17». Differente è l'impostazione del Code européen des contrats, che oltre a prevedere all'art. 146 la categoria dell'annullabilità, che ricorre ai sensi del co.2 per l'incapacità di una parte; per un vizio del consenso; nelle ipotesi di contratto con se stesso e conflitto di interessi; oltretutto in ogni altro caso espressamente previsto dalla legge; disciplina quali ulteriori anomalie del contratto l'inesistenza (art. 137) e la nullità (art. 140)

⁵ Ulteriore dato strutturale che accomuna i progetti menzionati è che all'interno di essi si opera una distinzione tra contratti ordinari e contratti del consumatore, oltre all'esistenza della disciplina di diverse fattispecie contrattuali, cfr. M. BUSSANI, M. INFANTINO, *Diritto europeo dei contratti: un'introduzione*, Torino, 2010, p. 96. I PECL, sebbene rivolti alla regolamentazione della sola parte generale del contratto, richiamano spesso i contratti di prestazione di beni e/o di servizi, dedicando norme specifiche al contratto di cessione del credito (Chapter 11, «Assignment of claims»), ai contratti di assunzione del debito altrui (Chapter 12, Section 1, «Substitution of new debtor») ed a quello destinato al trasferimento di una posizione contrattuale (Chapter 12, Section 2, «Transfer of contract»). Si è già menzionato l'impianto strutturale del DCFR che comprende al suo interno la disciplina di specifiche fattispecie contrattuali (vendita, appalto, mutuo, franchising, accordi di distribuzione), laddove il Libro II del Code Européen de Contrats è destinato esclusivamente alla regolamentazione dei singoli contratti e degli obblighi extracontrattuali

2. Il diritto comune europeo della vendita nella Proposta della Commissione europea: l'identificazione della fattispecie ed il problema della base giuridica

Le consultazioni successive allo studio di fattibilità realizzato dall'Expert Group nominato dalla Commissione, hanno condotto, nell'ottobre 2011, alla Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a un diritto comune della vendita (Common European Sales Law – CESL), dove l'idea di un codice europeo dei contratti viene sostituita una possibile bozza di regolamento per una disciplina uniforme del contratto di vendita.

La sua struttura consta di tre parti: la prima concerne il vero e proprio progetto di regolamento, composto di 16 articoli indicanti, perlopiù, le finalità, il contenuto e l'ambito applicativo della Proposta.

La seconda parte contiene l'allegato I del regolamento, comprendente 187 articoli, suddivisi in otto parti, sul diritto comune europeo della vendita.

La terza parte contiene l'allegato II, relativo alla nota informativa standard, ovvero al documento che rende nota al consumatore la circostanza che il contratto verrà concluso con le norme della CESL solo a seguito di specifico consenso.

Il regolamento è volto ad introdurre negli ordinamenti degli Stati membri uno strumento opzionale, adottabile in base ad una scelta effettuata dalle parti contraenti, ed è diretto alla regolazione dei soli contratti transfrontalieri, ad esclusione, salvo che lo Stato membro non decida altrimenti, dei contratti nazionali⁶.

L'ambito applicativo, da un punto di vista materiale/oggettivo, presenta alcune peculiarità. Esso, anzitutto, è limitato ai contratti aventi ad oggetto la “fornitura” di beni mobili⁷, cui si accompagnano i contratti relativi ai contenuti digitali e quelli aventi ad oggetto i servizi connessi alla vendita⁸.

⁶ Il considerando n. 15 della Proposta di Regolamento prevede che i professionisti che operano tanto sul mercato nazionale che su quello transfrontaliero potrebbero ricavare utilità dal ricorso ad un unico schema contrattuale per tutte le loro operazioni commerciali. Per tale motivo, gli Stati membri dovrebbero essere liberi di stabilire se rendere disponibile la CESL alle parti anche in un contesto domestico

⁷ L'art. 2, lett. k) della Proposta di Regolamento definisce “contratto di vendita” quel «contratto in base al quale il professionista (“venditore”) trasferisce o si impegna a trasferire la proprietà di beni a un'altra persona (“compratore”), il quale ne paga o si impegna a pagarne il prezzo, inclusi i contratti di fornitura di beni da fabbricare o produrre ed esclusi i contratti di vendita forzata o che comportino in altro modo l'intervento della pubblica autorità». La definizione autorizza ad includere nell'ambito operativo materiale anche i contratti d'opera e d'appalto aventi ad oggetto la produzione o fabbricazione di beni mobili.

⁸ L'art. 6 della Proposta esclude dal proprio ambito applicativo i contratti misti (contenti elementi diversi dalla vendita dei beni, dalla fornitura di contenuto digitale e dalla prestazione di servizi connessi) ed i contratti collegati al credito al consumo. L'esclusione è stata oggetto esame valutativo da parte dello

Da un punto di vista sostanziale, non è presente nella sfera dispositiva della CESL una parte generale delle obbligazioni, una disciplina dei tipi contrattuali diversi dalla vendita immobiliare e quella delle fonti di obbligazioni diverse dal contratto.

È presente, invece, una regolamentazione generale del contratto, seppure notevolmente circoscritta: in essa non rientrano, infatti, le questioni relative alla capacità d'agire, alla capacità giuridica, al trasferimento della proprietà, alla disciplina delle obbligazioni soggettivamente complesse, alle modalità di estinzione dell'obbligazione differenti dall'adempimento, alla rappresentanza, alla invalidità del contratto per "immoralità", alla responsabilità extracontrattuale⁹.

L'art. 4 della Proposta di Regolamento stabilisce, poi, che il diritto comune europeo della vendita può essere applicato ai soli contratti transfrontalieri tra professionisti che abbiano residenza abituale in paesi diversi, uno dei quali sia uno Stato membro; oppure

European Law Institute (ELI), che nel settembre 2012 ha rilasciato uno *Statement on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law* al cui interno vengono formulate proposte di riforma nel senso di una rivisitazione della sfera applicativa della CESL. Il documento è disponibile sul sito web <http://www.europeanlawinstitute.eu/projects/publications/>. In particolare, gli studiosi autori dello *Statement* evidenziano come una tale esclusione comprometta l'adozione del Regolamento a fronte dell'incertezza che i giudici chiamati alla valutazione del contratto, possano non riconoscere gli elementi di estraneità in essi inseriti (quale potrebbero essere, ad esempio, i servizi di consegna correlati alla vendita oppure prestazione di liberalità come "doni di benvenuto"). Il professionista/venditore non viene adeguatamente incentivato all'adozione di uno strumento che, non disciplinando elementi comunque inseriti nel contratto, dovrà comunque essere integrato con la disciplina del singolo Stato. La fruibilità della CESL verrebbe condizionata anche dalla esclusione dalla disciplina dei servizi e delle reti di comunicazione elettronica, le infrastrutture ed i servizi collegati così come dall'obbligo di concludere il contratto di servizio correlato nello stesso momento in cui viene concluso il contratto di vendita principale. Il gruppo di studio dell'ELI ha, nel suo *Statement*, formulato perciò un'ipotesi di revisione proponendo quale oggetto della CESL, al fianco dei contratti di vendita e di quelli di fornitura di contenuto digitale, i contratti per la fornitura di qualsiasi servizio correlato, ad esclusione dei servizi finanziari. Viene altresì proposto un approccio disciplinare diverso ai contratti misti, con lo scopo specifico di assicurare l'applicazione della CESL anche quando all'interno della fattispecie siano presenti elementi non riconducibili alle disposizioni in essa previsti: cfr. lo *Statement* dell'ELI, p. 22 «The law applicable to the alien element or to the linked contract will determine the effect which invalidity or the exercise of any right or remedy under the CESL has on the other contract; the national law under which the parties have agreed on the use of the CESL will determine the effect that invalidity or the exercise of any right or remedy in relation to the other».

⁹ La proposta della CESL, presentata in forma definitiva, risulta inferiore se paragonata oltretutto al DCFR anche all'originario mandato della Commissione europea. Il compito affidato all'expert group doveva consistere in una rivisitazione della fattispecie contrattuale disciplinata dal DCFR, tanto in ordine alla struttura quanto in riferimento alla terminologia, tenendo tuttavia presenti gli strumenti di diritto uniforme già predisposti come i Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali o la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili. Alla base della singolare struttura del lavoro dell'expert-group si pongono le due linee guida fissate dalla Commissione: la prima, sintetizzabile nell'espressione "life cycle of the contract", consisteva nella realizzazione di una disciplina dove rinvenire tutto ciò che fosse cronologicamente connesso allo svolgimento del rapporto contrattuale, dai doveri pre-contrattuali di informazione alla materia delle restituzioni e delle prescrizioni. Di qui la scelta di non includere la regolamentazione di specifici istituti (eppure essenziali!) della vita del rapporto contrattuale. La seconda linea guida (user-friendliness) consisteva nell'intenzione di rendere lo strumento pienamente accessibile allo scopo di "sponsorizzarlo" presso i rappresentanti degli interessi coinvolti. Cfr. A. VENEZIANO, *Un diritto europeo per le contrattazioni on-line (anche) tra imprese?*, in *Contratto e impresa Europa*, 2012, p. 455.

tra un professionista ed un consumatore, il cui indirizzo sia diverso da quello dello Stato membro di residenza del professionista.

Per la determinazione del carattere transfrontaliero del contratto il momento rilevante è quello in cui viene raggiunto l'accordo di applicare il diritto comune europeo della vendita (co.6).

In base al disposto dell'art. 13 lett. a), però, gli Stati membri possono scegliere di ampliare l'applicabilità del CESL anche quando la residenza abituale dei professionisti (nel caso dei contratti B2b) o la residenza abituale del professionista, l'indirizzo indicato dal consumatore, l'indirizzo di consegna del bene o l'indirizzo di fatturazione (nel caso di contratti B2C) si trovino in quello stesso Stato membro. È data, dunque, la possibilità di estendere l'ambito applicativo anche alle vendite interne¹⁰.

Non si può, tuttavia, negare che proprio l'elemento transfrontaliero costituisca un limite intrinseco alla CESL, in grado di limitarne l'applicabilità disposizioni. Di queste, infatti, non potranno usufruire quelle PMI, le quali, operando unicamente sul territorio di uno Stato che non si è avvalso della facoltà di estensione anche alle negoziazioni interne prevista dall'art. 13, non potranno servirsi del diritto comune europeo della vendita¹¹.

Sotto il profilo soggettivo, l'operatività del Regolamento è condizionata da due presupposti: *in primis*, che il venditore sia un "professionista", vale a dire un soggetto che

¹⁰ Il considerando n. 13 della Proposta di Regolamento spiega le ragioni della limitazione ai soli contratti transfrontalieri: «È opportuno che il diritto comune europeo della vendita si applichi ai contratti transfrontalieri, poiché è in quel contesto che le divergenze fra diritti nazionali portano a complessità e costi aggiuntivi e dissuadono le parti dallo stabilire rapporti contrattuali. Nei contratti fra imprese, la natura transfrontaliera del contratto dovrebbe essere stabilita sulla base della residenza abituale delle parti. Nei contratti tra imprese e consumatori, è auspicabile che il requisito della natura transfrontaliera ricorra quando l'indirizzo generale indicato dal consumatore o l'indirizzo di consegna dei beni oppure l'indirizzo di fatturazione indicato dal consumatore sia situato in uno Stato membro ma fuori dello Stato in cui il professionista ha la residenza abituale». O. LANDO, *Comments and questions relating to the European Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law*, in *European Review of Private Law*, 6 – 2011, p. 721, evidenzia l'incoerenza della scelta dei redattori della CESL di consentire alle parti residenti nel medesimo Stato membro la possibilità di scegliere la CESL quale disciplina del contratto solo se lo Stato in questione sceglie di ampliare l'ambito applicativo del diritto comune europeo della vendita. A sostegno dell'ampliamento dell'ambito applicativo anche alle transazioni "domestiche" si argomenta che la limitazione prevista dalle norme della CESL accentuerebbe il rischio di frammentazione dei mercati, uno specificamente destinato alla regolamentazione dell'attività negoziale interna, l'altro volto alla disciplina delle transazioni *cross-border*. L'ambito applicativo così limitato renderebbe scarsamente "attraente" lo strumento opzionale, soprattutto in presenza di disposizioni maggiormente favorevoli ai consumatori. In tal senso W. DORALT, *The Optional European Contract Law and why success or failure may depend on scope rather than substance*, in <http://ssrn.com/abstract=1876451>, 2011, p. 13.

¹¹ Secondo lo *Statement on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law* dell'ELI, p. 20: «Similarly, the requirement puts sellers within the EU/EEA at a strategic disadvantage vis-à-vis sellers from outside the EU/EEA as, again, the latter can sell into the whole EU/EEA under one and the same legal regime»

conclude il contratto per alienare il bene mobile nell'esercizio della sua attività imprenditoriale¹².

Inoltre, il compratore/parte acquirente può essere un "consumatore"¹³ o anche un professionista, ma in quest'ultima ipotesi una delle due parti dovrà configurarsi come "piccola o media impresa" (PMI)¹⁴.

La Relazione introduttiva alla Proposta ne esplicita l'obiettivo: il miglioramento dell'instaurazione e del funzionamento del mercato interno mediante una semplificazione degli scambi cross-border per i consumatori, così come per le PMI che non godono di sufficiente bargaining power nei rapporti con le grandi multinazionali.

Le restrizioni applicative incidenti su di un piano soggettivo non sono esenti da critiche. La classificazione di una delle parti, nei rapporti B2b, quale PMI richiede una complessa attività di accertamento che impone di verificare se il fatturato ed il numero di impiegati corrispondano ai parametri imposti dall'art. 7, rendendo lacunosa, incerta e difficilmente applicabile la disciplina prevista dalla CESL.

Tale operazione si pone in netto contrasto con l'impianto della stessa Proposta, che si fonda sui principi della sussidiarietà e della proporzionalità, la cui applicazione non dovrebbe consentire limitazioni tali da impedire la realizzazione delle finalità della misura legislativa stessa¹⁵.

La Proposta prevede l'istituzione di un diritto comune europeo della vendita non sottoponendo a modifica i diritti nazionali, ma affiancando ad essi un secondo regime di diritto contrattuale che verrà applicato per espresso accordo tra le parti, dunque su base volontaria.

L'inquadramento degli elementi giuridici della Proposta, tuttavia, non risulta essere agevole, essendo irrisolta, tra le altre, la questione attinente alla base giuridica su cui essa

¹²Secondo il dettato dell'art. 2 lett. e) il professionista è «La persona fisica o la persona giuridica che agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale». La Proposta di Regolamento non potrà, dunque, trovare applicazione ai contratti mediante i quali un bene mobile sia alienato da un soggetto che non svolge alcuna attività imprenditoriale oppure da un imprenditore che non abbia agito per ragioni estranee alla propria attività imprenditoriale.

¹³ Ai sensi dell'art. 2 lett. f) è consumatore «la persona fisica che agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale»

¹⁴ L'art. 7, co. 2, precisa che è piccola e media impresa il professionista che a) occupa meno di 250 persone; b) realizza un fatturato annuo non superiore ai 50 milioni di euro oppure un totale di bilancio annuo non superiore ai 43 milioni di euro. Qualora la residenza abituale della PMI si trovi in uno Stato membro che non adotta l'euro oppure in un paese terzo, il fatturato annuo, nei parametri summenzionati, dovrà corrispondere ad un importo equivalente nella valuta dello Stato membro o del paese terzo in questione.

¹⁵ In base all'analisi dello *Statement* dello *European Law Institute*, p.19, la limitazione relativa alle PMI deve essere eliminata nella stesura definitiva della CESL, riproponendo l'art. 1 co. 2 in una diversa formulazione: «This Regulation enables traders, in particular small or medium-sized enterprises (SME), to rely on a common set of rules and use the same contract terms for all their cross-border transactions thereby reducing unnecessary costs while providing a high degree of legal certainty».

dovrebbe fondarsi, in attuazione del principio di attribuzione sancito dall'art. 5, co. 2 del Trattato sull'Unione Europea¹⁶.

Nella relazione introduttiva alla Proposta, la Commissione effettua una scelta precisa, individuando nell'art. 114 del TFUE¹⁷ la base giuridica del regolamento, il quale introduce un complesso uniforme di norme di diritto contrattuale, comprensivo di misure a tutela del consumatore, da considerare un secondo regime di diritto dei contratti all'interno dell'ordinamento nazionale di ciascun Stato membro.

L'esecutivo dell'UE sostiene che proprio in base co. 3 del medesimo articolo¹⁸, il diritto comune europeo della vendita garantirà un livello di protezione elevato dei consumatori, grazie ad un *corpus* di norme imperative che manterranno o miglioreranno il grado di tutela già previsto dalla vigente normativa della UE.

La scelta di inquadrare la base giuridica nell'art. 114 TFUE è stata criticata data la casistica analizzata dalla Corte di Giustizia, secondo cui a fondamento dello strumento opzionale dovrebbe, invece, collocarsi l'art. 352 del TFUE¹⁹.

Tale norma autorizzerebbe, infatti, l'adozione di misure allorquando l'azione dell'UE si riveli necessaria per il raggiungimento degli obiettivi stabiliti dai Trattati e questi non abbiano previsto i poteri necessari²⁰.

Non solo. Deve essere anche rilevato che il concetto di "ravvicinamento", presente nell'art.114 TFUE, comporterebbe un'azione dell'UE volta ad armonizzare le disposizioni legislative nazionali mediante una direttiva o a sostituirle mediante un regolamento, senza però autorizzare l'UE ad introdurre un separato regime giuridico

¹⁶L'art. 5 del Trattato sull'UE prevede che «In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri».

¹⁷ Il co. 1 dell'art. 114 recita infatti « [...]Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno».

¹⁸ L' art. 114 co. 3 stabilisce che «La Commissione, nelle sue proposte di cui al paragrafo 1 in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici. Anche il Parlamento europeo ed il Consiglio, nell'ambito delle rispettive competenze, cercheranno di conseguire tale obiettivo »

¹⁹ J. W. RUTGERS, *European Competence and a European Civil Code, a Common Frame of Reference or an Optional Instrument*, in <http://ssrn.com/abstract=1542533>, 2010, p. 8.

²⁰ In base all'art. 352 co. 1 infatti: «Se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate. Allorché adotta le disposizioni in questione secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio delibera altresì all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo».

destinato solo ad affiancare il diritto interno, senza una sua armonizzazione o integrazione.

Un precedente a favore dell'art. 352 TFUE si ricaverebbe dall'analisi del Reg. 1435/2003, relativo allo Statuto della Società cooperativa europea.

Tale provvedimento avrebbe introdotto un 28° regime, ulteriore rispetto a quello dei singoli Paesi membri, con l'art. 308 CE (ora art. 352 TFUE) quale base legale.

La Corte di Giustizia è stata interpellata circa la corretta base giuridica del Reg. 1435/2003, e nella sentenza del 2.5.2006 i giudici di Lussemburgo hanno precisato che essa dovesse rinvenirsi proprio nell'art. 308 CE e non nell'art. 95 CE (ora art. 114 TFUE)²¹. A questo proposito, l'articolo 308 CE (ora art. 352 TFUE) deve essere utilizzato come base giuridica di un atto solo quando nessun'altra disposizione del Trattato attribuisca alle Istituzioni comunitarie la competenza necessaria ad adottarlo.

L'art. 95 CE (ora art. 114 TFUE) abilita il legislatore comunitario ad adottare misure per migliorare le condizioni di instaurazione e il funzionamento del mercato interno: tali misure devono effettivamente avere tale obiettivo, contribuendo all'eliminazione di ostacoli alle libertà economiche garantite dal Trattato, tra cui la libertà di stabilimento.

Il ricorso a questo articolo come fondamento normativo è possibile anche quando l'obiettivo è quello di prevenire l'insorgere di ostacoli agli scambi dovuti allo sviluppo eterogeneo delle legislazioni nazionali, l'insorgere di tali ostacoli deve apparire probabile e la misura di cui trattasi deve essere progettato per prevenirli.

Il Reg. n. 1435/2003, relativo allo statuto della società cooperativa europea (SCE), mira a introdurre una nuova forma giuridica, ulteriore rispetto alle forme nazionali di società cooperativa, destinata alle società cooperative aventi specifica natura comunitaria.

La forma giuridica della SCE è disciplinata in primo luogo da tale regolamento, così come le condizioni di formazione sono specifici per quella forma di società.

Le condizioni di costituzione di una società cooperativa europea, individuate all'art. 2 del regolamento, sono proprie di quest'ultima, così come è propria della società cooperativa europea la possibilità, individuata all'art. 7 del regolamento, di trasferire la

²¹ Corte UE, 2 maggio 2006, causa C-436/03, in *Racc.* 2006, p. I – 03733, par. 43-44: « Finally, it is apparent from the provisions in Article 9 of the contested regulation, pursuant to which a European cooperative society is to be treated in every Member State as if it were a cooperative formed in accordance with the law of the Member State in which it has its seat, that the European cooperative society is a form which coexists with cooperative societies under national law. In those circumstances, the contested regulation, which leaves unchanged the different national laws already in existence, cannot be regarded as aiming to approximate the laws of the Member States applicable to cooperative societies, but has as its purpose the creation of a new form of cooperative society in addition to the national forms».

sua sede sociale da uno Stato membro in un altro, senza che tale trasferimento dia luogo a uno scioglimento o alla costituzione di una nuova persona giuridica.

La società cooperativa europea è dunque categoria che coesiste con le società cooperative di diritto nazionale. Di conseguenza, tale regolamento, nell'ottica della Corte, lasciando invariati i diversi diritti nazionali esistenti, non può essere considerato come strumento di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri applicabili alle società cooperative.

Secondo il ragionamento della Corte, l'articolo 95 CE (ora art. 114 TFUE) non avrebbe potuto costituire la giusta base giuridica per l'adozione del regolamento, il quale è stato quindi correttamente adottato sulla base dell'articolo 308 (ora art. 352 TFUE) del Trattato CE²².

In senso contrario, s'è rilevato che lo strumento opzionale, qualora adottato dalle parti come disciplina del proprio negozio, costituirebbe un'alternativa parallela rispetto agli ordinamenti degli Stati membri²³.

La Commissione presenta infatti il regolamento sulla vendita quale secondo regime giuridico interno all'ordinamento nazionale di ciascun Stato membro destinato alle transazioni cross-border e non quale 28° regime ulteriore a quello dei singoli Paesi.

Dunque, in tale prospettiva, l'art. 114 TFUE potrebbe ben rappresentare la base giuridica corretta del regolamento, considerando che il fondamento giuridico appropriato di un atto deve essere determinato in relazione al suo contenuto e dell'oggetto principale.

Nell'interpretare la nozione di ravvicinamento, infatti, la Corte di Giustizia lascia al legislatore europeo un potere discrezionale, a seconda delle circostanze specifiche della materia da armonizzare, per quanto riguarda la tecnica da adoperare nel ravvicinamento per realizzare l'obiettivo specifico²⁴.

²² Cfr. Case C-436/03, *European Parliament v. Council* (2006) ECR I – 3733, par. 46.

²³ H.W. MICKLITZ, N.REICH, *The Commission Proposal for a 'Regulation on a Common European Sales Law (CESL)' – Too Broad or Not Broad Enough?*, in *EUI Working Papers LAW*, 4/2012, p.12

²⁴ Corte UE, 8 giugno 2010, causa C-58/08, in *Racc.*, 2010, p. I-04999, par.52 «Per quanto riguarda il controllo giurisdizionale dell'osservanza di tali condizioni, la Corte ha riconosciuto al legislatore comunitario, nell'ambito dell'esercizio delle competenze attribuitegli, un ampio potere discrezionale nei settori in cui la sua azione richiede scelte di natura tanto politica quanto economica o sociale e in cui è chiamato ad effettuare valutazioni complesse. Non si tratta, quindi, di accertare se una misura emanata in un determinato settore fosse l'unica o la migliore possibile, in quanto solo la manifesta inidoneità della misura, rispetto allo scopo che le istituzioni competenti intendono perseguire, può inficiare la legittimità della misura medesima»; par. 53 «Tuttavia, anche in presenza di tale potere, il legislatore comunitario è tenuto a basare le proprie scelte su criteri oggettivi. Inoltre, nell'ambito della valutazione degli ostacoli connessi alle varie misure possibili, egli deve verificare se gli obiettivi perseguiti dalla misura prescelta siano idonei a giustificare conseguenze economiche negative, anche considerevoli, per taluni operatori»

È stato, inoltre, osservato che tutte le iniziative volte a realizzare un diritto contrattuale europeo possono essere fondate sulle competenze riconosciute al dall'art. 114 TFUE, a favore della cui elezione quale base legale dello strumento opzionale depongono anche delle argomentazioni di carattere tecnico.

La scelta della base giuridica corretta ha, infatti, una rilevanza non trascurabile. In relazione ad essa è stabilita la procedura di adozione dello strumento opzionale sulla vendita, il quale dovrà essere oggetto di una costante azione di adeguamento normativo dati i frequenti mutamenti a carattere sociale, economico e tecnologico cui la materia consumeristica è sottoposta.

Tale opera di aggiornamento dovrà essere condotta in combinato con Direttiva 83/2011UE sui diritti dei consumatori (che, a sua volta, già si fonda sull'art. 114 TFUE), allo scopo di evitare discordanze nel previsto sistema di tutele di fonte comunitaria.

Qualora la scelta dovesse ricadere sull'art. 114 TFUE, le norme della CESL sarebbero sottoposte ad una procedura ordinaria legale (già adottata per la Direttiva unificata sui diritti dei consumatori), vendendo applicate a tutti gli Stati membri, i quali non potrebbero avvalersi di una posizione speciale per bloccare l'adozione della misura, non essendo richiesta l'unanimità in seno al Consiglio.

Se, invece, dovesse essere scelta la base giuridica dell'art. 352 TFUE, l'adozione dello strumento richiederebbe l'unanimità in seno al Consiglio dopo l'approvazione del Parlamento europeo.

Non solo. L'adozione fondata su una base legale sbagliata inciderebbe in senso negativo sullo strumento in quanto quest'ultimo, se ipoteticamente adottato, correrebbe il rischio di annullamento qualora la questione della competenza venisse proposta innanzi alla Corte di Giustizia²⁵.

Il problema della base giuridica è stato analizzato dal Consiglio UE nell'incontro del giugno 2012, nell'ambito del quale si è concluso che i differenti punti di vista in merito non possono distogliere l'attenzione dalla necessità di analizzare soprattutto le norme del diritto comune europeo della vendita da un punto di vista sostanziale.

In linea con le precedenti impostazioni sul punto, appare anche il Working Document della Committee on Legal Affairs del Parlamento Europeo, dell'ottobre 2012, sulla

²⁵ Nel processo di armonizzazione del diritto contrattuale europeo non possono ignorarsi le finalità perseguite dall'UE attraverso la competenza attribuita al Consiglio ed al Parlamento ai sensi dell'art. 81 TFUE (ex art. 65 Trattato istitutivo della CE) circa la adozione di specifiche misure nella cooperazione giuridica in materia civile, per l'istituzione progressiva di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Cfr. R. ROLLI, *La proposta di regolamento europeo sulla vendita nel processo di codificazione europea*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2012, p.373.

Proposta di Regolamento, dove viene ribadita la ferma convinzione che, dando vita ad un secondo regime armonizzato all'interno degli ordinamenti degli Stati membri, la Proposta si connota quale strumento di ravvicinamento dei diritti nazionali, e dunque deve necessariamente fondarsi, da un punto di vista giuridico, sull'art. 114 del TFUE²⁶.

La questione resta, in ogni caso, ancora aperta e si auspica un intervento risolutorio definitivo da parte delle Istituzioni comunitarie, possibilmente a carattere preventivo, prima, cioè, che la Proposta possa divenire regolamento a tutti gli effetti.

²⁶Disponibile su <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/juri/workingdocuments.html#menuzone>. Con riguardo specifico alla base giuridica si evidenzia che: «Your rapporteurs are aware that questions have been raised as to whether the proposal can indeed be based on Article 114 TFEU. However, they believe that, by creating a harmonised second regime within Member States' law (see Recital 9), the proposal clearly qualifies as a "measure for [...] approximation" and therefore should be based on Article 114 TFEU, as has been confirmed by the Legal Services of the three institutions».

3. Accordo tra le parti e natura opzionale dello strumento

A norma dell'art. 3 della Proposta di Regolamento, rubricato «Natura facoltativa del diritto comune europeo della vendita», «Le parti possono convenire che il diritto comune europeo della vendita disciplina i loro contratti transfrontalieri di vendita di beni, di fornitura di contenuto digitale e di prestazione di servizi connessi rientranti nel campo di applicazione territoriale, materiale e personale definito agli articoli da 4 a 7»²⁷.

L'operatività dello strumento verrebbe sottoposta, secondo la Commissione, alla volontà delle parti, essendo richiesto uno specifico accordo che, nel caso di rapporti tra consumatore e professionista, deve essere prestato con una dichiarazione esplicita, differente da quella volta ad esprimere l'accordo di concludere il contratto.

In particolare, nei rapporti B2C, il diritto comune europeo della vendita deve essere scelto nella sua integrità e non in parte, venendo il consumatore a conoscenza di tutte le informazioni sulla disciplina regolante il contratto attraverso la nota informativa standard contenuta nell'allegato II della Proposta²⁸.

Il carattere opzionale del regolamento, dunque la sua natura facoltativa, costituirebbe il principale punto di forza della Proposta, caratterizzandosi come l'elemento in grado di conferire alle parti la libertà di scegliere la legge regolatrice del contratto²⁹.

²⁷ Il considerando 23 COM (2011) 635 def. evidenzia la necessità di un consenso derivante di una scelta consapevole ed informata, per favorire la quale «(...) il professionista non solo dovrà richiamare l'attenzione del consumatore sull'intenzione di applicare il diritto comune europeo della vendita, ma anche informarlo sulla sua natura e caratteristiche principali. Per facilitare tale compito, evitando nel contempo inutili oneri amministrativi, e garantire al consumatore un'informazione di livello e qualità uniforme, il professionista gli dovrà rilasciare la nota informativa standard prevista dal presente regolamento e disponibile in tutte le lingue ufficiali dell'Unione. Laddove non sia possibile trasmettere tale nota al consumatore, ad esempio nell'ambito di contatti telefonici, o qualora il professionista abbia omesso di rilasciare la nota informativa, l'accordo sull'uso del diritto comune europeo della vendita non potrà obbligare il consumatore finché questi non abbia ricevuto la nota informativa insieme alla conferma dell'accordo e non abbia successivamente espresso il proprio consenso».

²⁸ L'art. 9 del Regolamento, rubricato «Nota informativa standard» prevede che «1. Nei rapporti tra professionista e consumatore, in aggiunta agli obblighi di informativa precontrattuale prescritti dal diritto comune europeo della vendita, il professionista è tenuto a richiamare l'attenzione del consumatore sull'intenzione di applicare il diritto comune europeo della vendita prima dell'accordo, rilasciandogli in modo palese la nota informativa di cui all'allegato II. Se l'accordo di applicare il diritto comune europeo della vendita è raggiunto per telefono o con altro mezzo che non permetta di rilasciare al consumatore la nota informativa, o se il professionista ha omesso di rilasciare la nota informativa, tale accordo non vincola il consumatore finché questi non abbia ricevuto la conferma di cui all'articolo 8, paragrafo 2, unitamente alla nota informativa e abbia successivamente acconsentito ad applicare il diritto comune europeo della vendita. 2. La nota informativa di cui al paragrafo 1 contiene l'hyperlink, se rilasciata in forma elettronica, o l'indicazione, in tutti gli altri casi, di un sito web dal quale potersi procurare gratuitamente il testo del diritto comune europeo della vendita»

²⁹ O. LANDO, *Comments and questions relating to the european Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law*, cit., p. 723 evidenzia come le precedenti esperienze applicative di strumenti di tipo opt-in, come i Principles of European Contract Law (PECL) ed i Principles of International Commercial Contracts (PICC), nei contratti B2b, abbiano dimostrato lo scarso utilizzo di modelli simili nelle transazioni commerciali, di talché non sarebbe difficile immaginare un destino differente anche per la CESL laddove

È, tuttavia, proprio l'elemento della opzionalità a destare alcune perplessità in ordine alla natura giuridica dell'atto, un regolamento, con cui verrebbe adottato il diritto comune europeo della vendita.

L'art. 288 TFUE, co. 2, stabilisce espressamente che «Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri».

Risulta, dunque, da chiarire come l'opzionalità possa essere conciliato: a) con il carattere della obbligatorietà del regolamento; b) con il principio generale della libertà contrattuale, posto in apertura delle disposizioni preliminari del diritto comune europeo della vendita.

L'art. 1 della Proposta di Regolamento recita infatti che «Le parti sono libere di concludere contratti e di determinare il contenuto, nel rispetto delle norme imperative applicabili. 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».

Di effettiva libertà di scelta della legge regolatrice del contratto potrebbe, però, parlarsi solo nei casi in cui all'accordo si giunga a seguito di trattative gestite su un piano di una parità almeno ipotetica.

Appare evidente, invece, che la volontà di applicare il Regolamento sarà rimessa, nel concreto, a quella parte del contratto che godendo di una posizione di maggior forza economica rispetto all'altra, imporrà le condizioni da essa stessa predisposte, e ciò tanto nei rapporti B2C, quanto in quelli B2B.

Nei rapporti B2C, la disciplina proposta dalla Commissione non garantisce che l'adesione da parte del consumatore sia effettivamente libera, ma si limita unicamente ad assicurare che l'adesione alla scelta del Regolamento sia consapevole.

Al professionista che intende sottoporre il contratto al Regolamento, basterà inviare anticipatamente al consumatore la nota informativa prevista dall'art. 9 del diritto comune europeo della vendita e contenuta nell'Allegato II, richiamando l'attenzione del consumatore sulla circostanza che suddetto Regolamento sarà la legge da applicare e acquisendo la sua sottoscrizione sotto la relativa clausola³⁰, secondo una rigorosa

restasse sottoposta alla volontà applicativa delle parti, piuttosto che uno strumento di tipo opt-out sul modello della CISG.

³⁰Resta, in ogni caso, sospesa la questione della modalità secondo la quale determinare la validità dell'accordo attraverso il quale si concordi l'applicazione della CESL. Una soluzione potrebbe essere rappresentata dal riferimento, in via analogica, all'art. 10 del Regolamento Roma I, in ordine al quale la legge

procedura che ricalca l'obbligo di trattativa individuale gravante sul professionista in base alla dir. 93/13/CE.

Difficilmente il consumatore potrà ritenersi fautore di una scelta che condiziona la vicenda contrattuale di cui è co-protagonista, facoltà che avrebbe potuto essere offerta nell'ipotesi differente in cui il Regolamento avesse imposto ai professionisti l'obbligo di dare ai consumatori la possibilità di optare tra il Regolamento ed il diritto nazionale di residenza³¹.

Non diversamente, nei rapporti B2b³², qualora la parte contrattuale "forte" intenda sottoporre il contratto alla disciplina del Regolamento, includerà la clausola relativa all'interno delle condizioni generali di contratto, imponendo all'altra parte di aderirvi secondo lo schema tradizionale della contrattazione standardizzata, che implica il "prendere o lasciare" di quanto unilateralmente predisposto dal professionista "forte".

Anche nel caso in cui quest'ultimo non intenda sottoporre il contratto al Regolamento, sempre attraverso la predisposizione delle condizioni generali di contratto, gli sarà sufficiente non fare accenno alcuno al Regolamento quale legge disciplinante il contratto, con la conseguenza che questo sarà sottoposto alla Convenzione di Vienna oppure sarà regolato dal diritto nazionale applicabile in base ai criteri del Regolamento Roma I.

Resta da evidenziare che il meccanismo predisposto dagli art. 8 e dall'art. 9 della CESL, più che incentivare all'adozione dello strumento, potrebbe sortire l'effetto contrario di scoraggiarne l'impiego.

La presenza di una nota informativa, seppure con finalità di trasparenza nei confronti delle parti contraenti deboli circa i pro ed i contro del diritto comune della vendita, potrebbe suscitare l'impressione che quest'ultimo costituisca un regime svantaggioso e con standard di protezione elevati, almeno non quanto quelli previsti dagli ordinamenti nazionali.

ipoteticamente scelta determina la validità dell'accordo in merito alla scelta della legge, che in tal caso sarebbe rappresentata dalla CESL, le cui norme in tema di consenso sono contenute negli artt. 30 e ss. Cfr. H.W. MICKLITZ, N. REICH, *The Commission Proposal for a "Regulation on a Common European Sales Law (CESL) – Too broad or not broad enough?* Cit., p.19

³¹ Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Il (futuro) «Diritto comune europeo» della vendita mobiliare: profili problematici della Proposta di Regolamento presentata dalla Commissione UE*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2012, p. 367.

³² Rispetto ai quali l'art. 8, co.3, rende possibile la scelta e l'applicazione della CESL anche solo in misura parziale. Ciò contraddirebbe il disposto normativo dell'art. 1 co. 1 della Proposta di Regolamento, in ordine al quale le parti possono derogare l'applicazione delle norme salvo che si tratti di norme imperative, come evidenziato dallo studio condotto dall'ELI nel citato *Statement* del settembre 2012, all'interno del quale è stata anche avanzata una proposta di modifica dell'art. 3, mediante l'aggiunta del co. 4 contenente una specifica disposizione in merito ai rapporti B2b: «In relations between traders, partial choice may not affect the application of rules under the Common European Sales Law which cannot be derogated from agreement»

Al contrario, l'applicazione della disciplina potrebbe essere agevolata mediante l'inserimento di un preciso obbligo informativo da ricondurre a quelli previsti dagli artt. 13 e ss. della Proposta di Regolamento, ed eventualmente sanzionato con la previsione di inefficacia della scelta della CESL³³.

³³ Gli autori dello *Statement*, cit., p. 23, suggeriscono la sostituzione della nota informativa standard con un link ad un sito web ufficiale sul quale il consumatore possa ottenere per ciascuno Stato una sintetica descrizione delle principali differenze esistenti in materia di diritto dei consumatori, tra la CESL ed il proprio ordinamento nazionale.

4. Quadro normativo e difficoltà applicative di un ordine giuridico multilivello

L'introduzione di un ulteriore sistema normativo ha sollevato diverse questioni in merito all'impatto della CESL sull'interpretazione ed applicazione delle preesistenti discipline in materia contrattuale.

Il considerando n. 12 della Proposta di Regolamento dispone lo specifico effetto preclusivo del diritto comune europeo della vendita: la volontà delle parti di applicare questo *corpus* normativo completo ed armonizzato escluderà l'applicazione dell'art. 6 co. 2, relativo ai contratti coi consumatori, del Reg. n. 593/2008 (Roma I) sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali³⁴.

L'effetto preclusivo darebbe, dunque, precedenza all'applicazione dello strumento opzionale rispetto alle norme imperative nazionali, neutralizzando l'operatività dell'art. 6 Reg. 593/2008.

Da un punto di vista giuridico, tale meccanismo costituisce il risultato dell'esigenza di rendere prioritaria la CESL sulla restante produzione normativa di fonte comunitaria, tentando di realizzare così un'armonizzazione pressoché totale.

In tal senso deve ancora una volta ribadirsi la conflittualità degli intenti voluti dal legislatore europeo: la Direttiva unificata sui diritti dei consumatori n. 83/2011/UE si prefigge come obiettivo un'armonizzazione soltanto parziale, limitata ai settori delle vendite a distanza e fuori dei locali commerciali.

Specifici problemi di coordinamento sussistono, anche, rispetto al Reg. n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II). Quest'ultimo non contiene una disposizione simile all'art. 6 Reg. Roma I, ma rende applicabile la legge nazionale secondo criteri oggettivi da esso stesso previsti.

Non essendo ricomprese nella CESL disposizioni in materia di obbligazioni extracontrattuali, l'effetto preclusivo non opera rispetto alle norme nazionali in quest'ambito, così come anche previsto dal considerando n. 27 della Proposta³⁵.

³⁴ Il Considerando 13 della Proposta di regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita recita infatti: «Poiché il diritto comune europeo della vendita contiene un corpus completo di norme imperative a tutela dei consumatori completamente armonizzate, se le parti scelgono di applicarlo i diritti degli Stati membri non presenteranno divergenze al riguardo. Di conseguenza, l'articolo 6, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 593/2008, che si fonda sull'esistenza di livelli divergenti di protezione del consumatore negli Stati membri, non ha rilevanza pratica per gli aspetti disciplinati dal diritto comune europeo della vendita».

³⁵ Nel considerando 27 è specificato infatti che «Qualsiasi materia di natura contrattuale o extracontrattuale non rientrante nel campo di applicazione del diritto comune europeo della vendita è regolata dalle norme preesistenti, estranee al diritto comune europeo, della legge nazionale applicabile in virtù del regolamento (CE) n. 593/2008, del regolamento (CE) n. 864/2007 o di altre norme di conflitto pertinenti. Tali materie includono la personalità giuridica, l'invalidità del contratto derivante da incapacità giuridica, illegalità o

Resta, dunque, complessa la definizione dei rapporti tra la Proposta di regolamento e la normativa di diritto internazionale privato in materia contrattuale.

Un tentativo di semplificazione in tal senso verrebbe compiuto dalla Commissione allorché specifica che il regolamento rappresenta una forma di armonizzazione del diritto contrattuale degli Stati membri, che non impone modifiche ai diritti nazionali ma crea nell'ordinamento giuridico di ciascuno Stato un secondo regime di diritto dei contratti per i contratti che rientrano nel suo campo di applicazione³⁶.

La qualificazione del regolamento proposto come secondo regime, però, non risolve le difficoltà di coordinamento tra la Proposta di Regolamento e le norme del Regolamento Roma I, in particolare l'art. 6 co. 2³⁷.

Il par. 1 di questo articolo stabilisce infatti che «fatti salvi gli artt.5 e 7, il contratto concluso tra un consumatore ed un professionista è disciplinato dalla legge del paese in

immoralità, la determinazione della lingua del contratto, la non discriminazione, la rappresentanza, la pluralità di debitori e creditori, la modifica delle parti compresa la cessione, la compensazione e la confusione, il diritto di proprietà compreso il trasferimento del titolo, la proprietà intellettuale e la responsabilità extracontrattuale. La questione se domande concorrenti attinenti alla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale possano essere fatte valere assieme è anch'essa esclusa dal campo di applicazione del diritto comune europeo della vendita». L'approccio semplicistico adoperato dalla Commissione lascia scoperte le ipotesi in cui obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali sono destinate ad una sovrapposizione, quale la responsabilità da prodotto e la *culpa in contrahendo*. Se l'art. 5 e l'art. 12 del Regolamento Roma II forniscono una disciplina specifica inquadrando le due fattispecie come ipotesi di responsabilità extracontrattuale, non viene adottata una soluzione univoca negli ordinamenti dei diversi Stati membri. In particolare, in Germania il dovere di cooperazione e scambio di informazioni nella fase delle trattative è inquadrabile nei principi della culpa in contrahendo, laddove nell'ordinamento francese essi riposano sulla clausola generale prevista dall'art. 1382 Code Civil. Anche la disciplina della responsabilità da prodotto è stata in parte armonizzata dalla Dir. 85/374/CE, il cui art. 13 ha lasciato, però, impregiudicati i diritti che il danneggiato può esercitare in base al proprio ordinamento di appartenenza.

³⁶ Considerando n. 9 «(...)Tale secondo regime dovrà essere identico in tutta l'Unione e coesistere con le norme vigenti di diritto nazionale dei contratti. Il diritto comune europeo della vendita si applicherà ai contratti transfrontalieri su base volontaria e per accordo espresso delle parti».

³⁷ Occorre ricordare che nel processo di redazione della Proposta di Regolamento, tra le possibili opzioni vi era quella della sua qualificazione come 28° regime operante al fianco degli ordinamenti nazionali e non destinato ad un' integrazione con questi ultimi. La scelta di un 28° regime non è stata successivamente adottata in considerazione di almeno tre fattori. Il primo concerne il rapporto con l'art. 3 del Regolamento Roma I, il quale non specifica se la legge che le parti possono scegliere di applicare possa o meno avere natura sovranazionale come la CESL. La seconda ragione è dettata dalla circostanza che alcuni Stati membri, in applicazione dell'art. 25 del Regolamento Roma I, non applicano quest'ultimo ai contratti di vendita transfrontalieri ma la Convenzione dell'Aia del 15 giugno 1955 sulla Legge Applicabile alla vendita internazionale di beni. Qualificandola come 28° regime, l'eventuale scelta della CESL non sarebbe sottoposta alle medesime norme di diritto internazionale privato. In ultimo, l'art. 6 del Regolamento Roma I stabilisce al co. 2 che la scelta della legge disciplinante i contratti con i consumatori, non può, in ogni caso, privare questi ultimi della tutela prevista dalle norme imperative del proprio ordinamento di residenza. Dunque, qualora la CESL venisse sottoposta alle norme del diritto internazionale privato, le disposizioni imperative nazionali, maggiormente protettive del consumatore, dovrebbero prevalere. Tale rinvio normativo avrebbe come effetto che i contratti con i consumatori non sarebbero sottoposti ad un complesso uniforme di leggi, ma ad una miscela di norme composte in parte dalla CESL ed in parte dalle disposizioni interne più favorevoli, miscela destinata ad operare diversamente a seconda del Paese di applicazione. Ne consegue che la qualifica di 28° regime osta al conseguimento degli obiettivi specifici della CESL in ragione della complessa configurazione del rapporto tra quest'ultima e le norme di diritto internazionale privato. Cfr. G. RUHL, *The Common European Sales Law: 28th regime, 2nd regime or 1st regime?*, in <http://ssrn.com/abstract=2025879>, 2012, p. 3.

cui il consumatore ha residenza abituale, a condizione che il professionista: a) svolga la sua attività commerciale o professionale nel paese in cui il consumatore ha residenza abituale; b) diriga tali attività, con qualsiasi mezzo, verso tale paese o vari paesi, tra cui quest'ultimo; e il contratto rientri nell'ambito di dette attività».

Il par. 2 del medesimo articolo precisa, tuttavia, che in deroga a quanto stabilito nel par. 1, le parti sono libere di scegliere la legge applicabile ad un contratto che soddisfi i requisiti del par. 1, in conformità all'art. 3, che enuncia la libertà delle parti nel designare la normativa da applicare a tutto il contratto od una parte di esso.

La scelta effettuata, tuttavia, non potrà privare il consumatore della protezione assicurategli dalle disposizioni cui non è permesso derogare convenzionalmente ai sensi della legge che, in mancanza di tale scelta, sarebbe stata applicabile a norma del par. 1.

In applicazione del principio della libertà di scelta, le parti possono dunque scegliere un legge differente da quella del paese di residenza del consumatore, quale potrebbe essere la CESL³⁸.

In ogni caso, la legge frutto della scelta negoziale operata dalle parti non potrebbe mai privare il consumatore dello standard di protezione che gli verrebbe assicurato dalle disposizioni dell'ordinamento di residenza abituale, che sarebbero state applicate in caso di mancanza di scelta.

La questione è che scegliere la CESL, in qualità di secondo regime alternativo agli ordinamenti interni, equivale ad operare una scelta di legge a livello di diritto internazionale privato tesa a sostituire tanto le disposizioni imperative quanto quelle dispositive della legge altrimenti applicabile. In quanto tale essa resta soggetta al meccanismo dell'art. 6 par. 2 Regolamento Roma I che ne consente l'applicazione solo nella misura in cui sia in grado di offrire uno standard di protezione superiore a quello offerto dalle norme imperative della legge di residenza abituale del consumatore.

Diversamente, verrà applicata una normativa che, componendosi sia delle disposizioni della CESL che di quelle imperative del paese di residenza abituale del consumatore,

³⁸ Con riferimento all'ipotesi in cui il professionista «svolga le sue attività commerciali o professionali nel paese in cui il consumatore ha la sua residenza abituale», parte della dottrina ha sostenuto che, oltre alla presenza fisica del professionista, sia necessario che l'attività in quel luogo venga svolta sistematicamente e continuativamente, oltreché essere correlata ad un ampio volume d'affari, cfr. P. CACHIA, *Consumer contracts in Europe Private International Law: the sphere of operation of the consumer contract rule in Brussels I and Rome I Regulations*, in *European Law Review*, 3/2009, p. 483; J. N. STØREN, *International Jurisdiction over consumer contracts in e-Europe*, in *Int. Comp. Law Quar.*, 52, 2003, p.676

varierà di Stato in Stato, con la pratica conseguenza della insussistenza di un *corpus* uniforme di norme fondato sui principi della trasparenza e certezza giuridica³⁹.

In dottrina viene evidenziato che la concreta portata della Proposta di regolamento verrebbe esplicitata nei riguardi delle vendite on line, rispetto alle quali essa produrrebbe un effetto immunizzatore dall'art. 6 del Regolamento Roma I⁴⁰.

L'inserimento di una specifica disposizione all'interno del Regolamento Roma I o all'interno della CESL che esplicitamente escluda l'applicazione dell'art. 6, laddove le parti abbiano validamente scelto il diritto comune europeo della vendita come legge regolatrice del contratto, potrebbe rappresentare una possibile soluzione destinata a sciogliere i conflitti tra le diverse normative applicabili.

Non meno complessa è la configurazione del rapporto con la Convenzione di Vienna (United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods - CISG).

L'introduzione di un nuovo strumento per la disciplina dei rapporti commerciali transfrontalieri rende decisamente più complesso il panorama normativo nel cui tessuto si inseriscono i rapporti B2b.

Nella disamina del rapporto tra CESL e CISG, la prima questione da affrontare riguarda la effettiva necessità di un ulteriore fonte regolativa dei rapporti crossborder tra professionisti.

Il concreto bisogno deve essere misurato anzitutto valutando: a) se le diversità tra i diritti contrattuali dei diversi Paesi membri cagionino un effettivo ostacolo al commercio del mercato interno; b) se l'impianto uniforme di norme già esistenti, come la CISG

³⁹ Problemi non diversi si evidenziano nelle ipotesi negoziali che coinvolgono solo professionisti o solo consumatori (B2b o C2C), laddove il venditore non risieda abitualmente nella UE. In questo caso l'art. 4 co. 1 lett. a) del Regolamento Roma I rimanda espressamente alla legge del paese in cui il venditore ha residenza abituale, e cioè il paese terzo, ostacolando di fatto la scelta della CESL. Anche nelle ipotesi in cui il consumatore non sia abitualmente residente nell'UE possono profilarsi problemi applicativi: in tal caso la CESL potrà regolare il contratto solo se interpretata come implicita scelta della legge di uno Stato membro.

⁴⁰ È pienamente condivisibile la lettura di P. SIRENA, *Diritto comune europeo della vendita vs. Regolamento di Roma I: quale futuro per il diritto europeo dei contratti?* in *Contratti*, 2012, p. 634, che evidenzia la difficoltà di stabilire, nell'ipotesi della vendite on line, quando un professionista diriga la propria attività nel Paese di residenza del consumatore. Sul punto devono essere ricordati i criteri individuati dalla Corte di Giustizia, nei procedimenti riuniti C-585/08 e C-144/09, per stabilire se l'attività di un imprenditore, presentata sul suo sito internet o su quello di un intermediario, possa reputarsi rivolta verso lo Stato membro in cui è domiciliato il consumatore. A tal fine, dovrà tenersi conto del Reg. (CE) 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, circa la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Secondo la Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 15, n.1, lett. c) di quest'ultimo, prima della conclusione del contratto si dovrà verificare se, dai siti internet e dall'attività del commerciante, risulti che egli intendeva commerciare con consumatori domiciliati in uno o più Stati membri. La mera accessibilità del sito è, tuttavia, un criterio non sufficiente, costituendo invece criterio rilevante la circostanza che dal sito stesso e dal complesso della attività del professionista risulti che egli intendeva commerciare con consumatori domiciliati in uno o più Stati membri, tra cui quello dello stesso consumatore.

appunto, si connoti per lacune significative tali da giustificare un'integrazione normativa; c) se l'eventuale integrazione normativa si connoti o meno come innovazione.

È stato messo in evidenza che le differenze tra i diversi sistemi di diritto contrattuale non causano particolari problematiche nelle transazioni crossborder tra professionisti⁴¹.

Le divergenze non sembrano compromettere la funzionalità del mercato interno in considerazione della "standardizzazione" dei contratti, strumento attraverso cui i professionisti riducono gli effetti negativi delle diversità tra ordinamenti ed ordinamenti creando apposite figure standard attraverso cui operare una redistribuzione dei rischi con la previsione di apposite garanzie, limitazioni di responsabilità, rimedi per l'inadempimento, etc. Questi contratti standard, anzi, sembrano neutralizzare l'operatività di strumenti sovranazionali come la CESL o la CISG, fatta eccezione per quelle norme in materia di interpretazione ed esecuzione.

La coesistenza dei due diversi sistemi normativi verrebbe complicata dal differente ambito applicativo su cui essi andrebbero ad incidere.

L'art. 2 lett. a) della CISG prevede espressamente che: «La presente Convenzione non disciplina le vendite di merci acquistate per uso personale, familiare o domestico, a meno che il venditore, in un qualsiasi momento anteriore alla conclusione o al momento della conclusione del contratto, non sapesse e non fosse tenuto a sapere che tali merci erano comprate per tale uso», laddove la CESL si caratterizza come complesso normativo "misto" in cui coabitano tanto disposizioni volte a regolare il rapporto di consumo, quanto il rapporto commerciale tra imprenditori, seppure non dotati del medesimo potere contrattuale.

Si è giustamente osservato che la preoccupazione di creare una regolamentazione uniforme in materia di contratti per i consumatori tende a sovrapporsi alla materia dei contratti commerciali, in relazione alla quale la CISG già offre un complesso di regole uniformi e nella cui trattazione i professionisti non sono tenuti a confrontarsi con

⁴¹ Cfr. Eurobarometer survey on European contract law in business-to-business transaction, Flash EB # 320 2011, p. 25 «Focusing on enterprises that claimed to be affected by one or more of the contract law-related potential barriers of international trade within the EU, the majority (64%) claimed that such barriers at least *occasionally* deterred them from doing such business. Only 3% of these companies said that these problems completely deterred them from trading cross-border ("always"). 12% indicated that such concerns significantly decreased their cross-border activity (that they were "often" deterred from cross-border activities), 49% said these obstacles occasionally (i.e. not very often) discouraged them from cross-border trade, while 33% said that such problems were not preventing them at all from engaging in crossborder transactions».

l'insieme dei principi determinanti l'acquis communautaire o alla necessità di eludere l'insieme delle norme imperative dettate a tutela dei consumatori⁴².

A questo proposito deve essere osservato che la concorrenza tra i due diversi sistemi regolatori dei contratti B2b è determinata anche da un diverso meccanismo di applicazione: la CISG opererà in base ad un sistema di opt-out, e cioè il contratto sarà da essa regolato a meno che le parti non scelgano di sottoporlo ad una differente normativa, che sarà la legge di appartenenza di una dei contraenti.

Al contrario la CESL opererà in base alla volontà specifica delle parti - sistema opt-in - di sottoporre il contratto al diritto comune europeo della vendita. Nella delimitazione dell'ambito applicativo dei due strumenti, il considerando n. 25 della Proposta di Regolamento precisa che dalla scelta del diritto comune europeo della vendita scaturisce l'accordo delle parti ad escludere l'applicabilità della Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di merci.

È importante, tuttavia, notare che la volontà delle parti di gestire la contrattazione fuori dall'ambito di applicazione della CISG è questione da valutarsi solo ed esclusivamente nell'ambito di questa, a ciò non bastando né la scelta della legge di uno degli Stati contraenti che implicitamente escluda la CISG né un considerando della Proposta di Regolamento⁴³.

Ulteriori difficoltà sorgono poi nell'ipotesi in cui le parti scelgano di adottare la CESL solo parzialmente, lasciando che il contratto venga regolato, per altra parte, anche dalla CISG. Il rischio è quello di sottoporre il negozio a discipline differenti, con difficoltà di coordinamento tra le stesse con riferimento alla medesima fattispecie.

Non sempre, inoltre, la scelta di una regolamentazione uniforme è l'opzione seguita dal professionista, e ciò sembra doversi soprattutto ad una scarsa familiarità con la CISG

⁴² Cfr. N. KORNET, *The Common European Sales Law and the CISG: complicating or simplifying the legal environment?*, in <http://ssrn.com/abstract=2012310>, 2012, p.13.

⁴³ Sul punto cfr. M.W. HESSELINK, *How to opt into the Common European Sales Law? Brief comments on the Commissions Proposal for a Regulation*, in *European Review of Private Law*, 1 – 2012, p. 201, il quale ritiene importante sottolineare che, laddove le parti hanno deciso di non applicare alcune o tutte le regole della CISG, è fattore determinato dalla stessa CISG, quale legge applicabile al contratto. Pertanto, la richiesta, contenuta nel considerando del regolamento proposto, che la scelta del CESL dovrebbe implicitamente esprimere l'accordo tra le parti contrattuali di escludere la convenzione, configurerebbe come eccesso di potere. Quello che dovrebbe manifestare l'accordo tra le parti contrattuali nel senso di una esclusione della Convenzione non può essere determinato da un regolamento europeo, ma è determinato, di volta in volta, dalla stessa Convenzione, in particolare dal suo art. 8. Con riguardo al rapporto tra future diritto europeo dei contratti e diritto uniforme già esistente per i singoli tipi contrattuali, G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, p. 66, ritiene che non sia opportuno inglobare la CISG nel futuro codice europeo. Considerando che la CISG è opt-out, se il codice europeo sarà opt-in, allora dovrà prevalere la CISG sul codice europeo. Laddove il codice europeo sarà opt-out, allora dovrà prevalere il codice europeo nella parte in cui disciplina la vendita.

in ragione degli elevati costi di apprendimento che essa potrebbe comportare in fase applicativa.

In relazione al profilo della necessità di un'integrazione normativa, esistono ragioni di ordine sostanziale che inducono alla scelta di non adottare uno strumento di disciplina uniforme quale la CISG, e cioè l'assenza di disposizioni circa la validità di clausole di esclusione e limitazione della responsabilità, o la sua inadeguatezza nella regolamentazione di alcuni settori del mercato, quale quello delle materie prime, relativamente al ruolo del principio della buona fede, o la risoluzione in caso di inadempimento, riduzione del prezzo e metodo di quantificazione del danno⁴⁴.

L'incompletezza della Convenzione di Vienna⁴⁵ non determina, però, la totale assenza di regimi internazionali destinati alla disciplina delle transazioni commerciali, essendo nella disponibilità dei professionisti sottoporre i contratti di cui siano parte ad un regime misto caratterizzato dalla combinazione di disposizioni della CISG con i principi UNIDROIT, specificamente destinati ai contratti commerciali.

L'incompletezza della CISG induce, però, a far riflettere sulla lacunosità anche della CESL, che, pur ambendo a qualificarsi come sistema normativo potenzialmente completo, lascia fuori dalla propria sfera applicativa significativi istituti di diritto contrattuale quali capacità, rappresentanza, nullità del contratto per immoralità ed illegalità, ed aspetti proprietari di beni mobili.

Sarebbe legittimo, dunque, dubitare che la CESL, destinata solo parzialmente alla disciplina dei contratti commerciali, possa esercitare adeguatamente una funzione di integrazione e di innovazione della CISG.

Alla luce di quanto sopra, l'introduzione della CESL, all'interno di uno scenario di per sé già complesso, sembra potersi giustificare solo nell'ipotesi in cui essa conferisca un valore aggiunto alle dinamiche contrattuali tra professionisti e ciò dipende in gran parte

⁴⁴ L'incompletezza della CISG è attestata dallo stesso art. 4 che ne circoscrive la disciplina alla formazione del contratto di vendita nonché ai diritti ed obblighi che lo stesso fa sorgere tra venditore e compratore. Essa, pertanto, non riguarda la validità del contratto né delle sue clausole né degli usi, né degli effetti che il contratto può avere sulla proprietà delle merci vendute. Dall'ambito applicativo della CISG esula, dunque, la disciplina dei vizi del consenso, dei doveri precontrattuali di informazione, della correttezza e della validità delle condizioni standard. Cfr. N. KORNET, *The Common European Sales Law and the CISG: complicating or simplifying the legal environment?*, cit., p.11

⁴⁵ La necessità di assicurare un'applicazione uniforme è strettamente vincolata alla necessità di sottoporre la casistica fino a questo momento prodotta ad un'unica corte cui assegnare l'arduo compito nomofilattico e colmare *gaps* provocati dalle differenti interpretazioni prodotte dalle Corti nazionali. La medesima difficoltà si riscontrerebbe per la CESL, rispetto alla quale non è ben chiaro se un tale compito possa essere adeguatamente svolto dalla Corte di Giustizia dell'unione Europea.

dalla appropriatezza delle norme che la compongono, valutazione che non può essere effettuata in assenza di un riscontro giurisprudenziale da parte della Corte di Giustizia⁴⁶.

Se la CESL costituisca o meno strumento adeguato è questione da affrontarsi sul piano pratico, valutandone l'idoneità attraverso l'utilizzo di un criterio interpretativo uniforme ed autonomo, che ne definisca i confini applicativi con gli ulteriori strumenti normativi in materia, come la CISG⁴⁷ o come gli ordinamenti giuridici nazionali che, identificati mediante diritto internazionale privato, pure si connotano come effettivi concorrenti della concreta operabilità della Proposta di Regolamento⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. L. VALLE, *Diritto privato di derivazione europea, diritto privato europeo e regolazione dei contratti transnazionali nel mercato interno europeo*, in www.comparazionediritto.civile.it, p.44, secondo cui è possibile ritenere che in una prima fase lo strumento opzionale non verrebbe sperimentato nel campo delle relazioni tra contraenti professionali, che già possono usufruire di un bagaglio di esperienze con altri strumenti, soprattutto nazionali, e che il campo di maggior possibile adozione sarebbe quello dei contratti tra PMI e consumatori, soprattutto nelle ipotesi di contratti on line. Resta un dato di fatto la diffusa critica alla CESL di non poter essere estesamente applicata a tutti i rapporti tra parti professionali.

⁴⁷ In tal senso, la revisione sul progetto della Commissione dovrebbe insistere sulla *an* e sul *quantum* includere la disciplina delle transazioni con le PMI, cfr. H.W. MICKLITZ, N. REICH, *The Commission Proposal for a "Regulation on a Common European Sales Law (CESL) – Too broad or not broad enough?"* cit., p.31. I primi riscontri permettono di trarre già alcune, importanti conclusioni in termini di ripensamento dell'approccio utilizzato dal legislatore uniforme. Anzitutto, sarebbe da rivedere l'ambito applicativo dello strumento, eventualmente limitandolo alle sole transazioni B2C, con esclusione dei rapporti commerciali tra imprenditori già rientranti nell'area disciplinare di altri strumenti normativi. La nozione di transazione commerciale B2C andrebbe poi rivisitata in linea con quanto previsto nel considerando n. 17 della Direttiva uniforme sui diritti dei consumatori, in ordine al quale la definizione di consumatore dovrebbe comprendere le persone fisiche che agiscono al di fuori della loro attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e lo scopo commerciale. Nel caso di contratti con duplice scopo, però, qualora il contratto sia concluso per fini che solo in parte rientrano nel quadro delle attività commerciali della persona e lo scopo commerciale sia talmente limitato da non risultare predominante nel contesto generale del contratto, la persona in questione dovrebbe altresì essere considerata come consumatore.

⁴⁸ G. DE NOVA, *Contratti senza Stato (a proposito del Draft CFR)*, in DE NOVA, *Il contratto, dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, p. 298, il quale sottolinea la pratica del ricorso per la maggior parte dei contratti tra imprese a tecniche di redazione basate sullo stile anglo-americano. Questi contratti vengono redatti in lingua inglese. L'autore li definisce alieni poiché contengono la designazione della legge italiana come legge applicabile, ma sono redatti in base ad uno schema di condizioni contrattuali che rinvia per il suo carattere ad ordinamenti diversi, soprattutto anglosassoni. Ciò avviene non soltanto in caso di contratti internazionali, ma anche di contratti domestici. ID., *Il contratto alieno*, cit., p. 48: «Ciò avviene quando un soggetto non italiano stipula un contratto in Italia con un soggetto italiano che ha forza contrattuale sufficiente per imporre come legge applicabile il diritto italiano; ciò avviene anche quando al momento della predisposizione del testo contrattuale non si sa chi sarà la controparte del soggetto italiano, perché tale soggetto sarà individuato solo all'esito di una gara internazionale, ed anche se alla fine la gara sarà vinta da un soggetto italiano il testo contrattuale sarà quello statunitense, dotato di idoneità generale; ciò avviene anche quando la controparte contrattuale del soggetto italiano è a sua volta un soggetto italiano, ma controllato da un soggetto non italiano; ciò avviene quando la casa madre statunitense della multinazionale impone alla società figlia di diritto italiano operante in Italia di utilizzare contratti standard negli Stati Uniti e neppure letteralmente tradotti in italiano, bensì lasciati in inglese».