

Contratación B2B, Comercio Internacional, Compraventa Internacional de Mercaderías, Transporte, Incoterms

Emilio Tucci

*Diplomato, al Liceo Scientifico A. Diaz di Caserta, Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli Professore Aggregato di Informatica del diritto, Seconda Università degli Studi di Napoli
E-mail: emilio.tucci@unina2.it; emilio.tucci@avvocatismcv.it*

Resumen

En el presente texto se hace una reflexión acerca de los Contratos B2B, normas aplicables a los mismos en el Convenio de la Haya, Convenio de Roma, LexMercatoria, Lex Suave. La convención sobre la contratación electrónica, el comercio electrónico y finalmente los Incoterms.

Palabras clave: Contratos B2B, Contratación electrónica, Comercio electrónico.

Abstract

This paper pretends a reflection on the B2B contracts, The Hague Convention rules, Rome Convention, Lex Mercatoria, soft law, the electronic contracting convention, electronic trade convention, and the Incoterms.

Keywords: B2B contracts, Electronic procurement, E-commerce.

Résumé

Dans cet article, une réflexion sur les contrats B2B, les mêmes règles de la Convention de La Haye, la Convention de Rome, Lexmercatoria, Lex de vintmou. La convention sur les contrats électroniques, trade électronique en fin Incoterms.

Mots-clés: Les contrats B2B, L'approvisionnement électronique, L'e-commerce.

Contratación B2B, Comercio Internacional, Compraventa Internacional de Mercaderías, Transporte, Incoterms

Emilio Tucci

1. PREMESSA

Negli ultimi anni la diffusione dell'informatica e della telematica è aumentata vertiginosamente così come le occasioni di contatto con le nuove tecnologie.

Internet è ormai, una realtà onnipresente che caratterizza la moderna società in tutte le sue declinazione. Lo scambio di beni e servizi avviene sempre più ricorrendo ai mezzi di comunicazione a distanza.

L'utilizzo delle nuove tecnologie difficilmente può essere studiato ed inquadrato giuridicamente prescindendo dal mezzo di comunicazione *internet*, il solo a rendere davvero determinate l'innovazione tecnologica nei processi produttivi, organizzativi ed amministrativi.

Internet come *medium*, come strumento di comunicazione, infatti, consente di aggirare barriere e distanze, incidendo in maniera notevole su tutti i predetti processi.

Il diritto quale complesso di norme che regolano l'organizzazione di uno Stato, qualunque sia la sua forma, necessita di un "dove"! Il problema del *cyberspazio* è che non c'è un dove. Le peculiarità della rete, infatti, sono costituite dalla grande difficoltà di collocare geograficamente i soggetti che vi operano e contestualmente dalla particolare attitudine alla diffusione di informazioni ed alla realizzazione di negozi giuridici dialogando anche in tempo reale con utenti, spesso *cyberconsumatori*, di tutto il mondo, proprio in virtù della menzionata aspatialità.

L'individuazione della legge applicabile agli atti compiuti via *internet* costituisce, evidentemente, un problema di carattere generale posto che l'individuazione della fonte del diritto applicabile alle attività di rilevanza giuridica svolte sul *world wide web*, è fondamentale per la concreta determinazione del "diritto" applicabile e della giurisdizione relativa.

I singoli diritti nazionali sono ormai sempre più inadeguati a regolare i fenomeni dell'economia globalizzata che, in presenza di un *cyberspazio* caratterizzato come già detto dalla atterritorialità, oltrepassano il classico "limite territoriale" del diritto.

L'assenza di certezza e l'approccio ancora empirico alla problematica segnalata del "quale diritto e quale giudice", incide negativamente sulle opportunità che la rete e l'*Information and Communication Technology* (ICT) in genere, è in grado di offrire non solo al mondo produttivo ma anche alla stessa organizzazione amministrativa statale.

Il diritto deve individuare nuove forme di regolamentazione in grado di disciplinare l'economia elettronica internazionale prescindendo da qualsiasi legame materiale con il territorio (Alpa, , 2000; Rossello, 2006).

Le soluzioni fino ad ora prospettate nel tentativo di individuare la giusta *governance* di *internet* (Finocchiaro, 2001; Draetta, 2005; Rossello, 2006; Papa, 2009; De Minico, 2012) sono individuabili nell'applicazione del diritto vigente, suddiviso a sua volta in normativa statuale o convenzionale, nella necessità di adeguare il diritto e le sue fonti ai nuovi fenomeni giuridici del *cyberspazio*, nell'assenza totale di regole autoritative lasciando all'autoregolazione il compito di creare un ordine equilibrato nonché nella realizzazione di un ordinamento speciale dotato di regole proprie, una *lex informatica*, insomma, in grado di risolvere con soluzioni di carattere tecnologico universalmente condivise, i problemi di coordinamento delle legislazioni nazionali.

La convinzione è che la soluzione debba essere ricercata, come spesso accade, in una giusta via di mezzo ritenendo non soddisfacente tanto la soluzione che lega la *governance* di *internet* all'applicazione del diritto vigente quanto quella che la lega alla creazione di una regolamentazione speciale di natura tecnologica che avverrebbe al di fuori di qualsiasi processo democratico di decisione.

La *lex informatica*, infatti, rimetterebbe l'adozione delle regole tecniche ai soggetti che, dettandone gli *standard*, regolano il *web* sotto il profilo tecnologico con un grave rischio per i diritti e le libertà degli utenti.

Le possibili fonti di regolamentazione di *internet* – da individuare con riferimento ai modelli centralizzati di produzione delle regole, nel diritto internazionale, nel diritto comunitario e nel *soft law* che, però, a differenza dei primi due, produce modelli normativi, linee guida e raccomandazioni prive di portata precettiva e con riferimento, invece, ai modelli decentralizzati di produzione delle regole, nell'autoregolamentazione e nella *lex mercatoria* – non devono essere considerate autonomamente ed in rapporto di esclusione reciproco ma, piuttosto, quali strumenti concorrenti in grado di interagire e sopperire reciprocamente alle rispettive carenze a vantaggio della disciplina di un fenomeno complesso qual è *internet*.

2. E-COMMERCE: PROFILI GENERALI

Tra le attività del *cyberspazio* un ruolo di assoluto rilievo è assunto dall'*e-commerce* avente ad oggetto lo scambio di beni e servizi attraverso una rete informatica.

Il *web* è diventato un grande mercato senza confini che consente la circolazione di beni e servizi e, conseguentemente, di ricchezza. Le attività di *e-commerce* si caratterizzano per l'inesistenza di uno spazio materiale. Il luogo di formazione del consenso contrattuale è dematerializzato così come, in molti casi, la fase dell'esecuzione e del pagamento del prezzo (e.g. pagamenti telematici) con la conseguente, cennata ed evidente difficoltà di adattare alla fattispecie telematica le categorie tradizionali elaborate dal diritto (es. esecuzione dell'obbligazione; luogo in

cui si verifica l'evento dannoso; contraffazione dei marchi; violazione delle norme in materia di diritto d'autore ecc.).

Sotto il profilo oggettivo è possibile distinguere, nell'ambito della più ampia nozione di commercio elettronico, le ipotesi di trasferimento del bene rispetto a quelle di erogazione di un servizio. Tanto in un caso quanto nell'altro la consumazione potrà avvenire *on-line*, ed in tal caso si parlerà di commercio elettronico diretto (es. *download* di un *ebook*, di un *software* etc.) oppure necessitare di un retaggio di tradizionalità, ed in tal caso si parlerà di commercio elettronico indiretto (es. acquisto di un libro tradizionale sul *web* e successiva spedizione dello stesso al domicilio dell'acquirente). In entrambi le circostanze, però, lo scambio della volontà e la formazione dell'accordo avverrà sul *web*.

L'e-commerce viene tradizionalmente differenziato anche sotto il profilo soggettivo prendendo come riferimento, per tale classificazione, i soggetti che manifestano la loro volontà negoziale. Si parlerà di B2B, in presenza di un contratto stipulato tra soggetti che agiscono nella loro qualità di operatori professionali, di B2C, in presenza di un contratto stipulato tra un operatore professionale ed un soggetto che, agendo per finalità estranee alla sua attività commerciale o professionale, è qualificato come consumatore, di B2A, in presenza di un contratto stipulato tra un operatore professionale ed una Pubblica Amministrazione, di C2A, in presenza di un contratto stipulato tra un consumatore ed una Pubblica Amministrazione ed infine, si parlerà di C2C in presenza di un contratto stipulato tra consumatori.

In questa sede sarà analizzata più specificamente la fattispecie del B2B cercando di chiarire quale sia la disciplina applicabile ai contratti internazionali tra operatori professionali situati in Stati differenti.

3. I CONTRATTI B2B

Internet, come anticipato, è diventato sempre più onnipresente nella moderna società e sempre più frequente è l'utilizzo che le imprese ne fanno nella gestione di tutte le loro attività e nei rapporti con clienti e fornitori.

Le transazioni B2B avvengono sul *web* soprattutto in due modalità. In un primo caso le parti della transazione commerciale sono preventivamente individuate e poste in collegamento tra loro, attraverso accorgimenti di natura tecnologica, con reti *extranet* di natura privata che – utilizzando i protocolli di *Internet*¹ e i servizi

¹ *Extranet* è basato sui protocolli di comunicazione propri di internet, quali l'*http* (*hyper text transfer protocol*) e l'*smtp* (*simple mail transport protocol*) proprio dei servizi *email*, implementati con misure di sicurezza che consentono di scambiare dati solo con i *business partner* creando un "tunnel" privato nel network pubblico. Può essere visto come l'*intranet* [rete aziendale interna che utilizza il protocollo di comunicazione tra nodi TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*) differente dai menzionati protocolli di *internet*] di una società, esteso, però, ad utenti predeterminati esterni alla stessa.

pubblici per le telecomunicazioni – sono in grado di garantire a tutti i *business partner* di un'azienda operazioni quali, a titolo esemplificativo, l'ordine di un prodotto, l'emissione di una fattura ed il pagamento elettronico. L'utilizzo di tale modalità per consentire a soggetti lontani tra loro di concludere contratti, scambiarsi informazioni e svolgere una pluralità di attività giuridicamente rilevanti è disciplinata da contratti tipo, rientranti nell'ambito della così detta *lex mercatoria* di cui si dirà più avanti².

La seconda modalità in cui avvengono le transazioni B2B, sicuramente la più diffusa, è quella delle offerte, aperte a tutti, che fanno del *web* una grande vetrina virtuale raggiungibile da qualsiasi impresa connessa alla rete e non soltanto dai *business partner*. L'azienda proponente predispone le condizioni contrattuali rivolte ad una pluralità di soggetti indeterminati che, dal canto loro, potranno accettarle – concludendo, quindi, il contratto – per *facta concludentia* utilizzando il tasto negoziale (così detto *point and click*).

4. (SEGUE) LA DISCIPLINA APPLICABILE AI CONTRATTI B2B: LA CONVENZIONE DI VIENNA

L'oggetto della transazione commerciale unitamente alla sede di stabilimento delle parti contrattuali, rappresentano due importanti parametri da considerare al fine dell'individuazione, al di fuori del campo di applicazione della *lex mercatoria*, della disciplina applicabile al contratto B2B.

Potrà trovare applicazione la Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci che non pone limitazioni formali ai contratti conclusi a distanza, ove si tratti di un contratto di compravendita di merci stipulato tra parti aventi la propria sede in Stati, contraenti della Convenzione, diversi nonché ove, fermo restando che si tratti di un contratto di compravendita di merci, le norme di diritto internazionale privato conducano all'applicazione della legge di uno Stato contraente.

La Convenzione in parola ha il pregio di dettare direttamente regole sostanziali sulla disciplina del rapporto contrattuale risolvendo, quindi a monte, il problema dell'individuazione della legge applicabile.

La diversa sede delle parti contraenti deve risultare, ai sensi dell'Art. 1 della Convenzione, dal contratto o dallo scambio di informazioni fornite in qualsiasi momento prima della conclusione o, comunque, al momento della conclusione del contratto.

Il funzionamento stesso del *web* potrebbe rendere difficoltosa, prima della conclusione del contratto, un'eventuale preventiva valutazione dell'applicabilità della Convenzione e delle sue conseguenze giuridiche impedendone, di conseguenza, l'eventuale esclusione ai sensi dell'Art. 6 della stessa Convenzione. Se infatti, da un lato, si può agevolmente prevedere la riconducibilità di un contratto nell'ambito di

2 Cfr. il successivo § VII.

operatività della Convenzione in tutti i casi in cui le parti sono identificate attraverso nomi di dominio recanti un *country code top level domain*³ che fanno riferimento a Stati contraenti differenti (.it, .fr, .us, etc.), dall'altro, ove le imprese siano identificate con un *generic top level domain* (.com, .net etc.), risulta più difficile verificare il rispetto del principale presupposto per l'applicazione della Convenzione individuato, come detto, nella collocazione della sede di affari delle parti in diversi Stati contraenti. Il medesimo problema, inoltre, si può verificare anche in relazione al secondo presupposto di applicazione della Convenzione di Vienna – identificato nel richiamo da parte delle norme di diritto internazionale privato, comprensive delle convenzioni internazionali in vigore, della legge di uno Stato contraente – ove la norma di conflitto individuata prenda a riferimento la sede di una delle parti.

E' opportuno precisare che, come ormai riconosciuto a livello internazionale⁴, il riferimento alla sede delle parti contrattuali deve essere inteso come il luogo di effettivo esercizio dell'attività e non come quello in cui si trova la tecnologia di supporto del sito *web*. In altre parole, il luogo di posizionamento del *server* delle imprese che utilizzano il *web* per le loro attività commerciali, non è sufficiente ad individuare una stabile organizzazione anche al fine di evitare che un simile comportamento possa determinare una facile elusione della disciplina di controllo.

In presenza di una parte con più sedi di affari si dovrà considerare la sede che ha una più stretta relazione con il contratto e la sua esecuzione, tenendo conto delle circostanze note alle parti o da loro prese in considerazione, in un qualsiasi momento prima o al momento della conclusione del contratto (Art. 10 della Convenzione di Vienna, 1980).

L'Art. 3 della Convenzione di Vienna precisa che sono considerate vendite i contratti di fornitura di merci da fabbricare o produrre, a meno che, colui che ordina queste ultime, non debba fornire una parte essenziale del materiale necessario a tale fabbricazione o produzione. Lo stesso articolo esclude l'applicazione della Convenzione ai contratti in cui la parte preponderante dell'obbligo di colui che fornisce le merci, consiste in una fornitura di mano d'opera o altri servizi.

Nessun requisito di forma è posto dalla Convenzione che nel L'Art. 4 precisa di disciplinare esclusivamente la formazione del contratto di vendita ed i diritti ed obblighi che tale contratto fa nascere fra il venditore ed il compratore non applicandosi alla validità del contratto ed agli effetti che lo stesso può avere sulla proprietà delle merci vendute.

3 Il nome di dominio è strutturato su tre livelli. Al primo posto l'acronimo *www*, uguale per tutte le tipologie di dominio; al secondo il *second level domain name*, univoco ed in grado di individuare il nome del soggetto titolare dello stesso e/o l'attività a cui ricondurre le pagine *web* con conseguente elevata capacità distintiva per la quale è prevista un apposita tutela; al terzo posto, infine, il *top level domain* (TLD) rappresentato da una sigla predeterminata che denota la tipologia di sito (.com; .net; .org, etc.) o lo Stato presso cui è stato registrato il dominio stesso (.it; .fr; .us, etc.) in tal caso si parlerà di *country code* TLD.

4 Sul punto cfr. il considerando 19 della direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE nonché, nello stesso senso, il modello di legge Uncitral "Model law on electronic commerce" del 1996.

La Convenzione troverà facile applicazione ogni qual volta si confronterà con il c.d. commercio elettronico indiretto. Qualche maggiore difficoltà si potrà rilevare con riferimento al commercio elettronico diretto che – caratterizzandosi per la totale assenza di fisicità in costanza di una conclusione ed esecuzione telematica – in alcune circostanze fa dubitare della possibilità di parlare di “vendita” piuttosto che di “prestazione di servizi” esclusa, quest’ultima, dal campo di applicazione della Convenzione stessa.

La disciplina convenzionale, ai sensi del L’Art. 2, non troverà applicazione alle vendite ai consumatori, alle vendite all’asta, a quelle effettuate su pignoramento o in qualsiasi altro modo per ordine del giudice, alle vendite di valori mobiliari, a quelle di effetti commerciali e valute, di navi, battelli, aliscafi o aeronavi ed infine alla vendita di elettricità.

Il principale limite della Convenzione e delle sue regole, però, non può che essere rintracciato nella sua mancata ratifica da parte degli USA che, come è noto, rappresentano uno dei principali attori del commercio elettronico.

5. (SEGUE) LA CONVENZIONE DELL’AJA

Alcuni dei contratti esclusi dall’ambito di applicazione della Convenzione di Vienna del 1980 rientrano nella Convenzione dell’Aja del 1955 sulla legge applicabile ai contratti di compravendita a carattere internazionale di cose mobili corporee. La sua operatività, al pari di quella della Convenzione di Vienna, è esclusa dall’Art. 1 relativamente alla vendita di titoli di credito, di navi, battelli o aeromobili registrati, nonché alle vendite ordinate dall’autorità giudiziaria o per pignoramento. Essa trova applicazione alle compravendite tramite consegna di titoli merci e alle vendite all’asta.

E’ opportuno segnalare, per chiarezza espositiva, che la Convenzione di Vienna del 1980 prevale sulla Convenzione dell’Aja essendo, rispetto ad essa, in rapporto di specialità in considerazione del suo ambito di applicazione limitato, come visto in precedenza, ai soli contratti caratterizzati dall’ubicazione della sede d’affari delle parti in diversi Stati contrenti. La Convenzione dell’Aja, di contro, si applica a tutti i contratti di vendita aventi carattere internazionale pur non precisando in cosa consista la riferita internazionalità. Essa si limita a statuire – all’Art. 1, co. 4 – che un contratto non può assumere il carattere dell’internazionalità per effetto della sola scelta, da parte dei contraenti, di una legge o della competenza di un giudice o di un arbitro straniero.

In presenza dei presupposti di applicabilità della Convenzione dell’Aja – e, quindi, anche di un’oggettiva internazionalità del contratto – le parti potranno scegliere la legge applicabile al contratto stesso. Ove ciò non avvenga, il contratto sarà soggetto alla legge dello Stato di dimora abituale del venditore al momento della vendita o, nel

caso in cui l'ordine è assunto da una succursale del venditore, la compravendita sarà regolata dalla legge interna del paese in cui si trova la succursale.

In alternativa, si applicherà la legge dello Stato di dimora abituale dell'acquirente in tutti i casi in cui l'ordine sarà ricevuto dal venditore, da un suo rappresentante, da un agente o da un viaggiatore di commercio nello stesso Stato. Nel caso di vendita all'asta o di un contratto di borsa, si applicherà la legge dello Stato in cui si tiene l'asta o si trova la borsa. La Convenzione dell'Aja, ai sensi dell'Art. 5, non avrà applicazione con riferimento alla capacità delle parti, alla forma del contratto, al trasferimento della proprietà – fermo restando che i diversi obblighi delle parti, specialmente quelli relativi ai rischi, saranno regolati dalla legge applicabile alla compravendita in virtù della presente Convenzione – nonché agli effetti della compravendita nei confronti dei terzi.

6. (SEGUE) LA CONVENZIONE DI ROMA

La Convenzione di Roma del 1980⁵ consente, in presenza dei presupposti di applicabilità, di individuare la legge applicabile ai contratti di vendita, caratterizzati per la presenza di elementi di estraneità ed esclusi dalle Convenzioni di Vienna e dell'Aja, nonché a tutti gli altri contratti B2B quali, ad esempio, i contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi.

Le parti possono liberamente scegliere, purchè la scelta sia espressa o risulti in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze, la legge applicabile all'intero contratto o ad una parte soltanto di esso individuabile anche in una legge in nessun modo collegata con il contratto stesso.

In mancanza di scelta, la legge da applicare al contratto concluso via *internet* sarà individuata nella legge dello Stato con cui esso presenta il collegamento più stretto individuata, in via presuntiva, nello Stato ove è situata la sede principale dell'attività economica o professionale della parte che deve fornire la prestazione caratteristica oppure, se a norma del contratto la prestazione deve essere fornita da una sede diversa dalla sede principale, in quello Stato dove è situata questa diversa sede.

Tale previsione esclude qualsiasi rilevanza della collocazione del luogo in cui si trova il *server* a supporto del sito *web* in merito all'individuazione della disciplina applicabile al contratto.

Ove, invece, il così detto fornitore della prestazione caratteristica – per beneficiare dell'assenza di disposizioni o di norme particolarmente favorevoli in virtù dell'applicazione del predetto criterio del collegamento più stretto – eserciti la

5 La Convenzione di Roma del 1980 è stata trasfusa nel Regolamento (CE) n. 593/2008, noto anche come Regolamento "Roma I", del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

propria attività in luoghi definiti “paradisi digitali”, la legge straniera eventualmente richiamata non potrà applicarsi in considerazione dei limiti, al normale funzionamento delle norme di diritto internazionale privato, individuabili nelle norme così dette ad applicazione necessaria⁶, presenti nella maggior parte degli ordinamenti giuridici e nell’ordine pubblico internazionale.

7. (SEGUE) LA LEX MERCATORIA

La *lex mercatoria* è da molti vista come lo strumento più idoneo a proporre un diritto comune di *Internet*.

Essa costituisce una limitazione al normale funzionamento della norma di diritto internazionale privato ed è operativa in tutti i casi di assenza di un diritto privato internazionale convenzionale⁷.

La *lex mercatoria*, che può essere definita come un complesso di norme, clausole *standard*, prassi uniformi e condizioni generali di contratto vigenti nel commercio internazionale, si caratterizza per la sua origine non statale derivante, nel caso della *lex mercatoria* consuetudinaria, dalla ripetuta e volontaria osservanza di determinate regole da parte degli operatori commerciali o, dalla codificazione, da parte delle associazioni di categoria, delle stesse regole a garanzia di imparzialità e certezza della disciplina⁸.

Si potrebbe parlare, invero, di un vero e proprio ordinamento autonomo di categoria, quella dei mercanti, al di fuori del rapporto tra Stato e diritto, in quanto diritto o meglio regola di origine privata formatasi al di fuori dello Stato e delle istituzioni internazionali.

La *lex mercatoria* costituisce quello che sul *web* è rappresentato dalle *netiquette* con l’unica differenza, pur essendo priva di portata precettiva, ha natura vincolante garantita dalle sanzioni di carattere professionale comminate ai soggetti inadempienti nonché dalla possibilità di devolvere la risoluzione delle eventuali controversie, scaturenti dalla sua applicazione, ad organizzazioni arbitrali internazionali.

Nell’ambito della *lex mercatoria* rientrano sicuramente i cd. contratti EDI (*Electronic Data Interchange*) che, come anticipato (precedente § III), disciplinano la modalità di transazione commerciale B2B basata sul collegamento diretto – tramite reti *extranet* – tra l’azienda proponente e determinati *business partner*, dettando le condizioni giuridiche che si applicano alle parti che effettuano transazioni utilizzando sistemi di trasmissione elettronica di dati. Le comunicazioni elettroniche vengono

6 Le norme ad applicazione necessaria sono quelle norme dell’ordinamento interno che sono in grado di derogare i criteri generali fissati dalle regole di diritto internazionale privato.

7 Il diritto internazionale privato convenzionale ha l’obiettivo di unificare, in un determinato settore, le norme di diritto internazionale privato – dettate dai diversi Stati per risolvere le problematiche scaturenti da fattispecie caratterizzate da elementi di estraneità – spesso in contrasto tra loro.

8 Sul punto vedi oltre i cd. Incoterms.

equiparate, anche sotto il profilo probatorio, a quelle cartacee. L'accordo quadro tra professionisti individua, inoltre, i requisiti tecnici ed operativi per avvalersi del sistema EDI, le regole da osservare per garantire la sicurezza dei messaggi e la riservatezza dei dati personali nonché la legge applicabile e la giurisdizione competente a risolvere i contrasti eventualmente scaturenti dall'applicazione del contratto. E' evidente, quindi, che eventuali problematiche potranno sorgere solo in presenza di un contratto quadro carente⁹.

8. (SEGUE) LA SOFT LAW

Nel ripercorrere le possibili forme di regolamentazione dell'*e-commerce* tra soggetti che agiscono nella loro qualità di operatori professionali (B2B), non può omettersi un breve cenno alla così detta *soft law* che, come anticipato, produce modelli normativi, linee guida e raccomandazioni prive, però, di portata precettiva.

Il tentativo di uniformazione del diritto internazionale privato è sempre più attuale in moltissimi settori del diritto civile con l'obiettivo di omogeneizzare le discipline nell'ottica di un diritto sostanziale comune in grado di limitare il più possibile il ricorso alle norme di diritto internazionale privato.

Gli interventi delle principali organizzazioni internazionali sono numerosi anche in materia di *e-commerce* basti pensare alla legge modello (United Nations, 1999) predisposta dall'UNCITRAL¹⁰ che ha introdotto principi generali in materia di commercio elettronico perseguibili dagli Stati membri con l'adozione delle norme di dettaglio che si riterranno più opportune.

Le regole fondamentali della legge modello possono essere sintetizzate nella necessità di eliminare qualsiasi discriminazione tra il documento cartaceo e quello digitale nonché nella necessità di riconoscere, con i dovuti adattamenti tecnico giuridici, l'equivalenza funzionale dei documenti cartacei e digitali.

I principi portati del modello UNCITRAL escludono la possibilità di negare valore giuridico e validità ad un'informazione "digitale" non incorporata in un documento cartaceo così come precisano che non può negarsi valore giuridico e validità alle dichiarazioni di volontà dematerializzate.

La legge modello, inoltre, prende posizione anche in merito ai requisiti della forma scritta e della sottoscrizione, in tutti i casi in cui gli stessi siano richiesti dalla legge, suggerendo l'adozione di norme che ritengano soddisfatto il requisito della forma scritta ove l'informazione, contenuta in un messaggio anche non

9 In tema di contratti predisposti per l'*Electronic Data Interchange* (EDI) v. la Raccomandazione della Commissione, del 19 ottobre 1994, relativa agli aspetti giuridici della trasmissione elettronica di dati reperibile, nel testo italiano, su <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994H0820:IT:HTML>

10 L'UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) è la Commissione delle Nazioni Unite per il diritto del Commercio Internazionale.

cartaceo, sia accessibile e conservabile per utilizzazioni successive. Il requisito della sottoscrizione, invece, si ritiene soddisfatto se è possibile indentificare – con un metodo tecnologicamente idoneo o comunque considerato tale dalle parti – il soggetto che ha approvato il contenuto del messaggio digitale.

Il requisito della conservazione e della presentazione di un'informazione in forma originale sarà poi soddisfatto con un messaggio digitale ogni qual volta sia possibile garantire l'integrità dell'informazione rispetto al suo momento genetico nonché la presentazione, nella sua integrità, al soggetto cui deve essere presentato l'originale.

Non potrà negarsi, infine, la funzione probatoria del messaggio dematerializzato in tutti i casi in cui lo stesso messaggio costituisca la migliore prova di cui può disporre la parte su cui incombe l'onere probatorio.

Con riferimento ai principi in materia di formazione e validità dei contratti, il modello UNCITRAL riconosce l'efficacia e la validità di un contratto in tutti i casi in cui offerta e accettazione siano poste in essere elettronicamente. Di sicuro rilievo sono anche le regole dettate per l'individuazione del momento di invio del messaggio, del riscontro di ricezione e del luogo di invio e ricezione. Salva diversa volontà delle parti un messaggio digitale si considera inviato quando, nell'ambito di un sistema informativo, esce dal diretto controllo del suo autore o della persona che per lui lo ha inviato. Si considera ricevuto, invece, quando entra nella sfera di controllo del destinatario e, quindi, nel suo sistema informativo.

Il luogo di invio e ricezione, fatto salvo un diverso accordo delle parti, sarà quello in cui mittente e destinatario hanno fissato la propria sede di affari e, in caso di più sedi, quello in cui si trova la sede che presenta la più stretta relazione con l'operazione commerciale posta in essere.

In definitiva deve rilevarsi che la rilevata assenza di portata precettiva non impedisce alla *soft law* di assumere un ruolo di primo piano nel tentativo di uniformazione della disciplina in materia di *e-commerce*.

9. (SEGUE) LA CONVENZIONE SULL'E-CONTRACTING

L'Assemblea Generale della Nazioni Unite ha approvato, nel novembre 2005, la Convenzione sull'uso delle comunicazioni elettroniche nei contratti internazionali, elaborata dal UNCITRAL ed aperta alla firma degli Stati nel gennaio 2006.

La Convenzione – atto di diritto materiale uniforme, conosciuto anche come Convenzione sull'*e-contracting* – disciplina l'uso delle comunicazioni elettroniche nella contrattazione internazionale tra parti le cui sedi d'affari sono situate in Stati differenti.

La Convenzione non si applica alle comunicazioni elettroniche relative ai contratti conclusi a scopo personale, familiare o domestico, alle transazioni su mercati regolamentati, alle operazioni in valuta estera, ai sistemi interbancari di pagamento, alle convenzioni interbancarie di pagamento o ai sistemi di compensazione e regolamentazione relativi a titoli mobiliari o altri beni o strumenti finanziari, al

trasferimento di diritti di garanzia nella vendita, nel mutuo, nella detenzione, o negli accordi pronti contro termine di titoli o altri beni o strumenti finanziari detenuti presso un intermediario. Non trova applicazione, inoltre, alle cambiali, ai pagherò cambiari, alle lettere di vettura, alle polizze di carico, alle ricevute di deposito o ad altro documento o strumento trasferibile che legittimi il portatore o il beneficiario a domandare la consegna di merci o il pagamento di una somma di denaro.

Di sicuro rilievo è la previsione che disciplina l'individuazione della sede d'affari delle parti contraenti indipendentemente dall'esistenza di un dominio *Internet*, dal suo *country code top level domain* e dall'ubicazione geografica del *server* dell'*Internet Service Provider (ISP)*.

L'Art. 12 della Convenzione sancisce, poi, espressamente, la validità e l'efficacia del contratto concluso attraverso l'interazione tra un sistema automatizzato di messaggi ed una persona fisica o attraverso l'interazione di sistemi automatizzati di messaggi mentre, L'Art. 14, disciplina l'ipotesi di errore nello scambio di comunicazioni elettroniche ai fini contrattuali prevedendo espressamente il diritto di annullare la parte di comunicazione elettronica contenente l'errore se *“(a) la persona, o la parte a nome della quale la stessa ha agito, informa la controparte dell'errore non appena ne ha avuto conoscenza segnalando di aver commesso un errore nella comunicazione elettronica; e (b) la persona, o la parte a nome della quale la stessa ha agito, non ha utilizzato né ha tratto alcun vantaggio materiale o beneficio dai beni e servizi eventualmente ricevuti dalla controparte”*.

Nonostante il ristretto numero di Paesi che hanno finora ratificato la Convenzione nonché la previsione di cui all'Art. 19 che attribuisce ai singoli Stati la possibilità di limitare il suo campo applicativo, la Convenzione sull'*e-contracting* è un'evidente dimostrazione della volontà di applicare ed uniformare sempre più nozioni e procedure in materia di commercio elettronico. In tal senso devono leggersi anche gli evidenti riferimenti fatti sia alla Legge Modello sul Commercio Elettronico del 1996 che alla Convenzione di Vienna del 1980.

10. E-COMMERCE E CONTRATTO DI TRASPORTO

Il Regolamento (CE) 593/08 – noto anche come Regolamento “Roma I”, del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali – in cui è confluita la Convenzione di Roma del 1980 consente, in presenza dei presupposti di applicabilità, di individuare la legge applicabile ai contratti di trasporto caratterizzati per la presenza di elementi di estraneità.

La disposizione include, nel novero dei contratti di trasporto, tutti quelli aventi ad oggetto il trasporto di merci e di persone. La legge applicabile sarà diversamente individuata a seconda che si tratti di trasporto di merci o trasporto di persone.

In caso di trasporto di merci, quello che più rileva in questa sede discorrendosi contratti B2B, e comunque in tutti i casi in cui le parti non procedano all'individuazione

della legge applicabile ai sensi dell'Art. 3, troverà applicazione la legge del luogo di residenza del vettore, se coincidente con il luogo di residenza del caricatore o con il luogo di carico o scarico; in assenza della predetta coincidenza prevarrà la legge del luogo di scarico. Nel caso trasporto di persone, invece, prevarrà la legge del paese in cui:

1. il passeggero ha la residenza abituale; o
2. il vettore ha la residenza abituale; o
3. il vettore ha la sua amministrazione centrale; o
4. è situato il luogo di partenza;
5. è situato il luogo di destinazione

Qualora il contratto presenti un collegamento più stretto con la legge di un paese terzo, prevarrà la legge di tale paese.

E' opportuno precisare che con il contratto di trasporto di merci il vettore si obbliga ad eseguire il trasferimento della merce da un luogo ad un altro nei modi e nei tempi pattuiti.

Oltre il Regolamento "Roma I" numerosi altri accordi e convenzioni internazionali disciplinano i contratti di trasporto internazionale distinguendoli sulla base del mezzo di trasporto utilizzato nonché dei paesi tra i quali viene svolta la stessa attività di trasporto. Le principali convenzioni in materia sono la *Convention Merchandise Routiere (CMR)* per i trasporti su strada, la Convenzione di Varsavia per il trasporto aereo, la Convenzione di Bruxelles e le Regole di *Visby* per il trasporto via mare ed infine la *Convention International Merchandise (CIM)* per i trasporti ferroviari.

Il vettore è responsabile, in applicazione delle citate convenzioni internazionali, del carico trasportato nonché della custodia delle merci quando queste ultime non sono in viaggio. Ove non sussistano i presupposti per l'applicazione delle Convenzioni internazionali varranno i limiti di risarcimento fissati dalla legge del paese in cui risiede il vettore che, in caso di dolo o colpa grave, risponderà per l'intero valore delle merci.

I contratti di trasporto internazionali possono senza dubbio essere ricondotti all'ambito di applicazione dell'*e-commerce* rientrando, però, nel così detto *e-commerce* indiretto dove alla possibile stipula telematica del contratto di trasporto dovrà seguire, necessariamente, un'esecuzione tradizionale.

E' opportuno segnalare che la seconda parte della legge modello sul commercio elettronico, *Model Law on Electronic Commerce* (il precedente § VIII), riguarda la disciplina dell'*e-commerce* nel particolare settore del trasporto merci disciplinando, in particolare, l'equiparazione dei documenti cartacei necessari all'attività di trasporto ai documenti elettronici eventualmente dotati di particolari accorgimenti tecnologici in grado di garantirne l'unicità.

11. GLI INCOTERMS

Gli Incoterms (*International Commercial terms*)¹¹ sono un chiaro esempio di *lex mercatoria* ed il loro scopo è quello di fornire una serie di regole internazionali in grado di assicurare l'interpretazione uniforme delle clausole contrattuali nella ripartizione di oneri e rischi nella vendita internazionale.

Essi non entrano automaticamente nei contratti di compravendita poiché, essendo facoltativo il loro uso, sarà necessario citarli espressamente ove le parti decidano avvalersene.

L'oggetto degli Incoterms è circoscritto – con riferimento alla consegna della merce da intendersi in senso materiale restando esclusi dal campo di applicazione i beni immateriali quali, ad esempio, un *software* per PC – ai diritti ed agli obblighi delle parti di un contratto di vendita dovendo chiarirsi il sempre più frequente equivoco che li riconduce al contratto di trasporto. Essi, piuttosto, affinché si possa regolare al meglio una vendita internazionale di merci, dovranno essere coordinati con lo stesso contratto di vendita, con quello di trasporto e con gli eventuali contratti di assicurazione e finanziamento. Pur assumendo sempre più spesso un ruolo nevralgico nell'esecuzione del contratto di vendita, gli *incoterms* non regolamentano in alcun modo problemi tipici dello stesso contratto quali possono essere il trasferimento della proprietà e di altri diritti sulla merce, le conseguenze dell'inadempimento del contrattuale nonché la possibilità, in presenza di determinate circostanze, di esonero da responsabilità.

Gli Incoterms, in definitiva, codificano clausole contrattuali in uso nelle compravendite internazionali in grado di definire i diritti e i doveri di ognuna delle parti in causa nonché di definire la suddivisione dei costi di trasporto, assicurativi e doganali tra venditore ed acquirente.

Tra le clausole più conosciute in materia di trasporto merci, meritano di essere ricordare le clausole FOB, CIF, FAS e CFR (The International Chamber of Commerce, 2010).

Con la clausola FOB (*Free On Board*) si pongono a carico del venditore tutte le spese di trasporto sostenute per far giungere la merce al porto d'imbarco. Saranno a carico del venditore anche gli eventuali costi per il caricamento della nave oltre che per le operazioni doganali di esportazione e per le spese necessarie al conseguimento di licenze e documentazioni utile all'esportazione dalla nazione di origine.

La clausola CIF (*Cost, Insurance and Freight*), invece, tipica clausola dei contratti di trasporto soprattutto marittimo, è utilizzata per indicare il valore delle merci, incluso i costi di trasporto e di assicurazione, a carico del venditore, dal

11 Gli Incoterms sono predisposti *International Chamber of Commerce* (ICC) ed aggiornati periodicamente per garantire il loro adattamento allo sviluppo della pratica commerciale.

luogo di produzione o di commercializzazione estero, fino alla frontiera nazionale dell'acquirente.

Con la clausola FAS (*Free Along-SideShip*) si individua l'impegno del venditore a consegnare la merce lungo il fianco della nave mentre, con la clausola CFR (*Cost & Freight*), si indica il patto, accessorio rispetto al contratto di vendita internazionale, con cui il venditore si obbliga verso il compratore a stipulare, in nome e per conto proprio, un contratto di trasporto sino ad un porto di destinazione predeterminato pagando direttamente al vettore il costo per la tratta.

REFERENCIAS

- Alpa, G. (2000). *New economy e nuove professioni: il diritto privato e l'attività forense nell'era della rivoluzione digitale*. Perugia: in Contratto e impresa.
- De Minico, G. (2012). *Internet. Regola e anarchia*, Napoli: Jovene.
- Direttiva sul commercio elettronico. (1996). 2000/31/CE nonché, nello stesso senso, il modello di legge Uncitral "*Model law on electronic commerce*".
- Draetta, U. (2005). *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*. Milano: Giuffrè.
- Finocchiaro, G. (2001). *Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet, Diritto di internet*, Bologna: in Contratto e impr.
- La Convenzione di Roma del 1980 è stata trasfusa nel Regolamento (CE) n. 593/2008, noto anche come Regolamento "Roma I", del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008.
- Papa, A. (2009). *Espressione e diffusione del pensiero di internet*, Torino: Giappichelli.
- The International Chamber of Commerce, ICC. (2010). *Incoterms*. USA; ICC Publication No. 715.
- Rossello, C., Finocchiaro, G., Tosi, E. (2006). *Commercio elettronico, Trattato di Diritto Privato* 32. Milano: Giappichelli editore- Torino.
- United Nations. (1996). *Model law on Electronic Commerce with Guide to Enactment*, reperibile su: www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf