

Commentatori

Prof. Christoph Althammer
Professore presso l'Universität
Passau (DE)

Dr. Maria Álvarez Torné
Universidad de Barcelona (ES)

Prof. Pierre Berlioz
Professore presso l'Université de
Reims Champagne-Ardenne (FR)

Prof. Alegría Borrás
Professore presso l'Universidad de
Barcelona (ES)

Prof. Olivera Boskovic
Professore presso l'Université Paris
Descartes, Paris 5 (FR)

Dr. Carine Brière
Maître de conférences presso
l'Université de Rouen (FR)

Dr. Jan Brodec
Univerzita Karlova v Praze (CZ)

Prof. Pierre Callé
Professore presso l'Université de
Caen Basse Normandie (FR)

Dr. Laura Carpaneto
Ricercatore presso l'Università di
Genova (IT)

Dr. Christelle Chalas
Maître de conférences presso
l'Université Paris 8 Vincennes -
Saint-Denis (FR)

Prof. Sandrine Clavel
Professore presso l'Université de
Versailles Saint-Quentin-en-
Yvelines (FR)

Prof. Sabine Corneloup
Professore presso l'Université de
Bourgogne (FR)

Dr. Petr Dobiáš
Univerzita Karlova v Praze (CZ)

Dr. Maria Elena De Maestri
Ricercatore presso l'Università di
Genova (IT)

Dr. Marie Fernet
Avvocato (à la Cour) in Parigi (FR)

Prof. Aleš Galič
Professore presso l'Univerza v
Ljubljani (SL)

Dr. Georgina Garriga Suau
Universidad de Barcelona (ES)

Prof. Rainer Hausmann
Professore presso l'Universität
Konstanz (DE)

Prof. Fabienne Jault-Seseke
Professore presso l'Université de
Versailles St. Quentin-en-Yvelines
(FR)

Dr. Natalie Joubert
Maître de conférences presso
l'Université de Bourgogne (FR)

Dr. Jan-Ger Knot
Rijksuniversiteit Groningen (NL)

Dr. Jerca Kramberger Škerl
Univerza v Ljubljani (SL)

Dr. Andrea La Mattina
Avvocato in Genova (IT)

Prof. Peter G. Mayr
Professore presso l'Universität
Innsbruck (AT)

Dr. Paola Nabet
Maître de conférences presso
l'Université de Bourgogne (FR)

Prof. Gábor Péter Palásti
Professore presso la Eötvös Loránd
Tudományegyetem (HU)

Prof. Monika Pauknerová
Professore presso l'Univerzita
Karlova v Praze (CZ)

Dr. Francesco Pesce
Assegnista di ricerca presso
l'Università di Genova (IT)

Neža Pogorelčnik
Univerza v Ljubljani (SL)

Prof. Ilaria Queirolo
Professore presso l'Università di
Genova (IT)

Dr. Francesca Ragno
Ricercatore presso l'Università di
Verona (IT)

Prof. Benjamin Rémy
Professore presso l'Université de
Poitiers (FR)

Maša Savič
Univerza v Ljubljani (SL)

Prof. Andreas Schwartze
Professore presso l'Universität
Innsbruck (AT)

Dr. Thomas Simons
Avvocato in Monaco di Baviera
(DE)

Dr. Pier Franco Soletti
Avvocato in Genova (IT)

Dr. Christoph Spegele
Dottore di ricerca dell'Universität
Konstanz (DE)

Me Monique Stengel
Avvocato (à la Cour) in Parigi (FR)

Prof. Miguel Teixeira de Sousa
Professore presso l'Universidade de
Lisboa (PT)

Prof. Mathijs ten Wolde
Professore presso la
Rijksuniversiteit Groningen (NL)

Prof. Édouard Treppoz
Professore presso l'Université Jean
Moulin Lyon 3 (FR)

Prof. Dimitrios Tsikrikas
Professore presso la National and
Kapodistrian University of Athens
(GR)

Prof. Matthias Wellér
Professore presso la EBS
Universität für Wirtschaft und
Recht (DE)

Prof. Markus Würdinger
Professore presso l'Universität des
Saarlandes (DE)

Commentario unalex

Diritto del processo civile internazionale

Regolamento «Bruxelles I» Commento al Regolamento (CE) 44/2001 e alla Convenzione di Lugano

a cura di

Thomas Simons e Rainer Hausmann

commentato da

Christoph Althammer, Alegría Borrás, Laura Carpaneto, Sabine Corneloup,
Maria Elena De Maestri, Aleš Galič, Rainer Hausmann, Fabienne Jault-Seseke,
Natalie Joubert, Jan-Ger Knot, Andrea La Mattina, Peter G. Mayr,
Francesco Pesce, Ilaria Queirolo, Francesca Ragno, Andreas Schwartze,
Thomas Simons, Pier Franco Soletti, Miguel Teixeira de Sousa,
Dimitrios Tsikrikas, Mathijs H. ten Wolde, Markus Würdinger

edizione in lingua italiana

a cura di

Ilaria Queirolo

2012

La giurisprudenza europea citata nel commentario è disponibile nel sistema unalex

www.unalex.eu

IPR Verlag

Versione italiana

Introduzione generale: Rainer Hausmann · Ilaria Queirolo
Art. 1: Rainer Hausmann · Laura Carpaneto
Osservazioni preliminari capo II sezione 1, artt. 2 - 4: Rainer Hausmann · Laura Carpaneto
Osservazioni preliminari capo II sezione 2: Rainer Hausmann
Art. 5 n. 1: Fabienne Jault-Seseke · Andrea La Mattina
Art. 5 n. 2: Rainer Hausmann · Francesca Ragno
Art. 5 n. 3 - 7: Mathijs ten Wolde/Jan-Ger Knot · Francesca Ragno
Art. 6: Sabine Corneloup · Francesca Ragno
Art. 7: Sabine Corneloup · Francesca Ragno
Osservazioni preliminari capo II sezione 3, artt. 8 - 14: Peter G. Mayr · Francesco Pesce
Osservazioni preliminari capo II sezione 4, art. 15: Andreas Schwartze · Francesco Pesce
Artt. 16 - 17: Aleš Galič · Francesco Pesce
Osservazioni preliminari capo II sezione 5, artt. 18 - 21: Thomas Simons · Francesco Pesce
Osservazioni preliminari capo II sezione 6, art. 22: Alegría Borrás · Ilaria Queirolo
Osservazioni preliminari capo II sezione 7: Ilaria Queirolo
Art. 23: Rainer Hausmann · Ilaria Queirolo
Art. 24: Ilaria Queirolo
Osservazioni preliminari capo II sezione 8, artt. 25-26: Peter G. Mayr · Ilaria Queirolo
Osservazioni preliminari capo II sezione 9: Thomas Simons
Art. 27: Thomas Simons · Laura Carpaneto
Art. 28: Sabine Corneloup · Laura Carpaneto
Artt. 29 - 30: Thomas Simons · Laura Carpaneto
Osservazioni preliminari capo II sezione 10, art. 31: Dimitrios Tsirikas · Laura Carpaneto
Osservazioni preliminari capo III, art. 32: Andreas Schwartze · Pier Franco Soleti
Osservazioni preliminari capo III sezione 1, artt. 33 - 34: Miguel Teixeira de Sousa · Pier Franco Soleti
Artt. 35 - 37: Natalie Joubert · Pier Franco Soleti
Osservazioni preliminari capo III sezione 2, artt. 38 - 47: Christoph Althammer · Andrea La Mattina
Artt. 48 - 52: Markus Würdinger · Andrea La Mattina
Osservazioni preliminari capo III sezione 3, artt. 53 - 56: Markus Würdinger · Pier Franco Soleti
Artt. 57 - 58: Mathijs ten Wolde/Jan-Ger Knot · Pier Franco Soleti
Artt. 59 - 65: Mathijs ten Wolde/Jan-Ger Knot · Maria Elena De Maestri
Artt. 66 - 72: Alegría Borrás · Maria Elena De Maestri
Artt. 73 - 76: Rainer Hausmann · Maria Elena De Maestri

La Deutsche Nationalbibliothek registra questa pubblicazione nella Deutsche Nationalbibliografie; dettagliati dati bibliografici sono disponibili in internet in <http://dnb.dnb.de>.

ISBN 978-3-929942-15-6

© 2012 IPR Verlag GmbH, Monaco di Baviera

Questo libro, e tutte le sue parti, nonché il sistema unalex, accessibile in Internet all'indirizzo www.unalex.eu, è protetto dai diritti d'autore. Qualsiasi impiego oltre i limiti definiti dalla legge sul diritto d'autore senza autorizzazione della casa editrice è vietato e penalmente perseguibile. Ciò vale in particolare per qualsiasi riproduzione, anche mediante microfilm, adattamento, traduzione, nonché per l'archiviazione e l'elaborazione di contenuti in banche dati o altri mezzi e sistemi elettronici.

Stampa e rilegatura della C.H. Beck'schen Buchdruckerei Nördlingen
stampato su carta acida e durevole
(fabbricata con cellulosa sbiancata senza cloro)
Stampato in Germania

Premessa all'edizione italiana

Accolgo con grande piacere l'invito, rivoltomi dagli amici Curatori, a presentare un'opera che non ha precedenti nell'ambito del panorama italiano.

Il commentario *unalex* si caratterizza, infatti, per la capacità di analizzare, dal punto di vista dottrinale e giurisprudenziale, un testo di fondamentale importanza, quale quello del Regolamento 44/2001, dando contestualmente atto delle modifiche in corso di approvazione.

In particolare, l'apporto dottrinario viene fornito da un duplice punto di vista: da un lato gli Autori prendono in considerazione la dottrina europea nel suo complesso, sganciandosi da una visione prettamente nazionale delle problematiche affrontate; dall'altro essi stessi sono stati scelti proprio in un'ottica tesa a privilegiare la più ampia rappresentatività qualitativa e geografica degli studiosi della materia. Al *commento base* è stata affiancata un'importante opera di revisione da parte di autori italiani, che hanno proceduto a "calare" il commentario all'interno della realtà giuridica italiana.

Per quanto concerne l'approccio casistico, l'opera adotta una concezione del tutto innovativa nel momento in cui si collega alla banca dati *unalex*, capace di raccogliere non solo la giurisprudenza europea (Corte di giustizia e Tribunale) ma anche le più significative decisioni provenienti dagli Stati membri dell'Unione. Questo consente di analizzare i problemi ancora aperti in un'ottica transnazionale e, contestualmente, di riapprocciare quelli già risolti a livello europeo in un'ottica nuova, laddove ne sussistano i presupposti.

Il Commentario, infine, presenta una struttura di analisi articolo per articolo che ne rende facile ed immediato l'utilizzo anche nella prospettiva di consentirne la fruizione a diversi livelli, da quello della realtà accademica da cui, per la maggior parte, proviene, a quello degli operatori del diritto, che sempre più di frequente si trovano (e si troveranno) a dover padroneggiare le norme del diritto processuale civile europeo innanzi alla quotidianità giudiziaria delle corti di tutti i Paesi membri dell'Unione.

Genova, luglio 2012

Sergio M. Carbone

Articolo 5

La persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro:

- 1) a) in materia contrattuale, davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita;
- b) i fini dell'applicazione della presente disposizione e salvo diversa convenzione, il luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio è:
 - nel caso della compravendita di beni, il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto,
 - nel caso della prestazione di servizi, il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto;
- c) la lettera a) si applica nei casi in cui non è applicabile la lettera b);
- (...).

Sommario

punto	punto
1. Osservazioni generali1	bb) <i>La rottura improvvisa dei rapporti commerciali</i>16
1.1. <i>Ratio</i> della norma.....1	cc) <i>Le azioni aventi ad oggetto al contempo obbligazioni contrattuali e obbligazioni extracontrattuali</i>17
1.2. Rapporto con l'art. 2.....2	dd) <i>Le promesse di vincita</i>19
1.2.1. Opzione di competenza2	c) <i>I quasi contratti</i>20
1.2.2. Interpretazione restrittiva dell'art. 5 n. 13	d) <i>Diritto delle società e materia contrattuale</i>21
1.2.3. Esclusione della teoria del <i>forum non conveniens</i>4	e) <i>Diritto fallimentare e materia contrattuale</i>22
1.3. Rapporto con gli altri criteri di competenza5	f) <i>Transazioni nel contesto di azioni collettive</i>23
1.3.1. Rapporto con altri criteri di competenza previsti dal regolamento.....5	3. Criterio di collegamento23
1.3.2. Rapporto con i criteri di competenza previsti da altri testi.....6	3.1. Articolazione dell'art. 5, n. 1, lett. a) e lett. b)24
1.4. Evoluzione della norma7	3.1.1. Nozione di compravendita.....25
2. Ambito di applicazione.....8	3.1.2. La nozione di contratto di prestazione di servizi29
2.1. Ambito di applicazione <i>ratione personae</i>8	3.2. L'obbligazione rilevante.....32
2.1.1. Nozione di parte del contratto10	3.2.1. Articolo 5, n. 1, lett. a)33
2.2. Ambito di applicazione <i>ratione materiae</i> - Nozione di materia contrattuale.....11	3.2.2. Articolo 5, n. 1, lett. b)35
2.2.1. Interpretazione autonoma.....11	3.3. Determinazione del luogo di esecuzione.....36
2.2.2. Contorni della materia contrattuale12	3.3.1. Art. 5, n. 1, lett. a)37
a) <i>Contestazione dell'esistenza e della validità del contratto</i>13	a) <i>Metodo applicato</i>37
b) <i>Rapporto con la materia extracontrattuale</i>14	b) <i>Difficoltà particolari</i>40
aa) <i>La culpa in contrahendo (rottura delle trattative)</i>15	c) <i>Accordo sul luogo dell'esecuzione</i>42
	3.3.2. Art. 5, n. 1, lett. b)43

a) <i>Accordo sul luogo della consegna o della prestazione dei servizi</i>45	bb) <i>Determinazione del luogo della prestazione di servizi</i>53
b) <i>Assenza di accordo</i>50	c) <i>Pluralità di luoghi di esecuzione</i>54
aa) <i>Determinazione del luogo di consegna</i>51	d) <i>Assenza di esecuzione</i>57

1. Osservazioni generali

L'art. 5, n. 1, che introduce un criterio di competenza speciale in materia contrattuale, costituisce una delle disposizioni più importanti del Regolamento «Bruxelles I». Tale norma, oltre ad essere di frequente applicazione nella pratica, ha sollevato e solleva ancora numerose difficoltà interpretative. Lo stesso criterio è contemplato dalle convenzioni di Lugano: la Convenzione di Lugano del 1988 ha ripreso l'art. 5, n. 1 della Convenzione di Bruxelles, aggiungendovi tuttavia una frase per tenere conto della specificità del contratto di lavoro¹. La nuova Convenzione di Lugano del 2007 riproduce in maniera esatta l'art. 5, n. 1 del Regolamento «Bruxelles I».

1.1. *Ratio* della norma

Al pari delle altre disposizioni di cui all'art. 5, l'art. 5, n. 1 è inteso a consentire varie opzioni all'attore in punto di competenza, offrendogli, in alternativa al foro del domicilio del convenuto, un foro ammesso in base al collegamento stretto tra l'organo giurisdizionale e la controversia ed inteso ad agevolare la buona amministrazione della giustizia². Questa disposizione speciale in materia contrattuale, la quale sancisce la competenza del luogo di esecuzione dell'obbligazione controversa, designa dunque un giudice vicino alla controversia, per ragioni di economia processuale e di facilità nella gestione delle prove³. Sempre nell'intento di garantire suddetta vicinanza, l'art. 5, n. 1, designa direttamente il giudice territorialmente competente, non limitandosi ad indicare lo Stato i cui giudici sono muniti di giurisdizione ed evitando così il ricorso alle norme nazionali sulla competenza⁴.

Al fine di interpretare la disposizione in questione, la Corte di giustizia menziona la ricerca di legami stretti fra la domanda e il giudice designato. Si rammenti, *ex plurimis*, la formula di cui alla sentenza *Besix*:

«sono considerazioni attinenti alla buona amministrazione della giustizia e all'utile organizzazione del processo che hanno giustificato l'adozione del criterio di competenza di cui all'art. 5, punto 1, della Convenzione di Bruxelles (...), poiché il giudice più idoneo a decidere, in particolare per ragioni di vicinanza alla controversia e di facilità nella gestione delle prove, è il giudice del luogo in cui dev'essere eseguita l'obbligazione stipulata nel contratto e dedotta in giudizio»⁵.

¹ V. Introduzione sezione 5, artt. 18-21.

² Dodicesimo 'considerando'.

³ CGCE 06.10.1976 – 12/76 – *Tessili/Dunlop*, *unalex EU-129*, punto 13. Questa considerazione è stata ripetuta a più riprese, v. segnatamente CGCE 19.02.2002 – C-256/00 – *Besix*, *unalex EU-89*, punto 31 e la giurisprudenza citata.

⁴ BayObLG (DE) 24.05.2002, *unalex DE-350*; OLG Bremen (DE) 25.09.1997, *unalex DE-75*. In senso contrario, Audiencia Provincial Valencia (ES) 02.01.2008, *unalex ES-317*.

⁵ Sent. prec.

Secondo una parte della dottrina, questa regola garantisce la tutela del creditore, nella misura in cui mette a disposizione di quest'ultimo un foro - al riparo dalle manipolazioni del debitore - dinanzi al quale concentrare tutte le domande⁶. Viene in tal modo ristabilito un equilibrio fra attore e convenuto, anche se taluni rilevano che frequentemente il foro di cui all'art. 5, n. 1, coincide con il luogo in cui si deve procedere in via esecutiva nei confronti del debitore⁷.

Peraltro, le numerose difficoltà interpretative sollevate dall'art. 5, n. 1, e i risultati concreti della sua applicazione hanno generato vivaci critiche dottrinali: esso è stato qualificato come «*article maudit*»⁸ e taluni ne hanno auspicato la pura e semplice abrogazione⁹.

1.2. Rapporto con l'art. 2

1.2.1. Opzione di competenza

- 2 Il convenuto non può eccepire l'incompetenza del giudice del proprio domicilio *ex art. 2*, e invocare la competenza del giudice designato dall'art. 5, n. 1¹⁰. In altre parole, spetta all'attore ricorrere al criterio di competenza speciale previsto dall'art. 5, n. 1, il quale gli offre un'opzione di competenza.

In materia contrattuale, l'attore può dunque avvalersi della regola generale di cui all'art. 2, facoltativa, oppure ricorrere al foro speciale di cui all'art. 5, n. 1. Ancora, occorre che il giudice designato da quest'ultima disposizione sia situato in uno Stato membro; in caso contrario, l'unico giudice competente è il giudice del domicilio *ex art. 2*¹¹. Tale conclusione vale anche nel caso di indeterminazione del luogo di esecuzione dell'obbligazione controversa¹².

1.2.2. Interpretazione restrittiva dell'art. 5 n. 1

- 3 La Corte di giustizia ha affermato a più riprese il carattere derogatorio dell'art. 5 n. 1 rispetto alla regola di competenza generale di cui all'art. 2¹³; la competenza spetta, in linea di principio, al foro del domicilio del convenuto¹⁴. Ne consegue che i fori alternativi rivestono carattere di ecce-

⁶ Hausmann in Staudinger (2011), 489.

⁷ Hausmann in Staudinger (2011), 489, il quale rileva, tuttavia, che questo argomento non vale per l'art. 5, n. 1, lett. b).

⁸ Niboyet, *Gaz. Pal.* 2001, n. 163, 12.

⁹ Droz in *D.* 1997, 351; von Overbeck in *Liber amicorum G. Droz* 1996, 287 e segg.; Muir-Watt in *Rev. gén. proc.* 1998, 371.

¹⁰ Cour de cassation (FR) 21.06.2005, *unalex FR-218*. In precedenza Cour de cassation (FR) 19.03.1991, *unalex FR-291*.

¹¹ Corte di Cassazione (IT) 15.05.1990, *unalex IT-51*; Cour de cassation (FR) 21.01.2004, *unalex FR-216*.

¹² Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 28.07.2005 - *Mora Shipping Inc v Axa Assurance SA*, *unalex UK-22*, in una fattispecie nella quale una delle parti poteva scegliere unilateralmente il luogo di pagamento. V. parimenti *infra* per le obbligazioni di non fare.

¹³ V. segnatamente CGCE 15.02.1989 - 32/88 - *Six Constructions/Humbert*, *unalex EU-52*, punto 18; CGCE 17.06.1992 - C-26/91 - *Jakob Handte*, punto 14; CGCE 19.01.1993 - C-89/91 - *Shearson Lehman Hutton*, *unalex EU-81*, punto 14.

¹⁴ CGCE 19.01.1993 - C-89/91 - *Shearson Lehman Hutton*, *unalex EU-81*, punto 14; CGCE 05.02.2004 - C-265/02 - *Frahuis*, *unalex EU-68*, punto 23; CGCE 13.07.2006 - C-103/05 - *Reisch Montage*, *unalex*

zione¹⁵ e, al fine di realizzare gli obiettivi di certezza del diritto¹⁶ e di prevedibilità¹⁷, essi devono essere interpretati restrittivamente¹⁸.

1.2.3. Esclusione della teoria del *forum non conveniens*

Se ricorrono i requisiti di applicazione dell'art. 5, n. 1, il giudice deve dichiararsi competente e decidere la controversia. Egli non può dichiararsi incompetente per ragioni legate alla buona amministrazione della giustizia o sul fondamento della teoria del *forum non conveniens*. Ciò vale sia per la competenza fondata sull'art. 5 n. 1¹⁹ sia per tutte le competenze risultanti dal Regolamento «Bruxelles I» (o dalla Convenzione di Bruxelles)²⁰.

1.3. Rapporto con gli altri criteri di competenza

1.3.1. Rapporto con altri criteri di competenza previsti dal regolamento

In diversi settori, il foro contrattuale di cui all'art. 5, n. 1 cede il passo ad altri criteri.

L'ambito di applicazione dell'art. 5, n. 1 è limitato da quelle norme che, in quanto perseguono un obiettivo specifico, e segnatamente la protezione di parti più deboli, prevalgono su tale disposizione. Si tratta delle norme in materia di contratti di assicurazione (artt. 8-14), di contratti conclusi dai consumatori (artt. 15-17), e di contratti individuali di lavoro (artt. 18-21): le sezioni dedicate a tali contratti sono autonome e, in difetto di un rinvio esplicito, escludono l'applicazione di altre disposizioni del regolamento²¹. Esse costituiscono regole speciali che, qualora i loro requisiti di applicazione siano soddisfatti, derogano alla regola generale di cui all'art. 5,

EU-137, punto 22; CGCE 11.10.2007 - C-98/06 - *Freeport/Arnoldson*, *unalex EU-154*, punto 34; CGCE 17.09.2009 - C-347/08 - *Vorarlberger Gebietskrankenkasse/WGV*, *unalex EU-185*, punto 37.

¹⁵ CGCE 15.02.1989 - 32/88 - *Six Constructions/Humbert*, *unalex EU-52*, punto 18.

¹⁶ CGCE 06.10.1976 - 14/76 - *De Bloos/Bouyer*, *unalex EU-4*; CGCE 22.11.1978 - 33/78 - *Somafer/Saar-Fermsgas AG*, *unalex EU-15*; CGCE 22.03.1983 - 34/82 - *Peters/ZNAV*, *unalex EU-31*.

¹⁷ CGUE 25.02.2010 - C-381/08 - *Car Trim/KeySafety Systems*, *unalex EU-214*, punto 49; CGCE 23.04.2009 - C-533/07 - *Falco Privatstiftung*, *unalex EU-177*, punto 22; CGCE 03.05.2007 - C-386/05 - *Color Drack/Lexx*, *unalex EU-153*, punti 19 e 20; CGCE 13.07.2006 - C-103/05 - *Reisch Montage*, *unalex EU-137*, punti 24 e 25.

¹⁸ Per esempi nelle giurisprudenze nazionali v. segnatamente Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 20.12.2006 - *Scottish & Newcastle International v Othon Ghalanos*, *unalex UK-242*; Tribunale Rovereto (IT) 28.08.2004, *unalex IT-117*; OLG Bremen (DE) 25.09.1997, *unalex DE-75*. OGH (AT) 28.09.2005, *unalex AT-162*; High Court (IE) 08.03.2005 - *Burke v UVEX Sports GmbH*, *unalex IE-11*; OGH (AT) 29.01.2003, *unalex AT-14*; Tribunal da Relação Porto (PT) 04.11.2002, *unalex PT-14*; Court of Appeal (Civil Division) (UK) 30.01.2002 - *Kenburn Waste Management v Bergmann*, *unalex UK-78*; High Court (UK) 30.01.2001 - *USF Ltd v Aqua Technology Hanson*, *unalex UK-196*; House of Lords (UK) 30.10.1997 - *Kleinwort Benson v City of Glasgow*, *unalex UK-12*; BGH (DE) 28.02.1996, *unalex DE-421*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 18.03.1997 - *Source Ltd v TUV Rheinland Holding AG*, *unalex UK-81*.

¹⁹ Sheriff Court (SCO) Aberdeen (UK) 03.04.2009 - *Oceanfix International v AGIP Kazakhstan North*, *unalex UK-385*.

²⁰ CGCE 01.03.2005 - C-281/02 - *Owusu*, *unalex EU-103*. V. osservazioni preliminari Capo II.

²¹ CGCE 22.05.2008 - C-462/06 - *Glaxosmithkline/Rouard*, *unalex EU-158*.

n. 1. Altrimenti, quest'ultima risulta nuovamente applicabile²². Si rammenti che, inizialmente, la Convenzione di Bruxelles non conteneva regole speciali in materia di contratti di lavoro, e che la Corte di giustizia aveva dovuto procedere, in tale materia, ad un'interpretazione particolare dell'art. 5, n. 1, la quale veniva infine ripresa dalla Convenzione di adesione di San Sebastian del 1989²³.

L'art. 5, n. 1, cede parimenti il passo a fronte dei criteri di competenza esclusiva di cui all'art. 22 (art. 16 della Convenzione di Bruxelles), i quali possono ad es. essere fatti valere in materia di diritti immobiliari (art. 22, n. 1) o in materia di diritto societario (art. 22, n. 2)²⁴.

La determinazione precisa dell'ambito di applicazione di questi diversi criteri è necessaria per individuare l'esatto ambito di applicazione dell'art. 5, n. 1²⁵.

Ancora, l'art. 5, n. 1 non si applica, questa volta in via generale, in presenza di accordi di scelta del foro (art. 23) o di una clausola compromissoria²⁶ o in caso di proroga tacita (art. 24)²⁷. Questa soluzione si impone sulla scorta di considerazioni legate alla rilevanza accordata all'autonomia delle parti in materia contrattuale. Essa viene formulata espressamente dall'art. 5, n. 1, lett. b), il quale fa salve eventuali convenzioni contrarie. In tale ambito, tuttavia, le convenzioni cui si fa riferimento sono non solo le clausole attributive di giurisdizione o le clausole compromissorie, bensì anche gli accordi sul luogo di esecuzione dell'obbligazione che devono essere presi in considerazione per determinare il foro contrattuale (v. *infra*). Al convenuto non basta tuttavia sostenere che nel contratto figura una clausola attributiva di competenza o una clausola compromissoria per paralizzare il foro di cui all'art. 5, n. 1. La soluzione, molto discussa²⁸ si evince, per la clausola attributiva di competenza, dalla sentenza *Gasser*²⁹ e per la clausola compromissoria dalla sentenza *West Tankers*³⁰. Spetta al giudice adito sulla base del Regolamento «Bruxelles I» pronunciarsi sull'applicabilità dell'accordo di scelta del foro.

Infine, il foro contrattuale deve essere combinato, in caso di chiamata in garanzia o di altra chiamata di terzo, con i criteri di competenza di cui agli artt. 6, n. 2³¹, 6, n. 3 e 6, n. 4. Il combinato con l'art. 5, n. 5 consente di estendere la facoltà di scelta dell'attore allorché il contratto sia stato concluso per il tramite di una succursale (si vedano, al riguardo, i commenti ai rispettivi articoli).

²² V. Audiencia Provincial Baleares (ES) 02.12.2004, *unalex ES-76*.

²³ V. *infra* commento artt. 18-21.

²⁴ A favore di un'interpretazione restrittiva dell'art. 16 della Convenzione di Bruxelles, la quale comportava l'applicazione dell'art. 5, n. 1, v. OGH (AT) 10.09.2003, *unalex AT-6*.

²⁵ V. *infra* le conseguenze sulla definizione di materia contrattuale.

²⁶ CGCE 17.11.1998 – C-391/95 – *van Uden/Deco-Line*, *unalex EU-56*: in presenza di una clausola compromissoria, i provvedimenti provvisori o cautelati non possono essere disposti sulla base dell'art. 5, n. 1, della Convenzione di Bruxelles (punto 24) bensì sulla base dell'art. 24 (ora art. 31 del regolamento) (punto 25). V. commento art. 31.

²⁷ Bezirksgericht Neusiedl (AT) 19.03.2009, *unalex AT-614*; Nejvyšší soud (CZ) 23.09.20088 *unalex CZ-15*.

²⁸ V. ad es. *Kessedjian* in D. 2009. 981. V. parimenti commento art. 23.

²⁹ CGCE 09.12.2003 – C-116/02 – *Gasser/MISAT*, *unalex EU-69*.

³⁰ CGCE 10.02.2009 – C-185/07 – *West Tankers*, *unalex EU-171*; a favore di un'applicazione nella giurisprudenza nazionale, v. Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 11.03.2009 – *Youell v La Reunion Aérienne*, *unalex UK-378*.

³¹ CGCE 15.05.1990 – C-365/88 – *Kongress Agentur Hagen*, *unalex EU-75*; Corte di Cassazione (IT) 17.06.1986, *unalex IT-26*; LG Hamburg (DE) 27.05.1974, *unalex DE-674*.

1.3.2. Rapporto con i criteri di competenza previsti da altri testi

L'art. 5, n. 1 è inapplicabile laddove la controversia rientri nell'ambito di applicazione di una convenzione internazionale la cui applicazione è fatta salva dall'art. 71 del regolamento³². Così in materia di contratti di trasporto: la CMR del 19 maggio 1956 contiene, all'art. 31, n. 1, una regola di competenza³³, la Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999 (trasporto aereo) all'art. 33, comma 1³⁴ e la Convenzione di Varsavia del 12 ottobre 1929 (trasporto aereo) al suo art. 28³⁵.

1.4. Evoluzione della norma

Il foro contrattuale ha subito modifiche profonde in occasione del passaggio dalla Convenzione di Bruxelles al regolamento, ma la semplificazione che ci si aspettava non è avvenuta. Infatti, la regola originaria è rimasta intatta (art. 5, n. 1, lett. a). Ai fini della sua applicazione, occorre procedere in due tempi: in primo luogo, individuare, in base alla legge applicabile al contratto, l'obbligazione dedotta in giudizio, con tutte le incertezze legate alla nozione di obbligazione autonoma (v. *infra*); in secondo luogo, determinare, sempre in base alla legge applicabile, il luogo di esecuzione dell'obbligazione controversa (v. *infra*). Nondimeno, al fine di ovviare agli inconvenienti legati a tale metodo, la lett. b), designa adesso in maniera autonoma il luogo di esecuzione dell'«obbligazione dedotta in giudizio» in due fattispecie precise, corrispondenti ai contratti più frequenti. Nel caso della compravendita di beni, esso coincide con il luogo in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto; nel caso della prestazione di servizi, con il luogo in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto. In presenza di contratti che non sono qualificabili né come compravendita né come prestazione di servizi, si applica la regola «base». La conservazione parziale di quest'ultima giustifica il ricorso, per l'interpretazione dell'art. 5, n. 1 del regolamento, alle soluzioni elaborate nell'ambito della Convenzione di Bruxelles³⁶. Numerosi sono i rinvii effettuati alle sentenze emesse ai fini di interpretare l'art. 5, n. 1, della convenzione³⁷.

³² CGCE 06.12.1994 – C-406/92 – *Tarry/Maciej Ratuj*, *unalex EU-128*.

³³ Lietuvos Auksiausiasis Teismas (LT) 29.01.2007, *unalex LT-5*; OGH (AT) 19.03.2003, *unalex AT-601*; OGH (AT) 13.12.2002, *unalex AT-642*; LG Bochum (DE) 24.01.1984, *unalex DE-312*, che rileva che la CMR disciplina la competenza giurisdizionale, mentre la competenza territoriale è determinata dall'art. 5, n. 1.

³⁴ CGCE 09.07.2009 – C-204/08 – *Rebder/Air Baltic*, *unalex EU-181*, che esclude l'applicazione della Convenzione di Montreal allorché la domanda intesa ad ottenere una compensazione a seguito della cancellazione di un volo sia fondata sul Regolamento n. 261/2004 e prescindendo dal diritto al risarcimento dei danni sancito all'art. 19 della Convenzione di Montreal. Nella stessa causa, OLG München (DE) 16.05.2007, *unalex DE-1630*.

³⁵ OLG Frankfurt a.M. (DE) 18.04.2007, *unalex DE-809*.

³⁶ V. Introduzione.

³⁷ CGCE 14.05.2009 – C-180/06 – *Isinger/Schlank & Schick*, *unalex EU-175*, punto 58; CGCE 23.04.2009 – C-533/07 – *Falco Privatstiftung*, *unalex EU-177*, punto 56; OLG Oldenburg (DE) 21.05.2008, *unalex DE-1686*; Tribunale Rovereto (IT) 21.11.2007, *unalex IT-247*; analog. CGCE 01.10.2002 – C-167/00 – *Henkel*, *unalex EU-114*, punto 49; V. parimenti OLG Stuttgart (DE) 30.05.2007, *unalex DE-799*; Tribunale Rovereto (IT) 24.08.2006, *unalex IT-208*; Tribunale Padova (IT) 10.01.2006, *unalex IT-196*.

2. Ambito di applicazione

2.1. Ambito di applicazione *ratione personae*

- 8 L'applicazione dell'art. 5, n. 1 presuppone che il convenuto sia domiciliato nel territorio di uno Stato membro³⁸. Se il convenuto è domiciliato nel territorio di uno Stato terzo, la competenza è disciplinata unicamente, ai sensi dell'art. 4, par. 1, dalla legge nazionale dello Stato di cui trattasi. Per contro, il domicilio dell'attore e la nazionalità delle parti non rilevano³⁹.

Se attore e convenuto sono domiciliati nello stesso Stato membro, l'art. 5, n. 1 risulta applicabile allorché esso designa la competenza dei giudici di uno Stato membro diverso⁴⁰.

Occorre inoltre che venga adito un giudice diverso da quello del domicilio del convenuto. Altrimenti, la competenza giurisdizionale è fondata sull'art. 2 e la competenza territoriale sarà determinata dai criteri sanciti non dal diritto europeo ma dal diritto nazionale.

- 9 Una peculiarità dell'ambito di applicazione *ratione personae* dell'art. 5, n. 1 del regolamento risiedeva nella riserva lussemburghese: riprendendo l'art. I, comma 1 del protocollo alla Convenzione di Bruxelles, l'art. 63, par. 1, del Regolamento prevedeva che una persona domiciliata nel territorio del Lussemburgo, convenuta dinanzi a un giudice di un altro Stato membro in applicazione dell'art. 5, n. 1, potesse eccepire l'incompetenza di tale giudice «qualora il luogo di destinazione finale della fornitura della merce o prestazione del servizio [fosse] situato nel Lussemburgo»⁴¹. Questa norma creava dunque un privilegio a favore dei convenuti domiciliati in Lussemburgo. La possibilità di una rinuncia tacita, sebbene insita nella natura di tale privilegio, non era stata prevista⁴². Per contro, ad una società stabilita in Lussemburgo sotto forma di una casella postale, la quale esercitava di fatto la propria attività in un altro Stato membro, non veniva consentito il ricorso a tale regola speciale⁴³. Siffatte questioni sono ormai obsolete: la durata di questo privilegio era limitata ad un periodo di sei anni a decorrere dall'entrata in vigore del regolamento, ed esso è terminato il 1° marzo 2008.

2.1.1. Nozione di parte del contratto

- 10 Possono ricorrere al foro contrattuale del luogo di esecuzione non solo le parti originarie del contratto, bensì anche i loro aventi diritto a titolo universale o particolare⁴⁴, i quali, per effetto di una convenzione (trasferimento del contratto, cessione di credito, cessione di debito, delegazio-

³⁸ Cour de cassation (FR) 21.01.2004, *unalex FR-216*; Cour de cassation (FR) 16.03.1999, *unalex FR-77*; LG Siegen (DE) 05.08.1997, *unalex DE-587*.

³⁹ CGCE 13.07.2000 – C-412/98 – *Group Josi*, *unalex EU-91*, punto 53.

⁴⁰ Cour de cassation (FR) 30.01.2001, *unalex FR-64*. *Contra* BayObLG (DE) 24.05.2002, *unalex DE-350*.

⁴¹ In applicazione del protocollo allegato alla Convenzione di Bruxelles, v. OGH (AT) 29.08.2002, *unalex AT-46*; Tribunal de commerce Arlon (BE) 12.09.1996, *unalex BE-98*; Cour de cassation (FR) 16.03.2005, *unalex FR-219*; Bull. V. n. 92. Somm. 1394, nota *Audir*. In applicazione del regolamento, OLG Düsseldorf (DE) 22.12.2005, *unalex DE-770*.

⁴² Cour de cassation (FR) 17.12.1986, *unalex FR-314*.

⁴³ BGH (DE) 02.06.2003, *unalex DE-31*.

⁴⁴ OGH (AT) 11.05.2005, *unalex AT-91*. V. tuttavia, in relazione ad una successione *mortis causa*, Tribunal d'arrondissement (LU) 27.04.2007, *unalex LU-27*, il quale nega l'applicazione dell'art. 5, n. 1.

ne⁴⁵) o per legge (cessione legale, surrogazione⁴⁶) sono succeduti nei diritti di tali parti. La competenza del foro contrattuale è dunque fondata sui diritti nati dai fatti controversi, e non sulla qualità di parti del contratto. Una soluzione diversa è stata adottata per i contratti conclusi dai consumatori⁴⁷, ma essa è connessa al fine particolare perseguito dalle relative disposizioni (tutela della parte debole) e non deve essere estesa al foro contrattuale di cui all'art. 5, n. 1, il quale si fonda sulla prossimità del giudice alla controversia e non mira a tutelare una categoria di persone⁴⁸.

È stato inoltre affermato che il terzo beneficiario di un accordo contrattuale potesse agire sul fondamento dell'art. 5, n. 1 per ottenere l'esecuzione del contratto⁴⁹ e che un terzo, sul medesimo fondamento, potesse contestarne l'esistenza⁵⁰.

La Corte di giustizia si è tuttavia pronunciata a favore di un'interpretazione restrittiva del foro contrattuale nei confronti della parte che, senza essersi accordata con il debitore, si è surrogata nei diritti del creditore. Così, essa ha dichiarato che nella nozione di «materia contrattuale» non è ricompresa l'obbligazione della quale il fideiussore, che in forza di un contratto di garanzia stipulato con lo spedizioniere abbia pagato i tributi doganali, chieda in giudizio l'adempimento in surrogazione nei diritti dell'amministrazione doganale ed in via di regresso nei confronti del proprietario della merce importata, qualora quest'ultimo, che non è parte del contratto fideiussorio, non abbia autorizzato la conclusione di detto contratto⁵¹. Analogamente, la Corte ha ritenuto che la polizza di carico non consente di provare alcun vincolo contrattuale liberamente accettato tra il destinatario della merce, da una parte, e il noleggiatore e il vettore, dall'altro⁵². Una soluzione simile è stata adottata nel caso del destinatario che, incaricato dal concedente in leasing, agisce nei confronti del fabbricante⁵³. Per i contratti collegati, v. *infra*.

2.2. Ambito di applicazione *ratione materiae* - Nozione di materia contrattuale

2.2.1. Interpretazione autonoma

La determinazione dell'ambito di applicazione *ratione materiae* dell'art. 5, n. 1 non è agevole. Si versa in tale ambito in presenza di una controversia «in materia contrattuale» o, nella versione tedesca, «allorché la controversia abbia ad oggetto un contratto o diritti risultanti da un contratto».

⁴⁵ BGH (DE) 22.04.2009, *unalex DE-1672* (cessione di crediti); OLG Hamburg (DE) 31.10.1985, *unalex DE-555* (accollo di debiti).

⁴⁶ OGH (AT) 11.05.2005, *unalex AT-91*; Cour de cassation (FR) 19.03.1991, *unalex FR-291*.

⁴⁷ CGCE 19.01.1993 – C-89/91 – *Shearson Lehman Hutton*, *unalex EU-81*, punti 19-24; nella giurisprudenza nazionale, v. BGH (DE) 20.04.1993, *unalex DE-1624*.

⁴⁸ Esplicitamente in tal senso, BGH (DE) 22.04.2009, *unalex DE-1672*.

⁴⁹ High Court (UK) 06.04.1995 – *Atlas Shipping Agency v Suisse Atlantique*, *unalex UK-144*. In senso contrario, OGH (AT) 29.01.2003, *unalex AT-14*.

⁵⁰ Corte di Cassazione (IT) 07.05.2003, *unalex IT-18*.

⁵¹ CGCE 05.02.2004 – C-265/02 – *Frahuis*, *unalex EU-68*.

⁵² CGCE 27.10.1998 – C-51/97 – *Réunion européenne/Splithoff's Bevrachtungskantoor*, *unalex EU-116*, punto 19; Cour de cassation (FR) 16.03.1999, *unalex FR-180*.

⁵³ Cour de cassation (FR) 17.01.2006, *unalex FR-319*.

La nozione di materia contrattuale diverge da Stato membro a Stato membro. È pertanto essenziale chiarire se la qualificazione di tale nozione debba essere effettuata rinviando alle qualificazioni nazionali o in maniera autonoma. A partire dalla sentenza *Martin Peters*⁵⁴, la Corte si è espressa a favore di una qualificazione autonoma della materia contrattuale, la quale deve essere interpretata riferendosi principalmente al sistema ed agli scopi del regolamento, onde garantirne la piena efficacia. La qualificazione autonoma è generalmente condivisa in quanto, in ragione delle significative differenze che caratterizzano i diritti civili degli Stati membri, solo una siffatta qualificazione consente un'interpretazione uniforme delle norme sulla competenza. Questo metodo è stato precisato a più riprese⁵⁵; secondo la sentenza *Arcado*⁵⁶,

«tenuto conto degli scopi e della struttura generale della convenzione, è necessario, al fine di garantire per quanto possibile la parità e l'uniformità dei diritti e degli obblighi che derivano dalla convenzione per gli stati contraenti e per le persone interessate, evitare d'interpretare la suddetta nozione come un semplice rinvio al diritto nazionale di questo o quello Stato interessato. Di conseguenza, la nozione di materia contrattuale va considerata come una nozione autonoma che va interpretata, ai fini dell'applicazione della convenzione, riferendosi principalmente al sistema e agli scopi della convenzione stessa onde garantire la piena efficacia di questa».

L'interpretazione autonoma è dunque la regola, ed è stata affermata sia dalla Corte di giustizia, sia dalle giurisdizioni nazionali⁵⁷. Questa soluzione può comportare che, in relazione alla medesima controversia, vengano assunte diverse accezioni della nozione di contratto: una nozione atinente la determinazione della competenza, e una nozione sostanziale; essa è tuttavia giustificata dalla volontà di applicazione uniforme del regolamento⁵⁸.

2.2.2. Contorni della materia contrattuale

- 12 La Corte di giustizia non ha fornito una definizione esaustiva della materia contrattuale, precisandone tuttavia i contorni. Così, nella sentenza *Jakob Handte*⁵⁹, essa ha affermato che non si versa in materia contrattuale qualora «non esista alcun obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti di un'altra». Questa formula, ormai classica⁶⁰, è stata ripresa dalle giurisdizioni na-

⁵⁴ CGCE 22.03.1983 – 34/82 – *Peters/ZNAV*, *unalex EU-31*.

⁵⁵ CGCE 17.06.1992 – C-26/91 – *Handte*, *unalex EU-74*; CGCE 03.07.1997 – C-269/95 – *Benincasa*, *unalex EU-62*; CGCE 27.10.1998 – C-51/97 – *Réunion européenne/Splithoff's Bevrachtungskantoor*, *unalex EU-116*; CGCE 20.01.2005 – C-27/02 – *Engler*, *unalex EU-110*; CGCE 09.07.2009 – C-204/08 – *Rehder/Air Baltic*, *unalex EU-181*.

⁵⁶ CGCE 08.03.1988 – 9/87 – *Arcado/Haviland*, *unalex EU-49*.

⁵⁷ *Ex plurimis*, v. segnatamente: High Court (IE) 08.03.2005 – *Burke v UVEX Sports GmbH*, *unalex IE-11*; OGH (AT) 28.05.2002, *unalex AT-597*; Tribunal Fédéral (CH) 23.08.1996, *unalex CH-63* (convenzione di Lugano); OGH (AT) 07.03.2006, *unalex AT-261*.

⁵⁸ *Hausmann in Staudinger* (2011), 491; BGH (DE) 05.10.2010, *unalex DE-1971*. Così, nel diritto francese, le «promesse di vincita» rientrano nella categoria dei quasi contratti ma vengono ascritte alla materia contrattuale ai fini dell'applicazione dell'art. 5, n. 1. Viceversa, l'azione di responsabilità nell'ambito di contratti collegati riveste natura contrattuale sul piano sostanziale, ma ha natura extracontrattuale nell'ambito del Regolamento «Bruxelles I».

⁵⁹ Sentenza prec.

⁶⁰ CGCE 27.10.1998 – C-51/97 – *Réunion européenne/Splithoff's Bevrachtungskantoor*, *unalex EU-116*; CGCE 11.07.2002 – C-96/00 – *Gabriel*, *unalex EU-95*; CGCE 17.09.2002 – C-334/00 – *Tacconi*, *unalex EU-121*; CGCE 05.02.2004 – C-265/02 – *Frahuil*, *unalex EU-68*; CGCE 20.01.2005 – C-27/02 – *Engler*, *unalex EU-110*.

zionali⁶¹, e presenta il vantaggio di consentire una certa elasticità. Così, la qualificazione contrattuale non esige necessariamente la conclusione di un contratto⁶²: il foro contrattuale ha potuto dunque essere ritenuto sussistente in un caso in cui le parti non si erano messe d'accordo sull'insieme degli elementi del contratto⁶³. Essa non esige neanche la reciprocità delle obbligazioni⁶⁴: le domande fondate su una manifestazione unilaterale di volontà rientrano pertanto nell'ambito di applicazione dell'art. 5, n. 1⁶⁵. Gli esempi sono numerosi: l'art. 5, n. 1 è stato ritenuto applicabile nel caso di una donazione⁶⁶, di un riconoscimento del debito⁶⁷, della prestazione di una fideiussione⁶⁸, di una «promessa di vincita»⁶⁹, o di pagamento, di una lettera di patronage⁷⁰. Quanto alla promessa di pagamento, sorgono difficoltà in relazione agli strumenti di pagamento: l'art. 5, n. 1 è stato applicato alle controversie concernenti una cambiale⁷¹ o un assegno⁷², ma la qualificazione contrattuale viene messa in discussione per il rapporto che lega il portatore all'emittente della cambiale⁷³ ed è esclusa per l'azione promossa dal portatore nei confronti della banca emittente⁷⁴.

È stato inoltre sostenuto che le decisioni «collegiali» possono far sorgere obbligazioni contrattuali ai sensi dell'art. 5, n. 1. È stata pertanto affermata la natura contrattuale nel caso di una domanda proposta nei confronti di un comproprietario in esecuzione di una delibera dell'assemblea di condominio⁷⁵.

Non è necessario che le obbligazioni siano state espressamente pattuite fra le parti. L'art. 5, n. 1 si applica parimenti alle obbligazioni *ex lege*, sempreché esse risultino da un obbligo liberamente

⁶¹ Per es. Corte di Cassazione (IT) 17.07.2008, *unalex IT-412*, Cour de cassation (FR) 06.07.1999, *unalex FR-2169*; Cour d'appel Paris (FR) 11.10.2000, *unalex FR-2261*; Cour de cassation (FR) 04.07.2006, *unalex FR-328*.

⁶² CGCE 20.01.2005 – C-27/02 – *Engler*, *unalex EU-110*.

⁶³ Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 23.09.1999 – *Ferguson Shipbuilders Limited/Voith Hydro GmbH & Co KG and others*, *unalex UK-56*. V. *infra* la questione della *culpa in contrahendo*.

⁶⁴ CGCE 20.01.2005 – C-27/02 – *Engler*, *unalex EU-110*; OLG Hamm (DE) 13.11.2006, *unalex DE-772*.

⁶⁵ *Kropholler* (2005), art. 5, punto 10; *Geimer/Schütze* (2010), art. 5, n. 54; OGH (AT) 07.03.2006, *unalex AT-261*; OLG Brandenburg (DE) 17.04.2002, *unalex DE-1563*.

⁶⁶ Tribunale Venezia (IT) 28.02.2003, *unalex IT-266*; *contra* BGH (DE) 28.02.1996, *unalex DE-421*, che qualifica come contrattuale (arricchimento senza causa) la revoca della promessa di donazione nel caso di rottura del fidanzamento.

⁶⁷ *Campeis/De Pauli* in Dir. comm. int. 2005, 299.

⁶⁸ Korkein oikeus (FI) 12.11.1998, *unalex FI-8*.

⁶⁹ V. *infra* le considerazioni svolte in relazione alle «promesse di vincita».

⁷⁰ Cour de cassation (FR) 03.03.1992, *unalex FR-287*; Cour de cassation (FR) 05.10.1999, *unalex FR-176*; Cour de cassation (FR) 16.10.1985, *unalex FR-161*; LG Düsseldorf (DE) 11.01.2005, *unalex DE-480*; Cour de cassation (FR) 30.01.2001, *unalex FR-64*. In dottrina, v. *Jobard-Bachelier* in Trav. com. fr. dip 1993-1995, 125.

⁷¹ Tribunale Padova (IT) 11.04.1985, *unalex IT-152*; *contra* LG Frankfurt a.M. (DE) 05.10.1995, *unalex DE-1210*.

⁷² Corte di Cassazione (IT) 17.07.2008, *unalex IT-412*; BGH (DE) 16.12.2003, *unalex DE-19*;

⁷³ Nega la qualificazione contrattuale, LG Bayreuth (DE) 29.06.1988, *unalex DE-300*; LG Göttingen (DE) 09.11.1976, *unalex DE-496*; OLG Düsseldorf (DE) 22.11.2002, *unalex DE-724*.

⁷⁴ OGH (AT) 17.04.2002, *unalex AT-370*.

⁷⁵ OLG Stuttgart (DE) 19.01.2005, *unalex DE-797*

assunto⁷⁶. Questa soluzione viene adottata frequentemente nel caso delle azioni di responsabilità⁷⁷ e dell'obbligo di informazione. Occorre tuttavia distinguere, all'interno delle obbligazioni *ex lege*, fra due tipi di obbligazioni, e segnatamente fra quelle che, in ragione del legame con il contratto, debbono essere considerate di natura contrattuale, e le altre⁷⁸. Ad esempio, l'obbligazione risultante da un arricchimento senza causa è legale ma non riveste natura contrattuale⁷⁹.

Rivestono pacificamente natura contrattuale le controversie risultanti da recesso, dall'adempimento, dall'inadempimento, dall'inesatto adempimento o dallo scioglimento del contratto. È qui ravvisabile un' analogia con l'ambito della legge applicabile al contratto, quale definito dall'art. 12 del Regolamento «Roma I». Questa soluzione consente un'interpretazione coerente dei due strumenti⁸⁰.

Altre fattispecie sono più problematiche.

a) Contestazione dell'esistenza e della validità del contratto

- 13 Qualora venga contestata l'esistenza e la validità del contratto, la possibilità di ricorrere all'art. 5, n. 1 è stata messa in dubbio. Infatti, ritenere applicabile questa disposizione laddove ricorra l'eventualità che venga accertata la nullità o l'invalidità del contratto da luogo ad un circolo vizioso. Per contro, qualora si ritenga che una fattispecie del genere sia sottratta al foro contrattuale, al convenuto basterà invocare l'inesistenza o la nullità del contratto per paralizzare l'operatività dell'art. 5, n. 1. Questo timore, esternato espressamente dalla Corte di giustizia, ha portato quest'ultima ad optare per la prima soluzione: «il ricorrente fruisce del foro dell'adempimento ai sensi dell'art. 5, n. 1 (...) anche qualora l'esistenza del contratto su cui si fonda la domanda sia controversa»⁸¹.

La Corte di giustizia ha parimenti ritenuto che spetta al giudice verificare la propria competenza, e che siffatta competenza implica quella di valutare l'esistenza degli elementi costitutivi del contratto⁸².

La Corte si è pronunciata in una causa nella quale l'esistenza del contratto era stata contestata unicamente a titolo incidentale. Le giurisdizioni nazionali hanno tuttavia esteso la sua interpretazione alle fattispecie in cui l'azione ha ad oggetto l'inesistenza o la nullità del contratto, ritenendo applicabile, in fattispecie del genere, l'art. 5, n. 1⁸³.

⁷⁶ OLG Köln (DE) 29.04.1983, *unalex DE-538* (obbligo di accendere un'ipoteca a garanzia di un pagamento). *Contra* BGH (DE) 27.05.2008, *unalex DE-1572*, che attribuisce natura extracontrattuale all'inadempimento del dovere di informazione da parte del medico.

⁷⁷ Ad es. BGH (DE) 22.09.2008, *unalex DE-1593*; OLG Wien (AT) 26.05.2003, *unalex AT-34*.

⁷⁸ Nega la natura contrattuale dell'obbligo dell'emittente della cambiale nei confronti del giratario, LG Frankfurt a.M. (DE) 05.10.1995, *unalex DE-1210*.

⁷⁹ Areios Pagos (GR) 10.05.1994, *unalex GR-50*.

⁸⁰ V. il settimo 'considerando' del Regolamento «Bruxelles I».

⁸¹ CGCE 04.03.1982 – 38/81 – *Effer/Kantner*, *unalex EU-28*, punti 7 e 8;

⁸² Sentenza *Effer/Kantner*, cit., punto 7.

⁸³ *Ex plurimis*, v. BGH (DE) 13.05.1982, *unalex DE-443*; Corte di Cassazione (IT) 20.09.2004, *unalex IT-183*; OGH (AT) 03.02.2000, *unalex AT-236*; OGH (AT) 10.09.2003, *unalex AT-6*; Cour d'appel Bruxelles (BE) 24.01.2001, *unalex BE-48*; Cour d'appel Liège (BE) 28.04.2003, *unalex BE-2*; OGH (AT) 15.01.2002, *unalex*

La dottrina ha condiviso questa posizione⁸⁴, nonostante alcune voci contrarie⁸⁵.

Se il giudice designato dall'art. 5, n. 1 è competente a statuire sull'azione avente ad oggetto l'accertamento della nullità o dell'inesistenza del contratto, egli dovrà parimenti, per ragioni legate alla buona amministrazione della giustizia, essere munito della competenza a pronunciarsi sulle conseguenze della nullità⁸⁶. Talune decisioni riconoscono tale competenza⁸⁷, altre no⁸⁸.

Una volta riconosciuta l'applicabilità dell'art. 5, n. 1, la difficoltà risiede nel sapere qual è l'obbligazione rilevante per la determinazione del foro competente ai sensi dell'art. 5, n. 1 (v. *infra*).

b) Rapporto con la materia extracontrattuale

L'interpretazione della nozione di materia contrattuale effettuata dalla Corte di giustizia ha consentito di definire, a contrario, la materia extracontrattuale, disciplinata dall'art. 5, n. 3 del regolamento: riveste natura extracontrattuale qualsiasi domanda che miri a coinvolgere la responsabilità di un convenuto e che non si ricolleggi alla materia contrattuale ai sensi dell'art. 5, n. 1⁸⁹. Un siffatto approccio potrebbe portare a ritenere che l'insieme del diritto delle obbligazioni rientri nell'ambito o dell'art. 5, n. 1, o dell'art. 5, n. 3⁹⁰.

La Corte di giustizia si è tuttavia espressa diversamente: rientrano nella materia extracontrattuale solo le azioni fondate su atti o fatti illeciti⁹¹. Ne deriva, in materia di competenza giurisdizionale, la suddivisione del diritto delle obbligazioni in tre categorie⁹². In relazione alla terza categoria la competenza viene determinata unicamente dall'art. 2, data l'impossibilità di una concentrazione della competenza *ex art. 6*. Questa categoria include le azioni fondate su un quasi-contratto (v. *infra*, punto 20), su obbligazioni *ex lege* o su obbligazioni di non fare.

Periodicamente, si presentano difficoltà di qualificazione.

AT-598; Cour d'appel (LU) 12.06.1985, *unalex LU-105*; Cour de cassation (FR) 27.06.2000, *unalex FR-61*. Cour de cassation (FR) 25.01.1983, *unalex FR-203*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 02.04.1996 – *Boss Group v Boss France*, *unalex UK-75*. In applicazione della Convenzione di Lugano, v. Tribunal Fédéral (CH) 22.06.2000, *unalex CH-65*; Tribunal Fédéral (CH) 23.08.1996, *unalex CH-63*. Högsta domstolen (SE) 21.07.2005, *unalex SE-43*. Contraria Corte di Cassazione (IT) 29.11.1989, *unalex IT-46*

⁸⁴ *Gaudemet-Tallon* (2010), n. 180; *Huet* in *Clunet* 1982, 473.

⁸⁵ *Gothot/Holleaux* (1985), n. 63.

⁸⁶ *Gaudemet-Tallon* (2010), n. 180; *contra* *Gothot/Holleaux* (1985), n. 62.

⁸⁷ OGH (AT) 27.01.1998, *unalex AT-132*.

⁸⁸ House of Lords (UK) 30.10.1997 – *Kleinwort Benson v City of Glasgow*, *unalex UK-12*, secondo la quale l'azione di restituzione fondata sull'arricchimento senza causa non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 5, n. 1, v. *infra*; in senso analogo, *Aerios Pagos* (GR) 10.05.1994, *unalex GR-50*.

⁸⁹ CGCE 27.09.1988 – 189/87 – *Kalfelis/Schröder*, *unalex EU-51*; CGCE 27.10.1998 – C-51/97 – *Réunion européenne/Splithoff's Bevrachtingskantoor*, *unalex EU-116*; CGCE 20.01.2005 – C-27/02 – *Engler*, *unalex EU-110*.

⁹⁰ V., in questo senso, le conclusioni dell'Avvocato generale *Geelhoed* 31.01.2002 – C-334/00 – *Tacconi*, *unalex EU-121*.

⁹¹ CGCE 27.09.1988 – 189/87 – *Kalfelis/Schröder*, *unalex EU-51*.

⁹² V. per es. Corte di Cassazione (IT) 27.03.2009, *unalex IT-399*.

aa) *La culpa in contrahendo (rottura delle trattative)*

15 A causa delle differenze che caratterizzano i vari ordinamenti giuridici nazionali, la qualificazione della *culpa in contrahendo* è oggetto di discussione. In presenza di un contratto preliminare, l'applicazione dell'art. 5, n. 1 sembra pacifica: il diritto nasce dalla violazione di detto contratto preliminare⁹³. In assenza di un contratto preliminare, taluni hanno suggerito di distinguere a seconda delle obbligazioni precontrattuali: le controversie aventi ad oggetto obblighi di fornire un apporto consultivo rientrerebbero nella materia contrattuale, nella misura in cui sia difficile distinguere ciò che riveste natura precontrattuale da ciò che riveste natura contrattuale⁹⁴. L'applicazione dell'art. 5, n. 1, è parimenti ammessa per statuire sui rapporti precontrattuali che si sono conclusi con la stipula di un contratto⁹⁵. La Corte di giustizia, fedele alla sua posizione di principio, ricerca un obbligo liberamente assunto. Nella decisione *Tacconi*⁹⁶, concernente l'asserita violazione degli obblighi di correttezza e di buona fede in sede di trattative dirette alla formazione di un contratto, l'azione non rientrava nella materia contrattuale ai sensi dell'art. 5, n. 1; *a contrario*, se esiste un obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti di un'altra, tale disposizione risulterebbe applicabile. Questa interpretazione è confermata dalla decisione *Ilisinger*, la quale, nel settore delle promesse di vincita, afferma l'applicazione dell'art. 5, n. 1. Una fattispecie qualificabile come «precontrattuale» nonché l'ipotesi di *culpa in contrahendo* rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 5, n. 1 (v. *infra*). Le giurisdizioni nazionali⁹⁷ si sono espresse perlopiù in favore della qualificazione contrattuale della *culpa in contrahendo*. Esse sono state sostenute da una parte della dottrina⁹⁸. Tuttavia, siffatta qualificazione sembra oggi compromessa: infatti, nell'ambito della legge applicabile, viene inquadrata dal Regolamento «Roma II» nella materia extracontrattuale⁹⁹.

bb) *La rottura improvvisa dei rapporti commerciali*

16 Si tratta di un atto restrittivo della concorrenza previsto nel diritto francese dall'art. 442-6 del codice di commercio, e al quale, nel diritto interno, viene attribuita natura extracontrattuale. Ciò

⁹³ Cour d'appel Chambéry (FR) 23.02.1998, *unalex FR-447*. OGH (AT) 28.05.2002, *unalex AT-597*; Cour de cassation (FR) 05.10.1999, *unalex FR-176*. A contrario, in mancanza di un contratto quadro, l'applicazione dell'art. 5, n. 1 è esclusa: Cour d'appel Colmar (FR) 17.05.2005, *unalex FR-397*.

⁹⁴ *Hausmann in Staudinger* (2011), 494.

⁹⁵ LG Braunschweig (DE) 10.01.2002, *unalex DE-2049*; OGH (AT) 21.12.2006, *unalex AT-271*. A contrario, l'assenza dell'impegno di concludere un contratto esclude l'applicazione dell'art. 5, n. 1, v. Cour de cassation (FR) 23.05.2006, *unalex FR-353* e Cour de cassation (FR) 28.02.1996, *unalex FR-164* in relazione ad un rifiuto di vendita.

⁹⁶ CGCE 17.09.2002 – C-334/00 – *Tacconi*, *unalex EU-121*.

⁹⁷ House of Lords (UK) 17.02.2000 – *Agnew v Länsförsäkringsbolagens*, *unalex UK-36* (obbligo di riservatezza); Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 31.07.1997 – *Agnew v Länsförsäkringsbolagens*, *unalex UK-20* (mala fede); OGH (AT) 18.07.2000 *unalex AT-238* (obbligo di fornire adeguata consulenza); Audiencia Provincial Baleares (ES) 15.06.2001, *unalex ES-59*; OLG Hamburg (DE) 09.07.1976, *unalex DE-499*. Per l'applicabilità dell'art. 5, n. 3, Ephetio Athens (GR) 08.12.2000, *unalex GR-28*.

⁹⁸ *Rémy Corlay* in Rev. crit. d.i.p. 2003, 668.

⁹⁹ *Lüttringhaus* in RIW 2008, 193, 199.

comporta l'inapplicabilità dell'art. 5, n. 1¹⁰⁰: una conclusione criticabile, allorché si considera che la qualificazione deve essere effettuata unicamente sulla scorta del Regolamento «Bruxelles I» (v. *supra*).

cc) *Le azioni aventi ad oggetto al contempo obbligazioni contrattuali e obbligazioni extracontrattuali*

Qualora l'attore faccia valere contemporaneamente un diritto di natura contrattuale e un diritto di natura extracontrattuale (invocando, ad esempio, l'inadempimento contrattuale e un atto illecito), sorge la questione se il giudice del foro contrattuale sia competente sull'insieme della domanda. Considerazioni legate alla buona amministrazione della giustizia imporrebbero una soluzione positiva: la controversia potrebbe in tal modo essere concentrata dinanzi al foro contrattuale. In tal senso si è pronunziato l'avvocato generale *Darmon* quando ha rilevato che il rapporto contrattuale manifesta un'«attrazione» che deve estendersi alle domande di natura extracontrattuale¹⁰¹. La dottrina è parimenti favorevole¹⁰². Talune giurisdizioni nazionali si pronunziano in tal senso, a condizione che la pretesa fondata su fatto illecito sia strettamente legata al contratto, e che la componente contrattuale sia preponderante¹⁰³. La Corte di giustizia sembra tuttavia indicare, nella decisione *Kalfelis*, che il giudice competente ai sensi dell'art. 5, n. 1 possa conoscere unicamente delle obbligazioni contrattuali, mentre il giudice competente ai sensi dell'art. 5, n. 3 possa conoscere unicamente delle obbligazioni extracontrattuali¹⁰⁴. Ci si imbatte nuovamente nella difficoltà legata al fatto che la connessione non costituisce un criterio attributivo di competenza. In difetto di un elemento preponderante, l'attore dovrà separare le azioni o agire dinanzi al foro del domicilio del convenuto. La qualificazione contrattuale non prevale dunque su quella extracontrattuale. Talune giurisdizioni ne hanno dedotto, inversamente alla soluzione enunciata dalla decisione *Kalfelis*, che l'attore possa scegliere fra il foro contrattuale e il foro del fatto illecito¹⁰⁵.

Quanto alla qualificazione di un'azione di responsabilità per fatto illecito promossa da un terzo e fondata su un inadempimento contrattuale, non è nota a chi scrive una giurisprudenza al riguar-

¹⁰⁰ Cour de cassation (FR) 15.09.2009, *unalex FR-2128*; Cour de cassation (FR) 18.01.2011 *unalex FR-2180*; Cour de cassation (FR) 05.06.2008, *unalex FR-1018* che ragiona in termini di responsabilità extracontrattuale nel caso di un rifiuto di rinnovo del contratto. Nello stesso senso, Cour d'appel Colmar (FR) 17.05.2005, *unalex FR-397* in relazione al rifiuto di proseguire dei rapporti d'affari. *Contra*, Cour de cassation (FR) 15.05.2001, *unalex FR-5*.

¹⁰¹ Conclusioni dell'avvocato generale *Darmon* in CGCE 27.09.1988 – 189/87 – *Kalfelis/Schröder*, *unalex EU-51*.

¹⁰² *Gaudemet-Tallon* in Rev. crit. d.i.p. 1989, 122, *Kropholler* (2010), art. 5, punto 79.

¹⁰³ OGH (AT) 17.10.2006, *unalex AT-382*; OGH (AT) 23.02.2005, *unalex AT-95*; OLG Wien (AT) 26.05.2003, *unalex AT-34*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 18.03.1997 – *Source Ltd v TUV Rheinland Holding AG*, *unalex UK-81*; OLG Karlsruhe (DE) 09.02.2007, *unalex DE-718*. High Court (IE) 08.03.2005 – *Burke v UVEX Sports GmbH*, *unalex IE-11*. La concentrazione non costituisce un'obbligazione: l'attore resta libero di agire dinanzi al *forum commissi delicti* ex art. 5, n. 3. BGH (DE) 27.05.2008, *unalex DE-1572*, note *Spickhoff* in IPRax 2009, 128.

¹⁰⁴ Condivide questa interpretazione *Gaudemet-Tallon*, (2010), n. 18. In tal senso, Cour de cassation (FR) 30.03.2004, *unalex FR-213*.

¹⁰⁵ BGH (DE) 27.05.2008, *unalex DE-1572*. V. parimenti OGH (AT) 23.02.2005, *unalex AT-95*.

do, ma, in mancanza di un impegno liberamente assunto, l'azione dovrebbe conservare la propria natura extracontrattuale e rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 5, n. 3.

- 18 L'art. 5, n. 1 non si applica ai contratti collegati ossia ad una controversia tra il sub-acquirente di una cosa e il produttore¹⁰⁶. La soluzione ha avuto una risonanza notevole in Francia, in quanto il diritto francese attribuisce natura contrattuale a tale azione. Tale soluzione è tuttavia conforme alle soluzioni adottate nei sistemi giuridici della maggior parte degli Stati membri: essa è coerente rispetto alla nozione di materia contrattuale, la quale presume, come rilevato in precedenza, un impegno liberamente assunto da una parte nei confronti di un'altra.

A fortiori, l'applicazione dell'art. 5, n. 1 è esclusa nel settore dei gruppi di contratto¹⁰⁷.

dd) Le promesse di vincita

- 19 L'invio, da parte di un venditore professionista, di propria iniziativa e secondo modalità da esso scelte, di una lettera al domicilio di un consumatore, nella quale quest'ultimo viene designato come vincitore di un premio, costituisce un obbligo liberamente assunto, e l'azione con la quale viene reclamata la vincita rientra nella materia contrattuale. Infatti, «una promessa di vincita fatta in siffatte circostanze da un professionista, che non ha chiaramente evidenziato l'esistenza di un'alea, ovvero ha utilizzato espressioni atte a trarre in errore il consumatore per indurlo a stipulare un contratto acquistando i prodotti offerti da tale operatore, poteva ragionevolmente far credere alla destinataria della lettera che un premio le sarebbe stato attribuito qualora avesse restituito il "buono di pagamento" allegato»¹⁰⁸. Ciò vale, a fortiori, in presenza di un ordinativo¹⁰⁹. La stessa soluzione è stata assunta in assenza di irrevocabilità dell'impegno (v. *infra*, la questione dei quasi contratti). È stata pertanto riconosciuta la qualificazione contrattuale al fine di consentire l'applicazione dell'art. 5, n. 1, escludendo la qualificazione come contratto concluso con un consumatore, il che comporterebbe l'applicazione degli artt. 13 e segg. del regolamento¹¹⁰.

¹⁰⁶ CGCE 17.06.1992 – C-261/91 – *Handte*, *unalex EU-74*; Cour de cassation (FR) 27.01.1993, *unalex FR-278*; Cour de cassation (FR) 11.03.2009, *unalex FR-1049*; OGH (AT) 22.02.2005, *unalex AT-108*. Per la giurisprudenza elaborata prima della decisione *Jakob Handte*, v. Cour de cassation (FR) 04.03.1986, *unalex FR-310* che attribuisce all'azione natura contrattuale.

¹⁰⁷ Cour de cassation (FR) 17.01.2006, *unalex FR-319*.

¹⁰⁸ CGCE 20.01.2005 – C-27/02 – *Engler*, *unalex EU-110*; nelle giurisprudenze nazionali, v. OLG Hamm (DE) 08.02.2007, *unalex DE-771*; BGH (DE) 01.12.2005, *unalex DE-492*; OGH (AT) 18.12.2002, *unalex AT-43*; OGH (AT) 26.04.2005, *unalex AT-98*; OGH (AT) 15.04.2005, *unalex AT-106*; OLG Brandenburg (DE) 17.04.2002, *unalex DE-1563*; OLG Celle (DE) 06.12.2002, *unalex DE-561*; OLG Nürnberg (DE) 28.08.2002, *unalex DE-536*; Corte di cassazione (IT) 17.07.2008, *unalex IT-412*. Cour de cassation (FR) 07.05.2010, *unalex FR-1139*, Cour de cassation (FR) 04.11.2010, *unalex FR-2127*, Cour de cassation (FR) 23.02.2011, *unalex FR-2202*, *unalex FR-2203*, *unalex FR-2205*; Cour de cassation (FR) 04.05.2011, *unalex FR-2239*.

¹⁰⁹ OGH (AT) 18.12.2002, *unalex AT-43*.

¹¹⁰ CGCE 14.05.2009 – C-180/06 – *Ilseger/Schlank & Schick*, *unalex EU-175*, punto 57.

c) I quasi contratti

La necessità di un impegno liberamente assunto dovrebbe comportare l'esclusione delle azioni fondate su un quasi contratto dall'ambito di applicazione dell'art. 5, n. 1¹¹¹. Così, questa disposizione non si applica all'azione di ripetizione dell'indebito¹¹², alla gestione di affari altrui¹¹³, e all'arricchimento senza causa¹¹⁴. Tale soluzione è coerente con le soluzioni adottate dal diritto dell'Unione nel settore dei conflitti di legge: i quasi contratti sono disciplinati dallo strumento giuridico dedicato alle obbligazioni extracontrattuali (Regolamento «Roma II») ¹¹⁵.

Con la decisione *Ilseger*, la Corte di giustizia sembra rimettere in discussione tale soluzione. Vi si legge che l'art. 5, n. 1, è applicabile allorché una situazione possa essere qualificata come di natura «precontrattuale o quasi-contrattuale»¹¹⁶. È la prima volta che la Corte di giustizia ritiene applicabile l'art. 5, n. 1 in assenza di un «obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti di un'altra». Questa sentenza è stata oggetto di critiche: l'opzione di competenza di cui all'art. 5, n. 3 sarebbe più idonea di quella di cui all'art. 5, n. 1¹¹⁷. Del resto, poiché la condotta controversa costituisce un comportamento commerciale nei confronti di un consumatore, potrebbe risultare opportuna l'applicazione della regola speciale prevista a tutela di quest'ultimo¹¹⁸.

d) Diritto delle società e materia contrattuale

L'art. 22, n. 2 prevede un foro esclusivo a favore dei giudici dello Stato della sede della persona giuridica nel caso di controversie in materia di validità, nullità o scioglimento delle società o persone giuridiche, o riguardo alla validità delle decisioni dei rispettivi organi. Stabilire, in presenza di un contratto concluso da una persona giuridica, se la lite in cui quest'ultima è coinvolta rientri nell'ambito dell'art. 5, n. 1 o dell'art. 22, n. 2, può rivelarsi difficile. La stessa questione si pone in relazione ai contratti di società. L'art. 22, n. 2 viene interpretato restrittivamente, cosicché esso solo di rado paralizza l'applicazione dell'art. 5, n. 1.

¹¹¹ *Gaudemet-Tallon* (2010), n. 183.

¹¹² Corte di Cassazione (IT) 27.03.2009, *unalex IT-399*; OGH (AT) 07.03.2006, *unalex AT-261*; OLG Wien (AT) 26.05.2003, *unalex AT-34*; BGH (DE) 28.02.1996, *unalex DE-421*; *contra* OLG Brandenburg (DE) 19.12.2006, *unalex DE-1655*; qualifica come contrattuale l'azione di ripetizione dell'indebito, Cour d'appel Grenoble (FR) 23.10.1996, commento *A. Huet* in *JDI* 1998 e nota *Sinay-Citermann* in *Rev. crit. d.i.p.* 1997, 756.

¹¹³ OLG Köln (DE) 13.05.2009, *unalex DE-1675*.

¹¹⁴ House of Lords (UK) 30.10.1997 – *Kleinwort Benson v City of Glasgow*, *unalex UK-12*; BGH (DE) 28.02.1996, *unalex DE-421*; Areios Pagos (GR) 10.05.1994, *unalex GR-50*; *Contra* OLG Brandenburg (DE) 17.04.2002, *unalex DE-1563*; OLG Brandenburg (DE) 19.12.2006, *unalex DE-1655*; OGH (AT) 11.05.2005, *unalex AT-91* ma in tutti i casi l'arricchimento senza causa era legato ad un contratto.

¹¹⁵ Regolamento (CE) 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio 11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali.

¹¹⁶ CGCE 14.05.2009 – C-180/06 – *Ilseger/Schlank & Schick*, *unalex EU-175*, punto 57.

¹¹⁷ *Gaudemet-Tallon* in *Rev. crit. d.i.p.* 2010, 558.

¹¹⁸ In tal senso *Jault-Seseke* in *D.* 2011, 1374.

È stato deciso che l'azione avente ad oggetto diritti risultanti da un contratto di dominio¹¹⁹, l'azione intesa ad ottenere il pagamento del capitale non ancora liberato¹²⁰, la domanda intesa all'accertamento dell'avvenuto esercizio dell'opzione del riacquisto di azioni¹²¹, l'azione risarcitoria fondata su una fideiussione passiva contenuta nell'atto di cessione di quote della società¹²² rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 5, n. 1. Lo stesso vale per i rapporti fra un'associazione e i suoi membri¹²³, fra una società e i suoi soci¹²⁴, fra una società e il suo amministratore¹²⁵.

Nella decisione *Berliner Verkehrsbetriebe*, la Corte di giustizia ha deciso che l'art. 22, n. 2, deve essere interpretato restrittivamente, così da lasciare ampio spazio all'applicazione dell'art. 5, n. 1. Nel contesto di una controversia in materia contrattuale, la questione vertente sulla validità della decisione di concludere il contratto, adottata precedentemente dagli organi sociali di una delle parti, deve considerarsi accessoria: essa non costituisce l'oggetto principale della lite. Ora, l'art. 22, n. 2 riguarda unicamente le controversie il cui oggetto principale è costituito dalla validità, nullità o scioglimento delle società o persone giuridiche o dalla validità delle decisioni dei loro organi. Tale disposizione «non si applica ad una controversia nel cui ambito una società deduce l'inopponibilità di un contratto nei suoi confronti in ragione di un'asserita invalidità, per violazione del suo statuto, della decisione dei suoi organi che ha portato alla conclusione del predetto contratto»¹²⁶.

e) Diritto fallimentare e materia contrattuale

- 22 Il Regolamento n. 1346/2000 enuncia un criterio di competenza per individuare la giurisdizione competente ad avviare la procedura concorsuale, mentre tace in merito alle altre azioni legate a tale procedura. I rapporti fra questo regolamento e il Regolamento «Bruxelles I», e segnatamente l'art. 5, n. 1, devono essere precisati. Si rammenti che l'art. 1, par. 2, lett. b), del Regolamento «Bruxelles I» esclude dal suo ambito di applicazione il fallimento e le procedure affini.

La Corte di giustizia, a partire dalla decisione *Gourdain*¹²⁷, distingue a seconda che l'azione derivi o meno direttamente dal fallimento, consentendo così di prevenire sovrapposizioni fra i due testi. Le azioni revocatorie, le quali permettono di rimettere in discussione gli atti del debitore, rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento sulle procedure d'insolvenza¹²⁸. Lo stesso

¹¹⁹ LG Flensburg (DE) 12.05.2005, *unalex DE-632*.

¹²⁰ Tribunal d'arrondissement (LU) 22.10.2007, *unalex LU-165*.

¹²¹ Corte d'Appello Milano (IT) 15.07.2003, *unalex IT-181*.

¹²² Cour de cassation (FR) 05.11.2008, *unalex FR-1017*.

¹²³ CGCE 22.03.1983 – 34/82 – *Peters/ZNAV*, *unalex EU-31*.

¹²⁴ CGCE 10.03.1992 – C-214/89 – *Powell Duffryn/Petereit*, *unalex EU-80*; BGH (DE) 22.09.2008, *unalex DE-1593*.

¹²⁵ OLG München (DE) 25.06.1999, *unalex DE-68*.

¹²⁶ CGUE 22.05.2011 – C-144/10 – *Berliner Verkehrsbetriebe*, *unalex EU-473*; contra Cour de cassation (FR) 15.03.2011, *unalex FR-2197*.

¹²⁷ CGCE 22.02.1979 – 133/78 – *Gourdain/Nadler*, *unalex EU-16*.

¹²⁸ CGCE 12.02.2009 – C-339/07 – *Seagon*, *unalex EU-172*.

dicasi per le decisioni concernenti i poteri del curatore fallimentare¹²⁹. Per contro, l'azione di un venditore, fondata su una clausola di riserva di proprietà e promossa nei confronti di un acquirente in situazione di fallimento, rientra nell'ambito di applicazione del Regolamento «Bruxelles I»¹³⁰: si tratterebbe di un'azione autonoma, in quanto essa non trova fondamento nel diritto delle procedure di insolvenza e non richiede né l'apertura di una procedura siffatta, né l'intervento di un curatore fallimentare. Similmente, si applica l'art. 5, n. 1, alle azioni che un soggetto sottoposto ad una procedura concorsuale avrebbe potuto esercitare prima dell'apertura di tale procedura, e che, successivamente a tale data, vengono esperite dal curatore fallimentare¹³¹.

Nella giurisprudenza nazionale, è stato deciso che all'azione di responsabilità esperita dall'amministratore di una società in accomandita nei confronti di un accomandatario non si applica l'art. 5, n. 1¹³². Lo stesso vale per l'azione di rivendica¹³³.

Per contro, rientra nella materia contrattuale ai sensi dell'art. 5, n. 1, l'azione promossa dal liquidatore nei confronti del garante di una società in liquidazione al fine di ottenere il rimborso di un prestito¹³⁴, l'azione diretta contro l'amministratore e intesa ad ottenere l'esecuzione della transazione con questi conclusa¹³⁵, o, ancora, l'azione promossa dal creditore nei confronti del garante del debitore¹³⁶.

f) Transazioni nel contesto di azioni collettive

Infine, per concludere sulla nozione di materia contrattuale, rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 5, n. 1 l'omologazione di una transazione conclusa nell'ambito di un'azione collettiva (*class action*)¹³⁷.

3. Criterio di collegamento

Il criterio di collegamento che consente di designare il foro contrattuale varia a seconda che si versi nell'ambito dell'art. 5, n. 1, lett. a), o in quello dell'art. 5, n. 1, lett. b).

¹²⁹ CGCE 02.07.2009 – C-111/08 – *SCT Industri/Alpenblume*, *unalex EU-180*.

¹³⁰ CGCE 10.09.2009 – C-292/08 – *German Graphics/van der Schee*, *unalex EU-184*. La decisione precisa che il rinvio effettuato dal Regolamento 1346/2000 alla Convenzione di Bruxelles deve essere letto come un rinvio al Regolamento «Bruxelles I».

¹³¹ Corte di Cassazione (IT) 19.03.2009, *unalex IT-398*.

¹³² OLG Sachsen-Anhalt (DE) 24.08.2000, *unalex DE-57*.

¹³³ Cour d'appel (LU) 07.07.2004, *unalex LU-13*; Tribunal d'arrondissement (LU) 24.04.2003, *unalex LU-67*.

¹³⁴ OLG Bremen (DE) 25.09.1997, *unalex DE-75* (Convenzione di Lugano); OLG Koblenz (DE) 11.01.2001, *unalex DE-550*.

¹³⁵ BGH (DE) 27.04.2010, *unalex DE-1928*.

¹³⁶ Korkein oikeus (FI) 12.11.1998, *unalex FI-8*.

¹³⁷ Gerechtshof Amsterdam (NL) 12.11.2010, *unalex NL-1031*, nota critica L. Perreau-Saussine in JCP 2011. 602: nella fattispecie, la class action di diritto olandese, la quale si fonda sul principio dell'opt out, consente di vincolare alla transazione tutte le vittime, anche laddove esse non abbiano agito originariamente in giudizio, a meno che non vi si oppongano espressamente.

3.1. Articolazione dell'art. 5, n. 1, lett. a) e lett. b)

- 24 L'art. 5, n. 1 prevede due metodi, a seconda del tipo di contratto, per determinare il foro contrattuale.

Nel caso di una compravendita o di un contratto di prestazione di servizi, l'art. 5, n. 1, lett. b), rende superflua la ricerca dell'obbligazione controversa, e il foro contrattuale sarà determinato dal luogo di esecuzione dell'obbligazione principale, ossia la consegna o la prestazione di servizi¹³⁸. Solo se il contratto non rientra in uno di questi due tipi¹³⁹, o se la consegna o la prestazione dei servizi non è localizzata in uno Stato membro (art. 5, n. 1, lett. c)¹⁴⁰, per determinare il giudice competente occorrerà individuare l'obbligazione dedotta in giudizio e il luogo di esecuzione di tale obbligazione. L'art. 5, n. 1, lett. c) precisa, infatti, che la lett. a) si applica nei casi in cui non è applicabile la lett. b)¹⁴¹. La competenza sarà dunque determinata in funzione del luogo di esecuzione, individuato in base alla *lex causae*, dell'obbligazione dedotta in giudizio (v. *infra*).

L'art. 5, n. 1, lett. b) si applica «salvo diversa convenzione». Il significato di questa espressione è oggetto di discussione. Secondo taluni¹⁴², essa contempla l'ipotesi in cui le parti abbiano voluto ricorrere all'art. 5, n. 1, lett. a) nonostante il contratto da esse stipulato sia una compravendita o una prestazione di servizi. È stato anche sostenuto che il riferimento alla «convenzione» esprime l'autonomia della volontà, la possibilità, per le parti, di derogare, mediante un accordo, alla competenza ordinaria¹⁴³.

La qualificazione del contratto pare dunque cruciale per sapere se si abbia a che fare con una compravendita o con una fornitura di servizi, oppure, invece, con un contratto diverso. La qualificazione del contratto deve essere effettuata autonomamente, ossia senza effettuare un rinvio alle leggi nazionali¹⁴⁴, e viene raccomandato di assumere una nozione ampia di questi due contratti, al fine di garantire l'efficacia dell'art. 5, n. 1, lett. b).

3.1.1. Nozione di compravendita

- 25 L'art. 5, n. 1, non definisce la nozione di compravendita, e la Corte di giustizia non ha ancora provveduto a fornire una definizione completa. È tuttavia pacifico che, per conseguire

¹³⁸ Il diritto interno francese, che adotta una soluzione analoga all'art. 46 codice di procedura civile, sarebbe stato la fonte di ispirazione per lo sviluppo dell'art. 5, n. 1. In tal senso, *Mankowski* in *Magnus/Mankowski* (2007), art. 5, n. 96.

¹³⁹ Cour de cassation (FR) 16.11.2010, *unalex FR-2125*. Per un'applicazione errata dell'art. 5, n. 1, lett. a) in presenza di una compravendita, v. LG Gießen (DE) 17.12.2002, *unalex DE-559*.

¹⁴⁰ Esempi di applicazione, v. BGH (DE) 01.06.2005, *unalex DE-335*; BGH (DE) 22.04.2009, *unalex DE-1672*.

¹⁴¹ *Hau* in IPRax 2000, 354, 359; *Kropholler* (2005), art. 5, 135.

¹⁴² *Witz* in J. L. & Com. 2005, 325, 330-331.

¹⁴³ V. *infra*.

¹⁴⁴ V. ad es. Cour de cassation (FR) 09.07.2008, *unalex FR-1016*; OLG Brandenburg (DE) 19.12.2006, *unalex DE-1655*. *Contra* Cour d'appel de Reims (FR), 04.01.2010.

un'uniformità giurisprudenziale nei diversi Stati membri, l'interpretazione autonoma deve prevalere sul ricorso alla *lex causae*¹⁴⁵.

Numerose decisioni rimandano alla definizione contenuta all'art. 3, comma 1, della Convenzione di Vienna¹⁴⁶. Effettivamente, tale convenzione è già integrata nei diversi ordinamenti giuridici nazionali (ad eccezione del Regno Unito e del Portogallo), ed esercita un'influenza sulle regole di diritto derivato, come ad esempio la direttiva 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo.

In conformità della Convenzione di Vienna, ricorre una compravendita quando hanno luogo la consegna e il trasferimento della proprietà di una merce in cambio di un prezzo convenuto e del ritiro di tale merce.

Per definire la compravendita ai sensi dell'art. 5, n. 1, la Corte di giustizia ha fatto anche riferimento all'art. 1, comma 4 della direttiva 1999/44/CE¹⁴⁷ nonché all'art. 6, comma 2 della Convenzione delle Nazioni Unite, firmata a New York il 14 giugno 1974, sulla prescrizione in materia di vendita internazionale di merci¹⁴⁸.

È dato osservare che, anche qualora non si ricorra a definizioni di diritto sostanziale, il risultato resta invariato.

Di conseguenza, non costituiscono una compravendita il contratto di cambio¹⁴⁹, il contratto di leasing (quanto meno fintantoché non sia stata convenuta un'opzione di acquisto in favore del locatario)¹⁵⁰, e la donazione¹⁵¹.

La qualificazione del contratto di distribuzione è oggetto di discussione¹⁵². Trattandosi di un contratto quadro¹⁵³, il cui oggetto principale è costituito dall'organizzazione della distribuzione e non dal trasferimento della merce, la qualificazione come compravendita è esclusa. Una soluzione identica è stata adottata per escludere il contratto di distribuzione dall'ambito di applicazione

¹⁴⁵ In tal senso segnatamente OLG Karlsruhe (DE) 12.06.2008, *unalex DE-791*; Cour de cassation (FR) 09.07.2008, *unalex FR-1016*.

¹⁴⁶ CGUE 25.02.2010 – C-381/08 – *Car Trim/KeySafety Systems*, *unalex EU-214*; in precedenza, v. OLG Karlsruhe (DE) 12.06.2008, *unalex DE-791*; Tribunale Padova (IT) 10.01.2006, *unalex IT-196*; in dottrina v. *Czernich* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek* (2009), 71; *Magnus* in *IHR* 2002, 47; *Salerno* in *Riv. dir. int. priv. proc.* 2008, 381, 389; *Schlösser* (2009), 73.

¹⁴⁷ CGUE 25.02.2010 – C-381/08 – *Car Trim/KeySafety Systems*, *unalex EU-214*, punto 35. V. parimenti BGH (DE) 22.09.2008, *unalex DE-1593*.

¹⁴⁸ CGUE 25.02.2010 – C-381/08 – *Car Trim/KeySafety Systems*, *unalex EU-214*, punto 37.

¹⁴⁹ *Geimer/Schütze* (2010), 176, n. 88. Diff. *Niboyet*, in *Gaz. Pal.* 2001, n. 163, 10, che qualifica il contratto una compravendita ma esclude l'applicazione dell'art. 5, n. 1, lett. b), non essendo possibile individuare il luogo della fornitura caratteristica.

¹⁵⁰ *Mankowski* in *Magnus/Mankowski* (2007), art. 5, n. 73.

¹⁵¹ *Mankowski* in *Magnus/Mankowski* (2007), art. 5, n. 77, fatta salva la donazione mista (*negotium mixtum cum donatione*).

¹⁵² *Gaudemet-Tallon* (2010), n. 188; *Niboyet* in *Gaz. Pal.* 2001, n. 163, 10.; *Ancel* in *Rev. crit. d.i.p.* 2008, 561, nn. 15-18; *Wurmnest* in *IHR* 2005, 113.

¹⁵³ *Polymeles Protodikeio Athens* (GR) 16.12.2003, *unalex GR-14*.

della Convenzione di Vienna¹⁵⁴. Ne risulta che al contratto di concessione esclusiva si applica l'art. 5, n. 1, lett. a)¹⁵⁵. Nondimeno, ciascun contratto concluso in esecuzione del contratto quadro può essere qualificato come compravendita¹⁵⁶.

- 26 Qualora il venditore si impegni ad eseguire prestazioni supplementari legate alla consegna della merce (montaggio, supporto in occasione dell'installazione), si è in presenza di una compravendita¹⁵⁷, a meno che l'obbligazione di fare non sia prevalente rispetto all'obbligazione di dare¹⁵⁸. Si è ricorsi talvolta al criterio della prestazione caratteristica¹⁵⁹. Anche in questo caso, la soluzione trova riscontro nella Convenzione di Vienna (art. 3, comma 2)¹⁶⁰.
- 27 Qualora il venditore si impegni fabbricare il bene venduto (vendita di bene da fabbricare), è possibile parlare di compravendita. La Corte di giustizia è stata chiamata a statuire su una fattispecie del genere nella causa *Car Trim*. Essa ha affermato, in tal sede, che «i contratti che hanno per oggetto la fornitura di beni da fabbricare o da produrre, benché l'acquirente abbia posto taluni requisiti relativi all'approvvigionamento, alla trasformazione e alla consegna delle merci, senza che egli abbia provveduto a fornire i materiali, e benché il fornitore sia responsabile della qualità e della conformità al contratto della merce, devono essere qualificati come "compravendita di beni"»¹⁶¹. La qualificazione come compravendita cede il passo alla qualificazione come prestazione di servizi laddove la fabbricazione costituisca l'obbligazione principale del contratto¹⁶². Il fatto che il venditore debba osservare le direttive impartite dall'acquirente, e non sia responsabile della qualità e della conformità al contratto dei beni da esso prodotti, deporrà a favore di una qualificazione come «prestazione di servizi»¹⁶³; parimenti laddove il committente fornisca (o si sia impegnato a fornire) tutti o la maggior parte dei materiali impiegati nella fabbricazione della merce¹⁶⁴. Nuovamente, è possibile effettuare un raffronto con le soluzioni adottate dall'art. 3 della

¹⁵⁴ V. OLG Oldenburg (DE) 05.01.2000, *unalex DE-1421*; OLG Hamburg (DE) 05.10.1998, *unalex DE-882*; BGH (DE) 23.07.1997, *unalex DE-920*; diff. Corte di Cassazione (IT) 14.12.1999, *unalex IT-105*; Cour de cassation (FR) 16.04.2008, *unalex FR-450*.

¹⁵⁵ Cour de cassation (FR) 23.01.20077 *unalex FR-163*; Cour de cassation (FR) 05.03.2008, *unalex FR-407*; Cour de cassation (FR) 23.03.2011, *unalex FR-1294*; Audiencia Provincial Valencia (ES) 02.01.2008, *unalex ES-317*. In relazione ad altri contratti di distribuzione Cour de Cassation (FR) 16.04.2008, *unalex FR-450*; Cour d'appel Lyon (FR) 09.09.2004, *unalex FR-355*; contra OGH (AT) 20.02.2006, *unalex AT-240*.

¹⁵⁶ *Gaudemer-Tallon* (2010), n. 188; Audiencia Provincial Valencia (ES) 02.01.2008, *unalex ES-317*.

¹⁵⁷ OGH (AT) 30.01.2007, *unalex AT-520*.

¹⁵⁸ OLG Köln (DE) 30.04.2007, *unalex DE-681*; OGH (AT) 30.01.2007, *unalex AT-520*; OGH (AT) 20.02.2006, *unalex AT-240*; BGH (DE) 02.03.2006, *unalex DE-604*.

¹⁵⁹ OLG Köln (DE) 14.03.2005, *unalex DE-478*.

¹⁶⁰ Tribunale Padova (IT) 10.01.2006, *unalex IT-196*; OLG Karlsruhe (DE) 12.06.2008, *unalex DE-791*; e, in dottrina, v. *Mankowski in Magnus/Mankowski* (2007), art. 5, n. 72.

¹⁶¹ CGUE 25.02.2010 – C-381/08 – *Car Trim/KeySafety Systems*, *unalex EU-214*, punto 43. A favore di un'applicazione, BGH (DE) 11.05.2010, *unalex DE-1934*. V. parimenti OLG Karlsruhe (DE) 12.06.2008, *unalex DE-791*.

¹⁶² CGUE 25.02.2010 – C-381/08 – *Car Trim/KeySafety Systems*, *unalex EU-214*; analogamente, OLG Karlsruhe (DE) 15.01.2009, *unalex DE-1680*; OLG Karlsruhe (DE) 12.06.2008, *unalex DE-791*; OLG Köln (DE) 14.03.2005, *unalex DE-478*; BGH (DE) 22.09.2008, *unalex DE-1593*.

¹⁶³ CGUE 25.02.2010 – C-381/08 – *Car Trim/KeySafety Systems*, *unalex EU-214*.

¹⁶⁴ CGUE 25.02.2010 – C-381/08 – *Car Trim/KeySafety Systems*, *unalex EU-214*; in senso analogo OLG Karlsruhe (DE) 12.06.2008, *unalex DE-791*.

Convenzione di Vienna. La Corte ha precisato che lo stesso era avvenuto per la nozione di «appalti pubblici di forniture», di cui alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi¹⁶⁵.

Ai fini dell'applicazione dell'art. 5, n. 1, lett. b), non è sufficiente che il contratto venga qualificato come compravendita, ma deve inoltre avere ad oggetto una merce. Le versioni francese e inglese fanno riferimento alla «vente de marchandises» e alla «sale of goods», la versione tedesca impiega il termine «bewegliche Sachen» (beni mobili) e la versione italiana contiene una nozione vaga («beni»). Anche in questo caso è necessaria un'interpretazione autonoma. Taluni hanno suggerito di fare riferimento alla nozione di merci impiegata dalla Convenzione di Vienna¹⁶⁶. Verrebbe in tal modo esclusa la vendita di beni immobili e di beni mobili immateriali (elettricità, valori mobiliari, effetti commerciali e banconote, brevetti, marchi, licenze). Dovrebbero per contro essere reputati beni ai sensi dell'art. 5, n. 1, lett. b), i beni mobili tangibili che sono tali al momento della consegna. Si osservi che, ai fini dell'applicazione della Convenzione di Vienna, sono stati qualificati come beni i software¹⁶⁷ e gli animali vivi¹⁶⁸. In questa logica, le compravendite aventi ad oggetto tali beni rientrerebbero nell'ambito di applicazione dell'art. 5, n. 1, lett. b). La trasposizione delle soluzioni adottate dalla Convenzione di Vienna non dovrebbe tuttavia essere automatica: le esclusioni da essa previste in relazione a navi, barche, veicoli su cuscino d'aria o aeronavi non rilevano nell'ambito di applicazione dell'art. 5, n. 1, lett. b)¹⁶⁹.

La nozione di beni ai sensi dell'art. 5, n. 1, lett. b) non sembra avere dato luogo a giurisprudenza.

3.1.2. La nozione di contratto di prestazione di servizi

L'art. 5.1 non definisce né il contratto di prestazione di servizi né la compravendita. Un rinvio ai diritti nazionali (*lex fori* o *lex causae*) è escluso¹⁷⁰, e occorre procedere ad un'interpretazione autonoma¹⁷¹.

La definizione di una nozione autonoma¹⁷² è più delicata per il contratto di prestazione di servizi che per la compravendita, in quanto non è possibile contare su una tradizione giuridica comune ai diversi Stati membri, e la nozione stessa è di per sé eterogenea. La dottrina è unanime nel pro-

¹⁶⁵ CGUE 25.02.2010 – C-381/08 – *Car Trim/KeySafety Systems*, *unalex EU-214*, punto 39.

¹⁶⁶ *Ferrari* in Giust. civ. 2007, 1397-1411.

¹⁶⁷ V. *Heuzé* in LGDJ 2000, punto 84; OGH (AT) 21.06.2005, *unalex AT-275*; al riguardo *Piltz* in IHR 2005, 195.

¹⁶⁸ LG Flensburg (DE) 19.01.2001, *unalex DE-1021*.

¹⁶⁹ *Magnus* in IHR 2002, 45, 47, *Ferrari* in Giust. civ. 2007, 1397-1411, 1409.

¹⁷⁰ OGH (AT) 18.11.2003, *unalex AT-12*; BGH (DE) 02.03.2006, *unalex DE-604*.

¹⁷¹ OLG Karlsruhe (DE) 12.06.2008, *unalex DE-791*; OLG Oldenburg (DE) 21.05.2008, *unalex DE-1686*; OGH (AT) 08.05.2008, *unalex AT-348*; OGH (AT) 24.01.2008, *unalex AT-384*; OLG Köln (DE) 30.04.2007, *unalex DE-681*; OLG Brandenburg (DE) 19.12.2006, *unalex DE-1655*; OLG Saarbrücken (DE) 27.10.2006, *unalex DE-639*; OGH (AT) 17.02.2005, *unalex AT-109*; OLG Düsseldorf (DE) 07.03.2003, *unalex DE-524*; OGH (AT) 18.11.2003, *unalex AT-12*.

¹⁷² Sulla questione nel suo complesso, v. *Berlitz* in Journ. dr. int. 2008, 675-705.

pugnare un'interpretazione estensiva¹⁷³, come del resto affermato espressamente dalla giurisprudenza di taluni Stati membri¹⁷⁴.

L'interpretazione della nozione in questione deve essere effettuata sulla scorta di criteri sostanziali¹⁷⁵. La direttiva IVA, l'art. 50 CE (ora art. 57 TFUE)¹⁷⁶ o la direttiva sui servizi (direttiva 2006/123/CE)¹⁷⁷, ma anche la giurisprudenza elaborata nell'ambito dell'art. 13, comma 3 della Convenzione di Bruxelles¹⁷⁸ possono fungere da fonte di ispirazione. La nozione di servizi di cui all'art. 50 CE è più ampia, in quanto comprende «le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone».

La Corte di giustizia ha nel frattempo affermato, nella decisione *Falco Privatstiftung*¹⁷⁹, che la nozione di servizi non ha necessariamente, nell'art. 5, n. 1, lett. b), del Regolamento «Bruxelles I», lo stesso significato rivestito nell'art. 50 CE (ora art. 57 TFUE), concernente la libera prestazione dei servizi, e nelle direttive in materia di IVA. La Corte afferma che l'accezione ampia di prestazione di servizi contenuta nel Trattato (e ripresa dalla direttiva IVA) è motivata dall'intento di far sì che il maggior numero di attività economiche sia incluso nell'ambito di applicazione del Trattato CE. Quanto alla direttiva IVA, la nozione da essa fornita è una definizione negativa che è, per sua stessa natura, necessariamente ampia, dal momento che la nozione di «prestazione di servizi» viene ivi definita come ogni operazione che non costituisce una cessione di beni, al fine di ricomprendere il maggior numero di operazioni. Per contro, ai fini della determinazione del foro contrattuale, niente impone, secondo la Corte, di qualificare un contratto esclusivamente come vendita o come prestazione di servizi, essendo espressamente previsto che taluni contratti non sono né l'uno né l'altro (art. 5, n. 1, lett. c). La Corte, sempre nella decisione *Falco Privatstiftung*, precisa dunque che «la nozione di servizi implica, quanto meno, che la parte che li fornisce effettui una determinata attività in cambio di un corrispettivo», assumendo così la struttura più elementare della «prestazione di servizi». La Corte desume quindi che non ricorre una prestazione di servizi qualora il preteso titolare di un diritto di proprietà intellettuale conceda alla controparte il diritto di sfruttarlo in cambio del pagamento di un corrispettivo¹⁸⁰. Così facendo, la Corte fa

¹⁷³ V. segnatamente *Berlioz* in Journ. dr. int. 2008, n. 54 che suggerisce di adottare una nozione molto ampia, definendo la prestazione di servizi come l'obbligo di una persona di compiere un atto, positivo e negativo, utile ad un'altra persona.

¹⁷⁴ Cour de cassation (BE) 12.10.2009, *unalex BE-604*; OLG Oldenburg (DE) 21.05.2008, *unalex DE-1686*; OGH (AT) 08.05.2008, *unalex AT-348*; OLG Saarbrücken (DE) 02.08.2007, *unalex DE-1545*; OLG Köln (DE) 30.04.2007, *unalex DE-681*; OLG Brandenburg (DE) 19.12.2006, *unalex DE-1655*; OGH (AT) 18.11.2003, *unalex AT-12*; BGH (DE) 02.03.2006, *unalex DE-604*; OGH (AT) 07.02.2006, *unalex AT-266*; OLG Köln (DE) 14.03.2005, *unalex DE-478*. V. in dottrina, *Jault*, in Petites affiches 2002, n. 107; *Ancel* in Rev. crit. d.i.p. 2008, 561.

¹⁷⁵ OGH (AT) 08.05.2008, *unalex AT-348*.

¹⁷⁶ V. OLG Düsseldorf (DE) 07.03.2003, *unalex DE-524*; OLG Düsseldorf (DE) 21.09.2007, *unalex DE-806*; OLG Koblenz (DE) 13.03.2008, *unalex DE-793*; BGH (DE) 02.03.2006, *unalex DE-604*; OLG Saarbrücken (DE) 27.10.2006, *unalex DE-639*. In dottrina, v. *Auer* in *Geimer/Schütze*, (2002), 540, n. 56; *Leible/Freitag* (2008), art. 5, 110, punto 49.

¹⁷⁷ In questo senso, *Muir Watt* in Rev. crit. d.i.p. 2008, 139, n. 1.

¹⁷⁸ BGH (DE) 02.03.2006, *unalex DE-604*.

¹⁷⁹ CGCE 23.04.2009 – C-533/07 – *Falco Privatstiftung*, *unalex EU-177*.

¹⁸⁰ CGCE 23.04.2009 – C-533/07 – *Falco Privatstiftung*, *unalex EU-177*. Per un'applicazione, v. OGH (AT) 08.09.2009, *unalex AT-646*.

propria una nozione piuttosto restrittiva della prestazione di servizi, con la conseguenza – critica-bile – che l'applicazione dell'art. 5, n. 1, lett. a), non sarà limitata a casi eccezionali.

Sono contratti di prestazione di servizi non solo i contratti d'impresa (contratto di prestazione d'opera¹⁸¹) ma anche i contratti intesi alla prestazione di un'attività determinata in cambio di un corrispettivo (mandato¹⁸², e in particolare il contratto di rappresentanza commerciale¹⁸³, il contratto d'intermediazione¹⁸⁴, il contratto di agenzia¹⁸⁵, il contratto concluso con un agente immobiliare¹⁸⁶, il contratto di mediazione¹⁸⁷, le consulenze¹⁸⁸ – quali le prestazioni fornite da un avvocato¹⁸⁹ – o il contratto avente ad oggetto la promozione dell'immagine¹⁹⁰, il contratto avente ad oggetto servizi ospedalieri¹⁹¹, il contratto avente ad oggetto la custodia di animali¹⁹², il contratto di assistenza commerciale¹⁹³). Lo stesso dicasi per il contratto di trasporto¹⁹⁴.

In relazione ad altri tipi di contratto, la qualificazione come prestazione di servizi è invece controversa. Così nel caso dei contratti aventi ad oggetto la messa a disposizione di un bene. Per taluni¹⁹⁵ essa dovrebbe essere ammessa. Secondo altri, occorrerebbe la prestazione di un servizio supplementare¹⁹⁶: la decisione *Falco*¹⁹⁷ esigendo l'esercizio di un'attività, sembrerebbe muoversi

¹⁸¹ OGH (AT) 24.01.2008, *unalex AT-384*; OGH (AT) 07.02.2006, *unalex AT-266*; OLG Brandenburg (DE) 19.12.2006, *unalex DE-1655*; OLG Köln (DE) 14.03.2005, *unalex DE-478*; LG Hamburg (DE) 02.05.2005, *unalex DE-631*; OLG Düsseldorf (DE) 07.03.2003, *unalex DE-524*.

¹⁸² Cour de cassation (FR) 08.07.2010, *unalex FR-1141*.

¹⁸³ OLG Koblenz (DE) 13.03.2008, *unalex DE-793*.

¹⁸⁴ *Contra* Cour d'appel Limoges (FR) 07.06.2005 *unalex FR-351*, ma le parti non si erano fondate sull'art. 5, n. 1, lett. b).

¹⁸⁵ CGUE 11.03.2010 – C-19/09 – *Wood Floor*, *unalex EU-217*. Nella giurisprudenza nazionale, Cour d'appel (LU) 12.06.2008, *unalex LU-183*; OGH (AT) 08.05.2008, *unalex AT-348*; OGH (AT) 08.05.2008, *unalex AT-348*; OLG Koblenz (DE) 13.03.2008, *unalex DE-793*; Corte di Cassazione (IT) 19.12.2007, *unalex IT-404*; OLG Düsseldorf (DE) 21.09.2007, *unalex DE-806*; OLG Köln (DE) 12.01.2007, *unalex DE-773*; Cour de cassation (FR) 03.10.2006, *unalex FR-348*; Tribunale Genova (IT) 07.08.2006, *unalex IT-276*; Corte di Cassazione (IT) 15.05.2006, *unalex IT-205*.

¹⁸⁶ Cour de cassation (FR) 11.07.2006, *unalex FR-323*; Cour d'appel Limoges (FR) 07.06.2005, *unalex FR-351*; OGH (AT) 17.02.2005, *unalex AT-109*; Supremo Tribunal de Justiça (PT) 15.02.2005, *unalex PT-10*.

¹⁸⁷ OLG Saarbrücken (DE) 27.10.2006, *unalex DE-639*; OGH (AT) 17.02.2005, *unalex AT-109*.

¹⁸⁸ Tribunal d'arrondissement (LU) 14.03.2008, *unalex LU-178*; BGH (DE) 02.03.2006, *unalex DE-604*.

¹⁸⁹ BGH (DE) 02.03.2006, *unalex DE-604*; Justice de Paix Namur (BE) 03.02.1990, *unalex BE-54*; BGH (DE) 29.01.1981, *unalex DE-734*; Tribunale Milano (IT) 23.01.1989, *unalex IT-141*.

¹⁹⁰ Cour d'appel Versailles (FR) 09.03.2006, *unalex FR-242*.

¹⁹¹ OLG Zweibrücken (DE) 28.06.2005, *unalex DE-607*.

¹⁹² OLG Saarbrücken (DE) 02.08.2007, *unalex DE-1545*.

¹⁹³ OLG Brandenburg (DE) 19.12.2006, *unalex DE-1655*; OLG Zweibrücken (DE) 28.06.2005, *unalex DE-607*.

¹⁹⁴ CGCE 09.07.2009 – C-204/08 – *Rebder/Air Baltic*, *unalex EU-181*; implicitamente, Cour de cassation (FR) 16.11.2010, *unalex FR-2125*; *contra* LG Hamburg (DE) 02.05.2005, *unalex DE-631* che rimanda all'art. 51 del Trattato CE.

¹⁹⁵ V. in tal senso la dimostrazione di *Berlioz* in Journ. dr. int. 2008, n. 60-70.

¹⁹⁶ In tal senso, OGH (AT) 18.11.2003, *unalex AT-12* in relazione ad un contratto alberghiero, qualificato come prestazione di servizi allorché il suo oggetto non sia limitato alla locazione delle camere.

¹⁹⁷ CGCE 23.04.2009 – C-533/07 – *Falco Privatstiftung*, *unalex EU-177*. V. *d'Avout e Bollée* in D. 2009, 2384.

in tale direzione. Quanto al prestito di una somma di denaro, la soluzione è parimenti incerta¹⁹⁸, la giurisprudenza si è tuttavia espressa in senso affermativo¹⁹⁹.

Il requisito del versamento di un corrispettivo per il servizio prestato, previsto dalla decisione *Falco Privatstiftung*²⁰⁰ sarebbe inteso a impedire che tutti i contratti a titolo gratuito vengano qualificati come prestazione di servizi ai sensi dell'art. 5, n. 1, lett. b). Una siffatta restrizione non parrebbe tuttavia pertinente²⁰¹.

Le discussioni più accese riguardano il contratto di distribuzione²⁰². A favore della sua qualificazione come prestazione di servizi deporrebbe l'importanza di interpretare in maniera parallela il Regolamento «Bruxelles I» e il Regolamento «Roma I»: ai sensi del diciassettesimo 'considerando' del Regolamento «Roma I», «i contratti di affiliazione (franchising) e di distribuzione, pur essendo contratti di prestazione di servizi, sono oggetto di norme specifiche». La dottrina è sostanzialmente favorevole²⁰³. In giurisprudenza, tale qualificazione è stata assunta per il contratto di franchising²⁰⁴ ma è stata negata per il contratto di concessione o di distribuzione esclusiva²⁰⁵.

- 31 L'operazione di qualificazione si rivela parimenti delicata nel caso dei contratti misti o complessi²⁰⁶, i quali presentano sia elementi della compravendita sia elementi della prestazione di servizi. Al fine di evitare un accrescimento del contenzioso, incompatibile con lo spirito del regolamento, occorre tentare di pervenire ad una qualificazione unitaria, evitando dunque di frazionare il contratto in subcontratti. In linea di principio, la qualificazione dipenderà dall'obbligazione principale²⁰⁷ (v. *supra* per la vendita di prodotti da fabbricare). Deve invece essere respinto il ricorso alla *lex causae* per determinare l'obbligazione principale, essendo più opportuno fare riferimento, per procedere alla qualificazione, alla finalità perseguita dall'operazione contrattuale²⁰⁸.

¹⁹⁸ Contro la qualificazione come prestazione di servizi, v. Relazione *Schlosser* GU CE C 59 del 05.03.1979, n. 157 e segg. (in relazione all'art. 13, comma 3 della Convenzione di Bruxelles) = *unalex MAT-2*. A favore: *Gaudemet-Tallon*, *Rev. crit. d.i.p.* 2001, 146; *Ancel* in *Rev. crit. d.i.p.* 2001, 160. V. parimenti le riserve espresse da *Niboyet* in *Gaz. Pal.* 2001, 13.

¹⁹⁹ Tribunal d'arrondissement (LU) 18.10.2007, *unalex LU-159*; Cour de cassation (FR) 28.11.2006, *unalex FR-380* (tuttavia nell'ambito dell'art. 13, comma 3).

²⁰⁰ CGCE 23.04.2009 – C-533/07 – *Falco Privatstiftung*, *unalex EU-177*.

²⁰¹ *Berlioz* in *Jour. Dr. int.* 2008, sp. n. 152-159; *d'Avout e Bollée* in *D.* 2009, 2384; *Geimer/Schütze* (2004), n. 90. *Contra*, *Micklitz/Rott* in *EuZW* 2001, n. 328.

²⁰² *Berlioz* in *Journ. dr. int.* 2008, n. 138-151.

²⁰³ *Ancel* in *Rev. crit. d.i.p.* 2001, 148; *Nuyts* in *Journ. trib.* 2001, 913 e seg., in particolare 917; *Azzi* in *D.* 2010, 1837.

²⁰⁴ Bezirksgericht Neusiedl (AT) 19.03.2009, *unalex AT-614*.

²⁰⁵ Cour de cassation (FR) 23.01.2007, *unalex FR-163*; Cour de cassation (FR) 05.03.2008, *unalex FR-407*. V. tuttavia Cour de cassation (FR) 08.07.2010, *unalex FR-1141*, che approva la decisione dei giudici di merito, i quali avevano qualificato come prestazione di servizi un contratto di distribuzione di prodotti assicurativi.

²⁰⁶ V. *Deumier* in *Rev. contrats* 2007, 887.

²⁰⁷ V. per es. OLG Köln (DE) 30.04.2007, *unalex DE-681*.

²⁰⁸ *Berlioz* in *Journ. dr. int.* 2008, n. 109-151. Per un'applicazione, Cour de cassation (FR) 27.03.2007, *unalex FR-292*.

3.2. L'obbligazione rilevante

Mentre l'applicazione dell'art. 5, n. 1, lett. a) esige l'individuazione dell'obbligazione dedotta in giudizio, l'applicazione dell'art. 5, n. 1, lett. b) è più semplice, in quanto questa disposizione fa riferimento alla prestazione caratteristica del contratto, vale a dire la consegna o la prestazione dei servizi.

3.2.1. Articolo 5, n. 1, lett. a)

Per potersi dichiarare competente, il giudice adito deve individuare l'obbligazione dedotta in giudizio²⁰⁹. Siffatta individuazione deve avvenire, secondo la Corte di giustizia, sulla scorta di un approccio analitico. Questa soluzione è stata elaborata nella causa *de Bloos*²¹⁰ in relazione all'art. 5, n. 1 della Convenzione di Bruxelles e conserva validità anche ai fini dell'applicazione dell'art. 5, n. 1, lett. a), del regolamento²¹¹. L'obbligazione dedotta in giudizio non è una qualsivoglia obbligazione derivante dal contratto²¹², né coincide con la prestazione caratteristica²¹³; essa costituisce l'obbligazione corrispondente al diritto su cui s'impenna l'azione dell'attore²¹⁴.

È stato precisato che l'obbligazione da prendere in considerazione è un'obbligazione autonoma, il che consente di non dover distinguere l'obbligazione dalla sua sanzione. Così, qualora l'attore faccia valere il proprio diritto al risarcimento del danno o chieda la risoluzione del contratto per inadempimento della controparte, il giudice competente sarà il giudice del luogo in cui tale obbligazione avrebbe dovuto essere eseguita²¹⁵. In altre parole: l'obbligazione rilevante è quella che

²⁰⁹ Le diverse versioni linguistiche divergono le une dalle altre.

²¹⁰ CGCE 06.10.1976 – 14/76 – *De Bloos/Bouyer*, *unalex EU-4*.

²¹¹ CGCE 23.04.2009 – C-533/07 – *Falco Privatstiftung*, *unalex EU-177*.

²¹² CGCE 06.10.1976 – 14/76 – *De Bloos/Bouyer*, *unalex EU-4*, punto 10.

²¹³ CGCE 05.10.1999 – C-420/97 – *Leathertex/Bodetex*, *unalex EU-102*.

²¹⁴ CGCE 06.10.1976 – 14/76 – *De Bloos/Bouyer*, *unalex EU-4*, punto 13; per esempi di applicazione, v. Corte di Cassazione (IT) 15.05.2006, *unalex IT-205*; Polymeles Protodikeio Athens (GR) 16.12.2003, *unalex GR-14*; OLG Saarbrücken (DE) 09.12.2003, *unalex DE-332*; Tribunal d'arrondissement (LU) 30.10.2003, *unalex LU-68*; OLG Düsseldorf (DE) 19.06.2002, *unalex DE-1101*; High Court (UK) 30.01.2001 – *USF Ltd v Aqua Technology Hanson*, *unalex UK-196*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 28.01.2000 – *Credit Agricole Indosuez v Chaleise*, *unalex UK-6*; Court of Appeal (Civil Division) (UK) 10.06.1999, *unalex UK-80*; High Court (IE) 06.05.1999 – *Bio-Medical Research Ltd v Delatex*, *unalex IE-3*; Cour de cassation (FR) 11.03.1997, *unalex FR-169*; BGH (DE) 28.03.1996, *unalex DE-556*; Cour de cassation (FR) 27.02.1996, *unalex FR-149*; Corte di Cassazione (IT) 18.11.1994, *unalex IT-78*; Corte di Cassazione (IT) 19.12.1994, *unalex IT-79*; OLG Bremen (DE) 19.05.1994, *unalex DE-1199*; Supreme Court (IE) 20.07.1993 – *Ferndale Films v Granada Television*, *unalex IE-16*; BGH (DE) 12.05.1993, *unalex DE-95*; High Court (IE) 04.02.1993 – *Carl Stuart Ltd v Biorace Ltd*, *unalex IE-14*; Corte di Cassazione (IT) 10.01.1992, *unalex IT-66*; Cour d'appel Mons (BE) 07.01.1992, *unalex BE-65*; House of Lords (UK) 12.12.1991 – *Union Transport v Continental Lines*, *unalex UK-77*; Polymeles Protodikeio Thessaloniki (GR) 20.06.1991, *unalex GR-54*; Cour de cassation (FR) 23.05.1989, *unalex FR-303*; LG Kaiserslautern (DE) 05.05.1987, *unalex DE-504*; Corte di Cassazione (IT) 20.03.1986, *unalex IT-24*; Corte di Cassazione (IT) 03.06.1985, *unalex IT-153*; Corte di Cassazione (IT) 21.11.1983, *unalex IT-155*; OLG Frankfurt a.M. (DE) 28.11.1979, *unalex DE-482*; v. tuttavia Tribunale Supremo (ES) 21.07.2008, *unalex ES-326*.

²¹⁵ CGCE 06.10.1976 – 14/76 – *De Bloos/Bouyer*, *unalex EU-4*, punti 14-17.

il convenuto avrebbe dovuto adempiere in maniera corretta²¹⁶. In Germania, si parla di *Primärpflicht*²¹⁷.

Per contro, allorché venga fatto valere il pagamento di un'indennità che non è dovuta a causa dell'inadempimento di un'obbligazione, la stessa è autonoma. Il foro competente in questo caso è pertanto quello del luogo in cui tale indennità deve essere versata.

La causa *de Bloos* illustra perfettamente questo dualismo: il concessionario faceva valere nei confronti del concedente il diritto al pagamento di più indennità. Mentre l'indennità di mancato preavviso non è autonoma, ma costituisce appunto la sanzione dell'obbligazione di rispettare il preavviso²¹⁸, diverso è il caso dell'indennità di recesso dovuta in ragione dell'arricchimento del concedente e dell'impoverimento del concessionario.

²¹⁶ OGH (AT) 27.09.2005, *unalex AT-158*; Cour de cassation (FR) 28.06.2005, *unalex FR-217*; LG Bad Kreuznach (DE) 04.11.2004, *unalex DE-588*; OLG Stuttgart (DE) 24.03.2004, *unalex DE-798*; OLG Wien (AT) 26.05.2003, *unalex AT-34*; Cour d'appel Liège (BE) 28.04.2003, *unalex BE-2*; Cour d'appel Lyon (FR) 16.02.2003, *unalex FR-206*; OGH (AT) 23.01.2003, *unalex AT-15*; Cour d'appel Versailles (FR) 23.01.2003, *unalex FR-208*; Court of Session Scotland (UK) 23.10.2002 – *Bitwise v CPS Broadcast Products*, *unalex UK-40*; Audiencia Provincial Barcelona (ES) 30.07.2002, *unalex ES-17*; OGH (AT) 28.05.2002, *unalex AT-597*; Cour de cassation (FR) 05.10.1999, *unalex FR-176*; Audiencia Provincial Murcia (ES) 18.06.2001, *unalex ES-60*; Polymeles Protodikeio Athens (GR) 11.01.2001, *unalex GR-38*; Audiencia Provincial Barcelona (ES) 15.12.2000, *unalex ES-12*; Tribunal de commerce Charleroi (BE) 23.09.1999, *unalex BE-91*; Ephetio Thessaloniki (GR) 11.10.1994, *unalex GR-63*; Ephetio Thessaloniki (GR) 16.09.1999, *unalex GR-49*; Ephetio Athens (GR) 21.06.1999, *unalex GR-31*; Cour d'appel Mons (BE) 21.12.1998, *unalex BE-90*; Corte di Cassazione (IT) 16.01.1986, *unalex IT-147*; Corte di Cassazione (IT) 17.01.1996, *unalex IT-88*; Corte di Cassazione (IT) 30.06.1999, *unalex IT-195*; Tribunal de commerce Bruxelles (BE) 31.03.1994, *unalex BE-75*; Corte di Cassazione (IT) 02.06.1992, *unalex IT-132*; LG Hamburg (DE) 05.09.1990, *unalex DE-200*; Corte d'Appello Genova (IT) 07.04.1990, *unalex IT-140*; OLG Koblenz (DE) 23.02.1990, *unalex DE-921*; Cour de cassation (FR) 18.11.1981, *unalex FR-245*; Cour de cassation (FR) 25.01.1984, *unalex FR-192*; Kammergericht Berlin (DE) 27.06.1980, *unalex DE-570*; Corte di Cassazione (IT) 09.04.1979, *unalex IT-170*; Corte di Cassazione (IT) 27.02.2008, *unalex IT-362*; Cour de cassation (FR) 28.06.2005, *unalex FR-217*; LG Bad Kreuznach (DE) 04.11.2004, *unalex DE-588*; OLG Stuttgart (DE) 24.03.2004, *unalex DE-798*; OLG Köln (DE) 16.07.2001, *unalex DE-114*; BayObLG (DE) 29.06.2001, *unalex DE-548*; Corte d'Appello Genova (IT) 07.04.1990, *unalex IT-140*; Cour de cassation (FR) 17.06.2003, *unalex FR-45*; Cour de cassation (FR) 08.02.2000, *unalex FR-151*; Cour de cassation (FR) 08.02.2000, *unalex FR-23*; Cour d'appel Paris (FR) 16.06.1999, *unalex FR-235*; contra Tribunal de commerce Bruxelles (BE) 29.05.1990, *unalex BE-55*.

²¹⁷ Corte di Cassazione (IT) 27.02.2008, *unalex IT-362*; Cour de cassation (FR) 28.06.2005, *unalex FR-217*; LG Bad Kreuznach (DE) 04.11.2004, *unalex DE-588*; OLG Stuttgart (DE) 24.03.2004, *unalex DE-798*; OLG Wien (AT) 26.05.2003, *unalex AT-34*; Cour d'appel Liège (BE) 28.04.2003, *unalex BE-2*; Cour d'appel Lyon (FR) 16.02.2003, *unalex FR-206*; OGH (AT) 23.01.2003, *unalex AT-15*; Cour d'appel Versailles (FR) 23.01.2003, *unalex FR-208*; Court of Session Scotland (UK) 23.10.2002 – *Bitwise v CPS Broadcast Products*, *unalex UK-40*; Audiencia Provincial Barcelona (ES) 30.07.2002, *unalex ES-17*; OGH (AT) 28.05.2002, *unalex AT-597*; OLG Köln (DE) 16.07.2001, *unalex DE-114*; BayObLG (DE) 29.06.2001, *unalex DE-548*; Audiencia Provincial Murcia (ES) 18.06.2001, *unalex ES-60*; Polymeles Protodikeio Athens (GR) 11.01.2001, *unalex GR-38*; Audiencia Provincial Barcelona (ES) 15.12.2000, *unalex ES-12*; Tribunal de commerce Charleroi (BE) 23.09.1999, *unalex BE-91*; Ephetio Thessaloniki (GR) 16.09.1999, *unalex GR-49*; Ephetio Athens (GR) 21.06.1999, *unalex GR-31*; Cour d'appel Mons (BE) 21.12.1998, *unalex BE-90*; Corte di Cassazione (IT) 17.01.1996, *unalex IT-88*; Ephetio Thessaloniki (GR) 11.10.1994, *unalex GR-63*; Tribunal de commerce Bruxelles (BE) 31.03.1994, *unalex BE-75*; Corte di Cassazione (IT) 02.06.1992, *unalex IT-132*; LG Hamburg (DE) 05.09.1990, *unalex DE-200*; Corte d'Appello Genova (IT) 07.04.1990, *unalex IT-140*; OLG Koblenz (DE) 23.02.1990, *unalex DE-921*; Cour de cassation (FR) 25.01.1984, *unalex FR-192*; Kammergericht Berlin (DE) 27.06.1980, *unalex DE-570*; Corte di Cassazione (IT) 09.04.1979, *unalex IT-170*.

²¹⁸ V. per es. Tribunal de Commerce Bruxelles (BE) 05.09.2001, *unalex BE-28*.

Un altro esempio di indennità autonoma è l'indennità di clientela spettante agli agenti commerciali²¹⁹.

La determinazione dell'obbligazione che serve di base all'azione giudiziaria deve essere effettuata sempre sulla scorta della *lex causae*²²⁰, a prescindere dall'oggetto della domanda. Ciò vale sia che la domanda abbia ad oggetto l'adempimento dell'obbligazione, sia le conseguenze del suo inadempimento (come nel caso di contestazione del contratto), sia l'adempimento di un'altra obbligazione che, in forza della *lex causae*, si sostituisce all'obbligazione dedotta in giudizio, come ad esempio il risarcimento dei danni o il versamento di una penale.

La necessità di individuare un'obbligazione autonoma rende complessa l'applicazione dell'art. 5, n. 1, lett. a). D'altra parte, il ragionamento analitico incontra diverse difficoltà.

La controversia può non riferirsi ad un'obbligazione precisa. Ciò avviene qualora il contratto nel suo insieme sia messo in discussione, come nel caso dell'azione di annullamento, di risoluzione²²¹, o dell'azione intesa a far dichiarare l'inesistenza del contratto²²². Taluni hanno suggerito la disapplicazione, in ipotesi del genere, dell'art. 5, n. 1, data l'impossibilità di individuare l'obbligazione che serve di base all'azione giudiziaria²²³. La giurisprudenza è generalmente di diverso avviso (v. *supra* la nozione di materia contrattuale)²²⁴. Essa fa riferimento all'obbligazione asseritamente nulla²²⁵, all'obbligazione il cui adempimento viene chiesto in giudizio dall'attore²²⁶, o all'obbligazione caratteristica del contratto²²⁷. È stato così deciso che, qualora venga fatta valere la nullità di un contratto, l'obbligazione che deve essere presa in considerazione è quella che corrisponde alla prestazione caratteristica del medesimo²²⁸.

È altresì possibile che vengano dedotte in giudizio più obbligazioni, ciascuna delle quali deve essere eseguita in uno Stato diverso. Non sussiste in questo caso un unico foro, con la conseguenza che più giudici possono astrattamente dichiararsi competenti ai sensi dell'art. 5, n. 1. Una siffatta conseguenza non corrisponde certamente all'obiettivo perseguito dal regolamento. Una fattispecie del genere caratterizzava la causa *de Bloos*. Riconoscere la competenza di più giudici in forza dell'art. 5, n. 1, presenta senza dubbio il vantaggio della prossimità (ciascun giudice è il più ido-

²¹⁹ Cour de cassation (FR) 08.02.2000, *unalex FR-151*. In questo senso, *Gothot/Holleaux* (1985), n. 66.

²²⁰ CGCE 06.10.1976 – 14/76 – *De Bloos/Bouyer*, *unalex EU-4 punto 17*; CGCE 28.09.1999 – C-440/97 – *GIE Groupe Concorde*, *unalex EU-60*, punto 26; Cour de cassation (FR) 02.06.1981, *unalex FR-248*; OLG Frankfurt a.M. (DE) 25.11.2004, *unalex DE-328*.

²²¹ LG München I (DE) 24.05.1982, *unalex DE-442* che indica che, in caso di recesso unilaterale, l'obbligazione che deve essere presa in considerazione è l'obbligazione principale.

²²² V. Corte di Cassazione (IT) 15.05.2006, *unalex IT-205*, peraltro non in relazione ad un'azione intesa all'accertamento dell'inesistenza del contratto, bensì all'accertamento del venir meno dell'obbligo di pagamento dell'indennità di fine rapporto a seguito di risoluzione del contratto stesso.

²²³ *Gothot/Holleaux*, (1985), n. 63; *Bischoff* in *Travaux comités français DIP 1981-1982*, 50.

²²⁴ V. tuttavia Cour d'appel Paris (FR) 29.01.1981, *unalex FR-2275*.

²²⁵ Cour de cassation (FR) 25.01.1983, *unalex FR-203*.

²²⁶ BGH (DE) 28.03.1996, *unalex DE-556*; OGH (AT) 27.09.2005 *unalex AT-158*; Corte di Cassazione (IT) 24.07.2007, *unalex IT-231*.

²²⁷ Cour de cassation (FR) 27.06.2000, *unalex FR-61*.

²²⁸ Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 02.04.1996 – *Boss Group v Boss France*, *unalex UK-75*; Corte di Cassazione (IT) 02.04.2003, *unalex IT-17*; in questo senso, *Droz* in *Rev. crit. d.i.p.* 1976, 127; *Gaudemet-Tallon* (2010), n. 180.

neo, per la vicinanza ai fatti, a pronunziarsi sull'obbligazione di cui trattasi), ma comporta un frazionamento del contenzioso²²⁹. La Corte di giustizia ha scartato alla fine questa seconda soluzione, dichiarando che occorre fare riferimento all'obbligazione principale (*accessorium sequitur principale*)²³⁰, cosicché il giudice del luogo di esecuzione dell'obbligazione principale è parimenti competente a statuire sulle obbligazioni accessorie, a condizione che esse rivestano tutte natura contrattuale (v. *supra*). Resta tuttavia da individuare l'obbligazione principale. Una parte della dottrina ritiene che occorre determinare questa obbligazione nel singolo caso concreto, facendo riferimento alle disposizioni del contratto²³¹. Un'altra parte della dottrina, nonché, tendenzialmente, la giurisprudenza, ritengono che l'obbligazione principale sia determinata dalla natura del contratto, e che essa corrisponda alla prestazione caratteristica²³². Tuttavia, fatta eccezione per la giurisprudenza elaborata in relazione ai contratti individuali di lavoro²³³, divenuta nel frattempo obsoleta, la Corte di giustizia²³⁴ non ricorre alla prestazione caratteristica. A titolo incidentale, essa ha affermato che la definizione dell'obbligazione principale va ricercata nella *lex causae*²³⁵.

Per poter individuare l'obbligazione principale - rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 5, n. 1 - il giudice deve prendere in considerazione le diverse obbligazioni dedotte in giudizio²³⁶. Qualora ciò non sia possibile (si pensi all'eventualità di obbligazioni equivalenti), il giudice del luogo di una delle obbligazioni non risulta competente a statuire sulla controversia nel suo insieme, in ragione dell'inapplicabilità, in questo caso, del summenzionato principio *accessorium sequitur principale*. La Corte si è pronunziata espressamente in tal senso nella causa *Leathertex*²³⁷. Questa soluzione non è condivisibile²³⁸. Ne consegue infatti un frazionamento del contenzioso che può essere evitato solo devolvendo la domanda alla competenza del giudice dello Stato del

²²⁹ In tal senso, Court of Session Scotland (UK) 23.10.2002 - *Bitwise v CPS Broadcast Products*, *unalex UK-40*. Si oppone a questo frazionamento del contenzioso, Cour d'appel Angers (FR) 29.01.1980, *unalex FR-1302*. Posizione condivisa da *Gaudemet-Tallon* (2010) n. 185.

²³⁰ CGCE 15.01.1987 - 266/85 - *Shenavai/Kreisler*, *unalex EU-45*, n. 19; nelle giurisprudenze nazionali, v. Tribunale Genova (IT) 07.08.2006, *unalex IT-276*; ; BGH (DE) 30.04.2003, *unalex DE-36*; Tribunal de commerce (LU) 14.01.1999, *unalex LU-70*. Cour d'appel Mons (BE) 21.12.1998, *unalex BE-90*; Bundesgericht (CH) 09.03.1998, *unalex CH-3*; Supreme Court (IE) 20.07.1993 - *Ferndale Films v Granada Television*, *unalex IE-16*; Corte di Cassazione (IT) 21.02.1995, *unalex IT-86*; High Court (IE) 04.02.1993 - *Carl Stuart Ltd v Biotrace Ltd*, *unalex IE-14*.

²³¹ *Mari* (1999), 317.

²³² Corte di Cassazione (IT) 04.05.2006, *unalex IT-226*; Corte di Cassazione (IT) 28.03.1990, *unalex IT-52*; Corte di Cassazione (IT) 09.06.1995, *unalex IT-85*; Corte di Cassazione (IT) 14.12.1992, *unalex IT-68*; Corte di Cassazione (IT) 19.06.2000, *unalex IT-5*; *contra* Bundesgericht (CH) 09.03.1998, *unalex CH-3*. V. parimenti OGH (AT) 27.09.2005, *unalex AT-158* che, in una controversia concernente l'esecuzione di una compravendita, ravvisa nel pagamento del prezzo l'obbligazione principale.

²³³ Verifica il significato di questa giurisprudenza Corte di Cassazione (IT) 23.12.1997, *unalex IT-92*; House of Lords (UK) 12.12.1991 - *Union Transport v Continental Lines*, *unalex UK-77*; Corte di Cassazione (IT) 28.03.1990, *unalex IT-52*; Cour de cassation (FR) 23.05.1989, *unalex FR-303*; Corte di Cassazione (IT) 21.11.1983, *unalex IT-155*.

²³⁴ CGCE 19.02.2002 - C-256/00 - *Besix*, *unalex EU-89*; CGCE 05.10.1999 - C-420/97 - *Leathertex/Bodetex*, *unalex EU-102*; CGCE 15.01.1987 - 266/85 - *Shenavai/Kreisler*, *unalex EU-45*.

²³⁵ CGCE 28.09.1999 - C-440/97 - GIE Groupe Concorde, *unalex EU-60*, punto 26. V. parimenti OLG Stuttgart (DE) 24.03.2004, *unalex DE-798*.

²³⁶ Cour de cassation (FR) 14.03.2006, *unalex FR-316*.

²³⁷ CGCE 05.10.1999 - C-420/97 - *Leathertex/Bodetex*, *unalex EU-102*, punto 42.

²³⁸ *Gaudemet-Tallon* in Rev. crit. d.i.p. 2000, 76 ritiene deplorabile questa soluzione.

domicilio del convenuto. Alcune giurisdizioni hanno preferito individuare un foro contrattuale unico e fanno riferimento, in presenza di più obbligazioni principali connesse fra loro, a quella più importante²³⁹.

La concentrazione della controversia dinnanzi al giudice del luogo di esecuzione dell'obbligazione principale non è obbligatoria. Il giudice del luogo di esecuzione dell'obbligazione accessoria resta competente²⁴⁰, ma può statuire unicamente sulla parte della controversia attinente all'obbligazione accessoria e non sulla parte della controversia attinente all'obbligazione principale. Questa soluzione ha il pregio di prevenire il conflitto negativo di competenza, che si verifica allorché i giudici aditi non intendono in maniera analoga l'obbligazione principale. Essa comporta tuttavia un frazionamento del contenzioso che la persona convenuta in giudizio dinanzi a più giurisdizioni cercherà di evitare sollevando l'eccezione di connessione²⁴¹.

Si presentano delle difficoltà anche qualora l'obbligazione dedotta in giudizio sia un'obbligazione di non fare, la quale non può essere circoscritta sotto il profilo geografico²⁴², e che, secondo la legge applicabile, ha un ambito applicazione universale²⁴³. Esempi tipici sono le clausole di esclusiva e i patti di non concorrenza. La Corte di giustizia ha escluso, in caso del genere, l'applicazione dell'art. 5, n. 1, lett. a)²⁴⁴. Tale soluzione, ovviamente, non vale qualora l'obbligazione sia circoscritta al territorio di uno Stato²⁴⁵. Questa giurisprudenza è perlopiù condivisa²⁴⁶: essa consiste di evitare una competenza universale necessariamente fonte di *forum shopping*. Tale soluzione è suscettibile di essere estesa ad altre obbligazioni il cui luogo di esecuzione è per definizione indeterminato, come l'obbligo di buona fede²⁴⁷.

Al di là delle difficoltà sollevate dall'individuazione dell'obbligazione controversa, viene messa in discussione l'opportunità stessa di una siffatta ricerca. Fare dell'obbligazione dedotta in giudizio il «pivot» del foro contrattuale porta spesso sia a consacrare un foro deprecoato, quello del giudice del domicilio dell'attore (*forum actoris*), sia a svuotare di sostanza l'opzione di competenza, designando come foro contrattuale il foro del domicilio del convenuto. Questa strana situazione si

²³⁹ OLG Düsseldorf (DE) 19.06.2002, *unalex DE-1101*.

²⁴⁰ In tal senso, Cour de cassation (FR) 08.02.2000, *unalex FR-23*.

²⁴¹ Sulla questione v. *Gaudemet-Tallon* (2010), n. 186.

²⁴² Corte di Cassazione (IT) 06.08.1998, *unalex IT-93*; Cour de cassation (FR) 27.02.1996, *unalex FR-149*; Corte di Cassazione (IT) 13.12.1993, *unalex IT-136*; Tribunal d'arrondissement (LU) 21.04.1988, *unalex LU-56*; Cour de cassation (FR) 08.01.1985, *unalex FR-157*; Cour de cassation (FR) 13.11.1980, *unalex FR-252*; Cour de cassation (FR) 27.11.1979, *unalex FR-130*.

²⁴³ *Franzina* in Riv. dir. int. priv. proc. 2002, 402.

²⁴⁴ CGCE 19.02.2002 - C-256/00 - *Besix*, *unalex EU-89*. In senso opposto, Pretore Padova (IT) 12.05.1986, *unalex IT-178* che, ai fini dell'applicazione dell'art. 5, n. 1, ritiene rilevante il luogo di conclusione del contratto, e OLG Hamm (DE) 20.01.1989, *unalex DE-293*, che fa riferimento al luogo in cui il debitore era stabilito al momento del sorgere del rapporto debitorio. V. in relazione ad un'azione inhibitoria, Corte d'Appello Torino (IT) 12.11.1980, *unalex IT-167*, che esclude l'applicazione dell'art. 5, n. 1 in quanto l'obbligazione di non fare non è logicamente collocabile in un luogo piuttosto che in un altro.

²⁴⁵ CGCE 19.02.2002 - C-256/00 - *Besix*, *unalex EU-89*. Per degli esempi, Court of Appeal (Civil Division) (UK) 30.01.2002 - *Kenburn Waste Management v Bergmann*, *unalex UK-78*; Corte di Cassazione (IT) 24.07.2007, *unalex IT-231*. In precedenza, già Corte di Cassazione (IT) 14.06.1980, *unalex IT-169*.

²⁴⁶ *Gaudemet-Tallon* (2010) n. 185

²⁴⁷ In questo senso, *Bureau/Muir Watt* (2010), n. 886; esterna dei dubbi *Gaudemet-Tallon* in Rev. crit. d.i.p. 2002, 594. In giurisprudenza, v. Cour d'appel Paris (FR) 29.01.1981, Rev. crit. d.i.p. 1983, 383.

verifica sempre qualora l'obbligazione dedotta in giudizio sia un'obbligazione di pagamento: se il debito è «portable», l'art. 5, n. 1, I consacra il *forum actoris*, se il debito è «querable», la domanda potrà essere proposta unicamente dinanzi al foro del domicilio del convenuto.

3.2.2. Articolo 5, n. 1, lett. b)

- 35 Alla luce della difficoltà legate alla determinazione dell'obbligazione dedotta in giudizio, l'evoluzione dell'art. 5, n. 1 verificatasi nel passaggio dalla convenzione al regolamento è certamente positiva. Essa rende infatti superflua la ricerca della suddetta determinazione relativamente ai contratti più frequenti, ossia la compravendita e la prestazione dei servizi, eliminando al contempo la difficoltà legata ai contorni incerti della nozione di obbligazione autonoma²⁴⁸. Ricorrendo a una *fiction juris*, l'art. 5, n. 1, lett. b), localizza questa obbligazione, salvo patto contrario²⁴⁹, presso il luogo di esecuzione della prestazione caratteristica, ossia il luogo della consegna o quello della prestazione dei servizi. La formulazione adottata dal regolamento è infelice²⁵⁰, ma il suo significato sembra chiaro: l'obbligazione dedotta in giudizio è irrilevante nell'ambito dell'art. 5, n. 1, lett. b), ciò che conta è la prestazione caratteristica. Di conseguenza, l'art. 5, n. 1, lett. b) consente di devolvere tutte le controversie risultanti da un contratto, comprese le domande accessorie, alla competenza dei giudici del luogo di esecuzione della prestazione caratteristica²⁵¹.

Questa soluzione è tuttavia di difficile attuazione nella pratica allorché il contratto esiga l'esecuzione di più servizi, prestati in luoghi diversi. La questione è simile a quella sollevata dalla qualificazione dei contratti complessi (v. *supra*), e lo stesso vale per la sua soluzione. Infatti, si evince dalla sentenza *Wood Floor*, emessa in relazione ad un contratto di agenzia - ma la soluzione è trasponibile sia alla compravendita (consegna principale) sia ad altri contratti di prestazione di servizi - che ciò che rileva è la fornitura principale²⁵².

Una soluzione particolare è stata adottata per il contratto di trasporto aereo, in relazione al quale è stato affermato che «i trasporti aerei costituiscono per loro stessa natura servizi forniti in maniera indivisibile e unitaria dal luogo di partenza a quello di arrivo dell'aereo, di modo che rispetto ad essi non è possibile enucleare, in funzione di un criterio economico, una parte distinta della prestazione che costituisca la prestazione principale e sia fornita in un luogo preciso»²⁵³.

²⁴⁸ Cour de cassation (FR) 03.10.2006, *unalex FR-348*; non pacifico tuttavia per *Gaudemet-Tallon* (2010), n. 187.

²⁴⁹ Così, le parti possono, di comune accordo, decidere la rilevanza del luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio, e non del luogo di esecuzione dell'obbligazione caratteristica. In tal senso, *Gaudemet-Tallon* (2010), n. 201. In tal senso, *Gaudemet-Tallon* (2010), n. 201.

²⁵⁰ *Gaudemet-Tallon* (2010), n. 187.

²⁵¹ CGCE 03.05.2007 - C-386/05 - *Color Drack/Lexx*, *unalex EU-153*, punto 26; CGUE 25.02.2010 - C-381/08 - *Car Trim/KeySafety Systems* *unalex EU-214*; nelle giurisprudenze nazionali, v. OLG München (DE) 17.04.2008, *unalex DE-1649*; Corte di Cassazione (IT) 20.06.2007, *unalex IT-232*; OLG München (DE) 16.05.2007, *unalex DE-1630*; OLG Köln (DE) 12.01.2007, *unalex DE-773*; OLG Saarbrücken (DE) 27.10.2006, *unalex DE-639*; Cour de cassation (FR) 03.10.2006, *unalex FR-348*; OLG Frankfurt a.M. (DE) 31.01.2006, *unalex DE-687*; OGH (AT) 28.09.2005, *unalex AT-162*; OLG Köln (DE) 14.03.2005, *unalex DE-478*; Tribunale Rovereto (IT) 28.08.2004, *unalex IT-117*; OGH (AT) 02.09.2003, *unalex AT-38*. BGH (DE) 23.06.2010 *unalex DE-1943*.

²⁵² CGUE 11.03.2010 - C-19/09 - *Wood Floor/Silva Trade*, *unalex EU-217*.

²⁵³ CGCE 09.07.2009 - C-204/08 - *Rehder/Air Baltic*, *unalex EU-181*.

Una volta individuata l'obbligazione rilevante, occorre determinare il luogo della sua esecuzione.

3.3. Determinazione del luogo di esecuzione

L'art. 5, n. 1 della Convenzione di Bruxelles non forniva alcuna indicazione sulle modalità di determinazione del luogo di esecuzione. La Corte di giustizia ha presto imposto un metodo che, malgrado le critiche, conserva la sua validità in relazione all'art. 5, n. 1, lett. a) del regolamento²⁵⁴. L'art. 5, n. 1, lett. b) se ne distanzia in maniera significativa.

3.3.1. Art. 5, n. 1, lett. a)

a) Metodo applicato

A partire dalla sentenza *Tesili*²⁵⁵, è giurisprudenza costante che, in assenza di accordo fra le parti (v. *infra*), il luogo di esecuzione non viene determinato in maniera autonoma, bensì in base alla legge applicabile al rapporto contrattuale (*lex causae*)²⁵⁶. Si è dunque ricorsi alla norma di conflitto del foro, risultante talvolta da convenzioni internazionali (Convenzione di Roma, Convenzione dell'Aja del 1978), o al diritto uniforme (diritto sostanziale internazionale), come la Convenzione di Vienna sulla compravendita internazionale di beni mobili²⁵⁷ o la Convenzione dell'Aja

²⁵⁴ CGCE 23.04.2009 - C-533/07 - *Falco Privatstiftung*, *unalex EU-177*; nella giurisprudenza nazionale, v. Cour de cassation (FR) 19.03.2008, *unalex FR-533*; OLG Hamm (DE) 08.02.2007, *unalex DE-771*; OLG Zweibrücken (DE) 28.06.2005, *unalex DE-607*; BGH (DE) 01.06.2005, *unalex DE-335*; Corte di Cassazione (IT) 03.05.2005, *unalex IT-188*; OLG Stuttgart (DE) 24.03.2004, *unalex DE-798*; Court of Session Scotland Outer House (UK) 31.10.2003 - *Universal Steels Limited/Skanska Construction UK Limited*, *unalex UK-133*.

²⁵⁵ CGCE 06.10.1976 - 12/76 - *Tesili/Dunlop*, *unalex EU-129*.

²⁵⁶ CGCE 28.09.1999 - C-440/97 - *GIE Groupe Concorde*, *unalex EU-60*; CGCE 29.06.1994 - C-288/92 - *Custom Made Commercial/Stawa*, *unalex EU-82*.

²⁵⁷ V., fra una giurisprudenza abbondante, Tribunale Reggio Emilia (IT) 10.05.2005, *unalex IT-185*; Corte di Cassazione (IT) 15.02.2005, *unalex IT-187*; LG Bad Kreuznach (DE) 04.11.2004, *unalex DE-588*; OGH (AT) 29.03.2004, *unalex AT-86*; OGH (AT) 18.11.2003, *unalex AT-10*; Corte d'Appello Milano (IT) 19.09.2003, *unalex IT-268*; Supremo Tribunal de Justiça (PT) 18.06.2003, *unalex PT-31*; Corte di Cassazione (IT) 18.10.2002, *unalex IT-9*; OLG Koblenz (DE) 04.10.2002, *unalex DE-439*; LG Freiburg (DE) 26.04.2002, *unalex DE-1027*; Corte di Cassazione (IT) 15.03.2002, *unalex IT-10*; OLG Koblenz (DE) 11.10.2001, *unalex DE-444*; OLG Köln (DE) 16.07.2001, *unalex DE-114*; Cour de cassation (FR) 26.06.2001, *unalex FR-68*; Cour de cassation (FR) 26.06.2001, *unalex FR-3*; LG Trier (DE) 07.12.2000, *unalex DE-1020*; Corte di Cassazione (IT) 19.06.2000, *unalex IT-5*; OLG Stuttgart (DE) 28.02.2000, *unalex DE-568*; Corte di Cassazione (IT) 14.12.1999, *unalex IT-105*; OLG München (DE) 03.12.1999, *unalex DE-701*; OGH (AT) 12.11.1998, *unalex AT-143*; OLG Braunschweig (DE) 28.10.1999, *unalex DE-825*; OLG Celle (DE) 11.11.1998, *unalex DE-106*; OGH (AT) 10.09.1998, *unalex AT-141*; OGH (AT) 28.07.1998, *unalex AT-139*; Cour de cassation (FR) 16.07.1998, *unalex FR-97*; OLG München (DE) 09.07.1997, *unalex DE-691*; Corte di Cassazione (IT) 08.05.1998, *unalex IT-94*; AG Berlin (DE) 13.03.1997, *unalex DE-572*; Bundesgericht (CH) 18.01.1996, *unalex CH-17*; OLG München (DE) 22.09.1995, *unalex DE-584*; OLG Schleswig-Holstein (DE) 27.04.1995, *unalex DE-1198*; Cour d'appel Mons (BE) 02.03.1994, *unalex BE-72*; OLG Karlsruhe (DE) 11.02.1993, *unalex DE-84*; Corte di Cassazione (IT) 21.12.1992, *unalex IT-71*; Tribunale Verona (IT) 20.07.1992, *unalex IT-134*; BGH (DE) 13.05.1992, *unalex DE-54*; Tribunal de commerce Bruxelles (BE) 20.12.1991, *unalex BE-62*; Corte di Cassazione (IT) 03.12.1990, *unalex IT-59*; Corte di Cassazione (IT) 17.08.1990, *unalex IT-56*; Corte di Cassazione (IT) 08.02.1990, *unalex IT-48*; Corte di Cassazione (IT) 24.08.1989, *unalex IT-42*; Corte di Cassazione (IT) 20.07.1989, *unalex IT-40*; Corte di Cassazione (IT) 24.10.1988, *unalex IT-34*; Corte di Cassazione (IT) 15.10.1987, *unalex IT-22*; OLG München (DE) 17.10.1986, *unalex DE-483*; OLG Düsseldorf (DE) 09.07.1986, *unalex DE-506*; Corte di Cassazione (IT)

del 1964²⁵⁸. Secondo la Corte di giustizia, questa soluzione è giustificata, in quanto le differenze fra i diritti degli Stati membri impediscono di definire in maniera autonoma il luogo di esecuzione²⁵⁹. Essa ha aggiunto che «questa soluzione presenta inoltre il vantaggio di far coincidere il giudice competente con il luogo in cui l'obbligazione di cui trattasi dev'essere eseguita secondo la legge che ad essa si applica» e soddisfa le esigenze legate all'economia processuale²⁶⁰. A sostegno della giurisprudenza *Tessili*, occorre parimenti sottolineare che essa consente di evitare di adottare più definizioni del luogo di esecuzione, una processuale e l'altra sostanziale²⁶¹.

Le giurisdizioni nazionali, dopo alcune resistenze iniziali²⁶², hanno condiviso questo metodo²⁶³. Le riserve espresse sono tuttavia talmente considerevoli che alcuni autori ne hanno desunto la necessità di un'abolizione pura e semplice del foro contrattuale²⁶⁴.

21.05.1986, *unalex IT-25*; Corte di Cassazione (IT) 20.03.1986, *unalex IT-24*; Corte di Cassazione (IT) 16.01.1986, *unalex IT-147*; BGH (DE) 04.04.1979, *unalex DE-474*.

²⁵⁸ CGCE 29.06.1994 – C-288/92 – *Custom Made Commercial/Stawa*, *unalex EU-82*, punto 27; Corte di Cassazione (IT) 03.12.1990, *unalex IT-59*; Corte di Cassazione (IT) 29.11.1999, *unalex IT-110*.

²⁵⁹ CGCE 06.10.1976 – 12/76 – *Tessili/Dunlop*, *unalex EU-129*, punto 14.

²⁶⁰ CGCE 28.09.1999 – C-440/97 – *GIE Groupe Concorde*, *unalex EU-60*, punto 29.

²⁶¹ *Geimer/Schütze* (2010), art. 5, punto 77.

²⁶² Cour de cassation (FR) 11.03.1997, *unalex FR-169*; OLG Frankfurt a.M. (DE) 11.12.2002, *unalex DE-558*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 19.03.1999 – *Viskase Ltd. v Paul Kiefel GmbH*, *unalex UK-47*.

²⁶³ V. ad es. Cour de cassation (FR) 12.01.2011, *unalex FR-2178*; Cour de cassation (FR) 20.09.2006, *unalex FR-331*; Cour de cassation (FR) 17.01.2006, *unalex FR-321*; BGH (DE) 01.12.2005, *unalex DE-492*; Tribunal de grande instance Puy-en-Velay (FR) 25.05.2005, *unalex FR-375*; OGH (AT) 23.05.2005, *unalex AT-90*; Cour de cassation (FR) 30.03.2004, *unalex FR-342*; OLG Saarbrücken (DE) 09.12.2003, *unalex DE-332*; Cour de cassation (FR) 17.09.2003, *unalex FR-201*; Corte d'Appello Milano (IT) 15.07.2003, *unalex IT-181*; BGH (DE) 30.04.2003, *unalex DE-36*; OLG Düsseldorf (DE) 22.11.2002, *unalex DE-724*; Tribunale Udine (IT) 02.08.2002, *unalex IT-116*; OLG Düsseldorf (DE) 19.06.2002, *unalex DE-1101*; Polymeles Protodikeio Athens (GR) 25.02.2002, *unalex GR-7*; OLG Koblenz (DE) 11.10.2001, *unalex DE-444*; OLG Köln (DE) 16.07.2001, *unalex DE-114*; Audiencia Provincial Murcia (ES) 18.06.2001, *unalex ES-60*; OGH (AT) 16.05.2001, *unalex AT-171*; Cour de cassation (FR) 15.05.2001, *unalex FR-5*; Polymeles Protodikeio Rhodes (GR) 12.04.2001, *unalex GR-44*; Cour de cassation (FR) 13.03.2001, *unalex FR-33*; Supreme Court (IE) 21.12.2000 – *Bio-Medical Research v Delatex*, *unalex IE-39*; Tribunal d'arrondissement (LU) 14.07.2000, *unalex LU-33*; Cour de cassation (FR) 27.06.2000, *unalex FR-61*; Cour de cassation (FR) 27.06.2000, *unalex FR-60*; Cour de cassation (FR) 20.06.2000, *unalex FR-53*; OGH (AT) 28.02.2000, *unalex AT-235*; Cour de cassation (FR) 08.02.2000, *unalex FR-25*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 28.01.2000 – *Credit Agricole Indosuez v Chailsea*, *unalex UK-6*; Cour de cassation (FR) 14.12.1999, *unalex FR-174*; High Court (IE) 06.05.1999 – *Bio-Medical Research Ltd v Delatex*, *unalex IE-3*; BGH (DE) 25.02.1999, *unalex DE-59*; Corte di Cassazione (IT) 01.02.1999, *unalex IT-100*; Korkein oikeus (FI) 12.11.1998, *unalex FI-8*; Corte di Cassazione (IT) 28.10.1998, *unalex IT-99*; Corte di Cassazione (IT) 06.08.1998, *unalex IT-93*; Cour de cassation (FR) 30.06.1998, *unalex FR-237*; Corte di Cassazione (IT) 23.12.1997, *unalex IT-92*; Tribunale Milano (IT) 04.12.1997, *unalex IT-127*; Cour de cassation (FR) 21.10.1997, *unalex FR-108*; OGH (AT) 09.09.1997, *unalex AT-125*; OLG München (DE) 09.07.1997, *unalex DE-691*; Cour de cassation (FR) 18.03.1997, *unalex FR-101*; Polymeles Protodikeio Thessaloniki (GR) 17.09.1996, *unalex GR-48*; Cour de cassation (FR) 06.02.1996, *unalex FR-121*; LG Berlin (DE) 28.09.1995, *unalex DE-722*; OLG Köln (DE) 19.07.1995, *unalex DE-688*; Corte di Cassazione (IT) 19.12.1994, *unalex IT-79*; OLG Bremen (DE) 19.05.1994, *unalex DE-1199*; Tribunal de commerce Liège (BE) 10.02.1994, *unalex BE-73*; Cour de cassation (FR) 09.02.1994, *unalex FR-267*; OLG Hamm (DE) 28.01.1994, *unalex DE-694*; Polymeles Protodikeio Piraeus (GR) 13.01.1994, *unalex GR-40*; OLG Karlsruhe (DE) 11.02.1993, *unalex DE-84*; OLG Schleswig (DE) 04.06.1992, *unalex DE-52*; Tribunal d'arrondissement (LU) 08.05.1992, *unalex LU-87*; BGH (DE) 31.01.1991, *unalex DE-685*; OLG Hamburg (DE) 28.09.1989, *unalex DE-292*; Corte di Cassazione (IT)

Gli inconvenienti della giurisprudenza *Tessili* sono effettivamente numerosi. Essa aggrava il compito del giudice, il quale, per individuare la *lex causae* e il suo contenuto, è spesso chiamato a risolvere questioni estremamente complesse²⁶⁵ nonostante debba semplicemente verificare la propria competenza. Inoltre, tale soluzione giurisprudenziale non consente di determinare in maniera uniforme e univoca il giudice competente²⁶⁶. La conclusione della Convenzione di Roma e successivamente l'adozione del Regolamento «Roma I» non eliminano completamente tale ostacolo: questi strumenti, pur uniformando le norme di conflitto di legge in materia contrattuale nei diversi Stati europei²⁶⁷, non garantiscono che le giurisdizioni nazionali concordino sulla legge applicabile²⁶⁸: nell'ambito di applicazione della clausola derogatoria, ad esempio, la diversità degli elementi che consentono di individuare la legge che presenta il collegamento più stretto e il margine discrezionale che ne risulta in capo al giudice alterano l'uniformità perseguita nonché la prevedibilità del foro contrattuale.

Una seconda critica verte sulla circostanza che la combinazione dei criteri di competenza in materia contrattuale e delle norme di conflitto troppo spesso comporta la consacrazione del *forum actoris*. Ad esempio, essa consente al creditore stabilito in un paese la cui legislazione sancisce la portabilità del debito (come ad es. l'Austria²⁶⁹, la Danimarca, la Grecia²⁷⁰, l'Inghilterra²⁷¹, l'Italia²⁷², i Paesi Bassi o la Svizzera²⁷³) di adire i propri giudici. Ciò non gli è per contro possibi-

12.11.1988, *unalex IT-35*; LG Köln (DE) 05.05.1988, *unalex DE-301*; Corte di Cassazione (IT) 28.05.1987, *unalex IT-28*; LG Kaiserslautern (DE) 05.05.1987, *unalex DE-504*; Corte di Cassazione (IT) 20.03.1986, *unalex IT-24*; OLG Hamm (DE) 27.02.1985, *unalex DE-692*; LG München II (DE) 17.09.1984, *unalex DE-314*; LG Bochum (DE) 24.01.1984, *unalex DE-312*; Corte di Cassazione (IT) 21.11.1983, *unalex IT-155*; Cour de cassation (FR) 02.06.1981, *unalex FR-248*; OLG Stuttgart (DE) 12.02.1981, *unalex DE-569*; OLG Frankfurt a.M. (DE) 28.11.1979, *unalex DE-482*; LG Waldshut-Tiengen (DE) 28.06.1979, *unalex DE-477*; OLG Frankfurt a.M. (DE) 15.06.1979, *unalex DE-518*; OLG Frankfurt a.M. (DE) 09.01.1979, *unalex DE-515*; OLG Bremen (DE) 06.04.1978, *unalex DE-488*; OLG Frankfurt a.M. (DE) 03.03.1977, *unalex DE-457*; OLG Frankfurt a.M. (DE) 09.12.1975, *unalex DE-725*; Eesti Riigikohus (EE) 09.12.2008, *unalex EE-17*. Applicano la Convenzione di Lugano Tribunal cantonal Valais (CH) 23.07.2007, *unalex CH-41*; OGH (AT) 26.04.2005, *unalex AT-98*; Cour de cassation (FR) 02.03.2004, *unalex FR-214*; OLG Stuttgart (DE) 13.12.2000, *unalex DE-58*; OGH (AT) 14.09.2000, *unalex AT-237*; Cour de cassation (FR) 30.05.2000, *unalex FR-187*; Bundesgericht (CH) 25.07.2000, *unalex CH-263*; OLG Dresden (DE) 24.11.1998, *unalex DE-111*; OGH (AT) 12.11.1998, *unalex AT-143*; OGH (AT) 28.07.1998, *unalex AT-139*; HG Wien (AT) 04.03.1997, *unalex AT-248*.

²⁶⁴ Droz in D. chron. 1997, 351.

²⁶⁵ Conclusioni dell'avvocato generale Ruiz Jarabo Colomer del 16 febbraio 1999 in CGCE 28.09.1999 – C-440/97 – *GIE Groupe Concorde*, *unalex EU-60*.

²⁶⁶ *Jayne* in IP²Rax 1995, 13.

²⁶⁷ L'adozione della Convenzione di Roma non ha impedito divergenze all'interno degli Stati contraenti quanto alla determinazione, ad esempio, della legge applicabile al contratto di distribuzione.

²⁶⁸ Ottimisti tuttavia *Geimer/Schütze* (2010), art. 5, punto 79; *Gaudemet-Tallon* (2010), n. 192.

²⁶⁹ V. OGH (AT) 12.11.1998, *unalex AT-143*.

²⁷⁰ Ephetio Thessaloniki (GR) 31.01.2002, *unalex GR-66*.

²⁷¹ V. Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 28.01.2000 – *Credit Agricole Indosuez v Chailsea*, *unalex UK-6*.

²⁷² Corte di Cassazione (IT) 11.12.1987, *unalex IT-31*; Corte di Cassazione (IT) 22.05.1986, *unalex IT-149*.

²⁷³ Bundesgericht (CH) 25.07.2000, *unalex CH-263*.

le qualora egli sia stabilito in uno Stato nel quale il debito è «querabile», come in Belgio²⁷⁴, in Francia²⁷⁵, in Germania²⁷⁶, nel Lussemburgo²⁷⁷ o in Spagna. Una soluzione del genere non garantisce la parità di trattamento dei singoli nello spazio giudiziario europeo²⁷⁸.

Infine, in contrasto con la finalità perseguita dall'art. 5, n. 1, il ricorso alla *lex causae* non comporta automaticamente l'assegnazione della controversia ad un foro competente fisicamente vicino²⁷⁹.

Alcune critiche conservano il loro valore quando il luogo di esecuzione viene determinato non in virtù di una legislazione nazionale bensì per il tramite di una normativa uniforme. Così, nel caso di una compravendita internazionale di merci, il combinato dell'art. 5, n. 1, della Convenzione di Bruxelles, e dell'art. 57 della Convenzione di Vienna, il quale prevede che il debito è «portabile», comportava, nel caso in cui veniva dedotta in giudizio l'obbligazione di pagamento, la competenza – poco auspicabile – del giudice del domicilio dell'attore (*forum actoris*)²⁸⁰. Inoltre, tale soluzione non soddisfaceva l'obiettivo di prossimità sotteso all'art. 5, n. 1²⁸¹, dal momento che il mancato pagamento ha in genere origine da un vizio della merce, il quale può essere esaminato solo presso il luogo in cui essa si trova. È stato peraltro osservato che tale risultato, combinato con le norme sulla litispendenza e la connessione, dava luogo non solo a *forum shopping*, ma anche ad un fenomeno ancora più deprecabile, il *forum running*²⁸². Ad avviso di chi scrive, tuttavia, con la nuova formulazione dell'art. 5, n. 1 fornita dal Regolamento «Bruxelles I», l'applicazione delle disposizioni della Convenzione di Vienna concernenti il luogo di pagamento, diviene eccezionale, in quanto circoscritta al caso in cui la merce venga consegnata in uno Stato terzo in forza del rinvio effettuato dall'art. 5, n. 1, lett. c), all'art. 5, n. 1, lett. a).

39 Nonostante gli appelli a favore di un'inversione giurisprudenziale (espressi da parte degli avvocati generali²⁸³, risultanti dalla resistenza operata dalle giurisdizioni nazionali²⁸⁴ o suggeriti dalle que-

²⁷⁴ Cour d'appel Liège (BE) 09.12.2002, *unalex BE-14*; Cour d'appel Liège (BE) 05.03.2002, *unalex BE-13*; Cour d'appel Mons (BE) 07.01.1992, *unalex BE-65*; v. parimenti Tribunal civil Bruxelles (BE) 06.06.2002, *unalex BE-12*.

²⁷⁵ Cour de cassation (FR) 05.10.2004, *unalex FR-209*; Cour de cassation (FR) 05.10.2004, *unalex FR-210*; Cour de cassation (FR) 22.02.1997, *unalex FR-144*.

²⁷⁶ OLG Düsseldorf (DE) 06.07.2004, *unalex DE-817*; BArbG (DE) 20.08.2003, *unalex DE-1669*; OLG Düsseldorf (DE) 16.03.2000, *unalex DE-43*; Kammergericht Berlin (DE) 28.05.1999, *unalex DE-60*; OLG Dresden (DE) 24.11.1998, *unalex DE-111*; LG München II (DE) 17.09.1984, *unalex DE-314*; OLG Köln (DE) 23.02.1983, *unalex DE-611*; OLG Stuttgart (DE) 12.02.1981, *unalex DE-569*.

²⁷⁷ Tribunal d'arrondissement (LU) 22.11.1985, *unalex LU-84*.

²⁷⁸ Forsyth/Moser in ICLQ 1996, 195; Mari (1999), vol. 1, 333 e segg.

²⁷⁹ Conclusioni dell'avvocato generale Léger del 16.03.1999 nella causa C-420/97 – *Leathertex/Bodetex*, *unalex EU-102*, paragrafo 114; *Schlösser* in Riv. dir. int. 1991, 5.

²⁸⁰ V. OLG Braunschweig (DE) 28.10.1999, *unalex DE-825*; Cour de cassation (FR) 26.06.2001, *unalex FR-68*; Tribunale Reggio Emilia (IT) 10.05.2005, *unalex IT-185*; in dottrina, v. *Jayme* in IPRax 1995, 14; *Huet* in Mélanges Paul Lagarde, 425.

²⁸¹ Conclusioni dell'avvocato generale Lenz nella causa C-288/92 – *Custom Made Commercial/Stawa*, *unalex EU-82*, paragrafi 73-74.

²⁸² *Boschiero* in Mélanges Gerardo Brogginì (1997), 70-71.

²⁸³ Conclusioni dell'avvocato generale Lenz nella causa C-288/92 – *Custom Made Commercial/Stawa*, *unalex EU-82* e dell'avvocato generale Léger del 16.03.1999 nella causa C-420/97 – *Leathertex/Bodetex*, *unalex EU-102*, paragrafo 122.

stioni pregiudiziali²⁸⁵) al fine di adottare un'interpretazione uniforme del concetto di luogo di esecuzione dell'obbligazione, la Corte di giustizia è rimasta fedele alla propria interpretazione iniziale, e a confermato che tale luogo deve essere individuato facendo applicazione della *lex causae*²⁸⁶. In passato, essa aveva peraltro fatto sperare: infatti, nelle sentenze *Mulox*²⁸⁷, dove si era espressa a favore di un'interpretazione autonoma «per quanto possibile», e *Rutten*²⁸⁸, dove essa osservava che, in linea di principio, l'interpretazione autonoma è l'unica che potesse garantire l'applicazione uniforme della convenzione, la Corte aveva fatto pensare di essere pronta ad abbandonare il ricorso ai diritti nazionali per sposare sistematicamente un'interpretazione autonoma²⁸⁹. Per sostenere la sua giurisprudenza, essa²⁹⁰ rimanda ai motivi espressi nella sentenza *Custom made*²⁹¹: il ricorso alla *lex causae* consente in generale di soddisfare l'obiettivo di prossimità. Tale motivazione è condivisibile e non è stata messa in discussione nel caso in cui il giudice così designato non è quello che presenta il collegamento più stretto con la causa. Questa soluzione sembra dettata dalla volontà di non lasciare spazio alla dottrina del *forum non conveniens*, in quanto la Corte precisa che qualsiasi altra soluzione costringerebbe il giudice, al fine di verificare la propria competenza, a risolvere questioni di merito attinenti detto collegamento, a scapito della prevedibilità del foro competente e del principio della certezza del diritto²⁹². La Corte di giustizia ha parimenti lasciato intendere, nella fase di preparazione del regolamento, che non le sarebbe spettato modificare tale regola²⁹³. Poiché il legislatore europeo ha ripreso, all'art. 5, n. 1, lett. a), il testo dell'art. 5, n. 1 della convenzione, la Corte non si è sentita autorizzata a modificare l'interpretazione²⁹⁴.

b) Difficoltà particolari

Una difficoltà particolare sorge qualora l'obbligazione dedotta in giudizio sia localizzata in più luoghi, ossia qualora essa sia stata o debba essere eseguita in più Stati membri. Taluni escludono, in un caso del genere, la possibilità di ricorrere all'art. 5, n. 1. Così, l'applicazione di questa disposizione è stata scartata nel caso di una domanda di risoluzione di un contratto di concessione di brevetto relativo a 24 paesi, fra cui la Francia²⁹⁵. Secondo altri, occorre determinare il luogo principale di esecuzione (soluzione adottata in relazione all'art. 5, n. 1, lett. b, v. *infra*). Così, la Cour d'appel de Colmar ha stabilito che la competenza ai sensi dell'art. 5, n. 1, a statuire

²⁸⁴ Cour de cassation (FR) 11.03.1997, *unalex FR-169*

²⁸⁵ Cour de cassation (FR) 09.12.1997, *unalex FR-166*.

²⁸⁶ CGCE 28.09.1999 – C-440/97 – *GIE Groupe Concorde*, *unalex EU-60*; CGCE 19.02.2002 – C-256/00 – *Besix*, *unalex EU-89*. V. ancora CGCE 23.04.2009 – C-533/07 – *Falco Privatstiftung*, *unalex EU-177*.

²⁸⁷ CGCE 13.07.1993 – C-125/92 – *Mulox/Geels*, *unalex EU-78*.

²⁸⁸ CGCE 09.01.1997 – C-383/95 – *Rutten/Cross Medical*, *unalex EU-117*.

²⁸⁹ In tal senso, *Gaudemer-Tallon* in Rev. crit. d.i.p. 1997, 345.

²⁹⁰ V. CGCE 28.09.1999 – C-440/97 – *GIE Groupe Concorde*, *unalex EU-60*, punto 29.

²⁹¹ CGCE 29.06.1994 – C-288/92 – *Custom Made Commercial/Stawa*, *unalex EU-82*, punto 17.

²⁹² CGCE 29.06.1994 – C-288/92 – *Custom Made Commercial/Stawa*, *unalex EU-82*, punti 18-21.

²⁹³ *Bischoff* in Clunet 2000, 549 (commento alla sentenza *GIE Groupe Concorde*).

²⁹⁴ CGCE 23.04.2009 – C-533/07 – *Falco Privatstiftung*, *unalex EU-177*.

²⁹⁵ Tribunal de grande instance Paris (FR) 29.01.1988, *unalex FR-2260*; Cour d'appel Paris (FR) 18.12.1975, *unalex FR-2259*.

sull'azione intesa ad ottenere il risarcimento dei danni subiti a seguito della risoluzione di un contratto, proposta da un agente che esercitava la propria attività in Francia e in Germania, spettava al giudice del luogo principale di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio (obbligazione di rispettare il contratto), ossia del luogo «a partire dal quale l'attore ha esercitato principalmente la propria obbligazione di mandatario»²⁹⁶.

- 41 In assenza di disposizioni precise nella *lex causae*, le quali consentano di determinare con certezza il luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio, il giudice deve ricercare nella giurisprudenza ovvero nella dottrina²⁹⁷ un ipotetico luogo di esecuzione. L'obiettivo della certezza del diritto invocato a sostegno dell'applicazione della *lex causae* rischia tuttavia di non essere rispettato. Una accezione più fattuale del luogo di esecuzione agevolerebbe la determinazione del foro contrattuale. D'altra parte, qualora non sia possibile individuare il luogo di esecuzione sulla scorta della *lex causae*, il giudice non potrà far altro che procedere ad una localizzazione fattuale. Un buon esempio è ravvisabile nella giurisprudenza francese relativa alla lettera di patronage: è stata dichiarata la competenza dei giudici francesi ai sensi dell'art. 5, n. 1, della Convenzione di Bruxelles in un caso in cui il luogo di esecuzione dell'obbligazione risultante dalla lettera di patronage sottoscritta dalla casa madre olandese a favore delle filiali era situato in Francia. Siffatta localizzazione risultava da elementi di fatto: gli sforzi promessi dalla casa madre dovevano tradursi in atti sostanziali o giuridici da compiere in Francia; le misure dovevano esplicare i loro effetti in Francia, in quanto l'obiettivo dichiarato in relazione a tali sforzi consisteva nella disponibilità, da parte delle filiali, di liquidità sufficienti in tale paese, in grado di consentire loro di adempiere in maniera efficace ai loro obblighi nei confronti degli organismi che avevano effettuato i prestiti, anch'essi stabiliti in Francia²⁹⁸.

c) *Accordo sul luogo dell'esecuzione*

- 42 La Corte di giustizia ha affermato che le parti possono, mediante un accordo fra loro, designare il luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio²⁹⁹. La validità di tale accordo viene esaminata alla luce della legge applicabile al contratto³⁰⁰. Una parte della dottrina sostiene l'inutilità di ricorrere alle leggi nazionali per valutare siffatto accordo, in quanto tali leggi autorizzano perlopiù le parti a fissare il luogo di esecuzione dell'obbligazione³⁰¹.

²⁹⁶ Cour d'appel Colmar (FR) 19.10.1993, *unalex FR-2284*.

²⁹⁷ V. ad esempio, OGH (AT) 12.11.1998, *unalex AT-143* a proposito del luogo di esecuzione dell'obbligazione del fideiussore.

²⁹⁸ Cour de cassation (FR) 03.03.1992, *unalex FR-287*.

²⁹⁹ CGCE 17.01.1980 – 56/79 – *Zelger/Salinitri (1)*, *unalex EU-19*; Cour de cassation (FR) 26.05.1998, *unalex FR-171*: il luogo di consegna pattuito fra le parti in una polizza di carico è il luogo di esecuzione dell'obbligazione ai sensi dell'art. 5, n. 1. V. parimenti Tribunal de commerce Liège (BE) 09.01.1989, *unalex BE-47*; OLG Karlsruhe (DE) 11.02.1993, *unalex DE-84*; Tribunale Milano (IT) 23.01.1989, *unalex IT-141*, che ammettono un accordo tacito. *Contra* LG Mainz (DE) 13.02.1976, *unalex DE-742*. V. parimenti, in applicazione della Convenzione di Lugano, OLG Dresden (DE) 24.11.1998, *unalex DE-111*; Bundesgericht (CH) 21.02.1996, *unalex CH-16*; Cour de cassation (FR) 22.02.2005, *unalex FR-222*.

³⁰⁰ CGCE 17.01.1980 – 56/79 – *Zelger/Salinitri (1)*, *unalex EU-19* punto 5. V. anche, BGH (DE) 02.10.2002, *unalex DE-12*; OLG Köln (DE) 19.07.1995, *unalex DE-688*; OLG Hamm (DE) 27.02.1985, *unalex DE-692*;

³⁰¹ *Gothof/Holleaux* (1985), n. 77. In giurisprudenza, la ricerca della legge applicabile all'accordo viene spesso omessa: Cour d'appel Lyon (FR) 28.03.1979, *unalex FR-2258*; Cour de cassation (FR) 18.11.1981, *unalex FR-*

Nonostante questo accordo incida sulla competenza, la sua validità formale non è assoggettata ai requisiti fissati dall'art. 17 della Convenzione di Bruxelles (ora art. 23 del regolamento) in relazione alle clausole di scelta del foro³⁰². A questa giurisprudenza è stato contestato di non avere distinto fra la questione di stabilire se una clausola possa modificare il luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio – questione che verrebbe risolta dalla legge applicabile al merito di tale obbligazione –, e la questione della forma della clausola stessa³⁰³.

Inoltre, siffatta giurisprudenza consente di eludere le disposizioni sugli accordi di scelta del foro. Il ruolo dell'autonomia privata è stato tuttavia limitato per evitare condotte fraudolente: la Corte di giustizia ha negato che un «accordo astratto», il quale fissa un luogo di esecuzione fittizio (privato di un legame effettivo con l'oggetto concreto del contratto) sia idoneo a determinare il luogo di esecuzione ai sensi dell'art. 5, n. 1³⁰⁴.

Questa soluzione è valida anche in relazione all'art. 5, n. 1, lett. a) del Regolamento «Bruxelles I»: l'accordo su un luogo di esecuzione che presenta un legame con l'oggetto del contratto³⁰⁵ consente di determinare la competenza giurisdizionale ai sensi dell'art. 5, n. 1, lett. a), senza essere assoggettato ai requisiti di forma dell'art. 23 del Regolamento «Bruxelles I».

L'accordo sul luogo di esecuzione presuppone un incontro di volontà fra le parti³⁰⁶ la cui interpretazione è devoluta alla competenza dei giudici di merito³⁰⁷. È stato deciso che tale accordo non è opponibile a un terzo³⁰⁸, ma la soluzione è discutibile. Non sussiste un accordo del genere né laddove le parti si siano limitate a non escludere la Convenzione di Vienna³⁰⁹, né laddove il convenuto paghi presso la sede del creditore nonostante il debito, ai sensi della legge applicabile, sia chiedibile³¹⁰. Né, tantomeno, un siffatto accordo risulta dalla mera indicazione delle coordinate bancarie del creditore sulla fattura³¹¹.

245; Tribunal de grande instance Paris (FR) 10.05.1985, *unalex FR-451*; Cour d'appel Paris (FR) 05.04.1994, *unalex FR-2257*; Cour de cassation (FR) 04.07.2000 *unalex FR-2174*.

³⁰² CGCE 17.01.1980 – 56/79 – *Zelger/Salinitri (1)*, *unalex EU-19*, punto 6. V. parimenti OLG Wien (AT) 01.06.2004, *unalex AT-74*; OLG Zweibrücken (DE) 28.06.2005, *unalex DE-607*.

³⁰³ *Huet* in JDI 1980, 435, 440.

³⁰⁴ CGCE 20.02.1997 – C-106/95 – *MSG Mainschiffahrts-Genossenschaft*, *unalex EU-99*; V. parimenti BGH (DE) 16.06.1997, *unalex DE-72*; OLG Hamburg (DE) 08.03.1996, *unalex DE-86*; BGH (DE) 17.10.1984, *unalex DE-309*; OLG Hamm (DE) 20.01.1977, *unalex DE-490*.

³⁰⁵ OGH (AT) 08.09.2009, *unalex AT-647*; LG Hamburg (DE) 02.05.2005, *unalex DE-631*. BGH (DE) 22.04.2009, *unalex DE-1672*; BGH (DE) 22.09.2008, *unalex DE-1593*; OGH (AT) 16.12.2003, *unalex AT-39*. BGH (DE) 01.06.2005, *unalex DE-335*; LG Hamburg (DE) 02.05.2005, *unalex DE-631*.

³⁰⁶ OGH (AT) 14.12.2004, *unalex AT-11*; OLG Bremen (DE) 06.04.1978, *unalex DE-488*.

³⁰⁷ V. BGH (DE) 22.04.2009, *unalex DE-1672*.

³⁰⁸ OLG Frankfurt a.M. (DE) 06.11.1979, *unalex DE-520*. per un raffronto con le soluzioni adottate in relazione alla clausola attributiva di competenza v. commento art. 23.

³⁰⁹ OLG Köln (DE) 21.12.2005, *unalex DE-1066*.

³¹⁰ Cour de cassation (FR) 05.10.2004, *unalex FR-209*; Cour de cassation (FR) 05.10.2004, *unalex FR-210*; Cour d'appel Liège (BE) 09.12.2002, *unalex BE-14*; Cour d'appel Liège (BE) 05.03.2002, *unalex BE-13*; Cour d'appel Mons (BE) 07.01.1992, *unalex BE-65*.

³¹¹ Tribunal d'arrondissement (LU) 22.11.1985, *unalex LU-84*.

Non è necessario che l'accordo sul luogo di esecuzione figuri nel contratto cui esso si riferisce³¹². Tale accordo può risultare dall'accettazione di una conferma d'ordine³¹³ o da un rinvio alle condizioni generali di vendita nell'ambito di rapporti d'affari correnti³¹⁴. Non è neppure necessario che esso esista già al momento della conclusione del contratto. È parimenti reputato valido un accordo che consente ad una delle parti di fissare unilateralmente il luogo di esecuzione dell'obbligazione³¹⁵.

Qualora il luogo di esecuzione designato dalle parti coincida con il domicilio di una di esse, è legittimo interrogarsi in ordine alle eventuali conseguenze di un mutamento di domicilio successivamente alla conclusione del contratto. Tuttavia, le esigenze legate alla certezza del diritto e alla prevedibilità portano ad affermare che lo spostamento della sede o del domicilio non incide sulla competenza giurisdizionale³¹⁶.

Nell'ambito dell'art. 5, n. 1, lett. a), si presenta la difficoltà di stabilire se l'accordo sul luogo di esecuzione si riferisca esattamente all'obbligazione dedotta in giudizio³¹⁷.

3.3.2. Art. 5, n. 1, lett. b)

- 43 Nel passaggio dalla Convenzione di Bruxelles al regolamento, il legislatore ha tenuto conto delle numerose critiche mosse nei confronti dell'art. 5, n. 1. Il ricorso alla *lex causae* è stato in parte soppresso, e rimane ora in vita solo in relazione ai contratti che non costituiscono né una compravendita né una prestazione di servizi. Quanto a questi due tipi di contratti, di gran lunga i più frequenti nei rapporti transfrontalieri, il luogo di esecuzione viene determinato in maniera autonoma³¹⁸. Tale regola è intesa a semplificare il compito del giudice chiamato a verificare la propria competenza giurisdizionale: egli non deve più né ricercare l'obbligazione dedotta in giudizio (v. *supra*), né individuare la legge applicabile all'obbligazione³¹⁹. Nel caso della compravendita di beni, il criterio pertinente è – unicamente – il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i beni

³¹² OGH (AT) 28.10.1997, *unalex AT-127*.

³¹³ OGH (AT) 01.02.2000, *unalex AT-204*.

³¹⁴ BGH (DE) 01.06.2005, *unalex DE-335*.

³¹⁵ Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 28.01.2000 – *Credit Agricole Indosuez v Chailease*, *unalex UK-6*.

³¹⁶ Bundesgericht (CH) 21.11.2006, *unalex CH-286* in relazione all'applicazione dell'art. 5.1 della Convenzione di Lugano. OGH (AT) 07.08.2002 *unalex AT-221* nel caso di trasferimento del diritto. V. tuttavia OLG Celle (DE) 11.11.1998, *unalex DE-106* che sostiene la competenza del giudice del domicilio del cessionario, e non del cedente.

³¹⁷ V. al riguardo OGH (AT) 15.01.2002, *unalex AT-598*. V. parimenti Cour de cassation (FR) 27.02.1996, *unalex FR-149*.

³¹⁸ Espressamente CGCE 03.05.2007 – C-386/05 – *Color Drack/Lexx*, *unalex EU-153*, punto 24; e CGCE 09.07.2009 – C-204/08 – *Rebder/Air Baltic*, *unalex EU-181*, punto 33; CGCE 23.04.2009 – C-533/07 – *Falco Privatstiftung*, *unalex EU-177*, punto 26; CGUE 25.10.2010 – C-381/08 – *Car Trim/KeySafety Systems*, *unalex EU-214*, punto 49. OLG Karlsruhe (DE) 15.01.2009, *unalex DE-1680*; OLG München (DE) 17.04.2008, *unalex DE-1649*; OGH (AT) 03.04.2008, *unalex AT-377*; OGH (AT) 24.01.2008, *unalex AT-384*; OGH (AT) 30.01.2007, *unalex AT-520*; BGH (DE) 02.03.2006, *unalex DE-604*; LG Hamburg (DE) 02.05.2005, *unalex DE-631*; OGH (AT) 18.11.2003, *unalex AT-12*.

³¹⁹ CGUE 25.02.2010 – C-381/08 – *Car Trim/KeySafety Systems* *unalex EU-214*; CJUE 03.05.2007 – C-386/05 – *Color Drack/Lexx*, *unalex EU-153*.

sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto; nel caso della prestazione di servizi, il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto. L'art 5, n. 1, lett. b) si fonda su una *factio iuris* quanto al luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio (v. *supra*), e sposa una definizione pragmatica di tale luogo, la quale evita di passare per la *lex causae*³²⁰ e si basa su un criterio fattuale.

Giova rammentare che l'abolizione del ricorso alla *lex causae*, è stato, in un primo momento, criticato. L'espressione «in base al contratto» impiegata dall'art. 5, n. 1, lett. b) avrebbe potuto esprimere la necessità di determinare il luogo di esecuzione facendo applicazione della *lex causae*³²¹. Una soluzione del genere avrebbe riprodotto gli inconvenienti della giurisprudenza *Tessili* e suscitato le medesime critiche. La Corte di giustizia ha scartato questa soluzione nella sentenza *Car Trim*³²², ove ha affermato che «l'autonomia dei criteri di collegamento previsti all'art. 5, [n.] 1, lett. b), del regolamento esclude il ricorso alle norme di diritto internazionale privato dello Stato membro del foro nonché al diritto sostanziale che sarebbe applicabile in base a quest'ultimo», e che, qualora il contratto non contenga alcuna disposizione che riveli, senza far ricorso al diritto sostanziale applicabile, la volontà delle parti in merito al luogo di consegna dei beni, quest'ultimo coincide con «il luogo in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere materialmente consegnati all'acquirente alla destinazione finale degli stessi». A sostegno di quanto affermato, la Corte, richiamando i lavori preparatori³²³, ha rammentato che la Commissione, nella sua proposta di regolamento (CE) del Consiglio 14 luglio 1999 concernente la competenza giurisdizionale nonché il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale³²⁴, ha sottolineato che tale disposizione era destinata ad «ovviare agli inconvenienti del ricorso alle norme di diritto internazionale privato dello Stato del giudice adito» e che tale «definizione pragmatica del luogo dell'adempimento» si fondava su un criterio puramente fattuale.

Il luogo di consegna e il luogo della prestazione dei servizi devono essere definiti ricorrendo a criteri fattuali: ciò è coerente con il regolamento, che non definisce né l'uno né l'altro.

Il progresso realizzato dall'art. 5, n. 1, lett. b) è stato messo in evidenza, e i vantaggi pratici del criterio del luogo di consegna delle merci e di quello della prestazione dei servizi sono stati salutati positivamente: è spesso un vizio della merce o una cattiva esecuzione del servizio che comporta il diniego di pagamento, cosicché è opportuno assumere la competenza del giudice del luogo in cui meglio possa essere apprezzata la conformità della merce o la qualità della prestazione fornita³²⁵. L'obiettivo della prossimità non sarà tuttavia sempre soddisfatto: si pensi al caso in cui la

³²⁰ Per la compravendita, OGH (AT) 03.04.2008, *unalex AT-377* che scarta il riferimento all'art. 57 della Convenzione di Vienna, il quale rende «portabile» il debito; OLG Köln (DE) 30.04.2007, *unalex DE-681*. Per il contratto di prestazione di servizi, v. Cour de cassation (FR) 11.07.2006, *unalex FR-323*; OGH (AT) 30.01.2007, *unalex AT-520*; OLG München (DE) 16.05.2007, *unalex DE-1630*; OLG Düsseldorf (DE) 21.09.2007, *unalex DE-806*.

³²¹ V. *Franzina* (2006), 390 e segg. e, nella giurisprudenza, Corte di Cassazione (IT) 20.06.2007, *unalex IT-235*; Corte di Cassazione (IT) 24.07.2007, *unalex IT-231*; Corte di Cassazione (IT) 14.05.2007, *unalex IT-236*; Rechtbank van Koophandel Kortrijk (BE) 04.12.2003, *unalex BE-459*.

³²² Sent. prec.

³²³ CGUE 25.02.2010 – C-381/08 – *Car Trim/KeySafety Systems*, *unalex EU-214*.

³²⁴ COM (1999) 348 def., 14 = *unalex MAT-18*.

³²⁵ *Witz* in J. L. & Com. 2005, 325, 329.

merce non sia stata consegnata, il servizio non sia stato ancora fornito o la merce non si trovi più nel luogo in cui è avvenuta la consegna³²⁶.

La dottrina ha parimenti rilevato che la semplificazione rischiava di essere un'operazione di facciata³²⁷. Il legislatore europeo si riferisce al luogo di esecuzione sia quale luogo fattuale sia quale luogo definito dal contratto. Siffatto dualismo può generare una confusione³²⁸ tale che, nel tentare di definire tale nozione, si rischia di cadere in un «vespaio»³²⁹. Resta una certezza: questo luogo non deve essere individuato facendo riferimento alla *lex causae*³³⁰ (e ancor meno alla *lex fori*³³¹).

Esso può essere l'oggetto di un accordo fra le parti. Altrimenti, il giudice dovrà procedere a localizzare la consegna o la prestazione di servizi.

a) *Accordo sul luogo della consegna o della prestazione dei servizi*

- 45 La competenza del giudice del luogo dell'esecuzione della prestazione caratteristica sussiste a meno che le parti non si siano diversamente accordate al riguardo. L'art. 5, n. 1, lett. b) contempla espressamente siffatta possibilità allorché prende in considerazione un'eventuale «diversa convenzione»³³² e, con l'espressione «in base al contratto», le disposizioni in esso contenute. Il luogo pattuito è in questo caso rilevante in sede di determinazione della competenza anche se l'accordo non soddisfa i requisiti di forma dell'art. 23 del regolamento, sempreché esso presenti un collegamento effettivo con la materia del contratto³³³. Sono nella specie trasponibili le esigenze espresse dalla Corte in relazione all'art. 5, n. 1 della Convenzione di Bruxelles nell'ambito della sentenza *Gravières rhénanes*.

Divergenze sussistono quanto all'oggetto dell'accordo fra le parti. Per taluni, quest'ultimo deve riguardare il luogo di esecuzione del contratto nel suo complesso. Secondo altri³³⁴, per essere efficace, esso deve avere esattamente a oggetto il luogo della consegna o della prestazione dei servizi. Al fine di risolvere questa discussione, è stato affermato da più parti che la regola francese di cui all'art. 46 NCPC, alla quale è ispirato l'art. 5, n. 1, b), si riferisce unicamente al luogo di consegna e non al luogo di esecuzione del contratto, e che l'accordo dovrebbe pertanto avere esplicitamente ad oggetto la consegna. Sembra pacifico che un accordo sul luogo di esecuzione

³²⁶ *Gaudemet-Tallon* (2010), n. 198. *Ancel* in Rev. crit. d.i.p. 2001, 162.

³²⁷ V. ad es. *Droz/Gaudemet-Tallon* in Rev. crit. d.i.p. 2001, 601, n. 40; *Bureau/Muir Watt* (2010), n. 889.

³²⁸ V. *supra*. *Addé Eltischig* in IPRax 2002, 491 e segg.; *Gsell* in IPRax 2002, 487; *Schack* (2010), 123.

³²⁹ *Mankowski*, EWIR 2010, 287 e segg. (in relazione a CGUE 25.02.2010 – C-381/08 – *Car Trim/KeySafety Systems*, *unalex EU-214*). V. parimenti, *Muir Watt* in Rev. crit. d.i.p. 2008, 139, n. 2.

³³⁰ V. *supra*.

³³¹ V. tuttavia House of Lords (UK) 20.02.2008 – *Scottish & Newcastle International v Othon Ghalanos*, *unalex UK-349*.

³³² Sul significato da attribuire a questa espressione, *Gaudemet-Tallon* (2010), n. 201. *Addé Heuzé* in Rev. crit. d.i.p. 2000, 595, e in particolare 625.

³³³ OGH (AT) 08.09.2009, *unalex AT-647*; BGH (DE) 22.04.2009, *unalex DE-1672*; *addé LG Trier* (DE) 08.01.2004, *unalex DE-461*; LG Hamburg (DE) 02.05.2005, *unalex DE-631*.

³³⁴ In tal senso LG Trier (DE) 08.01.2004, *unalex DE-461*; OLG Karlsruhe (DE) 15.01.2009, *unalex DE-1680*.

dell'obbligazione dedotta in giudizio, la quale non coincida con l'obbligazione caratteristica del contratto, non incide sul foro contrattuale di cui all'art. 5, n. 1, lett. b).

La materia dell'accordo è sovente oggetto di discussioni. La clausola sul luogo dell'esecuzione deve essere stata accettata dalla parte nei cui confronti essa viene fatta valere³³⁵; l'accettazione dell'applicazione della Convenzione di Vienna non implica un accordo sul luogo di consegna nel senso di cui all'art. 5, n. 1, lett. b)³³⁶.

Alla luce dell'importanza riconosciuta dall'art. 5, n. 1, lett. b) alle disposizioni del contratto, è legittimo interrogarsi sulla validità delle clausole o delle formule standard spesso impiegate nel settore del commercio internazionale, come gli Incoterms³³⁷. Siffatte clausole presentano il vantaggio di poter essere lette senza dover ricorrere alla legge applicabile al contratto. Alcune di esse, come ad esempio la clausola «franco fabbrica» (ma non le clausole CPT «carriage paid to» e CIP «carriage and insurance paid»^{338 339}), consentono di determinare esattamente il luogo di consegna e non si limitano a prevedere il trasferimento dei rischi³⁴⁰. Sia in dottrina³⁴¹ che in certe decisioni³⁴², e segnatamente nella decisione *Electrosteel* della Corte di giustizia³⁴³, si legge che le clausole «franco fabbrica» e «franco domicilio», contenute nel contratto, consentono di determinare il luogo di consegna e di esecuzione ai sensi dell'art. 5, n. 1, lett. b). L'avvocato generale Kokott condivide questa posizione³⁴⁴. Analogamente, il ricorso all'Incoterm FOB porterebbe a fissare il luogo di consegna presso il porto di carico³⁴⁵.

³³⁵ V. ad es. OGH (AT) 14.12.2004, *unalex AT-11*.

³³⁶ OLG Köln (DE) 21.12.2005, *unalex DE-1066*.

³³⁷ V., in tal senso, le conclusioni dell'avvocato generale Kokott, che solleva la questione se «se clausole commerciali come gli Incoterms possano integrare una disposizione contrattuale» (conclusioni del 03.03.2011, causa C-87/10, *Electrosteel*, paragrafo 32).

³³⁸ *Franzina* (2006), 397, *Mankowski* in *Magnus/Mankowski* (2007), art. 5, n. 103; in relazione alla clausola «cost-insurance-freight», *Ephetio Athens* (GR) 27.07.1995, *unalex GR-34*.

³³⁹ OLG München (DE) 17.04.2008, *unalex DE-1649*; Corte di Cassazione (IT) 20.06.2007, *unalex IT-235*; Tribunale Verona (IT) 09.12.2006, *unalex IT-217*; OLG München (DE) 03.12.1999, *unalex DE-701*; OLG Schleswig-Holstein (DE) 27.04.1995, *unalex DE-1198*; Corte di Cassazione (IT) 25.01.1995, *unalex IT-379*; Corte di Cassazione (IT) 25.10.1993, *unalex IT-374*.

³⁴⁰ *Magnus/Lüsing* in IHR 2007, 6; *Piltz* in IHR 2006, 55; BGH (DE) 22.04.2009, *unalex DE-1672*; House of Lords (UK) 20.02.2008 – *Scottish & Newcastle International v Othon Ghalanos*, *unalex UK-349* sulla clausola FOB; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 20.12.2006 – *Scottish & Newcastle International v Othon Ghalanos*, *unalex UK-242* per la clausola CFR; Tribunale Padova (IT) 10.01.2006, *unalex IT-196*, applica la Convenzione di Lugano; Polymeles Protodikeio Thessaloniki (GR) 29.06.1998, *unalex GR-70*, in relazione alla clausola FOB.

³⁴¹ Cit. da *Leible* in *Rauscher* (2011), *sub* art. 5 del Regolamento «Bruxelles I», punto 75b.

³⁴² OGH (AT) 20.02.2006, *unalex AT-240*, che precisa che occorre tenere conto delle circostanze del caso concreto; OLG Karlsruhe (DE) 28.03.2006, *unalex DE-612*; sulla clausola franco domicilio, OGH (AT) 16.12.2003, *unalex AT-39*.

³⁴³ Sulla clausola «Resa: franco nostra sede», v. CGUE 09.06.2011 – C-87/10 – *Electrosteel*, *unalex EU-482*, punto 23.

³⁴⁴ Conclusioni dell'avvocato generale nella causa *Electrosteel*, paragrafo 43.

³⁴⁵ BGH (DE) 22.04.2009, *unalex DE-1672*; House of Lords (UK) 20.02.2008 – *Scottish & Newcastle International v Othon Ghalanos*, *unalex UK-349*.

Altri Incoterms non influiscono sul luogo di consegna³⁴⁶. Così, nella causa *Car Trim*, veniva convenuto che la consegna doveva avere luogo su richiesta, franco fabbrica (fabbrica dell'acquirente), ma il giudice nazionale che formulava la domanda di pronuncia pregiudiziale³⁴⁷, stabiliva che tale clausola «alla luce dell'insieme degli accordi contrattuali», andasse letta non come un accordo sul luogo di consegna dei beni, bensì sulla ripartizione dei costi. Parimenti, è stato affermato che la clausola «franco stabilimento compreso imballaggio» non fornisce alcuna indicazione in ordine al luogo di esecuzione, ma stabilisce unicamente che le spese di trasporto sono a carico del venditore³⁴⁸.

47 La Corte di giustizia ha affermato, in termini generali, che «al fine di determinare il luogo di consegna ai sensi dell'art. 5, [n.] 1, lett. b), primo trattino, del regolamento, il giudice nazionale deve tenere conto di tutti i termini e di tutte le clausole rilevanti di tale contratto, ivi compresi, eventualmente, i termini e le clausole generalmente riconosciuti e sanciti dagli usi del commercio internazionale, quali gli Incoterms, purché idonei a consentire l'identificazione, con chiarezza, di tale luogo»³⁴⁹. Essa ha precisato che l'Incoterm «Ex Works» comprende non solo delle disposizioni concernenti il trasferimento dei rischi e la ripartizione dei costi, ma anche delle disposizioni che consentono di individuare il luogo di consegna dei beni³⁵⁰. Tuttavia, non sempre questo Incoterm può essere interpretato in tal senso nell'ambito dell'art. 5 n. 1, lett. b). Così, «quando, invece, i beni oggetto del contratto si limitano a transitare nel territorio di uno Stato membro terzo rispetto tanto al domicilio delle parti quanto al luogo di partenza o di destinazione delle merci, occorre verificare, in particolare, se il luogo indicato nel contratto, situato nel territorio di tale Stato membro, serve solo a ripartire i costi e i rischi legati al trasporto dei beni oppure se esso rappresenti anche il luogo di consegna degli stessi»³⁵¹. La Cour de cassation francese, da parte sua, si è rifiutata di considerare la scelta dell'Incoterm «Ex Works» un accordo fra le parti che designa come luogo di consegna la fabbrica del venditore in un caso in cui una disposizione speciale del contratto indicava come tale un luogo diverso³⁵².

48 Qualora siano riconosciute l'esistenza e la validità dell'accordo, possono essere distinte più eventuali³⁵³.

Se la merce è stata consegnata nel luogo previsto dal contratto, siffatto luogo consente di individuare il foro contrattuale³⁵⁴. Analogamente laddove la merce non sia stata consegnata: in questo caso occorre riferirsi al luogo in cui la merce avrebbe dovuto essere consegnata³⁵⁵.

³⁴⁶ V., in tal senso, la posizione della Commissione nella causa *Electrosteel*, causa C-87/10. V. parimenti Cour de cassation (FR) 17.02.2010, *unalex FR-1104*, che riprende la motivazione dei giudici di appello per la clausola franco frontiera.

³⁴⁷ BGH (DE) 09.07.2008, *unalex DE-1583*.

³⁴⁸ Corte di Cassazione (IT) 20.06.2007, *unalex IT-235*. Nello stesso senso per la clausola franco partenza, OLG München (DE) 17.04.2008, *unalex DE-1649*.

³⁴⁹ CGUE 09.06.2011 – C-87/10 – *Electrosteel*, *unalex EU-482*, punto 22.

³⁵⁰ CGUE 09.06.2011 – C-87/10 – *Electrosteel*, *unalex EU-482*, punto 23. In tal senso parimenti, OLG Karlsruhe (DE) 28.03.2006, *unalex DE-612*.

³⁵¹ CGUE 09.06.2011 – C-87/10 – *Electrosteel*, *unalex EU-482*, punto 24.

³⁵² Cour de cassation (FR) 22.03.2011, *unalex FR-1295*.

³⁵³ In tal senso, *Gaudemet-Tallon* (2010), n. 202.

³⁵⁴ OLG Köln (DE) 30.04.2007, *unalex DE-681*.

Se la merce è stata consegnata in un luogo diverso da quello previsto dal contratto, si pone la questione se il luogo della consegna effettiva (in conformità del principio di prossimità) prevalga sul luogo convenuto fra le parti (in ossequio alle aspettative delle parti). Se l'acquirente ha accettato la merce, il luogo effettivo prevarrà anche se non coincide con il luogo pattuito³⁵⁶. Si può infatti sostenere che l'accettazione dell'acquirente equivale ad un accordo post-contrattuale sul luogo di consegna. In mancanza di accettazione della merce, la questione resta da dirimere. È stato deciso che solo il luogo fissato nel contratto sia in questo caso rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 5, n. 1, lett. b)³⁵⁷. Taluni autori ritengono, tuttavia, che l'attore possa optare per uno dei due³⁵⁸.

L'importanza attribuita dall'art. 5, n. 1, lett. b) alle disposizioni contrattuali per determinare il luogo di esecuzione (luogo di consegna della merce o luogo della prestazione dei servizi) è critica. Anzitutto, essa da luogo ad un dibattito significativo: l'interpretazione dei termini del contratto è soggetta a molteplici discussioni. Inoltre, è lecito domandarsi se sia opportuno assegnare indirettamente ad una clausola del contratto, la quale, per definizione, non costituisce un accordo di scelta del foro ai sensi dell'art. 23, un effetto attributivo di competenza. Il dibattito non è certamente nuovo, ma l'art. 5, n. 1, lett. b) contribuisce ad alimentarlo. Nell'ambito dell'art. 5, n. 1, lett. a) (o dell'art. 5, n. 1 della Convenzione di Bruxelles), le parti non possono prevedere, al momento della redazione del contratto, quale sarà l'obbligazione controversa pertinente per la determinazione del foro contrattuale. Impiegando come criterio di competenza il luogo di esecuzione della prestazione caratteristica, sussiste il rischio che la parte «forte» del contratto vi inserisca una disposizione che localizza tale prestazione presso il suo domicilio o presso un luogo vantaggioso per tale parte. Viene in tal modo ad aumentare il rischio di squilibrio fra le parti e la prevedibilità della soluzione è garantita solo a favore di una di esse³⁵⁹.

b) Assenza di accordo

Qualora le disposizioni del contratto non consentano di determinare il luogo dell'esecuzione, una parte della dottrina ritiene che l'espressione «in base al contratto» divenga inoperante, che l'art. 5, n. 1, lett. b) sia inapplicabile e che occorra ricorrere all'art. 5, n. 1, lett. a)³⁶⁰. L'art. 5, n. 1, lett. b), verrebbe pertanto privato di buona parte della sua utilità. Una soluzione del genere è eccessiva e deve essere scartata³⁶¹. È peraltro in tal senso che si è espressa la Corte di giustizia allorché è stata chiamata a pronunciarsi su un contratto di vendita, stabilendo che, qualora non sia

³⁵⁵ In tal senso, Tribunale Padova (IT) 10.01.2006, *unalex IT-196*.

³⁵⁶ *Carbone in Carbone/Frigio/Fumagalli* (2004), 20; OLG Oldenburg (DE) 20.12.2007, *unalex DE-794*.

³⁵⁷ Illustra questa difficoltà Cour de cassation (FR) 16.11.2010, *unalex FR-2125*; Tribunale Padova (IT) 10.01.2006, *unalex IT-196*. In tal senso una parte della dottrina: *Béraudo* in JDI 2001, 1044; *Nuyts* in Journ. trib. 2001, 916.

³⁵⁸ *Droz/Gaudemet-Tallon* in Rev. crit. d.i.p. 2001, 635; *Gaudemet-Tallon* (2010), n. 199.

³⁵⁹ *Jault* in Petites affiches 2002, n. 107, 19.

³⁶⁰ V. nota *Heuzé* in Rev. crit. d.i.p. 2000, 595 e segg., n. 34; *Mayer/Heuzé* (2010) n. 339; *Ancel* in Rev. crit. d.i.p. 2001, 162.

³⁶¹ V. *Huet* in Mélanges Lagarde, 428.

possibile individuare il luogo di esecuzione sulla base delle disposizioni del contratto, occorre ricercare il luogo in cui l'esecuzione è di fatto avvenuta ³⁶² (v. *infra*).

aa) *Determinazione del luogo di consegna*

- 51 La nozione di luogo di consegna può essere intesa in più sensi, in quanto caratterizzata da più significati. Una delle questioni pregiudiziali presentate dalla giurisprudenza italiana nella causa *Electrosteel* ³⁶³ ben mostra le difficoltà che ciò comporta: essa sollevava la questione se il luogo di consegna rilevante ai fini della designazione del giudice competente fosse quello della destinazione finale della merce oggetto del contratto, oppure il luogo in cui il venditore adempie all'obbligazione di consegna in base al diritto sostanziale applicabile.

La Corte di giustizia, investita di detta domanda di pronuncia pregiudiziale, si pronunciava nel frattempo nella causa *Car Trim*, nella quale prendeva chiaramente posizione a favore della prima alternativa, affermando che, qualora non fosse possibile determinare il luogo di consegna sulla base del contratto, senza far riferimento al diritto sostanziale applicabile al contratto, «tale luogo è quello della consegna materiale dei beni mediante la quale l'acquirente ha conseguito o avrebbe dovuto conseguire il potere di disporre effettivamente di tali beni alla destinazione finale dell'operazione di vendita» ³⁶⁴.

Di conseguenza, se il luogo di consegna non può essere determinato sulla base di un corrispondente accordo fra le parti, occorre procedere alla designazione pragmatica del luogo di esecuzione, utilizzando criteri meramente fattuali ³⁶⁵, i quali consentirebbero di individuare il luogo della destinazione finale della merce. Questa soluzione era già stata adottata da alcune giurisdizioni nazionali ³⁶⁶, le quali avevano deciso che il luogo della consegna non coincide con il luogo della rimessa della merce al vettore ³⁶⁷.

³⁶² CGUE 25.02.2010 – C-381/08 – *Car Trim/KeySafety Systems*, *unalex EU-214* in relazione ad una compravendita; CGUE 11.03.2010 – C-19/09 – *Wood Floor/Silva Trade*, *unalex EU-217* in relazione ad una prestazione di servizi. In tal senso parimenti, M.-L. Niboye e G. de Geouffre de La Pradelle (2010), n. 432; *Audit* in La Haye (305) 2003, spec. 437, n. 443; *Nuyts* in Journ. trib. 2001, 916; *Huet* in JDI 2001, 1129.

³⁶³ CGUE 09.06.2011 – C-87/10 – *Electrosteel*, *unalex EU-482*.

³⁶⁴ CGUE 25.02.2010 – C-381/08 – *Car Trim/KeySafety Systems*, *unalex EU-214*.

³⁶⁵ V. nota *Huet* in *Mélanges Paul Lagarde*, in particolare 427 e seg.

³⁶⁶ Corte di Cassazione (IT) 05.10.2009, *unalex IT-439*; OLG Karlsruhe (DE) 15.01.2009, *unalex DE-1680*; OLG Dresden (DE) 11.06.2007, *unalex DE-1708*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 20.12.2006 – *Scottish & Newcastle International v Orhan Ghalanos*, *unalex UK-242*; Tribunale Rovereto (IT) 24.08.2006, *unalex IT-208*; OLG Frankfurt a.M. (DE) 31.01.2006, *unalex DE-687*; OLG Köln (DE) 21.12.2005, *unalex DE-1066*; OLG Hamm (DE) 06.12.2005, *unalex DE-1067*; Tribunale Verona (IT) 22.02.2005, *unalex IT-186*; OGH (AT) 14.12.2004, *unalex AT-11*; Tribunale Rovereto (IT) 28.08.2004, *unalex IT-117*; OGH (AT) 14.09.2010, *unalex AT-691*; BGH (DE) 23.06.2010 *unalex DE-1943*; BGH (DE) 11.05.2010, *unalex DE-1934*; OLG Oldenburg (DE) 20.12.2007, *unalex DE-794*. *Contra* OLG Stuttgart 05.11.2007, *unalex DE-675* (luogo in cui il venditore invia la merce); OLG Köln (DE) 12.01.2007, *unalex DE-773* (sede dell'acquirente); Cour d'appel Douai (FR) 18.03.2004, *unalex FR-11* (luogo di carico della merce, in quanto quest'ultima è «portable»).

³⁶⁷ Corte di Cassazione (IT) 05.10.2009, *unalex IT-439*. In dottrina *Mankowski*; *adde Kokost*, conclusioni nella causa C-87/10, para. 51.

Al fine di garantire un'interpretazione autonoma del luogo di consegna, una parte della dottrina ³⁶⁸ aveva suggerito il ricorso ai principi di *soft law*, come i principi Unidroit o i principi europei del diritto dei contratti. Le giurisdizioni nazionali hanno talvolta fatto riferimento alle soluzioni elaborate dal diritto europeo derivato ³⁶⁹ o alla Convenzione di Vienna del 1980, e segnatamente all'art. 31 ³⁷⁰. A favore dell'applicazione dell'art. 31 sono ravvisabili i medesimi argomenti che giustificano il ricorso alla Convenzione di Vienna ai fini dell'elaborazione di una definizione del contratto di vendita (v. *supra*). L'art. 31, lett. a) di tale convenzione stabilisce che, se il venditore non è tenuto a consegnare le merci in altro luogo particolare, il suo obbligo di consegna consiste nel consegnare le merci al primo trasportatore perché le faccia pervenire all'acquirente. Alcune decisioni hanno adottato questa soluzione senza fare riferimento alla Convenzione di Vienna ³⁷¹.

Detta soluzione sembra ormai respinta dalla Corte di giustizia, la cui posizione sulla questione ha già dato luogo ad inversioni giurisprudenziali in alcuni Stati ³⁷².

bb) *Determinazione del luogo della prestazione di servizi*

Il luogo della prestazione di servizi può essere difficile da determinare laddove – come spesso accade nel caso di un contratto internazionale – la parte che fornisce la prestazione non è stabilita nello stesso Stato membro del suo destinatario ³⁷³. La difficoltà raddoppia con lo sviluppo delle prestazioni di servizi forniti online ³⁷⁴.

Le soluzioni adottate hanno necessariamente natura casistica. Alcune indicazioni sono tuttavia già state fornite.

Nella decisione *Rehder*, la Corte di giustizia ha precisato che «gli unici luoghi che presentano un collegamento diretto con i detti servizi, forniti in esecuzione degli obblighi derivanti dal contratto, sono quelli di partenza e di arrivo dell'aereo», scartando in particolare «gli eventuali luoghi di scalo dell'aeromobile», nonché, naturalmente, tutti i luoghi attraversati in volo ³⁷⁵.

Nella decisione *Wood Floor* ³⁷⁶, la Corte ha rilevato che, nel caso di un contratto di agenzia commerciale, il luogo rilevante è, in assenza di disposizioni contrattuali al riguardo, il luogo della for-

³⁶⁸ *Fawcett/Harris/Bridge* (2005), 108; *Staudinger* in *Rauscher* (2006), 27.

³⁶⁹ OLG Stuttgart (DE) 05.11.2007, *unalex DE-795*.

³⁷⁰ OLG München (DE) 17.04.2008, *unalex DE-1649*; Corte di Cassazione (IT) 20.06.2007, *unalex IT-232*; Corte di Cassazione (IT) 14.05.2007, *unalex IT-236*; Corte di Cassazione (IT) 03.01.2007, *unalex IT-216*; Corte di Cassazione (IT) 27.09.2006, *unalex IT-206*; Tribunale Verona (IT) 09.12.2006, *unalex IT-217*; Tribunale Padova (IT) 10.01.2006, *unalex IT-196*. In dottrina, *Witz* in D. 2001, 3614.

³⁷¹ OLG Stuttgart (DE) 05.11.2007, *unalex DE-795*.

³⁷² Corte di Cassazione (IT) 05.10.2009, *unalex IT-439*.

³⁷³ V. per es. Cour de cassation (FR) 27.03.2007, *unalex FR-292*; Cour de cassation (FR) 14.11.2007, *unalex FR-2134* che fa riferimento al luogo in cui è stabilito il cliente, e non al luogo della prestazione intellettuale e della sua realizzazione materiale.

³⁷⁴ *Droz/Gaudemet-Tallon* in Rev. crit. d.i.p. 2001, 601, n. 42; *Gaudemet-Tallon* (2010), n. 200.

³⁷⁵ CGCE 09.07.2009 – C-204/08 – *Rehder/Air Baltic*, *unalex EU-181*, punto 40.

³⁷⁶ CGUE 11.03.2010 – C-19/09 – *Wood Floor/Silva Trade*, *unalex EU-217*.

nitura principale dei servizi dell'agente; in caso di impossibilità di determinare tale luogo, occorrerà prendere in considerazione il luogo in cui l'agente commerciale è domiciliato.

Le giurisdizioni nazionali ricercano parimenti il luogo di esecuzione effettiva³⁷⁷, a scapito, talvolta, del requisito della prevedibilità³⁷⁸.

c) *Pluralità di luoghi di esecuzione*

- 54 È possibile che la consegna della merce o la prestazione dei servizi avvenga in più Stati. La Corte di giustizia è stata chiamata a prendere posizione in un caso in cui la merce doveva essere consegnata in più luoghi, tutti situati nello stesso Stato membro. Nella decisione *Color Drack*³⁷⁹, essa ha affermato che l'art. 5, n. 1, lett. b), era applicabile ad una fattispecie del genere, e che occorre «in linea di principio intendere per luogo di esecuzione, ai fini dell'applicazione della disposizione in esame, il luogo che assicura il collegamento più stretto tra il contratto e il giudice competente. In tale eventualità il collegamento più stretto è, di massima, quello col luogo della consegna principale, la quale dovrà essere determinata in ragione di criteri economici. Ove, però, determinare il luogo della consegna principale non sia possibile, ciascuno dei luoghi di consegna presenta una sufficiente prossimità agli elementi materiali della controversia e (...) l'attore può citare il convenuto dinanzi al giudice del luogo di consegna di sua scelta».
- 55 Questa soluzione non è scevra da difetti, ma niente giustifica che essa sia riservata all'ipotesi di consegne multiple all'interno di un medesimo Stato membro: essa dovrebbe applicarsi ai casi in cui la consegna ha avuto luogo (o avrebbe dovuto avere luogo) in Stati membri diversi. Occorrerebbe pertanto ritenere competente il giudice del luogo della consegna, che, sulla scorta di criteri economici, sembri principale³⁸⁰. La soluzione sussidiaria, la quale consente all'attore, nell'impossibilità di individuare una consegna principale, di adire il giudice del luogo di consegna di sua scelta, suscita delle riserve, nella misura in cui essa rischia di dar luogo a *forum shopping*³⁸¹, poco compatibile con il Regolamento «Bruxelles I», il quale mira a determinare in maniera prevedibile il giudice competente³⁸².
- 56 L'art. 5, n. 1, lett. b) deve parimenti essere ritenuto applicabile nel caso di un contratto di prestazione di servizi che viene eseguito in più Stati. Interrogata in merito alla possibilità di determinare un luogo unico di prestazione dei servizi per i contratti di trasporto aereo da uno Stato membro all'altro, la Corte di giustizia ha affermato l'unicità del metodo esecutivo per la compravendi-

³⁷⁷ OGH (AT) 30.01.2007, *unalex AT-520*, che ravvisa il luogo della prestazione dei servizi nel luogo della consegna e della messa in funzione dei macchinari; OGH (AT) 08.05.2008, *unalex AT-348* che contrappone i criteri sostanziali ai criteri giuridici. *Contra* Bezirksgericht Neusiedl (AT) 19.03.2009, *unalex AT-614* che individua in maniera astratta il luogo dell'esecuzione.

³⁷⁸ V., ad esempio, Cour de cassation (FR) 14.11.2007, *unalex FR-2134* (la creazione di modelli realizzati in Francia e destinati ad un cliente domiciliato in Germania è localizzata in Germania e non in Francia). Già Cour d'appel Versailles (FR) 09.03.2006, *unalex FR-242* che fa riferimento al ricevimento effettivo della prestazione dei servizi.

³⁷⁹ CGCE 03.05.2007 – C-386/05 – *Color Drack/Lexx*, *unalex EU-153*; OGH (AT) 30.05.2007, *unalex AT-362*.

³⁸⁰ BGH (DE) 02.03.2006, *unalex DE-604*. *Ancl* in Rev. crit. d.i.p. 2008, 561, n. 21.

³⁸¹ *Gaudemet-Tallon* (2010), n. 199.

³⁸² CGCE 13.07.2006 – C-103/05 – *Reisch Montage*, *unalex EU-137*.

ra e per il contratto di prestazione di servizi³⁸³, e che tale metodo sarebbe stato applicabile nel caso di luoghi di esecuzione situati in Stati membri diversi. Nel caso specifico del trasporto aereo, è tuttavia impossibile far prevalere un luogo su un altro, cosicché deve essere considerato come luogo di esecuzione sia il luogo di partenza che di arrivo dell'aereo, estendendo così la possibilità di scelta in capo all'attore³⁸⁴. La soluzione è opportuna laddove, come nella specie, il passeggero assuma la veste di attore, mentre sembra criticabile nell'ipotesi inversa³⁸⁵.

Nella decisione *Wood Floor*³⁸⁶, la Corte di giustizia ha confermato l'applicabilità dell'art. 5, n. 1, lett. b), nel caso di pluralità di luoghi di esecuzione, precisando che «il giudice competente a conoscere di tutte le pretese fondate sul contratto è quello nella cui circoscrizione si trova il luogo della fornitura principale dei servizi». La soluzione è molto utile nel caso di un contratto di agenzia commerciale, il quale viene spesso eseguito in più Stati: si tratta della fattispecie alla base della causa *Wood Floor*. Tale soluzione porta generalmente a designare la competenza del giudice del luogo in cui si trova lo stabilimento principale dell'agente³⁸⁷, ed è analoga a quella adottata nell'ambito dei contratti individuali di lavoro dall'art. 19, il quale si riferisce al luogo di svolgimento abituale dell'attività lavorativa, inteso come luogo a partire dal quale il lavoratore organizza detta attività³⁸⁸.

La fornitura principale viene individuata sulla scorta di criteri economici³⁸⁹. Una fattispecie resta problematica, ed è segnatamente quella in cui la prestazione dei servizi avviene in maniera equivalente in più Stati. Non resta che sperare che si tratti di una fattispecie rara. Trasponendo la soluzione adottata nella decisione *Color Drack*³⁹⁰, la quale – lo ricordiamo – contemplava il caso di una pluralità di consegne effettuate nel medesimo Stato, occorrerebbe affermare che l'attore possa scegliere fra i giudici dei diversi Stati interessati dalla prestazione³⁹¹, con conseguente rischio di *forum shopping*.

d) *Assenza di esecuzione*

Qualora la consegna della merce o la prestazione dei servizi non abbia avuto luogo (o, ancora, qualora la merce o la prestazione siano state validamente rifiutate dal venditore) e qualora il contratto nulla disponga in merito al luogo di consegna, non è possibile determinare il luogo di esecuzione della prestazione caratteristica né avuto riguardo all'esecuzione effettiva né sulla base del contratto. Una parte della dottrina ritiene che l'art. 5, n. 1, lett. b), non sia in questo caso

³⁸³ CGCE 09.07.2009 – C-204/08 – *Rehder/Air Baltic*, *unalex EU-181*.

³⁸⁴ CGCE 09.07.2009 – C-204/08 – *Rehder/Air Baltic*, *unalex EU-181*; Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (LT) 01.12.2009, *unalex LT-19*; BGH (DE) 12.11.2009, *unalex DE-1850*. *Contra* OLG München (DE) 16.05.2007, *unalex DE-1630* che non vuole ravvisare nell'aeroporto di partenza il luogo di esecuzione.

³⁸⁵ *Jault-Seseke* in D. 2010, 1585.

³⁸⁶ CGUE 11.03.2010 – C-19/09 – *Wood Floor/Silva Trade*, *unalex EU-217*. Analogamente, OLG Brandenburg (DE) 19.12.2006, *unalex DE-1655*; OGH (AT) 08.05.2008, *unalex AT-348*.

³⁸⁷ V. parimenti OLG Koblenz (DE) 13.03.2008, *unalex DE-793*; Cour d'appel (LU) 12.06.2008, *unalex LU-183*.

³⁸⁸ V. commento art. 19.

³⁸⁹ V. ad es. OLG Brandenburg (DE) 19.12.2006, *unalex DE-1655*.

³⁹⁰ CGCE 03.05.2007 – C-386/05 – *Color Drack/Lexx*, *unalex EU-153*, punto 44.

³⁹¹ *Ancl* in Rev. crit. d.i.p. 2008, 561, n. 21.

applicabile, e che sia necessario ricorrere alla regola sancita dall'art. 5, n. 1, lett. a)³⁹². Altri autori³⁹³ preferiscono estendere il più possibile l'efficacia dell'art. 5, n. 1, lett. b) e propongono di fare riferimento all'economia del contratto per determinare il luogo in cui le merci avrebbero dovuto essere consegnate o i servizi avrebbero dovuto essere forniti. La decisione Car Trim³⁹⁴, affermando che nel caso delle vendite a distanza occorre fare riferimento al luogo della destinazione della merce, sembra propendere per la seconda alternativa.

Articolo 5

La persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro:

(...)

2) in materia di obbligazioni alimentari, davanti al giudice del luogo in cui il creditore di alimenti ha il domicilio o la residenza abituale o, qualora si tratti di una domanda accessoria ad un'azione relativa allo stato delle persone, davanti al giudice competente a conoscere quest'ultima secondo la legge nazionale, salvo che tale competenza si fondi unicamente sulla cittadinanza di una delle parti;

(...).

Sommario		punto
	punto	
1. Osservazioni generali	1	3.1. Creditore di alimenti
1.1. Limitata rilevanza	1	3.2. Debitore di alimenti
1.2. Obiettivi della norma	2	4. Criteri di collegamento
1.3. Competenza internazionale e territoriale	4	4.1. Domicilio
1.4. Foro facoltativo	5	4.2. Residenza abituale
2. Nozione di obbligazioni alimentari	6	4.3. Momento rilevante
2.1. Interpretazione autonoma	6	5. Competenza accessoria
2.2. Ulteriori precisazioni circa la nozione di alimenti	7	5.1. Procedimenti in materia di stato delle persone
2.3. <i>Discrimen</i>	9	5.2. Connessione fra le domande
2.3.1. Alimenti e regime patrimoniale tra coniugi	9	5.3. Limiti
2.3.2. Alimenti e risarcimento dei danni	10	6. Azioni particolari
2.3.3. Alimenti e successioni	11	6.1. Domande volte alla modifica di una decisione sugli alimenti
2.4. Contratti aventi ad oggetto obbligazioni alimentari	12	6.1.1. Procedimento di cognizione
3. Beneficiari	13	

³⁹² In tal senso, *Gaudemet-Tallon* (2010) n. 200; *Loussouarn, Bourel et Vareilles-Sommières* (2007) n. 486-1.

³⁹³ *Nuyts*, loc. cit.; *Huer* in *Melanges Lagarde* (2005), 429, che precisa che in questo caso, per determinare il luogo di consegna, occorre applicare l'art. 31 della Convenzione di Vienna.

³⁹⁴ CGUE 25.02.2010 – C-381/08 – *Car Trim/KeySafety Systems*, *unalex EU-214*.

6.1.2. Procedimento di <i>exequatur</i>	25	7. La Convenzione di Lugano	29
6.2. Azione di regresso	26	8. Riforma	30

1. Osservazioni generali

1.1. Limitata rilevanza

L'art. 5, n. 2 – unica norma del regolamento che disciplina la competenza a conoscere di controverse in genere attinenti al diritto di famiglia – è, dal 18 giugno 2011, sostituito dagli artt. 3 e segg. del Regolamento (CE) n. 4/2009 del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari¹. Questa disposizione conserva pertanto la propria operatività solo in relazione ai procedimenti in materia alimentare instaurati entro il 17 giugno 2011². Poiché, alla luce delle disposizioni transitorie di cui all'art. 75 del Regolamento n. 4/2009, il Regolamento «Bruxelles I» sarà suscettibile di rilevare, per quanto concerne le obbligazioni alimentari, ancora per molto tempo, un commento dell'art. 5, n. 2 appare opportuno.

1.2. Obiettivi della norma

Mediante i criteri di collegamento di cui all'art. 5, n. 2 (domicilio o residenza abituale del creditore di alimenti) vengono perseguiti, secondo l'opinione prevalente, tre obiettivi, peraltro valorizzati dalla giurisprudenza al fine di interpretare l'art. 5, n. 2³. L'obiettivo principale consiste nel rendere più agevole il procedimento giudiziario al creditore di alimenti⁴. Quest'ultimo è di norma la parte più debole del rapporto alimentare e non dispone tipicamente dei mezzi necessari per affrontare un procedimento davanti al giudice (estero) del domicilio del convenuto, competente ai sensi della regola generale di cui all'art. 2, par. 1. Presumibilmente, inoltre, il giudice del domicilio o della residenza abituale dell'alimentando è il più qualificato a constatare l'esistenza ed il grado dello stato di necessità di quest'ultimo⁵. Per gli Stati membri il cui diritto internazionale privato – specialmente in forza della Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari⁶ – richiama la residenza abituale del creditore di alimenti viene in pratica determinato, quale ulteriore obiettivo accessorio, un parallelismo fra competenza e leg-

¹ GU L 7 del 10.01.2009, 1. Al riguardo *Pocar/Viarengo* in Riv. dir. int. priv. proc. 2009, 805 e segg.; *Gruber* in IPRax 2010, 128 e segg.

² Cfr. Al riguardo in dettaglio *infra*, punti 29 e segg.

³ Cfr. BGH (DE) 17.10.2007, *unalex DE-1596*.

⁴ CGCE 20.03.1997 – C-295/95 – *Farrell/Long*, *unalex EU-85*, punto 19; CGCE 15.01.2004 – C-433/01 – *Blijdenstein*, *unalex EU-66*, punto 29; BGH (DE) 17.10.2007, *unalex DE-1596*; Krajský soud České Budějovice (CZ) 31.10.2005, *unalex CZ-5*; LG Klagenfurt (AT) 15.02.2008, *unalex AT-378*; *Fuchs* in IPRax 1998, 328; *Geimer* in *Zöller* (2010), art. 5, punto 20a.

⁵ Relazione *Jenard*, GUCE C 59 del 05.03.1979, 25 = *unalex MAT-1*; BGH (DE) 17.10.2007, *unalex DE-1596*; LG Klagenfurt (AT) 15.02.2008, *unalex AT-378*; *Schmaranzer* in *Burgstaller/Neumayr* (2008) art. 5, punto 39; *Bonomi* (2009), 77; *Leible* in *Rauscher* (2011), art. 5, punto 61; critico in merito a tale obiettivo *Geimer/Schütze* (2010), art. 5, punto 157.

⁶ Ai sensi dell'art. 18 del Protocollo dell'Aja del 23.11.2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari (GUUE L 331 del 16.12.2009, 1), la menzionata Convenzione dell'Aja viene sostituita da tale Protocollo nei rapporti fra gli Stati contraenti a partire dall'entrata in vigore di quest'ultimo il 18.06.2011.