

CE and international trade: which law applies? Which is the competent court to judge?

The Italian commercial sector relating to technical and technological consumer goods is commonly characterized by the marketing of imported products from abroad. Hence the significance of international trade where buyer and seller live in different countries, and the need of knowing some fundamental rules on choosing the law regulating it and on the court having jurisdiction to rule on possible disputes.

July, 7th 2014

Maurizio Iorio - Attorney at law

International sale of goods; applicable law and jurisdiction

Let us suppose that the importer **TOM, based in Italy**, purchases some Smart Phones from the producer **DICK** based in France or in China, and that a dispute between TOM and DICK subsequently arises due to (1) the non-payment of the price by TOM, or (2) a quality defect in the products supplied by DICK, or (3) the termination of the distribution contract by DICK –whether exclusive or not– which was binding him to TOM and under which the Smart Phones were supplied; or for any other reason.

The question arising in such cases is: which is the applicable law and which is the court that has jurisdiction to hear and determine the dispute.

What happens if the seller DICK is based in CHINA?

Applicable law: if DICK is based in China shall first apply the criterion of the choice opted for by the parties in the contract (always supposing that there is a contractual clause regulating the jurisdiction), as provided for by our legal system and the Chinese one (in the latter case, specifically, **Article 126** of the **Contract Law of the People's Republic of China** - hereafter the “PRC”).

In the absence of choice (because, for example, it is an oral contract concluded by the conduct of the parties by means of the placement of an order and execution of the order, whether preceded or not by the confirmation order), shall apply –always according to similar rules valid both for Italy and China– the criterion of the country with which the sale contract

–written or oral– concluded between the parties has the closest connection link, which usually coincides with the country in which the seller (DICK) is based, since he is the subject bound to perform the obligation typically provided for by the contract.

It is worth reminding that if the seller DICK had its base in Italy and the buyer TOM in China, the Chinese courts (in the case in which they were competent to judge; topic which will be discussed shortly) will tend to apply Chinese law since “foreign law” must be proved by the party relying on it given that Chinese courts cannot be expected to technically know it as a matter of course (as instead happens in our and that of other Western legal systems on the basis of the Latin legal maxim “*jura novit curia*” –i.e., “the court knows the law”).

Applicable jurisdiction: also in this case the parties can freely determine in the contract which is the nationality of the competent court for settling disputes relating to the contract or the arbitrators that may be appointed, but with a few constraints: as to the possibility of determining the jurisdiction of a non-Chinese court, there are in fact some limitations according to Chinese law; while as regards to the possibility of appealing to an arbitration board based outside the PRC, this is possible only in the same cases in which the jurisdiction of a non-Chinese court is recognized (besides some matters that cannot legally be settled by arbitration).

It is worth mentioning that the PRC recognizes the validity in China of the judgments issued by Italian courts on the basis of reciprocity (**Article 267 of the PRC Civil Procedure Law**), provided that the decision does not contradict the basic principles of the Chinese legal system (the same principle does, in fact, apply also for Italian law) and does not contradict the public, social and state interests (**Article 268 of the PRC Civil Procedure Law**): both these requirements are discretionally assessed by the Chinese courts themselves.

What happens if the seller DICK is based in France or in another EU country?

Applicable law: also in such case applies, in the first instance, the law chosen by the parties in the contract or, in its absence, that of the seller, since he is the subject bound to perform the typical obligation implied therein (i.e., delivery of the ordered goods) (Rome Convention on contractual obligations of 19 June 1980, as recalled by Article 57 of Law 218/1995 concerning matters of private international law).

However, where there are specific provisions, shall apply the conventional rules of the Vienna

Convention of 11 Apr 1984¹ whose provisions shall in such case (but not in that of identifying the competent court, which will be examined below) prevail over any other different provision in relation to the substantive law applicable to international sales.

Applicable jurisdiction: in our example, being both TOM and Dick resident in Member States of the EU and since it refers to the buying and selling of goods, the jurisdiction is governed by Article 5(1)(b) of EC Regulation No. 44/2001, pursuant to which the jurisdiction is primarily determined by the provisions of the contract between the parties. If the contract does not make any reference to this, a person domiciled in a EU member state may be summoned to court in another member state when this is the place of performance of the obligation in question, understood as “... the place where the goods sold were delivered or should have been delivered pursuant to the contract”.

But the question is: how can this place be determined?

The European Court of Justice, with a fairly recent decision (Judgment of 9 June 2011, Case - C-87/10) concerning a preliminary ruling on the interpretation of Article 5(1)(b) of EC Regulation No. 44/2001, ruled that “ **... in the case of distance selling, the place where the goods were or should have been delivered pursuant to the contract must be determined on the basis of the provisions of that contract. In order to verify whether the place of delivery is determined ‘under the contract’, the national court seised must take account of all the relevant terms and clauses of that contract which are capable of clearly identifying that place, including terms and clauses which are generally recognised and applied through the usages of international trade or commerce, such as the Incoterms drawn up by the International Chamber of Commerce in the version published in 2000 ..**”. Only where it is not possible to identify a contractual regulation agreed (even indirectly) by the parties, **shall apply the criterion of the place where the physical delivery of the goods took place.**

The importance of usages for the purpose of reconstructing the common intention of the parties has been identified and confirmed also by the Italian Supreme Court, which with the joint session judgment No. 3568 of 14 Feb 2011 held as follows:

¹ As stated several times by the Supreme Court in joint session, such as for example with the judgements No. 14837/02 and 18902/04, the provisions of the Vienna Convention prevail over Italian legislation and also on the “international” one of the Rome Convention of 19 June 1980.

On a previous occasion, the Court –with the joint session judgment No. 731 of 17 Jan 2005– has stated that the principle according to which the issue of the validity of the clause extending the jurisdictional competence, if it has to be resolved in accordance with domestic law, this must be in the sense that Article 4(2) of Law No. 218 of 31 May 1985 has to be interpreted in a manner consistent with EU regulations. This is because Law No. 218 of 1985 was inspired to the principles of the Brussels Convention proceedings of 27 Sep 1968. The Court, in joint session, has thus held that Article 4(2) of Law No. 218 must be interpreted in the sense of attaching importance to the conclusive conduct of both parties when this is in a form which, in the international trade or commerce sector where they operate, accords with a usage known to manifest the will of the parties (...)”.

After giving these reasons, the Court then reached the following decision:

*“On the issue of derogation from Italian jurisdiction in favour of a foreign court, Article 4 of Law No. 218 of 31 May 1995, where it requires that such derogation must be proven in writing, it must be interpreted –in the light of the Brussels Convention of 27 Sep 1968, and of Article 23 of EC Regulation No. 44/2001 of 22 Dec 2000, and of the jurisprudence of the European Court of Justice– **in the sense of attaching importance, since equivalent of the written proof of the derogation agreement signed by both parties, to the conclusive conduct of the same when this is in a form which, in the international trade or commerce sector where they operate, accords with a usage known to manifest the will of the parties**; it follows that, in the field of international maritime transport –where the bill of lading is, by customary practice, signed by the sole carrier and not by the forwarder– can be considered suitable proof of the derogation agreement between the parties the bill of lading drawn up on a form prepared by a single contracting party and only signed by the same, which bears the clause conferring jurisdiction to a particular court, if the forwarder, in conscious adherence to a normative use, has received it without objection and has negotiated it in favour of the receiving party”.*

During 2010, the European Court of Justice, in answer to a question referred to it for a preliminary ruling from a national court, issued the following decision (Judgment of 25 Feb 2010, Case - C-381/08), which established the following principle: **in the absence of a contractual determination of the place of delivery, the place shall be that of the physical delivery of the goods**; which is essential in order to make a positive finding on jurisdiction, as follows:

“The first indent of Article 5(1)(b) of EC Regulation No. 44/2001 must be interpreted as meaning that, in the case of distance selling, the place where the goods were or should have been delivered pursuant to the contract must be determined on the basis of the provisions of that contract. If it is impossible to determine the place of delivery on that basis, without referring to the substantive law applicable to the contract, the place of delivery is the place where the physical transfer of the goods took place, as a result of which the purchaser obtained, or should have obtained, actual power of disposal over those goods at the final destination of the sales transaction”.

It should be noted that the phrase *“without referring to the substantive law applicable to the contract”* means, as explicitly stated in the reasons for the ruling, that no reference should be made to the Vienna Convention of 1980 ².

In conclusion, in the same way as the rules examined above, in our specific case (seller resident in another EU country, buyer resident in Italy) the competent court to hear the dispute will be:

- 1 - **the court expressly stated in the contract as having jurisdiction** or, in its absence,
- 2 - **the court of the place stated in the contract as the place of delivery of the goods** (regardless of where this actually took place) or, in its absence,
- 3 - **the court of the place of physical delivery of the goods.**

Avv. Maurizio Iorio (Attorney at Law)

² Such ruling has been adopted by Judgment No. 6640 issued by the Supreme Court in joint session on 2 May 2012, which ruled as follows: *“On the issue of jurisdiction over foreign parties, if the contract has as its object several supplies of consumer goods to be produced (printing of catalogues, in this case), it must be excluded that such contract may be classified as a service provision contract, with the result that there is the need to adopt, in order to identify the court having jurisdiction, the criterion of the “place of delivery”, pursuant to Article 5(1)(b), EC Regulation No. 44 of 22 Dec 2000, which must be identified in the place where the physical transfer of the goods took place, as a result of which the purchaser obtains actual power of disposal over those goods at the final destination of the sales transaction, as confirmed by the delivery notes”.*

COMPRAVENDITA INTERNAZIONALE: QUALE LEGGE SI APPLICA? QUAL È IL GIUDICE COMPETENTE A GIUDICARE?

LA REALTÀ COMMERCIALE DEL SETTORE DEI BENI DI CONSUMO TECNICI E TECNOLOGICI È CARATTERIZZATA DALLA COMMERCIALIZZAZIONE IN ITALIA DI PRODOTTI IMPORTATI DALL'ESTERO. DA QUI LA RILEVANZA DELLA COMPRAVENDITA INTERNAZIONALE, IN CUI COMPRATORE E VENDITORE ABITANO IN PAESI DIVERSI E L'UTILITÀ DI CONOSCERE ALCUNE REGOLE FONDAMENTALI SULLA SCELTA DELLA LEGGE CHE LA REGOLAMENTA E SUL GIUDICE COMPETENTE A DECIDERE SU EVENTUALI CONTROVERSIE.



MAURIZIO IORIO

Dalla partnership tra Marketplace e ANDEC prende vita questa rubrica, curata dall'Avvocato Maurizio Iorio, nel suo duplice ruolo di Avvocato Professionista in Milano e di Presidente di ANDEC. Su ogni numero affronteremo tematiche legali con particolare attenzione al mondo dell'elettronica. Ulteriori approfondimenti sul sito: www.andec.it. Mentre sulla Web page di Maurizio Iorio (www.avvocatoiorio.it) è disponibile la rubrica tradotta anche in inglese e francese.

Compravendita internazionale di merci, legge applicabile e giurisdizione.

Supponiamo che l'importatore TIZIO, con sede in Italia, acquisti degli smartphone dal produttore CAIO con sede in Francia oppure in Cina, e che, successivamente, sorga una controversia tra TIZIO e CAIO relativa:

(1) al mancato pagamento del prezzo da parte di TIZIO, oppure (2) ad un difetto di qualità nei prodotti forniti da CAIO, oppure (3) al recesso di CAIO dal contratto di distribuzione - esclusiva o meno - che lo legava a TIZIO e nell'ambito del quale sono stati forniti gli smartphone di cui trattasi. Oppure a un qualsiasi altro motivo. Ci si domanda in questi casi quale sia la

legge applicabile e quale sia il giudice che abbia la competenza giurisdizionale per conoscere e decidere sulla controversia.

COSA SUCCEDA SE IL VENDITORE CAIO HA SEDE IN CINA?

Legge applicabile: quanto alla legge applicabile, se CAIO ha sede in Cina si applicherà anzitutto il criterio della scelta operata dalle parti nel contratto (sempre ovviamente che esista una clausola contrattuale che regolamenti la giurisdizione), così come all'uopo previsto sia dal nostro ordinamento che da quello cinese (in tale ultimo caso, nello specifico, art. 126 della Contract Law of the People's Republic of China). In mancanza di scelta (perché ad esempio si tratta di un

contratto verbale, concluso per comportamento concludente tra le parti attraverso lo scambio di ordine ed esecuzione dell'ordine, preceduta o meno da conferma d'ordine), si applicherà - sempre secondo regole simili valide sia per l'Italia che per la Cina - il criterio del Paese con cui il contratto di compravendita - scritto o verbale - concluso tra le parti presenta il collegamento più stretto, che coincide in genere col paese in cui ha sede il venditore (CAIO) in quanto soggetto che deve effettuare l'obbligazione tipica. Vale la pena ricordare che se il venditore CAIO avesse sede in Italia e il compratore TIZIO in Cina, i giudici cinesi (ove mai fossero competenti a giudicare, cosa di cui si dirà tra poco) tenderanno

“Vale la pena di ricordare che la RPC riconosce la validità in Cina delle sentenze pronunciate dal giudice italiano sulla base della reciprocità (art.267 del Codice di procedura civile della Repubblica Popolare Cinese)”.

comunque ad applicare la legge cinese in quanto quella “straniera” va dimostrata dalla parte che la invoca e non si può pretendere che il giudice cinese la conosca d’ufficio (come invece avviene nel nostro sistema così come negli altri sistemi giuridici occidentali, sulla base del brocardo latino “jura novit curia” ossia “la corte conosce il diritto”).

Giurisdizione applicabile:

Anche in questo caso le parti sono libere di determinare in contratto quale sia la nazionalità del giudice competente a dirimere le controversie relative al contratto oppure degli arbitri eventualmente incaricati ma con non pochi “paletti”: quanto alla possibilità di stabilire la giurisdizione di un giudice non cinese ci sono infatti secondo la legislazione cinese alcune limitazioni; quanto alla possibilità di rivolgersi ad un collegio arbitrale con sede al di fuori della Repubblica Popolare Cinese, questo è possibile solo nei medesimi casi in cui sia riconosciuta la giurisdizione di un giudice non cinese (e inoltre ci sono alcune materie non compromettibili in

arbitrato). Vale la pena di ricordare che la RPC riconosce la validità in Cina delle sentenze pronunciate dal giudice italiano sulla base della reciprocità (art. 267 del Codice di procedura civile della Repubblica Popolare Cinese), purché la decisione non contraddica i principi fondamentali dell’ordinamento giuridico cinese (il medesimo principio, per la verità, vale anche per il diritto italiano)

e non contraddica gli interessi pubblici, sociali e statali (art. 268 del Codice di procedura civile cinese): entrambi questi requisiti sono valutati con ampia discrezionalità dai tribunali cinesi.

COSA SUCCEDA SE IL VENDITORE CAIO HA SEDE IN FRANCIA O IN UN ALTRO STATO UE?

Legge applicabile: anche in tal caso si applica, in

prima battuta, la legge scelta nel contratto dalle parti o, in mancanza, quella del venditore, in quanto soggetto tenuto ad effettuare l’obbligazione tipica ivi dedotta (ossia consegnare la merce ordinata) (Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali del 19.06.1980, come richiamata dall’art. 57 della L. 218/1995 in materia di diritto privato internazionale).



Tuttavia, là dove sussistono delle previsioni specifiche, si applica la disciplina convenzionale della Convenzione di Vienna dell'11. 04.1984¹ le cui previsioni in questo caso (ma non in quello della individuazione del giudice competente, di cui si dirà oltre) prevalgono su ogni altra diversa disposizione in materia di legge sostanziale applicabile alla vendita internazionale.

Giurisdizione

applicabile: nel nostro esempio, essendo sia TIZIO sia CAIO residenti in Stati Membri dell'Unione Europea e vertendosi in materia di compra-vendita di beni, la giurisdizione è

regolata dall'art. 5, punto 1 lettera b) del Regolamento CE n. 44/2001, ai sensi del quale, la giurisdizione è determinata anzitutto da quanto previsto nel contratto stipulato tra le parti. Se nulla dice in proposito il contratto, una persona domiciliata in uno Stato Membro UE può essere convenuta in un altro stato membro quando questo sia il luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio, intesa come "... il luogo in cui i beni venduti sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto". Ma, ci si domanda, come va determinato questo luogo? La Corte di Giustizia CE, con una sentenza abbastanza recente (Sentenza 09.06.2011 n. 87 – C-87/10) sull'interpretazione in via pregiudiziale dell' art.5 , punto 1, lett. b) del Regolamento 44/2001, ha statuito che "... in caso di vendita a distanza, il luogo in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto deve essere determinato sulla base delle disposizioni di tale contratto. Al fine di

verificare se il luogo di consegna sia determinato "in base al contratto", il giudice nazionale adito deve tenere conto di tutti i termini e di tutte le clausole rilevanti di tale contratto che siano idonei a identificare con chiarezza tale luogo, ivi compresi i termini e le clausole generalmente riconosciuti e sanciti dagli usi del commercio internazionale, quali gli Incoterms elaborati dalla Camera di Commercio internazionale, nella versione pubblicata nel 2000... "Solo ove mai non sia possibile identificare una disciplina contrattuale pattuita anche indirettamente dalle parti, si applica il criterio del luogo in cui è avvenuta in concreto la consegna materiale dei prodotti venduti. L' importanza degli usi al fine di ricostruire la volontà comune delle parti, è stata individuata e ribadita anche dalla Corte di cassazione italiana, che con sentenza a Sezioni Unite n. 3568 in data 14.02.2011 ha stabilito come segue: "In una precedente occasione la Corte - con la sentenza 17 gennaio 2005 n. 731 delle sezioni

unite - ha affermato il principio secondo cui la questione della validità della clausola di proroga della competenza giurisdizionale, se va risolta in base al diritto interno, lo deve essere nel senso che la L. 31 maggio 1985, n. 218, art. 4, comma 2, si interpreta in maniera conforme alla disciplina di fonte comunitaria. Questo perchè la L. n. 218 del 1985 si è ispirata ai principi processuali della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968. Le S.U. hanno così affermato che la L. n. 218, art. 4, comma 2, deve essere interpretato nel senso di attribuire rilevanza al comportamento concludente delle parti, ove risulti operante, nel settore del commercio internazionale in cui esse operano, un uso che detto comportamento prevede come fatto idoneo a far riconoscere la volontà delle parti (...)" "Dopo avere così motivato, la Corte è pervenuta alla seguente statuizione: "In tema di deroga alla giurisdizione italiana a favore di un giudice straniero, l'art. 4 l. 31 maggio 1995 n.218, là dove

1- Come stabilito più volte dalla Corte di Cassazione , con Sentenze delle Sezioni Unite ad es. n. 14837/02 e 18902/04 , le disposizioni della Convenzione di Vienna prevalgono sulle discipline italiana così come su quella " internazionale " della Convenzione di Roma del 19.06.1980.

Vale la pena ricordare che se il venditore CAIO avesse sede in Italia e il compratore TIZIO in Cina, i giudici cinesi tenderanno ad applicare la legge cinese in quanto quella “straniera” a dimostrata dalla parte che la invoca.

richiede che detta deroga sia provata per iscritto, deve essere interpretato - alla luce dell'art. 17 della convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968, nonché dell'art. 23 del regolamento Ce del Consiglio 22 dicembre 2000 n. 44/2001, e della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea - nel senso di attribuire rilevanza, quale idoneo equipollente della prova scritta della convenzione di deroga sottoscritta da entrambe le parti, al comportamento concludente delle medesime, ove risulti operante, nel settore del commercio internazionale in cui operano i contraenti, un uso che detto comportamento preveda come fatto idoneo a far riconoscere la volontà delle parti; ne consegue che, nel campo dei trasporti marittimi internazionali, dove la polizza di carico è sottoscritta, per prassi abituale, dal solo vettore e non anche dal caricatore, può ritenersi idonea prova dell'accordo di deroga la polizza di carico redatta su modulo, predisposto da un solo contraente e dal medesimo soltanto

sottoscritto, che rechi la clausola di attribuzione della competenza ad un determinato foro, qualora il caricatore, nella consapevole adesione ad un uso normativo, l'abbia ricevuta senza contestazioni e l'abbia negoziata a favore del ricevitore. Nel corso del 2010 è stata emessa dalla Corte di Giustizia Europea, su una questione sollevata in via pregiudiziale da una corte nazionale, la seguente sentenza (Sentenza in data 25.02.2010, Procedimento C-381/08) che ha stabilito il seguente principio: quando manca una determinazione contrattuale del luogo di consegna si fa riferimento al luogo di consegna materiale; tale luogo rileva ai fini della competenza giurisdizionale, come segue: “L' art. 5, punto 1, lett. b), primo trattino, del regolamento n. 44/2001 deve essere interpretato nel senso che, in caso di vendita a distanza, il luogo in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto deve essere determinato sulla

base delle disposizioni di tale contratto. Se non è possibile determinare il luogo di consegna su tale base, 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. Da notare che la frase “senza far riferimento al diritto sostanziale applicabile al contratto” significa come è detto esplicitamente nella motivazione della sentenza, che non si deve fare riferimento alla Convenzione di Vienna del 1980².

In conclusione, alla stregua delle regole che abbiamo esaminato, nel nostro caso (venditore residente in altro paese UE, compratore residente in Italia) il giudice competente a conoscere della controversia sarà :
 1 - il giudice espressamente indicato in contratto come competente o, in mancanza,
 2 - il giudice del luogo indicato in contratto come

luogo di consegna dei beni (indipendentemente da dove questa sia effettivamente avvenuta) o, in mancanza,
 3 - il giudice del luogo della consegna materiale dei beni.

2- Tale sentenza è stata ripresa dalla Sentenza della Cassazione Civ. a Sezioni Unite n. 6640 del 2 maggio 2012, che ha statuito come segue: “ In tema di giurisdizione sullo straniero, qualora il contratto abbia ad oggetto una pluralità di forniture di beni di consumo da produrre (nella specie, stampa di cataloghi), si deve escludere che tale contratto sia inquadrabile nell'ambito della prestazione di servizi, con la conseguenza che si deve adottare, ai fini dell'individuazione del giudice cui è devoluta la giurisdizione, il criterio del “luogo di consegna”, ai sensi dell'art. 5, n. 1, lett. b, reg. Ce 22 dicembre 2000 n. 44, che va individuato in quello della consegna materiale dei beni, mediante la quale l'acquirente consegue il potere di disporre effettivamente di essi nel luogo di destinazione finale dell'operazione di vendita, quale attestata dalle bolle di consegna”. 