



ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ

Βρυξέλλες, 14.1.2003
COM(2002) 654 τελικό

ΠΡΑΣΙΝΟ ΒΙΒΛΙΟ

**σχετικά με τη μετατροπή σε κοινοτική πράξη και τον εκσυγχρονισμό της σύμβασης της
Ρώμης του 1980
για το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές**

(υποβληθέν από την Επιτροπή)

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

Ανακεφαλαίωση των ερωτήσεων.....	6
1.1. Η δημιουργία ενός χώρου ελευθερίας, ασφάλειας και δικαιοσύνης.....	9
1.2. Ο ρόλος του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου στη δημιουργία ενός ευρωπαϊκού χώρου δικαιοσύνης.....	9
1.3. Η σύμβαση της Ρώμης, ο κανονισμός "Βρυξέλλες Ι" και η μελλοντική πράξη "Ρώμη ΙΙ": τρεις συμπληρωματικές πράξεις.....	10
1.4. Στόχοι των κανόνων συνδέσεως στον τομέα των συμβάσεων	11
1.5. Σύντομη παρουσίαση των κανόνων της σύμβασης της Ρώμης	12
1.6. Σχέση με το σχέδιο για το "ευρωπαϊκό δίκαιο των συμβάσεων"	13
1.7. Πρωτοβουλίες που έχουν ήδη ληφθεί.....	14
2. ΣΚΟΠΙΜΟΤΗΤΑ ΤΗΣ ΜΕΤΑΤΡΟΠΗΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΤΗΣ ΡΩΜΗΣ ΤΟΥ 1980 ΣΕ ΚΟΙΝΟΤΙΚΗ ΠΡΑΞΗ	15
2.1. Νέα νομική βάση: το άρθρο 65 της συνθήκης του Άμστερνταμ έδωσε νέα ώθηση στο κοινοτικό ιδιωτικό διεθνές δίκαιο	15
2.2. Συνοχή του κοινοτικού νομοθετικού έργου στον τομέα του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου.....	16
2.3. Η ομοιόμορφη ερμηνεία της σύμβασης από το Δικαστήριο.....	16
2.4. Εφαρμογή των ομοιόμορφων κανόνων συνδέσεως στα νέα κράτη μέλη.....	17
2.5. Επιλογή της πράξης : κανονισμός ή οδηγία;.....	18
3. ΣΚΟΠΙΜΟΤΗΤΑ ΑΝΑΘΕΩΡΗΣΗΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΤΗΣ ΡΩΜΗΣ ΤΟΥ 1980 ΕΠΙ ΤΗΣ ΟΥΣΙΑΣ.....	18
3.1. Ζητήματα γενικής ισορροπίας της σύμβασης.....	19
3.1.1. Σχέση μεταξύ των γενικών κανόνων συνδέσεως της σύμβασης της Ρώμης και των κανόνων επιμέρους πράξεων που αφορούν το εφαρμοστέο δίκαιο.....	19
3.1.1.1. Ο πολλαπλασιασμός των κανόνων επιμέρους πράξεων που αφορούν το εφαρμοστέο δίκαιο	19
3.1.1.2. Προτεινόμενες λύσεις	20
3.1.2. Ρήτρα που εγγυάται την εφαρμογή του ελάχιστου κοινοτικού επιπέδου προστασίας, εφόσον όλα ή μερικά από τα δεδομένα της σύμβασης βρίσκονται στην Κοινότητα	21
3.1.2.1. Ο κίνδυνος μη εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου, αν και όλα τα δεδομένα της συγκεκριμένης περίπτωσης βρίσκονται στο έδαφος της Ένωσης	21
3.1.2.2. Προτεινόμενες λύσεις	22

3.1.3.	Σχέσεις με τις ισχύουσες ανάλογες διεθνείς συμβάσεις	23
3.2.	Προβλήματα κατά την εφαρμογή των διαφόρων άρθρων	23
3.2.1.	Πεδίο εφαρμογής της σύμβασης - αποκλεισμός των συμφωνιών διαιτησίας και επιλογής δικαστηρίου (άρθρο 1, παράγραφος 2, στοιχείο δ))	23
3.2.2.	Κανόνες εφαρμοστέοι στις ασφαλιστικές συμβάσεις (άρθρο 1, παράγραφος 3)	24
3.2.2.1.	Η παρούσα κατάσταση.....	24
3.2.2.2.	Ερωτήματα σχετικά με την παρούσα κατάσταση	24
3.2.2.3.	Οι προτεινόμενες λύσεις	25
3.2.3.	Αυτονομία της βουλήσεως (άρθρο 3 παράγραφος 1) - Ζητήματα σχετικά με την επιλογή μη κρατικών κανόνων δικαίου	25
3.2.4.	Αυτονομία της βουλήσεως - σιωπηρή επιλογή εφαρμοστέου δικαίου (άρθρο 3 παράγραφος 1)	27
3.2.4.1.	Η πρόθεση του νομοθέτη	27
3.2.4.2.	Δυσχέρειες κατά την εφαρμογή του άρθρου αυτού.....	27
3.2.4.3.	Προτεινόμενες λύσεις	28
3.2.5.	Ισχύς του γενικού τεκμηρίου που περιέχεται στο άρθρο 4 παράγραφος 2	28
3.2.5.1.	Παρούσα κατάσταση.....	28
3.2.5.2.	Δυσχέρειες	29
3.2.5.3.	Προτεινόμενη λύση.....	29
3.2.6.	Εφαρμογή του ειδικού τεκμηρίου περί ακινήτων στις συμβάσεις μίσθωσης εξοχικών κατοικιών (άρθρο 4, παράγραφος 3).....	30
3.2.6.1.	Λύση που εφαρμόζεται σήμερα	30
3.2.6.2.	Δυσχέρειες κατά την εφαρμογή του άρθρου.....	30
3.2.6.3.	Προτεινόμενη λύση.....	31
3.2.7.	Ζητήματα σχετικά με την προστασία του καταναλωτή (άρθρο 5)	31
3.2.7.1.	Περιεχόμενο και πεδίο των προστατευτικών κανόνων του άρθρου 5	31
3.2.7.2.	Δυσχέρειες	32
3.2.7.3.	Προτεινόμενες λύσεις	34
3.2.8.	Ζητήματα σχετικά με τον ορισμό των "διατάξεων αναγκαστικού δικαίου"	37
3.2.8.1.	Η έννοια της "διάταξης αναγκαστικού δικαίου" καλύπτει μια πολύμορφη πραγματικότητα	37
3.2.8.2.	Δυσχέρειες	38
3.2.8.3.	Προτεινόμενες λύσεις	39

3.2.9. Αβεβαιότητες σχετικά με την ερμηνεία του όρου "προσωρινή απόσπαση" του εργαζόμενου (άρθρο 6)	40
3.2.9.1. Το εφαρμοστέο δίκαιο στη σύμβαση εργασίας	40
3.2.9.2. Δυσχέρειες	40
3.2.9.3. Προτεινόμενες λύσεις	42
3.2.10. Άλλα ερωτήματα σχετικά με το άρθρο 6	43
3.2.11. Εφαρμογή αλλοδαπών κανόνων δημοσίας τάξεως (άρθρο 7 παράγραφος 1)	43
3.2.12. Εφαρμοστέο δίκαιο στον τύπο της σύμβασης (άρθρο 9).....	44
3.2.12.1.Λύση που ισχύει σήμερα.....	44
3.2.12.2.Δυσχέρειες	44
3.2.12.3.Προτεινόμενες λύσεις	44
3.2.13. Εφαρμοστέο δίκαιο στην εκχώρηση απαιτήσεων (άρθρο 12).....	45
3.2.13.1.Λύση που ισχύει σήμερα.....	45
3.2.13.2.Δυσχέρειες	45
3.2.13.3.Προτεινόμενες λύσεις	46
3.2.14. Πεδία εφαρμογής των άρθρων 12 και 13 σχετικά με την εκχώρηση και την υποκατάσταση αντίστοιχα.....	47
3.2.14.1.Ο μηχανισμός της υποκατάστασης στη σύμβαση της Ρώμης.....	47
3.2.14.2.Δυσχέρειες	48
3.2.14.3.Προτεινόμενες λύσεις	48
3.2.15. Απουσία κανόνα συνδέσεως σχετικά με τον συμψηφισμό απαιτήσεων.....	48
3.2.15.1.Ο μηχανισμός συμψηφισμού	48
3.2.15.2.Δυσχέρειες	48
3.2.15.3.Προτεινόμενες λύσεις	49
Παράρτημα 1	50
Παράρτημα 2	53

ΠΡΑΣΙΝΟ ΒΙΒΛΙΟ

σχετικά με τη μετατροπή σε κοινοτική πράξη και τον εκσυγχρονισμό της σύμβασης της Ρώμης του 1980 για το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές

Σκοπός της παρούσας πράσινης βίβλου είναι η έναρξη ευρέων διαβουλεύσεων με τους ενδιαφερόμενους κύκλους σχετικά με ορισμένα νομικά ζητήματα που αφορούν τη μετατροπή σε κοινοτική πράξη και τον εκσυγχρονισμό της σύμβασης της Ρώμης του 1980 για το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές (στο εξής αναφερόμενη ως "η σύμβαση της Ρώμης" ή "η σύμβαση").

Καθορίζει το γενικότερο πλαίσιο της συζήτησης και παρουσιάζει ορισμένες εναλλακτικές επιλογές.

Η Επιτροπή καλεί τα ενδιαφερόμενα μέρη να της διαβιβάσουν τις απαντήσεις τους, δεόντως αιτιολογημένες, στις ερωτήσεις που τίθενται στην παρούσα πράσινη βίβλο, όπως ανακεφαλαιώνονται στη σελίδα 3. Προφανώς, οι ερωτήσεις αυτές δεν είναι περιοριστικές και η διατύπωση γενικότερων παρατηρήσεων θα είναι ευπρόσδεκτη. Επίσης, τα ενδιαφερόμενα μέρη παρακαλούνται να δώσουν στην Επιτροπή για κάθε ερώτηση, στο μέτρο του δυνατού, πληροφορίες σχετικά με τις επιπτώσεις που θα είχαν οι διάφορες εξεταζόμενες εναλλακτικές λύσεις

- (α) στην οικονομική ζωή των επιχειρήσεων γενικότερα·
- (β) στις μικρές και μεσαίες επιχειρήσεις ειδικότερα·
- (γ) στις σχέσεις επιχειρήσεων-καταναλωτών/εργαζομένων.

Η Επιτροπή θα λάβει υπόψη της τις παρατηρήσεις που θα διατυπωθούν, εφόσον υποβάλει πρόταση για θέσπιση σχετικής κοινοτικής πράξης.

Πρέπει να τονισθεί ότι η Επιτροπή δεν έχει λάβει θέση ούτε σχετικά με την ανάγκη εκσυγχρονισμού της σύμβασης της Ρώμης ούτε μετατροπής της σε κοινοτική πράξη.

Επί πλέον, η παρούσα πράσινη βίβλος δεν αποσκοπεί στην ανάλυση της σχέσης μεταξύ μιας μελλοντικής πράξης που θα περιελάμβανε τη σύμβαση της Ρώμης και των κανόνων της εσωτερικής αγοράς. Είναι, εντούτοις, σαφές για την Επιτροπή ότι μια τέτοια πράξη δεν θα πρέπει να θίγει τις αρχές της εσωτερικής αγοράς που διατυπώνονται στη συνθήκη ή στις πράξεις παράγωγου δικαίου.

Τα ενδιαφερόμενα μέρη παρακαλούνται να υποβάλουν τις απαντήσεις τους και τις παρατηρήσεις τους πριν από τις 15 Σεπτεμβρίου 2003, στην ακόλουθη διεύθυνση:

Commission européenne
Direction générale Justice et Affaires intérieures,
Unité A3 - Coopération en matière civile
B-1049 Bruxelles

Φαξ : + 32 (2) 299 64 57

ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟ ΤΑΧΥΔΡΟΜΕΙΟ : jai-coop-jud-civil@cec.eu.int

Οι εν λόγω εισηγήσεις πρέπει να αποσταλούν με ένα και μόνο μέσο: είτε με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο ή φαξ είτε ταχυδρομικά. Οι απαντήσεις και οι παρατηρήσεις μπορούν να δημοσιευθούν στον δικτυακό τόπο της Επιτροπής στο Διαδίκτυο, εκτός αν ο αποστολέας δώσει επίσημα αντίθετες οδηγίες.

Η Επιτροπή προτίθεται να διοργανώσει μια δημόσια ακρόαση επί του θέματος κατά το τελευταίο τρίμηνο του 2003.

ΑΝΑΚΕΦΑΛΑΙΩΣΗ ΤΩΝ ΕΡΩΤΗΣΕΩΝ

Ερώτηση 1:	Έχετε πληροφορίες κατά πόσον οι οικονομικοί παράγοντες και οι ασκούντες νομικά επαγγέλματα, ιδίως οι δικαστές, γνωρίζουν πραγματικά τη σύμβαση της Ρώμης του 1980 και τους κανόνες της; Οι συμβαλλόμενοι γνωρίζουν ότι μπορούν να επιλέξουν ελεύθερα το εφαρμοστέο δίκαιο στη σύμβασή τους; Σε περίπτωση που συμπεραίνετε ότι η γνώση της σύμβασης από τους οικονομικούς παράγοντες είναι ανεπαρκής, αυτό έχει αρνητικές επιπτώσεις στη διεξαγωγή των συμβατικών τους διαπραγματεύσεων ή των ενώπιον δικαστηρίου διαδικασιών;
Ερώτηση 2:	Κρίνετε σκόπιμη τη μετατροπή της σύμβασης της Ρώμης του 1980 σε κοινοτική πράξη; Ποια είναι τα επιχειρήματά σας υπέρ ή κατά ενός τέτοιου εγχειρήματος;
Ερώτηση 3:	Έχετε επίγνωση των δυσχερειών που παρουσιάζονται λόγω του πολλαπλασιασμού και της διασποράς των κανόνων καθορισμού του εφαρμοστέου δικαίου σε διάφορες επί μέρους πράξεις παράγωγου δικαίου; Εάν ναι, ποια είναι κατά τη γνώμη σας η καλύτερη λύση για την αντιμετώπισή τους;
Ερώτηση 4:	Θεωρείτε ότι πρέπει να θεσπιστεί μια ρήτρα γενικής φύσεως που εγγυάται την εφαρμογή ενός ελάχιστου κοινοτικού επιπέδου εφόσον όλα τα δεδομένα της σύμβασης, ή και ορισμένα ιδιαίτερα σημαντικά, βρίσκονται στην Κοινότητα; Η διατύπωση που προτείνεται στο σημείο 3.1.2.2 επιτρέπει την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου;
Ερώτηση 5:	Έχετε παρατηρήσεις σχετικά με την προτεινόμενη αντιμετώπιση των σχέσεων μεταξύ της μελλοντικής πράξης "Ρώμη Ι" και των ισχυουσών διεθνών συμβάσεων;
Ερώτηση 6:	Πιστεύετε ότι θα ήσαν χρήσιμοι οι κανόνες συνδέσεως σχετικά με τις ρήτρες διαιτησίας και επιλογής δικαστηρίου;
Ερώτηση 7:	Πώς αξιολογείτε τους ισχύοντες κανόνες στον τομέα των ασφαλίσεων; Πιστεύετε ότι οι περιπτώσεις α) και γ) αντιμετωπίζονται σήμερα ικανοποιητικά; Ποιο μέσο προτείνετε για την αντιμετώπιση των ενδεχόμενων δυσχερειών;

- Ερώτηση 8: Κατά τη γνώμη σας, οι συμβαλλόμενοι θα πρέπει να έχουν τη δυνατότητα απευθείας επιλογής μιας διεθνούς σύμβασης ή ακόμη των γενικών αρχών του δικαίου; Ποια είναι τα επιχειρήματα υπέρ ή κατά της λύσης αυτής;
- Ερώτηση 9: Πιστεύετε ότι η μελλοντική πράξη "Ρώμη Ι" θα πρέπει να περιέχει ακριβέστερες ενδείξεις ως προς τον ορισμό της σιωπηρής επιλογής του εφαρμοστέου δικαίου ή, σε περίπτωση μετατροπής σε κοινοτική πράξη, το γεγονός ότι παρέχεται αρμοδιότητα στο Δικαστήριο αρκεί για να υπάρχει ασφάλεια δικαίου;
- Ερώτηση 10: Πρέπει, κατά τη γνώμη σας, να επαναδιατυπωθεί το άρθρο 4 ώστε να είναι σαφής η υποχρέωση του δικαστή να εφαρμόζει πρώτα το τεκμήριο της παραγράφου 2 και να αποκλείει την εφαρμογή του δικαίου που προκύπτει με τον τρόπο αυτό, μόνο εάν είναι προδήλως ακατάλληλο για τη ρύθμιση της συγκεκριμένης υπόθεσης;
- Ερώτηση 11: Πρέπει, κατά τη γνώμη σας, να θεσπιστεί ειδικός κανόνας τις για μικρής διάρκειας συμβάσεις μισθώσεως εξοχικής κατοικίας ή σας φαίνεται ικανοποιητικός ο σημερινός μηχανισμός;
- Ερώτηση 12: Αξιολόγηση των κανόνων σχετικά με την προστασία του καταναλωτή
- (1) Πώς αξιολογείτε τους ισχύοντες κανόνες σχετικά με την προστασία του καταναλωτή; Εξακολουθούν να είναι κατάλληλοι, ιδίως υπό το φως της ανάπτυξης του ηλεκτρονικού εμπορίου;
 - (2) Έχετε πληροφορίες σχετικά με τις επιπτώσεις του ισχύοντος κανόνα α) στις επιχειρήσεις γενικά· β) στις μικρές και μεσαίες επιχειρήσεις και γ) στους καταναλωτές;
 - (3) Ποια από τις προτεινόμενες λύσεις προτιμάτε και για ποιους λόγους; Ποιες άλλες λύσεις θεωρείτε δυνατές;
 - (4) Ποιες κατά τη γνώμη σας θα ήταν οι επιπτώσεις των διαφόρων προτεινόμενων λύσεων α) στις επιχειρήσεις γενικά· β) στις μικρές και μεσαίες επιχειρήσεις και γ) στους καταναλωτές;
- Ερώτηση 13: Θα πρέπει να διευκρινισθεί η έννοια των "διατάξεων αναγκαστικού δικαίου" που αναφέρονται στα άρθρα 3, 5, 6 και 9 αφενός, και στο άρθρο 7 αφετέρου;
- Ερώτηση 14: Θα πρέπει το άρθρο 6 να περιέχει διευκρινίσεις όσον αφορά τον ορισμό της έννοιας της "προσωρινής απόσπασης"; Αν ναι, ποιες;
- Ερώτηση 15: Πιστεύετε ότι πρέπει να επέλθουν και άλλες τροποποιήσεις στο άρθρο 6;
- Ερώτηση 16: Θεωρείτε αναγκαία μια διάταξη σχετικά με τους αλλοδαπούς κανόνες δημοσίας τάξεως; Θα ήταν σκόπιμο να παρέχονται πιο ακριβείς διευκρινίσεις όσον αφορά τις προϋποθέσεις εφαρμογής των αλλοδαπών κανόνων δημοσίας τάξεως;
- Ερώτηση 17: Πρέπει να εκσυγχρονισθεί ο κανόνας συνδέσεως όσον αφορά τον τύπο της σύμβασης ;

Ερώτηση 18: Θεωρείτε σκόπιμο να ορίζεται σε μια μελλοντική πράξη το εφαρμοστέο δίκαιο όσον αφορά το αντιτάξιμο της εκχώρησης απαιτήσεων; Αν ναι, ποιον κανόνα συνδέσεως προτείνετε;

Ερώτηση 19: Θα ήταν χρήσιμο να διευκρινιστεί το πεδίο εφαρμογής των άρθρων 12 και 13 αντίστοιχα; Πρέπει, κατά τη γνώμη σας, να προβλεφθεί κανόνας συνδέσεως για τις καθ' υποκατάσταση πληρωμές που πραγματοποιούνται χωρίς την ύπαρξη οφειλής;

Ερώτηση 20 : Κατά τη γνώμη σας, θα πρέπει να καθορίζεται το εφαρμοστέο δίκαιο στο νόμιμο συμπληρωματικό; Εάν ναι, ποιον κανόνα συνδέσεως προτείνετε;

Εισαγωγή

1.1. Η δημιουργία ενός χώρου ελευθερίας, ασφάλειας και δικαιοσύνης

Μια από τις συνέπειες της ανάπτυξης των συναλλαγών και των μετακινήσεων εντός της Ευρωπαϊκής Ένωσης και στον κόσμο γενικότερα είναι ότι αυξάνεται το ενδεχόμενο για έναν ευρωπαϊό πολίτη ή μια επιχείρηση εγκατεστημένη σε κράτος μέλος να εμπλακούν σε διαφορά τα στοιχεία της οποίας δεν περιορίζονται όλα στο εσωτερικό του κράτους μέλους όπου έχουν τη συνήθη διαμονή ή εγκατάστασή τους. Μπορούμε έτσι να φανταστούμε την περίπτωση ενός Έλληνα καταναλωτή που αγόρασε μέσω καταλόγου ή μέσω του Διαδικτύου μια ηλεκτρονική συσκευή στη Γερμανία και που θέλει εν συνεχεία να εναγάγει τον κατασκευαστή, επειδή η συσκευή παρουσιάζει σοβαρό ελάττωμα που ο κατασκευαστής αρνείται να διορθώσει, ή ακόμη την περίπτωση μιας γερμανικής επιχείρησης που θέλει να εναγάγει τον Άγγλο εμπορικό της εταίρο για αθέτηση των συμβατικών του υποχρεώσεων.

Οι διάδικοι συχνά αποθαρρύνονται όσον αφορά τη διεκδίκηση των δικαιωμάτων τους σε μια ξένη χώρα λόγω του ασυμβίβαστου ή της περιπλοκότητας των εθνικών δικαιοσύνης και διοικητικών συστημάτων. Αυτό ισχύει ιδίως για τους πολίτες ή τις ΜΜΕ, που δεν διαθέτουν κατά κανόνα τα οικονομικά μέσα για να εξασφαλίσουν υπηρεσίες ενός διεθνούς δικτύου δικηγόρων.

Στην Ευρωπαϊκή Ένωση, όμως, δεν μπορεί να υπάρξει πραγματική εσωτερική αγορά με ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, των προσώπων, των αγαθών και των κεφαλαίων, χωρίς ένα κοινό χώρο δικαιοσύνης, όπου κάθε πολίτης μπορεί να διεκδικήσει τα δικαιώματά του όχι μόνο στο κράτος διαμονής του αλλά και σε άλλα κράτη μέλη.

Στο Ευρωπαϊκό Συμβούλιο του Τάμπερε της 15ης και 16ης Οκτωβρίου 1999¹, καθορίστηκαν τρεις άξονες δράσης που παρουσιάζουν προτεραιότητα για τη δημιουργία ενός τέτοιου χώρου, μεταξύ των οποίων και η ενίσχυση της αμοιβαίας αναγνώρισης των δικαστικών αποφάσεων.

Η εναρμόνιση των κανόνων ιδιωτικού διεθνούς δικαίου διαδραματίζει πρωταρχικό ρόλο στην υλοποίηση αυτού του στόχου.

1.2. Ο ρόλος του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου στη δημιουργία ενός ευρωπαϊκού χώρου δικαιοσύνης

Το ιδιωτικό διεθνές δίκαιο² αποτελείται από μηχανισμούς που αποσκοπούν στη διευκόλυνση της ρύθμισης των ιδιωτικών διεθνών διαφορών. Απαντά σε τρία ερωτήματα :

- ποιας χώρας τα δικαστήρια είναι αρμόδια για να επιληφθούν μιας διαφοράς· το ζήτημα αυτό έχει σχέση με τον καθορισμό της "διεθνούς δικαιοδοσίας των δικαστηρίων" ή των "συγκρούσεων δικαιοδοσίας".

¹ Συμπεράσματα της προεδρίας της 16.10.1999, παράγραφοι 28 έως 39.

² Η έκφραση "ιδιωτικό διεθνές δίκαιο" δεν έχει την ίδια σημασία σε όλα τα κράτη μέλη. Στο γερμανικό ή το πορτογαλικό δίκαιο, για παράδειγμα, σημαίνει μόνο τους κανόνες σύγκρουσης νόμων, ενώ σε άλλα νομικά συστήματα περιλαμβάνει και τους κανόνες σχετικά με τη διεθνή δικαιοδοσία των δικαστηρίων και την αναγνώριση των αλλοδαπών αποφάσεων. Για τις ανάγκες του παρόντος εγγράφου, ο όρος αυτός χρησιμοποιείται στην ευρεία έννοιά του.

- ποιο εθνικό ουσιαστικό δίκαιο εφαρμόζει ο δικαστής που επιλαμβάνεται της διαφοράς· το πρόβλημα αυτό της εφαρμοστέας νομοθεσίας ονομάζεται "σύγκρουση νόμων".
- αν η απόφαση που εκδίδει το δικαστήριο που κηρύχθηκε αρμόδιο μπορεί να αναγνωριστεί και, ενδεχομένως, να εκτελεστεί σε άλλο κράτος μέλος· το ζήτημα αυτό, γνωστό ως "αποτελέσματα των αλλοδαπών αποφάσεων" ή ακόμη ως "αμοιβαία αναγνώριση και εκτέλεση των αλλοδαπών αποφάσεων", είναι σημαντικό, ιδίως εάν ο ηττηθείς διάδικος δεν έχει περιουσιακά στοιχεία στη χώρα όπου εκδόθηκε η εν λόγω απόφαση.

Συγκεκριμένα, κατά την προσφυγή στη δικαιοσύνη στο πλαίσιο μιας ιδιωτικής διεθνούς διαφοράς, θα πρέπει πρώτα να καθοριστεί ποιο κράτος τα δικαστήρια έχουν διεθνή δικαιοδοσία. Εφόσον διαπιστωθεί αυτό, το επιληφθέν δικαστήριο θα κρίνει ποιο είναι το εφαρμοστέο δίκαιο στη συγκεκριμένη διαφορά. Το πρόβλημα της εκτέλεσης της απόφασης στο εξωτερικό θα τεθεί μόνον αφού το δικαστήριο αυτό εκδώσει την απόφασή του.

Συνήθως κάθε κράτος μέλος διαθέτει τις δικές του εθνικές λύσεις ιδιωτικού διεθνούς δικαίου. Η κατάσταση αυτή όμως ενέχει το σοβαρό μειονέκτημα της απουσίας ομοιομορφίας και ασφάλειας δικαίου, καθώς και τον κίνδυνο ένας ή περισσότεροι διάδικοι να προσπαθήσουν να επωφεληθούν από το γεγονός ότι η υπόθεσή τους συνδέεται με διάφορα δικαϊκά συστήματα για να αποφύγουν τη νομοθεσία εκείνη που πρέπει κανονικά να εφαρμοστεί έναντι αυτών. Για να επανέλθουμε στο παράδειγμα του έλληνα καταναλωτή και του γερμανού πωλητή, αρκεί να φανταστούμε ότι η σύμβασή τους περιλαμβάνει μια ρήτρα με βάση την οποία υπάγεται στη νομοθεσία μιας τρίτης χώρας, η οποία δεν περιέχει καμία διάταξη περί προστασίας των καταναλωτών. Η πρακτική αυτή, αν ίσχυε, θα ήταν σκανδαλώδης, στον βαθμό που θα στερούσε από τον καταναλωτή την προστασία που του παρέχει και η ελληνική και η γερμανική νομοθεσία.

Ως εκ τούτου, για να αντιμετωπίσουν αυτού του είδους τα μειονεκτήματα και τις πρακτικές, τα κράτη μέλη επέλεξαν να εναρμονίσουν τους κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου τους. Οι πρώτες σχετικές προσπάθειες έχουν γίνει στους τομείς των συμβατικών και εξωσυμβατικών ενοχών, αστικής ή εμπορικής φύσεως.

1.3. Η σύμβαση της Ρώμης, ο κανονισμός "Βρυξέλλες Ι" και η μελλοντική πράξη "Ρώμη ΙΙ": τρεις συμπληρωματικές πράξεις

Οι στόχοι της σύμβασης της Ρώμης δεν μπορούν να γίνουν κατανοητοί χωρίς να αναφερθεί η πράξη η οποία προηγήθηκε, η σύμβαση των Βρυξελλών του 1968 (που αντικαταστάθηκε από την 1η Μαρτίου 2002, με εξαίρεση τη Δανία, από τον κανονισμό τον λεγόμενο "Βρυξέλλες Ι")³. Η εν λόγω σύμβαση εκπονήθηκε με βάση την αρχή, που είχε ήδη διατυπωθεί στη συνθήκη ΕΚ, ότι μια κοινή αγορά προϋποθέτει τη δυνατότητα εξασφάλισης, με εύκολο τρόπο, της αναγνώρισης και εκτέλεσης σε κάθε κράτος μέλος μιας απόφασης που εκδόθηκε σε άλλο κράτος μέλος. Για να διευκολυνθεί η υλοποίηση του στόχου αυτού, η σύμβαση των

³ Κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 44/2001 του Συμβουλίου της 22.12.2000 για τη διεθνή δικαιοδοσία, την αναγνώριση και την εκτέλεση αποφάσεων σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις, που αντικαθιστά τη Σύμβαση των Βρυξελλών του 1968, της οποίας η ενοποιημένη μορφή δημοσιεύτηκε στην ΕΕ αριθ. C 27 της 26.1.1998, σ. 1 έως 18. Η Σύμβαση των Βρυξελλών του 1968 παραμένει ωστόσο σε ισχύ για τις σχέσεις μεταξύ της Δανίας και των άλλων κρατών μελών.

Βρυξελλών διατυπώνει κανόνες για τον καθορισμό του κράτους μέλους του οποίου τα δικαστήρια είναι αρμόδια⁴.

Το γεγονός όμως της ύπαρξης απλώς κανόνων που διέπουν τη δικαιοδοσία των δικαστηρίων δεν επιτρέπει την αποφυγή κάθε απροόπτου κατά την επίλυση της ουσίας της διαφοράς. Πράγματι, η σύμβαση των Βρυξελλών καθώς και ο κανονισμός που την αντικατέστησε προβλέπουν ορισμένες εναλλακτικές δυνατότητες που επιτρέπουν στον ενάγοντα να επιλέξει μεταξύ του ενός ή του άλλου δικαστηρίου. Στην περίπτωση αυτή, ο κίνδυνος είναι να επιλέξει ο διάδικος τα δικαστήρια ενός κράτους μέλους αντί ενός άλλου για τον απλούστατο λόγο ότι το εφαρμοστέο δίκαιο στο κράτος αυτό θα ήταν ευνοϊκότερο γι' αυτόν επί της ουσίας. Η πρακτική είναι γνωστή με τον όρο "*forum shopping*". Ενοποιώντας τους κανόνες σύγκρουσης νομοθεσιών των κρατών μελών, η σύμβαση της Ρώμης περιορίζει τον κίνδυνο του *forum shopping* στην Ευρωπαϊκή Ένωση, εξασφαλίζοντας την ίδια λύση επί της ουσίας ανεξάρτητα από το επιληφθέν δικαστήριο.

Υπάρχει ωστόσο μια σημαντική διαφορά μεταξύ της σύμβασης των Βρυξελλών και της σύμβασης της Ρώμης όσον αφορά τα αντίστοιχα πεδία εφαρμογής τους: ενώ η πρώτη καλύπτει τόσο τις συμβατικές όσο και τις εξωσυμβατικές ενοχές, η δεύτερη αφορά μόνο τις πρώτες. Σε περίπτωση που οι σχετικές εργασίες καταλήξουν στο μέλλον στη θέσπιση της πράξης "Ρώμη II" για την εφαρμοστέα νομοθεσία στις εξωσυμβατικές σχέσεις⁵, αυτή θα αποτελέσει φυσική προέκταση της ενοποίησης, σε κοινοτικό επίπεδο, των κανόνων ιδιωτικού διεθνούς δικαίου στον τομέα των συμβατικών ή εξωσυμβατικών ενοχών, αστικής και εμπορικής φύσεως.

Προτού εξεταστούν λεπτομερέστερα οι κανόνες συνδέσεως που περιέχει η σύμβαση της Ρώμης, θα πρέπει να παρουσιαστούν εν συντομία οι στόχοι που επιδιώκουν.

1.4. Στόχοι των κανόνων συνδέσεως στον τομέα των συμβάσεων

Για κάθε κανόνα συνδέσεως, ο νομοθέτης έχει διάφορες εναλλακτικές επιλογές. Προκειμένου να καταλήξει στην επιλογή της μιας ή της άλλης λύσης, βασίζεται στις αρχές του στενότερου συνδέσμου και της αυτονομίας της βουλήσεως.

Σύμφωνα με την αρχή του στενότερου συνδέσμου, μια έννομη κατάσταση υπάγεται στην έννομη τάξη που παρουσιάζει τον στενότερο σύνδεσμο μ' αυτήν. Η αρχή αυτή είναι ιδιαίτερα σημαντική όσον αφορά τη διεθνή δικαιοδοσία, για παράδειγμα, όταν πρόκειται για μια διαφορά σχετικά με ακίνητο ή τροχαίο ατύχημα: το δικαστήριο της τοποθεσίας του ακινήτου ή του τόπου όπου συνέβη το ατύχημα είναι κατά κανόνα εκείνο που είναι το πλέον κατάλληλο για να αξιολογήσει τα πραγματικά περιστατικά και να συγκεντρώσει τα αποδεικτικά στοιχεία. Σύμφωνα με την αρχή της αυτονομίας της βουλήσεως, εξάλλου, οι συμβαλλόμενοι μπορούν να επιλέγουν οι ίδιοι τη νομοθεσία που θα διέπει τις σχέσεις τους, λύση η οποία εύκολα είναι κατανοητή στο ένα από τα παραπάνω παραδείγματα - σύμβαση μεταξύ δύο επιχειρήσεων, γερμανικής και αγγλικής. Αυτή είναι η επικρατούσα αρχή στο ενοχικό δίκαιο, και υιοθετείται από όλες σχεδόν τις νομοθεσίες.

⁴ Αν και οι κανόνες ανταγωνισμού που περιέχονται στη σύμβαση του 1968 και στον κανονισμό "Βρυξέλλες I" δεν αποτελούν, κατ' αρχήν, αντικείμενο της παρούσας Πράσινης Βίβλου, θα επανέλθουμε ωστόσο σε ορισμένους από αυτούς κατά την ανάλυση των διαφόρων κανόνων συνδέσεως (σημείο 3).

⁵ Η Επιτροπή έδωσε στις 3 Μαΐου 2002 το έναυσμα για μία ευρεία συζήτηση σχετικά με ένα προσχέδιο πρότασης κανονισμού του Συμβουλίου για το εφαρμοστέο δίκαιο στις εξωσυμβατικές ενοχές, προκειμένου να συγκεντρώσει τις παρατηρήσεις των ενδιαφερομένων. Το κείμενο διατίθεται στην ακόλουθη διεύθυνση του Διαδικτύου: http://europa.eu.int/comm/dgs/justice_home/index_el.htm.

Κατά την τελευταία εικοσαετία έχει καθιερωθεί και μια άλλη αρχή, η αρχή της προστασίας του ασθενέστερου μέρους. Στο παραπάνω παράδειγμα του Έλληνα καταναλωτή και του γερμανού κατασκευαστή, οι δύο συμβαλλόμενοι δεν βρίσκονται σε θέσεις ισότητας. Αν δεν τεθούν όρια στην αρχή της αυτονομίας της βουλήσεως, ο καταναλωτής κινδυνεύει να του επιβληθεί μια νομοθεσία που είναι δυσμενής γι' αυτόν, και να βρεθεί έτσι χωρίς την προστασία που ευλόγως αναμένει, όταν αγοράζει ένα καταναλωτικό αγαθό. Το ίδιο ισχύει και για τη σχέση εργοδότη-μισθωτού.

Όλες οι αρχές αυτές εμπεριέχονται στους κανόνες της σύμβασης της Ρώμης του 1980.

1.5. Σύντομη παρουσίαση των κανόνων της σύμβασης της Ρώμης

Οι ομοιόμορφοι κανόνες της σύμβασης της Ρώμης εφαρμόζονται "στις συμβατικές ενοχές, σε περιπτώσεις που εμπεριέχουν σύγκρουση νόμων"⁶, δηλαδή περιπτώσεις των οποίων τα στοιχεία δεν συνδέονται όλα με την έννομη τάξη ενός και μόνο κράτους, επειδή, για παράδειγμα, οι συμβαλλόμενοι έχουν διαφορετική ιθαγένεια ή κατοικούν σε διαφορετικά κράτη ή ακόμη επειδή η σύμβαση συνάπτεται ή εκτελείται σε διαφορετικές χώρες ή σε άλλη χώρα εκτός από εκείνη του επιληφθέντος δικαστηρίου.

Η σύμβαση της Ρώμης είναι σύμβαση με "οικουμενικό"⁷ χαρακτήρα, πράγμα που σημαίνει ότι οι κανόνες συνδέσεως που θεσπίζει μπορούν να οδηγήσουν στην εφαρμογή της νομοθεσίας κράτους που δεν είναι μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Η σύμβαση αποκλείει επίσης την εφαρμογή της στα ακόλουθα θέματα: προσωπική κατάσταση και ικανότητα των φυσικών προσώπων· οικογενειακό και κληρονομικό δίκαιο (διαθήκες, κληρονομική διαδοχή, περιουσιακές σχέσεις συζύγων, συμβάσεις σχετικές με υποχρέωση διατροφής)· ενοχές που προκύπτουν από αξιόγραφα (συναλλαγματικές, επιταγές, γραμμάτια σε διαταγή)· δίκαιο των εταιρειών, ενώσεων και άλλων νομικών προσώπων· συμφωνίες διαιτησίας και επιλογής δικαστηρίου· trust· απόδειξη και δικονομικά ζητήματα⁸.

Ακρογωνιαίος λίθος του συστήματος είναι η αυτονομία της βουλήσεως (άρθρο 3), αρχή βάσει της οποίας οι συμβαλλόμενοι μπορούν να επιλέγουν το εφαρμοστέο δίκαιο στη σύμβασή τους. Η ελευθερία αυτή δεν είναι, ωστόσο, απεριόριστη: μπορούν να επιλέξουν οποιαδήποτε νομοθεσία, ακόμη και αν δεν έχει κανένα αντικειμενικό σύνδεσμο με τη σύμβασή τους· μπορούν να επιλέξουν τη νομοθεσία που θα διέπει τη σύμβαση και μετά την σύναψή της καθώς και να την τροποποιούν καθ' όλη την περίοδο ισχύος της, ακόμη και κατά τη διάρκεια της δίκης σε ορισμένα κράτη μέλη. Όσον αφορά τον τύπο, η επιλογή "πρέπει να είναι ρητή ή να συνάγεται με βεβαιότητα από τις διατάξεις της σύμβασης ή τα δεδομένα της υπόθεσης", όπως μπορεί να προκύπτει από την προσθήκη στη σύμβαση μιας ρήτρας, αλλά και από άλλα στοιχεία του συμβατικού πλαισίου, δεδομένου ότι το κείμενο αφήνει στο δικαστή το έργο της διαπίστωσης του ρητού ή σιωπηρού χαρακτήρα της επιλογής νομοθεσίας.

Ελλείψει επιλογής νομοθεσίας από τα μέρη, η σύμβαση διατυπώνει την αρχή του στενότερου συνδέσμου, καθώς, στην περίπτωση αυτή, η σύμβαση διέπεται από το δίκαιο της χώρας με την οποία συνδέεται στενότερα (άρθρο 4). Η σύμβαση τεκμαίρεται ότι συνδέεται στενότερα με τη χώρα όπου ο συμβαλλόμενος που οφείλει να εκπληρώσει τη "χαρακτηριστική παροχή" έχει, κατά τον χρόνο σύναψης της σύμβασης, τη συνήθη διαμονή του. Η "χαρακτηριστική παροχή" είναι εκείνη που επιτρέπει τη διάκριση μιας σύμβασης από μία άλλη (για

⁶ Άρθρο 1.

⁷ Άρθρο 2.

⁸ Με την επιφύλαξη του άρθρου 14 της σύμβασης.

παράδειγμα, στη σύμβαση πωλήσεως η υποχρέωση του πωλητή για μεταβίβαση της κυριότητας· στη σύμβαση μεταφοράς η υποχρέωση του μεταφορέα να μεταφέρει ένα πρόσωπο ή ένα πράγμα, κλπ)· η υποχρέωση καταβολής χρηματικού ποσού δεν συνιστά, επομένως, εκτός εξαιρέσεων, χαρακτηριστική παροχή κατά την έννοια του άρθρου 4. Η σύμβαση θεσπίζει εν συνεχεία άλλα ειδικά τεκμήρια όσον αφορά τα εμπράγματα δικαιώματα ή τη μεταφορά εμπορευμάτων. Ωστόσο, ο δικαστής μπορεί να αγνοήσει τα τεκμήρια αυτά "όταν από το σύνολο των περιστάσεων συνάγεται ότι η σύμβαση συνδέεται στενότερα με άλλη χώρα".

Υπό ορισμένους όρους, η σύμβαση της Ρώμης περιέχει, όπως και ο κανονισμός "Βρυξέλλες I", ειδικούς κανόνες για τα λεγόμενα "ασθενέστερα" μέρη (καταναλωτές και εργαζόμενους, άρθρα 5 και 6). Η επιλογή δικαίου από τα μέρη της σύμβασης δεν μπορεί να στερεί έναν καταναλωτή ή έναν μισθωτό από την προστασία των διατάξεων αναγκαστικού δικαίου της νομοθεσίας που θα ήταν κανονικά εφαρμοστέα - όπως ορίζεται από τους γενικούς κανόνες της σύμβασης - ελλείψει επιλογής δικαίου. Ελλείψει επιλογής, οι συμβάσεις καταναλωτών υπάγονται στη νομοθεσία της χώρας όπου έχει τη συνήθη διαμονή του ο καταναλωτής, ενώ η σύμβαση εργασίας διέπεται από τη νομοθεσία του τόπου στον οποίο ο εργαζόμενος παρέχει συνήθως την εργασία του και, ελλείψει τέτοιου τόπου, από τη νομοθεσία του τόπου όπου βρίσκεται η εγκατάσταση που τον προσέλαβε.

Η σύμβαση θεσπίζει ειδικούς κανόνες για ορισμένα θέματα (συγκεκριμένα όσον αφορά την εκχώρηση και την υποκατάσταση). Παρέχεται ευρεία εφαρμογή στο δίκαιο της σύμβασης, καθόσον διέπει τόσο την ερμηνεία της όσο και την εκτέλεση ή την μη εκτέλεσή της, καθώς και την απόσβεση της ενοχής και την εγκυρότητά της.

1.6. Σχέση με το σχέδιο για το "ευρωπαϊκό δίκαιο των συμβάσεων"

Ορισμένοι θα διερωτώνται ήδη για τη σχέση μεταξύ του σχεδίου "Ρώμη I" και του σχεδίου για το "ευρωπαϊκό δίκαιο των συμβάσεων"⁹.

Στόχος της ανακοίνωσης της 2ας Ιουλίου 2001 ήταν να διευρυνθούν οι συζητήσεις σχετικά με το μέλλον του ευρωπαϊκού δικαίου των συμβάσεων σε επίπεδο Ευρωπαϊκής Ένωσης και σχετικά με την αναγκαιότητα μιας αλλαγής προσέγγισης στο επίπεδο του ουσιαστικού δικαίου¹⁰. Στο κείμενο αυτό, η Επιτροπή εξέταζε συγκεκριμένα το ζήτημα της συνοχής του κοινοτικού κεκτημένου στο δίκαιο των συμβάσεων, καθώς και το κατά πόσον οι εθνικές διαφορές στον τομέα αυτό μπορούν να παρακωλύσουν την εύρυθμη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς. Μια από τις αναφερόμενες εναλλακτικές επιλογές, σε περίπτωση που αποδεικνυόταν αναγκαία μια καινούργια προσέγγιση, ήταν η υιοθέτηση μιας νέας κοινοτικής πράξης που θα συμβάλει στην εναρμόνιση του ουσιαστικού δικαίου των συμβάσεων. Ως εκ τούτου, ορισμένοι θα έχουν ήδη διερωτηθεί σχετικά με το ενδιαφέρον που παρουσιάζει η ενασχόληση και πάλι με τους κανόνες που καθορίζουν την εφαρμογή μιας ή της άλλης από τις εθνικές αυτές νομοθεσίες.

Τα ερωτήματα αυτά δεν είναι βάσιμα. Κατά τη γνώμη της Επιτροπής, στόχος του σχεδίου του "ευρωπαϊκού δικαίου των συμβάσεων" δεν είναι, στο στάδιο αυτό, ούτε η εναρμόνιση του δικαίου των συμβάσεων των κρατών μελών ούτε η δημιουργία ενός ευρωπαϊκού αστικού

⁹ Ανακοίνωση της Επιτροπής στο Συμβούλιο και το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο σχετικά με το ευρωπαϊκό δίκαιο των συμβάσεων (ΕΕ αριθ. C 255, 13.9.2001, σ.1).

¹⁰ Το ουσιαστικό δίκαιο διέπει ζητήματα όπως το κύρος, η σύναψη ή η εκτέλεση της σύμβασης, σε αντίθεση με το ιδιωτικό διεθνές δίκαιο των συμβάσεων που αφορά μόνο το ζήτημα του εφαρμοστέου δικαίου.

κώδικα. Η Επιτροπή είχε ήδη εξαγγείλει την πρόθεσή της να υποβάλει στις αρχές του 2003 ένα έγγραφο σε συνέχεια της ανακοίνωσης αυτής. Επίσης, ακόμη και σε περίπτωση ευρύτερης εναρμόνισης του δικαίου των συμβάσεων σε κοινοτικό επίπεδο σε ένα απώτερο μέλλον, δεν αποκλείεται η εναρμόνιση αυτή να αφορά ορισμένα μόνο θέματα που παρουσιάζουν ιδιαίτερη σημασία, ούτως ώστε θα πρέπει πάντοτε να καθορίζεται το εφαρμοστέο δίκαιο για τα μη εναρμονισμένα θέματα. Οι κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου διατηρούν, επομένως, όλη τη σημασία τους για τις κοινοτικές διασυνοριακές συναλλαγές, σήμερα και στο μέλλον.

Κατά συνέπεια, το σχέδιο για το "ευρωπαϊκό δίκαιο των συμβάσεων" ουδόλως επηρεάζει τη σημασία του προβληματισμού για έναν ενδεχόμενο εκσυγχρονισμό της σύμβασης της Ρώμης. Αντίθετα πρόκειται για δύο σχέδια που αλληλοσυμπληρώνονται, και των οποίων οι εργασίες διεξάγονται παράλληλα.

1.7. Πρωτοβουλίες που έχουν ήδη ληφθεί

Για την προπαρασκευή των συζητήσεων σχετικά με τον ενδεχόμενο εκσυγχρονισμό της σύμβασης, η Επιτροπή έχει χρηματοδοτήσει, στο πλαίσιο του προγράμματος GROTIUS - ΑΣΤΙΚΕΣ ΥΠΟΘΕΣΕΙΣ 2000, ένα σχέδιο που υπέβαλε η Ακαδημία Ευρωπαϊκού Δικαίου του Τρίερ για τη δημιουργία μιας βάσης δεδομένων με πρόσβαση σε ανοικτή γραμμή που αφορά την εφαρμογή της σύμβασης από τα δικαστήρια των κρατών μελών. Ο δικτυακός τόπος που δημιουργήθηκε¹¹ περιέχει ήδη αρκετές νομολογιακές αναφορές.

Εξάλλου, στο πλαίσιο της εκπόνησης του κανονισμού ΕΚ αριθ. 44/2000 ("Βρυξέλλες Ι"), η ΓΔ JAI οργάνωσε, στις 4 και 5 Νοεμβρίου 1999, μια ακρόαση σχετικά με το ιδιωτικό διεθνές δίκαιο και το ηλεκτρονικό εμπόριο. Υποβλήθηκαν 74 γραπτές εισηγήσεις από διάφορες επαγγελματικές οργανώσεις, ενώσεις καταναλωτών, δημόσιους φορείς, επιχειρήσεις και ερευνητές. Μεγάλο μέρος των παρατηρήσεων αφορά το ζήτημα του εφαρμοστέου δικαίου στις συμβάσεις που συνάπτονται μέσω Διαδικτύου.

Τέλος, ο ΕΥΡΩΠΑΪΚΟΣ ΟΜΙΛΟΣ ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΔΙΕΘΝΟΥΣ ΔΙΚΑΙΟΥ ασχολήθηκε με τις βελτιώσεις που πρέπει ενδεχομένως να επέλθουν στη σύμβαση, καταλήγοντας σε συγκεκριμένες προτάσεις τροποποίησης του ισχύοντος κειμένου¹².

Προτού εξεταστεί η σκοπιμότητα εκσυγχρονισμού επί της ουσίας των κανόνων συνδέσεως που περιέχει η σύμβαση (σημείο 3), πρέπει να εξετασθούν τα πλεονεκτήματα που θα είχε η μετατροπή της σύμβασης σε κοινοτική πράξη (σημείο 2).

Πρώτα όμως, η Επιτροπή θα ήθελε, με την ευκαιρία της πράσινης αυτής βίβλου, να συγκεντρώσει ακριβείς πληροφορίες σχετικά με το κατά πόσον οι οικονομικοί παράγοντες - επιχειρήσεις, καταναλωτές και εργαζόμενοι - και οι ασκούντες νομικά επαγγέλματα γνωρίζουν πραγματικά την ύπαρξη της σύμβασης της Ρώμης και τους κανόνες της. Επιθυμεί επίσης να μάθει καθώς και κατά πόσον η γνώση ή η μη γνώση της σύμβασης επηρεάζει την πρακτική συμπεριφορά τους κατά τη διαπραγμάτευση των συμβατικών τους σχέσεων ή κατά τις ενώπιον των δικαστηρίων διαδικασίες.

¹¹ <http://www.rome-convention.org>.

¹² Τα αποτελέσματα των εργασιών αυτών βρίσκονται στην ακόλουθη ηλεκτρονική διεύθυνση : <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip>.

Ερώτηση 1 : Έχετε πληροφορίες κατά πόσον οι οικονομικοί παράγοντες και οι ασκούντες νομικά επαγγέλματα, ιδίως οι δικαστές, γνωρίζουν πραγματικά τη σύμβαση της Ρώμης του 1980 και τους κανόνες της; Οι συμβαλλόμενοι γνωρίζουν ότι μπορούν να επιλέξουν ελεύθερα το εφαρμοστέο δίκαιο στη σύμβασή τους; Σε περίπτωση που συμπεραίνετε ότι η γνώση της σύμβασης από τους οικονομικούς παράγοντες είναι ανεπαρκής, αυτό έχει αρνητικές επιπτώσεις στη διεξαγωγή των συμβατικών τους διαπραγματεύσεων ή των ενώπιον δικαστηρίου διαδικασιών;

2. ΣΚΟΠΙΜΟΤΗΤΑ ΤΗΣ ΜΕΤΑΤΡΟΠΗΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΤΗΣ ΡΩΜΗΣ ΤΟΥ 1980 ΣΕ ΚΟΙΝΟΤΙΚΗ ΠΡΑΞΗ

Η σύμβαση της Ρώμης είναι σήμερα η μόνη πράξη ιδιωτικού διεθνούς δικαίου σε κοινοτικό επίπεδο που έχει ακόμη τη μορφή διεθνούς σύμβασης. Για το λόγο αυτό ορισμένοι διερωτώνται κατά πόσον είναι σκόπιμο να μετατραπεί σε κοινοτική πράξη.

Η εν λόγω μετατροπή θα παρουσίαζε ορισμένα πλεονεκτήματα, το πρώτο από τα οποία είναι η βελτίωση της συνοχής της κοινοτικής νομοθετικής πολιτικής στον τομέα του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου (σημείο 2.2), με βάση το άρθρο 61, στοιχείο γ) της συνθήκης (σημείο 2.1). Επιπλέον, θα είχε ως συνέπεια την απόκτηση από το Δικαστήριο αρμοδιότητας ερμηνείας της σύμβασης υπό τους καλύτερους όρους (σημείο 2.3)· και, τέλος, θα διευκόλυνε την εφαρμογή ενοποιημένων κανόνων συνδέσεως στα νέα κράτη μέλη (σημείο 2.4).

2.1. Νέα νομική βάση: το άρθρο 65 της συνθήκης του Άμστερνταμ έδωσε νέα ώθηση στο κοινοτικό ιδιωτικό διεθνές δίκαιο

Οι κοινοτικές πράξεις στον τομέα του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου, είτε έχουν θεσπιστεί με βάση το άρθρο 293 (πρώην 220) της συνθήκης (σύμβαση των Βρυξελλών του 1968), είτε εξομοιώνονται με πράξεις που θεσπίστηκαν στη βάση αυτή (σύμβαση της Ρώμης του 1980), υπάγονται, από την έναρξη ισχύος της συνθήκης του Άμστερνταμ, στον πρώτο πυλώνα της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Επίσης, η Κοινότητα θέσπισε με βάση το άρθρο 61, στοιχείο γ) της συνθήκης αρκετούς νέους κανονισμούς σχετικά με τη δικαστική συνεργασία σε αστικές υποθέσεις ("Βρυξέλλες II"¹³, "πτώχευση"¹⁴, "επίδοση πράξεων"¹⁵ και "διεξαγωγή αποδείξεων"¹⁶) και μετέτρεψε τη σύμβαση των Βρυξελλών του 1968 σε κανονισμό. Επιπλέον, η Επιτροπή εκπονεί σήμερα μια κοινοτική πράξη σχετικά με το εφαρμοστέο δίκαιο στις εξωσυμβατικές σχέσεις ("Ρώμη II").

¹³ Κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 1347/2000 του Συμβουλίου της 29ης Μαΐου 2000 περί της διεθνούς δικαιοδοσίας, αναγνώρισης και εκτέλεσης αποφάσεων σε γαμικές διαφορές και διαφορές γονικής μέριμνας έναντι των κοινών τέκνων των συζύγων, ΕΕ αριθ. L160 της 30.6.2000, σ. 19.

¹⁴ Κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 1346/2000 του Συμβουλίου της 29ης Μαΐου 2000 περί των διαδικασιών αφερεγγυότητας, ΕΕ αριθ. L160 της 30.6.2000, σ. 1.

¹⁵ Κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 1348/2000 του Συμβουλίου της 29ης Μαΐου 2000 περί επιδόσεως και κοινοποιήσεως στα κράτη μέλη δικαστικών και εξώδικων πράξεων σε αστικές ή εμπορικές υποθέσεις, ΕΕ αριθ. L160 της 30.6.2000, σ. 37.

¹⁶ Κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 1206/2001 του Συμβουλίου της 28ης Μαΐου 2001 για τη συνεργασία μεταξύ των δικαστηρίων των κρατών μελών κατά τη διεξαγωγή αποδείξεων σε αστικές ή εμπορικές υποθέσεις, ΕΕ αριθ. L 174 της 27.6.2001, σ. 1.

Το σχέδιο δράσης της Βιέννης¹⁷ του Συμβουλίου και της Επιτροπής, που εγκρίθηκε από το Συμβούλιο το 1998, αποσκοπεί ρητά στην εναρμόνιση των κανόνων σύγκρουσης νομοθεσιών. Στο σημείο 40, στοιχείο γ) καλεί σε "αναθεώρηση, όπου απαιτείται, ορισμένων διατάξεων της σύμβασης σχετικά με το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές, λαμβάνοντας υπόψη τις ειδικές διατάξεις για τη σύγκρουση των νόμων σε άλλα κοινοτικά μέσα". Το πρόγραμμα αμοιβαίας αναγνώρισης¹⁸ ορίζει ότι τα μέτρα για την εναρμόνιση των κανόνων σχετικά με τη σύγκρουση νόμων αποτελούν συνοδευτικά μέτρα που διευκολύνουν την εφαρμογή της αρχής της αμοιβαίας αναγνώρισης των αποφάσεων σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις.

Υπενθυμίζεται ότι, μετά την έναρξη ισχύος της συνθήκης της Νίκαιας, ο τομέας της δικαστικής συνεργασίας σε αστικές υποθέσεις, εκτός από αυτές του οικογενειακού δικαίου, θα υπάγεται στη διαδικασία συναπόφασης, στο πλαίσιο της οποίας το Κοινοβούλιο συμμετέχει ενεργά στο νομοθετικό έργο.

2.2. Συνοχή του κοινοτικού νομοθετικού έργου στον τομέα του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου

Δεδομένου ότι οι κανόνες διεθνούς δικαιοδοσίας καθώς και οι κανόνες συνδέσεως που αφορούν τις συμβατικές και εξωσυμβατικές ενοχές, αστικής ή εμπορικής φύσεως, αποτελούν στην πραγματικότητα ένα ενιαίο σύνολο, το γεγονός ότι η σύμβαση της Ρώμης έχει διαφορετική μορφή από τις άλλες κοινοτικές πράξεις ιδιωτικού διεθνούς δικαίου δεν συμβάλλει στη συνοχή αυτού του συνόλου.

Επιπλέον, επειδή η σύμβαση της Ρώμης έχει μορφή διεθνούς συνθήκης, περιέχει ορισμένες διατάξεις που, χάριν συνοχής της κοινοτικής νομοθετικής πολιτικής, θα πρέπει να αναθεωρηθούν.

Πρόκειται κυρίως για τα ακόλουθα άρθρα:

- το δικαίωμα των κρατών μελών για διατύπωση επιφυλάξεων (σχετικά με τα άρθρα 7 παράγραφος 1 και 10 παράγραφος 1 στοιχείο ε)), που προβλέπει το άρθρο 22·
- το δικαίωμα των κρατών μελών που προβλέπει το άρθρο 23 να θεσπίζουν εθνικούς κανόνες συνδέσεως για μια συγκεκριμένη κατηγορία συμβάσεων·
- το δικαίωμα των κρατών μελών που προβλέπεται στο άρθρο 24 να προσχωρούν σε πολυμερείς συμβάσεις ιδιωτικού διεθνούς δικαίου·
- η περιορισμένη διάρκεια (αν και ανανεώσιμη) της σύμβασης (άρθρο 30).

Δεν είναι βέβαιο ότι η ύπαρξη αυτών των διατάξεων συμβιβάζεται με τον στόχο της δημιουργίας ενός πραγματικού ευρωπαϊκού χώρου δικαιοσύνης.

2.3. Η ομοιόμορφη ερμηνεία της σύμβασης από το Δικαστήριο

Από την ανάλυση των πρώτων αποφάσεων που εξέδωσαν τα εθνικά δικαστήρια προκύπτει ότι δεν εξασφαλίζεται πάντοτε ομοιόμορφη εφαρμογή ορισμένων άρθρων της σύμβασης, ιδίως όταν οι εθνικοί δικαστές έχουν την τάση να ερμηνεύουν τη σύμβαση υπό το φως

¹⁷ EE C 19 της 23.1.1999, σ. 1, σημείο 51, στοιχείο γ).

¹⁸ EE C 12 της 15.1.2001, σ. 8

προηγούμενων λύσεων, είτε για να καλύψουν ορισμένα κενά της, είτε για να τροποποιήσουν την ερμηνεία ορισμένων ελαστικών διατάξεων. Ως παραδείγματα τέτοιων αποκλίσεων μπορούν να αναφερθούν τα άρθρα 1 παράγραφος 1 (ουσιαστικό πεδίο εφαρμογής: ορισμός των συμβατικών ενοχών, για παράδειγμα αν περιλαμβάνονται οι διαδοχικές συμβάσεις) ή 3 παράγραφος 1 (ορισμός της σιωπηρής επιλογής: τι γίνεται σε περίπτωση αναφοράς σε μια ειδική νομική έννοια ενός δεδομένου δικαιοϋκικού συστήματος)¹⁹.

Η συνοχή των κανόνων συνδέσεως σε κοινοτικό επίπεδο θα ευνοηθεί αναμφίβολα από την ομοιόμορφη ερμηνεία των κανόνων που περιέχει η σύμβαση της Ρώμης.

Τα κράτη μέλη έχουν εκφράσει με κοινή δήλωση²⁰, τη βούλησή τους να εξετάσουν τη δυνατότητα παροχής ορισμένων αρμοδιοτήτων στο Δικαστήριο. Έτσι, η σύμβαση συμπληρώνεται από δύο πρωτόκολλα που παρέχουν αρμοδιότητα στο Δικαστήριο για την ερμηνεία της. Όμως, τα δύο αυτά πρωτόκολλα δεν έχουν ακόμη τεθεί σε ισχύ²¹.

Με τη μετατροπή της σύμβασης σε κοινοτική πράξη οι αρμοδιότητες του Δικαστηρίου θα είναι οι ίδιες για όλες τις πράξεις ιδιωτικού διεθνούς δικαίου της Κοινότητας. Το δικαστήριο θα μεριμνά έτσι για την ομοιόμορφη ερμηνεία των κοινών νομικών εννοιών της σύμβασης της Ρώμης και του κανονισμού "Βρυξέλλες Ι."²²

Στο πλαίσιο αυτό, θα πρέπει επίσης να ληφθεί υπόψη ότι οι εξουσίες που απονέμονται στο Δικαστήριο στο πλαίσιο του τίτλου IV μπορεί να διευρυνθούν στο μέλλον.

Παραμένει πάντως επιθυμητή η επικύρωση των δύο πρωτοκόλλων της σύμβασης της Ρώμης από όλα τα κράτη μέλη. Πράγματι, όλες οι συμβάσεις που θα έχουν συναφθεί πριν από την έναρξη ισχύος μιας ενδεχόμενης μελλοντικής πράξης "Ρώμη Ι" θα εξακολουθήσουν να υπάγονται στη σύμβαση της Ρώμης, ούτως ώστε η χρησιμότητα των πρωτοκόλλων της να παραμένει ακεραία για αρκετές από τις υφιστάμενες συμβάσεις.

2.4. Εφαρμογή των ομοιόμορφων κανόνων συνδέσεως στα νέα κράτη μέλη

Η σύμβαση της Ρώμης του 1980 αποτελεί μέρος του κοινοτικού κεκτημένου. Με την προοπτική της διεύρυνσης της Ένωσης, η θέσπιση κοινοτικής πράξης θα επέτρεπε την αποφυγή της καθυστέρησης στην έναρξη ισχύος των ομοιόμορφων κανόνων συνδέσεως στις υποψήφιες χώρες λόγω των απαιτούμενων διαδικασιών επικύρωσης.

Αρκεί να υπενθυμίσουμε για παράδειγμα ότι οι συμβάσεις του Funchal²³ και της Ρώμης²⁴, σχετικά με την ένταξη της Ισπανίας και Πορτογαλίας και της Αυστρίας, Φινλανδίας και Σουηδίας αντίστοιχα, εξακολουθούν να μην έχουν επικυρωθεί από όλα τα κράτη μέλη. Δεδομένου δε ότι το αρχικό κείμενο υπέστη ορισμένες μικρές τροποποιήσεις με την ευκαιρία

¹⁹ Ένας άλλος παράγοντας απόκλισης των ερμηνειών είναι ότι ορισμένα κράτη μέλη έχουν επιλέξει την ενσωμάτωση των διατάξεων της σύμβασης στην εθνική τους νομοθεσία δια της νομοθετικής οδού, τροποποιώντας πολλές φορές το αρχικό κείμενο.

²⁰ Για το κείμενο της σύμβασης όπως τροποποιήθηκε από τις διάφορες συμβάσεις προσχώρησης, τις δηλώσεις και τα προσαρτημένα πρωτόκολλα, βλ. παγιασμένη μορφή που δημοσιεύτηκε στην ΕΕ C 27 της 26.1.1998, σ. 34.

²¹ Για να τεθεί σε ισχύ σε όλα τα κράτη μέλη, εκτός από το Βέλγιο και την Ιρλανδία, το πρώτο πρωτόκολλο που παρέχει αρμοδιότητα στο Δικαστήριο απαιτείται η επικύρωση του δεύτερου πρωτοκόλλου από το Βέλγιο· για το στάδιο των επικυρώσεων βλ. <http://ue.eu.int/accords/default.asp>

²² Για παράδειγμα, η έννοια του "καταναλωτή".

²³ ΕΕ αριθ. L 333 της 18.11.1992, σ. 1.

²⁴ ΕΕ αριθ. C 15 της 15.1.1997, σ. 10.

αυτή, υπάρχουν σήμερα στην Ευρωπαϊκή Ένωση δύο διαφορετικά κείμενα της σύμβασης της Ρώμης²⁵.

2.5. Επιλογή της πράξης : κανονισμός ή οδηγία;

Για την επιλογή του είδους της πράξης που πρέπει να εκδοθεί (κανονισμός ή οδηγία) θα πρέπει να ληφθεί υπόψη το γεγονός ότι, σύμφωνα με το πρόγραμμα αμοιβαίας αναγνώρισης, η ύπαρξη ομοιόμορφων κανόνων συνδέσεως συμβάλλει στην αμοιβαία αναγνώριση των δικαστικών αποφάσεων στην Ένωση.

Το γεγονός ότι δεν πρόκειται για ρύθμιση της μιας ή της άλλης πτυχής ενός θέματος - όπως στην περίπτωση των επί μέρους οδηγιών - αλλά για την εναρμόνιση ενός ολόκληρου τομέα - του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου των συμβατικών ενοχών στο σύνολό του πρέπει επίσης να ληφθεί υπόψη.

Φαίνεται ότι οι στόχοι αυτοί μπορούν να επιτευχθούν ευκολότερα εάν η μελλοντική πράξη Ρώμη I έχει τη μορφή κανονισμού. Πράγματι, ο κανονισμός αποτελεί πράξη με άμεση εφαρμογή που δεν εξαρτάται από τις αβεβαιότητες της ενσωμάτωσης μιας οδηγίας.

Ερώτηση 2 : Κρίνετε σκόπιμη τη μετατροπή της σύμβασης της Ρώμης του 1980 σε κοινοτική πράξη; Ποια είναι τα επιχειρήματά σας υπέρ ή κατά ενός τέτοιου εγχειρήματος;

3. ΣΚΟΠΙΜΟΤΗΤΑ ΑΝΑΘΕΩΡΗΣΗΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΤΗΣ ΡΩΜΗΣ ΤΟΥ 1980 ΕΠΙ ΤΗΣ ΟΥΣΙΑΣ

Δεδομένου ότι η σύμβαση της Ρώμης άρχισε να ισχύει μόλις πριν από 11 χρόνια, το γεγονός ότι μελετάται από τώρα η αναθεώρησή της μπορεί να προκαλέσει έκπληξη. Υπάρχουν όμως αρκετά επιχειρήματα υπέρ ενός τέτοιου εγχειρήματος.

Καταρχάς, η εξέταση του ζητήματος της σκοπιμότητας αναθεώρησης του άρθρου 5 σχετικά με την προστασία των καταναλωτών αποτελεί υποχρέωση που ανέλαβαν τα κράτη μέλη κατά την προσχώρηση της Αυστρίας στη σύμβαση της Ρώμης: στην αιτιολογική έκθεση της σύμβασης προσχώρησης διευκρινιζόταν ότι η αναθεώρηση αυτή θα πρέπει να γίνει στο άμεσο μέλλον και προσαρτήθηκε σχετική δήλωση στα πρακτικά της συνδιάσκεψης των κυβερνήσεων των κρατών²⁶.

Πρέπει εν συνεχεία να υπενθυμιστεί ο στενός δεσμός μεταξύ της σύμβασης της Ρώμης και της αντίστοιχης της επί θεμάτων διεθνούς δικαιοδοσίας που είναι η σύμβαση των Βρυξελλών. Κατά τη μετατροπή της τελευταίας σε κοινοτικό κανονισμό πραγματοποιήθηκε και μια αναθεώρηση ορισμένων άρθρων της²⁷. Κατ' ορισμένους, η συνοχή του κοινοτικού ιδιωτικού διεθνούς δικαίου απαιτεί να ληφθούν υπόψη οι τροποποιήσεις αυτές και στη μελλοντική πράξη περί συγκρούσεως νομοθεσιών.

Άλλωστε, υπάρχει εκ των πραγμάτων μια νομολογία που καλύπτει χρονικό διάστημα μεγαλύτερο από εκείνο της ισχύος της σύμβασης. Πράγματι, πολλά από τα υπογράφονται

²⁵ Η τροποποίηση που επήλθε με τη σύμβαση του Funchal αφορά κυρίως την κατάργηση του άρθρου 27 σχετικά με το κατά τόπο πεδίο εφαρμογής της σύμβασης.

²⁶ ΕΕ αριθ. C 191 της 23.6.1997 σ. 11, 12.

²⁷ Ιδίως άρθρα 5, 15 και 22 § 1.

κράτη είχαν ήδη υιοθετήσει μονομερώς τις διατάξεις της στην εθνική τους νομοθεσία προτού τεθεί σε ισχύ η σύμβαση²⁸. Σε άλλα κράτη μέλη, οι δικαστές βασίσθηκαν στους κανόνες της σύμβασης πριν ακόμη αρχίσει να ισχύει.

Με βάση τη νομολογία αυτή, ορισμένοι βασικοί κανόνες της σύμβασης υπήρξαν αφορμή επικρίσεων λόγω ανεπαρκούς ακριβολογίας. Ωστόσο, δεν πρέπει να μας διαφεύγει ότι το όλο θέμα δεν είναι από εκείνα που προσφέρονται πάντα για αυστηρές ρυθμίσεις και ότι πρέπει κατ' ανάγκη να επιδιώκεται μια ισορροπία μεταξύ, αφενός, των κανόνων που αφήνουν απόλυτη ελευθερία στους δικαστές όσον αφορά τον καθορισμό του εφαρμοστέου δικαίου και, αφετέρου, των άκαμπτων κανόνων που δεν αφήνουν περιθώρια για καμία προσαρμογή στη συγκεκριμένη περίπτωση.

Επομένως, το ενδιαφέρον μιας ενδεχόμενης αναθεώρησης επί της ουσίας δεν θα μπορούσε να είναι η διασαφήνιση της παραμικρότερης λεπτομέρειας όλων των σημείων που μπορεί να οδηγήσουν σε αποκλίνουσες ερμηνείες, αλλά μόνον η διευθέτηση των περισσότερο αμφιλεγόμενων στοιχείων. Προτού επανέλθουμε στα στοιχεία αυτά κατ' άρθρο (σημείο 3.2), θα τεθούν ευρύτερα ερωτήματα που αφορούν τη γενική ισορροπία της σύμβασης (σημείο 3.1).

3.1. Ζητήματα γενικής ισορροπίας της σύμβασης

3.1.1. Σχέση μεταξύ των γενικών κανόνων συνδέσεως της σύμβασης της Ρώμης και των κανόνων επιμέρους πράξεων που αφορούν το εφαρμοστέο δίκαιο

3.1.1.1. Ο πολλαπλασιασμός των κανόνων επιμέρους πράξεων που αφορούν το εφαρμοστέο δίκαιο

Πολλά έχουν λεχθεί για τον πολλαπλασιασμό των κοινοτικών πράξεων παράγωγου δικαίου που περιέχουν μεμονωμένους κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου²⁹ ή των κανόνων που καθορίζουν το κατά τόπον πεδίο εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου και επηρεάζουν έτσι το εφαρμοστέο δίκαιο³⁰. Δυνάμει του άρθρου 20 της σύμβασης και των γενικών αρχών του δικαίου³¹, αυτοί οι ειδικοί κανόνες που διέπουν ορισμένα θέματα παρεκκλίνουν από τους

²⁸ Η Δανία, το Λουξεμβούργο, η Γερμανία και το Βέλγιο.

²⁹ Πρόκειται ιδίως για τις ακόλουθες πράξεις: οδηγία σχετικά με την επιστροφή πολιτιστικών αγαθών που έχουν παράνομα απομακρυνθεί από το έδαφος κράτους μέλους (1993/7 της 15ης Μαρτίου 1993)· οδηγία για την "απόσπαση εργαζομένων στο πλαίσιο παροχής υπηρεσιών" (1996/71 της 16ης Δεκεμβρίου 1996). Εξάλλου, υπάρχει ένα σύνολο ομοιόμορφων κανόνων συνδέσεως για τον τομέα των ασφαλίσεων στις ακόλουθες οδηγίες: δεύτερη οδηγία "ασφάλισης ζημιών" (1988/357 της 22ας Ιουνίου 1988) όπως συμπληρώθηκε και τροποποιήθηκε με τις οδηγίες 1992/49 και 2002/13· δεύτερη οδηγία "ασφάλισης ζωής" (1990/619 της 8ης Νοεμβρίου 1990) όπως συμπληρώθηκε και τροποποιήθηκε με τις οδηγίες 1992/96 και 2002/12.

³⁰ Ορισμένες οδηγίες περιέχουν πράγματι μια ρήτρα η οποία, παρόλο που δεν αποτελεί καθαυτού κανόνα συνδέσεως, δεν παύει να επηρεάζει το ζήτημα του εφαρμοστέου δικαίου στη σύμβαση. Εφόσον η σύμβαση παρουσιάζει στενό σύνδεσμο με το έδαφος ενός ή περισσότερων κρατών μελών, οι ρήτρες αυτές αποσκοπούν στην εξασφάλιση της εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου, αν τα μέρη επιλέξουν το δίκαιο μιας τρίτης χώρας. Τέτοιες ρήτρες περιέχονται στις ακόλουθες πράξεις: οδηγία για τις "καταχρηστικές ρήτρες" (1993/13 της 5ης Απριλίου 1993)· οδηγία για την "χρονομεριστική μίσθωση" (1994/47 της 26ης Οκτωβρίου 1994)· οδηγία 97/7 της 20ής Μαΐου 1997 για την προστασία των καταναλωτών κατά τις εξ αποστάσεως συμβάσεις· οδηγία 1944/44 της 25ης Μαΐου 1999 σχετικά με ορισμένες πτυχές της πώλησης και των εγγυήσεων καταναλωτικών αγαθών· οδηγία 2002/65 της 23ης Σεπτεμβρίου 2002 σχετικά με την εξ αποστάσεως εμπορία χρηματοοικονομικών υπηρεσιών προς τους καταναλωτές.

³¹ «*Generalia specialibus derogant*», που σημαίνει ότι ειδικοί νόμοι υπερισχύουν των νόμων γενικής ισχύος.

κανόνες της σύμβασης που είναι γενικής ισχύος. Στις περισσότερες περιπτώσεις, αυτοί οι επί μέρους κανόνες αποσκοπούν στην ενίσχυση της προστασίας των λεγόμενων "ασθενέστερων" συμβαλλομένων³².

Ο πολλαπλασιασμός των πράξεων αυτών, ωστόσο, οδηγεί σε κάποιο προβληματισμό. Σύμφωνα με ορισμένους, υπονομεύει τη συνοχή του συνόλου των κανόνων συνδέσεως που ισχύουν στην Ένωση. Σαν παράδειγμα αναφέρονται συχνά οι κανόνες καθορισμού του εφαρμοστέου δικαίου που περιέχονται στις οδηγίες με στόχο τη βελτίωση της προστασίας των καταναλωτών, οι οποίοι αφενός χρησιμοποιούν μηχανισμούς διαφορετικούς από εκείνους των καθαυτού κανόνων συνδέσεως³³ και, αφετέρου, περιέχουν λύσεις που διαφέρουν κάπως από τη μία πράξη στην άλλη. Επιπλέον, όταν τα κράτη μέλη ενσωματώνουν τις οδηγίες δεν τηρούν πάντα το πνεύμα τους, ιδίως όταν ένας διμερής κανόνας καθίσταται μονομερής³⁴.

Κατ' άλλους, στο πλαίσιο της γενικότερης συζήτησης που διεξάγεται στην Ευρωπαϊκή Ένωση σχετικά με την κωδικοποίηση του κεκτημένου προκειμένου να βελτιωθεί η διαφάνεια³⁵, η διασπορά αυτή των κανόνων συνδέσεως θα δημιουργούσε αβεβαιότητα, ιδίως στους ασκούντες νομικά επαγγέλματα, ως προς την εφαρμοστέα διάταξη.

3.1.1.2. Προτεινόμενες λύσεις

Οι λύσεις που συζητούνται σήμερα είναι διάφορες, ξεκινώντας από τα μέτρα που θα επιτρέπουν στους ασκούντες νομικά επαγγέλματα να προσανατολιστούν ευκολότερα μέσα από το πλήθος των ισχυόντων κειμένων και φθάνοντας σε μία πραγματική κωδικοποίηση των κανόνων συνδέσεως του κοινοτικού δικαίου:

- i) Προκειμένου να διευκολυνθεί η αναζήτηση των ισχυόντων κειμένων, θα μπορούσε να προβλεφθεί ένα παράρτημα στη μελλοντική πράξη που θα περιλαμβάνει έναν κατάλογο με τα επιμέρους κείμενα παράγωγου δικαίου που περιέχουν κανόνες συνδέσεως, και ο οποίος θα ενημερώνεται κάθε φορά που θα θεσπίζεται σχετικό κείμενο.
- ii) Οι ειδικοί κανόνες θα μπορούσαν να περιληφθούν στο κείμενο της μελλοντικής κοινοτικής πράξης. Στην περίπτωση αυτή, το πραγματικό πρόβλημα είναι κατά πόσον χρειάζεται ένα γενικό κείμενο που θα καλύπτει το σύνολο των κανόνων συνδέσεως του κοινοτικού δικαίου στον τομέα των συμβάσεων. Εκ των πραγμάτων,

³² Η θέσπιση διατάξεων σχετικά με το κατάופן πεδίο εφαρμογής των οδηγιών "προστασίας του καταναλωτή" οφείλεται κυρίως στο γεγονός ότι η προστασία που προβλέπεται στο άρθρο 5 της σύμβασης δεν θεωρείται πάντοτε κατάλληλη· πρβλ. ανωτέρω σημείο 3.2.7..

³³ Πρβλ. ανωτέρω υποσημ. 30.

³⁴ Οι περισσότεροι κανόνες συγκρούσεως είναι διμερείς, δηλαδή ορίζουν αδιακρίτως, ανάλογα με τα δεδομένα της συγκεκριμένης περίπτωσης, ένα αλλοδαπό δίκαιο ή το δίκαιο του επιληφθέντος δικαστηρίου. Σαν παράδειγμα μπορεί να αναφερθεί ο γαλλικός κανόνας σύμφωνα με τον οποίο ο δικαστής, για να καθορίσει την ιθαγένεια του παιδιού, πρέπει να εφαρμόσει τη νομοθεσία της ιθαγένειας της μητέρας. Εάν η μητέρα είναι Γαλλίδα, το γαλλικό δικαστήριο θα εφαρμόσει τη γαλλική νομοθεσία. Εάν είναι Ιταλίδα, θα εφαρμόσει την ιταλική νομοθεσία. Σύμφωνα με τη μέθοδο του μονομερούς καθορισμού, αντίθετα, που σήμερα αποτελεί εξαίρεση, κάθε κράτος περιορίζεται να καθορίζει τις περιπτώσεις όπου έχει εφαρμογή η δική του νομοθεσία. Για παράδειγμα, μπορούμε να αναφέρουμε το άρθρο 3 εδάφιο 3, του γαλλικού αστικού κώδικα: "Οι νόμοι σχετικά με την κατάσταση και την ικανότητα των προσώπων διέπουν τους Γάλλους, ακόμη και αν κατοικούν σε ξένη χώρα."

³⁵ Πρβλ. ανακοίνωση της Επιτροπής προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο σχετικά με την κωδικοποίηση του κοινοτικού κεκτημένου, COM (2001) 645 τελικό, 21.11.2001.

τίθεται έτσι το ζήτημα της "κωδικοποίησης" του κοινοτικού κεκτημένου στον τομέα αυτό.

- iii) Οι κανόνες των επί μέρους πράξεων που καθορίζουν το εφαρμοστέο δίκαιο αποσκοπούν κατά κανόνα στη βελτίωση της προστασίας των ασθενέστερων συμβαλλομένων. Στην παρούσα πράσινη βίβλο αναφέρονται ακριβώς διάφορες θεωρίες που διατυπώνονται σήμερα αφενός για την εισαγωγή μιας γενικής ρήτρας που θα εγγυάται την εφαρμογή ενός ελάχιστου επιπέδου κοινοτικής προστασίας (πβλ. σημείο 3.1.2 κατωτέρω) και αφετέρου για τον ενδεχόμενο εκσυγχρονισμό του άρθρου 5 της σύμβασης (πβλ. σημείο 3.2.7 κατωτέρω). Σε περίπτωση που πραγματοποιηθούν οι εν λόγω τροποποιήσεις, ορισμένοι έχουν ήδη προτείνει να καταργηθούν οι κανόνες που περιέχονται σε επιμέρους πράξεις

Ερώτηση 3 : Έχετε επίγνωση των δυσχερειών που παρουσιάζονται λόγω του πολλαπλασιασμού και της διασποράς των κανόνων καθορισμού του εφαρμοστέου δικαίου σε διάφορες επί μέρους πράξεις παράγωγου δικαίου; Εάν ναι, ποια είναι κατά τη γνώμη σας η καλύτερη λύση για την αντιμετώπισή τους;

3.1.2. Ρήτρα που εγγυάται την εφαρμογή του ελάχιστου κοινοτικού επιπέδου προστασίας, εφόσον όλα ή μερικά από τα δεδομένα της σύμβασης βρίσκονται στην Κοινότητα

3.1.2.1. Ο κίνδυνος μη εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου, αν και όλα τα δεδομένα της συγκεκριμένης περίπτωσης βρίσκονται στο έδαφος της Ένωσης

Υπάρχουν και θα υπάρχουν πάντοτε καταστάσεις κατά τις οποίες, λόγω των ιδιαίτερων περιστάσεων της συγκεκριμένης περίπτωσης, το ασθενέστερο μέρος δεν επωφελείται των προστατευτικών διατάξεων της σύμβασης. Η εφαρμογή της αρχής της αυτονομίας της βουλήσεως μπορεί στην περίπτωση αυτή να οδηγήσει στην εφαρμογή της νομοθεσίας ενός τρίτου κράτους. Εφόσον όλα τα εμπλεκόμενα μέρη είναι κοινοτικοί υπήκοοι, αυτή η λύση μπορεί να αποδειχθεί αντίθετη προς το πνεύμα της σύμβασης και του κοινοτικού δικαίου γενικότερα.

Όπως θα αποδειχθεί κατωτέρω (βλ. σημείο 3.2.7), υπάρχουν περιπτώσεις που ο λεγόμενος "κινούμενος" καταναλωτής δεν προστατεύεται έναντι της εφαρμογής της νομοθεσίας τρίτης χώρας: για παράδειγμα, όταν ένας πορτογάλος καταναλωτής μετακινείται στο Βέλγιο για να πραγματοποιήσει μια αγορά, καμία διάταξη της σύμβασης της Ρώμης δεν απαγορεύει από στον έμπορο να υπαγάγει τη σύμβαση στη νομοθεσία μιας μη ευρωπαϊκής χώρας στην οποία δεν ισχύει κανένας κανόνας σχετικά με την προστασία των καταναλωτών³⁶.

Οπωσδήποτε, δεν πρέπει να ξεχνάμε ότι η προστασία των ασθενέστερων μερών εξασφαλίζεται επίσης και κυρίως από πολλές κοινοτικές οδηγίες που περιέχουν πλέον κανόνες σχετικά με το πεδίο εφαρμογής τους, ακριβώς για να αποκλείεται η αποφυγή της εφαρμογής τους, με την απλή επιλογή της νομοθεσίας τρίτου κράτους (πβλ. σημείο 3.1.1. ανωτέρω), είναι πλέον αρκετά εκτεταμένη. Όμως, κατ' ορισμένους, η προσφυγή σε έναν τέτοιο μηχανισμό δεν αρκεί: εκτός από κάποια δυσκολία στη διαπίστωση του εφαρμοστέου

³⁶ Οπωσδήποτε υπάρχουν πάντοτε οι "ασπίδες προστασίας" που είναι οι "κανόνες δημοσίας τάξεως" - δηλαδή οι κανόνες που ο δικαστής μπορεί να εφαρμόζει ανεξάρτητα από το δίκαιο που εφαρμόζεται στη σύμβαση (πβλ. σημείο 3.2.8. κατωτέρω). Ωστόσο, αυτός ο μηχανισμός έχει μειονεκτήματα: δεν υπάρχουν παρά ελάχιστοι κανόνες που έχουν σαφώς αυτόν τον χαρακτήρα - επομένως δεν εξασφαλίζεται καθόλου η προβλεψιμότητα των νομικών λύσεων.

κανόνα, οι κατά τομείς οδηγίες - όπως μαρτυρά και ο τίτλος τους - δεν ρυθμίζουν όλα τα θέματα του αστικού δικαίου, αλλά μόνο ορισμένες πτυχές του δικαίου των συμβάσεων. Τέλος, η μέθοδος θέσπισης των κατά τομείς οδηγιών είναι επίσης ανεπαρκής, εφόσον σε περίπτωση μη ενσωμάτωσης ή εσφαλμένης ενσωμάτωσής τους ο καταναλωτής δεν μπορεί να επικαλεστεί τις διατάξεις τους έναντι του αντισυμβαλλομένου³⁷.

3.1.2.2. Προτεινόμενες λύσεις

Ο εκσυγχρονισμός των άρθρων 5 και 6, που θα εξετασθεί στο σημείο 3.2.7 κατωτέρω, θα επιτρέψει οπωσδήποτε να αντιμετωπισθούν ορισμένα κενά που προκύπτουν από τη σύνταξή τους. Θα πρέπει, ωστόσο, να εξεταστεί μια άλλη λύση, που συνίσταται στην εισαγωγή μιας ρήτρας για την καθιέρωση ενός ελάχιστου κοινοτικού επιπέδου, εφόσον όλα τα δεδομένα της σύμβασης, ή και ορισμένα ιδιαίτερα σημαντικά, βρίσκονται στην Κοινότητα.

Μια τέτοια ρήτρα θα μπορούσε να βασίζεται στο ισχύον άρθρο 3 παράγραφος 3 της σύμβασης, που ορίζει ότι *"όταν κατά τον χρόνο της επιλογής όλα τα άλλα δεδομένα της περίπτωσης εντοπίζονται σε μία μόνο χώρα"*, η επιλογή αλλοδαπού δικαίου από τα συμβαλλόμενα μέρη δεν είναι δυνατόν να θίξει την εφαρμογή των διατάξεων αναγκαστικού δικαίου της χώρας αυτής.

Μια μελλοντική πράξη "Ρώμη Ι" θα μπορεί να ορίζει ότι, εφόσον μια οδηγία απαιτεί την τήρηση ελάχιστων κανόνων, οι συμβαλλόμενοι δε θα μπορούν να αποφύγουν την εφαρμογή τους, επιλέγοντας την εφαρμογή της νομοθεσίας ενός τρίτου κράτους για συμβάσεις που έχουν καθαρά εσωτερικό χαρακτήρα για την Κοινότητα. Έχει προταθεί να διατυπωθεί ως εξής η σχετική διάταξη: *"Η επιλογή από τα συμβαλλόμενα μέρη της νομοθεσίας ενός τρίτου κράτους δεν μπορεί, εφόσον όλα τα δεδομένα της περίπτωσης εντοπίζονται, κατά τον χρόνο σύναψης της σύμβασης, σε ένα ή περισσότερα κράτη μέλη, να θίξει την εφαρμογή των διατάξεων αναγκαστικού δικαίου της κοινοτικής νομοθεσίας"*.³⁸

Η πρόταση αυτή θα πρέπει επίσης να αξιολογηθεί υπό το φως της νομολογίας του Δικαστηρίου στην υπόθεση *Ingmar*. Πράγματι, παρόλο που τα στοιχεία της υπόθεσης αυτής δεν βρίσκονταν όλα εντός Κοινότητας - ο αντιπροσωπευόμενος ήταν εγκατεστημένος στις Ηνωμένες Πολιτείες, το Δικαστήριο δέχθηκε ότι ο εμπορικός αντιπρόσωπος ασκούσε τη δραστηριότητά του σε κράτος μέλος, για να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι ήταν εφαρμοστέα ορισμένα άρθρα της οδηγίας 86/653 σχετικά με τους εμπορικούς αντιπροσώπους³⁹.

Ερώτηση 4 : Θεωρείτε ότι πρέπει να θεσπιστεί μια ρήτρα γενικής φύσεως που εγγυάται την εφαρμογή ενός ελάχιστου κοινοτικού επιπέδου εφόσον όλα τα δεδομένα της σύμβασης, ή και ορισμένα ιδιαίτερα σημαντικά, βρίσκονται στην Κοινότητα; Η διατύπωση που προτείνεται στο σημείο 3.1.2.2 επιτρέπει την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου;

³⁷ Λόγω του ότι οι οδηγίες δεν έχουν άμεσο οριζόντιο αποτέλεσμα. Μια τέτοια περίπτωση μη ενσωμάτωσης της οδηγίας 85/577 της 20.12.1985 για την προστασία των καταναλωτών κατά τη σύναψη συμβάσεων εκτός εμπορικού καταστήματος από την Ισπανία οδήγησε στη γερμανική νομολογία της λεγόμενης "υπόθεσης των Καναρίων".

³⁸ Για την έννοια της "διάταξης αναγκαστικού δικαίου" βλ. κατωτέρω σημείο 3.2.8.

³⁹ ΔΕΚ, 9.11.2000, *Ingmar GB Ltd κατά Eaton Loanard Technologies Inc*, υπόθεση C-381/98.

3.1.3. Σχέσεις με τις ισχύουσες ανάλογες διεθνείς συμβάσεις

Ακόμα και στο πλαίσιο μιας κοινοτικής πράξης, θα ήταν δυνατό να συνεχίσουν τα κράτη μέλη να εφαρμόζουν τους κανόνες συνδέσεως που περιέχονται στις διεθνείς συμβάσεις στις οποίες είναι σήμερα συμβαλλόμενα μέρη. Στόχος της λύσης αυτής είναι η αποφυγή συγκρούσεων μεταξύ των κανόνων που προβλέπουν οι εν λόγω συμβάσεις και εκείνων που προβλέπει η κοινοτική πράξη. Εξάλλου, με τον τρόπο αυτό, τα κράτη μέλη που συμμετέχουν ήδη στις συμβάσεις αυτές δεν θα ήταν υποχρεωμένα να τις καταγγείλουν.

Η λύση αυτή παρουσιάζει οπωσδήποτε το μειονέκτημα ότι επιτρέπει στα εν λόγω κράτη να εφαρμόζουν κανόνες που μπορεί να αποκλίνουν από εκείνους που προβλέπει η κοινοτική πράξη, υπονομεύοντας έτσι τη δημιουργία ενός πραγματικού κοινού χώρου δικαιοσύνης. Ωστόσο, ο κίνδυνος αυτός είναι περιορισμένος, δεδομένου, αφενός, ότι το περιεχόμενο των κανόνων αυτών είναι ήδη γνωστό και, αφετέρου, ότι τα κράτη μέλη δεν θα έχουν πλέον τη δυνατότητα να προσχωρούν ατομικά σε άλλες συμβάσεις, εφόσον εκδοθεί η προτεινόμενη κοινοτική πράξη. Πράγματι, σύμφωνα με τη νομολογία στην υπόθεση "AETR"⁴⁰, η έκδοση κοινοτικής πράξης με την οποία θεσπίζονται ομοιόμορφοι κανόνες συνδέσεως στον τομέα των συμβάσεων, αστικού ή εμπορικού χαρακτήρα, παρέχει αποκλειστική αρμοδιότητα στην Κοινότητα για τη διαπραγμάτευση και έγκριση των διεθνών πράξεων στον τομέα αυτό.

Η δυνατότητα αυτή μπορεί επίσης να συνοδεύεται από υποχρέωση των κρατών μελών να κοινοποιούν τις σχετικές διεθνείς συμβάσεις στις οποίες συμμετέχουν, προκειμένου να εξασφαλιστεί η διαφάνεια και η ασφάλεια δικαίου. Ο κατάλογος αυτός θα μπορούσε ενδεχομένως να προσαρτηθεί σε μια μελλοντική πράξη "Ρώμη Ι".

Ερώτηση 5 : Έχετε παρατηρήσεις σχετικά με τις ανωτέρω προτάσεις;

3.2. Προβλήματα κατά την εφαρμογή των διαφόρων άρθρων

3.2.1. Πεδίο εφαρμογής της σύμβασης - αποκλεισμός των συμφωνιών διαιτησίας και επιλογής δικαστηρίου (άρθρο 1, παράγραφος 2, στοιχείο δ))

Η σύμβαση αποκλείει από το πεδίο εφαρμογής της τις συμφωνίες διαιτησίας - οι οποίες, σε περίπτωση διαφοράς, προβλέπουν τον ορισμό διαιτητή ή διαιτητικού δικαστηρίου αντί κρατικού δικαστηρίου - και τις ρήτρες επιλογής δικαστηρίου - δηλαδή ρήτρες με τις οποίες ορίζεται το κρατικό δικαστήριο που είναι αρμόδιο σε περίπτωση διαφοράς, αναφερόμενες επίσης και ως "ρήτρες δικαιοδοσίας".

Ο αποκλεισμός των συμφωνιών διαιτησίας είναι ίσως λιγότερο προβληματικός λόγω του μεγάλου αριθμού των σχετικών συνθηκών. Οι συνθήκες όμως αυτές αφορούν συνήθως την αναγνώριση και την εκτέλεση της διαιτητικής απόφασης παρά το εφαρμοστέο δίκαιο στην ίδια τη συμφωνία διαιτησίας.

Ως προς τις ρήτρες περί δικαιοδοσίας, το άρθρο 23 του κανονισμού "Βρυξέλλες Ι" περιέχει βεβαίως κανόνες ουσιαστικού δικαίου, που προβλέπουν απευθείας ορισμένες προϋποθέσεις για την ισχύ των εν λόγω ρητρών, αλλά δεν απαντά σε όλα τα ερωτήματα που προκύπτουν.

Ερώτηση 6: Πιστεύετε ότι θα ήταν χρήσιμοι οι κανόνες συνδέσεως σχετικά με τις ρήτρες διαιτησίας και επιλογής δικαστηρίου;

⁴⁰ ΔΕΚ 31.3.1971, Επιτροπή κατά Συμβουλίου, υπόθεση 22/70, Συλλογή 263.

3.2.2. Κανόνες εφαρμοστέοι στις ασφαλιστικές συμβάσεις (άρθρο 1, παράγραφος 3)

3.2.2.1. Η παρούσα κατάσταση

Η σύμβαση αποκλείει από το πεδίο εφαρμογής της τις ασφαλιστικές συμβάσεις που καλύπτουν κινδύνους εντοπιζόμενους στο έδαφος της Ένωσης. Ο λόγος του αποκλεισμού αυτού είναι ότι, παράλληλα με τις διαπραγματεύσεις για τη σύμβαση της Ρώμης, μια άλλη ομάδα εμπειρογνομόνων είχε αρχίσει τις εργασίες της που αφορούσαν ακριβώς το καθεστώς ιδιωτικού διεθνούς δικαίου και την ελευθερία παροχής υπηρεσιών στον τομέα των ασφαλίσεων. Η σύγκρουση νόμων στον τομέα των ασφαλίσεων διέπεται από διάφορες επιμέρους οδηγίες⁴¹.

Συνεπώς, υπάρχουν τρεις διαφορετικές περιπτώσεις ανάλογα με το κατά πόσον ο κίνδυνος εντοπίζεται ή μη στο έδαφος κράτους μέλους, αφενός, και κατά πόσον ο ασφαλιστής είναι εγκατεστημένος στην Κοινότητα, αφετέρου:

- (α) Ο κίνδυνος εντοπίζεται εκτός του εδάφους της Ένωσης: το εφαρμοστέο δίκαιο καθορίζεται σύμφωνα με τους κανόνες της σύμβασης, είτε ο ασφαλιστής είναι εγκατεστημένος στην Κοινότητα είτε όχι· κατ' εφαρμογή των γενικών κανόνων της σύμβασης (άρθρο 4), ελλείψει επιλογής νομοθεσίας, η σύμβαση τεκμαίρεται ότι συνδέεται στενότερα με τη χώρα στην οποία είναι εγκατεστημένος ο ασφαλιστής.
- (β) Ο κίνδυνος βρίσκεται εντός της Ένωσης και ασφαρίζεται από φορέα εγκατεστημένο στην Κοινότητα: το εφαρμοστέο δίκαιο καθορίζεται σύμφωνα με τους κανόνες των ασφαλιστικών οδηγιών που διαφέρουν αισθητά από τις γενικές λύσεις της σύμβασης. Η οδηγία 90/619 για τις ασφαλίσεις ζωής διατυπώνει τον γενικό κανόνα ότι, εφόσον ο αντισυμβαλλόμενος είναι ιδιώτης, εφαρμόζεται η νομοθεσία του κράτους της συνήθους διαμονής του. Η λύση αυτή, με την οποία ο αντισυμβαλλόμενος αντιμετωπίζεται όπως ο καταναλωτής, είναι εκείνη που ισχύει και στα περισσότερα τρίτα κράτη.
- (γ) Ο κίνδυνος βρίσκεται στην Ένωση και ασφαρίζεται από φορέα που δεν είναι εγκατεστημένος στην Κοινότητα: το εφαρμοστέο δίκαιο καθορίζεται σύμφωνα με τους εθνικούς κανόνες συνδέσεως κάθε κράτους μέλους· δεν υπάρχει εναρμονισμένη λύση σε κοινοτικό επίπεδο.

3.2.2.2. Ερωτήματα σχετικά με την παρούσα κατάσταση

Η παρούσα κατάσταση αποτελεί αντικείμενο επικρίσεων εκ μέρους των ειδικών του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου, κυρίως διότι ελάχιστα ικανοποιεί την ανάγκη διαφάνειας του κοινοτικού δικαίου· οι ειδικοί του δικαίου των ασφαλίσεων μπορούν να διαπιστώσουν ποιες είναι οι εφαρμοστέες διατάξεις, αλλά αυτό δεν συμβαίνει πάντοτε με το ευρύ κοινό.

Εν συνεχεία τίθεται το ερώτημα κατά πόσον στην περίπτωση (α), όπου εφαρμόζεται το δίκαιο του ασφαλιστή, τηρείται η γενική αρχή που διατυπώνεται ρητά και στον κανονισμό

⁴¹ Πρόκειται για τις οδηγίες που έχουν ήδη αναφερθεί ανωτέρω στην υποσημείωση 29. Επισημαίνεται ότι το Συμβούλιο διατύπωσε στις 27 Μαΐου 2002 μια κοινή θέση για τη θέσπιση παγιωμένης μορφής των οδηγιών ασφάλισης ζωής (ΕΕ C 170 της 16.7.2002, σ. 45). Επίσης πραγματοποιούνται εργασίες για τη θέσπιση παγιωμένης μορφής των οδηγιών ασφάλισης ζημιών που θα ολοκληρωθούν κατά το 2003.

"Βρυξέλλες Ι"⁴² να εξασφαλίζεται υψηλό επίπεδο προστασίας του αντισυμβαλλομένου ιδιώτη.

Τέλος, προκαλεί κάποια έκπληξη το γεγονός ότι δεν υπάρχουν εναρμονισμένοι κανόνες συνδέσεως για την περίπτωση (γ) που περιγράφεται ανωτέρω (κίνδυνος εντοπιζόμενος στην Ευρωπαϊκή Ένωση και ασφαλιζόμενος από φορέα που δεν είναι εγκατεστημένος στην Κοινότητα). Οι ειδικοί σε θέματα ασφαλίσεων υπογραμμίζουν, πάντως, ότι στην πράξη δεν υπάρχει λόγος να ασχοληθούμε με την περίπτωση (γ), δεδομένου ότι οι κανόνες σχετικά με την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών υποχρεώνουν τον μη κοινοτικό φορέα παροχής της υπηρεσίας να επιλέξει έναν τόπο εγκατάστασης στην Ένωση, με αποτέλεσμα να υπάρχουν στην ευρωπαϊκή νομοθεσία.

3.2.2.3. Οι προτεινόμενες λύσεις

Τα στοιχεία που θα μπορούσαν να εξεταστούν είναι τα ακόλουθα:

Ο ειδικός χαρακτήρας των ασφαλιστικών συμβάσεων λαμβάνεται επαρκώς υπόψη από τους γενικούς κανόνες της σύμβασης κατά την εφαρμογή τους στην προαναφερθείσα περίπτωση α); Μήπως θα ήταν προτιμότερο να θεσπιστεί, κατά το υπόδειγμα του κανονισμού "Βρυξέλλες Ι", ένας ειδικός κανόνας συνδέσεως για το θέμα αυτό; Ή μήπως η Κοινότητα θα πρέπει να αγνοήσει, όπως τα περισσότερα τρίτα κράτη, τους κινδύνους που δεν βρίσκονται στο έδαφός της;

Για να βελτιωθεί η διαφάνεια της κοινοτικής νομοθεσίας, θα μπορούσαν να ενσωματωθούν σε μια μελλοντική πράξη "Ρώμη Ι" οι ειδικοί κανόνες για τις ασφαλίσεις. Ωστόσο, στην περίπτωση που η πράξη έχει τη μορφή κανονισμού, δεν είναι βέβαιο ότι οι εν λόγω κανόνες θα συμβιβάζονται με τη μορφή αυτή: κατά τη θέσπιση των ασφαλιστικών οδηγιών, ο κοινοτικός νομοθέτης θέλησε πράγματι να αφήσει ορισμένα περιθώρια ελιγμών στα κράτη μέλη όσον αφορά τα κριτήρια συνδέσεως που απαιτούνται για την εφαρμογή της νομοθεσίας του αντισυμβαλλομένου, ελευθερία που ελάχιστα συμβιβάζεται με τη μορφή του κανονισμού. Τα περισσότερα κράτη μέλη εξέφρασαν, στο πλαίσιο των εργασιών της Επιτροπής με θέμα "ασφαλίσεις και ηλεκτρονικό εμπόριο", την επιθυμία τους να μην ενταχθούν οι κανόνες συνδέσεως στη Σύμβαση της Ρώμης ή στην πράξη που θα την αντικαταστήσει.

Η δημιουργία ενός ειδικού παραρτήματος, που θα ενημερώνεται τακτικά, με τους κανόνες συνδέσεως που περιέχονται στις επιμέρους πράξεις (πρβλ. σημείο 3.1.1.2 ανωτέρω) θα συντελούσε στη βελτίωση της ευχέρειας ανάγνωσης και της διαφάνειας των εφαρμοστέων κανόνων.

Ερώτηση 7 : Πώς αξιολογείτε τους ισχύοντες κανόνες περί ασφαλίσεων; Πιστεύετε ότι οι περιπτώσεις α) και γ) αντιμετωπίζονται σήμερα ικανοποιητικά; Ποιο μέσο προτείνετε για την αντιμετώπιση των ενδεχόμενων δυσχερειών;

3.2.3. Αυτονομία της βουλήσεως (άρθρο 3 παράγραφος 1) - Ζητήματα σχετικά με την επιλογή μη κρατικών κανόνων δικαίου

Αποτελεί όλο και πιο συνήθη πρακτική στον τομέα του διεθνούς εμπορίου οι συμβαλλόμενοι να παραπέμπουν όχι στο δίκαιο του ενός ή του άλλου κράτους, αλλά απευθείας στους κανόνες μιας διεθνούς σύμβασης, όπως η σύμβαση της Βιέννης της 11ης Απριλίου 1980

⁴² Η σύμβαση των Βρυξελλών του 1968 περιείχε ήδη στο τμήμα 3 ειδικούς κανόνες δικαιοδοσίας.

σχετικά με τη διεθνή πώληση εμπορευμάτων, στα διεθνή εμπορικά ήθη, στις γενικές αρχές του δικαίου, στην *lex mercatoria* ή ακόμη και σε πρόσφατες ιδιωτικές κωδικοποιήσεις όπως οι αρχές UNIDROIT για τις συμβάσεις του διεθνούς εμπορίου.

Οι εν λόγω επιλογές δεν φαίνεται να αποτελούν, σύμφωνα με το πνεύμα των συντακτών της σύμβασης της Ρώμης, επιλογή δικαίου κατά την έννοια του άρθρου 3, που αφορά μόνο την επιλογή κρατικού δικαίου: η σύμβαση που περιέχει μια τέτοια επιλογή θα διέπεται από το εφαρμοστέο δίκαιο ελλείψει επιλογής (άρθρο 4), το οποίο και καθορίζει τη θέση των εν λόγω μη κρατικών κανόνων που επέλεξαν οι συμβαλλόμενοι⁴³. Συνήθως οι περισσότεροι μελετητές απορρίπτουν επίσης αυτή τη δυνατότητα επιλογής μη κρατικών κανόνων, με το σκεπτικό ιδίως ότι οι κανόνες αυτοί δεν αποτελούν ακόμη ένα συνεκτικό και πλήρες σύνολο διατάξεων.

Αντιθέτως, άλλοι επιθυμούν η επιλογή μη κρατικών κανόνων δικαίου να αποτελεί επιλογή εφαρμοστέου δικαίου κατά την έννοια του άρθρου 3 της σύμβασης της Ρώμης⁴⁴. Ένας από τους λόγους που επικαλούνται όσοι υποστηρίζουν τη λύση αυτή είναι ότι δεν υπάρχει λόγος να στερηθεί ο εθνικός δικαστής από την πρακτική αυτή, ενώ γίνεται δεκτή, σε πολλά κράτη, για τους διαιτητές.

Όσον αφορά πιο συγκεκριμένα την επιλογή από τους συμβαλλόμενους των κανόνων της σύμβασης της Βιέννης της 11ης Απριλίου 1980, τα δικαστήρια των Κάτω Χωρών έχουν αποφανθεί δύο φορές ότι τα συμβαλλόμενα μέρη είναι ελεύθερα να ορίσουν τη σύμβαση της Βιέννης ως εφαρμοστέο δίκαιο στη σύμβασή τους, αν και επρόκειτο για περιπτώσεις στις οποίες η σύμβαση αυτή δεν εφαρμόζεται άμεσα δυνάμει των δικών της κανόνων.⁴⁵ Παραμένει το ζήτημα των αποτελεσμάτων αυτού του καθορισμού: Φαίνεται να επιβάλλεται διάκριση μεταξύ των συμβάσεων με καθαρά εσωτερικό χαρακτήρα, αφενός και συμβάσεων με "διεθνή" στοιχεία, αφετέρου. Γι' αυτές τις τελευταίες, το ανώτατο δικαστήριο των Κάτω Χωρών δέχτηκε ότι η επιλογή της σύμβασης της Βιέννης απέκλειε την εφαρμογή των κανόνων αναγκαστικού δικαίου της εφαρμοστέας νομοθεσίας ελλείψει επιλογής⁴⁶. Φαίνεται επομένως ότι η επιλογή των συμβαλλομένων αποτελεί, κατά τη νομολογία του Hoge Raad, επιλογή δικαίου κατά την έννοια του άρθρου 3.

Ερώτηση 8 : Κατά τη γνώμη σας, οι συμβαλλόμενοι θα πρέπει να έχουν τη δυνατότητα απευθείας επιλογής μιας διεθνούς σύμβασης ή ακόμη των γενικών αρχών του δικαίου; Ποια είναι τα επιχειρήματα υπέρ ή κατά της λύσης αυτής;

⁴³ Βλ. σχετικά P. LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, RCDIP, 1980.287.

⁴⁴ Πβλ. ιδίως K. BOELE-WOELKI, *Principles and Private International Law - The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law : How to Apply them to International Contracts*, *Uniform Law Review*, 1996.652.

⁴⁵ Το άρθρο 1, παράγραφος 1 της σύμβασης ορίζει ότι εφαρμόζεται "στις συμβάσεις πώλησης εμπορευμάτων μεταξύ συμβαλλομένων που είναι εγκατεστημένοι σε διαφορετικά κράτη μέλη: α) εφόσον τα κράτη αυτά είναι συμβαλλόμενα κράτη ή β) εφόσον οι κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου οδηγούν στην εφαρμογή της νομοθεσίας ενός συμβαλλομένου κράτους".

⁴⁶ Hooge Rad, 26.5.1989, NJ 1992.105 και 5.1.2001, NJ 2001.391.

3.2.4. Αυτονομία της βουλήσεως - σιωπηρή επιλογή εφαρμοστέου δικαίου (άρθρο 3 παράγραφος 1)

3.2.4.1. Η πρόθεση του νομοθέτη

Εφόσον γίνεται δεκτή η αρχή της αυτονομίας της βουλήσεως, θα πρέπει να υπάρχει βεβαιότητα ότι τα συμβαλλόμενα μέρη άσκησαν πράγματι το δικαίωμα της επιλογής του εφαρμοστέου στη σύμβασή τους δικαίου. Σύμφωνα με το άρθρο 3 παράγραφος 1 δεύτερη φράση "η επιλογή αυτή πρέπει να είναι ρητή ή να συνάγεται με βεβαιότητα από τις διατάξεις της σύμβασης ή τα δεδομένα της υπόθεσης". Επισημαίνεται ότι ορισμένες μεταφράσεις της σύμβασης φαίνονται πιο ελαστικές από άλλες⁴⁷, και από τις διαφορές αυτές είναι δυνατό να προκύψουν αποκλίνουσες ερμηνείες.

Πρόθεση του νομοθέτη ήταν η αποδοχή μιας σαφούς επιλογής, έστω και σιωπηρής. Επομένως, εκτός από τη συνήθη προσθήκη μιας ειδικής ρήτρας στη σύμβαση, η επιλογή δικαίου μπορεί να προκύπτει είτε από άλλες διατάξεις της σύμβασης είτε από τα στοιχεία του συμβατικού περιβάλλοντος: στην πρώτη περίπτωση, για παράδειγμα, εμπίπτει η αποδοχή μιας στερεότυπης σύμβασης ή μιας σύμβασης προσχωρήσεως που διέπεται από συγκεκριμένο νομικό καθεστώς, έστω και χωρίς να καθορίζει ρητά το εφαρμοστέο δίκαιο, αφήνοντας στον δικαστή τη μέριμνα να διαπιστώσει ότι η επιλογή, αν και σιωπηρή, είναι πραγματική, ή ακόμη η αναφορά σε άρθρα ορισμένης νομοθεσίας χωρίς να καθορίζεται στο σύνολό της. Ως προς "τα δεδομένα της υπόθεσης", μια σύμβαση μπορεί να συνδέεται στενά με μια προηγούμενη στην οποία υπήρχε ρητή επιλογή του εφαρμοστέου δικαίου ή ακόμη να αποτελεί μέρος ενός συνόλου δικαιοπραξιών, όπου το εφαρμοστέο δίκαιο είχε επιλεγεί για τη βασική σύμβαση επί της οποίας θεμελιώνονται οι υπόλοιπες⁴⁸.

Το άρθρο 3 παράγραφος 2, αντίθετα, αποκλείει την καθαρά υποθετική επιλογή που συνάγεται από υπερβολικά διαφορούμενες συμβατικές ρήτρες. Στην περίπτωση αυτή πρόκειται για απουσία επιλογής από τα συμβαλλόμενα μέρη και ο δικαστής εφαρμόζει τα τεκμήρια του άρθρου 4.

3.2.4.2. Δυσχέρειες κατά την εφαρμογή του άρθρου αυτού

Τα όρια μεταξύ σιωπηρής και καθαρά υποθετικής βουλήσεως είναι αρκετά συγκεχυμένα. Από την ανάλυση της σχετικής νομολογίας προκύπτει ότι υπάρχουν σημαντικές αποκλίσεις ως προς το εξής σημείο: τα γερμανικά και τα αγγλικά δικαστήρια, επηρεαζόμενα ίσως από την κάπως ελαστικότερη διατύπωση και τις προηγούμενες λύσεις που έδιναν, είναι λιγότερο αυστηρά όσον αφορά τη διαπίστωση της σιωπηρής επιλογής εφαρμοστέου δικαίου από τους άλλους ευρωπαϊούς ομολόγους τους.

Ένα από τα επανερχόμενα ερωτήματα είναι κατά πόσον μια ρήτρα επιλογής δικαστηρίου ή μια ρήτρα διαιτησίας μπορεί να αποτελεί σιωπηρή επιλογή του δικαίου της χώρας της οποίας ορίζονται ως αρμόδια τα τακτικά ή τα διαιτητικά δικαστήρια. Το ζήτημα τίθεται ιδίως όταν ο δικαστής βρίσκεται αντιμέτωπος με μια τέτοια ρήτρα χωρίς κανένα επιχείρημα υπέρ της επιλογής αυτής. Αποκλίσεις προκύπτουν επίσης όσον αφορά τη σημασία που αποδίδεται στην αναφορά των συμβαλλομένων σε τεχνικά πρότυπα ή νομικές έννοιες της νομοθεσίας ορισμένης χώρας.

⁴⁷ Στη θέση της γαλλικής έκφρασης "de façon certaine", το γερμανικό και το αγγλικό κείμενο χρησιμοποιούν τις εκφράσεις "with reasonable certainty" και "mit hinreichender Sicherheit".

⁴⁸ Πβλ. παραδείγματα από την επεξηγηματική έκθεση της σύμβασης των κ.κ. Guiliano και Lagarde, ΕΕΕΚ αριθ. C 282, 31.10.1980.

3.2.4.3. Προτεινόμενες λύσεις

Πρόθεση του νομοθέτη ήταν να δοθεί στον δικαστή μεγάλο περιθώριο εκτίμησης και ως εκ τούτου το άρθρο 3 - που αποτελεί βασική διάταξη της σύμβασης - έχει σκοπίμως γενική διατύπωση. Θα πρέπει επομένως να εξεταστεί με ιδιαίτερη προσοχή το ζήτημα της ενδεχόμενης αναθεώρησής του.

- i) Σε περίπτωση μετατροπής της σύμβασης σε κοινοτική πράξη, το Δικαστήριο αυτομάτως αποκτά αρμοδιότητα για την ερμηνεία του κειμένου αυτού. Οπωσδήποτε, δεδομένου ότι πρόκειται για κατά περίπτωση αποφάσεις, το γεγονός ότι παρέχεται αρμοδιότητα στο Δικαστήριο, που αποφαινεται επί νομικών ζητημάτων και όχι επί πραγματικών, δεν σημαίνει ότι μπορεί να προβλεφθεί εκ των προτέρων η συγκεκριμένη λύση που θα δοθεί. Μπορεί όμως ευλόγως να αναμένεται ότι το Δικαστήριο θα διατυπώσει τουλάχιστον το γενικό πλαίσιο ερμηνείας του άρθρου 3 παράγραφος 1, περιορίζοντας έτσι τις εμφανέστερες αβεβαιότητες⁴⁹.
- ii) Η μελλοντική κοινοτική πράξη μπορεί να δώσει η ίδια πιο συγκεκριμένες ενδείξεις όσον αφορά τον καθορισμό και τις ελάχιστες απαιτήσεις για τη διαπίστωση της ύπαρξης σιωπηρής επιλογής.
- iii) Για να διευκολυνθεί η ομοιόμορφη εφαρμογή της σύμβασης, θα ήταν προτιμότερο να ευθυγραμμιστούν οι διάφορες μεταφράσεις του κειμένου.

Ερώτηση 9: Πιστεύετε ότι η μελλοντική πράξη "Ρώμη Ι" θα πρέπει να περιέχει ακριβέστερες ενδείξεις ως προς τον ορισμό της σιωπηρής επιλογής του εφαρμοστέου δικαίου ή, σε περίπτωση μετατροπής σε κοινοτική πράξη, το γεγονός ότι παρέχεται αρμοδιότητα στο Δικαστήριο αρκεί για να υπάρξει ασφάλεια δικαίου;

3.2.5. Ισχύς του γενικού τεκμηρίου που περιέχεται στο άρθρο 4 παράγραφος 2

3.2.5.1. Παρούσα κατάσταση

Ποιο είναι το εφαρμοστέο δίκαιο, όταν τα μέρη δεν έχουν προβεί σε καμία επιλογή, ούτε ρητή ούτε σιωπηρή, ως προς το δίκαιο που εφαρμόζεται στη σύμβασή τους; Η σύμβαση της Ρώμης διατυπώνει την αρχή του στενότερου συνδέσμου: σύμφωνα με το άρθρο 4 παράγραφος 1 η σύμβαση διέπεται από τη νομοθεσία της χώρας με την οποία συνδέεται στενότερα. Η διατύπωση είναι ηθελημένα αόριστη: υποχρεώνει τον δικαστή να αξιολογήσει τα στοιχεία που καθορίζουν το "κέντρο βάρους" της σύμβασης, έργο δυσχερές για τον δικαστή και με κίνδυνο αβεβαιότητας ως προς την επιλεγόμενη λύση.

Για να ενισχυθεί η ασφάλεια δικαίου και να βοηθηθεί ο δικαστής στον καθορισμό της εφαρμοστέας νομοθεσίας, το άρθρο 4 παράγραφος 2 διατυπώνει εν συνεχεία ένα γενικό τεκμήριο σύμφωνα με το οποίο "η σύμβαση συνδέεται στενότερα με τη χώρα όπου ο συμβαλλόμενος που οφείλει να εκπληρώσει τη χαρακτηριστική παροχή έχει, κατά τον χρόνο σύναψης της σύμβασης, τη συνήθη διαμονή του"⁵⁰. Η "χαρακτηριστική παροχή" είναι αυτή που

⁴⁹ Μπορούμε για παράδειγμα να υποθέσουμε ότι το Δικαστήριο θα αποφανθεί ότι το γεγονός και μόνο της επιλογής των δικαστηρίων μιας χώρας δεν αποτελεί επιλογή της νομοθεσίας της, αν η επιλογή αυτή δεν αποδεικνύεται από κανένα άλλο στοιχείο.

⁵⁰ Για ορισμένες μορφές συμβάσεων (ακίνητα, σύμβαση μεταφοράς εμπορευμάτων) η σύμβαση προβλέπει εν συνεχεία ειδικά τεκμήρια (άρθρο 4 παράγραφοι 3 και 4).

αποτελεί το "κέντρο βάρους" της σύμβασης, καταρχήν εκείνη για την οποία οφείλεται πληρωμή, όπως, ανάλογα με τις διάφορες κατηγορίες συμβάσεων, η υποχρέωση μεταβίβασης της κυριότητας στη σύμβαση πώλησης, η υποχρέωση παροχής υπηρεσίας στη σύμβαση υπηρεσιών, μεταφοράς στη σύμβαση μεταφοράς, ασφάλισης στη σύμβαση ασφάλισης, κλπ. Επομένως, το άρθρο 4 συνεπάγεται κατ' αρχήν εφαρμογή της νομοθεσίας του πωλητή ή του παρέχοντος την υπηρεσία.

Εντούτοις, ο δικαστής μπορεί να αγνοήσει αυτό το τεκμήριο "εάν από το σύνολο των περιστάσεων συνάγεται ότι η σύμβαση συνδέεται στενότερα με άλλη χώρα" (άρθρο 4 παράγραφος 5). Στην περίπτωση αυτή ισχύει ο γενικός κανόνας σύμφωνα με τον οποίο αναζητείται η νομοθεσία με την οποία η σύμβαση συνδέεται στενότερα. Ο μηχανισμός αυτός που επιτρέπει την επάνοδο στον γενικό κανόνα είναι γνωστός υπό τον όρο "ρήτρα εξαίρεσης".

3.2.5.2. Δυσχέρειες

Σύμφωνα με πολλούς σχολιαστές της σύμβασης, η ρήτρα εξαίρεσης του άρθρου 4 παράγραφος 5 πρέπει να χρησιμοποιείται προσεκτικά και σπανίως, δεδομένου ότι η συχνή χρήση της οδηγεί εκ νέου σε αδυναμία προβλέψεως του εφαρμοστέου δικαίου, πράγμα που αποσκοπούσε ακριβώς να περιορίσει το τεκμήριο του άρθρου 4.

Από την ανάλυση μάλιστα της νομολογίας προκύπτει ότι, σε πολλές αποφάσεις, ο δικαστής εφαρμόζει τη ρήτρα εξαίρεσης εξ αρχής (*ab initio*), και αναζητεί αμέσως τη νομοθεσία που ανταποκρίνεται καλύτερα στο κριτήριο του στενότερου συνδέσμου, χωρίς να αρχίσει με την εφαρμογή του κριτηρίου της παραγράφου 2.

3.2.5.3. Προτεινόμενη λύση

Η λύση είναι άμεσα συναρτημένη με τον στόχο του κανόνα συνδέσεως: δηλαδή κατά πόσον πρέπει να εξασφαλίζει τον στενότερο δυνατό σύνδεσμο - στόχος που συνηγορεί υπέρ μιας ευέλικτης ρήτρας, όπως αυτή του άρθρου 4 παράγραφος 5 - ή τη μεγαλύτερη ασφάλεια δικαίου - που ευνοεί την αυστηρή εφαρμογή του τεκμηρίου του άρθρου 4 παράγραφος 2;

Λαμβάνοντας υπόψη το γράμμα και το πνεύμα της συνθήκης, θεωρείται εύλογο ο δικαστής να αρχίσει, σε πρώτη φάση και προσωρινά, με την εφαρμογή του κριτηρίου του άρθρου 4 παράγραφος 2. Μόνο σε περίπτωση που αποδειχθεί ότι το δίκαιο που προκύπτει κατ' αυτό τον τρόπο δεν είναι κατάλληλο, επειδή οι υπόλοιπες περιστάσεις συνηγορούν υπέρ της εφαρμογής ενός άλλου δικαίου, ο δικαστής μπορεί να απορρίψει το τεκμήριο. Αυτόν ακριβώς τον κανόνα διατύπωσε σε μια απόφασή του το Hoge Raad των Κάτω Χωρών, που υποχρέωσε τον δικαστή να εφαρμόσει πρώτα το τεκμήριο του άρθρου 4 παράγραφος 2 και να μην αποκλείσει την εφαρμογή του δικαίου που προκύπτει κατ' αυτόν τον τρόπο, παρά μόνον εάν είναι προδήλως ακατάλληλο για τη ρύθμιση της συγκεκριμένης περίπτωσης.⁵¹

Προκειμένου να γίνει σαφέστερο το κείμενο στο σημείο αυτό, θα μπορούσε να αναθεωρηθεί η σύνταξη του άρθρου 4. Μία δυνατότητα θα ήταν να καταργηθεί τελείως η παράγραφος 1, για να υπογραμμιστεί ο εξαιρετικός χαρακτήρας της παραγράφου 5. Μια άλλη λύση θα ήταν

⁵¹ Nouvelles des Papeteries de l'Aa v. BV Machinenfabriek BOA, Hoge Raad, 25 Σεπτεμβρίου 1992 : "When the characteristic performance could be ascertained, § 2 contained the main rule and the exception to that rule contained in § 5 should therefore be interpreted restrictively. In other words, § 2 should be disappplied only if, in the light of special factors, the country of habitual residence of the party carrying out the characteristic performance had "no real value as a connecting factor".

να τροποποιηθεί η ίδια η παράγραφος 5. Έτσι, η μελλοντική πράξη "Ρώμη Ι" θα μπορούσε να βασιστεί στο προσχέδιο πρότασης κανονισμού του Συμβουλίου για το εφαρμοστέο δίκαιο στις εξωσυμβατικές ενοχές (σχέδιο "Ρώμη ΙΙ"), όπου η ρήτρα εξαίρεσης του άρθρου 3 παράγραφος 3 εισάγει δύο νέες προϋποθέσεις σε σχέση με τη σύμβαση της Ρώμης: απαιτεί αφενός η αδικοπραξία να συνδέεται "ουσιωδώς" στενότερα με άλλη χώρα και αφετέρου να μην "υπάρχει ουσιώδης σύνδεσμος μεταξύ της αδικοπραξίας και της χώρας το δίκαιο της οποίας θα ήταν εφαρμοστέο δυνάμει των παραγράφων 1 και 2".

Ερώτηση 10: Πρέπει, κατά τη γνώμη σας, να επαναδιατυπωθεί το άρθρο 4 ώστε να είναι σαφής η υποχρέωση του δικαστή να εφαρμόζει πρώτα το τεκμήριο της παραγράφου 2 και να αποκλείει την εφαρμογή του δικαίου που προκύπτει με τον τρόπο αυτό, μόνο εάν είναι προδήλως ακατάλληλο για τη ρύθμιση της συγκεκριμένης υπόθεσης;

3.2.6. *Εφαρμογή του ειδικού τεκμηρίου περί ακινήτων στις συμβάσεις μίσθωσης εξοχικών κατοικιών (άρθρο 4, παράγραφος 3)*

3.2.6.1. Λύση που εφαρμόζεται σήμερα

Όταν η σύμβαση έχει ως αντικείμενο εμπράγματο δικαίωμα επί ακινήτου ή δικαίωμα χρήσης ακινήτου (για παράδειγμα, σύμβαση πώλησης, προσύμφωνο πώλησης ή μίσθωσης ενός διαμερίσματος), τεκμαίρεται ότι συνδέεται στενότερα με το δίκαιο της χώρας όπου βρίσκεται το ακίνητο (άρθρο 4, παράγραφος 3). Ο κανόνας αυτός βασίζεται στο γεγονός ότι τα κράτη θέλουν κατά παράδοση τα ακίνητα που βρίσκονται στο έδαφός τους να διέπονται από τη δική τους νομοθεσία, κυρίως λόγω της σημασίας που έχει η ακίνητη ιδιοκτησία για την κοινωνική και οικονομική οργάνωση της χώρας.

3.2.6.2. Δυσχέρειες κατά την εφαρμογή του άρθρου

Το ειδικό τεκμήριο περί ακινήτων αφορά επίσης συμβάσεις πολύ σύντομης διάρκειας για προσωρινή διαμονή αναψυχής. Για παράδειγμα, ένας κάτοικος Γερμανίας, ιδιώτης ή ταξιδιωτικός οργανισμός, που είναι ιδιοκτήτης κατοικίας στη Νότια Ισπανία, την εκμισθώνει σε γερμανό ιδιώτη. Ο μισθωτής δεν μένει ικανοποιημένος από την κατάσταση της κατοικίας και επιθυμεί εν συνεχεία να ανακτήσει ένα μέρος του μισθώματος. Κατ' εφαρμογή του άρθρου 4 παράγραφος 3, η σύμβαση αυτή, που έχει συναφθεί μεταξύ δύο κατοίκων της Γερμανίας, διέπεται από την ισπανική νομοθεσία⁵².

Σύμφωνα και με τη σχετική υπόδειξη που υπάρχει στην επεξηγηματική έκθεση της σύμβασης, ορισμένα δικαστήρια μπορούν στην περίπτωση αυτή να εφαρμόζουν τη ρήτρα που προβλέπεται στο άρθρο 4 παράγραφος 5, όπως έγινε πράγματι σε ορισμένες αποφάσεις⁵³.

Όπως αναφέρθηκε όμως ήδη παραπάνω, έχει επικριθεί από αρκετούς η πολύ συχνή προσφυγή στη ρήτρα του άρθρου 4§5, επειδή ενέχει κάποια αβεβαιότητα και αδυναμία πρόβλεψης.

⁵² Εάν ο ιδιοκτήτης είναι και ο ίδιος ιδιώτης, το άρθρο 5 σχετικά με την προστασία του καταναλωτή δεν έχει εφαρμογή. Εφόσον ο ιδιοκτήτης είναι επαγγελματίας, αποκλείεται καταρχήν η εφαρμογή του δικαίου της χώρας της κοινής κατοικίας βάσει του άρθρου 5 παράγραφος 4 στοιχείο β), το οποίο ορίζει ότι "οι οφειλόμενες στον καταναλωτή υπηρεσίες πρέπει να παρασχεθούν αποκλειστικά σε χώρα άλλη από εκείνη της συνήθους διαμονής του".

⁵³ BGH, 12 octobre 1998, IPRAX 1990.318 : εφαρμογή της γερμανικής νομοθεσίας σε μια σύμβαση με την οποία ένα γερμανικό ταξιδιωτικό πρακτορείο διέθετε στη γερμανική πελατεία του εξοχικές κατοικίες στη Γαλλία.

Εξάλλου, δεν είναι βέβαιο ότι η λύση αυτή είναι σύμφωνη με τον κανονισμό "Βρυξέλλες Ι", ο οποίος, σε αντίθεση με τη σύμβαση των Βρυξελλών του 1968, αναφέρεται ειδικά στις "μισθώσεις ακινήτων που συνάπτονται για προσωρινή ιδιωτική χρήση μέγιστης διάρκειας έξι συνεχών μηνών" (άρθρο 22§ 1, δεύτερο εδάφιο). Στην περίπτωση αυτή, και υπό ορισμένες προϋποθέσεις, οι συμβαλλόμενοι μπορούν να παρεκκλίνουν από την αποκλειστική αρμοδιότητα των δικαστηρίων του τόπου του ακινήτου και να προσφύγουν στα δικαστήρια του τόπου κατοικίας του ιδιοκτήτη και του μισθωτή.

3.2.6.3. Προτεινόμενη λύση

Ο ΕΥΡΩΠΑΪΚΟΣ ΟΜΙΛΟΣ ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΔΙΕΘΝΟΥΣ ΔΙΚΑΙΟΥ προτείνει την προσθήκη στο άρθρο 4 παράγραφος 3, μιας διάταξης σχετικά με τις μισθώσεις εξοχικών κατοικιών που θα βασίζεται στη διάταξη του άρθρου 22 παράγραφος 1 του κανονισμού "Βρυξέλλες Ι" με την ακόλουθη διατύπωση: "*Πάντως, η σύμβαση μισθώσεως ακινήτου για προσωρινή ιδιωτική χρήση μέγιστης διάρκειας έξι συνεχών μηνών διέπεται από το δίκαιο του κράτους στο οποίο έχει τη συνήθη κατοικία του ή την εγκατάστασή του ο ιδιοκτήτης, εφόσον ο μισθωτής είναι φυσικό πρόσωπο και ο ιδιοκτήτης και ο μισθωτής έχουν κατοικία στο ίδιο κράτος μέλος.*"⁵⁴. Αν προστεθεί μια τέτοια διάταξη στο άρθρο 4 παράγραφος 3, ο δικαστής θα μπορεί πάντοτε να εφαρμόζει το άρθρο 4 παράγραφος 5 για να μετριαστεί ο άκαμπτος χαρακτήρας ενός τέτοιου κανόνα.

Ερώτηση 11: Πρέπει, κατά τη γνώμη σας, να θεσπιστεί ειδικός κανόνας τις για μικρής διάρκειας συμβάσεις μισθώσεως εξοχικής κατοικίας ή σας φαίνεται ικανοποιητικός ο σημερινός μηχανισμός;

3.2.7. Ζητήματα σχετικά με την προστασία του καταναλωτή (άρθρο 5)

3.2.7.1. Περιεχόμενο και πεδίο των προστατευτικών κανόνων του άρθρου 5

Από τη δεκαετία του 1970 γνώρισε μεγάλη ανάπτυξη ένα νέο ειδικό δίκαιο, το δίκαιο των καταναλωτών, που ασχολείται με την ανισορροπία στις σχέσεις μεταξύ καταναλωτών και επαγγελματιών. Έτσι ο καταναλωτής προστατεύεται πλέον έναντι απερίσκεπτων δεσμεύσεων με ειδικούς κανόνες, όπως η ακυρότητα των καταχρηστικών ρητρών ή η δυνατότητα μονομερούς λύσης της σύμβασης εντός ορισμένης προθεσμίας.

Οι προστατευτικοί κανόνες που ισχύουν στη χώρα συνήθους διαμονής του καταναλωτή, δηλαδή εκείνοι στους οποίους υπολογίζει καταρχήν ο τελευταίος για να προστατευθεί, θα εστερούντο πρακτικής σημασίας στο διεθνές ή στο ενδοκοινοτικό εμπόριο, εάν η εφαρμογή τους μπορούσε να αποκλειστεί με την απλή επιλογή ενός αλλοδαπού δικαίου. Για να αισθάνονται ασφαλείς οι καταναλωτές, που διαδραματίζουν καθοριστικό ρόλο στην εσωτερική αγορά, της οποίας η επιτυχία εξαρτάται από την ενεργό συμμετοχή τους, η σύμβαση της Ρώμης περιέχει ειδικούς κανόνες συνδέσεως.

Το άρθρο 5 όμως αποσκοπεί επίσης στην εξασφάλιση ορισμένης ισορροπίας μεταξύ των συμβαλλομένων μερών. Για τον λόγο αυτό ορίζει επακριβώς τις προϋποθέσεις εφαρμογής του.

Το άρθρο 5 διατυπώνει έναν διπλό κανόνα: αφενός, ελλείψει επιλογής δικαίου, η σύμβαση διέπεται από τη νομοθεσία της χώρας όπου ο καταναλωτής έχει τη συνήθη διαμονή του

⁵⁴ Θα πρέπει ωστόσο να προσεχθεί η συνεκτικότητα της νομικής ορολογίας των δύο πράξεων, καθώς το άρθρο 22 του κανονισμού Βρυξέλλες Ι εισάγει την έννοια του "φυσικού προσώπου", έννοια που μπορεί να θεωρηθεί λιγότερο περιοριστική από αυτή του "καταναλωτή".

(άρθρο 5, παράγραφος 3). Αφετέρου, "η επιλογή του εφαρμοστέου δικαίου από τους συμβαλλόμενους δεν μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα να στερήσει τον καταναλωτή από την προστασία που του εξασφαλίζουν οι αναγκαστικού δικαίου διατάξεις της χώρας όπου έχει τη συνήθη διαμονή του" (άρθρο 5, παράγραφος 2). Η εφαρμογή αυτής της τελευταίας διάταξης οδηγεί στη λεγόμενη "διάσπαση", δηλαδή τα διάφορα στοιχεία της ίδιας σύμβασης διέπονται από δύο ή περισσότερες νομοθεσίες. Έτσι, η σύμβαση μεταξύ ενός καταναλωτή που διαμένει στη χώρα Α και ενός επαγγελματία εγκατεστημένου στη χώρα Β θα περιέχει συχνά μια ρήτρα εφαρμογής του δικαίου της χώρας Β· ωστόσο, εφόσον πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 5, ο δικαστής θα πρέπει να εφαρμόσει ορισμένες διατάξεις της νομοθεσίας της χώρας Α, οι οποίες είναι δημοσίας τάξεως και προστατεύουν τον καταναλωτή⁵⁵. Ο δικαστής θα πρέπει, ως εκ τούτου, να εφαρμόσει δύο διαφορετικές νομοθεσίες στην ίδια σύμβαση.

Όσον αφορά τις προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 5, το πεδίο εφαρμογής των προστατευτικών κανόνων περιορίζεται σε ορισμένα είδη συμβάσεων⁵⁶ που συνάπτονται με καταναλωτές, έννοια που καθορίζεται στενά και υπό αρκετά συγκεκριμένες συνθήκες. Οι συνθήκες αυτές είναι τρεις και μπορούν να συνοψιστούν λέγοντας ότι, καταρχήν, εκτός από τις περιπτώσεις που οι διασυνοριακές μετακινήσεις οργανώνονται από τον πωλητή, ο "μετακινούμενος καταναλωτής", δηλαδή εκείνος ο οποίος μετακινείται από τη χώρα της συνήθους διαμονής του σε άλλη για να πραγματοποιήσει μια αγορά ή να του παρασχεθεί μια υπηρεσία, δεν προστατεύεται⁵⁷. Για τον μετακινούμενο καταναλωτή, εφαρμόζονται οι γενικοί κανόνες συνδέσεως των άρθρων 3 και 4, οι οποίοι συνήθως οδηγούν στην εφαρμογή του δικαίου της κατοικίας του πολίτη ή του παρέχοντος την υπηρεσία.

3.2.7.2. Δυσχέρειες

Η λύση του άρθρου 5, το οποίο συντάχθηκε σε μια εποχή όπου το δίκαιο των καταναλωτών και οι τεχνικές εμπορίας εξ αποστάσεως ήσαν ακόμη στα σπάργαλα, αποτελεί αντικείμενο αρκετών επικρίσεων. Η Αυστρία, για παράδειγμα, προσχώρησε στη σύμβαση της Ρώμης με τον όρο ότι θα μελετηθεί η αναθεώρηση του άρθρου αυτού⁵⁸.

Αρκετοί θεωρούν ότι το άρθρο 5 δεν παρέχει κατάλληλη προστασία στον λεγόμενο "μετακινούμενο" καταναλωτή. Από την ανάλυση της σχετικής νομολογίας προκύπτει πράγματι ότι, εφόσον η σύμβαση του καταναλωτή δεν υπάγεται σε μια από τις περιπτώσεις που αναφέρονται στο εν λόγω άρθρο, μπορεί να διέπεται από ένα αλλοδαπό δίκαιο που δεν περιέχει καμία διάταξη για την προστασία του. Η θέση του επιδεινώνεται ακόμη περισσότερο

⁵⁵ Πρόκειται κυρίως για το δικαίωμα του καταναλωτή να υπαναχωρήσει από τη σύμβαση και να προστατευθεί έναντι των λεγόμενων καταχρηστικών ρητρών, όπως για παράδειγμα η ρήτρα περί απαλλαγής του επαγγελματία από την ευθύνη σε περίπτωση ζημίας.

⁵⁶ Οι συμβάσεις στις οποίες εφαρμόζεται το άρθρο 5 είναι εκείνες οι οποίες έχουν ως αντικείμενο την προμήθεια ενσωμάτων κινητών ή την παροχή υπηρεσιών, καθώς και εκείνες που αφορούν τη χρηματοδότηση μιας τέτοιας συναλλαγής.

⁵⁷ Πρόκειται για τις τρεις ακόλουθες συνθήκες: πρώτον, πριν από τη σύναψη της σύμβασης να έχει γίνει ειδική πρόταση στη χώρα της συνήθους κατοικίας του καταναλωτή (για παράδειγμα με την αποστολή καταλόγου ή προσφοράς σύμβασης) ή διαφήμιση (μέσω ραδιοφώνου, τηλεοράσεως, γραπτού τύπου, ταχυδρομείου) και ο καταναλωτής να ολοκλήρωσε στη χώρα αυτή τις αναγκαίες για τη σύναψη της σύμβασης ενέργειες. Η δεύτερη είναι εκείνη όπου ο επαγγελματίας έλαβε την παραγγελία στη χώρα της συνήθους διαμονής του καταναλωτή· η λύση αυτή δικαιολογείται από το γεγονός ότι ο έμπορος ή ο αντιπρόσωπός του μετακινήθηκε. Η τρίτη, πιο ειδική, είναι εκείνη όπου ο έμπορος οργάνωσε μια "διασυνοριακή εκδρομή" με σκοπό να προκαλέσει τη σύναψη πώλησης με τον καταναλωτή.

⁵⁸ Πρβλ. ανωτέρω υποσημείωση 26.

όταν η νομολογία του στερεί και την εφαρμογή των κανόνων δημοσίας τάξεως, όπως συνέβη σε μια σημαντική δίκη στη Γερμανία⁵⁹

Οπωσδήποτε, χάρη σε διάφορες κοινοτικές οδηγίες, όλοι οι καταναλωτές που διαμένουν στην Ευρωπαϊκή Ένωση τυγχάνουν σήμερα ενός ελάχιστου κοινοτικού επιπέδου προστασίας⁶⁰. Ωστόσο, δεν πρέπει να ξεχνάμε ότι οι οδηγίες αυτές δεν καλύπτουν όλους τους κανόνες δικαίου που εξασφαλίζουν την προστασία των καταναλωτών. Επιπλέον, μπορεί να εξακολουθούν πάντα να υπάρχουν διαφορές από τη μια χώρα στην άλλη, ιδίως σε περίπτωση μη ενσωμάτωσης μιας οδηγίας από ένα κράτος μέλος: δεδομένου ότι οι οδηγίες δεν έχουν άμεσο οριζόντιο αποτέλεσμα, ο καταναλωτής δεν μπορεί να επικαλεστεί στις σχέσεις του με τους αντισυμβαλλομένους του, μια διάταξη που δεν έχει μεταφερθεί στο εθνικό δίκαιο⁶¹. Τέλος, αρκετές κοινοτικές οδηγίες καθιερώνουν απλώς ένα ελάχιστο επίπεδο προστασίας που υπολείπεται της προστασίας που παρέχουν στον καταναλωτή ορισμένα κράτη μέλη.

Το άρθρο 5 επικρίνεται και για τα κριτήρια βάσει των οποίων οι καταναλωτές χωρίζονται σε εκείνους που δικαιούνται ιδιαίτερης προστασίας και εκείνους που υπάγονται στο γενικό καθεστώς των άρθρων 3 και 4. Πρόκειται για τις προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 5⁶². Τα κριτήρια αυτά δεν φαίνονται πλέον κατάλληλα για τις νέες τεχνικές εμπορίας εξ αποστάσεως. Πράγματι, για να διαπιστωθεί αν μια σύμβαση υπάγεται ή μη στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 5, θα πρέπει πάντοτε να προσδιορίζεται ο τόπος ορισμένων πράξεων όπως η διαφήμιση, η υπογραφή μιας σύμβασης ή η λήψη μιας παραγγελίας (άρθρο 5 παράγραφος 2). Επιπλέον, η λύση αυτή δεν εναρμονίζεται με τη λύση που δίνει το άρθρο 15 του κανονισμού "Βρυξέλλες Ι", το οποίο απαιτεί, για την εφαρμογή των διατάξεων προστασίας του καταναλωτή, η επιχείρηση να κατευθύνει τις δραστηριότητές της προς το

⁵⁹ Πρβλ. απόφαση του γερμανικού BGH της 19.3.1997, που αναφέρεται κατωτέρω στην υποσημείωση 61. Αντίθετα, το γαλλικό Cour de Cassation χαρακτήρισε πρόσφατα κανόνες δημοσίας τάξεως ορισμένες διατάξεις του γαλλικού κώδικα καταναλωτών σχετικές με την υπερχρέωση (Civ I 10.7.2001, Bull. 210, No 000-04-104).

⁶⁰ Πρβλ. σημείο 3.1.2, ανωτέρω.

⁶¹ Λόγω ακριβώς μιας τέτοιας περίπτωσης μη ενσωμάτωσης κοινοτικής οδηγίας, έφθασαν στα γερμανικά δικαστήρια δύο σειρές υποθέσεων (Grand Canaria), που κατέληξαν στην έκδοση της απόφασης του Bundesgerichtshof. Στην πρώτη από τις υποθέσεις αυτές, οι γερμανοί τουρίστες που παραθέριζαν στο ισπανικό νησί "Gran Canaria" υπήρξαν θύματα μιας γερμανικής επιχείρησης που κατασκευάζει κλινοσκεπάσματα. Η επιχείρηση αυτή είχε συμφωνήσει με μια ισπανική επιχείρηση που οργάνωνε επί τόπου δωρεάν εκδρομές με πούλμαν σε ένα προστατευόμενο χώρο για πουλιά, στη διάρκεια των οποίων διαφήμιζε τα προϊόντα της γερμανικής επιχείρησης και έδινε στους τουρίστες μια έντυπη "σύμβαση πώλησης", την οποία οι τελευταίοι υπέγραφαν χωρίς να προβαίνουν σε καμία άμεση πληρωμή. Αναφερόταν ότι ο πελάτης θα ελάμβανε κατά την επιστροφή του στη Γερμανία μια επιβεβαίωση της παραγγελίας από τη γερμανική εταιρεία. Οι διαφορές προέκυψαν όταν κατά την επιστροφή τους στη Γερμανία ορισμένοι από τους τουρίστες αυτούς αρνήθηκαν να καταβάλουν το αντίτιμο που τους ζητήθηκε από τη γερμανική επιχείρηση και θέλησαν να ασκήσουν το δικαίωμα υπαναχώρησης που προβλέπει η γερμανική νομοθεσία, κατ' εφαρμογή της οδηγίας 85/577. Το νομικό ζήτημα που ετέθη ήταν κατά πόσον η εφαρμοστέα σ' αυτές τις διαφορές νομοθεσία ήταν η γερμανική, η οποία ευνοούσε τον πελάτη, ή η ισπανική, την οποία όριζε ως εφαρμοστέα η σύμβαση και η οποία, λόγω μη ενσωμάτωσης της εν λόγω οδηγίας στην Ισπανία κατά τον χρόνο των πραγματικών περιστατικών, αγνοούσε το δικαίωμα υπαναχώρησης. Στη δεύτερη από τις υποθέσεις αυτές ορισμένοι γερμανοί καταναλωτές που είχαν ταξιδέψει στις Καναρίους Νήσους δέχθηκαν επίμονες κρούσεις προκειμένου να πειστούν να υπογράψουν μια σύμβαση χρονομεριστικής μίσθωσης ενός εξοχικού διαμερίσματος. Οι συμβάσεις - ορισμένες από τις οποίες υπάγονταν στη νομοθεσία της νήσου του Μαν και άλλες στην ισπανική νομοθεσία - περιείχαν μια ρήτρα σύμφωνα με την οποία ο αγοραστής δεν είχε δικαίωμα υπαναχώρησης, το οποίο προβλέπεται από το γερμανικό και το κοινοτικό δίκαιο. Το ζήτημα που τέθηκε ήταν κατά πόσον οι καταναλωτές μπορούσαν να επικαλεστούν τη γερμανική νομοθεσία έναντι του εφαρμοστέου δικαίου που προβλέπει η σύμβαση. Το BGH απέρριψε όλα τα αιτήματα εφαρμογής των προστατευτικών διατάξεων του γερμανικού δικαίου, ακόμα και ως κανόνες δημοσίας τάξεως του forum.

⁶² Πρβλ. υποσημείωση 57, ανωτέρω.

κράτος μέλος της κατοικίας του καταναλωτή και η σύμβαση να έχει συναφθεί στο πλαίσιο αυτών των δραστηριοτήτων, ανεξάρτητα από τη συγκεκριμένη τεχνική εμπορίας εξ αποστάσεως⁶³

Τέλος, ορισμένοι αμφισβητούν τον μηχανισμό διάσπασης της σύμβασης. Εκτός από τα ζητήματα θεωρητικής φύσεως⁶⁴ που δημιουργεί, θα πρέπει να εκτιμηθούν και οι πρακτικές δυσχέρειες που προκύπτουν κατά την εφαρμογή του από τον δικαστή.

3.2.7.3. Προτεινόμενες λύσεις

Κατά την εξέταση του ζητήματος της αναθεώρησης του άρθρου 5, πρέπει να ληφθούν υπόψη οι γενικότεροι στόχοι, που είναι, αφενός, η προστασία του μετακινούμενου καταναλωτή, ιδίως όταν όλα τα πραγματικά δεδομένα της υπόθεσης εντοπίζονται στο έδαφος της Ένωσης, και αφετέρου η διαφύλαξη της ισορροπίας των συμφερόντων των συμβαλλομένων. Τέλος, θα ήταν προτιμότερο οι μελλοντικοί κανόνες να είναι σαφείς, γενικοί και όσο το δυνατόν ευρύτεροι, ώστε οι συμβαλλόμενοι να γνωρίζουν με βεβαιότητα εκ των προτέρων το εφαρμοστέο δίκαιο στη συμβατική τους σχέση.

Θα εξεταστεί τόσο η φύση της προστασίας που παρέχεται στον καταναλωτή (εφαρμογή της μιας ή της άλλης νομοθεσίας) καθώς και τα κριτήρια για τον καθορισμό των καταναλωτών που πρέπει πράγματι να τύχουν της εφαρμογής των προστατευτικών διατάξεων, δηλαδή οι προϋποθέσεις εφαρμογής.

Η συζήτηση μπορεί να βασισθεί στα ακόλουθα στοιχεία:

- i. Διατήρηση της σημερινής λύσης, σε συνδυασμό με μια γενική ρήτρα που θα εγγυάται την εφαρμογή του ελάχιστου κοινοτικού επιπέδου προστασίας (πρβλ. ανωτέρω σημείο 3.1.2.). Αυτό θα επέτρεπε την αντιμετώπιση των πλέον κατάφωρων περιπτώσεων έλλειψης προστασίας του κοινοτικού καταναλωτή. Ωστόσο, αν η ρήτρα αυτή προβλέπει ότι πρέπει να τηρούνται ορισμένες διατάξεις του κοινοτικού δικαίου, αυτό δεν σημαίνει ότι καθορίζει το εφαρμοστέο δίκαιο. Η λύση αυτή θα αποτελούσε επομένως έναν μηχανισμό πολύ διαφορετικό από αυτόν των άλλων κανόνων συνδέσεως, και θα πρέπει ίσως να έχει εξαιρετικό χαρακτήρα. Μάλιστα, οι κοινοτικές οδηγίες δεν καλύπτουν ακόμη όλα τα νομικά ζητήματα που σχετίζονται με την κατανάλωση· επομένως, η προστασία μέσω του εθνικού δικαίου να παραμένει σημαντική.
- ii. Διατήρηση της ισχύουσας λύσης, τροποποιώντας τους όρους εφαρμογής της ώστε να περιλαμβάνεται ο μετακινούμενος καταναλωτής καθώς και, ενδεχομένως, οι αποκλειόμενες σήμερα μορφές συμβάσεων, λαμβάνοντας υπόψη ότι η ισχύουσα λύση είναι καταρχήν ικανοποιητική και ότι αρκεί να διευρυνθεί το πεδίο εφαρμογής της (πρβλ. κατωτέρω σημείο vi).

⁶³ Πρβλ. κοινή δήλωση της Επιτροπής και του Συμβουλίου σχετικά με τα άρθρα 15 και 73 του κανονισμού "Βρυξέλλες Ι", στον δικτυακό τόπο: http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil_el.htm.

⁶⁴ Ένα από τα ερωτήματα που δημιουργεί ο μηχανισμός διάσπασης της σύμβασης είναι τι συμβαίνει σε περίπτωση που οι διατάξεις προστασίας του καταναλωτή είναι ευνοϊκότερες στη χώρα Β απ' ό τι στη χώρα Α. Για να απαντηθεί το ερώτημα αυτό πρέπει να καθορισθεί ο χαρακτήρας της προστασίας του καταναλωτή: συνίσταται στην εφαρμογή μιας νομοθεσίας γνωστής στον καταναλωτή, δηλαδή λαμβάνονται υπόψη οι θεμιτές προσδοκίες του, ή της νομοθεσίας που είναι αντικειμενικά η ευνοϊκότερη γι' αυτόν επί της ουσίας;

- iii. Γενίκευση των άρθρων 3 και 4 της σύμβασης, ώστε να εφαρμόζεται το δίκαιο του τόπου της εγκατάστασης του επιχειρηματία, με αντιστάθμισμα τη γενικευμένη εφαρμογή των κανόνων αναγκαστικού δικαίου του κράτους διαμονής του καταναλωτή: ο ΕΥΡΩΠΑΪΚΟΣ ΟΜΙΛΟΣ ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΔΙΕΘΝΟΥΣ ΔΙΚΑΙΟΥ προτείνει στις συμβάσεις καταναλωτών να εφαρμόζονται τα άρθρα 3 και 4 της σύμβασης, σε συνδυασμό με μια επέκταση του κανόνα που προβλέπει σήμερα το άρθρο 5 παράγραφος 2. Στην πράξη αυτό θα σημαίνει ότι η σύμβαση του καταναλωτή θα διέπεται από τη νομοθεσία της χώρας εγκατάστασης του επαγγελματία - ανεξάρτητα αν τα συμβαλλόμενα μέρη επέλεξαν το εφαρμοστέο δίκαιο - αλλά το δικαστήριο θα μπορεί να εφαρμόσει και στις δύο περιπτώσεις τους κανόνες αναγκαστικού δικαίου της νομοθεσίας του τόπου κατοικίας του καταναλωτή. Η λύση αυτή παρουσιάζει το πλεονέκτημα ότι εξασφαλίζει μεγαλύτερη προβλεψιμότητα ως προς το εφαρμοστέο δίκαιο για τον προμηθευτή. Για να αυξηθεί ακόμη περισσότερο η προβλεψιμότητα αυτή, θα μπορούσε να προστεθεί μια διάταξη σύμφωνα με την οποία οι κανόνες αναγκαστικού δικαίου της νομοθεσίας του τόπου κατοικίας του καταναλωτή εφαρμόζονται υπό την επιφύλαξη ότι ο προμηθευτής ήταν πράγματι σε θέση να γνωρίζει αυτόν τον τόπο κατοικίας (πρβλ. κατωτέρω σημείο vii). Αντίθετα, η λύση αυτή θα είχε σαν αποτέλεσμα την αύξηση των περιπτώσεων διάσπασης των συμβάσεων και θα πρέπει να αξιολογηθούν οι δυσχέρειες που μπορεί να προκύψουν στην πράξη.
- iv. Οι λύσεις (ii) και (iii) επιβάλλουν την αναζήτηση των διατάξεων αναγκαστικού δικαίου της χώρας συνήθους κατοικίας του καταναλωτή. Έχει προταθεί, για τα θέματα που είναι εναρμονισμένα σε κοινοτικό επίπεδο, να εφαρμόζονται οι κανόνες περί προστασίας του καταναλωτή του δικαίου που επέλεξαν οι συμβαλλόμενοι (κατά κανόνα της χώρας εγκατάστασης του επαγγελματία): οι διατάξεις αναγκαστικού δικαίου της χώρας συνήθους κατοικίας του καταναλωτή θα αποκλείουν την επιλογή δικαίου που γίνεται για το λόγο και μόνον ότι δεν υπάρχει κοινοτική εναρμόνιση.
- v. Συστηματική εφαρμογή του δικαίου της συνήθους κατοικίας του καταναλωτή: Η λύση αυτή χαρακτηρίζεται από σαφήνεια και αποφεύγει τη διάσπαση της σύμβασης. Παρέχει μεγαλύτερη ασφάλεια δικαίου και συμβάλλει στην επιτάχυνση των ενδεχόμενων διαδικασιών ενώπιον των δικαστηρίων και τη μείωση των σχετικών δαπανών· από την άποψη αυτή, θα παρουσίαζε πλεονεκτήματα και για τους δύο συμβαλλόμενους. Και πάλι όμως ανακύπτουν ερωτήματα όσον αφορά τις προϋποθέσεις εφαρμογής ενός τέτοιου κανόνα (βλ. κατωτέρω σημείο vi).
- vi. Στο πλαίσιο των επιλογών (ii), (iii) και (v), θα πρέπει πάντοτε να διερευνώνται οι όροι εφαρμογής τους για να διαχωρίζονται οι καταναλωτές που τυγχάνουν ιδιαίτερης προστασίας στις διασυνοριακές συναλλαγές και εκείνοι που αποκλείονται από την προστασία αυτή⁶⁵. Σύμφωνα με την παραδοσιακή προσέγγιση, που ακολουθεί η σύμβαση των Βρυξελλών του 1968 και η σύμβαση της Ρώμης, το ζήτημα εξετάζεται από την πλευρά του καταναλωτή και δεν παρέχεται προστασία σ' εκείνους που πήραν συνειδητά τον κίνδυνο της εμπορικής συναλλαγής στο εξωτερικό. Ωστόσο, όπως έχει ήδη αναφερθεί παραπάνω, το κριτήριο αυτό, που απαιτεί προσδιορισμό του τόπου των ενεργειών στις οποίες προέβησαν οι συμβαλλόμενοι, δεν συνάδει με την εποχή των νέων τεχνικών της εξ αποστάσεως εμπορίας (Pay-TV, Διαδίκτυο).

⁶⁵ Πράγματι, υπάρχουν περιπτώσεις στις οποίες δεν είναι εύλογη η εφαρμογή του δικαίου του καταναλωτή, για παράδειγμα όταν ένας βέλγος τουρίστας που ταξιδεύει στην Πορτογαλία εισέρχεται σε ένα κατάστημα για να αγοράσει μια κασέτα μαγνητοσκόπησης που είναι ελαττωματική.

Μια άλλη λύση θα ήταν να αναλύεται κάθε φορά η συμπεριφορά του επαγγελματία. Έτσι, η μελλοντική πράξη "Ρώμη Ι" θα μπορούσε να βασίζεται στο άρθρο 15 του κανονισμού "Βρυξέλλες Ι", ο οποίος, για να διαπιστωθεί εάν ο καταναλωτής τυγχάνει της εφαρμογής των προστατευτικών διατάξεων, θέτει δύο προϋποθέσεις: αφενός ο επαγγελματίας να κατευθύνει τις δραστηριότητές του προς το κράτος της κατοικίας του καταναλωτή και αφετέρου να έχει συναφθεί σύμβαση εξ αποστάσεως στο πλαίσιο αυτών των δραστηριοτήτων⁶⁶. Με την ευκαιρία αυτή, θα μπορούσε να εξετασθεί η σκοπιμότητα εισαγωγής ενός κοινοτικού ορισμού της έκφρασης "κατευθύνει τις δραστηριότητές του" προς άλλο κράτος μέλος, με την εισαγωγή, για παράδειγμα, μιας σειράς ενδείξεων.

- vii. Η εισαγωγή στοιχείων από τη "θεωρία των φαινομένων" θα μπορούσε να δημιουργήσει μια παραλλαγή της λύσης (vi), πάντοτε με στόχο τον καθορισμό των προϋποθέσεων εφαρμογής των διατάξεων προστασίας του καταναλωτή. Έτσι, μια μελλοντική πράξη θα μπορούσε να προβλέπει ότι ο τόπος διαμονής του καταναλωτή δεν αποτελεί κρίσιμο στοιχείο, παρά μόνο εφόσον ήταν γνωστός ή έπρεπε να είναι γνωστός στον προμηθευτή λόγω της στάσης του καταναλωτή. Ο προμηθευτής θα προστατευόταν έτσι έναντι της εφαρμογής αλλοδαπού δικαίου, αν ο καταναλωτής δεν του είχε δώσει οποιοδήποτε στοιχείο που θα του επέτρεπε να γνωρίζει τη χώρα της διαμονής του - όχι όμως κατ' ανάγκη και την ακριβή του διεύθυνση, με δεδομένο ότι ο προμηθευτής είναι εκείνος που πρέπει να δώσει στον καταναλωτή τη δυνατότητα να το κάνει⁶⁷.
- viii. Μια εντελώς διαφορετική προσέγγιση θα ήταν να μην τίθεται πλέον το ερώτημα κατά πόσον ένας καταναλωτής χρήζει ή όχι ιδιαίτερης προστασίας, αλλά να υπάρχει ένας ενιαίος κανόνας για όλους τους καταναλωτές. Θα μπορούσε έτσι να γίνεται δεκτή για όλες τις συμβάσεις καταναλωτών η επιλογή ενός άλλου δικαίου εκτός αυτού της συνήθους κατοικίας του καταναλωτή. Αντίθετα, η επιλογή των συμβαλλομένων θα περιοριζόταν στη νομοθεσία της χώρας εγκατάστασης του επαγγελματία. Το κύρος μιας τέτοιας επιλογής θα εξαρτάται από τον όρο ότι ο επαγγελματίας αποδεικνύει ότι ο καταναλωτής προέβη σε συνειδητή επιλογή αφού ενημερώθηκε προηγουμένως για όλα τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις που απορρέουν γι' αυτόν από την εφαρμογή της συγκεκριμένης νομοθεσίας (δικαίωμα υπαναχώρησης, αλλαγής του προϊόντος, διάρκεια και όροι της εγγύησης, κλπ.). Αν δεν προβεί στην απόδειξη αυτή, το δικαστήριο θα εφαρμόσει είτε τη νομοθεσία του

⁶⁶ Πρβλ. δήλωση της Επιτροπής και του Συμβουλίου σχετικά με το άρθρο 15 του κανονισμού "Βρυξέλλες Ι", (στο δικτυακό τόπο: http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil/justciv_conseil/justciv_el.pdf), όπου αναφέρεται σχετικά ότι για να εφαρμόζονται οι διατάξεις προστασίας του καταναλωτή, δεν αρκεί η επιχείρηση να κατευθύνει τις δραστηριότητές της στο κράτος μέλος κατοικίας του καταναλωτή, αλλά πρέπει επίσης η σύμβαση να έχει συναφθεί στα πλαίσια αυτών των δραστηριοτήτων. *"Μόνο το γεγονός ότι μια σελίδα του Διαδικτύου είναι προσιτή δεν αρκεί για να καταστήσει εφαρμοστέο το άρθρο 15, χρειάζεται επιπλέον η εν λόγω ιστοσελίδα να καλεί για τη σύναψη συμβάσεων εξ αποστάσεως και να έχει όντως συναφθεί σύμβαση εξ αποστάσεως, με οποιοδήποτε μέσο. Στη περίπτωση αυτή η γλώσσα ή το νόμισμα που χρησιμοποιούνται από την ιστοσελίδα του Διαδικτύου δεν συνιστούν στοιχείο που λαμβάνεται υπόψη."* Η δήλωση δεν αφορά μόνο τους λεγόμενους "διαδραστικούς" τόπους: σκοπός ενός τόπου που καλεί τον επισκέπτη του να στείλει παραγγελία μέσω φαξ είναι η σύναψη σύμβασης εξ αποστάσεως. Αντίθετα δεν αποσκοπεί στη σύναψη σύμβασης εξ αποστάσεως ο τόπος ο οποίος, ενώ απευθύνεται στους καταναλωτές όλου του κόσμου για την παροχή πληροφοριών σχετικά με ένα προϊόν, τους παραπέμπει εν συνεχεία σε έναν τοπικό διανομέα ή αντιπρόσωπο για τη σύναψη της σύμβασης.

⁶⁷ Για τις συμβάσεις που συνάπτονται μέσω Διαδικτύου, για παράδειγμα, ο επαγγελματίας είναι εκείνος που πρέπει να προβεί σε διαπίστωση του τόπου διαμονής του καταναλωτή μέσω του σχετικού στερεότυπου εντύπου.

καταναλωτή, είτε τις διατάξεις αναγκαστικού δικαίου αυτής της νομοθεσίας. Η λύση αυτή, που δικαιολογείται από την ύπαρξη ενός ελάχιστου κοινοτικού επιπέδου προστασίας του καταναλωτή, προφανώς δεν μπορεί να εφαρμόζεται παρά μόνον εφόσον ο επαγγελματίας είναι εγκατεστημένος σε κράτος μέλος. Ο μη κοινοτικός επαγγελματίας, σε αντιστάθμισμα της επιλογής άλλης νομοθεσίας εκτός εκείνης του καταναλωτή, θα πρέπει να εξακολουθήσει να δέχεται την εφαρμογή των διατάξεων αναγκαστικού δικαίου της τελευταίας και επομένως τη διάσπαση της σύμβασης.

Ανεξάρτητα από τη λύση που θα επιλεγεί, πρέπει να έχουμε υπόψη ότι οι διαφορές που απορρέουν από συμβάσεις καταναλωτών σπανίως έρχονται ενώπιον των δικαστηρίων, λόγω των μικρών ποσών που αντιπροσωπεύει το αντικείμενο της διαφοράς. Ως εκ τούτου, το ζήτημα του εφαρμοστέου δικαίου στις συμβάσεις καταναλωτών θα πρέπει να εξετάζεται στο πλαίσιο των προσπαθειών που καταβάλλουν σήμερα τόσο τα κράτη μέλη όσο και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή για να ενθαρρύνουν τις εναλλακτικές διαδικασίες επίλυσης των διαφορών, περιλαμβανομένων και των ηλεκτρονικών μέσων⁶⁸.

Ερώτηση 12 : Αξιολόγηση των κανόνων προστασίας του καταναλωτή

- (1) Πώς αξιολογείτε τους ισχύοντες κανόνες σχετικά με την προστασία του καταναλωτή; Εξακολουθούν να είναι κατάλληλοι, κυρίως υπό το φως της ανάπτυξης του ηλεκτρονικού εμπορίου;**
- (2) Έχετε πληροφορίες σχετικά με τις επιπτώσεις του ισχύοντος κανόνα α) στις επιχειρήσεις γενικά, β) στις μικρές και μεσαίες επιχειρήσεις και γ) στους καταναλωτές;**
- (3) Ποια από τις προτεινόμενες λύσεις προτιμάτε και για ποιους λόγους; Ποιες άλλες λύσεις θεωρείτε δυνατές;**
- (4) Ποιες κατά τη γνώμη σας θα ήταν οι επιπτώσεις των διαφόρων προτεινόμενων λύσεων α) στις επιχειρήσεις γενικά, β) στις μικρές και μεσαίες επιχειρήσεις και γ) στους καταναλωτές;**

3.2.8. Ζητήματα σχετικά με τον ορισμό των "διατάξεων αναγκαστικού δικαίου"

3.2.8.1. Η έννοια της "διάταξης αναγκαστικού δικαίου" καλύπτει μια πολύμορφη πραγματικότητα

Η σύμβαση αναφέρεται στην εφαρμογή "διατάξεων αναγκαστικού δικαίου" στο άρθρο 3 παράγραφος 3 και στα άρθρα 5, 6, 7 και 9. Τι σημαίνει αυτό; Στο εσωτερικό δίκαιο υπάρχουν διάφορες διατάξεις αναγκαστικού δικαίου, αναφερόμενες επίσης και ως "κανόνες δημοσίας τάξεως", στόχος των οποίων είναι να διασφαλιστεί η κοινωνική και οικονομική τάξη μιας χώρας. Πρόκειται για κανόνες από τους οποίους τα συμβαλλόμενα μέρη δεν μπορούν να παρεκκλίνουν με συμβατική ρήτρα, που αποσκοπούν κυρίως στην προστασία του ασθενέστερου μέρους (καταναλωτή, εργαζόμενου, δημιουργού στις συμβάσεις εκδόσεως, του ανηλίκου, του εμπορικού αντιπροσώπου)⁶⁹. Όμως, στις συμβάσεις που υπάγονται σε αλλοδαπό δίκαιο, το ασθενές συμβαλλόμενο μέρος δεν μπορεί να αναμένει αυτομάτως την

⁶⁸ Πρβλ. Πράσινη Βίβλο για τους εναλλακτικούς τρόπους επίλυσης των διαφορών του αστικού και εμπορικού δικαίου, COM (2002) 196(01).

⁶⁹ Για παράδειγμα, στο εργατικό δίκαιο, οι κανόνες ασφάλειας και υγιεινής στον τόπο εργασίας, οι σχετικοί με τις ελάχιστες αποδοχές, τις άδειες αναπαύσεως ή τις αναρρωτικές άδειες.

εφαρμογή των κανόνων δημοσίας τάξεως - εκτός αν αυτό προβλέπεται από τους ειδικούς κανόνες της σύμβασης της Ρώμης (άρθρα 5 και 6).

Οι διατάξεις αναγκαστικού δικαίου του άρθρου 7, που αναφέρονται επίσης με τον όρο "κανόνες δημοσίας τάξεως", έχουν διαφορετικό χαρακτήρα και αποτελούν έννοια του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου: πρόκειται για κανόνες στους οποίους ένα κράτος αποδίδει τόση σημασία ώστε απαιτεί την εφαρμογή τους, εφόσον η έννομη κατάσταση παρουσιάζει κάποιο σύνδεσμο με το έδαφός του, ανεξάρτητα από το δίκαιο που διέπει κατά τα άλλα τη σύμβαση. Οι κανόνες δημοσίας τάξεως έχουν το ειδικό χαρακτηριστικό ότι ο δικαστής δεν εφαρμόζει καν τους κανόνες συνδέσεως της νομοθεσίας του για να διαπιστώσει ποιο είναι το εφαρμοστέο δίκαιο και κατά πόσον το περιεχόμενό του μπορεί να προσκρούει στις αξίες του *forum*⁷⁰, αλλά εφαρμόζει αυτεπαγγέλτως τον δικό του κανόνα δικαίου. Το άρθρο 7 δεν απαριθμεί κανόνες δημοσίας τάξεως: κάθε δικαστής θα πρέπει να αναζητεί στο δικό του δικαιοσύστημα κατά πόσον η μια ή η άλλη διάταξη αποτελεί κανόνα δημοσίας τάξεως, και η απάντηση δεν είναι πάντοτε προφανής.

Για να γίνει σαφέστερη η διαφορά μεταξύ κανόνων εσωτερικής και διεθνούς δημοσίας τάξεως μπορεί για παράδειγμα να αναφερθεί η γαλλική νομοθεσία περί απολύσεων. Πρόκειται για διατάξεις εσωτερικής δημοσίας τάξεως, πράγμα που σημαίνει ότι κάθε σύμβαση μεταξύ εργοδότη και εργαζομένου με την οποία ο εργαζόμενος παραιτείται από το δικαίωμα αποζημίωσης λόγω απολύσεως ή δέχεται τη μείωση της προειδοποιητικής προθεσμίας χωρίς κανένα αντιστάθμισμα, είναι άκυρη. Αντίθετα, σύμφωνα με τη γαλλική νομολογία, δεν πρόκειται για κανόνα δημοσίας τάξεως που εφαρμόζεται ανεξαρτήτως του εφαρμοστέου στη σύμβαση δικαίου⁷¹. Επομένως, ένας γάλλος εργαζόμενος του οποίου η σύμβαση εργασίας υπάγεται σε αλλοδαπό δίκαιο (πρβλ. σχετικά σημείο 3.2.9 ανωτέρω) δεν μπορεί να ελπίζει σε αυτόματη εφαρμογή της γαλλικής νομοθεσίας περί απολύσεων.

3.2.8.2. Δυσχέρειες

Κατ' ορισμένους⁷², υπάρχουν αμφιβολίες όσον αφορά τη συνδυασμένη εφαρμογή των διατάξεων αναγκαστικού δικαίου του άρθρου 5 και εκείνων του άρθρου 7: το άρθρο 5 αποτελεί ειδικότερη εφαρμογή του άρθρου 7, δεδομένου ότι και τα δύο αποσκοπούν στον αποκλεισμό του κανονικά εφαρμοστέου δικαίου. Κατά συνέπεια, εφόσον δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 5, δεν έχει εφαρμογή ούτε το άρθρο 7. Η ερμηνεία αυτή θα είχε σαν αποτέλεσμα τη στέρηση του καταναλωτή, ο οποίος στερείται ήδη της προστασίας των κανόνων του άρθρου 5, από τη δικλείδα ασφαλείας που αποτελούν οι κανόνες δημοσίας τάξεως. Αν και η γερμανική νομοθεσία έχει ακολουθήσει τη γραμμή αυτή⁷³, η εν λόγω θέση επικρίνεται από τους περισσότερους μελετητές.

⁷⁰ Πρόκειται για τον μηχανισμό της λεγόμενης επιφυλάξεως δημοσίας τάξεως, που προβλέπει το άρθρο 16 της σύμβασης.

⁷¹ Εφετείο Παρισίων, 22.3.1990, D. 1990, Somm., σ. 176.

⁷² P. Lagarde, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, RCDIP 1991.316.

⁷³ BGH, 19 Μαρτίου 1997 (υπόθεση VIII ZR 316/96): Στη συγκεκριμένη υπόθεση, γερμανοί τουρίστες που διέμεναν στην Ισπανία είχαν υπογράψει εκεί, υπό αμφίβολες συνθήκες, συμβάσεις χρονομεριστικής μίσθωσης μιας εξοχικής κατοικίας. Οι συμβάσεις αυτές διέπονταν από τη νομοθεσία της νήσου του Μαν ή την ισπανική νομοθεσία και περιείχαν μια ρήτρα με βάση την οποία ο αγοραστής δεν είχε κανένα δικαίωμα υπαναχώρησης. Κατά την επιστροφή τους στη Γερμανία, ορισμένοι τουρίστες θέλησαν παρόλα αυτά να ασκήσουν δικαίωμα υπαναχώρησης που προβλέπει το γερμανικό δίκαιο. Δεδομένου ότι δεν μπορούσαν να επικαλεστούν, ως μετακινούμενοι καταναλωτές, τις προστατευτικές διατάξεις του άρθρου 5, τα κατώτερα δικαστήρια έκριναν ότι το δικαίωμα υπαναχώρησης του γερμανικού δικαίου αποτελεί κανόνα αναγκαστικού δικαίου κατά την έννοια του άρθρου 7, παράγραφος 2 της σύμβασης. Ο

Κατά κανόνα, φαίνεται ότι η χρησιμοποίηση του ίδιου όρου για έννοιες τελείως διαφορετικές δημιουργεί κάποια σύγχυση ως προς την ερμηνεία της σύμβασης της Ρώμης.

3.2.8.3. Προτεινόμενες λύσεις

Σε μια μελλοντική πράξη θα μπορούσε να ορίζεται ότι το πεδίο εφαρμογής των δύο αυτών άρθρων δεν είναι ταυτόσημο. Το άρθρο 5 καθορίζει ένα αντικειμενικά εφαρμοστέο δίκαιο (υπό ορισμένες προϋποθέσεις που προσδιορίζονται), του οποίου πρέπει να τηρούνται οι προστατευτικές διατάξεις αναγκαστικού δικαίου (σύμφωνα με την εθνική νομοθεσία). Το άρθρο αυτό όμως δεν συνηγορεί υπέρ της εφαρμογής, μεταξύ των διαφόρων κανόνων δημοσίας τάξεως που προβλέπει το άρθρο 7, εκείνων των νομοθεσιών που θεωρούν τις διατάξεις τους ως αναγκαστικού δικαίου σε διεθνές επίπεδο και που μπορούν έτσι να εξασφαλίσουν συμπληρωματική προστασία, όταν πληρούνται οι προϋποθέσεις της κατά τον εφαρμογής τους.

Η μελλοντική πράξη "Ρώμη I" θα μπορούσε επομένως να περιέχει έναν ορισμό της έννοιας του κανόνα δημοσίας τάξεως, με βάση τη νομολογία του δικαστηρίου στην υπόθεση *Arblade*⁷⁴, σύμφωνα με την οποία οι κανόνες δημοσίας τάξεως είναι εθνικές διατάξεις "η τήρηση των οποίων κρίνεται πρωταρχικής σημασίας για τη διαφύλαξη της πολιτικής, κοινωνικής ή οικονομικής οργάνωσης του συγκεκριμένου κράτους μέλους, ούτως ώστε να επιβάλλεται η τήρησή τους από όλα τα πρόσωπα που βρίσκονται επί του εδάφους του κράτους μέλους αυτού ή σε κάθε έννομη σχέση που εντοπίζεται εντός του κράτους αυτού".

Κατόπιν της νομολογίας του Δικαστηρίου στην υπόθεση *Ingmar GB Ltd κατά Eaton Loenard Technologies Inc.*⁷⁵, ορισμένοι προτείνουν επίσης να προβλέπεται στη μελλοντική πράξη ότι δεν μπορεί να υπάρξει επιφύλαξη δημοσίας τάξεως, όταν ένας κανόνας αποκλείει αποκλειστικά στην προστασία καθαρά ιδιωτικών συμφερόντων, σε αντίθεση με τους κανόνες που προστατεύουν την πολιτική, οικονομική ή κοινωνική τάξη ενός κράτους.

Στην απόφαση *Ingmar* του Δικαστηρίου διευκρινίζεται επίσης ότι ορισμένες διατάξεις του κοινοτικού δικαίου μπορεί να έχουν και αυτές αναγκαστικό χαρακτήρα. Αυτό θα ήταν χρήσιμο να υπενθυμίζεται σε μια μελλοντική πράξη "Ρώμη I", όπως γίνεται στο άρθρο 11 παράγραφος 3 του προσχεδίου πρότασης κανονισμού του Συμβουλίου για το εφαρμοστέο δίκαιο στις εξωσυμβατικές ενοχές (Ρώμη II)⁷⁶.

Ερώτηση 13 :Θα πρέπει να διευκρινισθεί η έννοια των "διατάξεων αναγκαστικού δικαίου" που αναφέρονται στα άρθρα 3, 5, 6 και 9 αφενός, και στο άρθρο 7 αφετέρου;

συλλογισμός αυτός απορρίφθηκε από το ανώτατο δικαστήριο, με το σκεπτικό ότι δεν έχει εφαρμογή η γερμανική νομοθεσία βάσει του άρθρου 7, παρά μόνον εάν πληρούνται οι προϋποθέσεις συνδέσεως που προβλέπει το άρθρο 5 παράγραφος 2 για τις συμβάσεις που διέπονται από το άρθρο αυτό. Σημειωτέον ότι σήμερα η προστασία των καταναλωτών σε μια τέτοια περίπτωση εξασφαλίζεται από τις σχετικές κοινοτικές οδηγίες.

⁷⁴ ΔΕΚ, 23.11.1999, υποθέσεις C-369/96 και C-374/96.

⁷⁵ ΔΕΚ, 9.11.2000, υπόθεση C-381/98.

⁷⁶ Πρβλ. υποσημείωση 5.

3.2.9. Αβεβαιότητες σχετικά με την ερμηνεία του όρου "προσωρινή απόσπαση" του εργαζόμενου (άρθρο 6)

3.2.9.1. Το εφαρμοστέο δίκαιο στη σύμβαση εργασίας

Όπως και για τους καταναλωτές, η μέριμνα προστασίας του εργαζόμενου οδήγησε τους συντάκτες της σύμβασης σε μια παρέκκλιση από τους γενικούς κανόνες των άρθρων 3 και 4. Το άρθρο 6 παράγραφος 1 ακολουθεί το ίδιο υπόδειγμα με το άρθρο 5 παράγραφος 2: η αυτονομία της βουλήσεως δεν καταργείται, γεγονός μη αμελητέο για τις συμβάσεις που διαπραγματεύονται τα διοικητικά στελέχη των επιχειρήσεων. Ωστόσο, η αυτονομία αυτή περιορίζεται, υπό την έννοια ότι η επιλογή δικαίου διαφορετικού από εκείνο που θα ήταν αντικειμενικά εφαρμοστέο ελλείψει επιλογής δεν μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα τη στέρηση του εργαζόμενου από την προστασία που του εξασφαλίζουν οι διατάξεις αναγκαστικού δικαίου της αντικειμενικά εφαρμοστέας νομοθεσίας.

Όμως, το αντικειμενικά εφαρμοστέο δίκαιο (άρθρο 6 παράγραφος 2) καθορίζεται με πνεύμα διαφορετικό από εκείνο του άρθρου 5: ενώ σύμφωνα με το τελευταίο, εφαρμοστέο δίκαιο είναι αυτό της κατοικίας του καταναλωτή - δίκαιο που ο καταναλωτής κατά κανόνα γνωρίζει και στην προστασία του οποίου υπολογίζει - το άρθρο 6 παράγραφος 2 προσπαθεί να προσδιορίσει τη νομοθεσία με την οποία η σύμβαση παρουσιάζει τον στενότερο σύνδεσμο, ανάλογα με το κατά πόσον, σε εκτέλεση της σύμβασης, ο εργαζόμενος παρέχει συνήθως την εργασία του στην ίδια χώρα.

Στην πρώτη περίπτωση, εφαρμοστέο είναι το δίκαιο της χώρας στην οποία ο εργαζόμενος παρέχει συνήθως την εργασία του. Σύμφωνα με το κείμενο της σχετικής διάταξης, αυτό ισχύει και όταν ο εργαζόμενος "έχει αποσπαστεί προσωρινά σε άλλη χώρα": όταν ο εργαζόμενος που αποσπάται στο εξωτερικό για ορισμένο χρονικό διάστημα ή για τις ανάγκες μιας συγκεκριμένης εργασίας δεν αλλάζει το εφαρμοστέο στη σύμβασή του δίκαιο, ενώ η οριστική μετάβασή του στο εξωτερικό συνεπάγεται εφαρμογή της νομοθεσίας της χώρας απόσπασής του, που καθίσταται η χώρα όπου παρέχει πλέον συνήθως την εργασία του.

Εάν, αντίθετα, ο εργαζόμενος δεν παρέχει συνήθως την εργασία του στην ίδια χώρα⁷⁷, εφαρμοστέο δίκαιο είναι το δίκαιο της χώρας "όπου βρίσκεται η εγκατάσταση που τον προσέλαβε".

Και στις δύο περιπτώσεις, είτε ο εργαζόμενος παρέχει συνήθως την εργασία του στην ίδια χώρα είτε όχι, ο αντικειμενικός σύνδεσμος που καθορίζει η σύμβαση μπορεί να παρακαμφθεί μέσω ειδικής ρήτρας εξαίρεσης (άρθρο 6 παράγραφος 2, *in fine*), πράγμα που επιτρέπει στον εργαζόμενο να αποφύγει τις επιζήμιες συνέπειες που έχει γι' αυτόν η αυστηρή σύνδεση της σύμβασης με το δίκαιο του τόπου εκτέλεσης της σύμβασης⁷⁸.

3.2.9.2. Δυσχέρειες

Οι ασκούντες νομικά επαγγέλματα και οι μελετητές του δικαίου θεωρούν γενικώς ότι οι κανόνες του άρθρου 6 έχουν διατυπωθεί μάλλον ορθά. Επίσης, η νομολογία ασχολείται

⁷⁷ Όπως για παράδειγμα στην περίπτωση που ο εργαζόμενος σε κινητό εργοτάξιο ή ο εμπορικός αντιπρόσωπος που δραστηριοποιείται σε περισσότερα κράτη.

⁷⁸ Για παράδειγμα, μια σύμβαση που έχει συναφθεί στη Γαλλία μεταξύ γάλλου εργοδότη και γάλλου εργαζόμενου για διετή εργασία σε μια αφρικανική χώρα, ενδεχομένως με υπόσχεση εκ νέου απασχόλησης στη Γαλλία κατά τη λήξη της, διέπεται όχι από το δίκαιο της αφρικανικής χώρας που είναι ο τόπος εκτέλεσης της σύμβασης, αλλά από το γαλλικό δίκαιο, με το οποίο υπάρχει ο στενότερος σύνδεσμος.

κυρίως με τις συνθήκες της συγκεκριμένης υπόθεσης οι οποίες είναι συνήθως περίπλοκες και δεκτικές διαφόρων ερμηνειών. Εντούτοις, πρέπει να επισημανθούν ορισμένες δυσχέρειες. Πρόκειται, πρώτον, για εκείνες που έχουν ήδη αναφερθεί σε σχέση με τα άρθρα 3, 4 και 5 και αφορούν κυρίως τη διαπίστωση της σιωπηρής επιλογής, τη συχνή χρήση της ρήτρας εξαίρεσης, καθώς και τη συνδυασμένη εφαρμογή των διατάξεων αναγκαστικού δικαίου που προβλέπει το άρθρο 6 και των κανόνων αναγκαστικού δικαίου του άρθρου 7, στις οποίες δεν θα επανέλθουμε στο σημείο αυτό.

Θα πρέπει αντίθετα να προσεχθεί η έκφραση "προσωρινή απόσπαση". Αφενός, από την ανάλυση της νομολογίας προκύπτει ότι ο ορισμός του "προσωρινού" χαρακτήρα μιας απόσπασης εγείρει ερωτήματα από άποψη ιδιωτικού διεθνούς δικαίου, αλλά πρέπει επίσης να ληφθεί υπόψη ο ορισμός του όρου "απόσπαση" στην οδηγία 1996/71 της 16ης Δεκεμβρίου 1996.

Από πλευράς ιδιωτικού διεθνούς δικαίου, η σύμβαση της Ρώμης αφήνει τον δικαστή να καθορίσει μετά από πόσο χρονικό διάστημα η απόσπαση παύει να είναι προσωρινή. Κατ' αυτό τον τρόπο, οι λύσεις δεν είναι τόσο προβλέψιμες και μπορεί να ποικίλουν από τη μια χώρα στην άλλη. Ωστόσο αυτή η ελαστικότητα ως προς το εφαρμοστέο δίκαιο επιτρέπει στον δικαστή να λαμβάνει περισσότερο υπόψη του τα πραγματικά στοιχεία της συγκεκριμένης περίπτωσης, καθώς η "απόσπαση" καλύπτει αρκετά ανομοιογενείς καταστάσεις. Αυτή που δημιουργεί ερωτήματα είναι κυρίως η απόσπαση που πραγματοποιείται εντός ενός ομίλου εταιρειών. Τι συμβαίνει όταν ο εργαζόμενος μετατίθεται σε μια εταιρεία του ίδιου ομίλου, με την οποία συνάπτει σύμβαση τοπικής εργασίας; Πολλές φορές οι εταιρείες ενός ομίλου έχουν πραγματική αυτονομία και μπορεί η μετάθεση αυτή να αντιστοιχεί πραγματικά σε μία νέα σύμβαση. Σε άλλες περιπτώσεις, αντίθετα, ο εργαζόμενος προσλαμβάνεται από τη διεύθυνση του ομίλου προτού μετατεθεί με απόφαση της ίδιας διεύθυνσης· στην περίπτωση αυτή, η σύναψη νέας σύμβασης ανταποκρίνεται απλώς σε διοικητικές απαιτήσεις (ανάγκη εξασφάλισης άδειας εργασίας, για παράδειγμα).

Εν συνεχεία, όσον αφορά τη σχέση με την οδηγία για την "απόσπαση των εργαζομένων"⁷⁹, το άρθρο 6 επιβάλλει και πάλι την εξέταση του ζητήματος της σχέσης μεταξύ των γενικών κανόνων συνδέσεως της σύμβασης της Ρώμης και των κανόνων που επηρεάζουν το εφαρμοστέο δίκαιο και περιέχονται στις επιμέρους οδηγίες. Εκτός του ότι δεν είναι εύκολο για τους ασκούντες νομικά επαγγέλματα να αναζητούν τους εφαρμοστέους κανόνες, οι δύο αυτές πράξεις δεν χρησιμοποιούν τον όρο "απόσπαση" με τον ίδιο τρόπο.

Στόχος της οδηγίας 96/71 είναι να εξασφαλίσει, σε περίπτωση απόσπασης του εργαζόμενου, την εφαρμογή ορισμένων διατάξεων αναγκαστικού δικαίου του κράτους μέλους της απόσπασης. Πρόκειται ιδίως για τις ρυθμίσεις των ελάχιστων ορίων αποδοχών από το κράτος υποδοχής, αλλά και για τους κανόνες ασφάλειας και υγιεινής. Μια πολύ γρήγορη ανάγνωση μπορεί να δημιουργήσει την εντύπωση ότι η οδηγία δεν ακολουθεί το ίδιο σκεπτικό με τη σύμβαση, της οποίας το άρθρο 6 προβλέπει, αντίθετα, ότι δεν πρέπει να αλλάζει καθεστώς του εργαζόμενου λόγω της προσωρινής απόσπασης. Από μια προσεκτικότερη όμως ανάλυση προκύπτει ότι οι δύο αυτές πράξεις βρίσκονται σε πλήρη αρμονία. Πράγματι, σε περίπτωση απόσπασης, η οδηγία δεν αποσκοπεί επ' ουδενί στην τροποποίηση του εφαρμοστέου δικαίου στη σύμβαση εργασίας, αλλά στον καθορισμό ενός "σκληρού πυρήνα" υποχρεωτικά εφαρμοστέων κανόνων που πρέπει να τηρούνται κατά τη διάρκεια της απόσπασης στο κράτος μέλος υποδοχής, "ανεξάρτητα από το δίκαιο που διέπει τη σχέση εργασίας". Η οδηγία πρέπει, επομένως, να θεωρείται ως προέκταση του άρθρου 7 της σύμβασης όσον αφορά τους κανόνες

⁷⁹ Οδηγία 1996/71 της 16ης Δεκεμβρίου 1996, ΕΕ αριθ. L 018 της 21.1.1997, σ. 1.

δημοσίας τάξεως. Η πράξη αυτή αποσκοπεί, ως εκ τούτου, στην εξασφάλιση υγιούς ανταγωνισμού, με παράλληλη εγγύηση των δικαιωμάτων των εργαζομένων, στην αγορά εργασίας της Ένωσης⁸⁰.

Κάποια σύγχυση, ωστόσο, μπορεί να προκύψει από το διαφορετικό ορισμό στις δύο πράξεις του όρου "απόσπαση".

Η οδηγία 96/71 διευκρινίζει, στο άρθρο 1 παράγραφος 3, ότι οι κανόνες της εφαρμόζονται εφόσον υφίσταται εργασιακή σχέση ανάμεσα στην επιχείρηση αποστολής και τον αποσπώμενο εργαζόμενο. Επομένως, εφόσον συνάπτεται νέα σύμβαση εργασίας με την επιχείρηση υποδοχής, δεν υπάρχει πλέον απόσπαση κατά την έννοια της οδηγίας. Αντίθετα, στο πλαίσιο της σύμβασης της Ρώμης, μπορεί να υπάρχει απόσπαση ακόμη και αν ο εργαζόμενος συνάπτει νέα σύμβαση εργασίας στη χώρα υποδοχής, όπως για παράδειγμα στο πλαίσιο ενός ομίλου εταιρειών. Κατά την έννοια της σύμβασης της Ρώμης, μια αποστολή στο εξωτερικό μπορεί να χαρακτηριστεί σαν "προσωρινή απόσπαση" με κριτήριο τη διάρκεια, ενώ στο πλαίσιο της οδηγίας, η διάρκεια δεν αποτελεί καν κρίσιμο στοιχείο.

Δεδομένου ότι πρόκειται για δύο κείμενα με διαφορετικές σκοπιμότητες, είναι εύλογο να διατηρεί κάθε μία τον δικό της ορισμό του όρου "απόσπαση". Από την άλλη πλευρά, η κατάσταση αυτή δεν διευκολύνει την "αναγνωσιμότητα" της κοινοτικής νομοθεσίας.

3.2.9.3. Προτεινόμενες λύσεις

Για να μην αξιολογείται η διάρκεια της απόσπασης, στο πλαίσιο του άρθρου 6 της σύμβασης της Ρώμης, αποκλειστικά και μόνο κατά περίπτωση, ώστε να προκύπτουν απρόβλεπτα αποτελέσματα, μπορούν να εξεταστούν διάφορες λύσεις:

- i. Εκτίμηση του προσωρινού χαρακτήρα της απόσπασης με βάση την πρόθεση των μερών, υπό την έννοια ότι θα θεωρείται προσωρινή η απόσπαση που προβλέπεται για καθορισμένη χρονική διάρκεια ή για μια συγκεκριμένη αποστολή. Η λύση αυτή, που σημαίνει ότι η διάρκεια της απόσπασης αξιολογείται *ex ante*, προτάθηκε από τον ΕΥΡΩΠΑΪΚΟ ΟΜΙΛΟ ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΔΙΕΘΝΟΥΣ ΔΙΚΑΙΟΥ.
- ii. Μια άλλη λύση θα ήταν να αξιολογεί το δικαστήριο τη διάρκεια της απόσπασης *ex post*, δηλαδή ανάλογα με την πραγματική διάρκειά της, κατά περίπτωση, ενδεχομένως με κριτήριο τη χρονική διάρκεια που θα καθορίζεται σε μια μελλοντική πράξη. Ο ΕΥΡΩΠΑΪΚΟΣ ΟΜΙΛΟΣ ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΔΙΕΘΝΟΥΣ ΔΙΚΑΙΟΥ υπογραμμίζει ωστόσο ότι η λύση αυτή, αν και παρουσιάζει το πλεονέκτημα της προβλεψιμότητας, θα ήταν αναπόφευκτα αυθαίρετη και πιθανόν υπερβολικά άκαμπτη, λαμβάνοντας υπόψη την ανομοιογένεια των σχετικών καταστάσεων.
- iii. Η σύμβαση θα μπορούσε επίσης να ορίζει ότι η σύναψη νέας σύμβασης με εργοδότη του ίδιου ομίλου δεν αποκλείεται να θεωρηθεί ως προσωρινή απόσπαση.

⁸⁰ Υπενθυμίζεται ότι οι κανόνες της οδηγίας εφαρμόζονται και στους μη κοινοτικούς εργαζόμενους ή εργοδότες, ώστε να μην υπάρχει διαφορετική μεταχείριση ανάλογα με το αν η επιχείρηση αποστολής είναι εγκατεστημένη ή μη σε κράτος μέλος. Πράγματι, σύμφωνα με το κείμενο, οι επιχειρήσεις που είναι εγκατεστημένες σε κράτος μη μέλος δεν μπορούν να εξασφαλίσουν ευνοϊκότερη μεταχείριση από τις επιχειρήσεις που είναι εγκατεστημένες σε κράτος μέλος. Συνεπώς, οι νομοθεσίες των κρατών μελών με τις οποίες ενσωματώνεται η οδηγία εφαρμόζονται αδιακρίτως σε όλους τους εργαζόμενους που είναι αποσπασμένοι στο έδαφός τους, ανεξαρτήτως της χώρας προέλευσης του εργαζόμενου ή του εργοδότη.

Ερώτηση 14 :Θα πρέπει το άρθρο 6 να περιέχει διευκρινίσεις όσον αφορά τον ορισμό της έννοιας της "προσωρινής απόσπασης"; Αν ναι, ποιες;

3.2.10. Άλλα ερωτήματα σχετικά με το άρθρο 6

Η σύμβαση δεν ορίζει ποια είναι η θέση των εργαζομένων που παρέχουν την εργασία τους σε τόπο που δεν υπάγεται σε εθνική κυριαρχία (ναυτικοί, πιλότοι). Σύμφωνα με τη νομολογία, τα δικαστήρια έχουν την τάση να εφαρμόζουν το δίκαιο του τόπου όπου προσλήφθηκε ο εργαζόμενος, παρά να διαπιστώνουν, κατά τρόπο μάλλον τεχνητό, τον τόπο όπου παρέχεται η εργασία στη μία ή στην άλλη χώρα.

Ορισμένα κράτη μέλη έχουν ειδικούς κανόνες, συχνά μονομερείς, υπονομεύοντας έτσι την ομοιομορφία των λύσεων (για παράδειγμα, κανόνας συνδέσεως που ορίζει ως εφαρμοστέο το δίκαιο του τόπου της σημαίας, για τους ναυτικούς).

Όσον αφορά, τέλος, τη διεθνή τηλεεργασία, τίθενται ερωτήματα σχετικά με το κατά πόσον είναι πρόσφορη η σύνδεση της σύμβασης εργασίας με τον τόπο συνήθους εκτέλεσής της, δεδομένου ότι η σύνδεση με τον τόπο όπου βρίσκεται το κέντρο των συμφερόντων της επιχείρησης ή όπου γίνεται η αποδοχή της εργασίας μπορεί να είναι, υπό ορισμένες συνθήκες, περισσότερο προστατευτική⁸¹ για τον εργαζόμενο. Η τελευταία παράγραφος του άρθρου 6 φαίνεται ότι επιτρέπει μια τέτοια σύνδεση, αλλά κατά τη γνώμη ορισμένων θα πρέπει να διευκρινίζεται στο σημείο αυτό η έννοια του "στενότερου συνδέσμου" ώστε να καλύπτεται ρητά η περίπτωση της διεθνούς τηλεεργασίας.

Ερώτηση 15 :Πιστεύετε ότι πρέπει να επέλθουν και άλλες τροποποιήσεις στο άρθρο 6;

3.2.11. Εφαρμογή αλλοδαπών κανόνων δημοσίας τάξεως (άρθρο 7 παράγραφος 1)

Ο δικάζων δικαστής, εκτός από την εφαρμογή των κανόνων δημοσίας τάξεως της χώρας του, που ονομάζονται κανόνες δημοσίας τάξεως του *forum* (πρβλ. σημείο 3.2.8 ανωτέρω), έχει τη δυνατότητα, σύμφωνα με τη σύμβαση, να εφαρμόσει υπό ορισμένες προϋποθέσεις κανόνες δημοσίας τάξεως άλλων χωρών με τις οποίες η υπόθεση παρουσιάζει στενό σύνδεσμο, περιλαμβανομένων και κρατών που δεν είναι μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Πρόκειται για μια πολύ καινοτόμο διάταξη, που εκφράζει τη μέριμνα των κρατών μελών να γίνεται σεβαστή, σε κάποιο βαθμό, και η νομοθετική πολιτική άλλων κρατών, περιλαμβανομένων των τρίτων χωρών. Οι αλλοδαποί κανόνες δημοσίας τάξεως μπορούν να τύχουν εφαρμογής σε διάφορες περιπτώσεις. Για παράδειγμα, η Βουλή των Λόρδων, σε μια απόφαση του 1958, έλαβε υπόψη της την ινδική νομοθεσία, απαγορεύοντας τις εξαγωγές γιούτας προς τη Νότιο Αφρική σε μια σύμβαση η οποία κατά τα άλλα υπαγόταν στο αγγλικό δίκαιο⁸².

Μέχρι στιγμής, υπάρχει ελάχιστη νομολογία σχετικά με το άρθρο 7 παράγραφος 1.

Το άρθρο 22 παράγραφος 1 της σύμβασης προβλέπει ότι τα κράτη μέλη μπορούν να επιφυλαχθούν να μην εφαρμόσουν το άρθρο 7 παράγραφος 1 σχετικά με τους αλλοδαπούς

⁸¹ Όπως, για παράδειγμα, με την εφαρμογή της εθνικής νομοθεσίας περί συλλογικών απολύσεων, περί διατήρησης των δικαιωμάτων των εργαζομένων σε περίπτωση μεταβίβασης της επιχείρησης ή αφερεγγυότητας του εργοδότη.

⁸² Υπόθεση *Ragazzoni κατά Sethia*, 1958 [A.C.] 301. Δεν φαίνεται να πρόκειται για απόφαση στην οποία ο άγγλος δικαστής προσέφυγε πράγματι την έννοια του αλλοδαπού κανόνα δημοσίας τάξεως, δεδομένου ότι η υπόθεση εκδικάστηκε πολύ πριν από την έναρξη ισχύος της σύμβασης της Ρώμης, αλλά πρόκειται ακριβώς για μια περίπτωση όπως αυτές που αφορά το άρθρο 7 παράγραφος 1.

κανόνες δημοσίας τάξεως. Το Ηνωμένο Βασίλειο, το Λουξεμβούργο και η Γερμανία άσκησαν το δικαίωμα επιφυλάξεως. Αυτό όμως δεν εμποδίζει τους δικαστές των κρατών μελών να λάβουν ενδεχομένως υπόψη έναν κανόνα δημοσίας τάξεως ξένης χώρας, αλλά εκτός του πλαισίου της σύμβασης και των συμπληρωματικών διευκρινίσεων που περιέχει.

Σε περίπτωση που η σύμβαση της Ρώμης μετατραπεί σε κοινοτική πράξη, και μάλιστα σε κανονισμό, που δεν συμβιβάζεται με τη διατύπωση επιφυλάξεων, θα τεθεί το ζήτημα τι τύχη θα επιφυλαχθεί στο άρθρο αυτό.

Ερώτηση 16 :Θεωρείτε αναγκαία μια διάταξη σχετικά με τους αλλοδαπούς κανόνες δημοσίας τάξεως; Θα ήταν σκόπιμο να παρέχονται πιο ακριβείς διευκρινίσεις όσον αφορά τις προϋποθέσεις εφαρμογής των αλλοδαπών κανόνων δημοσίας τάξεως;

3.2.12. Εφαρμοστέο δίκαιο στον τύπο της σύμβασης (άρθρο 9)

3.2.12.1. Λύση που ισχύει σήμερα

Τύπος της σύμβασης είναι κάθε εξωτερική συμπεριφορά που επιβάλλει η νομοθεσία στα μέρη μιας δικαιοπραξίας, όπως για παράδειγμα η απαίτηση εγγράφου, χειρόγραφης μνείας, ή συμβολαιογραφικής πράξης. Για να διευκολυνθεί η εγκυρότητα της σύμβασης ως προς τον τύπο, η σύμβαση της Ρώμης διατυπώνει έναν εναλλακτικό κανόνα: αρκεί η δικαιοπραξία να είναι έγκυρη σύμφωνα με μια από τις δύο νομοθεσίες, είτε εκείνη που σύμφωνα με τους γενικούς κανόνες της σύμβασης της Ρώμης διέπει την ουσία της είτε τη νομοθεσία του τόπου όπου έχει συναφθεί η σύμβαση. Εάν πρόκειται για σύμβαση που συνάπτεται εξ αποστάσεως (με φαξ, με επιστολές ή μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, για παράδειγμα), υπάρχει διαφορετικός τύπος σύναψης της σύμβασης για κάθε συμβαλλόμενο, πράγμα που πολλαπλασιάζει τις πιθανότητες εγκυρότητας της σύμβασης ως προς τον τύπο. Η λύση αυτή καθιστά περιττή την αναζήτηση ενός μάλλον "τεχνητού" τύπου σύναψης της σύμβασης μεταξύ απόντων.

3.2.12.2. Δυσχέρειες

Το άρθρο 9 συντάχθηκε προτού γενικευθεί η σύναψη συμβάσεων μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Πώς όμως καθορίζεται για κάθε συμβαλλόμενο ο τύπος σύναψης της δικαιοπραξίας, που αποτελεί μια τις δύο εναλλακτικά προτεινόμενες λύσεις, όταν η πρόταση ή η αποδοχή γίνεται με απλή ανταλλαγή ηλεκτρονικών μηνυμάτων;

3.2.12.3. Προτεινόμενες λύσεις

Υπάρχει δυνατότητα διατύπωσης ενός επικουρικού κανόνα για τις περιπτώσεις όπου δεν είναι δυνατόν να καθοριστεί ο τύπος δήλωσης της βουλήσεως. Στις εναλλακτικές λύσεις που προβλέπει το άρθρο 9, εκτός από το δίκαιο που διέπει την ουσία της σύμβασης και το δίκαιο της χώρας όπου συνήφθη, θα μπορούσε να προστεθεί η νομοθεσία της συνήθους διαμονής του προβαίνοντος σε δήλωση βουλήσεως. Θα αρκεί επομένως η δήλωση να πληροί τις τυπικές προϋποθέσεις μιας εκ των τριών νομοθεσιών για να είναι έγκυρη ως προς τον τύπο. Ο κανόνας αυτός θα εφαρμόζεται αδιακρίτως στις συμβάσεις που συνάπτονται μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και σε άλλες συμβάσεις που συνάπτονται εξ αποστάσεως.

Ερώτηση 17 :Πρέπει να εκσυγχρονισθεί ο κανόνας συνδέσεως όσον αφορά τον τύπο της σύμβασης ;

3.2.13. Εφαρμοστέο δίκαιο στην εκχώρηση απαιτήσεων (άρθρο 12)

3.2.13.1. Λύση που ισχύει σήμερα

Η εκχώρηση απαιτήσεων είναι ένας μηχανισμός που χρησιμοποιείται ευρέως, ιδίως στην τραπεζική πρακτική, για την πραγματοποίηση διάφορων πιστωτικών πράξεων ή για την πρακτορεία απαιτήσεων. Πρόκειται για σύμβαση με την οποία ο δανειστής (εκχωρητής) μεταβιβάζει την απαίτηση που έχει έναντι του οφειλέτη του (εκχωρούμενος οφειλέτης) σε έναν αντισυμβαλλόμενο (εκδοχέα). Για παράδειγμα, ένας προμηθευτής ανταλλακτικών (εκχωρητής) που έχει απαιτήσεις επί των πελατών του κατασκευαστών αυτοκινήτων (εκχωρούμενοι οφειλέτες), αντί να περιμένει την πληρωμή του από τους τελευταίους, εκχωρεί τις απαιτήσεις του στην τράπεζά του (εκδοχέας) προκειμένου να πιστωθεί αμέσως με τα ποσά που αναγράφονται στα τιμολόγια του.

Όπως κάθε δικαιοπραξία με τρεις συμβαλλόμενους, η εκχώρηση δημιουργεί πολλά ερωτήματα στο ιδιωτικό διεθνές δίκαιο, λόγω της ύπαρξης τριών διαφορετικών εννόμων σχέσεων, κάθε μια από τις οποίες μπορεί να διέπεται από το δικό της δίκαιο. Στο παραπάνω παράδειγμα, η χρονικά προηγούμενη σχέση είναι μεταξύ του προμηθευτή και των κατασκευαστών αυτοκινήτων. Αυτή η απαίτηση (αρχική απαίτηση), την οποία θα αφορά εν συνεχεία η πράξη εκχώρησης, διέπεται από το δικό της δίκαιο, που καθορίζεται βάσει των άρθρων 3 (αυτονομία των συμβαλλομένων) και 4 (στενότερος σύνδεσμος) της σύμβασης της Ρώμης.

Εν συνεχεία, συνάπτεται η "σύμβαση εκχώρησης" μεταξύ του εκχωρητή, στο παραπάνω παράδειγμα του προμηθευτή ανταλλακτικών, και του εκδοχέα, στην περίπτωση αυτή της τράπεζας. Σύμφωνα με το άρθρο 12 παράγραφος 1 της σύμβασης, το εφαρμοστέο δίκαιο καθορίζεται και πάλι βάσει των γενικών κανόνων της (άρθρα 3 και 4). Επομένως, ελλείψει επιλογής⁸³, το εφαρμοστέο δίκαιο είναι συνήθως το δίκαιο του εκδοχέα, που εκπληρώνει τη χαρακτηριστική παροχή⁸⁴. Η τρίτη έννομη σχέση είναι αυτή που δημιουργείται μεταξύ του εκχωρούμενου οφειλέτη, στο παράδειγμά μας ένας από τους κατασκευαστές αυτοκινήτων, και της τράπεζας εκδοχέα. Σύμφωνα με τη σύμβαση της Ρώμης, η εκχώρηση αυτή διέπεται από το ίδιο δίκαιο με την αρχική απαίτηση. Η σύμβαση αποσκοπεί έτσι στην προστασία του εκχωρούμενου οφειλέτη, εξασφαλίζοντας στις οφειλές του την εφαρμογή της ίδιας πάντοτε νομοθεσίας, της μόνης την οποία ευλόγως αναμένει να εφαρμοστεί, ώστε να μην οφείλει στην τράπεζα περισσότερα από ό,τι στον προμηθευτή.

3.2.13.2. Δυσχέρειες

Η σύμβαση της Ρώμης δεν πραγματεύεται ρητά το ζήτημα της επίκλησης της εκχώρησης έναντι τρίτων. Πρόκειται δε για ζήτημα ουσιώδες, δεδομένου ότι από αυτό εξαρτάται η αποτελεσματικότητα της εκχώρησης και της μεταβίβασης των σχετικών δικαιωμάτων. Μπορεί, για παράδειγμα, ο προμηθευτής ανταλλακτικών να μην έχει πληρώσει τον δικό του δανειστή και ο τελευταίος να προβεί σε κατάσχεση των περιουσιακών του στοιχείων, στα

⁸³ Κατ' ορισμένους, η σύμβαση εκχώρησης περιλαμβάνει καταρχήν σιωπηρή επιλογή της νομοθεσίας της εκχωρούμενης απαιτήσεως. Η λύση αυτή παρουσιάζει το πλεονέκτημα ότι η εκχωρούμενη απαίτηση υπάγεται στο ίδιο δίκαιο με τη σύμβαση εκχώρησης. Αντίθετα, η εκχώρηση πολλαπλών απαιτήσεων μπορεί να έχει ως συνέπεια την εφαρμογή διαφορετικών νομοθεσιών στις συμβάσεις εκχώρησης μεταξύ του εκχωρητή και του εκδοχέα, οι οποίες από οικονομική άποψη αποτελούν ενιαία πράξη.

⁸⁴ Σε ορισμένες περίπλοκες πράξεις, για παράδειγμα πιστωτικές πράξεις μεγάλης κλίμακας, η χαρακτηριστική παροχή μπορεί επίσης να είναι αυτή του εκδοχέα. Η σύμβαση, επομένως, αφήνει ένα ορισμένο περιθώριο ελιγμού στον δικαστή, λαμβάνοντας υπόψη ορισμένες ειδικές περιπτώσεις.

οποία περιλαμβάνονται και οι απαιτήσεις που αποτέλεσαν αντικείμενο εκχώρησης στην τράπεζα. Θα πρέπει, στην περίπτωση αυτή, να διαπιστωθεί ποιος από τους δύο (ο νέος δανειστής ή η τράπεζα) είναι ο δικαιούχος των επίδικων απαιτήσεων. Επίσης, ο προμηθευτής μπορεί να έχει εκχωρήσει διαδοχικά τις απαιτήσεις του σε δύο διαφορετικές τράπεζες για να επιτύχει υψηλότερη πίστωση, οπότε θα πρέπει να διαπιστωθεί ποια από τις δύο τράπεζες είναι δικαιούχος των απαιτήσεων⁸⁵. Δεδομένου ότι τα κράτη μέλη δεν δίνουν τις ίδιες απαντήσεις στα ερωτήματα αυτά, θα ήταν προτιμότερο να εφαρμόζουν την ίδια νομοθεσία, ώστε να αποθαρρύνουν τους συμβαλλόμενους από την αναζήτηση της ευνοϊκότερης γι' αυτούς νομοθεσίας (*forum shopping*).

Όμως, δεδομένου ότι ούτε η σύμβαση της Ρώμης ούτε ο κανονισμός περί αφερεγγυότητας⁸⁶ δεν διατυπώνουν κανόνες συνδέσεως που να ρυθμίζουν ρητά το ζήτημα του αντιτάξιμου της εκχώρησης έναντι τρίτων, κάθε κράτος μέλος εφαρμόζει στο θέμα αυτό τους δικούς του κανόνες, με αποτέλεσμα οι λύσεις που δίδονται να διαφέρουν σημαντικά από το ένα δικαστήριο στο άλλο. Η ανομοιογένεια αυτή είναι ακόμη εντονότερη, στο βαθμό που τα δικαστήρια ορισμένων κρατών μελών κρίνουν ότι παρόλο που η σύμβαση της Ρώμης δεν πραγματεύεται ρητά το ζήτημα αυτό, περιέχει ωστόσο ορισμένους σιωπηρούς κανόνες.

3.2.13.3. Προτεινόμενες λύσεις

Θα ήταν δυνατό να ορίζεται το εφαρμοστέο δίκαιο όσον αφορά το αντιτάξιμο της εκχώρησης έναντι τρίτων. Υπάρχουν διάφορες εναλλακτικές επιλογές:

- i. Εφαρμογή του άρθρου 12 παράγραφος 1 (εφαρμογή του ίδιου δικαίου με εκείνο που είναι εφαρμοστέο στη σύμβαση εκχώρησης): η λύση αυτή υποστηρίχθηκε από την ολλανδική νομολογία⁸⁷. Παρουσιάζει ορισμένα πλεονεκτήματα στα δικαϊκά συστήματα που δεν συνηθίζουν να διακρίνουν την εγκυρότητα της σύμβασης εκχώρησης από την ολοκλήρωση της μεταβίβασης της απαίτησης.
- ii. Εφαρμογή του άρθρου 12 παράγραφος 2 (εφαρμογή του ίδιου δικαίου με εκείνο που εφαρμόζεται στην αρχική απαίτηση): πρόκειται για τη λύση που είχε προτιμηθεί κατά τη σύνταξη του προσχεδίου της σύμβασης, αλλά δεν υιοθετήθηκε τελικά στο οριστικό κείμενο. Γίνεται επίσης δεκτή από τη γερμανική νομολογία⁸⁸. Σύμφωνα μ' αυτή θεωρείται ότι δεν είναι σκόπιμο να διαχωρίζεται η τύχη των τρίτων γενικά, όπως είναι ο δανειστής του εκχωρητή ή ένας δεύτερος εκδοχέας της ίδιας απαίτησης, από την τύχη του εκχωρούμενου οφειλέτη: το εφαρμοστέο δίκαιο όσον αφορά το αντιτάξιμο της σύμβασης θα είναι το ίδιο και στις δύο περιπτώσεις, πράγμα που

⁸⁵ Με πιο τεχνικούς όρους, αυτό σημαίνει ότι πρέπει να διαπιστωθεί κατά πόσον η σύμβαση της Ρώμης καλύπτει μόνο ζητήματα ενοχικού ή και εμπράγματος δικαίου (δηλαδή βάσει ποιου δικαίου κρίνεται αν τα μέτρα ενημέρωσης του δανειστή χρησιμεύουν μόνο για την προστασία του τελευταίου ή και για την ολοκλήρωση της μεταβίβασης κυριότητας.

⁸⁶ Κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 1346/2000 της 29ης Μαΐου 2000 σχετικά με τις διαδικασίες αφερεγγυότητας, που τέθηκε σε ισχύ στις 31 Μαΐου 2002. Ο κανονισμός αυτός δεν περιέχει κανόνες συνδέσεως, αλλά το άρθρο 5 ορίζει ότι η διαδικασία αφερεγγυότητας που έχει αρχίσει σε ένα κράτος μέλος δεν θίγει εμπράγματα δικαιώματα επί των περιουσιακών στοιχείων που βρίσκονται σε άλλα κράτη μέλη. Μεταξύ των εμπράγματος αυτών δικαιωμάτων αναφέρεται "το αποκλειστικό δικαίωμα είσπραξης μιας απαιτήσεως" (άρθρο 5 παράγραφος 2 στοιχείο β)). Πρέπει να διευκρινιστεί ότι σύμφωνα με το άρθρο 2 σημείο ζ) του εν λόγω κανονισμού μια απαίτηση βρίσκεται "στο κράτος μέλος στο οποίο βρίσκεται το κέντρο των κυρίων συμφερόντων του τρίτου οφειλέτη".

⁸⁷ Hoge Raad, 16 mai 1997, *Nederlands International Privatrecht* 1997, αριθ. 209.

⁸⁸ Bundesgerichtshof, 8 décembre 1998, XI ZR 302/97, *IPRAX*, 2000, σ. 124.

εξασφαλίζει κάποια ομοιομορφία στην αντιμετώπιση της πράξης εκχώρησης στο σύνολό της.

- iii. Εφαρμογή του δικαίου του τόπου κατοικίας του εκχωρούμενου οφειλέτη: εφόσον οι δανειστές του εκχωρητή δεν είναι πάντοτε σε θέση να γνωρίζουν το εφαρμοστέο δίκαιο στην αρχική απαίτηση, ορισμένοι προτείνουν να εφαρμόζεται το δίκαιο του τόπου κατοικίας του εκχωρούμενου οφειλέτη όσον αφορά το αντιτάξιμο της εκχώρησης. Το δίκαιο αυτό παρουσιάζει μεν το πλεονέκτημα ότι είναι περισσότερο οικείο στους τρίτους, αλλά η λύση αυτή θα καθιστούσε περισσότερο προβληματική την εκχώρηση πολλαπλών εμπορικών απαιτήσεων, όταν οι οφειλέτες κατοικούν στο εξωτερικό, με αποτέλεσμα μια πράξη ενιαία από οικονομική άποψη να διέπεται από διάφορες νομοθεσίες.
- iv. Εφαρμογή της νομοθεσίας του τόπου κατοικίας του εκχωρητή: πρόκειται για τη λύση που ικανοποιεί περισσότερο το κριτήριο της προβλεψιμότητας εκ μέρους των τρίτων. Η λύση αυτή υιοθετήθηκε και από τη σύμβαση των Ηνωμένων Εθνών για την εκχώρηση απαιτήσεων στο διεθνές εμπόριο⁸⁹
- v. Όλες οι λύσεις εκτός από αυτή που αναφέρεται στο σημείο (ii) παρουσιάζουν το μειονέκτημα ότι παραπέμπουν σε διαφορετικές νομοθεσίες το ζήτημα της επίκλησης της εκχώρησης έναντι του εκχωρούμενου οφειλέτη αφενός και έναντι των τρίτων αφετέρου, πράγμα που, υπό ορισμένες συνθήκες, μπορεί να οδηγήσει σε αδιέξοδο. Ως εκ τούτου έχει προταθεί η θέσπιση ενός κανόνα ουσιαστικού δικαίου, με τον οποίο να αναγνωρίζεται προτεραιότητα σ' εκείνον που ενήργησε πρώτος, λαμβάνοντας παράλληλα υπόψη την καλή ή κακή πίστη των άλλων πιστωτών.

Ερώτηση 18 :Θεωρείτε σκόπιμο να ορίζεται σε μια μελλοντική πράξη το εφαρμοστέο δίκαιο όσον αφορά το αντιτάξιμο της εκχώρησης απαιτήσεων; Αν ναι, ποιον κανόνα συνδέσεως προτείνετε;

3.2.14. Πεδία εφαρμογής των άρθρων 12 και 13 σχετικά με την εκχώρηση και την υποκατάσταση αντίστοιχα

3.2.14.1. Ο μηχανισμός της υποκατάστασης στη σύμβαση της Ρώμης

Πρόκειται για μηχανισμό ο οποίος δεν είναι γνωστός σε όλα τα κράτη μέλη. Όπως και κατά την εκχώρηση απαιτήσεων, πρόκειται για δικαιοπραξία μεταξύ τριών προσώπων με την οποία μεταβιβάζεται μια οφειλή. Κατά την υποκατάσταση, εκείνος που εξοφλεί το δανειστή υποκαθίσταται στα δικαιώματά του και καθίσταται αντ' αυτού δανειστής του πρωτοφειλέτη. Η υποκατάσταση μπορεί να προκύψει είτε από σύμβαση μεταξύ των μερών είτε από νομική διάταξη που την επιβάλλει αυτομάτως σε ορισμένες δικαιοπραξίες. Η σύμβαση της Ρώμης δεν καλύπτει τις χαριστικές παροχές, αλλά τις καθ' υποκατάσταση πληρωμές που πραγματοποιεί τρίτος σε εκπλήρωση απαιτήσεως. Το ζήτημα κατά πόσον ο τρίτος αυτός υποκαθίσταται εν συνεχεία στα δικαιώματα του δανειστή διέπεται καταρχήν από την ίδια νομοθεσία που διέπει την οφειλή (άρθρο 13)⁹⁰.

⁸⁹ Εγκρίθηκε από τη γενική συνέλευση στις 31 Ιανουαρίου 2002. Η σύμβαση αυτή δεν έχει μέχρι σήμερα υπογραφεί και επικυρωθεί από κανένα κράτος μέλος. Δεν προβλέπει δε κανένα μηχανισμό "opt-out" για το άρθρο 22 σχετικά με το αντιτάξιμο της εκχώρησης σε τρίτους, αντίθετα προς τους άλλους κανόνες συνδέσεως που περιέχει το κείμενο αυτό.

⁹⁰ Η πληρωμή από εγγυητή αποτελεί τυπική περίπτωση μιας τέτοιας καθ' υποκατάσταση πληρωμής και η υποκατάσταση αυτή διέπεται επομένως από το δίκαιο της σύμβασης εγγύησης.

3.2.14.2. Δυσχέρειες

Η πρακτορεία απαιτήσεων (factoring), πολύ σημαντικός νομικός μηχανισμός στην καθημερινή πρακτική των επιχειρήσεων, σε ορισμένες χώρες χαρακτηρίζεται ως συμβατική υποκατάσταση και σε άλλες ως εκχώρηση απαιτήσεως. Λόγω των διαφορετικών αυτών χαρακτηρισμών, η σύμβαση της Ρώμης είναι πιθανό να μην εφαρμόζεται ομοιόμορφα. Επιπλέον, κατά τη γνώμη ορισμένων, το άρθρο 13 εφαρμόζεται μόνο στην υποκατάσταση εκ του νόμου, ενώ η συμβατική υποκατάσταση υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 12.

Δεδομένου ότι οι κανόνες του άρθρου 12 και του άρθρου 13 είναι συγγενείς, δεν είναι βέβαιο ότι οι εν λόγω διαφορετικοί χαρακτηρισμοί έχουν επιπτώσεις στην πράξη. Μπορεί ωστόσο να τεθεί ζήτημα κατά πόσον πρόκειται για κανόνα διαφανή και εύκολο στην εφαρμογή του από τους ασκούντες νομικά επαγγέλματα.

Τέλος, ορισμένοι επιθυμούν να ενταχθούν στο πεδίο εφαρμογής της σύμβασης οι καθ' υποκατάσταση πληρωμές που πραγματοποιούνται χωρίς ύπαρξη οφειλής.

3.2.14.3. Προτεινόμενες λύσεις

Θα μπορούσε να διευκρινιστεί το πεδίο εφαρμογής των άρθρων 12 και 13 αντίστοιχα. Μια άλλη λύση θα ήταν η συγχώνευση των άρθρων αυτών. Ελλείψει σαφούς καθορισμού, το ζήτημα θα επιλύεται από το δικαστήριο.

Ερώτηση 19 :Θα ήταν χρήσιμο να διευκρινιστεί το πεδίο εφαρμογής των άρθρων 12 και 13 αντίστοιχα; Πρέπει, κατά τη γνώμη σας, να προβλεφθεί κανόνας συνδέσεως για τις καθ' υποκατάσταση πληρωμές που πραγματοποιούνται χωρίς την ύπαρξη οφειλής;

3.2.15. Απουσία κανόνα συνδέσεως σχετικά με τον συμψηφισμό απαιτήσεων

3.2.15.1. Ο μηχανισμός συμψηφισμού

Όταν δύο συμβαλλόμενοι έχουν μεταξύ τους αμοιβαίες απαιτήσεις και οφειλές, χάρη στον μηχανισμό του νόμιμου συμψηφισμού, οι αμοιβαίες ανταπαιτήσεις τους αποσβένονται κατά το μικρότερο εκ των δύο ποσών. Για παράδειγμα, εάν ο Α χρωστά στον Β 20 ευρώ και ο Β στον Α 10 ευρώ, ο μηχανισμός του συμψηφισμού λειτουργεί αυτομάτως, ούτως ώστε ο Β απαλλάσσεται από το χρέος του και ο Α οφείλει ακόμη 10 ευρώ στον Β. Πρόκειται επομένως για μηχανισμό απόσβεσης των οφειλών μεγάλης σημασίας στην καθημερινή πρακτική των επιχειρήσεων.

Ο συμψηφισμός μπορεί να γίνει είτε εκ του νόμου (νόμιμος συμψηφισμός), όταν πληρούνται ορισμένες προϋποθέσεις, είτε με τη βούληση των μερών (συμβατικός συμψηφισμός)⁹¹.

3.2.15.2. Δυσχέρειες

Από το άρθρο 10, στοιχείο δ) της σύμβασης προκύπτει ότι οι διάφοροι τρόποι απόσβεσης των οφειλών, μεταξύ των οποίων και ο συμψηφισμός, διέπονται από το ίδιο δίκαιο με τη σχετική οφειλή. Όμως, το κείμενο δεν λαμβάνει υπόψη τις εγγενείς δυσχέρειες που παρουσιάζει ο νόμιμος συμψηφισμός όταν οι δύο σχετικές οφειλές διέπονται από διαφορετικές νομοθεσίες.

⁹¹ Για τον συμβατικό συμψηφισμό, λόγω του ότι πρόκειται για σύμβαση, το εφαρμοστέο δίκαιο καθορίζεται σύμφωνα με τους γενικούς κανόνες της σύμβασης (άρθρα 3 και 4).

Στην περίπτωση αυτή, κάθε κράτος μέλος θα πρέπει να εφαρμόζει τον δικό του κανόνα συνδέσεως. Στο βαθμό που οι κανόνες αυτοί διαφέρουν, υπάρχει μια αβεβαιότητα ως προς το εφαρμοστέο δίκαιο.

3.2.15.3. Προτεινόμενες λύσεις

Το εφαρμοστέο δίκαιο στο νόμιμο συμψηφισμό θα μπορούσε να καθορίζεται με τους ακόλουθους τρόπους:

- i. Σωρευτική εφαρμογή των δύο σχετικών νομοθεσιών: ο κανόνας αυτός, αν και προστατεύει τα συμφέροντα των συμβαλλομένων, ωστόσο είναι πολύ περιοριστικός.
- ii. Εφαρμογή του δικαίου που διέπει την απαίτηση στην οποία αντιτάσσεται ο συμψηφισμός.

Ο κανονισμός περί αφερεγγυότητας⁹², που τέθηκε σε ισχύ στις 31 Μαΐου 2002, δεν περιέχει κανόνες συνδέσεως σχετικά με τον συμψηφισμό αυτόν καθαυτό, αλλά έχει κάποιες επιπτώσεις στο ζήτημα αυτό. Το άρθρο 6 του κανονισμού αντιμετωπίζει τον συμψηφισμό με τρόπο ανάλογο μ' εκείνον που προβλέπει το άρθρο 5 για τις εκχωρήσεις απαιτήσεων: εφόσον δυνάμει των κανόνων συνδέσεως που εφαρμόζονται συνήθως, το δικαίωμα συμψηφισμού απορρέει από εθνική νομοθεσία διαφορετική από το δίκαιο που εφαρμόζεται στη διαδικασία αφερεγγυότητας, το άρθρο 6 επιτρέπει στο δανειστή να διατηρήσει τη δυνατότητα αυτή ως κεκτημένο δικαίωμα κατά τη διαδικασία αφερεγγυότητας. Ωστόσο, η σύμβαση δεν παρέχει αυτή τη δυνατότητα παρά μόνο σε περίπτωση που "εφόσον ο εν λόγω συμψηφισμός επιτρέπεται από το δίκαιο που διέπει την απαίτηση του αφερέγγυου οφειλέτη" (παθητική απαίτηση) επιλέγοντας έτσι τη λύση (ii).

Βέβαια, οι κανόνες αυτοί ισχύουν μόνο σε περίπτωση συμψηφισμού στο πλαίσιο διαδικασίας αφερεγγυότητας και αφήνουν ανοικτό το ζήτημα του εφαρμοστέου δικαίου υπό άλλες συνθήκες.

Ερώτηση 20 :Κατά τη γνώμη σας, θα πρέπει να καθορίζεται το εφαρμοστέο δίκαιο στο νόμιμο συμψηφισμό; Εάν ναι, ποιον κανόνα συνδέσεως προτείνετε;

⁹² Κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 1346/2000 του Συμβουλίου της 29ης Μαΐου σχετικά με τις διαδικασίες αφερεγγυότητας.

Παράρτημα 1

Γλωσσάριο ιδιωτικού διεθνούς δικαίου

- Αυτονομία της βουλήσεως (ελευθερία των συμβάσεων):** Στο ιδιωτικό διεθνές δίκαιο, η έννοια αυτή αντιστοιχεί στο δικαίωμα των ιδιωτών συμβαλλομένων να καθορίζουν το εφαρμοστέο δίκαιο στις έννομες σχέσεις τους.
- Διεθνής δικαιοδοσία:** Όταν μια διαφορά παρουσιάζει διεθνή χαρακτήρα (για παράδειγμα, επειδή οι συμβαλλόμενοι έχουν διαφορετική ιθαγένεια ή δεν διαμένουν στην ίδια χώρα), αρμόδια για την εκδίκαση της υπόθεσης μπορεί να είναι διάφορα δικαστήρια. Οι κανόνες διεθνούς δικαιοδοσίας καθορίζουν τη χώρα της οποίας τα δικαστήρια είναι αρμόδια για την εκδίκαση μιας συγκεκριμένης διαφοράς.
- Διάσπαση:** Κατάσταση όπου τα διάφορα στοιχεία μιας σύμβασης με διεθνή χαρακτήρα διέπονται από τις νομοθεσίες διαφορετικών κρατών (για παράδειγμα, συμβαίνει στην πράξη μια σύμβαση πώλησης να υπάγεται στο γερμανικό δίκαιο, εκτός από τη ρήτρα εγγύησης που υπάγεται στο αγγλικό δίκαιο).
- Διάταξη αναγκαστικού δικαίου:** Στη σύμβαση της Ρώμης, η έκφραση "διάταξη αναγκαστικού δικαίου" καλύπτει ένα πολλαπλό φαινόμενο: σημαίνει ταυτοχρόνως τους κανόνες δημοσίας τάξεως*, έννοια καθαρά του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου, και τους κανόνες δημοσίας τάξεως του εσωτερικού δικαίου*.
- Ουσιαστικό δίκαιο:** Το ουσιαστικό δίκαιο, σε αντίθεση με το ιδιωτικό διεθνές δίκαιο ενός κράτους, περιλαμβάνει όλους τους εθνικούς κανόνες που καθορίζουν τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις ενός προσώπου σε μια δεδομένη έννομη κατάσταση (για παράδειγμα, ο κανόνας σύμφωνα με τον οποίο μια σύμβαση είναι άκυρη, όταν υπάρχει ελάττωμα της δηλώσεως της βουλήσεως ενός εκ των μερών).
- Forum / δικαστήριο του forum:** Πρόκειται για το δικαστήριο που έχει επιληφθεί μιας διεθνούς διαφοράς.
- Forum shopping :** Ο όρος αυτός υποδηλώνει τη συμπεριφορά ενός προσώπου που εμπλέκεται σε μια διεθνή διαφορά και προσφεύγει στο δικαστήριο μιας συγκεκριμένης χώρας όχι επειδή είναι το πλέον κατάλληλο για την εκδίκαση της διαφοράς, αλλά αποκλειστικά και μόνο επειδή κατ' εφαρμογή των κανόνων ιδιωτικού διεθνούς δικαίου του, θα εφαρμόσει τη νομοθεσία που θα οδηγήσει στο ευνοϊκότερο για το πρόσωπο αυτό αποτέλεσμα.
- Εφαρμοστέο δίκαιο (lex causae) :** Όταν μια έννομη σχέση μεταξύ ιδιωτών παρουσιάζει διεθνή χαρακτήρα (για παράδειγμα, λόγω διαφορετικής

ιθαγένειας, επειδή δεν κατοικούν στην ίδια χώρα, συμμετέχουν σε μια διεθνή εμπορική συναλλαγή, κλπ.), πρέπει να καθοριστεί ποια από τις σχετικές νομοθεσίες διέπει τη συγκεκριμένη σχέση ή κατάσταση. Το εφαρμοστέο δίκαιο καθορίζεται σύμφωνα με τους λεγόμενους κανόνες συνδέσεως (συγκρούσεως νόμων)*.

Κανόνας δημοσίας τάξεως:

Έννοια του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου με την οποία ορίζονται οι κανόνες στους οποίους ένα κράτος αποδίδει τόσο μεγάλη σημασία ώστε απαιτεί την εφαρμογή τους όταν η έννομη σχέση ή κατάσταση παρουσιάζει σύνδεσμο με το έδαφός του, ανεξάρτητα από το κατά τα άλλα εφαρμοστέο στη συγκεκριμένη περίπτωση δίκαιο. Σε αντίθεση με την επιφύλαξη διεθνούς δημοσίας τάξεως*, ο δικαστής δεν απορρίπτει το δίκαιο που ορίζεται ως εφαρμοστέο από τους κανόνες συνδέσεως* της νομοθεσίας του λόγω της αντίθεσής του με τη δημόσια τάξη, αλλά εφαρμόζει αυτεπάγγελτα τους δικούς του κανόνες.

Εσωτερική δημόσια τάξη:

Σύνολο εθνικών κανόνων αναγκαστικού δικαίου στόχος των οποίων είναι να εξασφαλιστεί η κοινωνική και οικονομική τάξη ενός κράτους. Πρόκειται για κανόνες από τους οποίους οι συμβαλλόμενοι δεν μπορούν να παρεκκλίνουν με σύμβαση, όπως για παράδειγμα αυτοί που αποσκοπούν στην προστασία του λεγόμενου ασθενέστερου μέρους (καταναλωτή, εργαζόμενο, ανήλικου, κλπ).

Επιφύλαξη διεθνούς δημοσίας τάξεως:

Αφού καθοριστεί το εφαρμοστέο δίκαιο* σε μια δεδομένη έννομη σχέση ή κατάσταση σύμφωνα με τους κανόνες συνδέσεως*, συμβαίνει ο δικαστής να κρίνει ότι η συγκεκριμένη εφαρμογή αυτού του δικαίου οδηγεί σε ένα αποτέλεσμα που δεν συμβιβάζεται με το σύστημα αξιών του. Συνεπώς, αποκλείει την εφαρμογή του κανονικά εφαρμοστέου αλλοδαπού δικαίου και εφαρμόζει τη δική του νομοθεσία. Συνήθως κάθε κράτος μέλος διαθέτει δικό του σύνολο κανόνων διεθνούς δημοσίας τάξεως, αλλά με τον πολλαπλασιασμό των κοινοτικών διατάξεων αναγκαστικού δικαίου, βλέπουμε σήμερα να εμφανίζεται μια "ευρωπαϊκή δημόσια τάξη".

Κανόνας συνδέσεως:

Όταν μία έννομη σχέση μεταξύ ιδιωτών παρουσιάζει διεθνή χαρακτήρα, μπορεί να υπάρχουν περισσότερες της μιας νομοθεσίες που συναγωνίζονται στη ρύθμιση της σχέσεως ή καταστάσεως. Για να κρίνει ποια από τις εν λόγω νομοθεσίες έχει εφαρμογή στη συγκεκριμένη περίπτωση, ο δικαστής εφαρμόζει τους λεγόμενους κανόνες συνδέσεως.

Διμερής κανόνας συνδέσεως :

Οι περισσότεροι κανόνες συνδέσεως έχουν διμερή χαρακτήρα, δηλαδή μπορούν να ορίζουν ως

εφαρμοστέο το αλλοδαπό ή το εσωτερικό δίκαιο αδιακρίτως. Για παράδειγμα, ο γαλλικός κανόνας σύμφωνα με τον οποίο ο δικαστής οφείλει, κατά τον καθορισμό της ιθαγένειας του παιδιού, να εφαρμόζει τη νομοθεσία της ιθαγένειας της μητέρας. Εάν η μητέρα είναι γαλλίδα, ο γάλλος δικαστής θα εφαρμόσει τη γαλλική νομοθεσία. Εάν η μητέρα είναι ιταλίδα, θα εφαρμόσει την ιταλική νομοθεσία. Οι διμερείς κανόνες συνδέσεως αντιτίθενται στους μονομερείς κανόνες.

Μονομερής κανόνας συνδέσεως:

Σύμφωνα με τη μέθοδο αυτή, κάθε κράτος περιορίζεται στον καθορισμό των περιπτώσεων που είναι εφαρμοστέα η δική του νομοθεσία. Οι κανόνες αυτοί σήμερα αποτελούν μάλλον εξαίρεση. Για παράδειγμα, το άρθρο 3, εδάφιο 3 του γαλλικού αστικού κώδικα ορίζει: "Οι κανόνες σχετικά με την κατάσταση και την ικανότητα των προσώπων διέπουν τους γάλλους υπηκόους, ακόμη και αν κατοικούν σε χώρα του εξωτερικού" (ωστόσο ο κανόνας αυτός έχει μετατραπεί σε διμερή από τη νομολογία).

Παράρτημα 2

Κανόνες συνδέσεως

και κανόνες που περιέχονται σε επιμέρους πράξεις του παράγωγου δικαίου και επηρεάζουν το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβάσεις⁹³

Οδηγία σχετικά με την επιστροφή πολιτιστικών αγαθών που έχουν παράνομα απομακρυνθεί από το έδαφος κράτους μέλους (1993/7 της 15ης Μαρτίου 1993)

Οδηγία για τις καταχρηστικές ρήτρες (1993/13 της 5ης Απριλίου 1993)

Οδηγία για τη χρονομεριστική μίσθωση (1994/47 της 26ης Οκτωβρίου 1994)

Οδηγία για την απόσπαση εργαζομένων στο πλαίσιο παροχής υπηρεσιών (1996/71 της 16ης Δεκεμβρίου 1996)

Οδηγία 1997/7 της 20ής Μαΐου 1997 για την προστασία των καταναλωτών κατά τις εξ αποστάσεως συμβάσεις

Οδηγία 1999/44 της 25ης Μαΐου 1999 σχετικά με ορισμένες πτυχές της πώλησης και των εγγυήσεων καταναλωτικών αγαθών

Δεύτερη οδηγία για την πρωτασφάλιση εκτός της ασφάλειας ζωής (1988/357 της 22ας Ιουνίου 1988), όπως συμπληρώθηκε και τροποποιήθηκε με τις οδηγίες 1992/49 και 2002/13

Δεύτερη οδηγία ασφάλισης ζωής (1990/619 της 8ης Νοεμβρίου 1990), όπως συμπληρώθηκε και τροποποιήθηκε με τις οδηγίες 1992/96 και 2002/12

Οδηγία 2002/65 της 23ης Σεπτεμβρίου 2002 σχετικά με την εξ αποστάσεως εμπορία χρηματοοικονομικών υπηρεσιών προς τους καταναλωτές

⁹³ Πρόκειται για καθαυτού κανόνες συνδέσεως και για κανόνες που καθορίζουν το κατά τόπον πεδίο εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου, πρβλ επίσης υποσημειώσεις 31, 32.