

Η νέα πρόταση Οδηγίας για τα δικαιώματα των καταναλωτών

Κριτική επισκόπηση των μεταρρυθμίσεων στο δίκαιο των καταναλωτικών πωλήσεων*

Παρασκευής Παπαρσενίου, Επίκ. Καθηγήτριας Νομικής Σχολής Παν/μίου Αθηνών

I. Εισαγωγή - Η μετάβαση από την αρχή της ελάχιστης στην αρχή της πλήρους εναρμόνισης

Η Πρόταση Οδηγίας για τα δικαιώματα των καταναλωτών της 8ης Οκτωβρίου 2008¹ ανατρέπει στην πρωτοβουλία της Κοινότητας

για την αναθεώρηση του κοινοτικού κεκτημένου μέσω - μεταξύ άλλων - της επανεξέτασης οκτώ Οδηγιών για την προστασία του καταναλωτή². Πρόδρομος της Πρότασης Οδηγίας υπήρξε το Πράσινο Βιβλίο σχετικά με την επανεξέταση του κοινοτικού κεκτημένου για την προστασία των καταναλωτών³, το οποίο προσανατολιζόταν κυρίως στην αναθεώρηση τεσσάρων από αυτές τις Οδηγίες⁴ μέσω της

Περίληψη: Η βασική καινοτομία που εισάγει η νέα Πρόταση Οδηγίας για τα δικαιώματα των καταναλωτών έγκειται στην επιβολή της αρχής της πλήρους εναρμόνισης. Πλήρης εναρμόνιση ωστόσο στη βάση του ελάχιστου κοινού παρονομαστή των ήδη υφιστάμενων κοινοτικών διατάξεων ελάχιστης εναρμόνισης είναι μια οπισθοδρόμηση στην προάσπιση των καταναλωτικών συμφερόντων. Επιπλέον πλήρης εναρμόνιση χωρίς ουσιαστική ρυθμιστική πληρότητα των υιοθετούμενων κανόνων δικαίου συνιστά λογική αντίφαση.

Ειδικότερα αναφορικά με την τροποποίηση της Οδηγίας για τις καταναλωτικές πωλήσεις, ιδιαίτερης προσοχής -και περαιτέρω επεξεργασίας- θα πρέπει να τύχουν οι ρυθμίσεις του γενικού δικαίου ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής, καθώς οι έννομες συνέπειες σε περίπτωση υπερημερίας ή αδυναμίας του πωλητή προς παράδοση ρυθμίζονται κατά τρόπο αποσπασματικό και χωρίς συστηματική πληρότητα. Αντιθέτως ο νέος κανόνας για τη μετάβαση του κινδύνου στην πώληση, ο οποίος μετακυλίζει τον κίνδυνο κατά τη διάρκεια της μεταφοράς του αγαθού στον επαγγελματία-πωλητή, πρέπει να τύχει επιδοκιμασίας, καθώς αυξάνει το επίπεδο προστασίας του καταναλωτή, αλλά και την ασφάλεια δικαίου. Τέλος, προβάδισμα δίνεται στα έννομα συμφέροντα του επαγγελματία-πωλητή και στην περίπτωση της μη ανταπόκρισης του πράγματος στη σύμβαση: αφενός ο πωλητής και όχι ο αγοραστής επιλέγει πλέον μεταξύ διόρθωσης ή αντικατάστασης του αγαθού και αφετέρου ο πωλητής είναι σε θέση να προτάξει το δικαίωμα μείωσης του τιμήματος, εφόσον αυτό είναι οικονομικά πιο συμφέρον για αυτόν.

* Η παρούσα δημοσίευση συνιστά εκτενέστερη ανάπτυξη της εισήγησης που παρουσιάστηκε στο πλαίσιο Συνεδρίου αφιερωμένου στη μνήμη του Καθηγητή Γεωργίου Μιχαηλίδη-Νουάρου, το οποίο συνδιοργανώθηκε από το Πανεπιστήμιο Κύπρου, την Ένωση Αστικολόγων και το Εθνικό και Καποδιστριακό Πανεπιστήμιο Αθηνών και πραγματοποιήθηκε στη Λευκωσία την 30-31.10.2009 με θέμα «Σύγχρονα Ζητήματα Ελληνικού και Κυπριακού Αστικού Δικαίου».

1. Πρόταση Οδηγίας του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για τα δικαιώματα των καταναλωτών της 8.10.2008, COM (2008) 614 τελικό.

2. Βλ. σχετ. την Ανακοίνωση από την Επιτροπή στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο για το ευρωπαϊκό δίκαιο των συμβάσεων και την αναθεώρηση του κοινοτικού κεκτημένου: πορεία προς τα εμπρός, COM (2004) 651 τελικό. Επρόκειτο για τις ακόλουθες Οδηγίες για την προστασία του καταναλωτή: Οδηγία 85/577/EOK της 31.12.1985, ΕΕ L 372, 31, Οδηγία 90/314/EOK της 23.06.1990, ΕΕ L 158, 59, Οδηγία 93/13/EOK της 21.4.1993, ΕΕ L 95, 29, Οδηγία 94/47/EK της 29.10.1994, ΕΕ L 280, 83, Οδηγία 97/7/EK της 4.6.1997, ΕΕ L 144, 19, Οδηγία 98/6/EK της 18.3.1998, ΕΕ L 80, 27, Οδηγία 98/27/EK της 11.6.1998, ΕΕ L 166, 51, Οδηγία 99/44/EK της 7.7.1999, ΕΕ L 171, 12. Σχετικά με τη μεταφορά αυτών των Οδηγιών στο εθνικό δίκαιο των -τότε- 25 κρατών μελών, βλ. Schulte-Nölke, Twigg-Flesner, Ebers (Eds), EC Consumer Law Compendium, The Consumer Acquis and its transposition in the Member States, Munich 2008.

3. COM (2006) 744 τελικό.

4. Παρά την αναφορά στο Παράρτημα II του Πράσινου Βιβλίου και των οκτώ Οδηγιών για την προστασία του καταναλωτή προς αναθεώρηση, προκύπτει από τα ζητήματα που τέθηκαν προς διαβούλευση και εκτίθενται στο Παράρτημα I του Πράσινου Βιβλίου, ότι ιδιαίτερη βαρύτητα αποδόθηκε στις ακόλουθες τέσσερις Οδηγίες: Οδηγία 85/577/EOK της 20ης Δεκεμβρίου 1985 για την προστασία των καταναλωτών κατά τη σύναψη συμβάσεων εκτός εμπορικού καταστήματος, ΕΕ L 372 της 31.12.1985, 31, Οδηγία 93/13/EOK του Συμβουλίου της 5ης Απριλίου 1993 σχετικά με τις καταχρηστικές ρήτρες των συμβάσεων που συνάπτονται με καταναλωτές, ΕΕ L 95 της 21.4.1993, 29, Οδηγία 97/7/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 20ης Μαΐου 1997 για την προστασία των καταναλωτών κατά τις εξ αποστάσεως συμβάσεις, ΕΕ L 144 της 4.6.1997, 19, Οδηγία 99/44/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 25ης Μαΐου 1999 σχετικά με ορισμένες πτυχές της πώλησης και των εγγυήσεων καταναλωτικών αγαθών, ΕΕ L 171 της 7.7.1999, 12.

υιοθέτησης μιας οριζόντιας Οδηγίας με πεδίο εφαρμογής τόσο τις διασυνοριακές, όσο και τις εγχώριες συναλλαγές μεταξύ επιχειρηματιών και καταναλωτών. Το Πράσινο Βιβλίο επισημαίνει ως μειονεκτήματα της ισχύουσας κοινοτικής νομοθεσίας για την προστασία των καταναλωτών αφενός τη διάνοιξη της οδού προς τον κατακερματισμό των εθνικών εννόμων τάξεων λόγω της υιοθετούμενης αρχής της ελάχιστης εναρμόνισης και αφετέρου την έλλειψη εσωτερικής συνοχής μεταξύ των υφιστάμενων Οδηγιών⁵. Ιδιαίτερη βαρύτητα αποδόθηκε στο αυξημένο κόστος συμμόρφωσης των επιχειρήσεων εξαιτίας του κατακερματισμού των εθνικών προστατευτικών του καταναλωτή ρυθμίσεων ιδίως στο πεδίο των διασυνοριακών συναλλαγών⁶.

Η Πρόταση Οδηγίας εισηγείται την υιοθέτηση μιας οριζόντιας Οδηγίας, η οποία θα αντικαταστήσει τις ήδη υπάρχουσες Οδηγίες για τις συμβάσεις εκτός εμπορικού καταστήματος, τις συμβάσεις από απόσταση, τις καταναλωτικές πωλήσεις και τις καταχρηστικές ρήτρες των συμβάσεων που συνάπτονται με καταναλωτές⁷. Σκοπός της νέας Οδηγίας είναι η απλούστευση και ο εκσυγχρονισμός των εφαρμοστέων κανόνων μέσω της άρσης των ασυμμετριών και της κάλυψης των ρυθμιστικών κενών και στο μέτρο αυτό η επίτευξη μεγαλύτερης εσωτερικής συνοχής μεταξύ των ήδη ισχυουσών Οδηγιών⁸. Ο σκοπός αυτός υπηρετεί τη βασική επιδίωξη της Επιτροπής για την «προαγωγή μιας πραγματικής εσωτερικής αγοράς των καταναλωτών που επιτυγχάνει τη σωστή ισορροπία μεταξύ υψηλού επιπέδου προστασίας των καταναλωτών και ανταγωνιστικότητας των επιχειρήσεων, εξασφαλίζοντας παράλληλα την τήρηση της αρχής της επικουρικότητας»⁹. Ωστόσο δεν είναι υπερβολή να λεχθεί ότι για την Επιτροπή η επιτευχθείσα σήμερα *προσέγγιση* των δικαιών των κρατών μελών μέσω της ενσωμάτωσης των Οδηγιών ελάχιστης εναρμόνισης αντί της - ως τώρα σποραδικά - επιδιωκόμενης δικαιοκτικής *ενοποίησης* μοιάζει να είναι το υπέρτατο εμπόδιο στο δρόμο της ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης¹⁰. Για το λόγο αυτό η Πρόταση Οδηγίας εισηγείται - και μάλιστα γενικευμένα - την υιοθέ-

τηση της αρχής της πλήρους εναρμόνισης, σύμφωνα με την οποία τα κράτη-μέλη δεν επιτρέπεται πλέον να εισάγουν ή να διατηρούν στο εθνικό τους δίκαιο διατάξεις που να παρεκκλίνουν από εκείνες της σχεδιαζόμενης Οδηγίας, ακόμη και αν οι εθνικές αυτές διατάξεις θα ήταν πιο ευνοϊκές για τον καταναλωτή¹¹.

Δεδομένου ότι η βασική καινοτομία που εισάγει η Πρόταση Οδηγίας έγκειται ακριβώς στην επιβολή της αρχής της πλήρους εναρμόνισης, ας μας επιτραπούν κάποιες προκαταρκτικές σύντομες παρατηρήσεις σχετικά με το *γιατί*, το *αν* και το *πώς* αυτής της επιλογής. Η υποδοχή της Πρότασης στο σημείο αυτό τόσο σε πολιτικό¹² όσο και σε επιστημονικό επίπεδο¹³ έτυχε ζωηρών επιφυλάξεων. Καταρχάς αμφισβητήθηκε το *γιατί* της πλήρους εναρμόνισης και στο μέτρο αυτό και η ειλικρίνεια των προθέσεων της Επιτροπής. Σύμφωνα με την Αιτιολογική Έκθεση της Πρότασης Οδηγίας, αλλά και τις επιμέρους αιτιολογικές σκέψεις ο κατακερματισμός των εθνικών διατάξεων σε συνδυασμό με τους κανόνες σύγκρουσης, που περιλαμβάνονται στον Κανονισμό 593/2008 για το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές (Ρώμη Ι)¹⁴, οδηγεί σε *αύξηση του κόστους συμμόρφωσης* των επιχειρηματιών που δραστηριοποιούνται στη διασυνοριακή αγορά, η οποία μάλιστα φθάνει και σε απροθυμία τους να πωλούν διασυνοριακά¹⁵. Κατά τους συντάκτες της Πρότασης Οδηγίας όμως ο κατακερματισμός των εθνικών δικαίων υπονομεύει επίσης *την εμπιστοσύνη των καταναλωτών στην εσωτερική αγορά*, η διασάλευση δε της εμπιστοσύνης των καταναλωτών αυξάνεται όσο πιο άνισο εμφανίζεται το επίπεδο προστασίας τους σε ολόκληρη την Κοινότητα¹⁶.

Ιδίως το τελευταίο αυτό επιχείρημα αποδεικνύεται ωστόσο ελάχιστα πειστικό, καθώς η ενίσχυση της εμπιστοσύνης των

5. COM (2006) 744 τελικό, υπό 3.2., σ. 3.

6. Ό.π., υπό 2.1., σ.2 και υπό 3.2., σ. 3-4.

7. Πρόκειται ακριβώς για τις Οδηγίες, στις οποίες απέδωσε ιδιαίτερη βαρύτητα και το Πράσινο Βιβλίο, βλ. υποσημ. 4.

8. Στα σημεία αυτά αναφέρεται ρητώς η Αιτιολογική Σκέψη 2 της Πρότασης Οδηγίας.

9. Έτσι η Αιτιολογική Σκέψη 4 της Πρότασης Οδηγίας.

10. Η απομάκρυνση από την αρχή της ελάχιστης εναρμόνισης άρχισε να διαγράφεται με την έκδοση της Οδηγίας 2002/65/ΕΚ σχετικά με την εξ αποστάσεως εμπορία χρηματοοικονομικών υπηρεσιών προς τους καταναλωτές (ΕΕ L 271 της 9.10.2002, 16) και ακολούθως της Οδηγίας 2005/29/ΕΚ για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων προς τους καταναλωτές (ΕΕ L 149 της 11.6.2005, 22). Πρόσφατα δείγματα αυτής της μεταστροφής αποτελούν η Οδηγία 2008/48/ΕΚ για τις συμβάσεις καταναλωτικής πίστης (ΕΕ L 133 της 22.5.2008, 66) και η Οδηγία 2008/122/ΕΚ για τις συμβάσεις χρονομεριστικής μίσθωσης (ΕΕ L 33 της 3.2.2009, 10). Βλ. σχετ. και *Tonner/Tamm*, JZ 2009, 277 επ., 279.

11. Βλ. άρθρο 4 της Πρότασης Οδηγίας.

12. Βλ. π.χ. τη θέση της Υπουργού Δικαιοσύνης της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, κ. *Zypries* σχετικά με την Πρόταση Οδηγίας για τα δικαιώματα των καταναλωτών στην ΖEuP 2009, 225 επ.

13. Στο πλαίσιο της επιστημονικής συζήτησης που πυροδότησε η νέα Πρόταση Οδηγίας βλ. ιδίως *Wilhelmsson*, ΖEuP 2008, 225, *Effer-Uhe/Watson*, GPR 2009, 7 επ., *Micklitz/Reich*, CMLR 2009, 471 επ., *Twigg-Flesner/Metcalf*, ERCL 2009, 371 επ., *Tonner/Tamm*, JZ 2009, 277 επ., *Tettinger*, ZGS 2009, 106 επ. Σε αυτήν την προβληματική αφιερώνονται και οι συλλογικοί τόμοι των *Howells/Schulze (Eds.)*, *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, München, 2009 και των *Jud/Wendehorst (Hrsg.)*, *Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? Zum Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher*, Wien, 2009.

14. Το άρθρο 6 του Κανονισμού 593/2008 για το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές (Ρώμη Ι, ΕΕ 177 της 4.7.2008, 6) ορίζει ότι δεν επιτρέπεται οι καταναλωτές που συνάπτουν σύμβαση με αλλοδαπό επαγγελματία να αποστερούνται της προστασίας που τους παρέχουν οι κανόνες αναγκαστικού δικαίου του κράτους συνήθους διαμονής τους.

15. Έτσι η Αιτιολογική Έκθεση της Πρότασης Οδηγίας υπό 1, σ. 2-3 και οι Αιτιολογικές Σκέψεις 6 και 7 της Πρότασης Οδηγίας.

16. Έτσι η Αιτιολογική Σκέψη 7 της Πρότασης Οδηγίας. Πρβλ. επίσης την Αιτιολογική Έκθεση της Πρότασης Οδηγίας υπό 1, σ. 2.

καταναλωτών υπήρξε ως τώρα η δικαιολογητική βάση και σταθερή επωδός όλων των μέτρων ελάχιστης εναρμόνισης που υιοθέτησε η Κοινότητα προς όφελος του καταναλωτή¹⁷. Επιπλέον στερείται και ουσιαστικής πειθούς, καθώς δεν εξηγεί γιατί ο καταναλωτής, στον οποίο δίνεται η δυνατότητα προσφυγής σε εθνικούς κανόνες αναγκαστικού δικαίου υψηλότερης προστατευτικής εμβέλειας για τα συμφέροντά του σε σχέση με το επίπεδο προστασίας που του εξασφαλίζει ένα πλήρους εναρμόνισης κοινοτικό μέτρο, θα πρέπει να δυσπιστεί¹⁸. Αλλά και το επιχείρημα της αύξησης του κόστους συμμόρφωσης των επιχειρηματιών, πέραν του ότι περιορίζεται στις διασυστοριακές συναλλαγές που υπολείπονται ακόμη του όγκου των εγχώριων συναλλαγών, αμφισβητείται κυρίως υπό το πρίσμα ότι δεν αποτελεί το μοναδικό, ούτε και το πιο ουσιαστικό εμπόδιο στην εξάπλωση αυτών των συναλλαγών. Υποστηρίζεται και με πειστικά μάλιστα επιχειρήματα ότι άλλοι πρακτικότεροι λόγοι, όπως γλωσσικά εμπόδια, έλλειψη εμπιστοσύνης σε άγνωστες αγορές, ζητήματα επίλυσης διαφορών σε περίπτωση ανώμαλης εξέλιξης της συναλλαγής απωθούν τους επιχειρηματίες από την πλήρη εκμετάλλευση του ενδοκοινοτικού εμπορίου¹⁹.

Ενόψει του ότι η Επιτροπή δεν φαίνεται να δίνει πειστική απάντηση στο *γιατί* της επιβολής της πλήρους εναρμόνισης, διατυπώνονται επιφυλάξεις και ως προς το *αν*. Στις επιφυλάξεις αναφορικά με τη διαφαινόμενη μείωση του επιπέδου προστασίας του καταναλωτή σε εθνικό επίπεδο, έρχονται να προστεθούν και επιφυλάξεις αναφορικά με τη δυνατότητα σύγκλισης του ήδη υπάρχοντος εθνικού κανονιστικού πλαισίου με τα κοινοτικά μέτρα πλήρους εναρμόνισης. Το δίκαιο προστασίας του καταναλωτή αποτελεί μια νησίδα στο γενικό συμβατικό δίκαιο των κρατών μελών. Η αρχή της ελάχιστης εναρμόνισης επέτρεπε στα κράτη μέλη να αφήσουν ανέπαφες γενικές διατάξεις του δικαίου των συμβάσεων που λειτουργώντας ως συμπληρωματικοί στις Οδηγίες εθνικοί κανόνες εξασφάλιζαν αφενός τη ρυθμιστική πληρότητα του εθνικού δικαίου για την επίλυση των καταναλωτικών ζητημάτων (π.χ. οι εθνικές διατάξεις για την αξίωση αποζημίωσης στις καταναλωτικές πωλήσεις) και αφετέρου την εξασφάλιση υψηλότερου επιπέδου προστασίας του καταναλωτή (π.χ. με

την προσθήκη εννόμων βοηθημάτων που δεν προβλέπονταν από την Οδηγία). Η μετάβαση στην αρχή της πλήρους εναρμόνισης χωρίς την απαιτούμενη ρυθμιστική πληρότητα δοκιμάζει την αντοχή και τη συνοχή του εθνικού καταναλωτικού δικαίου των συμβάσεων ως συνεπούς και ολοκληρωμένου συστήματος κανόνων δικαίου, καθώς κάθε ζήτημα που έχει βρει ήδη τη λύση του στο πλαίσιο του ισχύοντος εθνικού καταναλωτικού δικαίου πρέπει να περιμένει τη λύση του στο μέλλον από τον κοινοτικό νομοθέτη²⁰.

Επιπλέον δεν πρέπει να υποβαθμίζεται το γεγονός ότι εθνικοί νομοθέτες εμπνεόμενοι από το κοινοτικό πρότυπο Οδηγιών που έχουν καίρια επίδραση στο γενικό συμβατικό δίκαιο - όπως π.χ. η Οδηγία για τις καταναλωτικές πωλήσεις - προχώρησαν σε αναμόρφωση είτε εν συνόλω του δικαίου ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής τους²¹ είτε μόνο του δικαίου της πώλησης²², έτσι ώστε να εξασφαλίζονται ενιαίοι κανόνες για όλες τις πωλήσεις ανεξαρτήτως της επαγγελματικής ιδιότητας του πωλητή ή της καταναλωτικής ιδιότητας του αγοραστή. Οι διατάξεις αυτές εξασφαλίζουν μάλιστα σε ορισμένα σημεία υψηλό επίπεδο προστασίας του αγοραστή, σε σύγκριση με το οποίο η προτεινόμενη οδηγία υπολείπεται, έτσι ώστε να γεννάται ο κίνδυνος - ακριβώς εξαιτίας της αρχής της πλήρους εναρμόνισης - η έννομη θέση του αγοραστή να είναι ευνοϊκότερη για τον επαγγελματία από τον καταναλωτή²³. Η αρχή της πλήρους εναρμόνισης θα επιφέρει επομένως σοβαρούς τριγμούς σε πολλά εθνικά δίκαια, καθώς μέσω της συνεπούς εφαρμογής της αρχής αυτής αποκόπεται η δυνατότητα γόνιμου διαλόγου μεταξύ της κοινοτικής και των εθνικών εννόμων τάξεων.

Επειδή το *αν* της αναγκαιότητας της πλήρους εναρμόνισης δεν επιδέχεται μονοσήμαντη απάντηση, φαίνεται να κερδίζει

17. Πρβλ. π.χ. την Αιτιολογική Σκέψη 5 της Οδηγίας 99/44/ΕΚ, σύμφωνα με την οποία «η δημιουργία ενός ελάχιστου κοινού συνόλου κανόνων δικαίου των καταναλωτών, που θα ισχύει ανεξάρτητα από τον τόπο αγοράς των αγαθών εντός της Κοινότητας, θα ενισχύσει την εμπιστοσύνη των καταναλωτών και θα τους επιτρέψει να αξιοποιήσουν καλύτερα τα πλεονεκτήματα της εσωτερικής αγοράς». Το σκεπτικισμό τους εκφράζουν και οι *Micklitz/Reich*, CMLR 2009, 475 επ.

18. Η δυσπιστία του στην εσωτερική αγορά μάλλον θα γεννάται εξαιτίας της ανυπαρξίας αποτελεσματικής προστασίας του μέσα από το οπλοστάσιο της κοινοτικής έννομης τάξης. Κριτικά αντιπαρατίθενται και οι *Zypries*, ZEuP 2009, 227 επ. και *Howells/Schulze* σε *Howells/Schulze* (Eds.), σ. 8 επ.

19. Έτσι *Twigg-Flesner/Metcalf*, ERCL 2009, 372, *Howells/Schulze* σε *Howells/Schulze* (Eds.), σ. 8.

20. Επιφυλάξεις προς αυτήν την κατεύθυνση εκφράζονται και από τους *Wilhelmsson*, ZEuP 2008, 227 επ., *Tonner/Tamm*, JZ 2009, 287 επ., *Twigg-Flesner/Metcalf*, ERCL 2009, 372 επ., πρβλ. επίσης *Schmidt-Kessel* σε *Jud/Wedehorst*, σ. 30 επ., ο οποίος ορθά επισημαίνει, ότι η πολιτική απόφαση για πλήρη εναρμόνιση συνεπάγεται την ανάγκη επιπρόσθετης, σημαντικής ποιοτικής αναβάθμισης της νομοθετικής δράσης της Κοινότητας και ιδιαίτερα όσον αφορά τη ρυθμιστική πυκνότητα των υιοθετούμενων κοινοτικών κανόνων δικαίου. Η έλλειψη ρύθμισης παράπλευρων ζητημάτων ή ζητημάτων εννόμων συνεπειών από τους κοινοτικούς κανόνες πλήρους εναρμόνισης δεν συμβιβάζεται με την ίδια τη στοχοθεσία της πλήρους εναρμόνισης και δημιουργεί κατά τον *Schmidt-Kessel* τον κίνδυνο επιπλέον στρεβλώσεων της εσωτερικής αγοράς.

21. Έτσι ο Γερμανός νομοθέτης με την ψήφιση του Νόμου για τον Εκσυγχρονισμό του Ενοχικού Δικαίου της 26.11.2001, ο οποίος τέθηκε σε ισχύ την 1.1.2002. Βλ. αναλυτικά για το νόμο αυτό *Καραμπατζό* σε Παπανικολάου/Ρούσσο/Χριστοδούλου/Καραμπατζό, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, Αθήνα-Κομοτηνή, 2003, § 5 III, σ. 193 επ.

22. Έτσι ο Έλληνας νομοθέτης, ο οποίος με το Ν 3043/2002 προέβη σε μεταρρύθμιση όλου του δικαίου της πώλησης.

23. Βλ. σχετ. και *Wilhelmsson*, ZEuP 2008, 227 επ., *Howells/Schulze* σε *Howells/Schulze* (Eds.), σ.8 επ., *Twigg-Flesner/Metcalf*, ERCL 2009, 372 επ., *Micklitz/Reich*, CMLR 2009, 483 επ. και από την ελληνική βιβλιογραφία *Χριστοδούλου*, ΕφΑΔ 2010, 15.

έδαφος η ιδέα της στοχοθετημένης πλήρους εναρμόνισης²⁴. Ως τέτοια εννοείται η εναρμόνιση που θα είναι πλήρης σε ορισμένους τομείς, όπου παρατηρούνται έντονες στρεβλώσεις του ανταγωνισμού, στο μέτρο που οι κοινοτικές ρυθμίσεις ως τέτοιες έχουν να επιδείξουν ρυθμιστική πληρότητα και αυτάρκεια²⁵. Ένα τέτοιο παράδειγμα είναι οι ρυθμίσεις που αφορούν ειδικές υποχρεώσεις πληροφόρησης ή το δικαίωμα υπαναχώρησης στις συμβάσεις εκτός εμπορικού καταστήματος και από απόσταση²⁶. Αντιθέτως διατάξεις της Πρότασης Οδηγίας που βρίσκονται σε στενή συνάρτηση και αλληλεπίδραση με τα εθνικά δίκαια των κρατών μελών, όπως οι διατάξεις που *ρυθμίζουν* την υπερημερία ή αδυναμία του πωλητή για παράδοση του πράγματος στις καταναλωτικές πωλήσεις, θα πρέπει να επιτύχουν πρώτα έναν υψηλό βαθμό ωρίμανσης πριν καταλήξουν να διεκδικούν την απόλυτη υπεροχή έναντι των αντίστοιχων ρυθμίσεων των εθνικών δικαίων. Προς την κατεύθυνση αυτή ελπίζω να είναι χρήσιμες οι ακόλουθες σκέψεις αναφορικά με την αναμόρφωση της Οδηγίας για τις καταναλωτικές πωλήσεις.

II. Ζητήματα ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής

1. Έννοια και χρόνος παράδοσης

Η Οδηγία 99/44/ΕΚ για την πώληση και τις εγγυήσεις καταναλωτικών αγαθών περιορίσθηκε συνειδητά στη ρύθμιση του δικαίου των πραγματικών ελαττωμάτων στη σύμβαση πώλησης και απέκλεισε από το πεδίο εφαρμογής της γενικότερα ζητήματα ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής, όπως η καθυστερημένη εκπλήρωση, η μη εκπλήρωση ή η μερική εκπλή-

ρωση της παροχής του πωλητή. Η αναγκαιότητα θέσπισης τέτοιων ρυθμίσεων και η συναρτημένη με αυτές εισαγωγή ενός ενιαίου ορισμού της παράδοσης υποδηλώθηκε ήδη - και μόνο υπαινικτικά - στο Πράσινο Βιβλίο²⁷. Σύμφωνα με την Αιτιολογική Σκέψη 37 της Πρότασης Οδηγίας οι κύριες δυσκολίες που αντιμετωπίζουν οι καταναλωτές και η κύρια πηγή διαφωνιών με τους εμπόρους σχετίζονται συνήθως με την παράδοση των προϊόντων και ιδίως με καθυστερημένες ή μερικές παραδόσεις. Εντούτοις στην Αιτιολογική Σκέψη 38 αναγνωρίζεται ότι μόνο ένας κανόνας ενδοτικού δικαίου ως προς την έννοια της παράδοσης θα μπορούσε να διασφαλίσει την αναγκαία ευελιξία στις συναλλαγές μεταξύ εμπόρων και καταναλωτών.

Το άρθρο 22 παρ.1 της Πρότασης Οδηγίας ορίζει έτσι, υπό την επιφύλαξη αντίθετης συμφωνίας μεταξύ των μερών, ότι ο έμπορος παραδίδει τα εμπορεύματα με τη μεταβίβαση της κατοχής τους στον καταναλωτή ή σε τρίτο μέρος, διαφορετικό από το μεταφορέα, το οποίο υποδεικνύεται από τον καταναλωτή, εντός τριάντα ημερών το αργότερο από την ημέρα της σύναψης της σύμβασης. Ένα πρώτο ερώτημα, που ανακύπτει εδώ, είναι τι θα πρέπει να νοηθεί ως μεταβίβαση της κατοχής²⁸. Το γράμμα της διάταξης υποδηλώνει καταρχάς ότι ως μεταβίβαση της κατοχής νοείται μόνο η *υλική παράδοση του πωληθέντος* από τον έμπορο στον καταναλωτή ή σε υποδειχθέντα από αυτόν τρίτο. Η ερμηνεία αυτή ενισχύεται και από τελεολογικά επιχειρήματα, καθώς μόνο η κτήση της φυσικής εξουσίας επί του πράγματος από τον ίδιο τον καταναλωτή ή από τον τρίτο που ορίσθηκε από αυτόν, διασφαλίζει στον καταναλωτή ως αγοραστή τη δυνατότητα να διαπιστώσει μια ενδεχόμενη έλλειψη ανταπόκρισης του πράγματος στη σύμβαση. Κάθε μορφή πλασματικής παράδοσης, όπως η παράδοση με αντιφώνηση ή με έκταξη ή με μεταβίβαση του αποθετηρίου εγγράφου ή της φορτωτικής αποτέμνεται έτσι από το γραμματικά και τελεολογικά συναγόμενο νόημα της διάταξης²⁹.

Μένει εντούτοις ανοικτό, αν στο πραγματικό της μεταβίβασης κατοχής του άρθρου 22 παρ. 1 της Πρότασης Οδηγίας μπορούν να υπαχθούν μορφές παράδοσης των εθνικών εννόμων τάξεων με μακροαίωνα ιστορία, όπως η *longa manu traditio* ή η *brevi manu traditio*. Σύμφωνα έτσι με το ελληνικό δίκαιο ως παράδοση στη σύμβαση πώλησης νοείται και η απλή συμφωνία μεταξύ πωλητή και αγοραστή για την παράδοση της νομής, όταν το πράγμα τίθεται το πρώτον ή βρίσκεται ήδη στη

24. Τόσο το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο στο Ψήφισμά του της 16^{ης} Ιουλίου 2007, όσο και η πλειονότητα των ερωτηθέντων στο πλαίσιο της δημόσιας διαβούλευσης που εγκαινίασε το Πράσινο Βιβλίο εκφράσθηκαν υπέρ της έκδοσης μιας οριζόντιας Οδηγίας, βασισμένης σε πλήρη *στοχοθετημένη* εναρμόνιση. Βλ. σχετ. την Αιτιολογική Έκθεση της Πρότασης Οδηγίας υπό 1, σ.3 και υπό 2, σ.4-5.

25. Έτσι οι *Howells/Schulze* σε *Howells/Schulze (Eds.)*, σ.6 επ., *Schulte-Nölke* σε *Howells-Schulze (Eds.)*, σ.45 επ. Υπέρ μιας διαφοροποιημένης απόπειρας εναρμόνισης τίθεται και η Υπουργός Δικαιοσύνης της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, κ. *Zypries*, στην ZEuP 2009, 228.

26. Πρβλ. εντούτοις και τη Γνωμοδότηση της Ευρωπαϊκής Οικονομικής και Κοινωνικής Επιτροπής της 16^{ης} Ιουλίου 2009 σχετικά με την Πρόταση Οδηγίας, όπου προτείνεται η πλήρης εξαίρεση της πώλησης καταναλωτικών αγαθών και των καταχρηστικών ρητρών από το πεδίο εφαρμογής της σχεδιαζόμενης Οδηγίας (υπό 1.2 και 4.1.3.). Η Γνωμοδότηση επιχειρεί να εξισορροπήσει τα αντικρουόμενα συμφέροντα των ενώσεων επιχειρήσεων και των ενώσεων καταναλωτών, περιορίζοντας το πεδίο εφαρμογής της Πρότασης Οδηγίας αποκλειστικά στις συμβάσεις εκτός εμπορικού καταστήματος και από απόσταση, αφού αυτά είναι τα κατεξοχήν πεδία διασυννοητικών συναλλαγών, στα οποία πρέπει πρωτίστως να εξαλειφθούν τα εμπόδια και στα οποία η πλήρης εναρμόνιση μπορεί να επιτύχει μεγαλύτερη συνοχή και ομοιογένεια των εθνικών δικαίων.

27. COM (2006) 744 τελικό, Παράρτημα I, υπό 5.3., σ.15.

28. Πρβλ. σχετ. *Twigg-Flesner* σε *Howells/Schulze (Eds.)*, σ.153, ο οποίος θεωρεί ατυχή την έλλειψη ενός γενικού ορισμού της έννοιας της παράδοσης στο άρθρο 2 της Πρότασης Οδηγίας.

29. Έτσι και *Χριστοδούλου*, ΕφΑΔ 2010, 16 υποσ.26. Στο μέτρο αυτό διαφοροποιείται η μεταβίβαση της κατοχής του άρθρου 22 παρ.1 της Πρότασης Οδηγίας από την παράδοση της ΑΚ 522, αφού η τελευταία καταλαμβάνει εκτός από την υλική παράδοση του πωληθέντος και κάθε μορφή πλασματικής παράδοσής του.

διάθεση του αγοραστή (ΑΚ 976 εδ. 2)³⁰. Η ανάγκη ακριβέστερης οριοθέτησης της έννοιας της παράδοσης, με έμφαση και στις περιπτώσεις όπου το πράγμα τίθεται απλώς στη διάθεση του καταναλωτή, χωρίς όμως να του παραδίδεται σωματικά, επισημάνθηκε από την Επιτροπή στο Πράσινο Βιβλίο, ώστε να είναι απορίας άξιο γιατί ερωτήματα που τέθηκαν ήδη στο πλαίσιο του Πράσινου Βιβλίου να μην βρίσκουν την απάντησή τους στην Πρόταση³¹. Επιπλέον το άρθρο 22 παρ. 1 δεν φαίνεται να ρυθμίζει την περίπτωση, όπου ο καταναλωτής βρίσκεται ήδη στην κατοχή του πράγματος εξαιτίας μιας προηγηθείσας της πώλησης έννομης σχέσης. Δεν θα έπρεπε εδώ η απλή συμφωνία μεταξύ των συμβαλλομένων για την παράδοση του πράγματος να εξομοιωθεί με τη μεταβίβαση της κατοχής του άρθρου 22 παρ. 1;

Μια άλλη καινοτομία του άρθρου 22 παρ. 1 αφορά το χρόνο παράδοσης. Η νέα ρύθμιση αξίζει να αντιπαραβληθεί με την προθεσμία εκπλήρωσης της παροχής στις συμβάσεις που συνάπτονται από απόσταση³². Το άρθρο 7 παρ. 1 της Οδηγίας 97/7/ΕΚ επιβάλλει στον προμηθευτή - επίσης υπό την επιφύλαξη ύπαρξης αντίθετης συμφωνίας μεταξύ των μερών - μια 30-νήμερη προθεσμία εκπλήρωσης της παροχής του, ανεξαρτήτως αν αυτή αφορά αγαθό ή υπηρεσία³³. Ο σκοπός της διάταξης έγκειται στη χρονική δέσμευση του προμηθευτή αναφορικά με την εκπλήρωση της παροχής του μέσω του καθορισμού συγκεκριμένης προθεσμίας, έτσι ώστε σε όλες τις έννομες τάξεις να υπάρχει ενιαία αφετηρία για την έναρξη της υπερημερίας του προμηθευτή. Οι έννομες

συνέπειες αυτής της υπερημερίας αφήνονται στη διακριτική ευχέρεια ρύθμισης των κρατών μελών.

Το άρθρο 22 παρ. 1 της Πρότασης Οδηγίας προνοεί επίσης για τον καθορισμό συγκεκριμένης προθεσμίας αναφορικά με την εκπλήρωση της παροχής του επαγγελματία-πωλητή, εφόσον τα μέρη δεν έχουν αποφασίσει διαφορετικά. Σκοπός της Επιτροπής είναι και εδώ να δεσμεύσει χρονικά τον επαγγελματία ως προς την εκπλήρωση της παροχής του. Παρατηρήθηκε ορθά, ότι η διάταξη υπό το πρίσμα αυτό λειτουργεί ως ερμηνευτικός κανόνας για το ληξιπρόθεσμο της παροχής του επαγγελματία-πωλητή³⁴. Είναι λυπηρό εντούτοις ότι η κοινοτική αυτή διάταξη που συντάχθηκε ειδικά για την πώληση καταναλωτικών αγαθών υπολείπεται σημαντικά του γενικού κανόνα που ισχύει για τον καθορισμό του χρόνου παροχής στο ελληνικό δίκαιο. Σύμφωνα με το άρθρο 323 ΑΚ³⁵ προβλέπεται ότι «αν ο χρόνος της παροχής δεν συνάγεται ούτε από τη δικαιοπραξία ούτε από τις περιστάσεις και ιδίως από τη φύση της ενοχικής σχέσης, έχει δικαίωμα ο δανειστής να απαιτήσει και ο οφειλέτης να εκπληρώσει την παροχή αμέσως». Αμέσως σημαίνει χωρίς καθυστέρηση, υπαίτια ή ανυπαίτια, ευθύς δηλαδή μετά τη σύναψη της σύμβασης. Η αυστηρότητα της διάταξης, που ούτε ανυπαίτια καθυστέρηση συγχωρεί, γίνεται δεκτό ότι αμβλύνεται μέσω των αρχών της καλής πίστης, αλλά και των συναλλακτικών ηθών που διέπουν την εκπλήρωση της παροχής³⁶.

Η τριακονθήμερη προθεσμία παράδοσης του πωληθέντος, η οποία κατά περίπτωση μπορεί να αποδειχθεί και μεγαλύτερη³⁷, εγείρει την εντύπωση ότι η Επιτροπή προώθησε τα συμφέροντα των επαγγελματιών - και μάλιστα σε μια κατεξοχήν προς όφελος του καταναλωτή σχεδιαζόμενη Οδηγία - περισσότερο από όσο θα ήταν αναγκαίο. Αυτό θα έχει ως επακόλουθο - τουλάχιστον στο ελληνικό δίκαιο - σε περίπτωση ελλείπουσας συμφωνίας ως προς το χρόνο παράδοσης ο καταναλωτής-αγοραστής να είναι σε χειρότερη θέση από τον επαγγελματία-αγοραστή³⁸. Ο καθορισμός ενιαίας προθεσμίας

30. Βλ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό Μέρος, Τόμος Ι, Αθήνα, 2004, § 6, αρ.5, Κορνηλάκη, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο, Τόμος Ι, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2002, § 33, σ.186 επ., Δεληγιάννη/Κορνηλάκη, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο, Τόμος Ι, Θεσσαλονίκη, 1992, § 39, σ.133. Σύμφωνα με την ΑΚ 976 εδ. 2 «Η συμφωνία ... του έως τώρα νομεία με εκείνον που αποκτά αρκεί για την κτήση της νομής, όταν ο τελευταίος είναι σε θέση να ασκεί την εξουσία πάνω στο πράγμα». Επιπλέον και σύμφωνα με το ελληνικό δίκαιο η σωματική παράδοση του πράγματος μπορεί να γίνει και σε τρίτο, που ορίσθηκε από τον αγοραστή (ΑΚ 417).

31. Σύμφωνα με το Πράσινο Βιβλίο, COM (2006) 744 τελικό, Παράρτημα Ι, υπό 5.3., σ.15, θα πρέπει στην οριζόντια Οδηγία να διευκρινισθεί «αν ως "παράδοση" νοείται η σωματική παράδοση των αγαθών στον καταναλωτή (όταν δηλ. ο καταναλωτής αποκτά τη φυσική εξουσία επί του πράγματος, π.χ. με παραλαβή του παραγγελθέντος αυτοκινήτου από τον έμπορο) ή αν αρκεί απλώς τα αγαθά να τίθενται στη διάθεση του καταναλωτή (όταν δηλ. ο έμπορος ανακοινώνει στον καταναλωτή ότι το παραγγελθέν αυτοκίνητο έφθασε στο χώρο στάθμευσής του και μπορεί να παραληφθεί από τον καταναλωτή)». Πρβλ. επίσης την Αιτιολογική Σκέψη 38 της Πρότασης Οδηγίας, όπου αναφέρεται περίπτωση της *longa manu traditio* (κατά την οποία ο καταναλωτής δεν παραλαμβάνει τα προϊόντα από το ταχυδρομείο, εντός της προθεσμίας που αυτό ορίζει).

32. Ορθά επισημαίνουν την ανάγκη μιας τέτοιας αντιπαραβολής και οι Effer-Uhe/Watson, GPR 2009, 14 και Jud σε Jud/Wendehorst (Hrsg.), σ.122 επ.

33. Βλ. σχετ. αναλυτικά Paparseniou, Griechisches Verbrauchervertragsrecht, Eine Untersuchung vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsprivatrechts, München, 2008, § 3, III 3, σ.199 επ.

34. Έτσι Jud σε Jud/Wendehorst (Hrsg.), σ.123.

35. Η ΑΚ 323 ΑΚ συνιστά επίσης ερμηνευτικό κανόνα για το ληξιπρόθεσμο της παροχής.

36. Βλ. σχετ. αντί άλλων Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2004, § 17 αρ.20.

37. Σύμφωνα με την Αιτιολογική Σκέψη 24 της Πρότασης Οδηγίας για να εξασφαλισθεί η ασφάλεια δικαίου κρίνεται σκόπιμο να εφαρμόζεται ως προς τον υπολογισμό των προθεσμιών της Οδηγίας, ο Κανονισμός αριθ. 1182/1971 του Συμβουλίου της 3^{ης} Ιουνίου 1971 περί καθορισμού των κανόνων που εφαρμόζονται στις προθεσμίες, ημερομηνίες και διορίες (ΕΕ L 124 της 8.6.1971, σ.1). Πρβλ. π.χ. το άρθρο 3 παρ.4 του Κανονισμού αριθ. 1182/1971, σύμφωνα με το οποίο αν η τελευταία ημέρα προθεσμίας είναι αργία, Κυριακή ή Σάββατο, η προθεσμία λήγει με την παρέλευση της τελευταίας ώρας της επόμενης εργάσιμης ημέρας. Κατά αυτόν τον τρόπο ενδέχεται κατά περίπτωση να παρατείνεται και η προθεσμία παράδοσης του επαγγελματία-πωλητή πέραν των τριάντα ημερών.

38. Κριτικός για τους ίδιους λόγους απέναντι στη διάταξη του άρθρου 22 παρ.1 της Πρότασης Οδηγίας και ο Χριστοδούλου, ΕφΑΔ 2010, 16, ο

για την παράδοση των πωληθέντων εμπορευμάτων θεωρήθηκε από την Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή ενδεδειγμένος μόνο για συγκεκριμένους τύπους πωλήσεων, και συγκεκριμένα για τις πωλήσεις που πραγματοποιούνται εκτός εμπορικού καταστήματος και από απόσταση, ενώ και η διάρκεια της προθεσμίας κρίθηκε δυσανάλογη³⁹. Στο παρόν στάδιο επεξεργασίας της Πρότασης από το Συμβούλιο διαφαίνεται η τάση τροποποίησης της ρύθμισης ειδικά για τις πωλήσεις που συνάπτονται εντός του εμπορικού καταστήματος του πωλητή. Προτείνεται έτσι η υιοθέτηση διάταξης που υποχρεώνει τον επαγγελματία-πωλητή σε άμεση παράδοση του πωληθέντος. Παραμένουμε σε αναμονή των εξελίξεων.

2. Έννομες συνέπειες σε περίπτωση υπερημερίας ή αδυναμίας του πωλητή προς παράδοση

Ο καθορισμός μιας ενιαίας προθεσμίας για την παράδοση σε όλες τις πωλήσεις καταναλωτικών αγαθών θα συνεπαγόταν για την κεντροευρωπαϊκή νομική σκέψη ότι μετά την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας ο επαγγελματίας-πωλητής καθίσταται αυτομάτως υπερήμερος, εκτός αν η καθυστέρηση της παράδοσης οφείλεται σε γεγονός, για το οποίο δεν έχει ευθύνη. Κατά συνέπεια θα περίμενε κανείς δικαιολογημένα μια ρύθμιση, η οποία να προβαίνει σε εγγύτερη οριοθέτηση της υπερημερίας του επαγγελματία-πωλητή και σε καθορισμό των εννόμων συνεπειών της. Αντ' αυτού το άρθρο 22 παρ. 2 της Πρότασης Οδηγίας δεν προβαίνει σε έναν συστηματικά συνεπή και ενιαίο για όλο τον ευρωπαϊκό χώρο ορισμό της υπερημερίας του πωλητή και επιπλέον επεκτείνει το ρυθμιστικό του πεδίο πέραν της καθυστέρησης της παράδοσης και σε κάθε περίπτωση αδυναμίας προς παράδοση. Όταν ο έμπορος δεν ικανοποιεί τις υποχρεώσεις του για παράδοση, ο καταναλωτής δικαιούται σύμφωνα με το άρθρο 22 παρ. 2 της Πρότασης Οδηγίας την επιστροφή τυχόν ποσών που πληρώθηκαν εντός επτά ημερών από την ημερομηνία παράδοσης που προβλέπεται στην παράγραφο 1. Η νέα αυτή ρύθμιση υπήρξε εξαιτίας των ατελειών της αντικείμενο οξείας κριτικής από πολλές απόψεις⁴⁰.

Εν πρώτοις το άρθρο 22 παρ. 2 περιορίζεται σε μια και μόνη παράμετρο, ήτοι στην απαίτηση του καταναλωτή προς επιστροφή όλων των ήδη καταβληθέντων ποσών. Αυτό θα μπορούσε - υπό το πρίσμα του ελληνικού δικαίου - να μην αποβεί ιδιαίτερα προβληματικό, ακόμη και χωρίς περαιτέρω

συγκεκριμενοποίηση του πραγματικού της διάταξης, καθώς τόσο σε περίπτωση *ανυπαίτιας* εκ μέρους του πωλητή καθυστέρησης ή αδυναμίας εκπλήρωσης της παροχής του, όσο και σε περίπτωση *υπαίτιας* εκ μέρους του πωλητή καθυστέρησης (υπερημερίας) ή αδυναμίας εκπλήρωσης της παροχής του, ο αγοραστής δικαιούται να απαιτήσει την επιστροφή των ήδη καταβληθέντων ποσών. Παρ' όλα αυτά η διάταξη αφήνει εξ αρχής ανοικτό το ερώτημα, αν ο καταναλωτής-αγοραστής διατηρεί την αξίωση εκπλήρωσής⁴¹. Επιπλέον πρέπει να παρατηρηθεί ότι όσο περισσότερες διαφοροποιήσεις επιχειρούνται στο πλαίσιο του αόριστου πραγματικού της «μη ικανοποίησης των υποχρεώσεων προς παράδοση» του επαγγελματία-πωλητή, τόσο πολυπληθέστερα είναι και τα ρυθμιστικά κενά της διάταξης που προκύπτουν.

Αν το κέντρο βάρους τεθεί έτσι στην *υπερημερία* του πωλητή προς παράδοση, γίνεται αντιληπτός ο ελλιπής συσχετισμός προς τα λοιπά δικαιώματα του αγοραστή, τα οποία είναι μάλιστα κοινά στις περισσότερες εθνικές έννομες τάξεις. Έτσι στο ελληνικό δίκαιο ο δανειστής του υπερήμερου οφειλέτη δικαιούται και στο πλαίσιο μιας αμφοτεροβαρούς συμβάσεως να απαιτήσει εκτός από την παροχή και αποζημίωση για τη ζημία του που οφείλεται στην καθυστέρηση (άρθρο 343 παρ. 1 ΑΚ)⁴². Αν δεν θέλει να περιορισθεί σε αυτό το δικαίωμα, έχει δύο επιπλέον δικαιώματα, τα οποία μπορούν να ασκηθούν διαζευκτικά: Μπορεί να αποκρούσει την παροχή και να αξιώσει αποζημίωση για ολική μη εκπλήρωση ή να υπαναχωρήσει από τη σύμβαση και να απαιτήσει εύλογη (μειωμένη) αποζημίωση σύμφωνα με την ΑΚ 387 (άρθρο 383 ΑΚ)⁴³. Το άρθρο 22 παρ.2 της Πρότασης Οδηγίας φαίνεται υπό το πρίσμα της αρχής της πλήρους εναρμόνισης άκρως προβληματικό, καθώς είναι σχεδόν βέβαιο ότι απαγορεύεται στον εθνικό νομοθέτη η επιβολή πρόσθετων, αυτόνομων εννόμων συνεπειών⁴⁴.

41. Έτσι και οι *Effer-Uhe/Watson*, GPR 2009, 14.

42. Σύμφωνα με το άρθρο 343 παρ.1 ΑΚ «Ο υπερήμερος οφειλέτης εκτός από την παροχή οφείλει και αποζημίωση για τη ζημία του δανειστή από την καθυστέρηση».

43. Διεξοδικώς οι *Σταθόπουλος*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, § 21 αρ.49 επ. και *Γεωργιάδης*, Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, § 30 αρ.1 επ. Σύμφωνα με το άρθρο 383 ΑΚ «Αν ο ένας από τους συμβαλλομένους βρίσκεται σε υπερημερία ως προς την παροχή που οφείλει, έχει δικαίωμα ο άλλος να του τάξει εύλογη προθεσμία για εκπλήρωση, δηλώνοντας συνάμα ότι μετά την πάροδο της αποκρούει την παροχή. Αν περάσει άπρακτη η προθεσμία, ο τελευταίος έχει δικαίωμα ή να απαιτήσει αποζημίωση για τη μη εκπλήρωση ή να υπαναχωρήσει από τη σύμβαση, όχι όμως να απαιτήσει την παροχή».

44. Η απαγόρευση αυτή απορρέει αμέσως από το άρθρο 4 και όχι από το άρθρο 27 παρ.2 της Πρότασης Οδηγίας. Έτσι και *Micklitz/Reich*, CMLR 2009, 506, *Jud* σε *Jud/Wendehorst* (Hrsg.), σ.124, *Schulte-Nölke* σε *Howells/Schulze* (Eds.), σ.42. Το άρθρο 27 παρ.2 της Πρότασης Οδηγίας είναι μια ειδική ρύθμιση για την αξίωση αποζημίωσης του καταναλωτή στην περίπτωση μη ανταπόκρισης του πράγματος στη σύμβαση και επομένως δεν αποκλείει per se ενδεχόμενες αξιώσεις αποζημίωσης του καταναλωτή στην περίπτωση της υπερημερίας ή της αδυναμίας του πωλητή προς παράδοση.

οποίος προτείνει ως διέξοδο την ερμηνευτική συναγωγή του αμέσως ληξιπροθέσμου της παροχής βάσει της ΑΚ 200.

39. Βλ. τη Γνωμοδότηση της Ευρωπαϊκής Οικονομικής και Κοινωνικής Επιτροπής της 16^{ης} Ιουλίου 2009 σχετικά με την Πρόταση Οδηγίας υπό 7.5.

40. Βλ. σχετ. *Effer-Uhe/Watson*, GPR 2009, 14, *Micklitz/Reich*, CMLR 2009, 506, *Schulte-Nölke* σε *Howells/Schulze* (Eds.), σ.42, *Twigg-Flesner* σε *Howells/Schulze* (Eds.), σ.153 επ., *Zoll* σε *Howells/Schulze* (Eds.), σ.285 επ., *Jud* σε *Jud/Wendehorst* (Hrsg.), σ.123 επ.

Αλλά και στην περίπτωση της υπαίτιας εκ μέρους του επαγγελματία-πωλητή μη εκπλήρωσης της υποχρέωσής του για παράδοση, ανακύπτουν ανάλογα ερωτήματα. Έτσι σύμφωνα με το ελληνικό δίκαιο έχει κάθε δανειστής σε περίπτωση υπαίτιας ολικής αδυναμίας παροχής του οφειλέτη του διαζευκτικά το δικαίωμα είτε να αναζητήσει την αντιπαροχή του σύμφωνα με τις διατάξεις για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό είτε να απαιτήσει αποζημίωση για ολική μη εκπλήρωση είτε να υπαναχωρήσει από τη σύμβαση και να απαιτήσει εύλογη (μειωμένη) αποζημίωση σύμφωνα με την ΑΚ 387 (άρθρο 382 εδ. α' ΑΚ)⁴⁵. Ποικίλα δικαιώματα απονέμονται επίσης στο δανειστή και επομένως εν προκειμένω στον αγοραστή - ανεξαρτήτως της καταναλωτικής του ιδιότητας - και στην περίπτωση της μερικής, αρχικής ή επιγενόμενης, αδυναμίας παροχής του οφειλέτη-πωλητή, αναλόγως αν η μερική παράδοση οφείλεται σε υπαιτιότητα του τελευταίου ή όχι⁴⁶. Αλλά και ανεξαρτήτως της ύπαρξης υπαιτιότητας του πωλητή αναγνωρίζεται σε κάθε αγοραστή στις συμβάσεις ακριβόχροννης εκπλήρωσης, όπου κατά τη συμφωνία η παροχή πρέπει να εκπληρωθεί αποκλειστικά σε ορισμένο χρόνο ή σε ορισμένη προθεσμία, δικαίωμα υπαναχώρησης (άρθρο 401 εδ. α' ΑΚ)⁴⁷.

Από όσα επισημάνθηκαν ανωτέρω, προκύπτει ότι το άρθρο 22 παρ. 2 της Πρότασης Οδηγίας έχει ένα εξαιρετικά ευρύ πραγματικό στο οποίο αποδίδεται - και μάλιστα κατά μονιστικό τρόπο - μια ιδιαίτερως περιορισμένη έννομη συνέπεια. Υπό το πρίσμα της επιδιωκόμενης με την Πρόταση Οδηγίας πλήρους εναρμόνισης δεν είναι δυνατόν να τύχουν επιδοκμασίας διατάξεις που ρυθμίζουν καίρια ζητήματα του γενικού δικαίου ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής - έστω και μόνο στο πλαίσιο της σύμβασης πώλησης - κατά τρόπο αποσπασματικό και χωρίς οποιαδήποτε παραπομπή στις έννομες συνέπειες των εθνικών εννόμων τάξεων⁴⁸. Εξαιτίας αφενός της πολυπλοκότητας της ρυθμιστέας δικαιοκίνησης και αφετέρου της

ρυθμιστικής πυκνότητας που έχουν να επιδείξουν σχετικά με αυτήν τόσο οι εθνικές έννομες τάξεις όσο και το Σχέδιο του Κοινού Πλαισίου Αναφοράς⁴⁹, θα ήταν ευχής έργο αν κατά την περαιτέρω επεξεργασία της Πρότασης Οδηγίας αποδιδόταν η δέουσα σημασία στη θεματική αυτή ενότητα που μας απασχόλησε.

III. Ζητήματα ευθύνης του πωλητή για πραγματικές ελλείψεις

1. Μετάθεση του κινδύνου - Κρίσιμος χρόνος για τη διαπίστωση της έλλειψης ανταπόκρισης του πράγματος στη σύμβαση

Σύμφωνα με το άρθρο 3 παρ. 1 της Οδηγίας 99/44/ΕΚ ο πωλητής ευθύνεται έναντι του καταναλωτή για κάθε έλλειψη συμμόρφωσης που υπάρχει κατά τη χρονική στιγμή της παράδοσης του αγαθού. Η Οδηγία 99/44/ΕΚ δεν ασχολήθηκε εγγύτερα ούτε με την αποσαφήνιση της έννοιας της παράδοσης ούτε με ζητήματα κατανομής του κινδύνου⁵⁰. Ο Έλληνας νομοθέτης αισθάνθηκε για το λόγο αυτό ελεύθερος να αποκλίνει από το χρονικό σημείο της παράδοσης ως το καθοριστικό χρονικό σημείο για τη διακρίβωση της έλλειψης ανταπόκρισης του πράγματος στη σύμβαση και να προκρίνει αντ' αυτού ως κρίσιμο το χρονικό σημείο της *μετάθεσης του κινδύνου* στον αγοραστή⁵¹.

Ο Έλληνας νομοθέτης φάνηκε εδώ να μην συμεριζείται τον ευρύτερο προβληματισμό που δημιούργησε το άρθρο 3 παρ. 1 της Οδηγίας αναφορικά με το αν ως παράδοση του αγαθού νοείται μόνο η υλική παράδοσή του (εγχείριση) στον καταναλωτή-αγοραστή, έτσι ώστε αυτός να είναι σε θέση να αποκτά φυσική εξουσία επί του πράγματος ή αν αρκεί αντιθέτως οποιοδήποτε είδους πλασματική παράδοση, όπως είναι και η παράδοση του πράγματος σε μεταφοράε κατοπιν συμφωνίας των μερών για αποστολή του⁵². Ο χρόνος

45. Σύμφωνα με το άρθρο 382 εδ. α' ΑΚ «Αν η παροχή του ενός από τους συμβαλλομένους είναι αδύνατη από γεγονός για το οποίο αυτός έχει ευθύνη, μπορεί ο άλλος είτε να επικαλεσθεί τα δικαιώματα του άρθρου 380 είτε να απαιτήσει αποζημίωση είτε να υπαναχωρήσει από τη σύμβαση».

46. Βλ. αντί άλλων *Κορνηλάκη*, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο, Τόμος Ι, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2002, § 35, ΙΙ, σ.200 επ., *Δεληγιάννη/Κορνηλάκη*, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 1992, § 42, σ.145.

47. Βλ. σχετ. *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, § 21 αρ.104 επ. Σύμφωνα με το άρθρο 401 εδ. α' ΑΚ «Αν στη σύμβαση συνομολογήθηκε ότι η παροχή πρέπει να εκπληρωθεί αποκλειστικά σε ορισμένο χρόνο ή αποκλειστικά μέσα σε ορισμένη προθεσμία, σε περίπτωση αμφιβολίας ο δανειστής έχει το δικαίωμα να υπαναχωρήσει για μόνη την καθυστέρηση ανεξάρτητα από υπαιτιότητα του οφειλέτη».

48. Πρβλ. σχετ. *Zoll σε Howells/Schulze (Eds.)*, σ.286, ο οποίος αναφορικά με το άρθρο 22 παρ.2 της Πρότασης Οδηγίας καταλήγει στο ακόλουθο συμπέρασμα: «Such a rule, like Article 22 (2) pCRD may be only regarded seriously, if the Member States retain their authority to regulate such additional matters. Otherwise such formally complete, but substantively fragmentary rules, cannot be integrated in any serious legal system».

49. Πρβλ. Art.IV. A.- 4: 101 του Σχεδίου του Κοινού Πλαισίου Αναφοράς (DCFR), σύμφωνα με το οποίο: „If a party fails to perform an obligation under the contract, the other party may exercise the remedies provided in Book III, Chapter 3, except as otherwise provided in this Chapter” δημοσιευμένο σε: *von Bar/Clive/Schulte-Nölke*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition, Munich, 2008.

50. Σύμφωνα με την Αιτιολογική Σκέψη 14 της Οδηγίας 99/44/ΕΚ οι αναφορές στο χρόνο της παράδοσης δεν συνεπάγονται ότι τα κράτη μέλη θα πρέπει να τροποποιήσουν τους κανόνες τους σχετικά με τη μετάθεση του κινδύνου.

51. Σύμφωνα με το άρθρο 537 παρ.1 ΑΚ «Ο πωλητής ευθύνεται ανεξάρτητα από υπαιτιότητά του αν το πράγμα, κατά το χρόνο που ο κίνδυνος μεταβαίνει στον αγοραστή, έχει πραγματικά ελαττώματα ή στερείται τις συνομολογημένες ιδιότητες,...».

52. Για τις θέσεις που υποστηρίχθηκαν στη γερμανική επιστήμη βλ. αντί άλλων *Micklitz σε Reich/Micklitz*, § 17 αρ.17.16. με περαιτέρω παραπομπές, ενώ στο Ηνωμένο Βασίλειο οι *Bradgate/Twigg-Flesner*,

μετάθεσης του κινδύνου, ο οποίος προκρίθηκε ως κρίσιμος κατά τον Έλληνα νομοθέτη για τη διαπίστωση της έλλειψης ανταπόκρισης του πράγματος στη σύμβαση, συμπίπτει κατά κανόνα με το χρόνο παράδοσης του κινητού πράγματος στον αγοραστή (ΑΚ 522)⁵³.

Ωστόσο στην πώληση με συμφωνία αποστολής της ΑΚ 524 ο χρόνος μετάθεσης του κινδύνου προηγείται της υλικής παράδοσης του πράγματος στον αγοραστή και συμπίπτει με την παράδοση του πράγματος από τον πωλητή στο μεταφορέα, αφού σύμφωνα με το άρθρο αυτό, αν ο πωλητής, με αίτηση του αγοραστή, στέλνει το πράγμα σε τόπο διαφορετικό από τον τόπο εκπλήρωσης της παροχής, ο αγοραστής φέρει τον κίνδυνο αφότου του πράγματος παραδοθεί για αποστολή⁵⁴. Βάσει της ΑΚ 320, αν δεν υπάρχει διαφορετική συμφωνία των μερών ή δεν συνάγεται άλλως από τις περιστάσεις, ως τόπος εκπλήρωσης της μη χρηματικής παροχής θεωρείται εν αμφιβολία ο τόπος επαγγελματικής εγκατάστασης του οφειλέτη της παροχής, άρα εν προκειμένω του πωλητή⁵⁵. Κάθε φορά επομένως που ο καταναλωτής-αγοραστής θα επιθυμεί την παράδοση στον τόπο κατοικίας του και δεν θα έχει προηγουμένως φροντίσει να συμφωνήσει με τον πωλητή ότι ο τόπος κατοικίας του ίδιου του αγοραστή είναι και ο τόπος εκπλήρωσης της παροχής (κομίσιο χρέος), ο πωλητής δεν θα ευθύνεται για την έλλειψη συμμόρφωσης του πράγματος στη σύμβαση μετά την παράδοση στον τρίτο-μεταφορέα. Αυτό πρακτικά σημαίνει ότι σε όλες τις καταναλωτικές συμβάσεις πώλησης που καταρτίζονται ή/και εκπληρώνονται σε απόσταση, ο καταναλωτής-αγοραστής θα είναι υπόχρεος να

καταβάλει το τίμημα στον πωλητή, ακόμη και αν το πράγμα καταστράφηκε ή χειροτέρευσε τυχαία κατά τη μεταφορά, ενώ μετά την παράδοση του αγαθού στο μεταφορέα κάθε αναφανείσα έλλειψη συμμόρφωσης (πραγματικό ελάττωμα ή έλλειψη συνολομοιομένης ιδιότητας) δεν θα προσπορίζει στον καταναλωτή-αγοραστή τα έννομα βοηθήματα των ΑΚ 540 επ.⁵⁶ Σύμφωνα με τον Έλληνα νομοθέτη εξομοιώνεται η παράδοση του πωληθέντος πράγματος στον τρίτο-μεταφορέα με την παράδοση στον ίδιο τον αγοραστή, αφού αυτή λαμβάνει χώρα κατόπιν αιτήσεως του αγοραστή και επομένως ο αγοραστής πρέπει να επωμισθεί και τον σχετικό κίνδυνο⁵⁷.

Στο παρόν στάδιο εξέλιξης του κοινοτικού δικαίου η Επιτροπή επιχειρεί να άρει την εμπιλοχωρήσασα παρανόηση του Έλληνα νομοθέτη, η οποία οφειλόταν στην ελλείπουσα ρύθμιση της κατανομής του κινδύνου στην Οδηγία 99/44/ΕΚ⁵⁸. Σύμφωνα με το άρθρο 25 της Πρότασης Οδηγίας ο έμπορος ευθύνεται έναντι του καταναλωτή για κάθε έλλειψη συμμόρφωσης που υπάρχει κατά τη στιγμή που ο κίνδυνος μεταβιβάζεται στον καταναλωτή, ενώ σύμφωνα με το άρθρο 23 παρ. 1 της Πρότασης Οδηγίας ο κίνδυνος απώλειας ή βλάβης των εμπορευμάτων μετατίθεται στον καταναλωτή, όταν αυτός ή κάποιο τρίτο μέρος, *διαφορετικό από το μεταφορέα*, το οποίο υποδεικνύεται από τον καταναλωτή, έχει αποκτήσει την κατοχή των εμπορευμάτων. Από το συνδυασμό της τελευταίας αυτής διάταξης με το άρθρο 22 παρ. 1 της Πρότασης Οδηγίας, σύμφωνα με το οποίο ο έμπορος παραδίδει τα εμπορεύματα με τη μεταβίβαση της κατοχής τους στον καταναλωτή ή σε τρίτο μέρος, *διαφορετικό από το μεταφορέα*, το οποίο υποδεικνύεται από τον καταναλωτή, προκύπτει πλέον εύγλωττα ότι η εγχείριση στο μεταφορέα δεν συνιστά παράδοση⁵⁹.

Αυτό συνεπάγεται ότι, εφόσον οι ως άνω διατάξεις αποτελέσουν τμήμα της νέας Οδηγίας, η ΑΚ 524 δεν θα βρίσκεται πλέον έδαφος εφαρμογής αναφορικά με την κατανομή του κινδύνου στην πώληση με συμφωνία αποστολής μεταξύ επαγγελματία-πωλητή και καταναλωτή-αγοραστή. Κατά τα λοιπά η Πρόταση Οδηγίας αφήνει άθικτους εθνικούς κανόνες δικαίου που ρυθμίζουν γενικά τον τόπο εκπλήρωσης της

Consumer Sales., αρ.3.4.7. υποστηρίζουν ότι συνεπέστερο προς το διττό σκοπό της Οδηγίας, που στοχεύει τόσο στην προστασία του καταναλωτή όσο και στην προώθηση της ενιαίας αγοράς, είναι να δεχθεί κανείς ότι ως παράδοση (delivery) νοείται η κτήση της φυσικής εξουσίας επί του πράγματος από τον αγοραστή.

53. Σύμφωνα με το άρθρο 522 παρ.1 ΑΚ «Αφότου παραδοθεί το πράγμα που πουλήθηκε, τον κίνδυνο για την τυχαία καταστροφή ή τη χειροτέρευση του φέρει ο αγοραστής». Στο πλαίσιο ωστόσο της ΑΚ 522 ως παράδοση νοείται όχι μόνο η υλική εγχείριση του πράγματος από τον πωλητή στον αγοραστή, αλλά και κάθε τρόπος πλασματικής παράδοσης που ορίζεται στα άρθρα 977 και 978 ΑΚ, όπως είναι η αντιφώνηση, η έκταξη και η μεταβίβαση του αποθετηρίου εγγράφου ή της φορτωτικής. Βλ. σχετ. αντί άλλων *Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό μέρος, Τόμος Ι, § 8 αρ.12.
54. Σύμφωνα με το άρθρο 524 ΑΚ «Αν ο πωλητής, με αίτηση του αγοραστή, στέλνει το πράγμα σε τόπο διαφορετικό από τον τόπο της εκπλήρωσης της παροχής, ο αγοραστής φέρει τον κίνδυνο αφότου το πράγμα παραδοθεί για αποστολή». Βλ. αναφορικά με το χρόνο μετάθεσης του κινδύνου στην πώληση με συμφωνία αποστολής αναλυτικά *Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό Μέρος, Τόμος Ι, § 8 αρ.23 επ., *Κορνηλάκη*, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο, Τόμος Ι, σ.328 επ.
55. Σύμφωνα με το άρθρο 320 ΑΚ «Αν ο τόπος της παροχής δεν συνάγεται ούτε από τη δικαιοπραξία ούτε από τις περιστάσεις και ιδίως από τη φύση της ενοχικής σχέσης, η παροχή καταβάλλεται στον τόπο όπου ο οφειλέτης είχε την κατοικία του κατά τη γένεση της ενοχής. Αν η υποχρέωση προέρχεται από την άσκηση του επαγγέλματος του οφειλέτη, αντί για τον τόπο της κατοικίας ισχύει ο τόπος της επαγγελματικής του εγκατάστασης».

56. Σύμφωνα με το άρθρο 540 ΑΚ «Στις περιπτώσεις ευθύνης του πωλητή για πραγματικό ελάττωμα ή για έλλειψη συνολομοιομένης ιδιότητας ο αγοραστής δικαιούται *κατ' επιλογήν του*: 1. να απαιτήσει, χωρίς επιβάρυνσή του, τη διόρθωση ή αντικατάσταση του πράγματος με άλλο, εκτός αν μια τέτοια ενέργεια είναι αδύνατη ή απαιτεί δυσανάλογες δαπάνες 2. να μειώσει το τίμημα 3. να υπαναχωρήσει από τη σύμβαση, εκτός αν πρόκειται για επουσιώδες πραγματικό ελάττωμα. Ο πωλητής οφείλει να πραγματοποιήσει τη διόρθωση ή την αντικατάσταση σε εύλογο χρόνο και χωρίς σημαντική ενόχληση του αγοραστή».

57. Έτσι η Εισηγητική Έκθεση του Ν 3043/2002, υπό ΙΙ αρ.4.

58. Η αναγκαιότητα θέσεως ενός κανόνα για τη μετάθεση του κινδύνου μνημονεύεται ήδη στο Πράσινο Βιβλίο, βλ. COM (2006) 744 τελικό, Παράρτημα Ι, υπό 5.4.

59. Έτσι και *Jud σε Jud/Wendehorst (Hrsg.)*,σ.125, *Twigg-Flesner σε Howells/Schulze (Eds.)*, σ.154 επ.

παροχής. Κύρια επιδίωξη της Πρότασης Οδηγίας δεν είναι να αναμορφώσει γενικά το χρέος από μια σύμβαση καταναλωτικής πώλησης από άρσιμο σε κομίσιο, αλλά απλώς να εγκαθιδρύσει ειδική ευθύνη του επαγγελματία-πωλητή για την απώλεια, καταστροφή ή βλάβη του καταναλωτικού αγαθού κατά τη διάρκεια της μεταφοράς του⁶⁰. Ο κίνδυνος της τυχαίας απώλειας, καταστροφής ή βλάβης του πράγματος κατά τη μεταφορά επιρρίπτεται στον επαγγελματία-πωλητή, έτσι ώστε η πραγμάτωση ενός τέτοιου κινδύνου να συνεπάγεται έλλειψη ανταπόκρισης του πράγματος στη σύμβαση και να διανοίγει στον καταναλωτή την οδό προσφυγής στα έννομα βοηθήματα των άρθρων 26 και 27 της Πρότασης Οδηγίας. Λόγω της ελλειπτικής διατύπωσης της διάταξης του άρθρου 23 παρ. 1 παραμένει εντούτοις ασαφές, αν ο επαγγελματίας-πωλητής χάνει και την αξίωση καταβολής του τιμήματος από τον καταναλωτή στην περίπτωση απώλειας ή βλάβης των εμπορευμάτων κατά τη μεταφορά, καθώς οι έννομες συνέπειες της μετάθεσης του κινδύνου δεν ρυθμίζονται συνολικά, αλλά μόνο υπό το πρίσμα της εγγυοδοτικής, ειδικής ευθύνης για μη εκπλήρωση του επαγγελματία-πωλητή⁶¹. Παρά την επιφύλαξη αυτή πρέπει να γίνει δεκτό, ότι ο κανόνας της κατανομής του κινδύνου που προκύπτει από τη συνδυαστική θεώρηση των άρθρων 23 παρ. 1 και 25 της Πρότασης Οδηγίας δεν εξυπηρετεί μόνο την ασφάλεια δικαίου, αλλά προάγει και το επίπεδο προστασίας του καταναλωτή και είναι και για το λόγο αυτό επιδοκιμαστέος⁶².

Περαιτέρω διευκρινίσεων χρήζει εντούτοις το άρθρο 23 παρ. 2 της Πρότασης Οδηγίας. Σύμφωνα με αυτό ο κίνδυνος απώλειας ή βλάβης των εμπορευμάτων μετατίθεται κατά τη στιγμή της παράδοσης, όπως συμφωνήθηκε από τα συμβαλλόμενα μέρη, στον καταναλωτή, εαν ο καταναλωτής ή ένα τρίτο μέρος, διαφορετικό από το μεταφορέα, το οποίο υποδεικνύεται από τον καταναλωτή, δεν προέβη στις εύλογες ενέργειες για την απόκτηση της κατοχής των εμπορευμάτων. Σύμφωνα με την Αιτιολογική Σκέψη 38 της Πρότασης Οδηγίας ο κανόνας σχετικά με τη μετάθεση του κινδύνου δεν πρέπει να εφαρμόζεται όταν ο καταναλωτής αργεί αδικαιολόγητα να λάβει στην κατοχή του τα προϊόντα (π.χ. όταν τα προϊόντα δεν παραλαμβάνονται από τον καταναλωτή από το ταχυδρομείο εντός της προθεσμίας που αυτό ορίζει). Στις περιπτώσεις αυτές ο καταναλωτής πρέπει να φέρει τον κίνδυνο απώλειας

ή βλάβης από το χρόνο παράδοσης που συμφωνήθηκε με τον επαγγελματία⁶³.

Η πρώτη εντύπωση που δημιουργεί το άρθρο 23 παρ. 2 είναι ότι εξομοιώνει με την πραγματική παράδοση της κατοχής του πράγματος στον καταναλωτή ή σε τρίτο υποδειχθέντα από αυτόν την υπαίτια καθυστέρηση παραλαβής του πράγματος εκ μέρους του καταναλωτή ή του υποδειχθέντος από αυτόν τρίτου, για τον οποίον επίσης ευθύνεται - ανεξαρτήτως ιδίου πταίσματος; - ο καταναλωτής. Η παράδοση λαμβάνει επομένως χώρα τόσο από τη στιγμή που ο καταναλωτής αποκτά πραγματικά την κατοχή του πράγματος, όσο και από τη χρονική στιγμή που ο καταναλωτής θα μπορούσε να έχει αποκτήσει την κατοχή του πράγματος. Ως κρίσιμο χρονικό σημείο παράδοσης θεωρείται τόσο ο συμφωνημένος μεταξύ των μερών χρόνος παράδοσης, όσο και η προβλεπόμενη στο άρθρο 22 παρ. 1 τριακονθήμερη προθεσμία παράδοσης, εντός της οποίας, ελλείψει συμφωνίας των μερών, είναι υποχρεωμένος ο επαγγελματίας-πωλητής να παραδώσει το πράγμα⁶⁴.

Ερωτηματικά γεννώνται εντούτοις αναφορικά με το κατά πόσον η Επιτροπή αποσκοπούσε να ρυθμίσει - έστω και κατά αποσπασματικό μόνο τρόπο - μόνο το ζήτημα της υπερημερίας ως προς την αποδοχή του καταναλωτή-αγοραστή ή μήπως απέβλεπε επιπλέον να επιβάλει σε αυτόν εμμέσως και μια υποχρέωση παραλαβής. Αν η Επιτροπή απέβλεπε μόνο στη ρύθμιση της υπερημερίας αποδοχής του καταναλωτή, παρατηρείται κενό στον προτεινόμενο κανόνα, καθώς αυτός δεν λαμβάνει υπόψη την επίδραση πιθανού πταίσματος του επαγγελματία-πωλητή κατά τη διάρκεια της υπερημερίας του καταναλωτή-αγοραστή ως προς την αποδοχή του πράγματος. Θα πρέπει ο κίνδυνος μιας πιθανής βλάβης του πωληθέντος να μεταβαίνει στον καταναλωτή, ακόμη και αν ο επαγγελματίας-πωλητής παραβεί την υποχρέωση επιμέλειας που τον βαρύνει κατά τη διάρκεια της υπερημερίας αποδοχής του καταναλωτή⁶⁵; Και αν πάλι θεωρήσουμε ότι στον καταναλωτή επιβάλλεται υποχρέωση παραλαβής του πωληθέντος πράγματος, αυτή θα πρέπει να νοηθεί ως κύρια ή ως παρεπόμενη υποχρέωσή του⁶⁶; Και επιπλέον: θα απαγορευόταν στα κράτη-μέλη υπό το πρίσμα της αρχής της πλήρους εναρμόνισης η προσφυγή σε εθνικούς κανόνες, οι οποίοι θα καθόριζαν τις

60. Πρβλ. σχετ. την Αιτιολογική Σκέψη 38 της Πρότασης Οδηγίας, σύμφωνα με την οποία λαμβάνεται υπόψη ότι στο πλαίσιο των πωλήσεων σε καταναλωτές, η παράδοση των προϊόντων μπορεί να πραγματοποιηθεί με διάφορους τρόπους. Όπως εδώ και *Jud* σε *Jud/Wendehorst* (Hrsg.), σ.125 επ.

61. Βλ. σχετ. *Schmidt-Kessel* σε *Jud-Wendehorst* (Hrsg.), σ.38.

62. Ο κανόνας της κατανομής του κινδύνου στην Πρόταση Οδηγίας έτυχε επιδοκιμασίας και από την Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή. Πρβλ. σχετ. τη Γνωμοδότηση της Ευρωπαϊκής Οικονομικής και Κοινωνικής Επιτροπής της 16^{ης} Ιουλίου 2009 σχετικά με την Πρόταση Οδηγίας, υπό 7.4. Θετικοί επίσης και οι *Tonner/Tamm*, JZ 2009, 281.

63. Έτσι επί λέξει η Αιτιολογική Σκέψη 38 της Πρότασης Οδηγίας.

64. Βλ. σχετ. αναλυτικά *Twigg-Flesner* σε *Howells/Schulze* (Eds.), σ.154.

65. Πρβλ. σχετ. την ΑΚ 355, σύμφωνα με την οποία ο οφειλέτης κατά τη διάρκεια της υπερημερίας του δανειστή ευθύνεται μόνο για δόλο και βαρεία αμέλεια.

66. Στο ελληνικό δίκαιο αμφισβητείται η ύπαρξη υποχρέωσης παραλαβής του αγοραστή, βλ. σχετ. *Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό Μέρος, Τόμος Ι, § 6 αρ.31 επ., *Φίλιο*, Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό Μέρος, Τόμος Ι, Αθήνα, 2007, σ.56, *Κορνηλάκη*, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο, Τόμος Ι, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2002, § 34, ΙΙ, σ.192 επ., *Δεληγιάννη/Κορνηλάκη*, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο, Τόμος Ι, Θεσσαλονίκη, 1992, § 40, σ.138 επ.

έννομες συνέπειες σε περίπτωση παράβασης της υποχρέωσης παραλαβής⁶⁷;

2. Ιεραρχική διαβάθμιση των εννόμων βοηθημάτων του αγοραστή

Η Οδηγία 99/44/ΕΚ παρέχει στον καταναλωτή-αγοραστή σε περίπτωση έλλειψης ανταπόκρισης του πράγματος στη σύμβαση ένα σύστημα προστασίας που καταστρώνεται σε δύο επίπεδα. Ο καταναλωτής δικαιούται καταρχάς να αξιώσει την αποκατάσταση της έλλειψης συμμόρφωσης με επισκευή ή αντικατάσταση (άρθρο 3 παρ.3 εδ. α') και μόνο όταν και οι δύο αυτές μορφές επανόρθωσης δεν είναι εφικτές ή η επιλεγείσα από τον καταναλωτή μορφή επανόρθωσης δεν μπορεί να ολοκληρωθεί εντός ευλόγου χρονικού διαστήματος ή χωρίς σημαντική ενόχλησή του (άρθρο 3 παρ. 5), είναι επιτρεπτή η μετάβαση στα δευτερογενή δικαιώματα της μείωσης του τιμήματος ή της υπαναχώρησης. Η Οδηγία 99/44/ΕΚ προτάσσοντας την αξίωση μετεκπλήρωσης του καταναλωτή-αγοραστή παρέχει στον πωλητή μια δεύτερη ευκαιρία να εκπληρώσει προσεκτικώς την παροχή του και έτσι τάσσεται ταυτόχρονα υπέρ της διατήρησης του συμβατικού δεσμού (*favor contractus*)⁶⁸. Η μετάβαση εντούτοις του καταναλωτή στα δικαιώματα της μείωσης του τιμήματος ή της υπαναχώρησης φαίνεται να είναι επιτρεπτή και χωρίς να χρειάζεται αυτός να αναμείνει την ανεπιτυχή έκβαση της επιχειρούμενης από τον πωλητή μετεκπλήρωσης, καθώς σύμφωνα με το άρθρο 3 παρ. 3 εδ. τελ. της Οδηγίας η επισκευή ή η αντικατάσταση πρέπει να πραγματοποιούνται εντός ευλόγου χρονικού διαστήματος και χωρίς σημαντική ενόχληση του καταναλωτή. Επομένως κάθε φορά που καθίσταται εκ των προτέρων βέβαιο ότι η επιλεγείσα από τον καταναλωτή μορφή επανόρθωσης δεν πρόκειται να ολοκληρωθεί εντός ευλόγου χρονικού διαστήματος ή χωρίς σημαντική ενόχληση του καταναλωτή, ο καταναλωτής μπορεί να προσφύγει σε κάποιο από τα δευτερογενή έννομα βοηθήματα της μείωσης του τιμήματος ή της υπαναχώρησης.

Το δικαίωμα επιλογής μεταξύ επισκευής ή αντικατάστασης απονέμεται στον καταναλωτή, η άσκησή του όμως περιορίζεται με γνώμονα και τα έννομα συμφέροντα του πωλητή, καθώς ο καταναλωτής στερείται του δικαιώματος επιλογής - μεταξύ άλλων - και όταν η προκρινόμενη από αυτόν μορφή επανόρθωσης είναι δυσανάλογη για τον πωλητή. Έτσι ορίζε-

ται στο άρθρο 3 παρ. 3 εδ. β' της Οδηγίας ότι «Η επανόρθωση θεωρείται δυσανάλογη εάν, σε σύγκριση με τον εναλλακτικό τρόπο επανόρθωσης, συνεπάγεται για τον πωλητή υπερβολικά υψηλό κόστος, λαμβάνοντας υπόψη: - την αξία που θα είχε το αγαθό αν δεν υπήρχε έλλειψη συμμόρφωσης, - τη σημασία της έλλειψης συμμόρφωσης και - κατά πόσον ο εναλλακτικός τρόπος επανόρθωσης θα μπορούσε να πραγματοποιηθεί χωρίς σημαντική ενόχληση του καταναλωτή». Εν προκειμένω κρίσιμο είναι ότι για την κατάφαση του δυσανάλογου της επιθυμητής για τον καταναλωτή μορφής επανόρθωσης η σύγκριση γίνεται μεταξύ του κόστους της προκρινόμενης από τον καταναλωτή μορφής επανόρθωσης σε σχέση με το κόστος της εναλλακτικής επίσης δυνατής, αλλά μη προκρινόμενης από αυτόν μορφής επανόρθωσης (π.χ. μεταξύ του κόστους της προκρινόμενης από τον καταναλωτή αντικατάστασης σε σχέση με το κόστος της μη επιθυμητής επισκευής).

Για τη σύγκριση αυτή κρίσιμα αναδεικνύονται τα κριτήρια που θέτει το άρθρο 3 παρ. 3 εδ. 2 της Οδηγίας και ειδικότερα: α) η αξία του ανταποκρινόμενου προς τη σύμβαση αγαθού (όσο υψηλότερη είναι η αξία του αγαθού, τόσο ευχερέστερη πρέπει να καθίσταται η επιλογή για τον αγοραστή), β) η σημασία της έλλειψης συμμόρφωσης (όσο μεγαλύτερη είναι η μείωση της αξίας ή της χρησιμότητας του αγαθού, τόσο ευχερέστερη πρέπει να καθίσταται η επιλογή για τον αγοραστή) και γ) το ζήτημα της ενόχλησης του αγοραστή σε περίπτωση παραπομπής του στην εναλλακτική και μη προκριθείσα από αυτόν μορφή επανόρθωσης⁶⁹. Ως σημαντική ενόχληση του αγοραστή θεωρείται και στο ελληνικό δίκαιο τόσο η προσβολή άλλων εννόμων αγαθών του, όσο και η όχι πάντα χρηματικά αποτιμητή προσωπική ενασχόληση του αγοραστή με την αποκατάσταση της έλλειψης συμμόρφωσης⁷⁰. Αν π.χ. η μη προκριθείσα από τον αγοραστή αξίωση διόρθωσης θα συνεπαγόταν για αυτόν απώλεια χρόνου και επανειλημμένες απόπειρες διόρθωσης, έτσι ώστε να παρίσταται εκ των προτέρων βέβαιη η επιμήκυνση του χρόνου επανόρθωσης, η πρόκριση από αυτόν της αξίωσης αντικατάστασης θα έπρεπε να είναι ευχερέστερη.

Ο Έλληνας νομοθέτης του Ν 3043/2002, ο οποίος μετέφερε την Οδηγία 99/44/ΕΚ στο εθνικό μας δίκαιο, τάχθηκε ανενδοίαστα κατά της ιεραρχικής διαβάθμισης των εννόμων βοηθημάτων του αγοραστή. Όλα τα προβλεπόμενα στην ΑΚ 540 δικαιώματα παρέχονται εναλλακτικώς στον αγοραστή,

67. Βλ. σχετ. και *Micklitz/Reich*, CMLR 2009, 506 επ., οι οποίοι καταλήγουν στο ακόλουθο συμπέρασμα: „full harmonization does not solve the problems related to the passing of risk, because these rules must be seen in the general context of national law on breach of contract or „Leistungsstörungen“.

68. Έτσι *Πουλιάδης*, Η ευθύνη του πωλητή στο σύστημα των συμβατικών παραβάσεων, Αθήνα-Κομοτηνή, 2005, σ.122 επ., *Παπανικολάου σε Παπανικολάου/Ρούσσο/Χριστοδούλου/Καραμπατζό*, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, αρ.174 επ. Πρβλ. επίσης και την κριτική των *Bradgate/Twigg-Flesner*, *Blackstone's Guide to Consumer Sales and Associated Guarantees*, Oxford, 2003, αρ. 4.2.8.

69. Πρβλ. σχετ. και *Pfeiffer σε Dauner-Lieb/Heidel/Ring*, *Anwaltkommentar BGB*, Band 2: Schuldrecht, Teilband 2: §§ 611-853, υπό το άρθρο 3 της Οδηγίας 99/44/ΕΚ, αρ.9-10, ο οποίος ορθά επισημαίνει τον κίνδυνο των γενικεύσεων. Έτσι, η άποψη ότι η επισκευή θα έχει την προτεραιότητα απέναντι στην αντικατάσταση, όταν πρόκειται για μεγάλης αξίας καταναλωτικά αγαθά, ενώ το αντίθετο θα ισχύει σε σχέση με προϊόντα της καθημερινής μαζικής συναλλαγής, δεν μπορεί να τύχει απαρέγκλιτης αποδοχής; έτσι και *Γεωργιάδης*, *Ενοχικό Δίκαιο*, Ειδικό μέρος, Τόμος Ι, § 9 αρ.84 με περαιτέρω παραπομπές στις υποστηριζόμενες στην ελληνική βιβλιογραφία απόψεις.

70. Πρβλ. και *Γεωργιάδη*, *Ενοχικό Δίκαιο*, Ειδικό μέρος, Τόμος Ι, § 9 αρ.79, *Νικολόπουλο*, Η υπαναχώρηση στην πώληση, σ.168 επ.

χωρίς καμία ιεραρχική διαβάθμιση μεταξύ τους, ήτοι χωρίς ορισμένα από αυτά να έχουν προβάδισμα και άλλα να είναι επικουρικά⁷¹. Αυτή η τομή του Έλληνα νομοθέτη να εναποθέσει το δικαίωμα επιλογής μεταξύ των περισσότερων δικαιωμάτων στη διακριτική ευχέρεια του αγοραστή, εκτός του ότι στηρίζεται ερμηνευτικά από το γραμματικό και το ιστορικό επιχείρημα, ανταποκρίνεται πληρέστερα και στο σκοπό της ειδικής ευθύνης του πωλητή⁷². Σκοπός της ειδικής ευθύνης του πωλητή και στο νέο δίκαιο είναι η διασφάλιση και αποκατάσταση της ισοδυναμίας των εκατέρωθεν παροχών στη σύμβαση πώλησης, όταν η ισοδυναμία αυτή διαταράσσεται εξαιτίας της ελαττωματικότητας της παροχής του πωλητή⁷³. Ο αγοραστής βρίσκεται εν προκειμένω σε μειονεκτική θέση, καθώς αυτός έχει υποσχεθεί την καταβολή ανταλλάγματος για ένα πράγμα που δεν ανταποκρίνεται στις δικαιολογημένες με βάση τη σύμβαση προσδοκίες του. Το δικαίωμα επιλογής μεταξύ των περισσότερων ενόμων βοηθημάτων απονέμεται σε αυτόν με βάση το κριτήριο ότι αυτός υφίσταται πρωταρχικά τις συνέπειες της ελαττωματικότητας του αγαθού και άρα αυτός είναι αρμοδιότερος να κρίνει ποιο από τα περισσότερα έννομα βοηθήματα είναι περισσότερο πρόσφορο για την αποκατάσταση της διαταραχθείσας ισοδυναμίας των παροχών⁷⁴. Αυτό έχει ως επακόλουθο ότι, σύμφωνα με την ΑΚ 540, επιτρέπεται σε κάθε αγοραστή να μειώσει το τίμημα ή να υπαναχωρήσει από τη σύμβαση, ακόμη και αν ο πωλητής δύναται να προβεί σε άρση του ελαττώματος μέσω διόρθωσης ή αντικατάστασης του πράγματος, χωρίς αυτή η μορφή επανόρθωσης να συνεπάγεται για αυτόν δυσανάλογες δαπάνες. Η έννομη θέση του πωλητή λαμβάνεται ωστόσο εν μέρει υπόψη, καθώς ο αγοραστής αφενός αποστραφίζεται πλήρως το δικαίωμα υπαναχώρησης σε περίπτωση επουσιώδους πραγματικού ελαττώματος και αφετέρου περιορίζεται στην επιλογή μεταξύ επισκευής και αντικατάστασης του αγαθού με βάση την αρχή της αναλογικότητας⁷⁵.

71. Αυτή ήταν η βούληση του ιστορικού νομοθέτη, βλ. σχετ. την εισηγητική έκθεση του Ν 3043/2002, υπό ΙΙ αρ.5.

72. Έτσι και Κορνηλάκης, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο, Τόμος Ι, 2002, σ.254, Παπανικολάου σε Παπανικολάου/Ρούσσο/Χριστοδούλου/Καραμπατζό, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, αρ.177, Ρούσσο σε Παπανικολάου/Ρούσσο/Χριστοδούλου/Καραμπατζό, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, αρ.555 επ., Μπεκλιβάνης, ΔΕΕ 2003, 626, αντιθ. Πουλιδάκης, Η ευθύνη του πωλητή στο σύστημα των συμβατικών παραβάσεων, σ.121 επ., Κουμάνης, Αρμ 2003, 1568 επ., Χελιδόνης, ΧρΙΔ 2005, 204. Υπέρ της ιεραρχικής διαβάθμισης των ενόμων βοηθημάτων του αγοραστή τίθεται και η ΕφΑθ 4974/2008, ΕφΑΔ 2009, 928 επ., θέση που εμπεριστατωμένα αντικρούεται από τον Καραμπατζό, ΕφΑΔ 2009, 930 επ. στις εύστοχες κριτικές παρατηρήσεις του επί της αποφάσεως αυτής.

73. Βλ. αντί άλλων Ρούσσο, ΧρΙΔ 2004, 577.

74. Αυτή η επιλογή του Έλληνα νομοθέτη, στο μέτρο που διασφαλίζει πληρέστερη προστασία και για τον καταναλωτή-αγοραστή, είναι επιτυχεστέρα της ρύθμισης του κοινοτικού νομοθέτη.

75. Πρβλ. ωστόσο Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό μέρος, Τόμος Ι, § 9 αρ. 83-85, ο οποίος οριοθετεί με βάση την αρχή της αναλογικότητας και την άσκηση των δικαιωμάτων επισκευής και αντικατάστασης από

Η Πρόταση Οδηγίας ακολουθεί κατά βάση την Οδηγία 99/44/ΕΚ ως προς την ιεραρχική διαβάθμιση των ενόμων βοηθημάτων του αγοραστή, δίνοντας το προβάδισμα στην αξίωση μετεκπλήρωσης του καταναλωτή-αγοραστή έναντι των δικαιωμάτων του προς μείωση του τιμήματος και υπαναχώρηση. Το άρθρο 26 της Πρότασης προβαίνει εντούτοις σε μια ανακατάταξη των προϋποθέσεων παροχής των ενόμων βοηθημάτων στον καταναλωτή-αγοραστή προκρίνοντας σθεναρά την προάσπιση ως υπέρτερων των συμφερόντων του επαγγελματία-πωλητή. Έτσι εν πρώτοις το δικαίωμα επιλογής μεταξύ διόρθωσης ή αντικατάστασης απονέμεται στον επαγγελματία-πωλητή και μάλιστα χωρίς την προσθήκη κανενός κριτηρίου ως προς τον τρόπο άσκησης του δικαιώματος αυτού⁷⁶. Ο επαγγελματίας-πωλητής αφήνεται επομένως ελεύθερος να αποφασίσει ο ίδιος τον προσφορότερο για αυτόν τρόπο επανόρθωσης, χωρίς να υποχρεούται να λάβει υπόψη τα έννομα συμφέροντα του αγοραστή και μάλιστα ενώ ο ίδιος έχει παραβεί την πρωτογενή υποχρέωσή του για παράδοση ενός πράγματος που ανταποκρίνεται στη σύμβαση πώλησης (άρθρο 24 της Πρότασης).

Αλλά και η μετάβαση του καταναλωτή-αγοραστή στα δευτερογενή έννομα βοηθήματα της μείωσης του τιμήματος ή της υπαναχώρησης⁷⁷ γίνεται με γνώμονα κυρίως τα έννομα συμφέροντα του πωλητή. Σύμφωνα με το άρθρο 26 παρ.

την άσκηση των υπολοίπων δικαιωμάτων (μείωσης, υπαναχώρησης και αποζημίωσης), δυσχεραίνοντας έτσι τη μετάβαση στα υπόλοιπα δικαιώματα παρά το σαφές αντίθετο γράμμα του άρθρου 540 ΑΚ.

76. Σύμφωνα με το άρθρο 26 παρ.2 της Πρότασης «Ο έμπορος αποκαθιστά την έλλειψη συμμόρφωσης είτε με επιδιόρθωση είτε με αντικατάσταση ανάλογα με την επιλογή του». Υπέρ της παροχής στον πωλητή του δικαιώματος να επιλέγει ο ίδιος μεταξύ της διόρθωσης ή της αντικατάστασης του αγαθού τίθενται οι *Effer-Uhe/Watson*, GPR 2009, 14, *Jud* σε *Jud/Wendehorst*, (Hrsg.), σ. 129, *Karampatzos*, RIW 2004, 679, μάλλον και *Χριστοδούλου*, ΕφΑΔ 2010, 17, ενώ οι *Zypries*, ZEuP 2009, 227, *Howells/Schulze* σε *Howells/Schulze* (Eds.), σ.20 και *Twigg-Flesner* σε *Howells/Schulze* (Eds.), σ.159 επ. αντιλαμβάνονται αυτήν την καινοτομία της Πρότασης ως οπισθοδρόμηση στην προάσπιση των συμφερόντων του καταναλωτή και μάλιστα χωρίς την απαιτούμενη προεργασία στο επίπεδο της προπαρασκευής της Πρότασης. Βλ. σχετ. και το Πράσινο Βιβλίο σχετικά με την επανεξέταση του κοινοτικού κεκτημένου για την προστασία των καταναλωτών, COM (2006), 744 τελικό, όπου στο Παράρτημα Ι, υπό 5.7, όχι μόνο απουσιάζει οποιαδήποτε αναφορά στο δικαίωμα επιλογής του πωλητή, αλλά αντιθέτως γίνονται και σκέψεις ως προς την επέκταση του δικαιώματος επιλογής του αγοραστή μεταξύ αφενός των αξιώσεων μετεκπλήρωσης και αφετέρου του δικαιώματος μείωσης του τιμήματος.

77. Το άρθρο 26 της Πρότασης αναφερόμενο στο δικαίωμα υπαναχώρησης του αγοραστή (*Rücktritt*, *rescission*) χρησιμοποιεί αδόκιμα τους όρους: «ακύρωση» και «κατάργηση» της σύμβασης. Ελπίζοντας ότι η τελική απόδοση της Οδηγίας στην ελληνική γλώσσα θα αποκαθαρθεί και από ορολογικές αστοχίες, προτιμάται στο κείμενο ο δόκιμος όρος «υπαναχώρηση». Το δικαίωμα υπαναχώρησης εξακολουθεί να απονέμεται στον καταναλωτή-αγοραστή μόνο όταν η έλλειψη συμμόρφωσης δεν είναι ελάχιστος σημασίας, βλ. σχετ. άρθρο 26 παρ.3 εδ. τελ. της Πρότασης. Πρβλ. και το άρθρο 3 παρ.6 της Οδηγίας 99/44/ΕΚ, σύμφωνα με το οποίο «ο καταναλωτής δεν δικαιούται να υπαναχωρήσει από τη σύμβαση εάν η έλλειψη συμμόρφωσης είναι ασήμαντη».

3 εδ. α' και β' της Πρότασης «Όταν ο έμπορος έχει αποδείξει ότι η αποκατάσταση της έλλειψης συμμόρφωσης με επιδιόρθωση ή αντικατάσταση είναι παράνομη⁷⁸, αδύνατη ή θα προξενούσε στον έμπορο δυσανάλογη προσπάθεια, ο καταναλωτής μπορεί να επιλέξει τη μείωση της τιμής ή την κατάρρευση της σύμβασης. Η προσπάθεια του εμπόρου είναι δυσανάλογη, εάν τον επιβαρύνει με δαπάνες, σε σύγκριση με τη μείωση της τιμής ή την κατάρρευση της σύμβασης, που είναι υπερβολικές, λαμβάνοντας υπόψη την αξία των προϊόντων εάν δεν υπήρχε έλλειψη συμμόρφωσης και τη σημασία της έλλειψης συμμόρφωσης».

Η διάνοιξη στον καταναλωτή της δυνατότητας να ζητήσει μείωση του τιμήματος ή να υπαναχωρήσει από τη σύμβαση επιχειρείται με κριτήριο - μεταξύ άλλων - την ύπαρξη δυσανάλογης προσπάθειας του πωλητή. Για τη διακρίβωση της ύπαρξης δυσανάλογης προσπάθειας επιτάσσεται η σύγκριση μεταξύ αφενός του κόστους διόρθωσης ή αντικατάστασης και αφετέρου του κόστους μείωσης του τιμήματος ή υπαναχώρησης για τον πωλητή. Κάθε φορά που το κόστος π.χ. μείωσης του τιμήματος ή υπαναχώρησης είναι υπερβολικό για τον πωλητή συγκρινόμενο με το αντίστοιχο κόστος π.χ. διόρθωσης, αποκόπτεται για τον αγοραστή η δυνατότητα μετάβασης στα δευτερογενή έννομα βοηθήματα. Ως κρίσιμα κριτήρια για την κατάφαση του *υπερβολικού* ύψους των δαπανών διόρθωσης ή αντικατάστασης, αναφέρονται η αξία του ανταποκρινόμενου προς τη σύμβαση αγαθού και η σημασία της έλλειψης συμμόρφωσης, ενώ παραλείπεται η παράμετρος της σημαντικής ενόχλησης του αγοραστή από την επιχειρούμενη από τον πωλητή διόρθωση ή αντικατάσταση. Πρακτικά αυτό σημαίνει ότι ο καταναλωτής θα αναγκάζεται να δεχθεί τη διόρθωση ή αντικατάσταση του πράγματος - κατά απεριόριστη επιλογή του πωλητή -, κάθε φορά που αυτές αποβαίνουν για τον πωλητή οικονομικά πιο συμφέρουσες σε σχέση με τη μείωση του τιμήματος ή την υπαναχώρηση⁷⁹.

Αντιστοίχως όμως με την επιλογή αυτή της Πρότασης υπονομεύεται και το προβάδισμα της πρωτογενούς επανόρθωσης σε σχέση με τα δευτερογενή έννομα βοηθήματα μείωσης του τιμήματος ή υπαναχώρησης. Κάθε φορά επομένως που η μείωση του τιμήματος ή η υπαναχώρηση είναι οικονομικά πιο συμφέρουσα για τον πωλητή, ο καταναλωτής θα αποστερείται του πρωτογενούς δικαιωμάτος του για *in natura* αποκατάσταση της έλλειψης συμμόρφωσης μέσω της διόρθωσης ή της αντικατάστασης. Δεδομένου μάλιστα ότι συχνά σε υψηλής αξίας αγαθά ή σε αγαθά που παρουσιάζουν σημαντικές ατέλειες, η μείωση του τιμήματος (αντί της αντικατάστασης ή αντιστοίχως

της διόρθωσης) θα είναι η φθηνότερη για τον πωλητή λύση, οι υποχρεώσεις διόρθωσης και αντικατάστασης του πωλητή θα εξοστρακίζονται ευθύς εξαρχής από περιεχόμενο της ειδικής ευθύνης του για μη εκπλήρωση. Ορθά παρατηρήθηκε λοιπόν ότι μέσω του άρθρου 26 παρ. 3 της Πρότασης αφενός *ενισχύεται* κυρίως το δικαίωμα μείωσης του τιμήματος έναντι των αξιώσεων μετεκπλήρωσης του αγοραστή και υπονομεύεται έτσι αυτή η ίδια η ιεραρχική διαβάθμιση των εννόμων βοηθημάτων προς όφελος του πωλητή και αφετέρου *υποσκάπτεται* και όλο το σύστημα ευθύνης του πωλητή, το οποίο αποσκοπεί στη διασφάλιση της εκπλήρωσης της πρωτογενούς υποχρέωσης του πωλητή να παραδώσει αγαθά που να ανταποκρίνονται στη σύμβαση⁸⁰.

Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 26 παρ. 4 της Πρότασης Οδηγίας παρέχεται στον καταναλωτή ελεύθερο δικαίωμα επιλογής μεταξύ των περισσότερων διαθέσιμων εννόμων βοηθημάτων, όταν «... *υφίσταται μια από τις ακόλουθες καταστάσεις*: α) ο έμπορος έχει εμμέσως ή ρητώς αρνηθεί να αποκαταστήσει την έλλειψη συμμόρφωσης⁸¹ β) ο έμπορος δεν προέβη στην αποκατάσταση της έλλειψης συμμόρφωσης εντός εύλογου χρονικού διαστήματος γ) ο έμπορος προσπάθησε να αποκαταστήσει την έλλειψη συμμόρφωσης, προκαλώντας σημαντικό πρόβλημα στον καταναλωτή δ) η ίδια βλάβη⁸² επανεμφανίστηκε περισσότερες από μια φορές εντός μικρής χρονικής περιόδου». Από το γράμμα της διάταξης προκύπτει ότι για να δικαιούται ο καταναλωτής-αγοραστής να επιλέξει ελεύθερα μεταξύ των εννόμων βοηθημάτων και στο μέτρο αυτό για να δικαιούται να μεταβεί ελεύθερα στα δικαιώματα μείωσης του τιμήματος ή υπαναχώρησης, θα πρέπει να έχει προηγουμένως παρέλθει εύλογο χρονικό διάστημα, εντός του οποίου ο πωλητής δεν κατάφερε να επιτύχει π.χ. την *in natura* αποκατάσταση της έλλειψης του πωληθέντος (περ. β') ή αντιστοίχως θα πρέπει να έχει ήδη προηγηθεί απόπειρα αποκατάστασης της έλλειψης συμμόρφωσης εκ μέρους του πωλητή, η οποία προκάλεσε σημαντική ενόχληση στον αγοραστή (περ. γ'). Η Πρόταση Οδηγίας σε αντίθεση με την Οδηγία 99/44/ΕΚ περιορίζει έτσι το δικαίωμα μετάβασης του αγοραστή στα δευτερογενή έννομα βοηθήματα, αναγκάζοντάς τον να υποστεί είτε την άπρακτη παρέλευση εύλογου χρονικού διαστήματος προς επανόρθωση, είτε την υποβολή του σε σημαντική ενόχληση λόγω της επιχειρηθεί-

78. Ερωτηματικά γεννά η προϋπόθεση της *παρανομίας* της επιδιόρθωσης ή της αντικατάστασης, καθώς δεν μπορεί να γίνει αντιληπτό πώς θα αντιβαίνει σε απαγορευτική διάταξη νόμου η επιγενόμενη εκπλήρωση μιας παροχής μέσω διόρθωσης ή αντικατάστασης, ενώ η αρχική παροχή δεν είναι απαγορευμένη, βλ. σχετ. και *Twigg-Flesner σε Howells/Schulze (Eds.)*, σ. 160 επ.

79. Έτσι και *Twigg-Flesner σε Howells/Schulze (Eds.)*, σ. 161 επ.

80. *Twigg-Flesner σε Howells/Schulze (Eds.)*, σ. 162.

81. Κατά την Αιτιολογική Σκέψη 42 της Πρότασης Οδηγίας «Η άρνηση του εμπόρου μπορεί να είναι είτε ρητή είτε έμμεση, υπό την έννοια, στη δεύτερη περίπτωση, ότι ο έμπορος δεν απαντά ή αγνοεί το αίτημα του καταναλωτή για αποκατάσταση της έλλειψης συμμόρφωσης».

82. Πρβλ. εντούτοις την απόδοση της διάταξης του άρθρου 26 παρ. 4 εδ. δ' της Πρότασης στη γερμανική γλώσσα (*derselbe Fehler ist innerhalb kurzer Zeit mehrmals aufgetreten*) και στην αγγλική γλώσσα (*the same defect has reappeared more than once within a short period of time*). Προκύπτει επομένως ότι η Πρόταση αναφέρεται όχι σε *βλάβη*, αλλά σε *ελάττωμα* και κατά την ορολογία της Οδηγίας 99/44/ΕΚ σε έλλειψη ανταπόκρισης του πράγματος στη σύμβαση.

σας επανόρθωσης⁸³. Στην περίπτωση επομένως που είναι εκ των προτέρων διαγνώσιμο ότι η επιδιωκόμενη από τον πωλητή επανόρθωση θα καθυστερήσει πέραν ενός ευλόγου χρονικού διαστήματος (π.χ. λόγω του ότι παρατηρείται έλλειψη ανταλλακτικών στην αγορά) ή θα προξενήσει στον καταναλωτή σημαντική επιβάρυνση (π.χ. υπάρχει αμφιβολία ως προς το τεχνικά εφικτό της διόρθωσης και ο καταναλωτής θα πρέπει να μεταβεί ο ίδιος στο κατάστημα του πωλητή για τη διόρθωση), ο καταναλωτής αποστερείται της μετάβασης στα λοιπά έννομα βοηθήματα.

Ακόμη λιγότερο γενναιόδωρη προς τον καταναλωτή είναι η περ. δ) του άρθρου 26 παρ. 4 της Πρότασης Οδηγίας. Σύμφωνα με αυτήν για να έχει ο καταναλωτής ελεύθερα το δικαίωμα επιλογής μεταξύ των εννόμων βοηθημάτων, πρέπει το ίδιο ελάττωμα «να επανεμφανίστηκε περισσότερες από μια φορές εντός μικρής χρονικής περιόδου». Το πεδίο εφαρμογής της διάταξης είναι εξαιρετικά περιορισμένο: καταρχάς πρέπει να πρόκειται πάντα για το ίδιο ελάττωμα, το οποίο επιπλέον πρέπει να έχει εμφανισθεί τουλάχιστον τρεις φορές, κάθε δε επανεμφάνισή του να είναι εντός μικρής χρονικής περιόδου από την προηγούμενη εμφάνιση. Πρακτικά αυτό σημαίνει ότι ο καταναλωτής-αγοραστής θα πρέπει προκειμένου να επιλέξει ελεύθερα το δικαίωμα που κρίνει προσφορότερο να αποκαταστήσει την τρωθείσα ισοδυναμία των παροχών, να ανεχθεί δύο φορές την αποτυχημένη απόπειρα αποκατάστασης της ίδιας έλλειψης συμμόρφωσης εκ μέρους του πωλητή, κάθε δε επανεμφάνιση του ίδιου ελαττώματος να μην απέχει χρονικά πολύ από την προηγούμενη εμφάνισή του⁸⁴. Είναι απορίας άξιο πώς τέτοιες ρυθμίσεις προκρίνονται από την Επιτροπή για συμπερίληψή τους σε κοινοτικό νομοθέτημα που αποσκοπεί στην προστασία του καταναλωτή, το οποίο μάλιστα ως κοινοτικό μέτρο πλήρους εναρμόνισης φιλοδοξεί να αντικαταστήσει τις υπάρχουσες εθνικές ρυθμίσεις, χωρίς δυνατότητα παρέκκλισης των εθνικών νομοθεσιών.

Το άρθρο 26 της Πρότασης Οδηγίας πέρα από τις ορολογικές του ατέλειες αφενός δοκιμάζει την εσωτερική συστηματική συνοχή ολόκληρου του Κεφαλαίου IV της Πρότασης για τις καταναλωτικές πωλήσεις και αφετέρου συγκρινόμενο με τις περισσότερες ρυθμίσεις των εθνικών δικαίων καταφέρνει το

ακατόρθωτο: να αναδείξει την έννομη θέση του επαγγελματία-αγοραστή ως ευνοϊκότερη συγκρινόμενη με εκείνη που επιφυλάσσει η ίδια η Πρόταση στον καταναλωτή-αγοραστή⁸⁵.

V. Τελικές παρατηρήσεις

Το δίκαιο προστασίας του καταναλωτή λειτουργεί ως η αιχμή του δόρατος προς την κατεύθυνση της ενοποίησης του γενικού δικαίου των συμβάσεων. Η επέκταση των Οδηγιών πλήρους εναρμόνισης αποτελεί, κατά την άποψη της Επιτροπής, το καταλληλότερο μέσο για τη μετάβαση από την μέχρι στιγμής πραγματωθείσα προσέγγιση των δικαίων των κρατών μελών στην επιδιωκόμενη δικαιοκίνητη ενοποίηση. Η Επιτροπή παραβλέπει ωστόσο, ότι γνήσια πλήρης εναρμόνιση δεν είναι εφικτή χωρίς εξονυχιστική ρυθμιστική πληρότητα. Πλήρης εναρμόνιση του πραγματικού των κανόνων δικαίου χωρίς καθορισμό των εννόμων συνεπειών και αντιστρόφως πλήρης εναρμόνιση των εννόμων συνεπειών χωρίς επαρκή προσδιορισμό του πραγματικού των κανόνων δικαίου υποσκάπτει αυτό το ίδιο το εγχείρημα της πλήρους εναρμόνισης.

Επιπροσθέτως, ζητήματα του γενικού δικαίου ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής δεν προσφέρονται για ενοποίηση επί ευκαιρία της ρύθμισης μιας σύμβασης, ακόμη και αν αυτή είναι ίσως η πιο σημαντική στις σχέσεις επαγγελματιών και καταναλωτών. Στην παρούσα φάση εξέλιξης του κοινοτικού ιδιωτικού δικαίου η συστηματική εναρμόνιση μεμονωμένων πτυχών του δικαίου προστασίας του καταναλωτή συμβαδίζει μόνο με αναγωγή σε βασικές έννοιες των εθνικών δικαίων, που έχουν τύχει μακράς επεξεργασίας και βασάνου. Επιπλέον η μονομερής κατίσχυση της αρχής της πλήρους εναρμόνισης αφενός θα οδηγήσει στο περιθώριο το δίκαιο των καταναλωτικών συμβάσεων και αφετέρου θα στερήσει τα κράτη μέλη από την οικειοθελή προσέγγιση των εθνικών τους κανόνων του γενικού συμβατικού δικαίου. Τέλος: Πλήρης εναρμόνιση στη βάση του ελάχιστου κοινού παρονομαστή των ήδη υφιστάμενων κοινοτικών διατάξεων ελάχιστης εναρμόνισης είναι μια οπισθοδρόμηση στην προάσπιση των καταναλωτικών συμφερόντων. Ένα δίκαιο προστασίας του καταναλωτή, όπου το να είναι κανείς καταναλωτής είναι για αυτόν μειονέκτημα, συνιστά από μόνο του λογική αντίφαση.

Ο δρόμος της ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης είναι ένας δρόμος χωρίς επιστροφή, που πρέπει όμως να διανυθεί με μικρά προσεκτικά βήματα. Ακόμη και αν η αρχή της πλήρους εναρμόνισης φαίνεται να επιτάσσει ως αναπόδραστη την πορεία προς την κατεύθυνση της δικαιοκίνητης ενοποίησης αντί της δικαιοκίνητης προσέγγισης, μένει ακόμη ανοικτό το πώς αυτής της πορείας.

83. Κατά την *Jud* σε *Jud/Wendehorst* (Hrsg.), σ.131, πρόκειται για γλωσσική αβλεψία της Πρότασης, η οποία μπορεί εύκολα να διορθωθεί κατά την έκδοση της τελικής Οδηγίας.

84. Πρβλ. και την Αιτιολογική Σκέψη 42 της Πρότασης Οδηγίας σύμφωνα με την οποία «Όταν ο έμπορος... δεν έχει αποκαταστήσει παραπάνω από μια φορά την έλλειψη συμμόρφωσης, ο καταναλωτής πρέπει να έχει δικαίωμα να επιλέξει ελεύθερα κάποια από τις διαθέσιμες επανορθώσεις». Αυτό σημαίνει ότι απαιτούνται δύο αποτυχημένες προσπάθειες επανόρθωσης, για να επιλέξει ελεύθερα ο καταναλωτής το δικαίωμα που θεωρεί πρόσφορο να άρει την έλλειψη ανταπόκρισης του πράγματος στη σύμβαση. Έντονη κριτική κατά της διάταξης του άρθρου 26 παρ.4 εδ. δ' της Πρότασης ασκήθηκε και από τους *Twigg-Flesner* σε *Howells/Schulze* (Eds.), σ.164 επ. και *Jud* σε *Jud/Wendehorst* (Hrsg.), σ.131 επ.

85. Έτσι και *Loos*, *Review of the European Consumer Acquis*, 2008, σ.28 επ., *Wilhelmsson*, *ZEUP* 2008, 227, *Micklitz/Reich*, *CMLR* 2009, 503, *Howells/Schulze* σε *Howells/Schulze* (Eds.), σ.19.