

Μεταπτυχιακό Τμήμα Διεθνών Νομικών Σπουδών
Κατεύθυνση Ιδιωτικού Διεθνούς Δικαίου
Εργασία στο μάθημα: Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών
Διδάσκουσα: Αναπλ. Καθηγ. κα Ελίνα Ν. Μουσταΐρα
Ενότητα: Διεθνείς Κατασκευές

ΘΕΜΑ:

Η σύμβαση υπεργολαβίας στις διεθνείς κατασκευές: συγκριτική μελέτη

Μάρτιος 2011,
Αντωνία Κορκά

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

- ΕΙΣΑΓΩΓΗ	
I. Ιστορική αναδρομή.....	2
II. Οι Διεθνείς Συμβάσεις Κατασκευών ως Διεθνείς Εμπορικές Συναλλαγές.....	3
III. Διεθνής κατασκευαστική σύμβαση ή ακριβέστερα συμβάσεις: Μία κύρια σύμβαση & συμβάσεις - δορυφόροι	5
- ΜΕΡΟΣ Α΄	
ΚΕΦΑΛΑΙΟ Α΄	
I. Σύμβαση υπεργολαβίας – Ορισμός.....	7
II. Διαφανής – Μη διαφανής σύμβαση υπεργολαβίας.....	8
ΚΕΦΑΛΑΙΟ Β΄	
I. Ανάθεση έργου σε υπεργολάβο /ους. Χαρακτήρας <i>intuitu personae</i> της κατασκευαστικής σύμβασης.....	10
II. Πότε γίνεται η ανάθεση στον/ους υπεργολάβο/ους.....	13
III. Οι υποχρεώσεις που αναλαμβάνει ο υπεργολάβος και η ευθύνη του έναντι του κυρίως εργολάβου.....	13
ΚΕΦΑΛΑΙΟ Γ΄	
I. Η σημασία της υπεργολαβίας στο διεθνές εμπορικό δίκαιο.....	14
II. Προστασία των υπεργολάβων σε διάφορα εθνικά δίκαια.....	14
III. Εφαρμοστέο δίκαιο στη διεθνή κατασκευαστική σύμβαση.....	17
Α. Ιδιωτικά Έργα.....	17
Β. Δημόσια Έργα.....	18
IV. Εφαρμοστέο δίκαιο στο πλέγμα κατασκευαστικών συμβάσεων. Ένα δίκαιο εφαρμοστέο, που επομένως ισχύει για τη σύμβαση υπεργολαβίας ή διαφορετικά δίκαια σε κάθε μία κατασκευαστική σύμβαση;.....	19
V. Είναι σκόπιμη μια παρεπόμενη απόδοση / εξάρτηση (<i>accessory determination</i>) του εφαρμοστέου δικαίου της σύμβασης της υπεργολαβίας με το δίκαιο της κύριας σύμβασης;.....	21
- ΜΕΡΟΣ Β΄	
ΚΕΦΑΛΑΙΟ Α΄	
Το δικαίωμα για ευθεία αξίωση / αγωγή από τον κύριο του έργου (<i>direct action</i>)	23
Α. Γαλλία, άρθρα 3 & 12 του νόμου 75-1334.....	23
Β. Αραβικοί Αστικοί Κώδικες.....	24
Γ. Ισπανία άρθρο 1597 ισπανικού ΑΚ.....	24
Δ. Βέλγιο άρθρο 1798 ΑΚ.....	25
ΚΕΦΑΛΑΙΟ Β΄	
I. Χαρακτηρισμός του δικαιώματος για ευθεία αξίωση / αγωγή πληρωμής του υπεργολάβου από τον κύριο του έργου (<i>direct action</i>)	
1. Θεωρία της αποκαταστατικής λειτουργίας - <i>actio de in rem verso</i>	25
2. Θεωρία της εγγυητικής λειτουργίας.....	26

3. Θεωρία της ιδιαιτερότητας του δικαιώματος.....	27
Συμπεράσματα που προκύπτουν από τις ως άνω θεωρίες.....	27
II. Το δίκαιο που διέπει το δικαίωμα για άμεση αξίωση από τον κύριο του έργου (direct action).....	28
1. Το δίκαιο της κύριας σύμβασης.....	28
2. Το δίκαιο της κύριας σύμβασης εργολαβίας και το δίκαιο της σύμβασης υπεργολαβίας.....	28
3. Το δίκαιο της σύμβασης υπεργολαβίας.....	28
4. Θεωρία εκτίμησης του δικαίου “σε δύο βήματα” (two-step approach).....	29
5. Εναλλακτική θεωρία.....	29
6. Η γαλλική θεωρία της «αλυσίδας συμβάσεων».....	30
Συμπεράσματα από τις ως άνω θεωρίες.....	30

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Γ΄

I. Η ρήτρα pay when paid (ή pay if paid) στη σύμβαση υπεργολαβίας.....	30
II. Τα διεθνή, πρότυπα, συμβατικά κείμενα.....	31
III. Η πρότυπη σύμβαση υπεργολαβίας Fidic.....	32
IV. Επίλυση Διαφορών: Διαιτησία.....	34
V. Ευθύνη από ελαττώματα στο έργο.....	35
VI. Λήξη της σύμβασης εργολαβίας σύμφωνα με τους πρότυπους όρους Fidic.....	36
- Συμπερασματικές Παρατηρήσεις.....	37

ΚΥΡΙΟΤΕΡΕΣ ΣΥΝΤΟΜΟΓΡΑΦΙΕΣ

ΑΚ	Αστικός Κώδικας
ΔΕΚ	Δικαστήριο Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων
Co.	Company
Construction L. Int'l	Construction Law International
Const. L.J.	Construction Law Journal
FIDIC	Fédération internationale des ingénieurs-conseils
ICE	Institution of Civil Engineers
INCOTERMS	International Commercial Terms
JCT	Joint Contracts Tribunal
ICC	International Chamber of Commerce
ICLR	International Construction Law Review
Ltd	Limited
Q&A	Questions & Answers_

Η σύμβαση υπεργολαβίας στις διεθνείς κατασκευές: συγκριτική μελέτη

ΣΥΝΤΟΜΗ ΕΠΙΣΚΟΠΗΣΗ

Στην παρούσα εργασία θα εξεταστεί η σύμβαση υπεργολαβίας μέσα στο πλαίσιο των διεθνών κατασκευαστικών συμβάσεων.

Τα κύρια θέματα που θα αναλυθούν είναι ο στενός σύνδεσμος ανάμεσα στην κύρια σύμβαση εργολαβίας και στη σύμβαση υπεργολαβίας, το εφαρμοστέο δίκαιο στη σύμβαση υπεργολαβίας, το δικαίωμα για ευθεία αξίωση / αγωγή πληρωμής του υπεργολάβου έναντι του κυρίου του έργου και το δίκαιο που διέπει το δικαίωμα αυτό. Επιπλέον, θα επισημανθούν τα διεθνή πρότυπα συμβατικά κείμενα, η σημασία των ελαττωμάτων στο έργο και η συνήθης προτίμηση των μερών για την επίλυση των διαφορών με τη διαδικασία της διαιτησίας.

Όλα τα παραπάνω θέματα συνθέτουν το “οικοδόμημα” μιας μικρής μελέτης στα ενδιαφέροντα ζητήματα ιδιωτικού διεθνούς δικαίου που προκύπτουν από μία σύμβαση υπεργολαβίας ως μέρος των διεθνών κατασκευαστικών συμβάσεων.

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

I. Ιστορική Διαδρομή

Περί τα μέσα του 18ου αιώνα, και σχεδόν παράλληλα με τη Γαλλική Επανάσταση (1798), άρχισε στην Αγγλία μια εξέλιξη, η οποία μετέτρεψε τη συγκεκριμένη χώρα σε κέντρο της σύγχρονης τεχνολογίας¹. Αυτή η εξέλιξη οδήγησε στην εκμηχάνιση της παραγωγής, ένα φαινόμενο που ήταν μέχρι τότε άγνωστο στην Ιστορία. Η εκμηχάνιση έδωσε, με τις αλληπάλληλες δομικές και λειτουργικές βελτιώσεις και τις αναδράσεις και κλιμακώσεις, οι οποίες προκαλούσαν αλυσιδωτά νεότερες βελτιώσεις, τη θέση της στην εκβιομηχάνιση και αυτή με τη σειρά της το έναυσμα για τη βιομηχανική επανάσταση (Α' Βιομηχανική Επανάσταση, 1780-1810)².

Η βιομηχανική επανάσταση ήταν ένα ιδιαίτερα σύνθετο σύστημα τεχνικών, οικονομικών και κοινωνικών ανακατατάξεων, οι οποίες οδήγησαν τις ευρωπαϊκές κοινωνίες από την αγροτική στη βιομηχανική μορφή τους. Οι ιστορικοί προβληματίστηκαν εκ των υστέρων και θεώρησαν απαραίτητο να καταγράψουν, ποιες προϋποθέσεις και ποιες εξελίξεις οδήγησαν στη βιομηχανική επανάσταση και μάλιστα στην Αγγλία. Από τη σημερινή σκοπιά δεν φαίνεται να υπήρχαν σημαντικές διαφορές μεταξύ των μεγάλων χωρών της Ευρώπης, Βρετανία, Γαλλία, Γερμανία. Και όσον αφορά στον τεχνολογικό τομέα, αυτή η αντίληψη είναι σωστή. Υπήρχαν όμως διαφορές στον πολιτικό, στον οικονομικό και στον κοινωνικό τομέα, καθώς η Μεγάλη Βρετανία ήταν αυτή την εποχή η ισχυρότερη από τις μεγάλες δυνάμεις και ίσως η μοναδική παγκόσμια δύναμη, με αποικίες σε όλες τις ηπείρους. Αν και μέχρι τα μέσα του 19^{ου} αιώνα κύρια πηγή εσόδων στη Βρετανία ήταν ο γεωργικός τομέας, το εμπόριο αναπτυσσόταν όλο και περισσότερο και τελικά έπαιξε, μαζί με τη βιομηχανία, πρωτεύοντα ρόλο στην οικονομική πρωτοπορία της χώρας.

Στα μέσα του 17^{ου} αιώνα είχε μεταβληθεί η παραδοσιακή δομή της μεγάλης αγροτικής ιδιοκτησίας στη Βρετανία, κάτι που ήταν συνέπεια μιας «κοινωνικής επανάστασης»³. Οι διαχωριστικές γραμμές μεταξύ κοινωνικών τάξεων είχαν γίνει σε πολλές περιπτώσεις δυσδιάκριτες, λόγω παραμερισμού διαφόρων παραδοσιακών

¹ βλ. Στ. Γ. Φραγκόπουλος, Δρ.Μηχ., Καθηγητής ΤΕΙ Αθήνας. *Ιστορία της Τεχνολογίας: Ατμοκίνηση, Βιομηχανική επανάσταση*, ιστοσελίδα: <http://sfrang.com/historia/selida500.htm>

² βλ. *Σημειώσεις Οικονομικής Ιστορίας I*, Ευρωπαϊκή Οικονομική Ιστορία (1750-1914), Τμήμα Οικονομικών Επιστημών, Εθνικό και Καποδιστριακό Πανεπιστήμιο Αθηνών, ιστοσελίδα: <http://www.econ.uoa.gr/UA/content/gr/Article.aspx?folder=308&office=16&article=1165>

³ ο.π. 1

εμποδίων ανελίξεως. Έτσι, δημιουργήθηκε μεταξύ των επαγγελματιών κινητικότητα, η οποία βοήθησε στη μεταφορά και διάδοση γνώσεων και δεξιοτήτων. Η ανακάλυψη της ατμομηχανής, και συνακόλουθα του σιδηροδρόμου, οδήγησαν στη μετακίνηση πληθυσμού προς αναζήτηση εργασίας σε νέες περιοχές, οι οποίες είχαν μεγάλη προσφορά εργασίας λόγω των εργοστασίων ή μονάδων εργασίας που είχαν χτιστεί στο έδαφός τους⁴. Το αποτέλεσμα ήταν ότι στις νέες αυτές περιοχές δημιουργήθηκε η ανάγκη χτισίματος και οικιών για να μείνουν οι νέοι κάτοικοι.

Με την παρόδο του χρόνου και την ανάπτυξη της τεχνολογίας και των μεταφορών, όλο και περισσότεροι άνθρωποι μετακινούνταν πέρα από τα σύνορα της χώρας τους, ενώ παράλληλα, η ανάγκη για διεθνή κατασκευαστικά έργα γινόταν ολοένα και πιο έντονη μέσα στο πλαίσιο της παγκοσμιοποίησης. Ο επαγγελματικός τομέας των διεθνών κατασκευών προκάλεσε μεγάλο ενδιαφέρον, καθώς επρόκειτο για επένδυση που προσφερόταν για γρήγορη οικονομική επιτυχία⁵, με πολλούς κινδύνους και μεγάλο ρίσκο, βέβαια, και για αντίθετη πορεία⁶. Όπως ήταν επόμενο, λόγω των κοινωνικο-οικονομικών συνθηκών, τα διεθνή κατασκευαστικά έργα ήταν ο κλάδος των διεθνών εμπορικών συναλλαγών που γνώρισε μεγάλη και ταχεία ανάπτυξη.

II. Οι Διεθνείς Συμβάσεις Κατασκευών ως Διεθνείς Εμπορικές Συναλλαγές

Διεθνείς εμπορικές συναλλαγές ορίζονται οι συμβατικές σχέσεις που αναπτύσσονται μεταξύ επιχειρήσεων ή επιχειρηματιών από διαφορετικές χώρες που ασκούν διασυνοριακή οικονομική δραστηριότητα σε διάφορους τομείς, όπως είναι η προμήθεια αγαθών, η παροχή υπηρεσιών, η κατασκευή έργων, η εκμετάλλευση δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας και κίνησης κεφαλαίων.⁷ Ειδικότερα, σε ό,τι αφορά στον κατασκευαστικό τομέα, διεθνείς συναλλαγές αναπτύσσονται ανάμεσα στη διεθνή κατασκευαστική βιομηχανία (international construction industry), δηλαδή στην κατασκευαστική βιομηχανία μιας χώρας που είναι προσανατολισμένη στις εξαγωγές και στους αγοραστές κατασκευαστικών υπηρεσιών (construction services)

⁴ βλ. Reg Thomas BSc (Hons), *Construction Contract Claims*, Second Edition, Palgrave editions, σελ. 1

⁵ βλ. Cushman Robert Frank, Myers James J., *Construction Law Handbook*, Aspen Publishers, Volume 1, Construction Law Library, Wolters Kluwer, Law & Business, 1999, σελ. 34

⁶ ο.π. 4, σελ. 2

⁷ βλ. Π. Γκλαβίνης, *Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών, Διεθνείς συμβάσεις κατασκευών*, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 701

ή κατασκευαστικών έργων (construction works), που βρίσκονται σε άλλη χώρα, δηλαδή στη χώρα εκτέλεσης του κατασκευαστικού έργου (construction project)⁸.

Σημαντικό μεθοδολογικό ζήτημα που τίθεται για οποιαδήποτε διεθνή εμπορική συναλλαγή, και άρα για τη διεθνή κατασκευαστική σύμβαση, είναι η έννομη τάξη αναφοράς, δηλαδή η έννομη τάξη με βάση την οποία μπορούν να εξεταστούν *in vitro* τα νομικά ζητήματα που προκύπτουν από μία τέτοιου είδους δραστηριότητα⁹, καθώς ο περιορισμός σε μία συγκεκριμένη έννομη τάξη¹⁰ θα είχε και περιορισμένα συμπεράσματα, που δεν συνάδουν με τη φύση της εν λόγω δραστηριότητας. Συνήθως, οι συναλλασσόμενοι στο διεθνές εμπόριο δεν γνωρίζονται, αφού δεν δραστηριοποιούνται εντός της ίδιας (εθνικής) αγοράς. Χαρακτηριστικό είναι ότι συχνά δεν χρησιμοποιούν την ίδια γλώσσα εμπορικής επικοινωνίας. Έτσι, ήταν επόμενο να έχουν αναπτυχθεί, με την πάροδο του χρόνου και την ανάπτυξη των διεθνών εμπορικών δραστηριοτήτων, ενιαίες διαδικασίες προσέγγισης και ομοιόμορφοι τρόποι λειτουργίας, που διασφαλίζουν την καλή πίστη στις συναλλαγές αυτές. Η επιστήμη του διεθνούς δικαίου διατύπωσε τη θεωρία ότι εκτός από τις εθνικές έννομες τάξεις και τη διεθνή έννομη τάξη, υπάρχει και μια τρίτη έννομη τάξη που ρυθμίζει αποτελεσματικά τις διεθνείς οικονομικές σχέσεις με δικούς της δικαιοπαγωγικούς, δικαιοδοτικούς και εκτελεστικούς μηχανισμούς. Η έννομη αυτή τάξη είναι γνωστή ως διεθνική (transnational), ανεθνική¹¹ ή όπως έχει επικρατήσει να αποκαλείται ως *lex mercatoria*¹². Ουσιαστικά, *lex mercatoria* είναι το δίκαιο της αυτορρύθμισης της διεθνούς οικονομικής δραστηριότητας, που δεσμεύει (όταν και εφόσον επιτρέπεται να ισχύσει) τα μέρη. Βέβαια, η εκτεταμένη αυτονομία της βουλήσεως που αναγνωρίζουν πολλά εθνικά εφαρμοστέα δίκαια δεν σημαίνει ότι εξαφανίζονται οι εθνικές ιδιαιτερότητες. Αντιθέτως, οι ιδιαιτερότητες αυτές εκδηλώνονται ανάλογα με το εφαρμοστέο δίκαιο που ισχύει κάθε φορά και τα όρια της αυτονομίας της βουλήσεως είναι θέμα οριοθέτησης της ρυθμιστικής παρέμβασης που έχει ο νόμος σε σχέση με την ενοποιητική παρέμβαση της διεθνούς

⁸ ο.π., σελ. 702

⁹ ο.π., σελ. 702

¹⁰ Αν και συνήθως πρόκειται για την έννομη τάξη είναι αυτή όπου κατασκευάζεται το έργο και εκτελείται η σύμβαση.

¹¹ Μία μερίδα θεωρητικών, οι “παραδοσιακοί” (traditionalists) σε αντίθεση με τους «διεθνικούς» (transnationalists) αμφισβητούν κατά πόσον μπορεί να υπάρχει μία τέτοια ανεθνική πραγματικότητα, βλ. Dirk Lehmkuhl, *Resolving Transnational Disputes: Commercial Arbitration and the Multiple Providers of Governance Services*, 2003 ECPR Joint Sessions in Edinburgh, March 28 – April 2, Workshop 11: The Governance of Global Issues: Effectiveness, Accountability, and Constitutionalization, 3

¹² ο.π.

κατασκευαστικής βιομηχανίας. Άλλωστε, σε ορισμένα κράτη η κατασκευαστική σύμβαση ρυθμίζεται αποκλειστικά από το ιδιωτικό δίκαιο, ενώ σε άλλα κράτη το λόγο έχει το δημόσιο δίκαιο όταν το ένα συμβαλλόμενο μέρος είναι κράτος ή κρατική επιχείρηση¹³. Στην Ελλάδα, η κατασκευαστική σύμβαση υπάγεται στο δίκαιο των συμβάσεων (και ρυθμίζεται από τα άρθρα 681 επ. ΑΚ για τη σύμβαση έργου), ενώ υπάγεται στο διοικητικό δίκαιο όταν συμμετέχει κράτος/κρατική επιχείρηση¹⁴ (οπότε επισέρχεται σε ισχύ ο Νόμος περί δημοσίων έργων: ν. 1418/1984, όπως τροποποιήθηκε από ν.2229/94 & π.δ.609/85)¹⁵.

Ιδιαίτερη σημασία για την κατασκευαστική σύμβαση έχει η διάκριση μεταξύ οφειλέτη και δανειστή, αφού καθορίζει τα δικαιώματα των συμβαλλομένων λόγω υπερημερίας ή αδυναμίας εκπληρώσεως. Σύμφωνα με την κρατούσα γνώμη, οφειλέτης θεωρείται ο κατασκευαστής / εργολάβος και δανειστής ο κύριος του έργου, καθώς η απαιτούμενη συνεργασία του κυρίου του έργου κατά την εκτέλεση του έργου δεν αποτελεί αυτοτελή ενοχή και συνεπώς δεν πρόκειται για ενοχή οφειλέτη.

III. Διεθνής κατασκευαστική σύμβαση ή ακριβέστερα συμβάσεις: Μία κύρια σύμβαση & συμβάσεις - δορυφόροι

Η διεθνής κατασκευαστική δραστηριότητα είναι μια διασυνοριακή εμπορική συναλλαγή με ιδιαιτερότητες. Λόγω της ίδιας της φύσης της δραστηριότητας, υπάρχει αδιαμφισβήτητη στενή διασύνδεσή της με την επικράτεια της χώρας εγκατάστασης του έργου, με αποτέλεσμα να είναι έντονος ο επενδυτικός χαρακτήρας της. Προσεγγίζει πολύ περισσότερο μια επενδυτική δραστηριότητα από μία απλή εμπορική συναλλαγή, καθώς ο εργολάβος καλείται να αντιμετωπίσει αυξημένους κινδύνους στη χώρα υποδοχής, χώρα κατασκευής του έργου¹⁶.

Στην πιο απλή μορφή της η διεθνής κατασκευαστική σύμβαση είναι μια σύμβαση έργου μεταξύ ενός αλλοδαπού εργολάβου και ενός κυρίου του έργου της χώρας εγκατάστασης της κατασκευής, με την οποία σύμβαση έργου ο εργολάβος αναλαμβάνει την υποχρέωση να εκτελέσει τις εργασίες κατασκευής του έργου επί της

¹³ βλ. Ελίνα Ν. Μουσταΐρα, *Κοινοδίκαιον 2000, Κατασκευαστική Σύμβαση: Συγκριτική Επισκόπηση Δικαίων και Ζητήματα Ιδιωτικού Διεθνούς Δικαίου*, σελ. 313

¹⁴ ο.π., σελ. 314

¹⁵ Και για τα έργα αυτά ισχύουν οι διατάξεις του ελληνικού Αστικού Κώδικα. Αν βέβαια υπάρξει σύγκρουση ανάμεσα στις προβλέψεις του ΑΚ και του Νόμου περί δημοσίων έργων, συνήθως υπερισχύει και εφαρμόζεται ο δεύτερος, βλ. Vivian Katsantonis, Stavros Georgiades, John B. Tieder Jr, *An Overview Of Construction Contracting Under Greek Law*, σελ. 4

¹⁶ βλ. Π. Γκλαβίνης, ο.π. 7, σελ. 706

ιδιοκτησίας του κυρίου¹⁷. Δεν υπάρχει όμως, ένα ενιαίο πρότυπο διεθνούς κατασκευαστικής σύμβασης, λόγω της πολλαπλότητας των παροχών που αποτελούν το αντικείμενό της. Άλλωστε, δεν θα μπορούσε να εξεταστεί η διεθνής κατασκευαστική σύμβαση χωριστά από τις υπόλοιπες συμβάσεις που υλοποιούν το ίδιο κατασκευαστικό έργο¹⁸. Γι' αυτό και είναι πιο ακριβής ο όρος “κατασκευαστικές συμβάσεις” στον πληθυντικό αριθμό, καθώς πρόκειται για ένα συμβατικό σύνολο πραγματικά αλληλεξαρτώμενο. Η κύρια σύμβαση μεταξύ του εργολάβου και του κυρίου του έργου καθίσταται “σύμβαση πλαίσιο”, την οποία πλαισιώνουν “συμβάσεις – δορυφόροι” που αφορούν σε μια συγκεκριμένη δραστηριότητα – ειδικότητα του παρεμβαίνοντος¹⁹. Μέσα σε αυτό το πλαίσιο συνάπτεται και η σύμβαση υπεργολαβίας.

¹⁷ ο.π., σελ. 707

¹⁸ Χαρακτηριστικό είναι ότι στην Ελβετία η κατασκευαστική σύμβαση θεωρείται μικτή σύμβαση (mixed contract), δηλαδή και σύμβαση έργου και σύμβαση υπηρεσιών, βλ. Matthias Scherer and Michael E. Schneider, *International Construction Contracts under Swiss Law: an introduction*, (2007) 23 Const. L.J. No8, σελ. 561.

¹⁹ βλ. Ελίνα Ν. Μουσταΐρα, *Κοινοδίκαιον*, ο.π. 13, σελ. 328

- ΜΕΡΟΣ Α'

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Α'

Ι. Σύμβαση υπεργολαβίας - Ορισμός

Ορισμός της σύμβασης υπεργολαβίας δεν υπάρχει ούτε στο αγγλικό δίκαιο ούτε στην Οδηγία 2000/35/EC για την καταπολέμηση των καθυστερήσεων πληρωμών στις εμπορικές συναλλαγές ή ακόμη και στη γερμανική, βελγική ή ισπανική νομοθεσία που προστατεύει τους υπεργολάβους²⁰. Οι ορισμοί που περιέχουν οι κατασκευαστικές συμβάσεις για τους υπεργολάβους δεν ορίζουν πάντα τον υπεργολάβο – κατασκευαστή αλλά είναι ευρύτεροι ορισμοί, που περιλαμβάνουν και τους απλούς προμηθευτές υλικών ή εκμισθωτές μηχανημάτων, που όμως συνδέονται με τον εργολάβο με άλλου είδους σύμβαση (π.χ. με σύμβαση πώλησης ή μίσθωσης)²¹.

Πάντως, ο όρος «υπεργολάβος» ακόμη και από την ετυμολογία του («υπό» και «εργολάβος») μας δείχνει ότι πρέπει να ερμηνευτεί από τη συμβατική σχέση που υπάρχει ανάμεσα σε τρία πρόσωπα ή οντότητες (entities). Έτσι, ένας ορισμός της σύμβασης υπεργολαβίας θα μπορούσε να είναι ο εξής:

“Πρόσωπο ή οντότητα (entity) που έχει αναλάβει την κατασκευή ενός έργου (με συμβατική υποχρέωση έναντι του κυρίου του έργου) αναθέτει σε τρίτο να προβεί - σύμφωνα με τις οδηγίες του- στην εκτέλεση τμήματος / τμημάτων του έργου²²”.

Όπως διαφαίνεται από τον παραπάνω ορισμό για τη σύμβαση υπεργολαβίας, κομβικό σημείο του ορισμού της είναι η τριμερής φύση της σχέσης, καθώς η σύμβαση που συνάπτει ο υπεργολάβος έχει σημείο εκκίνησης μία άλλη, προϋπάρχουσα σύμβαση, χωρίς όμως να υπάρχει συμβατική σχέση μεταξύ του κυρίου του έργου και του υπεργολάβου.

Το γεγονός της μη ύπαρξης συμβατικής σχέσης μεταξύ του κυρίου του έργου και του υπεργολάβου προσδίδει στη σύμβαση υπεργολαβίας αυτονομία, την οποία ενισχύει και το φαινόμενο της εξειδικεύσεως. Κάτι που συνηθίζεται άλλωστε, στα σύνθετα έργα είναι ότι εξειδικευμένος εργολάβος μπορεί να προτείνει την προηγούμενη υπογραφή σύμβασης αποκλειστικότητας. Η δε αυτονομία της

²⁰ βλ. J. Florian Pulkowski, *The Subcontractor's direct claim in international business law*, *International Construction Law Review* 2004, σελ. 33

²¹ βλ. Π. Γκλαβίνης, ο.π. 7, σελ. 763-764

²² βλ. Ελίνα Ν. Μουσταίρα, *Κοινοδίκαιον*, ο.π. 13, σελ. 332, βλ. και J. Florian Pulkowski, ο.π. 20, σελ.33, βλ. και Paola Pirodi, *Yearbook of Private International Law*, Vol.VII, 2005, edited by Petar Sarcevic, Paul Volken, Andrea Bonomi, Sellier European Law Publishers, 2006, σελ. 290

συμβάσεως υπεργολαβίας και η τριμερής σχέση ανάμεσα στον κύριο του έργου, τον εργολάβο και τον υπεργολάβο έχουν ως συνέπεια ότι ο εργολάβος υπέχει ευθύνη για τα λάθη του υπεργολάβου έναντι του κυρίου του έργου²³.

Καταρχήν, αν το εφαρμοστέο δίκαιο στην κύρια σύμβαση σιωπά, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η υπεργολαβία επιτρέπεται²⁴. Βέβαια, είθισται οι όροι της συμβάσεως υπεργολαβίας να αντιστοιχούν στους όρους της κύριας συμβάσεως, για ό,τι αφορά την εκτέλεση των εργασιών που ανατέθηκαν στον υπεργολάβο. Αυτό συμβαίνει καθώς ο εργολάβος επιθυμεί να δεσμεύσει τον υπεργολάβο κατά τρόπο όμοιο με τον οποίο δεσμεύτηκε ο ίδιος έναντι του κυρίου του έργου (εκτός ίσως για το τίμημα της υπεργολαβίας)²⁵. Έτσι, η σύμβαση υπεργολαβίας διακρίνεται σε διαφανή και μη διαφανή²⁶.

II. Διαφανής – Μη διαφανής σύμβαση υπεργολαβίας

Σε διαφανή σύμβαση υπεργολαβίας, οι όροι της κύριας σύμβασης που αφορούν στο κομμάτι / τμήμα του έργου η εκτέλεση του οποίου ανατίθεται στον υπεργολάβο μεταφέρονται αυτούσιοι στη σύμβαση υπεργολαβίας. Επομένως, στη διαφανή σύμβαση υπεργολαβίας όλοι οι όροι της κύριας σύμβασης που αφορούν στον υπεργολάβο μετατρέπονται σε όρους της σύμβασης του υπεργολάβου με τον εργολάβο. Σε μία μη διαφανή σύμβαση υπεργολαβίας ο εργολάβος αναθέτει, ως άλλος κύριος του έργου, ένα συγκεκριμένο έργο στον υπεργολάβο, με ειδικούς όρους, εντελώς ανεξάρτητους από την κύρια σύμβαση. Με αυτόν τον τρόπο, οι όροι και οι συνθήκες εκτέλεσης της κύριας σύμβασης διαφοροποιούνται εντελώς από τους όρους και τις συνθήκες εκτέλεσης της σύμβασης υπεργολαβίας. Βέβαια, στην πράξη μια σύμβαση υπεργολαβίας δεν είναι μόνο διαφανής ή μόνο μη διαφανής, καθώς οι

²³ Ειδικότερα για το Βέλγιο και τη Γερμανία, βλ. Belgium Schoups, Van Bosstraeten & C° Law Firm, Construction and Projects 2010/11, Country Q&A Belgium, PLCCROSS-BORDER HANDBOOKS www.practicallaw.com/constructionhandbook 9, www.practicallaw.com/3-502-2255, σελ. 12 και 13, ερώτηση 17 και Germany Oliver Moufang, Stefan Koser, Manteo Eisenlohr, Uwe Pirl, Lorenz Claussen, Martin Bünning and Oliver Koos GSK Stockmann + Kollegen, Construction and Projects 2010/11, Country Q&A Germany, PLCCROSS-BORDER HANDBOOKS www.practicallaw.com/constructionhandbook 65, ερώτηση 17, σελ. 69

²⁴ βλ. Ελίνα Ν. Μουσταίρα, ο.π. 13, σελ. 332

²⁵ Η δέσμευση αυτή είναι γνωστή και ως συμφωνία “**back to back agreement**”, βλ. Dr Jörn Zons, Construction Law International, June 2010, The Minefield of Back-to-Back Subcontracts Part 2, σελ. 21

²⁶ βλ. Π. Γκλαβίνης, ο.π. 7, σελ. 764

διαβαθμίσεις που υπάρχουν στη διασύνδεση των όρων της κύριας σύμβασης και της σύμβασης υπεργολαβίας είναι πολλές²⁷.

Αξίζει να σημειωθεί ότι υποστηρίζεται και η άποψη ότι στις περιπτώσεις συμβάσεων προμήθειας, κατασκευής εξοπλισμού, παροχής υπηρεσιών και επιτόπιων εργασιών πρόκειται για “οιονεί υπεργολαβίες”²⁸.

Επιπλέον, προκειμένου να διασαφηνιστεί ο ορισμός της σύμβασης υπεργολαβίας, θα ήταν χρήσιμο να γίνει μία αντιπαραβολή της σύμβασης υπεργολαβίας και της σύμβασης εκχώρησης. Η δυνατότητα εκχώρησης της κύριας κατασκευαστικής σύμβασης έχει ιδιαίτερη σημασία όταν το έργο εκτελείται σε συγκεκριμένο κράτος, στο οποίο μόνο οι εταιρίες με την έδρα τους στο συγκεκριμένο κράτος μπορούν να αναλάβουν την κατασκευή του έργου²⁹. Η συνήθης πρακτική είναι να προβλέπεται από την κύρια σύμβαση, μεταξύ του κυρίου του έργου και του εργολάβου, η ίδρυση θυγατρικής εταιρίας στο κράτος, και η εκχώρηση της σύμβασης κατασκευής του έργου στη θυγατρική αυτή εταιρία. Όπως όμως, αναφέρθηκε παραπάνω, στη σύμβαση υπεργολαβίας δεν υπάρχει συμβατικός δεσμός ανάμεσα στον υπεργολάβο και στον κύριο του έργου και αυτή είναι και η βασική διαφορά της σύμβασης υπεργολαβίας με τη σύμβαση εκχώρησης. Στη σύμβαση εκχώρησης, ο εκδοχέας καθίσταται άμεσος αντισυμβαλλόμενος του άλλου συμβαλλόμενου μέρους. Το γεγονός αυτό αποτελεί και το πλεονέκτημα που παρουσιάζει η εκχώρηση έναντι της υπεργολαβίας, καθώς συγκεντρώνει όλες τις εργασίες. Ειδικότερη περίπτωση εκχώρησης της σύμβασης αποτελεί η εκχώρηση από κράτος, που είναι κύριος του έργου, σε υπηρεσία του. Σε ένα τέτοιο ενδεχόμενο, αν υπάρξει παράβαση από τον εκδοχέα ως προς τις συμβατικές υποχρεώσεις του, τότε θα πρέπει το κράτος να παραιτηθεί από την ετεροδικία του³⁰.

Η σύμβαση υπεργολαβίας πρέπει να διαχωριστεί και από τη σύμβαση προμήθειας αγαθών (supply contract)³¹. Ο ορισμός “subforitura” που υπάρχει για την υπεργολαβία στον ιταλικό νόμο Law No192 είναι πολύ πιο ευρύς, με αποτέλεσμα να περιλαμβάνει όχι μόνο τις υπεργολαβίες αλλά και τις συμβάσεις προμήθειας αγαθών. Παράλληλα, το γαλλικό δικαστήριο Cour de Cassation έκρινε το 2002, στην απόφαση No 5133, Ste Entrepose Echafaudages v. SCI du carillon de Nanterre, ότι οι

²⁷ ο.π.

²⁸ βλ. Ελίνα Ν. Μουσταίρα, ο.π. 13, σελ. 332

²⁹ ο.π., σελ. 333

³⁰ ο.π.

³¹ βλ. J. Florian Pulkowski, ο.π. 20, σελ. 33

υποχρεώσεις που περιέχει μια υπεργολαβία σύμφωνα με το γαλλικό νόμο περί υπεργολαβίας Law 75-1334 δεν πρέπει να περιορίζονται στην παροχή αγαθών³². Η σύμβαση προμήθειας αγαθών επίσης, προϋποθέτει την ύπαρξη μιας τριμερούς σχέσης μεταξύ του προμηθευτή, του επιχειρηματία και του πελάτη. Η διαφορά της όμως, με τη σύμβαση υπεργολαβίας είναι ότι ο προμηθευτής δεν εκτελεί μια προϋπάρχουσα υποχρέωση του επιχειρηματία.

Άλλο ένα σημείο που εμφανίζει ενδιαφέρον όσον αφορά στον ορισμό της σύμβασης υπεργολαβίας, είναι το ερώτημα πότε μία σύμβαση υπεργολαβίας είναι διεθνής, καθώς τις περισσότερες φορές ο υπεργολάβος έχει την έδρα του στην ίδια χώρα από την οποία προέρχεται και ο εργολάβος. Και πρόκειται για ερώτημα με πρακτικές συνέπειες, καθώς με βάση την απάντηση θα μπορεί να καθοριστεί η καταβολή του τιμήματος σε ξένο νόμισμα ή η υπαγωγή της σύμβασης υπεργολαβίας σε ξένο δίκαιο, στο δίκαιο της κύριας σύμβασης³³. Υποστηρίζεται ότι αν η σύμβαση υπεργολαβίας κριθεί με βάση το οικονομικό κριτήριο, ως μία σύμβαση που εξυπηρετεί το διεθνές εμπόριο και συνάπτεται προς εκτέλεση μέρους μιας άλλης διεθνούς σύμβασης, τότε θα αναγνωριστεί και ο διεθνής χαρακτήρας της. Αυτό το γεγονός αποτελεί και μία από τις ιδιαιτερότητες της σύμβασης υπεργολαβίας, αφού δεν εξετάζεται, ως είθισται, αν κάποιο συμβαλλόμενο μέρος είναι αλλοδαπό ή αν η εκτέλεση του έργου περιλαμβάνει περισσότερες από μία χώρες αλλά εξετάζεται ως μία σύμβαση που αποτελεί μέρος μίας μεγαλύτερης οικονομικής συναλλαγής -ως μέρος της κύριας σύμβασης. Μέσα σε αυτό το πλαίσιο αποφάσεις των γαλλικών δικαστηρίων αρκούνται στο διεθνή χαρακτήρα της κύριας σύμβασης, προκειμένου να χαρακτηρίσουν μία σύμβαση υπεργολαβίας ως διεθνή³⁴.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Β'

I. Ανάθεση έργου σε υπεργολάβο /ους. Χαρακτήρας *intuitu personae* της κατασκευαστικής σύμβασης

Μετά την ανάθεση της κύριας σύμβασης, η σύναψη μιας ή περισσότερων υπεργολαβικών συμβάσεων με υπεργολάβους που δεν έχουν προταθεί, κατά το

³² ο.π.

³³ βλ. Π. Γκλαβίνης, ο.π. 7, σελ. 763

³⁴ βλ. Απόφαση ICC N° 7528, Yearbook Comm. Arb'n XXII, 125, 130 (1997), The Franco-British Lawyers Society in collaboration with The Society Of Construction Law, *Overview Of The Protection Of Subcontractors Under French Law*, Maître Carole Malinvaud Avocat Associé Gide Loyrette Nouel, Paris, Tuesday, 5th September 2006 at 6 pm at The National Liberal Club Whitehall Place, London SW1, σελ. 8

προσυμβατικό στάδιο, από τον εργολάβο τελεί υπό την αίρεση της συμφωνίας από τον κύριο του έργου³⁵. Αυτό συμβαίνει λόγω του χαρακτήρα *intuitu personae* της κατασκευαστικής σύμβασης³⁶. Ο κύριος του έργου εμπιστεύεται τον εργολάβο για το “πρόσωπο” που έχει η δική του επιχείρηση και του αναθέτει την εκτέλεση του έργου³⁷, με βάση επαγγελματικά και οικονομικά κριτήρια³⁸. Αυτός είναι και ο λόγος για τον οποίο απαγορεύεται συνήθως η ανάθεση της εκτέλεσης, μέσω υπεργολαβιών, του συνόλου του έργου που έχει ανατεθεί στον εργολάβο από τον κύριο του έργου³⁹. Μάλιστα, η αθέτηση αυτής της υποχρέωσης συνιστά και λόγο καταγγελίας της κύριας σύμβασης.

Επομένως, το κύριο πρόσωπο που αναθέτει στον/στους υπεργολάβο/ους είναι ο εργολάβος, δυνάμει της κύριας σύμβασης που έχει αναλάβει έναντι του κυρίου του έργου. Σε ειδικές περιπτώσεις σύμβασης υπεργολαβίας, μπορεί να αναθέσει στον υπεργολάβο κοινοπραξία κατασκευαστικών εταιριών⁴⁰ ή ο κύριος του έργου (*nominated subcontractor*)^{41,42} ή ο *project manager* (οπότε και γίνεται *prime contractor*⁴³) ή παραχωρησιούχος εταιρία (στην περίπτωση μεγάλων έργων με χρηματοδότηση)⁴⁴.

Ξεχωριστή περίπτωση για τις διεθνείς κατασκευαστικές συμβάσεις αποτελεί και η λεγόμενη “επιβεβλημένη υπεργολαβία”, που είναι η υπεργολαβία η οποία επιβάλλεται στον εργολάβο από τον κύριο του έργου. Στην επιβεβλημένη υπεργολαβία, ο κύριος του έργου υποδεικνύει στον εργολάβο έναν ή περισσότερους υπεργολάβους που προέρχονται από τη χώρα εκτέλεσης του έργου (*designated subcontractors*), στους οποίους υποχρεούται ο εργολάβος να αναθέσει την εκτέλεση

³⁵ βλ. Π. Γκλαβίνης, ο.π. 7, σελ. 763

³⁶ βλ. Ελίνα Ν. Μουσταΐρα, *Κοινοδίκαιον*, Εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα Αθήνα 2002, *Βιβλιογραφική Επισκόπηση*, Roger Philippe Budin, *Guide pratique de l'execution des contrats internationaux de construction* (Staempfli Editions SA Berne 1998) σελ. XIX+298, σελ. 159

³⁷ Σύμφωνα με το ελβετικό δίκαιο (άρθρο 364(2) ελβετικού ΑΚ, ένα δίκαιο που πολλές φορές επιλέγεται ως ένα “ουδέτερο” δίκαιο, η υπεργολαβία είναι η εξαίρεση, βλ. Matthias Scherer, Michael E. Schneider, *International Construction Contracts under Swiss Law: an introduction*, (2007) 23 *Const. L.J.* No8, σελ. 563

³⁸ Να σημειωθεί εδώ, ότι όπως επισημαίνει η Ελίνα Ν. Μουσταΐρα, *Κοινοδίκαιον*, ο.π. 13, σελ. 333, η πτώχευση ενός μικρού υπεργολάβου μπορεί να έχει ως συνέπεια αλυσιδωτές αντιδράσεις, γι’ αυτό άλλωστε και η υπεργολαβία κρίνεται ως η νομική αχίλλειος πτέρνα της κατασκευαστικής διαδικασίας.

³⁹ Αντίστοιχα, στην Κίνα απαγορεύεται στους υπεργολάβους να παραχωρούν περαιτέρω υπεργολαβίες των έργων, ο.π., σελ. 320

⁴⁰ βλ. Π. Γκλαβίνης, ο.π. 7, σελ. 759

⁴¹ βλ. Ελίνα Ν. Μουσταΐρα, ο.π. 13, σελ. 332

⁴² Ο κύριος του έργου όμως, μπορεί να στραφεί κατά του υπεργολάβου μόνο αν προβλέπεται με ρητή διάταξη, ειδάλλως η αυτονομία της κύριας σύμβασης σε σχέση με τη σύμβαση υπεργολαβίας μένει άθικτη (“διαφάνεια” – ρήτρα “If and When”), ο.π., σελ. 332, παραπομπή 30

⁴³ ο.π., σελ. 331

⁴⁴ βλ. Π. Γκλαβίνης, ο.π. 7, σελ. 738

του έργου που έχει αναλάβει, συνάπτοντας μία ή περισσότερες συμβάσεις υπεργολαβίας μαζί τους⁴⁵. Η επιβολή μιας τέτοιου είδους υποχρέωσης συμβαίνει, εκτός από τον προφανή λόγο της ενδυνάμωσης του τοπικού εργατικού δυναμικού, και για την αποφυγή πληρωμής σε αλλοδαπό νόμισμα και είναι μια υποχρέωση που μπορεί να έχει ως συνέπειες δυσχέρειες και ενίοτε και ανεπανόρθωτες ζημιές για την αλλοδαπή επιχείρηση⁴⁶. Προβλήματα που μπορεί να προκύψουν είναι για παράδειγμα η παροχή ανεπαρκούς ποιότητας από τους επιβεβλημένους υπεργολάβους, καθυστερήσεις, διαφωνίες με το μηχανικό ή με τον εργολάβο, άρνηση επιδιόρθωσης σφαλμάτων χωρίς πρόσθετη πληρωμή, πιέσεις προς είσπραξη προκαταβολών μη οφειλομένων ή συμπληρωματικών τιμών (πολλές φορές μάλιστα και με απειλές περί εγκατάλειψης των εργασιών), διαδικασίες αφερεγγυότητας⁴⁷.

Κάθε έννομη τάξη παρουσιάζει και διαφορές σε ποιους επιτρέπεται και σε ποιους όχι να αναθέσουν έργο σε υπεργολάβους. Έτσι, για παράδειγμα στην Ιαπωνία, ο κύριος του έργου δεν μπορεί να ορίσει υπεργολάβο, ενώ στην ίδια χώρα, στις συμβάσεις ιδιωτικών κατασκευαστικών έργων, ένας άλλος κατασκευαστής / εργολάβος, ένα τρίτο πρόσωπο εγγυάται να εκτελέσει και να ολοκληρώσει το έργο, διαδεχόμενος τον αρχικό συμβαλλόμενο εργολάβο στην περίπτωση που αυτός αδυνατεί να το ολοκληρώσει⁴⁸.

Στην Ιαπωνία, επίσης, οι μεγάλες κατασκευαστικές εταιρίες δεν διαθέτουν ούτε άμεσους εργαζόμενους ούτε κατασκευαστικό εξοπλισμό και προκειμένου να ολοκληρώσουν το έργο που αναλαμβάνουν συμβατικά έναντι του κυρίου του έργου συνάπτουν συμβάσεις υπεργολαβίας με άλλες κατασκευαστικές εταιρίες. Οι εν λόγω υπεργολαβίες ανατίθενται με διαπραγμάτευση σε υπεργολάβους, με τους οποίους έχουν συνεργασία για αρκετά χρόνια. Ενδιαφέρον παρουσιάζει ότι ο εργολάβος κατά κανόνα προμηθεύει τον/τους υπεργολάβο/ους με υλικά και κατασκευαστικό εξοπλισμό που θα χρειαστεί, αλλά επειδή ο ίδιος δεν τα διαθέτει, όπως σημειώθηκε παραπάνω, μισθώνει από εταιρίες εκμισθώσεως εξοπλισμού. Μέσα σε αυτό το πλαίσιο, τα βασικά καθήκοντα του εργολάβου είναι να ελέγχει την ποιότητα, το πρόγραμμα, την ασφάλεια και το κόστος του έργου⁴⁹.

⁴⁵ ο.π., σελ. 763

⁴⁶ βλ. Ελίνα Ν. Μουσταΐρα, *Βιβλιογραφική Επισκόπηση*, ο.π. 36, σελ. 154

⁴⁷ ο.π., σελ. 155

⁴⁸ βλ. Ελίνα Ν. Μουσταΐρα, *Κοινοδίκαιον*, ο.π. 13, σελ. 319

⁴⁹ ο.π.

II. Πότε γίνεται η ανάθεση στον/ους υπεργολάβο/ους

Η ανάθεση της εκτέλεσης έργου σε υπεργολάβο/ους μπορεί να γίνει πριν την κύρια κατασκευαστική σύμβαση, με την αίρεση υπογραφής εργολαβικής σύμβασης. Η ανάθεση της εκτέλεσης του έργου μπορεί να γίνει και μετά την κύρια κατασκευαστική σύμβαση, αν και ο/οι υπεργολάβος/οι εμφανίζονται στην προσφορά του εργολάβου προς τον κύριο του έργου.

III. Οι υποχρεώσεις που αναλαμβάνει ο υπεργολάβος και η ευθύνη του έναντι του κυρίως εργολάβου

Με τη σύμβαση υπεργολαβίας, η υποχρέωση του υπεργολάβου έναντι του κυρίως εργολάβου είναι τριπλή, καθώς εγγυάται⁵⁰:

1. για την ποιότητα των προμηθειών, των έργων και των παροχών του,
2. για το σεβασμό της προθεσμίας εκτελέσεως,
3. για το σεβασμό της συμφωνηθείσας τιμής.

Ο υπεργολάβος ευθύνεται έναντι του κυρίως εργολάβου όπως και ένας εργολάβος⁵¹. Όπως σημειώθηκε και παραπάνω, ο κυρίως εργολάβος φροντίζει να μεταφέρει στους υπεργολάβους του όλη την έκταση της δικής του ευθύνης έναντι του κυρίου του έργου, και μάλιστα πολλές φορές με τον πιο αυστηρό τρόπο. Η αθέτηση από την πλευρά του υπεργολάβου των συμβατικών υποχρεώσεών του έναντι του εργολάβου δεν επιφέρει άμεσο θέμα ευθύνης του εργολάβου έναντι του κυρίου του έργου, στο μέτρο που οι δύο συμβάσεις (σύμβαση υπεργολαβίας και κύρια σύμβαση) είναι αυτόνομες. Βέβαια, συνήθως στην πράξη, η παράβαση εκ μέρους του υπεργολάβου έχει συνέπειες και για την κύρια σύμβαση που συνδέει τον εργολάβο με τον κύριο του έργου. Με τον ίδιο τρόπο, συμπαρασύρεται και η σύμβαση υπεργολαβίας όταν υπάρχει καταγγελία ή λύση της κύριας σύμβασης, ειδικά όταν πρόκειται για διάφανη υπεργολαβία⁵².

⁵⁰ ο.π., σελ. 332

⁵¹ βλ. Π. Γκλαβίνης, ο.π. 7, σελ. 765

⁵² ο.π.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Γ'

I. Η σημασία της υπεργολαβίας στο διεθνές εμπορικό δίκαιο

Η υπεργολαβία έχει ιδιαίτερη σημασία μέσα στις σύγχρονες τάσεις του διεθνούς εμπορικού δικαίου. Οι μεγάλες κατασκευαστικές εταιρίες αναλαμβάνουν πολύ μεγάλα έργα, δημόσια ή ιδιωτικά, και πολλές φορές προκειμένου να ανταποκριθούν στις συμβατικές υποχρεώσεις πρέπει να βασιστούν σε άλλες επιχειρήσεις, με τεχνική κατάρτιση σε συγκεκριμένους τομείς είτε για λόγους που συνδέονται με την εξειδίκευση των επιχειρήσεων αυτών είτε για οικονομικούς και πρακτικούς λόγους⁵³. Έτσι, είναι πολύ σύνηθες να εκτελεί τις υποχρεώσεις του εργολάβου άλλος ή άλλοι υπεργολάβος ή υπεργολάβοι, που τις περισσότερες φορές είναι μικρές επιχειρήσεις, χωρίς όμως αυτό να είναι απαραίτητο. Το γεγονός ότι πλέον, τα έργα λειτουργούν μέσα σε πολλαπλές αγορές, έξω από τα στενά όρια μίας επικράτειας, είχε ως συνέπεια οι κατασκευαστικές εργασίες να μην εκτελούνται πλέον με βάση μία σύμβαση αλλά με περισσότερες (αλληλεξαρτώμενες) συμβάσεις.

Βέβαια, οι εμπορικοί νόμοι και οι νομοθεσίες που ισχύουν εντός της Ευρωπαϊκής Ένωσης και προβλέπουν την προστασία των εμπορικών συναλλαγών, έχουν οδηγήσει στην αυξανόμενη ανάθεση σε υπεργολάβους από χώρες “χαμηλού κόστους”, καθώς οι κανόνες άμεσου εφαρμογής σπάνια προστατεύουν τους υπεργολάβους⁵⁴.

II. Προστασία των υπεργολάβων σε διάφορα εθνικά δίκαια

Οι υπεργολάβοι έχουν άμεση οικονομική εξάρτηση από τους εργολάβους⁵⁵. Άλλωστε, η πρακτική της συνεχούς και μακράς συνεργασίας μεταξύ εργολάβων και υπεργολάβων, δίνει από τη μία την ευκαιρία σε υπεργολάβους να έχουν δουλειά σε σταθερή βάση αλλά από την άλλη πλευρά ενέχει και σοβαρούς κινδύνους λόγω της οικονομικής εξάρτησης που τους συνδέει. Ως εκ τούτου, σε περίπτωση που ο εργολάβος μπει σε διαδικασία αφερεγγυότητας, συμπαρασύρει και τους υπεργολάβους, που πολύ συχνά, μπαίνουν και οι ίδιοι σε διαδικασία πτώχευσης⁵⁶. Οι υπεργολάβοι είναι συνήθως, εταιρίες μικρού ή μεσαίου μεγέθους που συμβάλλονται με μεγάλες κατασκευαστικές εταιρίες. Όπως είναι επόμενο, δεν έχουν τις λογιστικές

⁵³ βλ. J. Florian Pulkowski, ο.π. 20, σελ. 31

⁵⁴ ο.π., σελ.32

⁵⁵ ο.π.

⁵⁶ Χαρακτηριστικό είναι το παράδειγμα της γερμανικής εταιρίας Holzmann Ag που προκάλεσε την πτώχευση εκατοντάδων υπεργολάβων, βλ. New York Times, *Big Builder In Germany Is Bankrupt*, Mar 22, 2002

ή νομικές γνώσεις που χρειάζεται προκειμένου να εισέλθουν σε σύνθετες συμβάσεις μεγάλου οικονομικού ενδιαφέροντος. Γι' αυτό και συνήθως βρίσκονται σε υποδεέστερη θέση και γίνονται αντικείμενο εκμετάλλευσης από τους πιο δυνατούς "παίχτες" της σύμβασης. Το αποτέλεσμα είναι ότι αποτελούν τον πιο αδύναμο κρίκο της αλυσίδας των κατασκευαστικών συμβάσεων.

Αυτοί οι λόγοι οδήγησαν στην ανάγκη της προστασίας των υπεργολάβων έναντι των άδικων συμβατικών όρων. Πρώτη η Ιαπωνία το 1956, αναγνώρισε αυτήν την ανάγκη και προέβη σε νομοθετική ρύθμιση με το νόμο της 1^{ης} Ιουνίου 1956, Act against delay in Payment of Subcontract Proceeds, etc. to Subcontractors No 120, προκειμένου να εξασφαλίσει την προσήκουσα πληρωμή των υπεργολάβων⁵⁷.

Η Ιταλία και η Γαλλία προέβησαν σε κωδικοποίηση κανόνων, η μεν Ιταλία με το νόμο Law of 18 June No 192, και η Γαλλία με το νόμο Law 75-1334 /1975⁵⁸.

Η Αγγλία, η Ουαλία και η Σκωτία προέβλεψαν την προστασία στα άρθρα 110-113 του νόμου Housing Grants, Construction & Regeneration Act 1996, η Βόρεια Ιρλανδία προέβη στη θέσπιση του The Construction Contracts Order 1997, η Πορτογαλία προέβλεψε με τα άρθρα 1213 και 1226 του ΑΚ, η Ισπανία με το άρθρο 1597 ΑΚ, το Βέλγιο με το άρθρο 1798 ΑΚ και η Γερμανία με το άρθρο 641 σημείο 2 ΑΚ.

Η Ευρωπαϊκή Ένωση εξέδωσε την Οδηγία 2000/35/EC⁵⁹ προκειμένου να καταπολεμήσει την καθυστέρηση πληρωμών στις εμπορικές συναλλαγές, που εμπεριέχει σημεία προστασίας για τους υπεργολάβους. Συγκεκριμένα, στο σημείο 7 του Προοιμίου η Οδηγία τονίζει ότι οι μικρές και οι μεσαίου μεγέθους επιχειρήσεις επωμίζονται το μεγάλο βάρος των οικονομικών συναλλαγών, ως αποτέλεσμα των εκτεταμένων περιόδων πληρωμής και των καθυστερήσεων των πληρωμών. Μάλιστα, αυτό το οικονομικό βάρος είναι και ο μέγιστος παράγοντας που οδηγεί στην πτώχευση, απειλώντας την ίδια την ύπαρξη των επιχειρήσεων αυτών. Παρακάτω, στο σημείο 19 του Προοιμίου ορίζεται ως εκμετάλλευση (abuse) αν ο εργολάβος επιβάλλει στους υπεργολάβους του δυσμενείς όρους πληρωμής, τους οποίους δεν δικαιολογείται να επιβάλλει με βάση την κύρια σύμβαση που έχει με τον κύριο του έργου. Στο δε σημείο 22 του Προοιμίου, προβλέπεται ότι η Οδηγία ισχύει τόσο για

⁵⁷ βλ. J. Florian Pulkowski, ο.π. 20, σελ. 32

⁵⁸ βλ. Law On Subcontracting (n°75-1334), with the participation of Louis VOGEL, Professor at the University of Paris II, discussion and adoption of 20 December 1975

⁵⁹ Στην οδηγία 2000/35/EC η Ελλάδα προσαρμόζεται δια του Προεδρικού Διατάγματος 166/2003, βλ. διαδικτυακός τόπος Lawnet, LawNews Center, Ελλάδα, *Εντός τριάντα ημερών οι πληρωμές του Δημοσίου*, 11/2/2010 9:59:50 πμ

ιδιωτικές όσο και για δημόσιες συμβάσεις αλλά και ότι η Οδηγία ρυθμίζει όλες τις εμπορικές συναλλαγές μεταξύ των κυρίως εργολάβων και των προμηθευτών τους και των υπεργολάβων τους⁶⁰.

Η νομοθεσία κάποιων κρατών προβλέπει την εγγραφή «νόμιμης υποθήκης» από τον εργολάβο σε ακίνητο του κυρίου του έργου όταν δεν πληρώνει τη συμφωνηθείσα αμοιβή. Αυτή τη δυνατότητα μπορεί να την έχουν και οι υπεργολάβοι. Το αποτέλεσμα είναι ακόμη κι αν ο κύριος του έργου έχει πλήρωσει τον αντισυμβαλλόμενο του κύριο εργολάβο, αν ο τελευταίος δεν έχει πληρώσει τους υπεργολάβους του, τότε αυτοί έχουν το δικαίωμα να ζητήσουν από τον αρμόδιο δικαστή την άδεια εγγραφής υποθήκης επί του ακινήτου του κυρίου του έργου. Η εγγραφή μιας τέτοιας υποθήκης μπορεί να έχει ως συνέπεια την ακύρωση της πιστώσεως για την κατασκευή, γεγονός που θα προκαλέσει πολύ μεγάλη ζημιά στον κύριο του έργου. Αν λοιπόν, υφίσταται τέτοια νομοθεσία στο κράτος εκτέλεσης του έργου, ο κίνδυνος αυτός για το έργο μπορεί να αποφευχθεί με τη συνεχή επιθεώρηση της πληρωμής των υπεργολάβων από το βασικό επιχειρηματία ή και από τον μηχανικό, αν σχετική ρήτρα προβλέπει τέτοιου είδους καθήκοντα για τον μηχανικό. Πάντως, ο θεμελιώδης κανόνας που ισχύει είναι να προσομοιάζουν οι όροι της σύμβασης υπεργολαβίας με αυτούς της κύριας σύμβασης, για ό,τι αφορά στην εκτέλεση των εργασιών που ανατίθενται στον υπεργολάβο, με τη διαφανή υπεργολαβία.

Κάποιες από τις προστατευτικές νομοθετικές προβλέψεις (ο γαλλικός νόμος Law 75-1334 /1975, η Ισπανία με το άρθρο 1597 ΑΚ και το Βέλγιο με το άρθρο 1798 ΑΚ) δίνουν το δικαίωμα στον υπεργολάβο να αξιώσει αποζημίωση/πληρωμή για την εργασία που εκτέλεσε απευθείας από τον κύριο του έργου. Η καθιέρωση αυτού του δικαιώματος ευθείας αξίωσης / αγωγής πληρωμής από τον κύριο του έργου⁶¹ (**right of direct action**) προστατεύει τους υπεργολάβους από το μεγαλύτερο κίνδυνο που αντιμετωπίζουν: την πτώχευση του κυρίως εργολάβου⁶². Αν όμως, κάποιο από τα τρία πρόσωπα (ή οντότητες) της τριμερούς σχέσης που συνδέει την κύρια σύμβαση με τη σύμβαση υπεργολαβίας έχει την έδρα του σε διαφορετική χώρα από τους υπόλοιπους, τότε το ερώτημα είναι ποιο δίκαιο αποφασίζει την ύπαρξη ή τα όρια της ευθείας αξίωσης του υπεργολάβου έναντι του κυρίου του έργου.

⁶⁰ βλ. Οδηγία 2000/35/ΕΚ της 29ης Ιουνίου 2000 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για την καταπολέμηση των καθυστερήσεων πληρωμών στις εμπορικές συναλλαγές

⁶¹ βλ. περισσότερα παρακάτω, Μέρος Β'

⁶² βλ. J. Florian Pulkowski, ο.π. 20, σελ.32-33

Γι' αυτό και πριν εξεταστεί το δικαίωμα αυτό είναι χρήσιμο να αναλύσουμε το εφαρμοστέο δίκαιο σε μια διεθνή κατασκευαστική σύμβαση αρχικά, και στη συνέχεια σε σύμβαση υπεργολαβίας.

III. Εφαρμοστέο δίκαιο στη διεθνή κατασκευαστική σύμβαση.

A. Ιδιωτικά Έργα.

Όταν πρόκειται για καθαρά ιδιωτική σύμβαση στις διεθνείς κατασκευαστικές συμβάσεις, τα ζητήματα του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου είναι σχετικά απλά και εφαρμόζεται η παραδοσιακή μέθοδος ανεύρεσης του εφαρμοστέου δικαίου⁶³. Έτσι, εφαρμοστέο δίκαιο μπορεί να είναι είτε το δίκαιο που επέλεξαν τα μέρη για τη σύμβασή τους, είτε το δίκαιο που επέλεξαν τα μέρη για τμήμα της σύμβασής τους ή ακόμη, σε περιπτώσεις που οι ρυθμίσεις της σύμβασης είναι τόσο λεπτομερείς, εφαρμοστέο δίκαιο μπορεί να είναι η ίδια η σύμβαση (self regulatory contract). Με fogum την Ελλάδα, εφαρμόζεται ο Κανονισμός Ρώμη I για συμβάσεις ανάμεσα σε κράτη στα οποία έχει ισχύ ο Κανονισμός⁶⁴. Για τις συμβάσεις που συνήφθησαν προγενέστερα του Κανονισμού (πριν τις 17 Δεκεμβρίου 2009) ισχύει είτε η Σύμβαση της Ρώμης είτε οι κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου (άρθρο 25 ΑΚ) για συμβάσεις που συνήφθησαν πριν από την κύρωση της Σύμβασης της Ρώμης (1.4.1991).

Ιδιαίτερης σημασίας είναι τα άρθρα 3 και 4 Κανονισμού Ρώμη I. Το άρθρο 3 παράγραφος 1 προβλέπει την ελευθερία επιλογής δικαίου ορίζοντας ότι: “Άρθρο 3. Ελευθερία επιλογής. 1. Η σύμβαση διέπεται από το δίκαιο που επέλεξαν τα μέρη. Η επιλογή πρέπει να γίνεται ρητώς ή να συνάγεται σαφώς από τις διατάξεις της σύμβασης ή τα δεδομένα της υπόθεσης. Με την επιλογή τους τα συμβαλλόμενα μέρη μπορούν να επιλέγουν το εφαρμοστέο δίκαιο στο σύνολο ή σε μέρος μόνο της σύμβασης.” Επομένως, με το άρθρο 3 παράγραφος 1 καθιερώνεται η ελευθερία επιλογής δικαίου για το σύνολο ή για μέρος μόνο της σύμβασης (decapage).

Το άρθρο 4 παράγραφος 1 στοιχείο β' του Κανονισμού Ρώμη I, όριζε ως εφαρμοστέο σε σύμβαση παροχής υπηρεσιών το δίκαιο της χώρας στην οποία ο πάροχος της υπηρεσίας έχει τη συνήθη διαμονή του. Άρα, σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ.1 στοιχείο β' του Κανονισμού, για την παροχή κατασκευαστικής υπηρεσίας,

⁶³ βλ. Ελίνα Ν. Μουσταίρα, *Κοινοδίκαιον 2000*, ο.π. 13, σελ. 321

⁶⁴ Να σημειωθεί ότι το Ηνωμένο Βασίλειο, κάνοντας χρήση της δυνατότητας opt in, προσχώρησε τελικά στον Κανονισμό Ρώμη I, με αποτέλεσμα η μόνη χώρα της Ευρωπαϊκής Ενώσεως για την οποία δεν εφαρμόζεται να είναι η Δανία

εφαρμοστέο είναι το δίκαιο της χώρας όπου ο κατασκευαστής / εργολάβος έχει την έδρα του.

Το άρθρο 4 παράγραφος 2 ορίζει ότι αν η σύμβαση δεν καλύπτεται από την παράγραφο 1, ή όταν τα στοιχεία της σύμβασης καλύπτονται από περισσότερα του ενός από τα στοιχεία α) ως η) της παραγράφου 1, τότε η σύμβαση διέπεται από το δίκαιο της χώρας στην οποία το μέρος το οποίο οφείλει να εκπληρώσει τη χαρακτηριστική παροχή (characteristic performance) της σύμβασης έχει την έδρα του. Άρα, εφαρμοστέο δίκαιο σε μία κατασκευαστική σύμβαση είναι η χώρα συνήθους διαμονής του εργολάβου, ως μέρους που οφείλει να εκπληρώσει τη χαρακτηριστική παροχή.

Το άρθρο 4 παράγραφος 3 ορίζει ότι όταν από το σύνολο των περιστάσεων της υπόθεσης προκύπτει ότι η σύμβαση συνδέεται προδήλως στενότερα με χώρα άλλη από εκείνη στην οποία αναφέρονται οι παράγραφοι 1 ή 2, εφαρμόζεται το δίκαιο αυτής της άλλης χώρας. Στην περίπτωση, της διεθνούς κατασκευαστικής σύμβασης, αυτό είναι το δίκαιο της χώρας - τόπου εκτέλεσης του έργου.

Βέβαια, στην πράξη επικρατέστερο στις περισσότερες διεθνείς κατασκευαστικές συμβάσεις είναι το δίκαιο του τόπου εκτέλεσης του έργου.

Για το αν υπάρχει επιλογή δικαίου κρίνει η *lex fori*, ενώ για το αν ισχύει η επιλογή δικαίου αποφασίζει η *lex causae* (*lex contractus*)⁶⁵.

Σημαντικό είναι και το άρθρο 9 του Κανονισμού Ρώμη I για τους κανόνες αμέσου εφαρμογής, που εφαρμόζονται ανεξάρτητα από το δίκαιο που κατά τα άλλα είναι εφαρμοστέο. Τέτοιοι είναι για παράδειγμα οι τοπικοί όροι κατασκευών που επιβάλλουν την ύπαρξη άδειας κατασκευής, τη διατήρηση υγιεινής και ασφάλειας και συχνά ρυθμίζουν και την ευθύνη του εργολάβου. Ακόμη, διατάξεις του δικαίου κοινωνικής ασφάλισης, όπως οι άδειες μετ' αποδοχών και οι αποζημιώσεις απολύσεως, αλλά και τελωνειακές, φορολογικές, ή νομισματικές ρυθμίσεις μπορεί να αποτελούν κανόνες αμέσου εφαρμογής.

B. Δημόσια Έργα.

Σε αντίθεση με τα ιδιωτικά έργα, στα δημόσια έργα τα προβλήματα καθορισμού εφαρμοστέου δικαίου είναι ιδιαίτερα σύνθετα, γι' αυτό άλλωστε και ο καθορισμός του εφαρμοστέου δικαίου στις διεθνείς ενοχικές συμβάσεις κρίνεται και

⁶⁵ βλ. Ελίνα Ν. Μουσταΐρα, *Κοινοδίκαιον 2000*, ο.π. 13, σελ. 322

από τη νομολογία και από τη θεωρία ως ένας από τους πιο δυσεπίλυτους τομείς του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου⁶⁶.

Στην περίπτωση που υπάρχει ρητή επιλογή δικαίου από τα μέρη, στην πράξη υπάρχει και μια ιδιαίτερα πολυσχιδής “κλίμακα επιλογής δικαίου”, καθώς έχουν συναφθεί ρήτρες επιλογής δικαίου που παραπέμπουν σε:

- Δίκαιο του κράτους που είναι συμβαλλόμενο μέρος
- Δίκαιο της έδρας του ιδιώτη επιχειρηματία
- Δίκαιο τρίτου κράτους
- Δύο διαφορετικά δικαιικά συστήματα
- Ένα κρατικό δίκαιο & στην «αρχή της καλής θελήσεως και της καλής πίστεως»
- Δημόσιο διεθνές δίκαιο, ρητά ή σιωπηρά
- Αρχές του δικαίου που είναι κοινές στα εθνικά δικαιικά συστήματα των συμβαλλομένων μερών ή και σε περισσότερα δίκαια⁶⁷
- Αρχές του δικαίου αναγνωρισμένες από τα πολιτισμένα κράτη
- Στην ίδια τη σύμβαση αποκλειστικά, ενδεχομένως και στην καλή πίστη
- Θεμελιώδεις αρχές δικαίου ή σε συνδυασμό τέτοιων αρχών, που κυριαρχούν σε μια ορισμένη κατηγορία δικαίου.

Στην πράξη βέβαια, αμφισβητείται κατά πόσον μπορούν τα συμβαλλόμενα μέρη να ορίσουν ότι η σύμβασή τους θα διέπεται από ένα μη κρατικό δίκαιο, όπως είναι για παράδειγμα το δημόσιο διεθνές δίκαιο, οι γενικές αρχές δικαίου ή η *lex mercatoria*⁶⁸. Σε συμβάσεις στις οποίες συμβαλλόμενο μέρος είναι το κράτος ή μια κρατική επιχείρηση, μπορεί να επιλεγεί μη κρατικό δίκαιο ως εφαρμοστέο αλλά οι διατάξεις αμέσου εφαρμογής του δικαίου της χώρας εκτέλεσης του έργου θα εφαρμοστούν ούτως ή άλλως⁶⁹.

⁶⁶ ο.π., 321

⁶⁷ βλ. Σύμβαση κατασκευής του Τούνελ της Μάγλης που όριζε ως εφαρμοστέο δίκαιο κοινές αρχές αγγλικού και γαλλικού δικαίου, και εν απουσία τέτοιων (κοινών) αρχών τις γενικές αρχές του διεθνούς εμπορικού δικαίου, Π. Γκλαβίνης, *Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών, Διεθνείς συμβάσεις κατασκευών*, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 708, παραπομπή 16. Να σημειωθεί όμως, ότι αν σήμερα συναπτόταν μια τέτοια Σύμβαση, τότε με δεδομένη την ισχύ του «Ρώμη I» και τη σαφή αναφορά του Κανονισμού για επιλογή του (δηλαδή ενός) εφαρμοστέου δικαίου, μάλλον θα επιλεγόταν η χρήση των όρων της UNIDROIT, βλ. P.R.H.Christie, *The law governing the construction contract*, ICLR 2007, σελ. 350

⁶⁸ βλ. Ελίνα Ν. Μουσταΐρα, *Κοινοδίκαιον 2000*, ο.π. 13, σελ. 323

⁶⁹ Όσον αφορά σε συμβάσεις μεταξύ ιδιωτών, δεν υπάρχει χρεία παραπομπής σε μη κρατικό δίκαιο, αφού τα μέρη μπορούν να επιλέξουν ένα ουδέτερο δίκαιο.

IV. Εφαρμοστέο δίκαιο στο πλέγμα κατασκευαστικών συμβάσεων. Ένα δίκαιο εφαρμοστέο, που επομένως ισχύει για τη σύμβαση υπεργολαβίας, ή διαφορετικά δίκαια σε κάθε μία κατασκευαστική σύμβαση;

Όπως σημειώθηκε και παραπάνω, για κάθε κατασκευαστικό έργο συνάπτεται μία σειρά από συμβάσεις πέρα από τη βασική, κύρια σύμβαση, μεταξύ του εργολάβου και του κυρίου του έργου. Το ερώτημα που προκύπτει από πλευράς ιδιωτικού διεθνούς δικαίου είναι ποιο δίκαιο θα είναι εφαρμοστέο σε περίπτωση που δεν υπάρχει ρητή επιλογή δικαίου μεταξύ των μερών⁷⁰. Κατά μία άποψη, θα πρέπει το δίκαιο της κύριας σύμβασης να είναι εφαρμοστέο και στις υπόλοιπες συμβάσεις για λόγους ευελιξίας και διευκόλυνσης χειρισμού όποιων θεμάτων προκύψουν. Επιλέγοντας ως εφαρμοστέο το δίκαιο της κύριας σύμβασης αποφεύγεται το ενδεχόμενο να επιλεγούν λύσεις αντιφατικών μεταξύ τους δικαίων και επιπροσθέτως, η διαδικασία ανεύρεσης λύσεων απλουστεύει κατά πολύ. Κατά άλλη άποψη όμως, το δίκαιο της κύριας σύμβασης δεν μπορεί να είναι εφαρμοστέο και στις υπόλοιπες συμβάσεις, αφού πρόκειται για διαφορετικές συμβάσεις και μάλιστα, με διαφοροποιημένο περιεχόμενο η κάθε μία. Πολλές από τις συμβάσεις δεν συνδέονται άμεσα με το κατασκευαστικό έργο, αλλά αφορούν σε άλλα αντικείμενα όπως είναι για παράδειγμα οι συμβάσεις εργασίας, οι συμβάσεις εντολής (για συμφωνίες εκπαίδευσης και διαχείρισης που περιλαμβάνονται στην κύρια σύμβαση) ή συμβάσεις πωλήσεως (για μηχανήματα που δεν συνδέονται στενά με το έργο). Υιοθετώντας τη δεύτερη άποψη, οπωσδήποτε αυξάνεται η δυσχέρεια επίλυσης ζητημάτων, αλλά είναι μία άποψη σίγουρα πιο ρεαλιστική.

Όσον αφορά συγκεκριμένα, στη σύμβαση υπεργολαβίας⁷¹, αν υπάρχουν αναφορές στην κύρια σύμβαση στο περιεχόμενο της σύμβασης υπεργολαβίας, τότε θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι σύμφωνα με το άρθρο 3 παράγραφος 1 του Κανονισμού Ρώμη I, συνάγεται σαφώς το δίκαιο της κύριας σύμβασης. Για παράδειγμα, σαφείς αναφορές στο περιεχόμενο της κύριας σύμβασης ή τεχνικές προδιαγραφές που περιέχονται και στην κύρια σύμβαση, αποτελούν στοιχεία σύμφωνα με τα οποία συνάγεται σαφώς ότι εφαρμοστέο είναι το δίκαιο της κύριας σύμβασης.

Εάν δεν υπάρχει επιλογή δικαίου, τότε σύμφωνα με τον Κανονισμό Ρώμη I, και ακολουθώντας το άρθρο 4 παρ.1 στοιχείο β' του Κανονισμού και το άρθρο 4

⁷⁰ βλ. Ελίνα Ν. Μουσταΐρα, *Κοινοδίκαιον 2000*, ο.π. 13, σελ. 334

⁷¹ βλ. J. Florian Pulkowski, ο.π. 20, σελ. 34

παράγραφος 2, εφαρμοστέο είναι το δίκαιο της χώρας όπου ο υπεργολάβος έχει την έδρα του, αφού ο υπεργολάβος είναι ο πάροχος της υπηρεσίας και το μέρος που οφείλει να εκπληρώσει τη χαρακτηριστική παροχή (characteristic performance) της σύμβασης, αντίστοιχα. Σύμφωνα όμως, με το άρθρο 4 παράγραφος 3 όταν από το σύνολο των περιστάσεων της υπόθεσης προκύπτει ότι η σύμβαση συνδέεται προδήλως στενότερα με χώρα άλλη από εκείνη στην οποία αναφέρονται οι παράγραφοι 1 ή 2, εφαρμόζεται το δίκαιο αυτής της άλλης χώρας. Το ερώτημα είναι αν η οικονομική αλληλεξάρτηση της σύμβασης υπεργολαβίας και της κύριας σύμβασης οδηγεί στο δίκαιο της κύριας σύμβασης, δηλαδή αν λόγω της αλληλεξάρτησης που υπάρχει προκύπτει “προδήλως” ότι η σύμβαση συνδέεται στενότερα με το δίκαιο της κύριας σύμβασης.

V. Είναι σκόπιμη μια παρεπόμενη απόδοση / ταύτιση (accessory determination) του εφαρμοστέου δικαίου στη σύμβαση της υπεργολαβίας με το δίκαιο της κύριας σύμβασης;

Η θετική απάντηση στο παραπάνω ερώτημα έχει το σημαντικό πλεονέκτημα ότι ένα και μόνο δίκαιο εφαρμόζεται και στη σύμβαση υπεργολαβίας και στην κύρια σύμβαση, με αποτέλεσμα να υπάρχει εναρμόνιση στις δικαστικές αποφάσεις⁷². Επιπλέον, δεν υπάρχει διαφοροποίηση στις αξιώσεις που αναγνωρίζονται για τα μέρη και στις δύο συμβάσεις⁷³. Έτσι, αποφεύγεται και η πολύπλοκη φύση των διεθνών κατασκευαστικών συμβάσεων και απλουστεύει η διαδικασία, με μόνο όμως έρεισμα την οικονομική αλληλεξάρτηση των δύο συμβάσεων.

Υπάρχουν όμως, πολλά μειονεκτήματα που προκύπτουν από την επιλογή ενός και μόνο δικαίου. Το πιο σημαντικό είναι ότι με αυτόν τον τρόπο αγνοείται η αυτονομία που χαρακτηρίζει τη σύμβαση υπεργολαβίας σε σχέση με την κύρια σύμβαση. Η επιλογή του δικαίου της κύριας σύμβασης ουσιαστικά καταρρίπτει το διαχωρισμό ανάμεσα στις συμβάσεις και στερεί από τη σύμβαση υπεργολαβίας την αυτονομία της. Δεύτερο μειονέκτημα είναι ότι συνήθως ο κύριος του έργου είναι σε πλεονεκτική θέση και αποφασίζει ο ίδιος το εφαρμοστέο δίκαιο, σύμφωνα με τα συμφέροντά του.

Έτσι, συνήθως το δίκαιο που ισχύει στην κύρια σύμβαση είναι το δίκαιο της χώρας στην οποία έχει έδρα ο κύριος του έργου – ένα δίκαιο, με το οποίο ο κυρίως

⁷² βλ. Professor R. H. Christie που υποστηρίζει ότι η κύρια σύμβαση και η σύμβαση υπεργολαβίας συνδέονται τόσο στενά ώστε θα ήταν σωστό σχεδόν πάντα να επιλέγεται το ίδιο δίκαιο και για τις δύο συμβάσεις, βλ. P.R.H.Christie, ο.π. 67, σελ. 351

⁷³ βλ. J. Florian Pulkowski, ο.π. 20, σελ. 35

εργολάβος δεν έχει στενούς συνδέσμους. Αυτό σημαίνει ότι αν αποδεχτούμε την παρεπόμενη απόδοση, την εξάρτηση της σύμβασης υπεργολαβίας από την κύρια σύμβαση, τότε ο υπεργολάβος θα βρεθεί να διέπεται για την εργασία του από ένα δίκαιο που όχι μόνο δεν γνώριζε και επιβλήθηκε από το “δυνατό” μέρος μιας άλλης συμφωνίας αλλά επιπλέον είναι το δίκαιο μιας χώρας με την οποία ο ίδιος (συνήθως) δεν έχει παρά ελάχιστους συνδέσμους. Το πιο ισχυρό όμως, αντεπιχείρημα σε μια παρεπόμενη απόδοση / ταύτιση των δύο συμβάσεων είναι ότι συνήθως ο υπεργολάβος δεν γνωρίζει το περιεχόμενο της κύριας σύμβασης και επομένως, και το εφαρμοστέο δίκαιο σε αυτήν. Άρα, δεν έχει καν την ευκαρία να γνωρίζει και να προβλέψει το εφαρμοστέο δίκαιο στη σύμβασή του. Από όλα τα παραπάνω, προκύπτει ότι η ερμηνεία του άρθρου 4 παράγραφος 3 του Κανονισμού Ρώμη I, δεν πρέπει απαραίτητως να μας οδηγήσει στο δίκαιο της κύριας σύμβασης⁷⁴.

Συμπερασματικά, αν υπάρχουν αναφορές στο περιεχόμενο της σύμβασης υπεργολαβίας που παραπέμπουν στο περιεχόμενο της κύριας σύμβασης, τότε σύμφωνα με το άρθρο 3 παράγραφος 1 του Κανονισμού Ρώμη I, συνάγεται σαφώς ότι έχει επιλεγεί το δίκαιο της κύριας σύμβασης. Αν δεν υπάρχει επιλογή δικαίου, τότε ισχύει το άρθρο 4 παράγραφος 1 στοιχείο β’ και το άρθρο 4 παράγραφος 2, με αποτέλεσμα εφαρμοστέο να είναι το δίκαιο της χώρας της έδρας του υπεργολάβου. Ο στενός οικονομικός σύνδεσμος ανάμεσα στην κύρια σύμβαση και στη σύμβαση υπεργολαβίας δεν αποτελεί *per se* παράγοντα που καταδεικνύει ότι η σύμβαση υπεργολαβίας συνδέεται «προδήλως» με το δίκαιο άλλης χώρας, δηλαδή με το δίκαιο της κύριας σύμβασης⁷⁵.

Συνεπώς, για να προχωρήσουμε στο θέμα του δικαιώματος του υπεργολάβου για άμεση αξίωση πληρωμής από τον κύριο του έργου, χρήσιμο είναι να γνωρίζουμε ότι το εφαρμοστέο δίκαιο στη σύμβαση υπεργολαβίας μπορεί να είναι αλλά δεν είναι απαραίτητα το δίκαιο της κύριας σύμβασης⁷⁶.

⁷⁴ ο.π., σελ. 36

⁷⁵ Χαρακτηριστική είναι η απόφαση του The Scottish Inner House First Division, στις 12 Ιουλίου 2002, *Caledonian Subsea Ltd v. Micoperi Srl*, όπου το δικαστήριο αρνήθηκε την παρεπόμενη απόδοση / εξάρτηση ανάμεσα σε μια σύμβαση υπεργολαβίας και σε μια σύμβαση υπο-υπεργολαβίας. Το δικαστήριο αποφάνθηκε ότι το εφαρμοστέο δίκαιο στη σύμβαση υπεργολαβίας είναι απλώς ένας από τους παράγοντες για να αποφασιστεί το εφαρμοστέο δίκαιο σε μια σύμβαση υπο-υπεργολαβίας εν απουσία επιλογής δικαίου, βλ. J. Florian Pulkowski, ο.π. 20, σελ.35, υποσημείωση 25

⁷⁶ ο.π., σελ.36

- ΜΕΡΟΣ Β'

Το δικαίωμα για ευθεία αξίωση / αγωγή από τον κύριο του έργου (direct action)

Ο μεγαλύτερος κίνδυνος που έχει να αντιμετωπίσει ο υπεργολάβος είναι η πτώχευση του κυρίως εργολάβου. Το ζήτημα που προκύπτει είναι ότι λόγω του αυτόνομου χαρακτήρα της σύμβασης υπεργολαβίας και άρα, της μη συμβατικής σχέσης κυρίου του έργου και υπεργολάβου πώς θα μπορέσει ο υπεργολάβος να διεκδικήσει την πληρωμή για το έργο του.

Κάποιες εθνικές τάξεις για παράδειγμα, δίνουν το δικαίωμα στον υπεργολάβο να διεκδικήσει την πληρωμή για το έργο που πραγματοποίησε, με το νομικό έρεισμα του αδικαιόλογητου πλουτισμού⁷⁷. Πιο συγκεκριμένα:

A. Γαλλία, άρθρα 3 & 12 του νόμου 75-1334⁷⁸.

Σύμφωνα με το άρθρο 3 του νόμου 75-1334⁷⁹, προϋπόθεση για την ισχύ του δικαιώματος ευθείας αγωγής πληρωμής από τον υπεργολάβο είναι να εγκρίνει ο κύριος του έργου τον υπεργολάβο και τους όρους της σύμβασης υπεργολαβίας που αναφέρονται στην πληρωμή. Επιπρόσθετα, σύμφωνα με το άρθρο 12 του ίδιου νόμου, θα πρέπει να έχει γίνει προηγούμενο έγγραφο αίτημα πληρωμής από τον υπεργολάβο προς τον εργολάβο, στο οποίο να μην έχει ανταποκριθεί ο εργολάβος. Επομένως, το δικαίωμα του υπεργολάβου ισχύει μόνο αν δεν έχει εκπληρωθεί η υποχρέωση πληρωμής του κυρίως εργολάβου αλλά και ισχύει μόνο αν είναι έγκυρη η σύμβαση υπεργολαβίας. Αν η σύμβαση υπεργολαβίας είναι άκυρη, τότε δεν μπορεί να αποφασιστεί σύμφωνα με το γαλλικό νόμο 75-1334 αν ο εργολάβος είναι υπερήμερος στην πληρωμή του. Ο γαλλικός νόμος έχει τρία όρια στο δικαίωμα ευθείας αξίωσης πληρωμής του υπεργολάβου. Πρώτον, ισχύει μόνο για πληρωμές που περιλαμβάνει η σύμβαση υπεργολαβίας⁸⁰. Δεύτερον, ο κύριος του έργου πρέπει να έχει επωφεληθεί από το έργο του υπεργολάβου, για το οποίο ο τελευταίος αξιώνει πληρωμή. Και τρίτον, περιορίζεται στο ποσό το οποίο οφείλει ο κύριος του έργου στον εργολάβο,

⁷⁷ ο.π.

⁷⁸ βλ. Law On Subcontracting (n°75-1334), with the participation of Louis VOGEL, Professor at the University of Paris II, discussion and adoption of 20 December 1975

⁷⁹ Το γαλλικό δικαστήριο Cour de Cassation αποφάσισε ότι ο νόμος αυτός είναι “ordre publique” και άρα δεν μπορεί να αποφευχθεί η εφαρμογή του με την επιλογή ενός δικαίου στη σύμβαση που δεν αναγνωρίζει τέτοιου είδους δικαίωμα για τον υπεργολάβο, βλ. Claus Lenz, *Withholding payments due to subcontractor disputes*, No. 3 Construction L. Int'l 35, σελ. 36

⁸⁰ βλ. J. Florian Pulkowski, ο.π. 20, σελ. 38

την ημέρα που αξιόθηκε η πληρωμή από τον υπεργολάβο προς τον εργολάβο, σύμφωνα με την απόδειξη εγγράφου. Αξίζει να σημειωθεί ότι υποστηρίζεται ότι ο συγκεκριμένος νόμος είναι αναγκαστικής εφαρμογής, αν και η πλειοψηφία της θεωρίας κρίνει ότι κάτι τέτοιο ισχύει μόνο για εθνικές διαφορές της Γαλλίας και ότι δεν ισχύει σε διεθνείς διαφορές ως αναγκαστικής εφαρμογής νόμος του γαλλικού δικαίου⁸¹.

Αυτό που είναι ιδιαίτερα σημαντικό είναι ότι ο υπεργολάβος μπορεί να έχει συνάψει περαιτέρω υπεργολαβία με τέταρτο πρόσωπο ή και με περισσότερους. Τότε, και αυτοί με τη σειρά τους έχουν το ίδιο δικαίωμα ευθείας αξίωσης πληρωμής από τον κύριο του έργου και σύμφωνα με το άρθρο 3 του γαλλικού νόμου 75-1334 ο κύριος του έργου θα πρέπει επίσης, να εγκρίνει τους όρους πληρωμής της σύμβασης υπο-υπεργολαβίας.

Β. Αραβικοί Αστικοί Κώδικες

Κάποιοι αραβικοί κώδικες αναγνωρίζουν επίσης το δικαίωμα ευθείας αξίωσης / αγωγής πληρωμής του υπεργολάβου⁸². Αυτό συμβαίνει στις εξής χώρες: στην Αλγερία με το άρθρο 565 ΑΚ, στην Αίγυπτο με το άρθρο 662 ΑΚ⁸³, στη Συρία με το άρθρο 628 ΑΚ, στο Ιράκ με το άρθρο 882 ΑΚ, στο Κουβέιτ με το άρθρο 682 ΑΚ, στη Λιβύη με το άρθρο 661 ΑΚ. Στις περισσότερες από τις παραπάνω χώρες, το δικαίωμα του υπεργολάβου είναι αμέσου εφαρμογής και προκειμένου να μην ισχύει θα πρέπει να προβλέπεται και να συμφωνείται ρητώς στη σύμβαση.

Γ. Ισπανία άρθρο 1597 ισπανικού ΑΚ

Σύμφωνα με το άρθρο 1597 του ισπανικού ΑΚ, και σε αντίθεση με το γαλλικό νόμο 75-1334, δεν αποτελεί προϋπόθεση ισχύος του δικαιώματος ευθείας αξίωσης / αγωγής του υπεργολάβου από τον κύριο του έργου η έγκριση του υπεργολάβου από τον κύριο του έργου⁸⁴. Το δικαίωμα του υπεργολάβου εκτείνεται όμως, μέχρι του ποσού το οποίο οφείλει ο κύριος του έργου στον εργολάβο κατά την ημέρα που

⁸¹ βλ. Jean-Georges Betto, *International Arbitration Awards Digest*, International Business Law Journal 2001, σελ. 649

⁸² βλ. Christopher R. Seppala, *The new Fidic international civil engineering subcontract*, International Construction Law Review 1995, σελ. 12, υποσημείωση 17

⁸³ Και στην Αίγυπτο, όπως και στη Γαλλία, σε κάθε περίπτωση, ο κύριος του έργου ευθύνεται μέχρι του ποσού το οποίο οφείλει στον εργολάβο κατά την ημέρα της έγγραφης απόδειξης αιτήματος πληρωμής από τον υπεργολάβο προς τον εργολάβο, βλ. Claus Lenz, *Withholding payments due to subcontractor disputes*, No. 3 Construction L. Int'l 35, σελ.35

⁸⁴ βλ. J. Florian Pulkowski, ο.π. 20, σελ. 38

γίνεται η αποκατάσταση της πληρωμής του από τον κύριο του έργου⁸⁵. Δεν απαιτείται, όπως στο γαλλικό νόμο, να έχει προηγηθεί η αξίωση και η μη πληρωμή του από τον κυρίως εργολάβο αλλά θα πρέπει ο κύριος του έργου να έχει επωφεληθεί από το έργο του υπεργολάβου, για το οποίο και μπορεί να αξιώσει την πληρωμή του ο υπεργολάβος. Το άρθρο 1597 του ισπανικού ΑΚ αποτελεί μια εξαίρεση στην ενοχική σχέση της σύμβασης που ορίζει το άρθρο 1257 του ίδιου ΑΚ, και αποτελεί έναν κανόνα ευθυδικίας / δικαιοφροσύνης (equity)⁸⁶

Δ. Βέλγιο άρθρο 1798 ΑΚ

Το άρθρο 1798 του βελγικού ΑΚ αναγνωρίζει το δικαίωμα του υπεργολάβου για ευθεία αξίωση / αγωγή πληρωμής από τον υπεργολάβο, παρόλο που ο υπεργολάβος δεν είναι υπεύθυνος για το έργο του απέναντι στον κύριο του έργου. Δεν είναι όμως σαφές σύμφωνα με το συγκεκριμένο άρθρο αν ο υπεργολάβος μπορεί να παραιτηθεί από το δικαίωμά του⁸⁷.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Β'

I. Χαρακτηρισμός του δικαιώματος για ευθεία αξίωση / αγωγή πληρωμής του υπεργολάβου από τον κύριο του έργου (direct action)

1.Θεωρία της αποκαταστατικής λειτουργίας - actio de in rem verso

Αν το δικαίωμα του υπεργολάβου για ευθεία αξίωση / αγωγή πληρωμής από τον κύριο του έργου θεωρηθεί ως αγωγή αποκατάστασης (restitutionary claim), τότε το δίκαιο που το διέπει πρέπει να αναζητηθεί στους κανόνες σύγκρουσης για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό⁸⁸.

Σύμφωνα με το άρθρο 10 παράγραφος 1 του Κανονισμού Νο 864/2007, Ρώμη ΙΙ, η οφειλή που προκύπτει από αδικαιολόγητο πλουτισμό και συνδέεται με σύμβαση, τότε διέπεται από το δίκαιο της σύμβασης αυτής. Αν το εφαρμοστέο δίκαιο δεν μπορεί να καθοριστεί σύμφωνα με το άρθρο 10 παράγραφος 1, τότε εφόσον τα μέρη

⁸⁵ βλ. Claus Lenz, *Withholding payments due to subcontractor disputes*, No. 3 Construction L. Int'l 35, σελ. 36

⁸⁶ βλ. J. Florian Pulkowski, ο.π. 20, σελ. 40

⁸⁷ Όσον αφορά στο αντίστροφο δικαίωμα του κυρίου του έργου για ευθεία αξίωση, ενώ το Court of Cassation αναγνώρισε το δικαίωμα ευθείας αξίωσης του κυρίου του έργου προς τον παροχέα του εργολάβου, η νομολογία δεν έχει ακόμη καθορίσει αν ο κύριος του έργου μπορεί να κινήσει ευθεία αγωγή έναντι ενός υπεργολάβου, βλ. *Cour de Cassation, 18 May 2006, R.W., 2007-2008*, ο.π., σελ.147

⁸⁸ βλ. J. Florian Pulkowski, ο.π. 20, σελ.41

έχουν τη συνήθη διαμονή τους στην ίδια χώρα κατά τη στιγμή που προκύπτει ο αδικαιολόγητος πλουτισμός, εφαρμόζεται το δίκαιο της χώρας αυτής κατά το άρθρο 10 παράγραφος 2. Όταν το εφαρμοστέο δίκαιο δεν μπορεί να καθοριστεί με το άρθρο 10 παράγραφος 1 και 2, τότε σύμφωνα με την παράγραφο 3 του άρθρου 10, εφαρμοστέο είναι το δίκαιο της χώρας στην οποία επήλθε ο αδικαιολόγητος πλουτισμός. Το άρθρο 10 παράγραφος 1 ορίζει ότι πρέπει να υπάρχει υφιστάμενη σχέση ανάμεσα στα μέρη που να προκύπτει από σύμβαση, κάτι που δεν ισχύει για τον υπεργολάβο και τον κύριο του έργου. Άρα το μόνο άρθρο που θα μπορούσε να εφαρμοστεί θα ήταν το άρθρο 10 παράγραφος 3 και το εφαρμοστέο δίκαιο θα ήταν το δίκαιο της χώρας στην οποία επήλθε ο αδικαιολόγητος πλουτισμός. Όμως, το δικαίωμα του υπεργολάβου για ευθεία αξίωση / αγωγή από τον κύριο του έργου δεν μπορεί να βασιστεί σε μια τέτοια θεωρία, καθώς και στη Γαλλία και στην Ισπανία το δικαίωμα δεν περιορίζεται στο ποσό για το οποίο πλούτισε πράγματι ο κύριος του έργου λόγω του έργου του υπεργολάβου, αλλά υπάρχει δικαίωμα αξίωσης του ποσού που οφείλεται με βάση τη σύμβαση υπεργολαβίας⁸⁹, με αποτέλεσμα να αποκαταστάται μερικώς ο υπεργολάβος σε σχέση με τον αδικαιολόγητο πλουτισμό του κυρίου του έργου. Επιπλέον, το γεγονός ότι σύμφωνα με το γαλλικό δίκαιο προϋποτίθεται η έγκριση του κυρίου του έργου για τον υπεργολάβο και για τους όρους πληρωμής του, είναι ένα ακόμη αντεπιχείρημα στη θεωρία της αποκαταστατικής λειτουργίας του δικαιώματος με βάση τον αδικαιολόγητο πλουτισμό⁹⁰.

2. Θεωρία της εγγυητικής λειτουργίας

Μία δεύτερη θεωρία όσον αφορά το δικαίωμα ευθείας αξίωσης / αγωγής του υπεργολάβου έναντι του κυρίου του έργου είναι ότι λειτουργεί ως μια εγγύηση έναντι της συμβατικής υποχρέωσης που αναλαμβάνει ο υπεργολάβος για την περίπτωση της πτώχευσης του αντισυμβαλλομένου του⁹¹. Άρα, ουσιαστικά το δικαίωμα λειτουργεί

⁸⁹ ο.π.

⁹⁰ Παρόλο που η νομοθεσία της Βραζιλίας (άρθρο 265 βραζιλιάνικου ΑΚ) δεν αναγνωρίζει δικαίωμα ευθείας αξίωσης / αγωγής του υπεργολάβου έναντι του κυρίου του έργου, το δικαστήριο Court of Appeals του Σάο Πάολο αποφάσισε ότι επειδή ο κύριος του έργου δεν πληρώσε τον εργολάβο, ενώ ο υπεργολάβος είχε ολοκληρώσει το έργο του, ο υπεργολάβος είχε το δικαίωμα να ζητήσει απευθείας πληρωμή από τον κύριο του έργου με τη νομική βάση του αδικαιολόγητου πλουτισμού, βλ. Claus Lenz, *Withholding payments due to subcontractor disputes*, No. 3 Construction L. Int'l 35, σελ.36

⁹¹ βλ. J. Florian Pulkowski, ο.π. 20, σελ. 41

ως εγγύηση της συμβατικής σχέσης του υπεργολάβου για την πληρωμή του και είναι ένα οιονεί συμβατικό δικαίωμα, εφόσον πηγάζει από διαφορά εκ συμβάσεως.

Η νομολογία του ΔΕΚ όμως, έχει μια μάλλον στενή ερμηνεία των διαφορών εκ συμβάσεων. Χαρακτηριστική όμως, είναι η απόφαση «Handte» του ΔΕΚ⁹² που έκρινε ότι η φράση της παραγράφου 1 α) του άρθρου 5 του Κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 44/2001 της 22ας Δεκεμβρίου 2000, Βρυξέλες I, για τη διεθνή δικαιοδοσία, την αναγνώριση και την εκτέλεση αποφάσεων σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις «ως προς διαφορές εκ συμβάσεως» δεν καλύπτει την περίπτωση όπου το ένα μέρος δεν γνωρίζει (και άρα δεν μπορεί να προβλέψει) ότι έχει ευθύνη έναντι άλλου. Επιπλέον, το ΔΕΚ⁹³ έχει χρησιμοποιήσει το επιχείρημα ότι σε μια «διεθνή αλυσίδα συμβάσεων» οι ευθύνες και οι υποχρεώσεις των μερών μπορεί να είναι πολύ διαφορετικές σε κάθε μία από τις συμβάσεις.

3. Θεωρία της ιδιαιτερότητας του δικαιώματος

Άλλη θεωρία που έχει αναπτυχθεί⁹⁴ χαρακτηρίζει το δικαίωμα ευθείας αξίωσης / αγωγής του υπεργολάβου έναντι του κυρίου του έργου ως μη συμβατικό, *sui generis*, δικαίωμα. Σύμφωνα με αυτή τη θεωρία το εφαρμοστέο δίκαιο μπορεί να αποφασιστεί πιο ελεύθερα· ουσιαστικά, εκτιμώνται όλες οι συνθήκες της υπόθεσης για να αναζητηθεί ο στενότερος σύνδεσμος με βάση τον οποίο και θα αποφασιστεί το εφαρμοστέο δίκαιο.

Συμπεράσματα που προκύπτουν από τις ως άνω θεωρίες

Το δικαίωμα ευθείας αξίωσης / αγωγής του υπεργολάβου έναντι του κυρίου του έργου δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως αποκαταστατική αγωγή / αξίωση για τους λόγους που αναλύθηκαν παραπάνω. Είτε όμως χαρακτηριστεί ως οιονεί συμβατικό δικαίωμα είτε ως *sui generis* δικαίωμα το ερώτημα είναι ποιο δίκαιο θα αποφασίσει αν ο υπεργολάβος έχει το συγκεκριμένο δικαίωμα. Αν το δίκαιο της κύριας

⁹² βλ. Απόφαση *Jacob Handte & Co GmbH v. Traitements mecano-chimiques des surfaces SA* (17 Ιουνίου 1992), ECR I-3967, βλ. ο.π. και ο.π. παραπομπή 58

⁹³ Και στην Αμερική, δικαστήριο αρνήθηκε τον χαρακτηρισμό του δικαιώματος ως οιονεί συμβατικό δικαίωμα, βλ. απόφαση *Shurlow Tile C v. Farhat*, 60 MichApp 486 (1975) του Court of Appeals, όπου το δικαστήριο έκρινε ότι το έργο του υπεργολάβου πραγματοποιήθηκε κάτω από σύμβαση που είχε με τον εργολάβο και αρνήθηκε να αναγνωρίσει αγωγή ευθείας πληρωμής του υπεργολάβου έναντι του κυρίου του έργου μετά την πτώχευση του εργολάβου, βλ. William F. Frey, Gerard Mantese, Limits on a subcontractor's right to bring a quantum meruit claim against the property owner, *Michigan Bar Journal*, October 1992, *Construction Law*, σελ. 1044

⁹⁴ βλ. J. Florian Pulkowski, ο.π. 20, σελ. 42

σύμβασης είναι ίδιο με το δίκαιο της σύμβασης υπεργολαβίας τα πράγματα είναι απλά, αφού ένα και μόνο δίκαιο είναι εφαρμοστέο σε μια τριμερή σχέση και αποφασίζει αν ο υπεργολάβος έχει το δικαίωμα. Τα πράγματα όμως, είναι πολύ πιο σύνθετα όταν η κάθε σύμβαση διέπεται από διαφορετικό δίκαιο.

II. Το δίκαιο που διέπει το δικαίωμα για άμεση αξίωση από τον κύριο του έργου (direct action)

Σίγουρα το δικαίωμα του υπεργολάβου, που προκύπτει από την τριμερή σχέση μεταξύ κυρίου του έργου, εργολάβου και υπεργολάβου, προστατεύει το αδύναμο μέρος αυτής της σχέσης: τον υπεργολάβο. Σε αντιδιαστολή όμως, υπάρχει και το δικαίωμα του κυρίου του έργου στο απρόβλεπτο πολλές φορές -για τον ίδιο δικαίωμα του υπεργολάβου.

Έτσι, έχουν αναπτυχθεί διαφορετικές θεωρίες για το ποιο δίκαιο διέπει το δικαίωμα του υπεργολάβου⁹⁵:

1. Το δίκαιο της κύριας σύμβασης

Η θεωρία που υποστηρίζει το δίκαιο της κύριας σύμβασης, έχει ως κύριο επιχείρημα ότι ο κύριος του έργου χρήζει προστασίας έναντι των πιθανών αγωγών / αξιώσεων πληρωμής από υπεργολάβο/ους⁹⁶. Άρα, αν επιλεγθεί το δίκαιο της κύριας σύμβασης ο κύριος του έργου θα μπορεί (θεωρητικά) να προβλέψει τις αγωγές αυτές και έτσι, θα έχει την ευκαιρία να αποφασίσει ποιοι θα είναι οι μελλοντικοί πιστωτές του.

2. Το δίκαιο της κύριας σύμβασης εργολαβίας και το δίκαιο της σύμβασης υπεργολαβίας

Η θεωρία αυτή αναπτύχθηκε υπό το πρίσμα των συγκρούσεων νόμων και ορίζει ότι τόσο το δίκαιο της κύριας σύμβασης όσο και το δίκαιο της σύμβασης υπεργολαβίας διέπουν το δικαίωμα του υπεργολάβου.

3. Το δίκαιο της σύμβασης υπεργολαβίας

Άλλη θεωρία ορίζει ότι το δικαίωμα διέπεται από το δίκαιο της σύμβασης υπεργολαβίας ή όπως επίσης αποκαλείται το δίκαιο που διέπει την εγγυητική αξίωση

⁹⁵ ο.π.

⁹⁶ ο.π., σελ. 43

(“law governing the secured claim”). Η θεωρία αυτή βασίζεται στο ότι το συγκεκριμένο δικαίωμα προστατεύει τον υπεργολάβο⁹⁷ έναντι της πτώχευσης του εργολάβου και άρα, λειτουργεί σαν μια εγγύηση για την πληρωμή του. Μάλιστα, παραλληλίζεται η εγγύηση αυτή με το δικαίωμα που έχει ένα θύμα τροχαίου ατυχήματος για ευθεία αγωγή έναντι της ασφαλιστικής εταιρίας του προξενήσαντα το ατύχημα.

4. Θεωρία εκτίμησης του δικαίου “σε δύο βήματα” (two-step approach)

Αποφασίζοντας ότι το δικαίωμα του υπεργολάβου διέπεται από το δίκαιο της σύμβασης υπεργολαβίας έχει πραγματοποιηθεί μόνο ένα βήμα. Το επόμενο βήμα είναι να διασφαλιστεί ότι ο κύριος του έργου προστατεύεται έναντι απρόβλεπτων αγωγών ευθείας πληρωμής. Έχει υποστηριχθεί⁹⁸ ότι το δίκαιο που διέπει την κύρια σύμβαση πρέπει να χρησιμοποιείται για να περιορίσει το δικαίωμα του υπεργολάβου, ώστε να εξασφαλιστεί η προστασία του κυρίου του έργου. Έχει όμως υποστηριχτεί και ότι⁹⁹ προκειμένου να προστατευτεί ο κύριος του έργου, αν το δικαίωμα ευθείας αγωγής του υπεργολάβου είναι παντελώς άγνωστο για το δίκαιο της κύριας σύμβασης, τότε ο κύριος του έργου θα πρέπει να μπορεί να ασκήσει «βέτο» σε αυτό το δικαίωμα. Πάντως, σύμφωνα με αυτήν την άποψη, το εύρος ενός τέτοιου δικαιώματος δεν θα πρέπει να καθορίζεται ή να περιορίζεται από την κύρια σύμβαση.¹⁰⁰

5. Εναλλακτική θεωρία

Σύμφωνα με αυτή τη θεωρία εφαρμόζεται το ένα από τα εξής δίκαια εφόσον προβλέπει δικαίωμα άμεσης αξίωσης: το δίκαιο της κύριας σύμβασης, το δίκαιο της σύμβασης υπεργολαβίας, το δίκαιο του τόπου εκτέλεσης του έργου.

⁹⁷ Χαρακτηριστική είναι η φράση που χρησιμοποίησε το Supreme Court της North Carolina για την απόφασή του στην υπόθεση *Electric Supply Co. v. Swain Electrical Co.* που χαρακτήρισε το δικαίωμα του υπεργολάβου ως τον «ακρογωνιαίο λίθο των δικαιωμάτων εμπράγματης ασφάλειας του υπεργολάβου» (“cornerstone of a subcontractor’s lien rights”), βλ. Leslie Ann Dabbs, *Mechanics’ liens-judicial legislation at work: changes in the mechanics’ lien law of North Carolina after Electric Supply Co v. Swain Electrical Co.*, Wake Forest Law Review, σελ.1040

⁹⁸ Από τον Lagard, βλ. J. Florian Pulkowski, ο.π. 20, σελ. 43

⁹⁹ Από τον Jayme, ο.π.

¹⁰⁰ ο.π., σελ. 44

6. Η γαλλική θεωρία της «αλυσίδας συμβάσεων»

Σύμφωνα με τη γαλλική θεωρία¹⁰¹ το δικαίωμα ευθείας αγωγής πληρωμής πρέπει να διέπεται από το δίκαιο της κύριας σύμβασης αλλά το δίκαιο της σύμβασης υπεργολαβίας πρέπει να διέπει ένα άλλο δικαίωμα του υπεργολάβου, το δικαίωμα ευθείας αγωγής εγγυήσεως. Η θεωρία αυτή στηρίζεται στη λογική ότι το δίκαιο που διέπει το κάθε δικαίωμα πρέπει να είναι το δίκαιο σύμβασης στην οποία κάποιος μετέχει, είναι μέρος της.

Συμπεράσματα από τις ως άνω θεωρίες

Προκειμένου να αποφασιστεί ποιο δίκαιο διέπει το δικαίωμα του υπεργολάβου για ευθεία αγωγή αξίωσης / πληρωμής έναντι του κυρίου του έργου (εφόσον η κύρια σύμβαση και η σύμβαση υπεργολαβίας διέπονται από διαφορετικά δίκαια) θα πρέπει να λαμβάνονται υπόψη σοβαρά τα εξής:

- Πρώτον, το συγκεκριμένο δικαίωμα αποσκοπεί στην προστασία των υπεργολάβων, που είναι ο «αδύναμος κρίκος» της αλυσίδας των κατασκευαστικών συμβάσεων.
- Δεύτερον, ο κύριος του έργου πρέπει επίσης, να προστατευτεί από μία αγωγή που δεν θα μπορούσε να προβλέψει¹⁰².

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Γ'

I. Η ρήτρα *pay when paid* (ή *pay if paid*) στη σύμβαση υπεργολαβίας

Μία τεχνική διασύνδεσης¹⁰³ της κύριας σύμβασης με τη σύμβαση υπεργολαβίας είναι η ρήτρα “*pay when paid*” (πληρωμή επί της πληρωμής) ή “*pay if paid*” (πληρωμή εφόσον προηγηθεί πληρωμή), σύμφωνα με την οποία ο υπεργολάβος αποδέχεται ότι θα πληρωθεί μόνον όταν για το έργο που εκτελεί ο ίδιος πληρωθεί και ο εργολάβος από τον κύριο του έργου.

Στις Ηνωμένες Πολιτείες της Αμερικής η ως άνω ρήτρα έχει απασχολήσει έντονα τη νομολογία και αποτελεί πηγή δικαστικών αγώνων ανάμεσα στους

¹⁰¹ βλ. Vincent Heuze, *La loi applicable aux actions directes dans les groupes de contrats: l'exemple de la sous-traitance internationale*, Doctrine et Chroniques, σελ. 244

¹⁰² Ο J. Florian Pulkowski καταλήγει ότι είναι προτιμότερο να κρίνεται με βάση την κύρια σύμβαση αν υφίσταται δικαίωμα ευθείας αξίωσης για τον υπεργολάβο, βλ. J. Florian Pulkowski, ο.π. 20, σημ. 104, σελ. 55-56

¹⁰³ βλ. Π. Γκλαβίνης, ο.π. 7, σελ. 764

υπεργολάβους και τους εργολάβους¹⁰⁴. Ένας γενικός κανόνας που έχει διαμορφωθεί από την πλειοψηφία των αποφάσεων είναι ότι οι ρήτρες “pay when paid” ουσιαστικά δίνουν αναβολή χρόνου¹⁰⁵ στην πληρωμή των υπεργολάβων, με τη βάση ότι οι υπεργολάβοι έχουν συνταγματικό δικαίωμα να πληρωθούν σε ένα λογικό χρονικό διάστημα και άρα, δεν συνιστούν λόγο ακύρωσης της πληρωμής των υπεργολάβων¹⁰⁶. Ο ισχυρισμός που αντιπαραβάλουν οι υπεργολάβοι στις δίκες τους εναντίον των εργολάβων είναι ότι ακόμη κι αν η ρήτρα αυτή θεωρηθεί ως προαπαιτούμενη συνθήκη / προϋπόθεση για την πληρωμή τους (condition precedent) είναι αντίθετη στη δημόσια τάξη¹⁰⁷. Αυτό που φαίνεται από τις αποφάσεις των αμερικανικών δικαστηρίων είναι η προσπάθεια να διασαφηνιστεί αν και τα δύο μέρη, ο εργολάβος και ο υπεργολάβος, είχαν την πρόθεση να συμπεριλάβουν τη ρήτρα «pay-if-paid» ως προαπαιτούμενη συνθήκη / προϋπόθεση για την πληρωμή του υπεργολάβου¹⁰⁸ και το έπραξαν με σαφήνεια στη σύμβασή τους¹⁰⁹.

II. Τα διεθνή, πρότυπα, συμβατικά κείμενα

Στο πέρασμα των χρόνων, και όσο και η δραστηριότητα στην κατασκευαστική βιομηχανία αυξανόταν, διεθνείς επαγγελματικές ενώσεις κωδικοποίησαν τυποποιημένους όρους για τις κατασκευαστικές συμβάσεις. Οι πιο γνωστές κωδικοποιήσεις είναι του FIDIC (engl. International Federation of Consulting Engineers) για διεθνή κατασκευαστική βιομηχανίας (για πρώτη φορά το 1957), τα συμβατικά κείμενα του Royal Institute of British Architects (RIBA), που αποτέλεσαν τη βάση για τα συμβατικά κείμενα του 1963 και 1980 του Joint Contracts Tribunal (JCT Contracts), του Institution of Civil Engineers (ICE), πρώτη έκδοση 1945, οι International Commercial Terms _INCOTERMS, the International Chamber

¹⁰⁴ βλ. Walter N. Vernon IV, “Show me the money!”: A comment on the enforceability of “pay-if-paid” clauses in contracts for professional services, University of San Francisco Law Review, Fall 1998, σελ. 100

¹⁰⁵ βλ. Paola Pirodi, *Yearbook of Private International Law*, Vol.VII, 2005, edited by Petar Sarcevic, Paul Volken, Andrea Bonomi, Sellier European Law Publishers, 2006, σελ. 293

¹⁰⁶ βλ. Eric N. Larson, *Freedom from the freedom to contract: California Supreme Court invokes public policy to invalidate “pay-if-paid” clauses in construction contracts*, Thomas Jefferson Law Review, October 1999, σελ. 255

¹⁰⁷ βλ. Walter N. Vernon IV, “Show me the money!”: A comment on the enforceability of “pay-if-paid” clauses in contracts for professional services, University of San Francisco Law Review, Fall 1998, σελ. 102

¹⁰⁸ ο.π., σελ. 104-105

¹⁰⁹ βλ. υπόθεση *Thos. J. Dyer v. Bishop International Engineering Co.*, του Sixth Circuit U.S. Court of Appeals που έκρινε ότι η σύμβαση υπεργολαβίας δεν όριζε με καθαρότητα και σαφήνεια ότι ισχύει η ρήτρα “pay-if-paid” και γι’ αυτό αποφάσισε ότι η πτώχευση του κυρίου του έργου αποτελεί απλώς λόγο αναβολής της πληρωμής του υπεργολάβου και όχι ακύρωσή της

of Commerce, οι General Conditions of the Contracts for Construction, American Institute of Architects, 1987 κ.α. Πρόκειται για ενιαίες διαδικασίες προσέγγισης και ομοιόμορφους τρόπους λειτουργίας που δημιουργήθηκαν προκειμένου να διευκολύνουν τα μέρη μιας κατασκευαστικής σύμβασης σε θέματα όπως το πώς θα συναφθεί μια σύμβαση, ποιο θα είναι το περιεχόμενό της, πώς θα εκτελεστεί, πώς θα επιλυθούν οι διαφορές. Οι όροι αυτοί δεν είναι υποχρεωτικοί και τα μέρη μπορούν και να τους διορθώσουν αλλά και να υιοθετήσουν άλλους¹¹⁰.

Η βασική διαφορά που έχουν οι ως άνω όροι από τους συμβατικούς όρους που περιλαμβάνουν τα μέρη στη σύμβασή τους είναι ότι οι δεύτεροι είναι αποτέλεσμα της διαπραγμάτευσης των συμβαλλομένων μερών, οπότε και αποτελούν καρπό της συμφωνίας τους¹¹¹. Αντιθέτως, οι τυποποιημένοι όροι της κατασκευαστικής βιομηχανίας δημιουργήθηκαν για να χρησιμοποιηθούν σε όσο το δυνατόν περισσότερες περιπτώσεις έργων και άρα δεν είναι εξατομικευμένοι. Αυτό σημαίνει ότι δεν θα πρέπει να χρησιμοποιούνται χωρίς την διατήρηση επιφυλάξεων¹¹². Άλλωστε, οι όροι αυτοί συντάχθηκαν χωρίς τη συμμετοχή των εργολάβων, του μέρους μιας κατασκευαστικής σύμβασης που αναμφισβήτητα είναι σε ριψοκίνδυνη θέση και δέχεται τη λιγότερο καλή μεταχείριση.

III. Η πρότυπη σύμβαση υπεργολαβίας Fidic

Τριανταεπτά χρόνια μετά τους πρότυπους όρους Fidic, εισάγονται για πρώτη φορά όροι υπεργολαβίας, με το **Form of Sub-contract, Σεπτέμβριος 1991**, σε αντίθεση με τη μέχρι τότε τακτική των επισυναπτόμενων προγραμμάτων για τα θέματα που αφορούσαν στην υπεργολαβία¹¹³. Η πρότυπη σύμβαση υπεργολαβίας Fidic αποτελείται από σχεδόν 70 άρθρα, το καθένα από τα οποία έχει τη δική του επικεφαλίδα και χαρακτηρίζεται από την αντιστοίχισή της με την ορολογία & τους κανόνες του Fidic Red Book¹¹⁴. Από τα πιο σημαντικά άρθρα της πρότυπης

¹¹⁰ βλ. Ελίνα Ν. Μουσταίρα, Κοινοδίκαιον, *Βιβλιογραφική Επισκόπηση*, ο.π. 36, σελ. 149

¹¹¹ ο.π., σελ. 148

¹¹² Τα διεθνή κατασκευαστικά έργα απαιτούν πέρα από τις τεχνικές γνώσεις των μερών και επιδεξιότητα στους οικονομικούς, νομικούς και άλλους χειρισμούς (π.χ. ασφαλιστικές καλύψεις κ.α.) και γι' αυτό απαιτείται ιδιαίτερη προσοχή κατά τη σύναψη μιας συμφωνίας, βλ. Cushman Robert Frank, Myers James J., *Construction Law Handbook*, Aspen Publishers, Volume 1, Construction Law Library, Wolters Kluwer, Law & Business, 1999, σελ. 1836

¹¹³ βλ. Christopher R. Seppala, *The new Fidic International Civil Engineering Subcontract*, ICLR 1995, σελ. 1

¹¹⁴ ο.π., σελ. 9

σύμβασης είναι το άρθρο 4 για τη «Σχέση κύριας σύμβασης & σύμβασης υπεργολαβίας».

Ένα από τα θέματα που έχει προκαλέσει τις περισσότερες διαφωνίες στις συμβάσεις υπεργολαβίας είναι κατά πόσον η σύμβαση υπεργολαβίας περιέχει ή όχι αναφορές στους όρους της κύριας σύμβασης¹¹⁵. Χαρακτηριστική είναι η απόφαση του ανώτατου αμερικανικού δικαστηρίου Supreme Court στην υπόθεση *Guerini Stone Co. v. P.J. Carlin Construction Co.*, 240 U.S. 264 (1916). Στην υπόθεση αυτή, η σύμβαση υπεργολαβίας όριζε ότι το έργο πρέπει να εκτελεστεί με τρόπο που συμφωνεί με “τα σχέδια και τις τεχνικές προδιαγραφές της κύριας σύμβασης”. Ο κύριος του έργου έκανε κάποιες αλλαγές και σταμάτησε το έργο της κύριας σύμβασης. Λόγω καθυστερήσεων του κυρίου του έργου, ο υπεργολάβος σταμάτησε τις εργασίες του και άσκησε αγωγή αποζημίωσης έναντι του εργολάβου. Το Supreme Court έκρινε ότι “τα σχέδια και οι τεχνικές προδιαγραφές της κύριας σύμβασης” αποκλειστικά υποδείκνυαν πώς να εκτελεστεί το έργο και ποιο έργο πρέπει να εκτελεστεί τελικά, και ότι επομένως, η απόφαση του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου ότι ο υπεργολάβος δεσμευόταν από την κύρια σύμβαση (και όχι μόνο από τα σχέδια και τις τεχνικές προδιαγραφές της κύριας σύμβασης) ήταν εσφαλμένη¹¹⁶.

Το θέμα αυτό επιλύει το άρθρο 4 της πρότυπης σύμβασης υπεργολαβίας *Fidic* που στην παράγραφο 2 ορίζει ότι ο υπεργολάβος πρέπει να έχει όλες τις ευθύνες και τις υποχρεώσεις που έχει ο εργολάβος σύμφωνα με την κύρια σύμβαση για ό,τι αφορά το έργο που αναλαμβάνει ο υπεργολάβος. Η παράγραφος 1 του ίδιου άρθρου δίνει το δικαίωμα στον υπεργολάβο να έχει ακριβές αντίτυπο (με δικό του κόστος) της κύριας σύμβασης (χωρίς βέβαια, το τμήμα που περιλαμβάνει τα αντίτιμα της εργασίας του εργολάβου), ενώ η παράγραφος 3 ορίζει ότι ανάμεσα στον υπεργολάβο και στον κύριο του έργου δεν υπάρχει συμβατική σχέση - αν και όπως αναφέρθηκε παραπάνω, σύμφωνα με κάποιες εθνικές τάξεις ο υπεργολάβος έχει, παρόλη την αυτονομία της σύμβασής του, δικαίωμα ευθείας αξίωσης πληρωμής έναντι του κυρίου του έργου.

Το πιο κρίσιμο σημείο για έναν υπεργολάβο, η πληρωμή του, καλύπτεται από τα άρθρα 16.5 και 11.2 της πρότυπης σύμβασης υπεργολαβίας με τον τίτλο «Πληρωμή έργου υπεργολαβίας & Επιπρόσθετη πληρωμή». Το άρθρο 16 της πρότυπης σύμβασης υπεργολαβίας ξεκαθαρίζει ότι η ρήτρα “pay-if-paid” ισχύει σε

¹¹⁵ ο.π., σελ. 11

¹¹⁶ ο.π., παραπομπή 16

μια προσωρινή βάση, αφού ορίζει ότι μέσα σε 84 ημέρες μετά την παράδοση του έργου που ορίστηκε από τη σύμβαση υπεργολαβίας από τον υπεργολάβο, ή μέσα σε 14 ημέρες αφότου ο εργολάβος πληρωθεί για τις εργασίες της υπεργολαβίας σύμφωνα με την κύρια σύμβαση, και εφόσον έχουν παρέλθει 35 ημέρες από τότε που ο υπεργολάβος υπέβαλε έγγραφο λογαριασμού πληρωμής στον εργολάβο, ο εργολάβος οφείλει να πληρώσει τον υπεργολάβο¹¹⁷. Το άρθρο αυτό αναγνωρίζει ότι ο εργολάβος αναλαμβάνει το ρίσκο της μη πληρωμής από τον κύριο του έργου, ενώ ο υπεργολάβος δεν θα πρέπει να αναλαμβάνει τον ίδιον κίνδυνο, παρά μόνον αυτόν της καθυστέρησης πληρωμής από το μέρος με το οποίο συμβλήθηκε: τον εργολάβο. Περαιτέρω, το άρθρο 11.2 ορίζει ότι ο εργολάβος οφείλει να ειδοποιεί σε τακτική βάση τον υπεργολάβο για τις κινήσεις που κάνει προκειμένου να εξασφαλίσει αξιώσεις / απαιτήσεις που πηγάζουν από την κύρια σύμβαση και αφορούν τον υπεργολάβο¹¹⁸.

Το άρθρο 19.1 της πρότυπης σύμβασης υπεργολαβίας «Επίλυση διαφορών» ορίζει ότι σε περίπτωση διαφωνίας, προβλέπεται η διαιτησία σύμφωνα με τους κανόνες διαιτησίας του International Chamber of Commerce (ICC) όπως άλλωστε ορίζει και το Red Book του Fidic¹¹⁹. Αυτό όμως, που δεν έχει προβλέψει ούτε το ICC, ούτε η Uncitral είναι μία διαδικασία multi-party arbitration, καθώς τις περισσότερες φορές προκύπτουν διαφορές που εμπλέκουν περισσότερα πρόσωπα και από τις δύο συμβάσεις: την κύρια σύμβαση και τη σύμβαση υπεργολαβίας¹²⁰.

IV. Επίλυση Διαφορών: Διαιτησία

Αν γινόταν ένα γκάλοπ στους συμβαλλόμενους στα διεθνή κατασκευαστικά έργα, με ερώτηση «Ποιες είναι οι πιο χαρακτηριστικές και συγχρόνως, και πιο ελκυστικές πτυχές της διεθνούς εμπορικής διαιτησίας έναντι της δικαστικής επίλυσης της διαφοράς;» οι απαντήσεις εκτός από την ουδετερότητα¹²¹ του forum, την

¹¹⁷ βλ. Christopher R. Seppala, ο.π. 114, σελ.17

¹¹⁸ ο.π., σελ.18

¹¹⁹ Μία διαδικασία που όμως, σύμφωνα με τον Roger Philippe Budin είναι ιδιαίτερα περίπλοκη, βλ. Ελίνα Ν. Μουσταίρα, *Βιβλιογραφική Επισκόπηση*, ο.π. 36, σελ. 160

¹²⁰ βλ. Christopher R. Seppala, ο.π. 114, σελ. 20

¹²¹ Ο Christian Bühring-Uhle διεξήγαγε έρευνα σε 68 διεθνείς διαιτητές και εκπροσώπους μερών, εκ της οποίας αναδείχθηκαν ως τα «δύο σημαντικότερα πλεονεκτήματα» της διαιτησίας η ουδετερότητα και η εκτέλεση των διεθνών διαιτητικών αποφάσεων, βλ. Christopher R. Drahozal – Richard W. Naimark, *Towards a Science of International Arbitration*, Collected Empirical Research, International Arbitration Law Library, 19

αναγνώριση και την εκτέλεση των αποφάσεων θα αναδείκνυαν και τη μυστικότητα¹²². Τη μυστικότητα τόσο της διαδικασίας όσο και των αποφάσεων.

Η διαιτησία είναι επομένως, η πλέον ενδεδειγμένη οδός για την επίλυση των διαφορών που προκύπτουν από κατασκευαστικές συμβάσεις. Άλλωστε, απαιτούνται ιδιαίτερες τεχνικές, νομικές & γλωσσικές γνώσεις¹²³.

Κάποια κράτη ωστόσο, αναθέτουν την κρίση για τις διαφορές από κατασκευαστικές συμβάσεις στα τακτικά δικαστήρια του κράτους εκτελέσεως του έργου, που κατά κανόνα είναι το κράτος κατοικίας / έδρας του κυρίου του έργου. Σε αυτή την περίπτωση, όλα εξαρτώνται από το καθεστώς που υπάρχει σε αυτό το κράτος.

Όπως σημειώθηκε στο αμέσως προηγούμενο κεφάλαιο διαιτησία προβλέπουν και οι όροι Fidic. Η Παγκόσμια Τράπεζα, παρόλο που έχει υιοθετήσει τους όρους Fidic για τα έργα “μεγάλης σημασίας” όσον αφορά στην επίλυση διαφορών κλίνει προς τον φιλικό διακανονισμό από μία ουδέτερη αρχή.

V. Ευθύνη από ελαττώματα στο έργο

Τα έργα των κατασκευαστικών συμβάσεων είναι ιδιαίτερα σύνθετα και πολύπλοκα. Ένα έργο ξεκινά συνήθως πανηγυρικά αλλά πολύ σπάνια λήγει με τον ίδιο τρόπο, αφού ο κύριος του έργου συνήθως βρίσκει κάποια ή κάποιες ατέλειες¹²⁴. Υπάρχουν ασήμαντα ελαττώματα που όμως μπορεί να είναι μέγιστης σημασίας για τον πελάτη ή ακόμη να φαίνονται ασήμαντα τη στιγμή που συμβαίνουν και να προβούν σημαντικά στο μέλλον. Η πρώτη και καθοριστική ερώτηση που πρέπει να γίνει είναι αν όντως υπάρχει ελάττωμα στο έργο¹²⁵. Τα ελαττώματα στο έργο μπορούν να διαχωριστούν σε τρεις κατηγορίες: 1) Ουσιαστικό ελάττωμα, όπου το έργο δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί, 2) Σοβαρό ελάττωμα, που επηρεάζει το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα και το σκοπό του έργου και 3) Επουσιώδες ελάττωμα, που δεν εμποδίζει το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα και το έργο θεωρείται ουσιαστικά ολοκληρωμένο¹²⁶. Αυτό που μπορεί να ειπωθεί σαν ένας γενικός διεθνής κανόνας

¹²² βλ. Michela Chirichiello, Professor F. Gelinas, *Confidentiality and public interest in mixed international arbitration*. McGill University, Faculty of Law, Institute of Comparative Law, Summer 2003, σελ. 1

¹²³ βλ. Ελίνα Ν. Μουσταίρα, *Βιβλιογραφική Επισκόπηση*, ο.π. 36, σελ. 160

¹²⁴ βλ. Eric Franco Regjo, *Minor Defects in Construction Projects: a comparative approach*, *Construction Law Journal* 2009, σελ. 344

¹²⁵ βλ. το παράδειγμα της Millennium Bridge του Λονδίνου, ο.π., σελ. 1, 2

¹²⁶ ο.π., σελ. 2

είναι ότι ο κύριος του έργου δεν μπορεί να αρνηθεί το έργο για επουσιώδη ελαττώματα που δεν επηρεάζουν τη χρήση / το σκοπό του έργου και έχει την υποχρέωση να πληρώσει το έργο, αφαιρώντας το ποσό στο οποίο αντιστοιχούν τα ελαττώματα, έχοντας παράλληλα το δικαίωμα να αξιώσει αποζημίωση και για όποιες επιπρόσθετες ζημίες υπέστη, ως αποτέλεσμα αυτών των ελαττωμάτων. Όλα τα παραπάνω όμως, επηρεάζουν άμεσα τον εργολάβο, εφόσον ο κύριος του έργου δεν έχει συμβατική σχέση με τον υπεργολάβο και η σύμβαση υπεργολαβίας είναι μία αυτόνομη σύμβαση.

VI. Λήξη της σύμβασης εργολαβίας σύμφωνα με τους πρότυπους όρους Fidic

Σύμφωνα με το άρθρο 15.2 των πρότυπων όρων Fidic (1999)¹²⁷, η σύμβαση εργολαβίας μπορεί να λήξει από τον κύριο του έργου. Το άρθρο 15.2 σημείο d ορίζει ότι ο κύριος του έργου έχει δικαίωμα να λήξει τη σύμβαση σε περίπτωση που ο εργολάβος αναθέτει ολόκληρο το έργο σε υπεργολάβο ή τμήματα αυτού χωρίς προηγούμενη έγκριση του κυρίου του έργου -γεγονός που πηγάζει από το χαρακτήρα *intuitu personae* της σύμβασης εργολαβίας. Επιπλέον, το άρθρο 15.2 σημείο e ορίζει ότι ο κύριος του έργου έχει το δικαίωμα να λήξει τη σύμβαση σε περίπτωση πτώχευσης του εργολάβου.

Σύμφωνα με το άρθρο 16.2 σημείο g, ο εργολάβος έχει το δικαίωμα να λήξει τη σύμβαση σε περίπτωση πτώχευσης του κυρίου του έργου.

¹²⁷ βλ. Conditions of Contract for Construction, for building and engineering works designed by the employer, General Conditions, First Edition 1999

Συμπερασματικές Παρατηρήσεις

Οι διεθνείς κατασκευαστικές συμβάσεις είναι ένα ιδιαίτερα σύνθετο αντικείμενο. Η συνύπαρξη διαφορετικών συμβάσεων ως δορυφόρων σε μια κύρια σύμβαση, οδηγεί σε ένα νομικό «ντόμινο». Γι' αυτό και χρειάζεται ιδιαίτερη προσοχή σε κάθε λεπτομέρεια στους όρους, με παροχή συμβουλών από εξειδικευμένους νομικούς, για τη μορφοποίηση μιας σύμβασης διεθνούς κατασκευαστικού έργου, που δεν θα επιφέρει δισεπίλυτα προβλήματα.

Από την άλλη, κάθε διεθνής κατασκευαστική σύμβαση είναι διαφορετική. Πρέπει να την αντιμετωπίζουμε σαν ένα σύνολο στοιχείων (όπως ένα barcode), που ενώ έχει πολλά επιμέρους διαφορετικά στοιχεία μέσα του (γραμμές, νούμερα, διαφορετικά ύψη και μεγέθη) οδηγεί σε ένα και μόνο αποτέλεσμα: το αυθεντικό, μοναδικό αποτύπωμα. Όλα μοιάζουν μεταξύ τους αλλά κανένα δεν είναι ίδιο με το άλλο. Αλλά αυτό είναι και το συναρπαστικό και το ενδιαφέρον...

ΒΙΒΛΙΑ – ΕΚΔΟΣΕΙΣ

Γκλαβίνης Π., *Διεθνείς συμβάσεις κατασκευών στο Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών*,
Επιστημονική Επιμέλεια: Χ. Παμπούκης, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2010

Cushman Robert Frank, Myers James J., *Construction Law Handbook*, Aspen
Publishers, Volume 1, Construction Law Library, Wolters Kluwer, Law & Business,
1999

Drahozal Christopher R. – Naimark Richard W., *Towards a Science of International
Arbitration, Collected Empirical Research*, International Arbitration Law Library,
2005

Reg Thomas BSc (Hons), *Construction Contract Claims*, FCIQB, ACI Arb, MIMgt,
Second Edition, Palgrave editions, 2001

Yearbook of Private International Law, Vol.VII, edited by Petar Sarcevic, Paul
Volken, Andrea Bonomi, Sellier European Law Publishers, 2006

ΑΡΘΡΑ - ΜΕΛΕΤΕΣ

Μουσταίρα Ελίνα, *Κοινοδίκαιον*, Εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα Αθήνα 2002,
Βιβλιογραφική Επισκόπηση, Roger Philippe Budin, *Guide pratique de l' execution des
contrats internationaux de construction (Staempfli Editions SA Berne 1998)*, σελ.
XIX+298, (2002), 147

Μουσταίρα Ελίνα, *Κοινοδίκαιον* 2000, *Κατασκευαστική Σύμβαση: Συγκριτική
Επισκόπηση Δικαίων και Ζητήματα Ιδιωτικού Διεθνούς Δικαίου*, (2000), σελ. 313

Σημειώσεις Οικονομικής Ιστορίας Ι, Ευρωπαϊκή Οικονομική Ιστορία (1750-1914),
Τμήμα Οικονομικών Επιστημών, Εθνικό και Καποδιστριακό Πανεπιστήμιο Αθηνών,
διαθέσιμο στην ιστοσελίδα:
[http://www.econ.uoa.gr/UA/content/gr/Article.aspx?folder=308&office=16&ar
ticle=1165](http://www.econ.uoa.gr/UA/content/gr/Article.aspx?folder=308&office=16&article=1165)

Φραγκόπουλος Στ. Γ., Δρ.Μηχ., Καθηγητής ΤΕΙ Αθήνας, *Ιστορία της Τεχνολογίας:*

Ατμοκίνηση, Βιομηχανική επανάσταση, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα:
<http://sfrang.com/historia/selida500.htm>

Betto Jean-Georges, *International Arbitration Awards Digest*, International Business Law Journal 2001, 648

Chirichiello Michela, Professor F. Gelinas, *Confidentiality and public interest in mixed international arbitration*, McGill University, Faculty of Law, Institute of Comparative Law, Summer 2003, 1

Christie P.R.H., *The law governing the construction contract*, ICLR 2007, 343

Dabbs Leslie Ann, *Mechanics' liens-judicial legislation at work: changes in the mechanics' lien law of North Carolina after Electric Supply Co v. Swain Electrical Co.*, Wake Forest Law Review, 1033

Frey William F., Mantese Gerard, *Limits on a subcontractor's right to bring a quantum meruit claim against the property owner*, Michigan Bar Journal, October 1992, Construction Law, 1042

GSK Stockmann + Kollegen, Moufang Oliver, Koser Stefan, Eisenlohr Manteo, Pirl Uwe, Claussen Lorenz, Bünning Martin and Koos Oliver, *Construction and Projects 2010/11, Country Q&A Germany*, PLCCROSS-BORDER HANDBOOKS www.practicallaw.com/constructionhandbook 65

Heuze Vincent, *La loi applicable aux actions directes dans les groupes de contrats: l'exemple de la sous-traitance internationale*, Doctrine et Chroniques, Rev. Crit. DIP, (1996), 243

Katsantonis Vivian, Georgiades Stavros, Tieder John B. Jr, *An Overview Of Construction Contracting Under Greek Law*, (1998), 4, διαθέσιμο στο διαδίκτυο <http://www.georgiades.com/publications/georgiades3.doc>

Larson Eric N., *Freedom from the freedom to contract: California Supreme Court*

invokes public policy to invalidate “pay-if-paid” clauses in construction contracts, Thomas Jefferson Law Review, (October 1999), 253

Lenz Claus, Withholding payments due to subcontractor disputes, No. 3 Construction L. Int'l 35, 35

Lehmkuhl Dirk, Resolving Transnational Disputes: Commercial Arbitration and the Multiple Providers of Governance Services, 2003 ECPR Joint Sessions in Edinburgh, March 28 – April 2, Workshop 11: The Governance of Global Issues: Effectiveness, Accountability, and Constitutionalization, (2003), 1

New York Times, Big Builder In Germany Is Bankrupt, 22 Μαρτίου 2002

Pulkowski J. Florian, The Subcontractor’s direct claim in international business law, International Construction Law Review, (2004), 31

Regjo Eric Franco, Minor Defects in Construction Projects: a comparative approach, Construction Law Journal, (2009), 344

Scherer Matthias and Schneider Michael E., International Construction Contracts under Swiss Law: an introduction, 23 Const. L.J. No8, (2007), 559

Seppala Christopher R., The new Fidic international civil engineering subcontract, International Construction Law Review, (1995), 5

The Franco-British lawyers society in collaboration with the society of construction law, overview of the protection of subcontractors under French law, Maître Carole Malinvaud Avocat Associé Gide Loyrette Nouel, Paris, Tuesday, 5th September 2006 at 6 pm at The National Liberal Club Whitehall Place, London SW1 Van Bosstraeten & C° Law Firm, Belgium Schoups, Construction and Projects 2010/11, Country Q&ABelgium, PLCCROSS-BORDER HANDBOOKS
www.practicallaw.com/constructionhandbook 9, www.practicallaw.com/3-502-2255

Vernon Walter N. IV, “Show me the money!”: A comment on the enforceability of “pay-if-paid” clauses in contracts for professional services, University of San Francisco Law Review, (Fall 1998), 99

Zons Jörn Dr., Construction Law International, June 2010, The Minefield of Back-to-Back Subcontracts Part 2, (2010), 21

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ

ΔΕΚ, Jacob Handte & Co GmbH v. Traitements mecano-chimiques des surfaces SA (17 Ιουνίου 1992), ECR I-3967

Court of Appeals, Shurlow Tile C v. Farhat, 60 MichApp 486 (1975)

Court de Cassation, 18 May 2006, R.W., 2007-2008

Cour de Cassation, απόφαση No 5133, Ste Entrepose Echafaudages v. SCI du carillon de Nanterre

International Chamber of Commerce, απόφαση N° 7528, Yearbook Comm. Arb’n XXII, 125, 130 (1997)

Sixth Circuit U.S. Court of Appeals, Thos. J. Dyer v. Bishop International Engineering Co.

Supreme Court της North Carolina, Electric Supply Co. v. Swain Electrical Co.

The Scottish Inner House First Division, στις 12 Ιουλίου 2002, Caledonian

Subsea Ltd v. Micoperi Srl

ΔΙΑΔΙΚΤΥΑΚΟΙ ΤΟΠΟΙ

Lawnet, LawNews Center, Ελλάδα, Εντός τριάντα ημερών οι πληρωμές του Δημοσίου, 11/2/2010 9:59:50 π.μ.

NΟΜΟΘΕΤΙΚΑ ΚΑΙ ΑΛΛΑ ΚΕΙΜΕΝΑ

Conditions of Contract for Construction, for building and engineering works designed by the employer, General Conditions, First Edition 1999

Οδηγία 2000/35/EK της 29ης Ιουνίου 2000 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για την καταπολέμηση των καθυστερήσεων πληρωμών στις εμπορικές συναλλαγές

Law On Subcontracting (n°75-1334), with the participation of Louis Vogel, Professor at the University of Paris II, discussion and adoption of 20 December 1975