SOCIÉTÉ GÉNÉRALE ALSACIENNE DE BANQUE KATA KOESTLER

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ GERHARD REISCHL της 21ης Σεπτεμβρίου 1978 *

Κύριε Πρόεδρε,
Κύριοι δικαστές,

Ο εφεσίβλητος της κύριας δίκης, από την οποία προήλθε η υπό κρίση αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως, υπήρξε από το 1968 Διεθυντής του Γαλλογερμανικού Επιστημονικού Πολεμικού Ινστιτούτου Ερευνών στο Saint-Louis (Άνω Ρηνανία), όπου κατοίκησε από 1ης Ιουλίου 1968 μέχρι 28 Ιουλίου 1973.

Κατά τη διάρκεια της διαμονής του στη Γαλλία, η εφεσείουσα ανέθεσε στον εφεσίβλητο να διενεργήσει για λογαριασμό της προθεσμιακές χρηματιστηριακές πράξεις· η παρέμβαση της εφεσείουσας συνίστατο στο να διαβιβάζει τις εντολές αγοράς και πωλήσεως του εφεσιβλήτου στον εκπρόσωπο της τράπεζας στο Χρηματιστήριο του Παρισιού. Κατά τη λήγουσα ημερομηνία οι μετοχές που είχαν αγοραστεί ή πωληθεί, στην πραγματικότητα δεν αναλαμβάνονταν ή μεταβιβάζονταν, αλλ' ούτε γινόταν καταβολή ολόκληρης της τιμής αγοράς ή είσπραξη ολόκληρης της τιμής πωλήσεως· αντιθέτως, γινόταν απλώς λογιστικός διακανονισμός της διαφοράς μεταξύ της συμφωνηθείσας τιμής της μετοχής και της τιμής που πράγματι αυτή είχε κατά τη λήγουσα ημερομηνία. Τα κέρδη και οι ζημιές που προέκυπταν από τις συναλλαγές αυτές πιστώνονταν ή χρεώνονταν από την εφεσείουσα στο ενεργητικό ή στο παθητικό ενός λογαριασμού που αυτή διατηρούσε στο όνομα του εφεσιβλήτου. Η εφεσείουσα χορήγησε στον εφεσίβλητο πίστωση, υπό τη μορφή να παρουσιάζει αρνητικό υπόλοιπο ο λογαριασμός, σχετικά με τις προθεσμιακές πράξεις και την τήρηση του εν λόγω λογαριασμού.

Η εφεσείουσα, με αγωγή που άσκησε στις 22 Μαΐου 1975 ενώπιον του Landgericht της Βόννης, αξίωσε την καταβολή των διαφορών που της όφειλε ο εφεσίβλητος στις 31 Ιανουαρίου 1975 στο λογαριασμό αυτό ύψους 852 620,39 γαλλικών φράγκων (FF). Με απόφασή του της 13ης Ιανουαρίου 1977, το δικαστήριο αυτό αποφάνθηκε ότι το ποσό των 473 937,47 FF, που αντιστοιχούσε στις προθεσμιακές χρηματιστηριακές πράξεις, δεν μπορούσε να επιδιωχθεί δικαστικώς, λόγω της ενστάσεως εκ παιγνίου που στηρίζεται στα άρθρα 52 επ. του Γερμανικού Νόμου περί χρηματιστηρίων και τα άρθρα 762 και 764 του Γερμανικού Αστικού Κώδικα.

Κατόπιν εφέσεως που άσκησε η ενάγουσα, το Oberlandesgericht (Εφετείο) Köln (της Κολωνίας) επικύρωσε κατ' ουσία με ερήμην απόφασή του της 11ης Αυγούστου 1977 την απόφαση του Landgericht (Πρωτοδικείου) της Βόννης, με την αιτιολογία ότι η ένσταση εκ παιγνίου που προβλέπει το γερμανικό δίκαιο για τις προθεσμιακές χρηματιστηριακές πράξεις ήταν, δυνάμει της ρή-

* Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γερμανική.

τρας της δημοσίας τάξεως του άρθρου 30 του Εισαγωγικού Νόμου του Γερμανικού Αστικού Κώδικα, ισχυρή, ακόμη και αν, όπως στην παρούσα περίπτωση, έχει εφαρμογή το γαλλικό δίκαιο το οποίο δεν αναγνωρίζει τέτοια ένσταση. Κατόπιν ασκήσεως ανακοπής ερημοδικίας του εφεσιβλήτου κατά της ερήμην αποφάσεως, το Oberlandesgericht της Κολωνίας, με Διάταξή του της 23ης Ιανουαρίου 1978, ανέστειλε τη διαδικασία και υπέβαλε στο Δικαστήριο τα ακόλουθα ερωτήματα προς έκδοση προδικαστικής αποφάσεως:

1) Πρέπει τα άρθρα 59 και 60 της Συνθήκης ΕΟΚ να ερμηνευτούν υπό την έννοια ότι αποκλείουν την ένσταση εκ παιγνίου που προβλέπει το γερμανικό δίκαιο (Differenzeinwand) — άρθρα 764 και 762 του Γερμανικού Αστικού Κώδικα, άρθρα 61, 58 και 50 του νόμου περί χρηματιστηρίων (Börsengesetz) — στην περίπτωση κατά την οποία, δυνάμει του γαλλικού δικαίου, μια γαλλική τράπεζα αξιώνει από το γερμανικής ιθαγένειας πελάτη της την απόδοση μιας πιστώσεως που χορηγήθηκε για προθεσμιακές χρηματιστηριακές πράξεις που διενεργήθηκαν στο χρηματιστήριο του Παρισιού σύμφωνα με ό,τι είχε συμφωνηθεί;

2) Εξαρτάται η απάντηση στο πρώτο ερώτημα από το αν ο Γερμανός πελάτης είχε ή όχι την ικανότητα, κατά το γερμανικό δίκαιο, σύμφωνα με το άρθρο 53 του Börsengesetz, να διενεργεί προθεσμιακές χρηματιστηριακές πράξεις ;

Η γνώμη μου στα ερωτήματα αυτά έχει ως εξής :

I — Εκείνο που πρέπει να εξεταστεί πρώτα κατά τη γνώμη μου είναι το αν στην παρούσα περίπτωση υπάρχει παροχή υπηρεσιών κατά την έννοια των άρθρων 59 επ. της Συνθήκης ΕΟΚ και σε τι συνίσταται η εν λόγω παροχή υπηρεσιών.

Κατά την προφορική διαδικασία, η Επιτροπή διατύπωσε ειδικότερα σοβαρές αμφιβολίες για το αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 59. Επομένως, το ζήτημα αυτό πρέπει να εξεταστεί προσεκτικότερα, διότι αφενός η εφεσείουσα δεν περιορίζεται να εκτελεί για τον εφεσίβλητο μια υπηρεσία και αφετέρου διότι δεν είναι προφανές εν προκειμένω το στοιχείο της «διελεύσεως των συνόρων».

1. Δεδομένου ότι, στην περίπτωση τραπεζικών συναλλαγών, οι παροχές υπηρεσιών από πιστωτικά ιδρύματα συνοδεύονται κατά γενικό κανόνα από κινήσεις κεφαλαίων, η σχέση μεταξύ των διατάξεων της Συνθήκης ΕΟΚ περί της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών και των κανόνων της περί της ελεύθερης κυκλοφορίας κεφαλαίων έχει παρουσιάσει ευθύς εξαρχής ιδιαίτερες δυσκολίες οριοθετήσεως. Αυτός είναι ο λόγος για τον οποίο έχει γίνει διάκριση μεταξύ της παροχής «απλών» τραπεζικών υπηρεσιών και της παροχής «συνδεδεμένων» υπηρεσιών, από τις οποίες μόνο οι πρώτες θεωρούνται ως υπηρεσίες παρεχόμενες κατά την έννοια των άρθρων 59 και 60 της Συνθήκης ΕΟΚ και ως εκ τούτου υπαγόμενες στις διατάξεις του κεφαλαίου που αφορά τις υπηρεσίες, ενώ οι παροχές «συνδεδεμένων» τραπεζικών υπηρεσιών πρέπει να ελευθερωθούν, σύμφωνα με το άρθρο 61, παράγραφος 2 της Συνθήκης ΕΟΚ, σε αρμονία με την προοδευτική ελευθέρωση της κυκλοφορίας κεφαλαίων. Η απάντηση στο ερώτημα για το αν πρόκειται περί παροχής απλών ή συνδεδεμένων τραπεζικών υπηρεσιών ή, αντιθέτως, για κυκλοφορία καθαρώς κεφαλαίων, ποικίλλει καταρχήν ανάλογα με τις συμβατικές σχέσεις μεταξύ των μερών που ανάγονται ή όχι στην κίνηση κεφαλαίων. Όταν στο κέντρο των σχέσεων αυτών βρίσκεται κίνηση κεφαλαίων σαν

αυτή που αναφέρεται στις οδηγίες που αφορούν το άρθρο 67 της Συνθήκης ΕΟΚ, βρισκόμαστε αποκλειστικά ενώπιον κυκλοφορίας κεφαλαίων. Αυτό συμβαίνει π.χ. στην εξής περίπτωση : «(...) συνδεδεμένες με τις βραχυπρόθεσμες και μακροπρόθεσμες πιστώσεις που αναφέρονται σε εμπορικές συναλλαγές στις οποίες συμμετέχει κάτοικος» (βλ. τον πίνακα Α του παραρτήματος Ι της πρώτης οδηγίας περί της εφαρμογής του άρθρου 67 της Συνθήκης, της 17ης Μαΐου 1960, ΕΕ ειδ. έκδ. 10/001, σ. 6). Οι τραπεζικές υπηρεσίες που συνδέονται μ' αυτές (μεταφορές, είσπραξη τόκων, κ.λπ.) δεν θεωρούνται ως αυτοτελείς υπηρεσίες, οπότε η ελευθέρωση αυτού του είδους κινήσεων κεφαλαίων πρέπει να γίνει αποκλειστικά σύμφωνα με το άρθρο 67 της Συνθήκης.

Αντίθετα, χαρακτηρίζονται ως «απλές» τραπεζικές υπηρεσίες οι πράξεις που δεν έχουν σχέση με κινήσεις κεφαλαίων, όπως π.χ. οι συμβάσεις καταθέσεως, οι έρευνες της αγοράς και παρόμοιες υπηρεσίες.

Ως «συνδεδεμένες» τραπεζικές υπηρεσίες κατά την έννοια του άρθρου 61, παράγραφος 2 της Συνθήκης θεωρούνται τέλος εκείνες για τις οποίες η κίνηση κεφαλαίων είναι *αναγκαία* ή τουλάχιστον *τυπική* για τη συμπλήρωση της συναλλαγής. Μια *εξαντλητική* απαρίθμηση των «συνδεδεμένων» τραπεζικών υπηρεσιών που πρέπει να ελευθερωθούν απαντάται στην οδηγία 73/183/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 28ης Ιουνίου 1973, περί της καταργήσεως των περιορισμών στην ελευθερία εγκαταστάσεως και στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών για τις μη μισθωτές δραστηριότητες τραπεζών και λοιπών πιστωτικών ιδρυμάτων (ΕΕ ειδ. έκδ. 06/001, σ. 147). Είναι σαφές ότι η απαρίθμηση αυτή καλύπτει μόνο γενικώς μη αυτοτελείς δραστηριότητες, οι οποίες έχουν απλώς επικουρικό χαρακτήρα σε σχέση με τη συναφή κίνηση κεφαλαίων.

Ως προς το ερώτημα αν οι δραστηριότητες της εφεσείουσας στην παρούσα υπόθεση διέπονται πράγματι από τα άρθρα 59 επ. της Συνθήκης ΕΟΚ, το αποφασιστικό κριτήριο έγκειται, συνεπώς, στο να διαπιστωθεί αν οι παρεμβάσεις της και, ανάλογα με την περίπτωση, ποιες από τις δραστηριότητές της μπορούν να χαρακτηριστούν ως παροχές «απλών» τραπεζικών υπηρεσιών υπέρ του εφεσιβλήτου. Κατά τη γνώμη μου, η διενέργεια προθεσμιακών χρηματιστηριακών πράξεων και η τήρηση σχετικού με αυτές λογαριασμού αποτελούν *απλές* τραπεζικές υπηρεσίες στις οποίες έχουν εφαρμογή τα άρθρα 59 και 60 της Συνθήκης ΕΟΚ. Η πίστωση που χορηγήθηκε με τη μορφή αρνητικού υπολοίπου λογαριασμού στο πλαίσιο των υπηρεσιών αυτών αποτελεί επομένως μεσοπρόθεσμη πίστωση κατά την έννοια του καταλόγου Α του παραρτήματος Ι της πρώτης οδηγίας του 1960 περί της κυκλοφορίας κεφαλαίων. Δεν μπορεί να προβληθεί καθόλου ο ισχυρισμός ότι η διενέργεια προθεσμιακών χρηματιστηριακών πράξεων αποτελεί ένα αναγκαίο ή ακόμη και ένα τυπικό στοιχείο για τη χορήγηση πιστώσεως υπό μορφή αρνητικού υπολοίπου λογαριασμού. Μια τέτοια ακριβώς εξάρτηση από μια άλλη συναλλαγή είναι εκείνο που χαρακτηρίζει αποφασιστικά μια «συνδεδεμένη» τραπεζική υπηρεσία κατά την έννοια του άρθρου 61, παράγραφος 2 της Συνθήκης.

Επίσης, από τον πίνακα Β του παραρτήματος Ι της πρώτης οδηγίας του 1960 περί της κυκλοφορίας κεφαλαίων δεν προκύπτει διαφορετική εκτίμηση, κατά το μέτρο που η οδηγία ομιλεί περί «κινήσεων τίτλων που είναι διαπραγματεύσιμοι σε χρηματιστήριο, εκτός των αμοιβαίων κεφαλαίων». Μεταξύ των «συνδεδεμένων» τραπεζικών υπηρεσιών, σ' αυτό το είδος κινήσεως κεφαλαίων εμφαίνεται επίσης, σύμφωνα με την οδηγία του 1973, η «λήψη εντολών αγοράς ή πωλήσεως». Σχετικά, πρέπει πάντως να σημειωθεί ότι οι πράξεις του εφεσιβλήτου δεν εντάσσονται στο πλαίσιο της κυκλοφορίας τίτλων κατά την έννοια της

προαναφερθείσας οδηγίας. Κυκλοφορία τίτλων, κατά την έννοια της οδηγίας αυτής, πρέπει να νοείται μόνο, σύμφωνα με τον ορισμό που δίδεται στον πίνακα Β του παραρτήματος Ι της πρώτης οδηγίας του 1960 περί της κυκλοφορίας κεφαλαίων, η *απόκτηση* εθνικών ή αλλοδαπών τίτλων που είναι διαπραγματεύσιμοι σε χρηματιστήριο, καθώς και ο επαναπατρισμός ή η χρησιμοποίηση του προϊόντος της ρευστοποιήσεώς τους. Πάντως, δεν χωρεί αμφιβολία ότι οι πράξεις που διενεργήθηκαν μέσω της εφεσείουσας δεν κατέληξαν σε παρόμοια κυκλοφορία τίτλων· οι τίτλοι αποτελούσαν μόνο το μέσο διαπραγματεύσεως για την πραγματοποίηση κέρδους με βάση την κερδοσκοπία, χωρίς ποτέ να σημειωθεί πραγματική «απόκτηση» τίτλων ή «ρευστοποίησή τους». Επομένως, οι προθεσμιακές χρηματιστηριακές πράξεις που διενήργησε η εφεσείουσα δεν μπορούν επίσης να θεωρηθούν ως τραπεζικές υπηρεσίες «συνδεδεμένες» με την κίνηση τίτλων κατά την έννοια του άρθρου 61, παράγραφος 2, της Συνθήκης.

2. Ένας άλλος σημαντικός παράγων, και μάλλον αποφασιστικός, είναι κατά τη γνώμη μου το στοιχείο της «διελεύσεως των συνόρων», που αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση της εφαρμογής των άρθρων 59 επ. της Συνθήκης. Όπως προείπα ήδη, η παρέμβαση της εφεσείουσας στην κατάρτιση προθεσμιακών χρηματιστηριακών πράξεων αποτελεί παροχή απλών τραπεζικών υπηρεσιών, με την οποία συνδέεται η χορήγηση πιστώσεως. Η παροχή απλών τραπεζικών υπηρεσιών θα μπορούσε να θεωρηθεί, αυτή καθαυτή, ως πλήρως εγχώρια γαλλική συναλλαγή, χωρίς το στοιχείο της διελεύσεως των συνόρων, αν ο εφεσίβλητος — όπως πρέπει να το υποθέσουμε — κατοικούσε καθόλη τη διάρκεια των προθεσμιακών πράξεων στη Γαλλία. Τα πράγματα θα μπορούσαν να έχουν διαφορετικά, αν το οφειλόμενο γι' αυτή την παροχή απλών τραπεζικών υπηρεσιών, δηλαδή οι προμήθειες και τα έξοδα, δεν έχουν ακόμα καταβληθεί. Στην περίπτωση αυτή, θα μπορούσε να υποστηριχτεί ότι η μεταφορά κατοικίας του εφεσιβλήτου πριν τον οριστικό διακανονισμό των υποχρεώσεων που απορρέουν από τις παροχές απλών τραπεζικών υπηρεσιών δημιουργεί εκ των υστέρων το αναγκαίο στοιχείο της διελεύσεως των συνόρων. Κατά τη γνώμη μου, το ερώτημα αυτό μπορεί πάντως να παραμείνει ανοιχτό εν προκειμένω, διότι η κύρια δίκη έχει βεβαίως ως κύριο αντικείμενο την απόδοση της βραχυπρόθεσμης πιστώσεως που χορηγήθηκε, δηλαδή κίνηση κεφαλαίων που διέπεται όχι από τα άρθρα 59 επ., αλλά από το άρθρο 67 της Συνθήκης· εντούτοις, δεδομένου ότι η σχέση μεταξύ τράπεζας και δανειζομένου πρέπει να κριθεί σε άλλο κράτος μέλος, ο εφεσίβλητος αναφέρεται στην αρχική τραπεζική υπηρεσία και συνάγει από αυτό ότι η αξίωση της εφεσείουσας δεν είναι δικαστικώς επιδιώξιμη. Εισερχόμενοι κατ' αυτό τον τρόπο στην ουσία του ζητήματος, αποδεικνύεται ότι η διενέργεια προθεσμιακών χρηματιστηριακών πράξεων, ως απλή τραπεζική υπηρεσία, δεν μπορεί να θεωρηθεί ως συντελεσθείσα εγχώρια γαλλική συναλλαγή. Έτσι, έστω και αν υποτεθεί ότι ο εφεσίβλητος ήταν μόνο κάτοικος Γαλλίας και έδωσε όλες τις εντολές εντός της χώρας αυτής, η επέκταση των αρχικών απλών τραπεζικών υπηρεσιών αρκεί ώστε οι συναλλακτικές σχέσεις των μερών να υπαχθούν στα άρθρα 59 και 60 της Συνθήκης.

II — Στην παρούσα υπόθεση, ο περιορισμός, του οποίου το συμβιβαστό προς τα άρθρα 59 επ. της Συνθήκης ΕΟΚ μόλις εξετάσαμε, έγκειται στο γεγονός ότι μια αστικής φύσεως αξίωση που η εφεσείουσα απέκτησε κατά το γαλλικό δίκαιο δεν μπορεί να επιδιωχτεί δικαστικώς εντός της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, καθόσον τα γερμανικά δικαστήρια, μολόνοτι και αυτά αναγνωρίζουν την αρχή του εφαρμοσίμου εν προκειμένω του γαλλικού δικαίου, εφαρμόζουν ειδικούς νομικούς κανόνες του ουσιαστικού γερμανικού δικαίου που αφορούν αξιώσεις του επιδίκου στην παρούσα υπόθεση είδους, οι οποίες δεν

μπορούν να επιδιωχτούν δικαστικώς ή αφορούν τη γερμανική δημόσια τάξη (άρθρο 30 του Εισαγωγικού Νόμου του Γερμανικού Αστικού Κώδικα).

Με το πρώτο ερώτημα του παραπέμποντος δικαστηρίου ερωτάται αν η λόγω απόφανση περί απαραδέκτου, που στηρίζεται εν προκειμένω στην ένσταση εκ παιγνίου, είναι, σε περίπτωση όπως η παρούσα, αντίθετη προς τα άρθρα 59 και 60 της Συνθήκης ΕΟΚ.

Για να κριθεί αν η εφαρμογή και η ερμηνεία που δίδει κατά το γερμανικό δίκαιο το παραπέμπον δικαστήριο πρέπει να θεωρηθούν ως περιορισμός στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών που απαγορεύεται από τα άρθρα 59 επ. της Συνθήκης ΕΟΚ, πρέπει να γίνει αναφορά πρώτον στο Γενικό Πρόγραμμα για την κατάργηση των περιορισμών στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών της 18ης Δεκεμβρίου 1961 (ABl. 1962, αριθ. 1, σ. 32), το οποίο, για την περίπτωση της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών στον τομέα των άμισθων δραστηριοτήτων των τραπεζών και λοιπών χρηματοπιστωτικών ιδρυμάτων, όπως το εν προκειμένω, εκτελέστηκε με την οδηγία 73/183/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 28ης Ιουνίου 1973 (ΕΕ ειδ. έκδ. 06/001, σ. 147).

Για τις απλές τραπεζικές υπηρεσίες (βλ. άρθρο 2, πρώτη παράγραφος της οδηγίας), το άρθρο 1, πρώτη παράγραφος της οδηγίας παραπέμπει στους περιορισμούς που αναφέρει ο τίτλος ΙΙΙ του Γενικού Προγράμματος, τους οποίους τα κράτη μέλη οφείλουν να καταργήσουν.

1. Η οικονομία και ο σκοπός του Γενικού Προγράμματος μπορούν να περιγραφούν καλύτερα έχοντας υπόψη τους κανόνες του τίτλου ΙΙΙ/Α, παράγραφος 1, Β, C και D, παράγραφος 1. Ο τίτλος ΙΙΙ/Α απαγορεύει «κάθε απαγόρευση ή κάθε πρόσκομμα στις μη έμμισθες δραστηριότητες του παρέχοντος υπηρεσίες, που συνίσταται σε διαφορετική μεταχείριση σε σχέση με τους υπηκόους (...)». Ο κανόνας αυτός συγκεκριμενοποιείται αμέσως μετά. Στην παράγραφο Α, 3 ορίζεται: «Το ίδιο ισχύει για τις διατάξεις και πρακτικές οι οποίες, έναντι των αλλοδαπών και μόνο, αποκλείουν, περιορίζουν ή εξαρτούν από όρους τη δυνατότητα ασκήσεως των δικαιωμάτων που συνήθως συνδέονται με την παροχή υπηρεσιών (...)».

Σύμφωνα με τον τίτλο ΙΙΙ/Β, είναι παράνομη «κάθε απαγόρευση ή παρακώλυση στη μετακίνηση του αντικειμένου ή του υλικού στο οποίο συνίσταται η παροχή υπηρεσίας ή του οργάνου, των μηχανών, μηχανισμών και λοιπών επικουρικών μέσων που χρησιμοποιούνται κατά την παροχή της».

Οι τίτλοι ΙΙΙ/C και D απαγορεύουν τους περιορισμούς στη μεταφορά των αναγκαίων οικονομικών μέσων για την εκτέλεση της παροχής υπηρεσιών και για την πληρωμή της, όταν η παροχή των υπηρεσιών περιορίζεται μόνο από περιορισμούς σχετικούς με την πληρωμή τους.

Από τις διατάξεις αυτές καθίσταται σαφές ότι πρόκειται προεχόντως για την κατάργηση των περιορισμών στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών οι οποίοι απορρέουν από νομοθετικές διατάξεις περί *αλλοδαπών*, δηλαδή διατάξεις που μεταχειρίζονται τους αλλοδαπούς διαφορετικά από τους ημεδαπούς ή ακόμα — σύμφωνα με τα σημεία Β έως D — των περιορισμών που απορρέουν από διατάξεις μη οικονομικής φύσεως και διατάξεις περί συναλλάγματος.

Η παρούσα υπόθεση δεν έχει προδήλως ως αντικείμενο περιορισμούς αυτού του είδους, καθόσον το γεγονός ότι η εφεσείουσα είναι *αλλοδαπό* νομικό πρόσωπο δεν έχει απολύτως καμιά σημασία.

2. Το Γενικό Πρόγραμμα περιέχει εξάλλου, στην τελευταία παράγραφο του τίτλου III/A, μια τελευταία διάταξη, σύμφωνα με την οποία, εξάλλου, «περιορισμούς συνιστούν οι όροι από τους οποίους μια διάταξη (...) εξαρτά την παροχή υπηρεσιών και οι οποίοι, μολονότι εφαρμοστέοι ανεξαρτήτως ιθαγενείας, εμποδίζουν αποκλειστικώς ή κυρίως την παροχή των υπηρεσιών αυτών από τους αλλοδαπούς». Είναι αμφίβολο αν ο περιορισμός που διαπιστώνεται στην παρούσα υπόθεση αποτελεί πράγματι μια από τις δυσμενείς διακρίσεις εις βάρος των αλλοδαπών όπως γίνεται μνεία στην παράγραφο αυτή. Κατά τη γνώμη μου, οι κανόνες της γερμανικής νομοθεσίας περί χρηματιστηρίων δεν πρέπει να θεωρηθούν ως προϋπόθεση τιθέμενη στην παροχή υπηρεσιών η οποία εμποδίζει αποκλειστικά ή κυρίως τους αλλοδαπούς. Κατά το μέτρο που οι γερμανικές διατάξεις παρέχουν επίσης την εκ παιγνίου ένσταση κατά των πράξεων που διενεργούνται σε αλλοδαπά χρηματιστήρια, θίγουν βεβαίως και κυρίως ένα ποσοστό αλλοδαπών, πλην όμως στον κανόνα του τίτλου III/A δεν πρέπει να δοθεί η έννοια ότι επιβάλλει να τίθενται στην ίδια μοίρα οι πράξεις που διενεργούνται στην αλλοδαπή από αλλοδαπούς και οι πράξεις που διενεργούνται στο εθνικό έδαφος από ημεδαπούς. Αντίθετα, το γεγονός ότι η διάταξη αυτή έχει παρεμβληθεί στον τίτλο III εμφαίνει ότι οι απαγορευόμενοι περιορισμοί πρέπει να αναφέρονται σε *πράξεις* που εκτελούνται στο *εθνικό έδαφος* από αλλοδαπούς. Η διάταξη αυτή δεν περιέχει καμιά γενικής φύσεως *υποχρέωση* περί ίσης μεταχειρίσεως.

3. Όσον αφορά την παραπομπή που κάνει η Επιτροπή στην οδηγία 63/340/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 31ης Μαρτίου 1963 (ABl. 1963, αριθ. 86, σ. 1609) περί της καταργήσεως κάθε απαγορεύσεως ή παρακωλύσεως στην πληρωμή των υπηρεσιών, όταν οι μόνοι περιορισμοί στην ανταλλαγή υπηρεσιών είναι οι διέποντες τέτοιες πληρωμές, η οδηγία αυτή αφορά αποκλειστικά, όπως αποδεικνύεται από τις αιτιολογικές της σκέψεις και διατάξεις, ορισμένους περιορισμούς δημοσίου δικαίου στις πληρωμές που αφορούν παροχές υπηρεσιών — ειδικότερα τους περιορισμούς που απορρέουν από διατάξεις μη οικονομικού δικαίου ή διατάξεις περί συναλλάγματος — και όχι ζητήματα αστικού δικαίου ή ασκήσεως δικαιωμάτων που απορρέουν από συμβάσεις παροχής υπηρεσιών. Πράγματι, η «σύγκριση» η οποία, σύμφωνα με το υπόμνημα της Επιτροπής, «επιβάλλεται» δεν είναι επομένως δυνατή.

4. Είναι σαφές ότι η Επιτροπή δεν θέλει να εφαρμόσει τις διατάξεις του Γενικού Προγράμματος και της ανωτέρω οδηγίας κατά τρόπο άμεσο, αλλά χρησιμοποιεί τις διατάξεις αυτές απλώς και μόνο ως ενδείξεις προκειμένου να θεμελιώσει την άποψή της απευθείας στο άρθρο 59 της Συνθήκης ΕΟΚ, προς το οποίο είναι ασυμβίβαστοι οι απορρέοντες από το γερμανικό δίκαιο περιορισμοί.

Στην πραγματικότητα, η διάφορη μεταχείριση που απορρέει από τη γερμανική νομολογία δεν αποτελεί απαγορευόμενο από τα άρθρα 59 επ. της Συνθήκης ΕΟΚ περιορισμό, διότι οι διατάξεις αυτές αφορούν αποκλειστικά — προεχόντως — τη μεταχείριση των ημεδαπών. Όμως, στην παρούσα υπόθεση το επίμαχο αντικείμενο δεν είναι η μεταχείριση των ημεδαπών. Σε μια παρόμοια κατάσταση, η ένσταση εκ παιγνίου θα μπορούσε να προβληθεί τόσο κατά γερμανικής τράπεζας όσο και κατά γαλλικής. Στην αντίστροφη περίπτωση των μακροπρόθεσμων πράξεων που συντελούνται στο εθνικό έδαφος, ο κερδοσκόπος δεν θα

μπορούσε να κάνει χρήση της ενστάσεως εκ παιγνίου, έστω και αν είχε διενεργήσει τις πράξεις αυτές μέσω εθνικής θυγατρικής μιας αλλοδαπής τράπεζας.

Τα άρθρα 59 επ. της Συνθήκης ΕΟΚ δεν απαιτούν, όπως σαφώς φαίνεται από το άρθρο 60, τρίτη παράγραφος και το Γενικό Πρόγραμμα του 1961, να επιτρέπεται στους αλλοδαπούς να παρέχουν υπηρεσίες οι οποίες απαγορεύονται στους ημεδαπούς. Η *ειδική* απαγόρευση διακρίσεων των άρθρων 59 επ., τα οποία συγκεκριμενοποιούν τη γενική απαγόρευση διακρίσεων του άρθρου 7 της Συνθήκης ΕΟΚ, δεν έχει ως επιστέγασμα μια *υποχρέωση* προνομιακής μεταχειρίσεως των αλλοδαπών που παρέχουν υπηρεσίες, η οποία θα οδηγούσε πράγματι σε διάκριση εις βάρος των ημεδαπών οι οποίοι παρέχουν υπηρεσίες.

Η άποψη αυτή συμφωνεί με τη γνώμη που επικρατεί καθαρώς μεταξύ των συγγραφέων.

Έτσι, στο *Commentar zum EWG Vertrag* (Σχόλια επί της Συνθήκης ΕΟΚ) σημείωση I, 2 b, επί του άρθρου 59, του von Groeben-Boeckh-Thiesing, μπορεί να διαβάσει κανείς ότι η πλήρης ελευθερία παροχής υπηρεσιών, δηλαδή η δυνατότητα παροχής υπηρεσιών με την ίδια μορφή στο εθνικό έδαφος και στην αλλοδαπή — πράγμα το οποίο είναι αυτό που τελικά αξιώνει εν προκειμένω η εφεσείουσα — δεν μπορεί να επιτευχθεί με ελεύθερωση, αλλά μόνο μέσω της προσεγγίσεως των νομοθεσιών. Στο έργο του περί του Ευρωπαϊκού Κοινοτικού Δικαίου, ο Ipsen γράφει (σ. 645): «Η θέσπιση των ελευθεριών αποβλέπει στην κατάργηση των δυσμενών διακρίσεων και όχι στην απάλειψη των περιορισμών οι οποίοι, σε κάθε κράτος μέλος, έχουν εφαρμογή επίσης και στους ημεδαπούς. Η ελευθέρωση εντός ενός κράτους μέλους δεν απαλείφει επομένως τους περιορισμούς μιας ελευθερίας που το εσωτερικό δίκαιο ενός κράτους προβλέπει για τους υπηκόους του κράτους αυτού. Κατά το μέτρο δε που τέτοιοι περιορισμοί υφίστανται, εφαρμόζονται επίσης νομίμως στους υπηκόους άλλων κρατών μελών, χωρίς βεβαίως να αποτελούν δυσμενή διάκριση». Η ίδια γνώμη υποστηρίζεται επίσης από το Maestripieri (*La libre circulation des personnes et des services dans la CEE*, 1972, σ. 47-53).

III — Μπορεί επίσης να ανακύψει το ερώτημα αν η εφαρμογή της γερμανικής νομοθεσίας περί χρηματιστηρίων, προσφεύγοντας στο γερμανικό ιδιωτικό διεθνές δίκαιο, παραβιάζει ίσως άλλες διατάξεις της Συνθήκης, όπως τα άρθρα 59 επ. Δεδομένου ότι, κατόπιν της απορρίψεως των προϋποθέσεων εφαρμογής των άρθρων 59 επ., δεν μπορεί πλέον να γίνει επίκληση του άρθρου 7, εναπομένει πλέον η διάταξη του άρθρου 5, δεύτερη παράγραφος, της Συνθήκης ΕΟΚ, η οποία ορίζει ότι τα κράτη μέλη «απέχουν από κάθε μέτρο που δύναται να θέσει σε κίνδυνο την πραγματοποίηση των σκοπών της παρούσης Συνθήκης».

Σχετικώς, πρόκειται τελικώς για το ερώτημα αν οι δυσμενείς διακρίσεις που απορρέουν κατ' ανάγκη από τα διάφορα νομικά συστήματα των κρατών μελών, συμπεριλαμβανομένων των διαφόρων συστημάτων του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου, εμποδίζουν την εύρυθμη λειτουργία της Κοινής Αγοράς κατά τρόπο ώστε οι σχετικοί περιορισμοί θα έπρεπε να θεωρηθούν αυτομάτως ως απαγορευόμενοι. Αυτό όμως δεν συμβαίνει. Η Συνθήκη ξεκινά από τη βάση ότι τα νομικά συστήματα των κρατών μελών διαφέρουν και προβλέπει την προσέγγιση των νομοθεσιών στα άρθρα 100 επ., με σκοπό να απαλείψει κάθε εντεύθεν διατάραξη της λειτουργίας της Κοινής Αγοράς. Στην παρούσα υπόθεση, η «διατάραξη» απορρέει, αφενός, από τις διαφορές μεταξύ των διοικητικών διατάξεων των

κρατών μελών σχετικά με τα χρηματιστήρια και, αφετέρου, από το γεγονός ότι η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας επεκτείνει μονομερώς την κανονιστική της ρύθμιση περί χρηματιστηρίων, μέσω του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου, σε καταστάσεις πραγμάτων που εντοπίζονται στην αλλοδαπή. Η «διατάραξη» αυτή μπορεί επομένως να απαλειφθεί, πρώτον, με την εναρμόνιση των νομοθεσιών περί χρηματιστηρίων και, δεύτερον, με την ομοιομορφοποίηση του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου.

Θα ήθελα πάντως να παρατηρήσω ότι, όταν τα εθνικά δικαστήρια εφαρμόζουν το εθνικό τους δίκαιο και το ιδιωτικό διεθνές δίκαιο του κράτους τους, οφείλουν να υιοθετούν μια πολιτική «διαπνεόμενη από τους κανόνες της Συνθήκης». Έτσι, για παράδειγμα, μια εξεζητημένη και, επομένως, απρόσφορη ερμηνεία της αρχής της «δημόσιας τάξης» θα μπορούσε εντέλει να αποτελέσει παραβίαση της Συνθήκης ΕΟΚ, από την οποία πρέπει να απέχουν όλα τα όργανα των κρατών μελών, συμπεριλαμβανομένων των δικαστηρίων τους, σύμφωνα με το βασικό κανόνα του άρθρου 5. Αυτό πρέπει να το λάβει υπόψη του, στην έκδοση της απόφασής του, το Oberlandesgericht της Κολωνίας.

IV — Συνοψίζοντας, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η εφαρμογή της γερμανικής νομοθεσίας περί χρηματιστηρίων και του γερμανικού αστικού δικαίου, μέσω του γερμανικού ιδιωτικού διεθνούς δικαίου, σε υπόθεση όπως η παρούσα, δεν προσκρούει, αυτή καθαυτή, στην απαγόρευση των διακρίσεων των άρθρων 59 και 60 της Συνθήκης ΕΟΚ. Εντός των ορίων που προσδιόρισα για την ερμηνεία των γερμανικών διατάξεων, η ίδια διαπίστωση επιβάλλεται για το άρθρο 5 της Συνθήκης ΕΟΚ.

Ομοίως, το ερώτημα που συνίσταται σε ποια έκταση μπορεί να ασκήσει επιρροή η ικανότητα διενεργείας προθεσμιακών χρηματιστηριακών πράξεων κατά την έννοια του άρθρου 53 του γερμανικού νόμου περί χρηματιστηρίων αποτελεί ζήτημα ερμηνείας του ουσιαστικού εφαρμοστέου γερμανικού δικαίου, πράγμα το οποίο αποτελεί έργο των γερμανικών δικαστηρίων.

Τελειώνοντας, προτείνω να δοθεί η ακόλουθη απάντηση στα ερωτήματα που υπέβαλε το εθνικό δικαστήριο:

«Τα άρθρα 59 και 60 της Συνθήκης ΕΟΚ δεν αποκλείουν, αυτά καθαυτά, την εφαρμογή στην παρούσα υπόθεση της γερμανικής νομοθεσίας περί χρηματιστηρίων και του γερμανικού αστικού δικαίου μέσω του γερμανικού ιδιωτικού διεθνούς δικαίου.»