

ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ

Ιάκωβος Ε. Βενιέρης
Λέκτορας Νομικής Αθηνών
Π. Ιωακείμ 58, Κολωνάκι
τηλ. 2107248839, fax 2107249168
ven@valaw.gr

Ιστορικό

Ετέθησαν υπόψη μου προς αξιολόγηση τα παρακάτω πραγματικά περιστατικά:

Συγκεκριμένο πιστωτικό ίδρυμα παρέχει σε καταναλωτές στεγαστικά δάνεια με σημείο αναφοράς το ελβετικό φράγκο. Η αποπληρωμή των δανείων αυτών συμφωνήθηκε να γίνεται με ρήτρα συναλλαγματικής ισοτιμίας. Προς αυτήν την κατεύθυνση, ενσωματώθηκε ΓΟΣ στις συμβάσεις στεγαστικού δανείου που ορίζει ότι «εφόσον το δάνειο ή οποιοδήποτε τμήμα αυτού έχει χορηγηθεί σε συνάλλαγμα ο/οι οφειλέτης/ες υποχρεούται/ούνται να εκπληρώσει/σουν τις εντεύθεν υποχρεώσεις του/τους προς την Τράπεζα είτε στο νόμισμα της χορήγησης, είτε σε EURO με βάση την τρέχουσα τιμή πώλησης του νομίσματος χορήγησης την ημέρα της καταβολής».

Το άρθρο 1 παρ. 2 της Οδηγίας 93/13/ΕΟΚ (σχετικά με τις καταχρηστικές ρήτρες των συμβάσεων που συνάπτονται με καταναλωτές) ορίζει ότι «οι ρήτρες της σύμβασης που απηχούν νομοθετικές ή κανονιστικές διατάξεις αναγκαστικού δικαίου καθώς και διατάξεις ή αρχές διεθνών συμβάσεων στις οποίες έχουν προσχωρήσει τα κράτη μέλη ή η Κοινότητα, ιδίως στον τομέα των μεταφορών, δεν υπόκεινται στις διατάξεις της παρούσας οδηγίας. Η έκφραση "νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις αναγκαστικού δικαίου" που αναφέρεται στο άρθρο 1 παράγραφος 2 καλύπτει επίσης τους κανόνες οι οποίοι εφαρμόζονται κατά νόμον μεταξύ των συμβαλλομένων, εάν δεν έχει συμφωνηθεί άλλως».

Το άρθρο 291 ΑΚ ορίζει ότι «Όταν πρόκειται για χρηματική οφειλή σε ξένο νόμισμα που πρέπει να πληρωθεί στην Ελλάδα, ο οφειλέτης, αν δεν συμφωνήθηκε το αντίθετο, έχει δικαίωμα να πληρώσει σε εγχώριο νόμισμα με βάση την τρέχουσα αξία του ξένου νομίσματος στο χρόνο και τον τόπο της πληρωμής».



ΕΡΩΤΑΤΑΙ:

- 1) Το άρθρο 291 ΑΚ εμπίπτει στην έννοια της διάταξης, στην οποία αναφέρεται το άρθρο 1 παρ. 2 της παραπάνω Οδηγίας;
- 2) Ποιες εν γένει οι προϋποθέσεις εξαίρεσης κατά την έννοια του άρθρου 1 παρ. 2 της παραπάνω Οδηγίας;

ΑΠΑΝΤΗΣΕΙΣ

Α. Εξαίρεση από τον έλεγχο των ΓΟΣ που απηχούν διατάξεις αναγκαστικού δικαίου

Ι. Δικαιοπολιτικός λόγος αυτής της εξαίρεσης

Το άρθρο 1 παρ. 2 της παραπάνω Οδηγίας κάνει ρητή αναφορά στις νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις των κρατών μελών, οι οποίες όμως είναι αναγκαστικού δικαίου. Αυτές οι διατάξεις ακόμα και αν αποτελέσουν περιεχόμενο της καταναλωτικής συμφωνίας προμηθευτή-καταναλωτή και περιεχόμενο του συμβατικού τους κειμένου, δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της παραπάνω Οδηγίας. Κατ' επέκταση δεν εμπίπτουν στον διενεργούμενο από τον δικαστή έλεγχο περί καταχρηστικότητας και νομιμότητας του σχετικού ΓΟΣ.

Ο λόγος είναι ότι υπό τον έλεγχο του δικαστή τίθενται όροι, οι οποίοι α) είτε ρυθμίζουν θέματα που δεν καλύπτονται από διατάξεις αναγκαστικού ή ενδοτικού δικαίου β) είτε εισάγουν απόκλιση από τις ρυθμίσεις και την καθοδηγητική λειτουργία διατάξεων ενδοτικού δικαίου¹. Δεν τίθενται όμως υπό τον έλεγχο του δικαστή ΓΟΣ οι οποίοι ενσωματώνουν διάταξη αναγκαστικού δικαίου. Η δικαιοπολιτική αιτία έγκειται στο γεγονός, ότι ο δικαστής καλείται να εκτιμήσει, αξιολογήσει και ελέγξει τη στάθμιση των συμφερόντων και την ανάγκη προστασίας του ασθενέστερου συμβαλλομένου όπως διαμορφώθηκαν από τα ίδια τα συμβαλλόμενα μέρη. Καλείται να αξιολογήσει την καταχρηστικότητα και την παρανομία ενός συμβατικού όρου που τέθηκε από τα δύο συμβαλλόμενα μέρη.

Δεν καλείται ο δικαστής να αξιολογήσει το περιεχόμενο ενός ΓΟΣ αν επαναλαμβάνει το περιεχόμενο μιας διάταξης αναγκαστικού δικαίου. Ένας τέτοιος ΓΟΣ αντιμετωπίζεται ως διάταξη δικαίου, που ενσωματώνεται στην

¹ Παμπούκης, παρατ. ΠΠρΘεσσ 18171/1997 ΕπισκΕΔ 1997 σ. 1015. Βλ. και ΑΠ 561/2014 ΧριΔ 2014 σ. 622, ΑΠ 296/2001 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 2123/2009 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 652/2010 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1219/2001 ΝΟΜΟΣ.

συμβατική σχέση². Ο εθνικός νομοθέτης εισάγοντας τη συγκεκριμένη διάταξη στο νομικό σύστημα έχει ήδη προβεί σε εξισορρόπηση του συνόλου των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των ενδιαφερομένων, καθιστώντας περιττό έναν επιπλέον δικαστικό έλεγχο³. Αν υπήρχε δικαστικός έλεγχος, θα οδηγούσε κατά αποτέλεσμα το δικαστή στην αξιολόγηση του νομοθέτη και του έργου του, από τις διατάξεις του οποίου δεσμεύεται⁴. Δηλαδή η αξιολόγηση ενός ΓΟΣ που επαναλαμβάνει αναγκαστικού δικαίου διάταξη θα οδηγούσε σε αξιολόγηση της νομιμότητας του περιεχομένου της ίδιας της νομοθετικής διάταξης. Αυτό θα επιτρεπόταν μόνο στο πλαίσιο συνταγματικού ελέγχου της διάταξης και όχι στο πλαίσιο ελέγχου κατά το δίκαιο του καταναλωτή. Σε διαφορετική περίπτωση ένας τέτοιος έλεγχος από τον δικαστή ενδεχομένως θα έθετε και ζήτημα παραβίασης της διάκρισης των εξουσιών κατά το άρθρο 26 παρ. 1 του Συντάγματος αλλά και παραβίασης του άρθρου 87 παρ. 2 του Συντάγματος.

II. Εκτός εξαίρεσης το άρθρο 291 ΑΚ – διάταξη ενδοτικού δικαίου

Η διάταξη του άρθρου 1 παρ. 2 της παραπάνω Οδηγίας που δικαιολογικώς ορθώς εισάγει την παραπάνω εξαίρεση από τον αντίστοιχο έλεγχο αφορά μόνο σε διατάξεις κανονιστικού και νομοθετικού περιεχομένου, οι οποίες όμως είναι αναγκαστικό δίκαιο. Η προϋπόθεση της «αναγκαστικότητας» του δικαίου αφορά τόσο στις κανονιστικές όσο και στις νομοθετικές διατάξεις⁵. Και αποτελεί ρητή επιταγή του κοινοτικού νομοθέτη, η οποία έχει επισημανθεί και από την κοινοτική νομολογία. Δηλαδή επισημαίνεται από την κοινοτική νομολογία, ότι «η εξαίρεση αυτή απαιτεί τη συνδρομή δύο προϋποθέσεων. Αφενός, η συμβατική ρήτρα πρέπει να απηχεί νομοθετική ή κανονιστική διάταξη και αφετέρου, αυτή η νομοθετική διάταξη πρέπει να είναι διάταξη αναγκαστικού δικαίου»⁶. Ουσιαστικά, ο ΓΟΣ θα πρέπει να επαναλαμβάνει διάταξη δικαίου που λόγω του αναγκαστικού της χαρακτήρα, το περιεχόμενό της θα εφαρμοζόταν ακόμα και αν τα μέρη δεν το επεδίωκαν⁷.

² Βλ. Coester, in Staudinger AGB-Recht, 2013, § 307 Rn 289.

³ Βλ. ΔΕΚ Υπόθεση C-280/13 σκέψη 28. Βλ. και Stoffels, ABG-Recht, 2003 Rn 424, Fuchs, in Ulmer-Brandner-Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., § 307 Rn 17.

⁴ Έτσι και γερμανική νομολογία ρητώς βλ. σε BGHZ 91 σ. 55επ., BGHZ 106 σ. 263, BGH NJW-RR 2001 σ.743επ., BGHZ 150 σ. 272. Βλ. και Δέλλιο, Γενικοί όροι συναλλαγών, β έκδοση, αρ. 238επ. Βλ. και Coester, in Staudinger AGB-Recht, 2013, § 307 Rn 290.

⁵ Ρητώς έτσι σε αγγλική διατύπωση Οδηγίας «mandatory statutory or regulatory provisions». Η διατύπωση στο γερμανικό κείμενο της οδηγίας είναι «bindenden Rechtsvorschriften». Και οι δύο διατυπώσεις καταλαμβάνουν εντός της έννοιας της «αναγκαστικότητας» κάθε είδους διάταξη.

⁶ ΔΕΚ Υπόθεση C-34/13 σκέψη 78.

⁷ Βλ. Pfeiffer, in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, 6. Auflage § 307 Rn 331.

ΕΦΗΜΕΡΙΔΑ
ΤΗΣ ΚΥΒΕΡΝΗΣΕΩΣ
ΤΟΥΛΟΓΟΥ
80473
ΚΑΙ 106 76
ΑΘΗΝΩΝ
37853

Το άρθρο 291 ΑΚ όμως εισάγει διάταξη ενδοτικού δικαίου⁸. Δεν αποτελεί διάταξη αναγκαστικού δικαίου και αυτό διαφαίνεται και από το γράμμα της διάταξης που αναφέρεται σε διαζευκτική ευχέρεια των μερών («αν δεν συμφωνήθηκε το αντίθετο»). Συνεπώς, δεν μπορεί να εμπίπτει στις περιπτώσεις, του άρθρου 1 παρ. 2 της παραπάνω Οδηγίας ένας ΓΟΣ που επαναλαμβάνει κατά περιεχόμενο τη διάταξη του άρθρου 291 ΑΚ. Το άρθρο 1 παρ. 2 της Οδηγίας αναφέρεται μόνο σε αναγκαστικό δίκαιο και τέτοια διάταξη δεν εισάγεται εκ του άρθρου 291 ΑΚ και κατά αποτέλεσμα ακόμα και αν ένας ΓΟΣ επαναλαμβάνει το περιεχόμενο του άρθρου 291 ΑΚ δεν εμπίπτει στην εξαίρεση του παραπάνω άρθρου της παραπάνω Οδηγίας.

Β. Προϋποθέσεις εξαίρεσης από τον έλεγχο ΓΟΣ που απηχούν νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις

Σε κάθε περίπτωση πρέπει να αναλυθούν οι προϋποθέσεις, υπό τις οποίες κατά το άρθρο 1 παρ. 2 της παραπάνω Οδηγίας ένας ΓΟΣ δεν ελέγχεται στον βαθμό που απηχεί μία διάταξη κανονιστικού ή νομοθετικού περιεχομένου.

Ι. Διάταξη που αντιστοιχεί στον τύπο της καταναλωτικής σύμβασης

Για να εξαιρεθεί του ελέγχου ο ΓΟΣ που ενσωματώνει διάταξη αναγκαστικού δικαίου, πρέπει η διάταξη να ανταποκρίνεται στο ρυθμιστικό πλαίσιο, στο οποίο υπάγεται η καταναλωτική σύμβαση. Πρέπει δηλαδή να συνάδουν η διάταξη αναγκαστικού δικαίου και το περιεχόμενό της με τον σκοπό, την λειτουργία και την φύση της συμβατικής σχέσης που θεμελιώνουν τα συμβαλλόμενα μέρη (προμηθευτής και καταναλωτής)⁹. Αν ο ΓΟΣ ενσωματώνει μία νομοθετική διάταξη, η οποία δεν εμφανίζεται ως κανόνας δικαίου στον συμβατικό τύπο που έχουν επιλέξει τα συμβαλλόμενα μέρη, τότε η συμβατική αυτή ρύθμιση, ακόμα και αν ενσωματώνει αναγκαστικού δικαίου διάταξη, ελέγχεται όπως κάθε ΓΟΣ και σε καμία περίπτωση δεν εξαιρείται του ελέγχου¹⁰.

Αυτό οφείλεται στο γεγονός ότι ο νομοθέτης με βάση την στάθμιση συμφερόντων που έκανε δεν επέλεξε αυτήν την διάταξη ως αναγκαστικό

⁸ ΠΠρΞανθ 23/2014 ΕΕμπΔ 2014 σ. 713, ΜΠρΠατρ 973/1988 ΝοΒ 1989 σ. 277. Βλ. και Γαζή, ΕρμΑΚ άρθρο 291 αρ. 5 που κάνει λόγο για «επιτρεπτικό κανόνα» και δικαίωμα των μερών να συμφωνήσουν διαφορετικώς. Ομοίως περί ενδοτικού δικαίου βλ. Ταμπάκη, σε Γεωργιάδη-Σταθόπουλο ΑΚ άρθρο 291 αρ. 5, Βαθρακοκοίλης, ΕρνομΑΚ άρθρο 291 αρ. 1, Κοντογεωργακόπουλος, σε ΣΕΑΚ (επιμ. Γεωργιάδης) άρθρο 291 αρ. 1.

⁹ Έτσι βλ. BGH NJW 1997 σ. 193, BGH NJW 1993 σ. 2369, BGH NJW 1999 σ. 2279, BGH NJW 2001 σ. 2012, BGH NJW-RR 2008 σ. 189, OLG München NJW 2012 σ. 1664, Pfeiffer, in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, 6. Auflage § 307 Rn 334.

¹⁰ Βλ. BGH NJW 2012 σ. 2342, Stoffels, ABG-Recht, 2003 Rn 432, Wolf/Lindacher/Pfeiffer, 6. Auflage § 307 Rn 335.

δικαίο για το ρυθμιστικό πλαίσιο της συγκεκριμένης καταναλωτικής σύμβασης. Αντιθέτως, τα συμβαλλόμενα μέρη κατέστησαν την διάταξη αυτή αναγκαστικό περιεχόμενο της σχέσης τους. Η ενδεχόμενη βούληση των συμβαλλομένων μερών να επεκτείνουν την εφαρμογή της διάταξης αναγκαστικού δικαίου στην δική τους καταναλωτική σύμβαση, δεν μπορεί να εξομοιωθεί από άποψη ασφάλειας δικαίου με την εκ μέρους του εθνικού νομοθέτη εξισορρόπηση του συνόλου των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων των συμβαλλομένων μερών¹¹. Πρέπει να επέμβει ο δικαστής και εντός του δικού του ελέγχου να εξετάσει την νόμιμη και ισορροπημένη στάθμιση των συμφερόντων των συμβαλλομένων. Η ανάγκη αυτή επιτείνεται από το γεγονός ότι ουσιαστικώς η ενσωμάτωση της συγκεκριμένης διάταξης αναγκαστικού δικαίου στην καταναλωτική σύμβαση γίνεται με μονομερή πρωτοβουλία του προμηθευτή και όχι κατόπιν αμοιβαίων διαπραγματεύσεων του με τον αντισυμβαλλόμενο του (καταναλωτή).

Προς αυτήν την κατεύθυνση η γερμανική νομολογία έχει επιβάλει τον έλεγχο ΓΟΣ που επέβαλε την εφαρμογή διάταξης αναγκαστικού δικαίου εκ των μισθώσεων σε συμβατική σχέση παροχής υπηρεσιών προς καταναλωτή¹². Ομοίως ελέγχεται ΓΟΣ που ενσωματώνει διάταξη περί επιβάρυνσης με δαπάνες και έξοδα εκτέλεσης εντολής σε σύμβαση καταναλωτικού δανείου, καθώς μια τέτοια διάταξη δεν συνάδει με τον συγκεκριμένο τύπο καταναλωτικής σύμβασης¹³. Προς την ίδια κατεύθυνση και με το ίδιο σκεπτικό ελέγχονται και ΓΟΣ που περιέχουν κείμενο διάταξης, αν οδηγεί σε μονομερή επιβάρυνση μόνο του καταναλωτή και σε ανάληψη όλων των ενδεχόμενων κινδύνων μόνο από αυτόν¹⁴. Συνεπώς, η ενσωμάτωση μέσω ΓΟΣ κάποιων διατάξεων που δεν εμφανίζονται κανονικά στο ρυθμιστικό πλαίσιο του συμβατικού τύπου της συγκεκριμένης καταναλωτικής σύμβασης οδηγεί σε δικαστικό έλεγχο του ΓΟΣ και του περιεχομένου του.

Η παραπάνω προϋπόθεση έχει ιδιαίτερη σημασία αλλά και δικαιολογητική βάση. Κατά τη νομολογία του ΔΕΚ πρέπει να ελέγχονται τέτοιοι ΓΟΣ, οι οποίοι ενσωματώνουν διατάξεις εκτός του συγκεκριμένου νομοθετικού πλαισίου του συγκεκριμένου τύπου καταναλωτικής σύμβασης. Σε διαφορετική περίπτωση «οι επαγγελματίες θα μπορούσαν ευχερώς να αποφύγουν τον έλεγχο καταχρηστικότητας των ρητρών που δεν αποτέλεσαν αντικείμενο ατομικής διαπραγματεύσεως με καταναλωτή ακολουθώντας για τις ρήτρες των συμβάσεών τους τη διατύπωση που προβλέπει η εθνική νομοθεσία για τις ρήτρες ορισμένων κατηγοριών συμβάσεων. Το σύνολο όμως των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων που απορρέουν από σύμβαση που καταρτίζεται με αυτόν τον τρόπο δεν αντιστοιχεί κατ' ανάγκη στην ισορροπία

¹¹ Έτσι ακριβώς σε ΔΕΚ Υπόθεση C-280/13 σκέψη 29.

¹² BGH NJW 1997 σ. 193.

¹³ BGH NJW 2012 σ. 2342.

¹⁴ BGH NJW 2010 σ. 3645, OLG Karlsruhe NJW 1992 σ. 18.

που ο εθνικός νομοθέτης θέλησε να εξασφαλίσει για τις συμβάσεις που διέπονται από το κανονιστικό πλαίσιο που θέσπισε»¹⁵.

Στην προκειμένη περίπτωση της σύμβασης της παραπάνω τράπεζας παρατηρείται το εξής. Αδιαμφισβήτητος σκοπός του δανειολήπτη καταναλωτή που εξαρχής απευθύνθηκε στην τράπεζα ήταν και παραμένει η δανειοδότησή του και μάλιστα για κάλυψη επιχειρηματικών και στεγαστικών αναγκών. Ο τύπος σύμβασης που επιδιώκει να συνάψει ο καταναλωτής δεν έχει δικαιοπρακτικό ή οικονομικό κίνητρο την επένδυση σε κινητές αξίες μεταβαλλόμενης αποτίμησης, όπως π.χ. το συνάλλαγμα. Ο συμβατικός τύπος της καταναλωτικής σύμβασης (στεγαστικού δανείου) με βάση τις βάσιμες προσδοκίες και τις συμβατικές ανάγκες του¹⁶ έχει ως συμβατικό σκοπό την σταδιακή αποπληρωμή του δανείου και την μείωση του δανείου όσο χρονικό διάστημα αποπληρώνει ο οφειλέτης. Ο παραπάνω ΓΟΣ και η συμβατική ένταξη της διάταξης περί διακύμανσης της οφειλής με βάση την συναλλαγματική ισοτιμία ξένου νομίσματος δεν συνάδουν με τον τύπο σύμβασης καταναλωτικού δανείου. Επίσης δεν συνάδουν με το ρυθμιστικό πλαίσιο, από το οποίο δικαιολογημένως προσδοκούσε ο καταναλωτής ότι θα διέπτετο η συμβατική του σχέση.

Με τον παραπάνω ΓΟΣ επέρχεται αλλοίωση του συμβατικού σκοπού και της νομικής φύσης της σύμβασης δανείου. Αυτό συμβαίνει καθώς τελικώς η σύμβαση δεν επιδιώκει καθαρά δανειοδοτικούς σκοπούς με βάση το σκοπούμενο συμβατικό πρότυπο της σύμβασης δανείου (άρθρο 806 ΑΚ). Εμπεριέχει και επενδυτικής φύσης αποτελέσματα και οικονομικές συνέπειες. Η τράπεζα δια του δανειολήπτη συμμετέχει εμμέσως πλην σαφώς στην επενδυτική αγορά συναλλάγματος. Συμμετέχει αγοράζοντας και πωλώντας συνάλλαγμα και μάλιστα αυτό γίνεται α) αν και ο καταναλωτής έχει αποτανθεί στην τράπεζα αποκλειστικά και μόνο για να λάβει χρηματοδότηση δια δανείου από την τράπεζα για στεγαστικούς λόγους β) με συνέπεια ο καταναλωτής να βρίσκεται ενεργά συμμετοχος σε αγοραπωλησίες στην καθημερινώς μεταβαλλόμενη αγορά συναλλάγματος γ) με επιβάρυνση αμοιβών και εξόδων μόνο σε βάρος του καταναλωτή - δανειολήπτη και δ) με πλήρη μετακύλιση του συναλλαγματικού κινδύνου στον ίδιο καταναλωτή και εξασφάλιση της τράπεζας.

Το γεγονός ότι ο παραπάνω ΓΟΣ εμπεριέχει ρύθμιση, η οποία εντάσσει όρους και προϋποθέσεις συναλλάγματος και διακύμανσης ισοτιμιών, καθιστά τον ΓΟΣ αυτόν αντικείμενο ελέγχου. Δεν ενεργοποιεί (και για αυτόν το λόγο) την εξαίρεση του άρθρου 1 παρ. 2 της παραπάνω Οδηγίας.

II. Έλεγχος διαφάνειας και στους ΓΟΣ που ενσωματώνουν διάταξη δικαίου

¹⁵ ΔΕΚ Υπόθεση C-280/13 σκέψη 31.

¹⁶ Βλ. Coester, in Staudinger AGB-Recht § 307 Rn 270,278.

Γ.Α.Ο.Υ.
3473
1015 76
Πινών
53

ΕΠΡΟΣ
Πρωτόκολλο
ΙΟΥΛΙΟΥ
150473
Χημ. 106 76
Αθηνών
67853

Ακόμα και αν ο ΓΟΣ εμπίπτει στην εξαίρεση που εισάγει το άρθρο 1 παρ. 2 της παραπάνω Οδηγίας ως εισάγων αναγκαστικού δικαίου διάταξη η οποία συνάδει με τον τύπο καταναλωτικής σύμβασης, δεν εξαιρείται του ελέγχου κατά την αρχή της διαφάνειας¹⁷. Αντιθέτως, εφαρμόζεται η αρχή της διαφάνειας και μάλιστα με πιο αυστηρό τρόπο καθώς η ένταξη διατάξεων στην καταναλωτική σύμβαση κατ' επιλογή του προμηθευτή χρήζει μεγαλύτερης προσοχής. Η ένταξη αυτή, όπως ήδη αναφέρθηκε, γίνεται μονομερώς από τον προμηθευτή και μάλιστα χωρίς τα εχέγγυα που παρέχει ο νομοθέτης¹⁸.

Συνεπώς, και στις περιπτώσεις κατά τις οποίες γίνεται δεκτή η ενεργοποίηση της εξαίρεσης εφαρμογής της Οδηγίας κατά το άρθρο 1 παρ. 2 αυτής, η αρχή της διαφάνειας διέπει και αυτόν τον ΓΟΣ. Η εξαίρεση του άρθρου 1 παρ. 2 της παραπάνω Οδηγίας δεν καταλαμβάνει την εφαρμογή της αρχής της διαφάνειας που διέπει όλο το δίκαιο καταναλωτή¹⁹. Ο δικαστής υποχρεούται να εξετάσει την εκπλήρωση των υποχρεώσεων εκ της επιταγής της διαφάνειας και να εξετάσει, αν η ένταξη μέσω του ΓΟΣ μιας διάταξης αναγκαστικού δικαίου έχει γίνει κατά τις προϋποθέσεις της αρχής διαφάνειας που εφαρμόζεται στο δίκαιο του καταναλωτή.

Συμπεράσματα:

Εκ της παραπάνω ανάλυσης των σχετικών ζητημάτων προέκυψαν τα ακόλουθα συμπεράσματα:

A) Ο κοινοτικός νομοθέτης θέτει εκτός ελέγχου ΓΟΣ που ενσωματώνουν διατάξεις αναγκαστικού δικαίου στην καταναλωτική σύμβαση καθώς έχουν ήδη γίνει ο έλεγχος και η στάθμιση των συμφερόντων από τον νομοθέτη και δεν υπάρχει λόγος προστατευτικής επέμβασης του δικαστή.

¹⁷ Stoffels, ABG-Recht, 2003 Rn 432, Coester, in Staudinger AGB-Recht, 2013, § 307 Rn 288. Fuchs, in Ulmer-Brandner-Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., § 307 Rn 17. Βλ. BGH NJW 2001 σ. 2012, OLG Frankfurt, 20.06.2012 - 1 U 112/11 αδημ., OLG Karlsruhe, 15.11.2011 - 12 U 104/11 αδημ. ρητώς «*Allerdings ist fraglich, ob die bloße Wiedergabe einer gesetzlichen Regelung in Allgemeinen Versicherungsbedingungen in den Fällen jedenfalls auf ihre Transparenz für den durchschnittlichen Versicherungsnehmer hin zu prüfen ist, in denen über die gesetzliche Regelung hinaus ein nicht zu übergehendes Bedürfnis des Versicherungsnehmers nach weiterer Unterrichtung besteht (vgl. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz 9. Aufl. § 8 Rdn. 32a). Diese Frage ist im vorliegenden Fall zu bejahen*».

¹⁸ Βλ. Coester, in Staudinger AGB-Recht, 2013, § 307 Rn 309.

¹⁹ ¹⁹ Μεντής, Γενικοί όροι συναλλαγών σε καταναλωτικές και εμπορικές συμβάσεις, σ. 67, Δέλλιος, Γενικοί όροι συναλλαγών, 2^η έκδοση, αρ. 267, Δέλλιος, Προστασία των καταναλωτών και σύστημα ιδιωτικού δικαίου, τόμ. II σ. 380επ., Ευθυμίου, Η αρχή της διαφάνειας στο δίκαιο των ΓΟΣ, αρ. 142επ., όλοι με περαιτέρω παραπομπές, Coester, in Staudinger AGB-Recht, 2013, § 307 Rn 170επ., Pfeiffer, in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, 6. Auflage § 307 Rn 234επ.

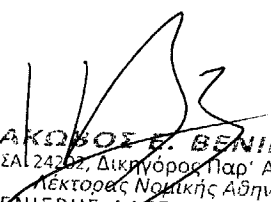
Β) Το άρθρο 291 ΑΚ όμως είναι διάταξη ενδοτικού και όχι αναγκαστικού δικαίου. Ακόμα και αν ενσωματωθεί με ΓΟΣ σε καταναλωτική σύμβαση δεν εμπίπτει στην παραπάνω εξαίρεση.

Γ) Ακόμα και αν δεν ήταν διάταξη ενδοτικού δικαίου, η διάταξη του άρθρου 291 ΑΚ δεν συνάδει με το τυπικό ρυθμιστικό πλαίσιο που διέπει την συγκεκριμένη καταναλωτική σύμβαση στεγαστικού δανείου. Ένας τέτοιος ΓΟΣ θα έπρεπε να ελεγχθεί όπως κάθε ΓΟΣ.

Δ) Η αρχή της διαφάνειας διέπει κάθε ΓΟΣ ακόμα και αυτόν που ενσωματώνει διάταξη αναγκαστικού δικαίου και εμπίπτει στο άρθρο 1 παρ. 2 της παραπάνω Οδηγίας.

Αθήνα, 10/9/2015

Ο γνωμοδοτών


ΙΑΚΩΒΟΣ Ε. ΒΕΝΙΕΡΗΣ
ΑΜ/ΔΣΑ: 24202, Δικηγόρος Παρ' Αρείω Πάγω
Λέκτορας Νομικής Αθηνών
ΒΕΝΙΕΡΗΣ-ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΠΟΥΛΟΥ
Δικηγορική Εταιρεία, ΑΜ/ΔΣΑ: 80473
Πατριάρχου Ιωακείμ 58, Κολωνάκι, 106 76
Α.Φ.Μ. 997286715, Δ.Ο.Υ. Δ' Αθηνών
Τηλ. 210 7248839, 697 4067853