

ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ

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

Ιστορικό

Ετέθησαν υπόψη μου τα παρακάτω πραγματικά περιστατικά:

Μεγάλος αριθμός δανειοληπτών έχει λάβει από σχεδόν όλες τις τράπεζες που δραστηριοποιούνται στην Ελλάδα στεγαστικά δάνεια με σημείο αναφοράς το ελβετικό φράγκο δηλαδή εμπεριείχαν ρήτρα συναλλαγματικής ισοτιμίας. Ειδικότερα οι συμβάσεις περιείχαν προδιατυπωμένο όρο, ο οποίος όριζε για την αποπληρωμή των δόσεων του δανείου ότι «εφόσον το δάνειο ή οποιοδήποτε τμήμα αυτού έχει χορηγηθεί σε συνάλλαγμα ο/οι οφειλότες υποχρεούνται/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».

Περαιτέρω, κάποιες τράπεζες παρείχαν σε επιπλέον προσάρτημα, τον πρόσθετο όρο τριετούς διάρκειας (με δυνατότητα ανανέωσης που αναφερόταν μόνο προφορικά χωρίς άλλη διευκρίνιση), περί προστασίας της μηνιαίας δόσης από πιθανές διακυμάνσεις της συναλλαγματικής ισοτιμίας του ελβετικού φράγκου με το ευρώ. Άλλες τράπεζες παρείχαν στο ίδιο το κυρίως κείμενο της σύμβασης τον πρόσθετο όρο τριετούς διάρκειας (χωρίς δυνατότητα ανανέωσης), περί προστασίας της μηνιαίας δόσης από πιθανές διακυμάνσεις της συναλλαγματικής ισοτιμίας του ελβετικού φράγκου με το ευρώ. Με αυτόν τον έγγραφο πρόσθετο όρο ορίσθηκε ως ισοτιμία βάσης η τιμή πώλησης του νομίσματος χορήγησης την ημέρα εκταμίευσης του δανείου και ως εφαρμοζόμενη ισοτιμία, η ελεγχόμενη ισοτιμία βάσει της οποίας εάν η τρέχουσα ισοτιμία μειωθεί ή αυξηθεί σε ποσοστό πάνω από 5% σε σχέση με την ισοτιμία βάσης, η τράπεζα θα περιορίζει τη μείωση ή αντίστοιχα την αύξηση στο όριο αυτό (5%). Στις λοιπές τράπεζες που δεν προσέθεταν εγγράφως τον όρο αυτόν γινόταν προφορική διευκρίνιση με το ίδιο όμως κατούσιαν αντικείμενο. Δηλαδή οι λοιπές τράπεζες κατά την κατάρτιση της αρχικής σύμβασης διευκρίνιζαν ή διαβεβαίωναν τους καταναλωτές



προφορικώς, ότι το συγκεκριμένο νόμισμα (ελβετικό) δεν θα υποστεί σημαντική διολίσθηση ή ισχυροποίηση έναντι του ημεδαπού ευρώ.

Η δυνατότητα σύναψης συμβάσεων δανείων είχε διαφημιστεί ιδιαίτερω εκ μέρους των τραπεζών ενόψει του χαμηλού επιτοκίου δανεισμού και της σταθερότητας του νομίσματος του ελβετικού φράγκου, δίχως την προσήκουσα ενημέρωση των δανειοληπτών ως προς τον συναλλαγματικό κίνδυνο που αναλάμβαναν. Ωστόσο, ενώ η ισοτιμία του ευρώ προς το ελβετικό φράγκο ανερχόταν περί την αναλογία 1,6 (ελβετικό φράγκο/ ευρώ), στη συνέχεια, διαφοροποιήθηκε και ειδικότερα σταδιακά μειώθηκε, αφού το αλλοδαπό νόμισμα ισχυροποιήθηκε έναντι του εγχωρίου, με αποτέλεσμα την αύξηση του ύψους των τοκοχρεωλυτικών δόσεων του δανείου, και συνακόλουθα της οφειλής του αρχικού και πράγματι καταβληθέντος από την τράπεζα κεφαλαίου και των τόκων των δανειοληπτών έναντι των τραπεζών.

Κατά την εκταμίευση των δανείων ο καταναλωτής-δανειολήπτης πάντοτε λάμβανε το κεφάλαιο του δανείου σε ευρώ. Ποτέ δεν λάμβανε συνάλλαγμα σε φράγκο αλλά μόνο σε λογιστικές απεικονίσεις έβλεπε την εγγραφή του ποσού σε ελβετικό φράγκο. Με μεταγενέστερες τροποποιήσεις και πρόσθετες πράξεις οι δανειολήπτες αναγκάστηκαν να αναγνωρίσουν ως νόμιμο και ακριβές το οφειλόμενο χρηματικό ποσό, παρά την δυσμενή μεταβολή των συναλλαγματικών ισοτιμιών.

ΕΡΩΤΑΤΑΙ:

1. Ποιος ο έλεγχος του παραπάνω ΓΟΣ βάσει του Ν. 2251/1994;
2. Αν ο παραπάνω ΓΟΣ κριθεί άκυρος με ποιόν τρόπο πραγματοποιείται η πλήρωση του συμβατικού κενού;
3. Η μετασυμβατική αναγνώριση του οφειλόμενου χρηματικού ποσού συνιστά παραίτηση από το δικαίωμα αναγνώρισης άκυρου ενός ΓΟΣ;

ΑΠΑΝΤΗΣΕΙΣ

Α. Ο έλεγχος του παραπάνω ΓΟΣ υπό το πρίσμα της αρχής της διαφάνειας

Ι. Η έννοια της αρχής της διαφάνειας των ΓΟΣ

Το δίκαιο του καταναλωτή διαπνέεται από την αρχή της διαφάνειας, που καταλαμβάνει τόσο τον έλεγχο των ΓΟΣ ως προς το περιεχόμενό τους,

όσο και την ερμηνεία τους αλλά και εν γένει την ένταξή τους στην καταναλωτική σύμβαση¹. Η αρχή επιβάλλεται από την Οδηγία 93/13/ΕΟΚ άρθρα 4 II και 5, η οποία επιβάλλει τον έλεγχο παροχής και αντιπαροχής, εφόσον οι σχετικές ρήτρες δεν είναι σαφείς και κατανοητά διατυπωμένες (άρθρο 5). Η αρχή της διαφάνειας έχει ενσωματωθεί στο ελληνικό νομικό σύστημα μέσω του άρθρου 2 παρ. 1 έως 3 και άρθρο 5 του Ν. 2251/1994, άρθρο 2 παρ. 6 αλλά και των περ. ε, ζ, η, ι, ια, λβ της παρ. 7 του άρθρου 2². Στο γερμανικό δίκαιο η ενσωμάτωση έχει γίνει κυρίως μέσω των άρθρων 305, 305c, 307, 308 BGB.

Οι ΓΟΣ επιβάλλονται από την τράπεζα μονομερώς άνευ διαπραγμάτευσης και ως τέτοιοι συντείνουν στην «ανατροπή της συμβατικής δικαιοσύνης σε βάρος του αντισυμβαλλόμενου»³. Ως προς τους ΓΟΣ ο καταναλωτής διακρίνεται από την «εγγενή έλλειψη δυνατοτήτων επιρροής στην διαμόρφωση του περιεχομένου της σύμβασης»⁴ και δεν αποφασίζει σε καθεστώς που εξασφαλίζει απολύτως την «ήρεμη και ορθολογική επιλογή»⁵. Εν γένει ο δανειολήπτης-καταναλωτής βρίσκεται κατά κανόνα σε δυσμενέστερη θέση έναντι της τραπεζικής εταιρείας που είναι συναλλακτικά πιο έμπειρη, οργανωτικά αρτιότερη και στελεχωμένη με εξειδικευμένο προσωπικό. Βρίσκεται κατά κανόνα σε διαπραγματευτική αδυναμία⁶, συναλλακτική ανισότητα⁷ και γνωσιολογικό έλλειμμα⁸, τόσο ως προς την διαμόρφωση των συμβατικών όρων όσο και ως προς τη νομική και οικονομική σημασία εφαρμογής τους.

¹ 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.

² Για την αρχή της διαφάνειας βλ. ενδεικτικά αλλά αναλυτικά Δέλλιο, ό.π. σ. 377επ., Μεντή, ό.π. σ. 65επ., Δέλλιο, Ατομική και Συλλογική Προστασία των καταναλωτών από την έλλειψη ουσιαστικής διαπραγμάτευσης των όρων της σύμβασης, αρ. 245επ., 312, Δέλλιο, σε Αλεξανδρίδου, Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή, άρθρο 2 αρ. 25επ., Δέλλιο, Γενικοί όροι συναλλαγών, β έκδοση, αρ. 265επ., Ευθυμίου, Η αρχή της διαφάνειας στο δίκαιο των ΓΟΣ, σ. 30επ., Coester, in Staudinger AGB-Recht, 2013, § 307 Rn 170επ.

³ Δέλλιος, Προστασία των καταναλωτών και σύστημα του ιδιωτικού δικαίου, τόμ. II, σ. 13.

⁴ Δέλλιος, ό.π. σ. 17.

⁵ Περάκης, Η σχέση του δικαίου προστασίας του καταναλωτή με το δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού, ΔΕΕ 1996 σ. 114.

⁶ Για μειονεκτική διαπραγματευτική θέση κάνει λόγο και η ΟΛΑΠ 6/2006 ΔΕΕ 2006 σ. 665.

⁷ Βλ. Εφαθ 4788/2008 Αρμ 2009 σ. 1204. Περί διαπραγματευτικής ανισότητας βλ. και ΜΠρΠειρ 5794/2005 ΝΟΜΟΣ.

⁸ Βλ. Συνηγ. Καταναλωτή 12/2009 ΤΝΠ ΔΣΑ, Συνηγ. Καταναλωτή 29/2009, βλ. και Δέλλιο, σε Αλεξανδρίδου, Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή, άρθρο 2 αρ. 3, 28. Βλ. και C-26/13 ECLI:EU:C:2014:282 σκέψη 39 όπου αναφέρεται «ο καταναλωτής βρίσκεται σε υποδεέστερη κατάσταση έναντι του επαγγελματία, όσον αφορά τόσο την εξουσία διαπραγματεύσεως όσο και το επίπεδο πληροφόρησης, κατάσταση η οποία τον υποχρεώνει να προσχωρήσει στους όρους που έχει καταρτίσει εκ των προτέρων ο επαγγελματίας, χωρίς να έχει τη δυνατότητα να επηρεάσει το περιεχόμενό τους (βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση Caja de Ahorros και Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, σκέψη 27 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία». Ομοίως βλ. Pohotovost', EU:C:2014:101, σκέψη 39 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία, Kásler και Káslerné Rábai, Sánchez Morcillo και Abril García, EU:C:2014:2099, σκέψη 22, C-34/13 σκέψη 48 και C-143/13 σκέψη 51.

Λύση εξισορρόπησης στην παραπάνω ασθενή θέση του καταναλωτή προσδίδει η αρχή της διαφάνειας στις ρήτρες των δανειακών συμβάσεων⁹. Η αρχή της διαφάνειας εξασφαλίζει, ότι ο καταναλωτής-δανειολήπτης γνωρίζει επακριβώς το περιεχόμενο των συμβατικών ρητρών και το αποτέλεσμα εφαρμογής αυτών¹⁰. Δεν δύναται να δηλώσει άγνοια και δεν δικαιούται να παραγνωρίσει τις συνέπειες των διαφανών όρων μιας καταναλωτικής σύμβασης αν οι ΓΟΣ είναι διαφανείς. Η αρχή της διαφάνειας έρχεται να καλύψει την ανασφάλεια που διακατέχει τον καταναλωτή λόγω της μη προσυμβατικής διαπραγμάτευσης των ΓΟΣ και να προσδώσει σε αυτόν ένα συμβατικό και συναλλακτικό όπλο. Αυτή επιφέρει την «ισότητα των όπλων»¹¹ μεταξύ συμβαλλομένων και εξισορροπεί τις σχέσεις τους, επαναφέροντας την συμβατική θέση του καταναλωτή σε πιο ισότιμη θέση με σκοπό την προστασία του καταναλωτή από δυσμενείς νομικές και οικονομικές συνέπειες¹².

Η διαφάνεια των ΓΟΣ επιβάλλει τη σαφήνεια στις νομικές συνέπειες της συμβατικής πρόβλεψης ως προς τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις του καταναλωτή. Με βάση τη σαφήνεια, ο καταναλωτής πρέπει να γνωρίζει «τι τον περιμένει» στη σύμβαση, «που πατάει», με ποιες προϋποθέσεις και με ποιο περιεχόμενο θα αντιμετωπίσει μια συμβατική υποχρέωση ή και μια οικονομική επιβάρυνση¹³. Οι ασαφείς ή πολυσήμαντοι συμβατικοί όροι κρίνονται ως παράνομοι και καταχρηστικοί¹⁴. Για το λόγο αυτό ασαφείς ή πολυσήμαντες ρήτρες δεν επιτρέπεται να χρησιμοποιούνται από τον προμηθευτή για να ενισχύσει τη θέση του έναντι του καταναλωτή¹⁵. Ιδιαίτερα οι δυσμενείς οικονομικές συνέπειες και επιβαρύνσεις θα πρέπει να είναι ευκρινείς. Άρα, η αρχή της διαφάνειας των ΓΟΣ κατευθύνει τις συμβατικές σχέσεις σε διαύγεια ως προς το ακριβές περιεχόμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων¹⁶.

Η αρχή της διαφάνειας συμπύσσεται σε ένα τρίπτυχο επιμέρους κατευθύνσεων που πρέπει να διακρίνει τους ΓΟΣ. Η πρώτη πτυχή είναι αυτή

⁹ Βλ. για Interessenausgleich σε Pfeiffer, in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 307 Rn 238.

¹⁰ Βλ. γερμανική νομολογία ήδη από την δεκαετία του 1980, «Treu und Glauben verpflichtet die Verwender allgemeiner Geschäftsbedingungen, die Rechte und Pflichten ihrer Vertragspartner eindeutig und verständlich darzustellen, damit diese sich bei Vertragsschluß hinreichend über die rechtliche Tragweite der Vertragsbedingungen klar werden können», BGHZ 97 σ. 73 = NJW 1986 σ. 1335 = LM § 535 BGB Nr. 102 = WM 1986 σ. 458, BGH NJW 1983 σ. 159 = LM § 138 (Bb) BGB Nr. 50 = WM 1982 σ. 1354, BGH NJW 1984 σ. 171 = LM § 3 AGBG Nr. 6 = WM 1983 σ. 1282, BGH NJW 1988 σ. 1726 = LM § 8 AGBG Nr. 12 = WM 1988 σ. 821, BGH NJW 1989 σ. 222 = WM 1988 σ. 1780.

¹¹ Έτσι βλ. BVerfGE NJW 1998 σ. 3216.

¹² Pfeiffer, in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 307 Rn 256.

¹³ Πρβλ. Pfeiffer, in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 307 Rn 236, Derleder, Transparenz- und Äquivalenz bei bankvertraglicher Zinsanpassung, WM 2001 σ. 2036.

¹⁴ Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, 2003, σ. 508επ.

¹⁵ Reich/Micklitz, ό.π. σ. 508.

¹⁶ BGH NJW 1999 σ. 2779, BGH NJW 2000 σ. 519, Stoffels, AGB-Recht, 2004, Rn 562, 565

με παραπομπές.

της σαφούς και κατανοητής διατύπωσης¹⁷, προκειμένου ο καταναλωτής των τραπεζικών υπηρεσιών να μπορεί σε απλή και κατανοητή γλώσσα να διακρίνει το νόημα της ρήτρας. Η δεύτερη πτυχή αφορά στο ορισμένο ή οριστό περιεχόμενο των όρων, προκειμένου ο καταναλωτής να είναι σε θέση πρόβλεψης της έννομης θέσης του, όταν οι συμβατικές ρήτρες θα εφαρμοστούν¹⁸. Η τρίτη πτυχή είναι η απαγόρευση απροσδόκητων, αιφνιδιαστικών και παραπλανητικών ρητρών. Αυτές ανατρέπουν για τον καταναλωτή το ηθικό θεμέλιο της σύμβασης και διαψεύδουν τις βάσιμες προσδοκίες¹⁹ και εντυπώσεις του ως προς τις πραγματικές έννομες συνέπειες και προεκτάσεις των ρητρών που υπέγραψε. Με βάση αυτήν την αρχή οι ΓΟΣ παρουσιάζουν τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των μερών κατά τρόπο ορισμένο, ορθό και σαφή²⁰.

Αν ο όρος δεν είναι διαφανής, επανεμφανίζει και επιτείνει το φαινόμενο του γνωσιολογικού ελλείμματος του καταναλωτή, πολλαπλασιάζει την συναλλακτική ανισότητα, ενώ δεν επιτρέπει στον καταναλωτή να κατανοήσει και να σταθμίσει τις συνέπειες δέσμευσής του από έναν τέτοιο όρο²¹. Για αυτό, όπως παραπάνω σημειώθηκε, ο ΓΟΣ που δεν πληροί τις προϋποθέσεις της αρχής της διαφάνειας αξιολογείται ως άκυρος και μη παράγων έννομες συνέπειες ενώ η ακυρότητα κηρύσσεται με βάση τις παραπάνω διατάξεις εθνικού δικαίου.

II. Εφαρμογή της αρχής της διαφάνειας στον έλεγχο ενός ΓΟΣ

Η αρχή της διαφάνειας των ΓΟΣ πληρούται ως προϋπόθεση με βάση τις επιταγές καλής πίστης και χρηστών ηθών, μόνο όταν οι ΓΟΣ αφήνουν να διαφανούν τα μειονεκτήματα και οι επιβαρύνσεις που ως συμβατικοί όροι προκαλούν, υπό το πρίσμα των επιβαλλόμενων συνθηκών²². Αν ο καταναλωτής αποδεχθεί ΓΟΣ, οι οποίοι δεν αναδεικνύουν πλήρως τα οικονομικά αποτελέσματα της δέσμευσής του, τότε προκύπτει κατά το άρθρο

¹⁷ Coester, in Staudinger AGB-Recht § 307 Rn 170επ., Μεντής, ό.π. σ. 66, Δέλλιος, Γενικοί όροι συναλλαγών ό.π. αρ. 266, Δέλλιος, Προστασία των καταναλωτών ό.π. σ. 377επ., Ευθυμίου, ό.π. σ. 32.

¹⁸ Pfeiffer, in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 307 Rn 236 (Abwicklungstransparenz), Δέλλιος, ό.π. αρ. 266, Ευθυμίου, ό.π. σ. 33.

¹⁹ Για την σχέση της αρχής της διαφάνειας και των προσδοκιών του καταναλωτή βλ. και Λελετζή, Ο έλεγχος του περιεχομένου των γενικών όρων συναλλαγών (άρθρο 2 §§ 6 και 7 Ν. 2251/1994) κατά την πρόσφατη νομολογία του Αρείου Πάγου, σ. 285, με αρκετές παραπομπές.

²⁰ ΑΠ 652/2010 ΔΕΕ 2010 σ. 943, ΑΠ 430/2005 ΕΛΔ 2005 σ. 802.

²¹ Δέλλιος, Τομές της σύγχρονης αρεοπαγερτικής νομολογίας στα ζητήματα του συλλογικού ελέγχου των γενικών όρων καταναλωτικών συμβάσεων ΕΛΔνη 2001 σ. 1517.

²² Βλ. έτσι χαρακτηριστικά σε BGH NJW 2012 σ. 3023, BGH NJW 2010 σ. 293, BGH NJW-RR 2008 σ. 1123, BGHZ 141 σ. 137, BGHZ 136 σ. 401, BGHZ 147 σ. 361επ., BGHZ 147 σ. 377επ., BGH VersR 2005 σ. 977 που ορίζουν «Dabei kommt es nicht nur darauf an, daß die Klausel in ihrer Formulierung für den durchschnittlichen Vertragspartner verständlich ist. Vielmehr gebieten Treu und Glauben auch, daß die Klausel die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen so weit erkennen läßt, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann. Ist der Verwender diesem Gebot nicht gefolgt, liegt schon darin eine unangemessene Benachteiligung des Kunden».

2 παρ. 6 Ν 2251/194 σοβαρή διατάραξη των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων του λόγω αδιαφάνειας και εξ αυτού του γεγονότος ο ΓΟΣ είναι άκυρος και μη δεσμευτικός²³.

Διαφάνεια υπάρχει αν μπορεί ο καταναλωτής να προβλέψει υπό ποιές συνθήκες θα αντιμετωπίσει ποιά επιβάρυνση και σε ποιό ύψος²⁴. Είναι χαρακτηριστικό ότι κατά την γερμανική νομολογία, η οποία έχει ενασχοληθεί περισσότερο με την αρχή της διαφάνεια των ΓΟΣ, επιβάλλεται στον ΓΟΣ η ευκρίνεια των πραγματικών περιστάσεων, υπό των οποίων επέρχονται οι έννομες και οικονομικές συνέπειες που οι ΓΟΣ εσωκλείουν²⁵. Αν οι περιστάσεις και οι προϋποθέσεις επέλευσης των αποτελεσμάτων αλλά και των συμβατικών κινδύνων για τον καταναλωτή δεν αναδεικνύονται από τον ΓΟΣ, τότε αυτός είναι αδιαφανής και μη δεσμευτικός.

Ουσιαστικά η διαφάνεια των ΓΟΣ πρέπει να εμπεριέχει ποιοτική και ποσοτική σαφήνεια των ΓΟΣ. Η ποιοτική σαφήνεια ανταποκρίνεται στην αιτία της επιβάρυνσης (οικονομικοί λόγοι)²⁶ και η ποσοτική σαφήνεια ανταποκρίνεται στην έκταση της επιβάρυνσης και των οικονομικών επιπτώσεών της²⁷. Η ποσοτική σαφήνεια σχετίζεται με την διευκρίνιση προς τον καταναλωτή των μηχανισμών αύξησης ή μεταβολής των επιβαρύνσεών του, ώστε ο καταναλωτής να μπορεί να προβλέψει, βάσει σαφών και κατανοητών κριτηρίων, τις ενδεχόμενες μεταβολές του κόστους²⁸. Η υποχρέωση διαφάνειας εκπληρώνεται, αν ο ΓΟΣ και εν γένει το συμβατικό κείμενο εμπεριέχει τα στοιχεία και τις παραμέτρους που επιτρέπουν στον καταναλωτή την επιβεβαίωση σε κάθε στάδιο της σχέσης του, της αιτίας και του ύψους του ποσού που θα καταβάλλει²⁹. Μάλιστα σημειώνεται ότι όσο δυσμενέστερο είναι το αποτέλεσμα της εφαρμογής ενός ΓΟΣ και σε ασυμφωνία με τις προσδοκίες του καταναλωτή, τόσο επιτακτικότερη είναι η απαίτηση για διαφάνεια ως προς την έκταση των επιβαρύνσεων που αυτός ο ΓΟΣ συνεπάγεται³⁰.

Στην πραγματική της διάσταση η αρχή της διαφάνειας δεν επιβάλλει στον προμηθευτή την υπέρμετρη επιβάρυνση επεξήγησης και ανάλυσης των ΓΟΣ, ούτε αξιώνει από αυτόν προσυμβατικώς να παραδίδει στον καταναλωτή

²³ BGHZ 106 σ. 115, BGHZ 136 σ. 401.

²⁴ BGHZ 180 σ. 257 = BGH ZIP 2009 σ. 1106.

²⁵ BGH WuM 2004 σ. 288, BGHZ 165 σ. 12 = NJW 2006 σ. 996, BGH NJW 2007 σ. 3632, BGH NJW 2007 σ. 2632, BGH NJW 2008 σ. 1438.

²⁶ Έτσι ρητώς σε C-26/13 ECLI:EU:C:2014:282 σκέψη 60.

²⁷ Βλ. έτσι ακριβώς και ΑΠ 430/2005 ΔΕΕ 2005 σ. 460, «η διαφάνεια και σαφήνεια πρέπει να υπάρχει τόσο ως προς την αιτία της παροχής, όσο και ως προς το περιεχόμενό της», αλλά και ΠΠρΑθ 2856/2013 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρΑθ 840/2008 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρΑθ 961/2007 ΝΟΜΟΣ. Έτσι και σε νομολογία αυστριακής νομολογίας βλ. OGH 30.05.2012 8 Ob 49/12g.

²⁸ C-26/13 ECLI:EU:C:2014:282 σκέψη 73 με παραπομπή κατ' αναλογία στην απόφαση RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, σκέψη 49 αλλά και C-143/13 σκέψη 74, C-96/14 σκέψη 41.

²⁹ BGH NJW 2014 σ. 2940.

³⁰ Pfeiffer, in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 307 Rn 259, Δέλλιος, Προστασία των καταναλωτών ο.π. σ. 382.

αντί σύμβασης ένα αναλυτικό σχολιασμό των ΓΟΣ³¹. Ωστόσο απαιτεί επιτακτικώς από τον προμηθευτή να παράσχει στον καταναλωτή συμβατικά κείμενα που προσδιορίζουν επακριβώς την έκταση των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων του³². Αυτή η υποχρέωση δεν υποκαθίσταται με προφορικές επεξηγήσεις, την ύπαρξη των οποίων απλώς πιστοποιεί ένας άλλος ΓΟΣ (βλ. άρθρο 2 παρ. 7 περ. κδ Ν. 2251/1994). Εν γένει οι προφορικές επεξηγήσεις ακόμα και κατά την κατάρτιση της σύμβασης δεν αρκούν για να εκπληρώσουν τις υποχρεώσεις διαφάνειας. Αυτό οφείλεται στο γεγονός ότι σε μια διαρκή και μακροχρόνια σύμβαση δεν είναι σε θέση ο καταναλωτής να ανακαλέσει από την μνήμη του τις συγκεκριμένες προφορικές επεξηγήσεις³³.

Σημειώνεται με έμφαση ότι το κριτήριο για την διαπίστωση της διαφάνειας και της ποιότητας κατανόησης των εκάστοτε ΓΟΣ είναι ο μέσος καταναλωτής³⁴ και μάλιστα με βάση τις προσλαμβάνουσες παραστάσεις που έχει εκ των ισχυουσών συναλλακτικών συνηθειών³⁵. Μάλιστα από την νομολογία επιτακτικά σημειώνεται ότι ο χρόνος αξιολόγησης είναι το χρονικό σημείο κατάρτισης της σύμβασης με τους υπό αξιολόγηση ΓΟΣ³⁶. Δεν έχει σημασία δηλαδή η μετασυμβατική πληροφόρηση και κατανόηση του καταναλωτή καθώς την χρονική στιγμή της κατάρτισης της σύμβασης κάνει ο καταναλωτής τις αξιολογικές του σταθμίσεις για τους κινδύνους και τα οφέλη της σύμβασης. Για αυτό η εθνική νομολογία ορίζει ότι η γνώση του καταναλωτή και η διαφάνεια-σαφήνεια πρέπει να υπάρχει «κατά το σχηματισμό της δικαιοπρακτικής του απόφασης»³⁷.

Συνεπώς, η αρχή της διαφάνειας δεν ικανοποιείται επαρκώς από τον προμηθευτή, αν ο μέσος καταναλωτής μόνο μετασυμβατικώς αλλά όχι κατά την σύναψη της σύμβασης αντιλαμβάνεται την πραγματική έννοια και την έκταση των υποχρεώσεων του. Αυτό ισχύει ειδικά αν αντιλαμβάνεται τις πραγματικές διαστάσεις της επιβάρυνσής του ο καταναλωτής, μόνο αφότου αντιληφθεί αυτός μεταγενεστέρως το ουσιώδες περιεχόμενο του ΓΟΣ έχοντας

³¹ Για αυτό βλ. χαρακτηριστικά έτσι σε BGH MDR 2015 σ. 447 που αναφέρει «*das Transparenzgebot darf den AGB- Verwender zwar nicht überfordern, und der Verwender soll auch nicht gezwungen sein, die Klauseln mit einem umfassenden Kommentar zu versehen*».

³² Έτσι βλ. C-26/13 ECLI:EU:C:2014:282 σκέψη 70.

³³ Έτσι ρητώς σε Pfeiffer, in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 307 Rn 242.

³⁴ *Daher ist bei der Formulierung von vornherein auf die Verständnismöglichkeiten des Durchschnittskunden Rücksicht zu nehmen*, BGHZ 112 σ. 119, BGHZ 106 σ. 42, BGHZ 165 σ. 12 = NJW 2006 σ. 996, BGH NJW 2014 σ. 2940, BGH NJW 2007 σ. 1198, BGH NZM 2013 σ. 202, BGH NJW 2010 σ. 671, BGH NZM 2007 σ. 516, BGH NJW 2006 σ. 3057, BGH, MDR 2015 σ. 447. Βλ. και Pfeiffer, in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 307 Rn 244.

³⁵ Pfeiffer, in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 307 Rn 244.

³⁶ BGHZ 165 σ. 12 = NJW 2006 σ. 996, BGH NZM 2013 σ. 202, BGH NJW 2010 σ. 671, BGH NZM 2007 σ. 516, BGH NJW 2006 σ. 3057, BGH NJW 2007 σ. 2176, BGH NJW-RR 2011 σ. 1144, BGH DB 2006 σ. 666. Βλ. και Coester, in Staudinger AGB-Recht § 307 Rn 176.

³⁷ ΟΛΑΠ 15/2007 ΔΕΕ 2007 σ. 975, ΑΠ 1679/2008 ΝοΒ 2009 σ. 388, ΕφΘεσσ 1034/2013 Αρμ 2014 σ. 623, ΕφΑθ 1471/2013 Αρμ 2014 σ. 752, ΕφΠερ 469/2009 ΝΟΜΟΣ, ΕφΠερ 52/2011 Αρμ 2012 σ. 1711, ΕφΑθ 2021/2010 ΔΕΕ 2011 σ. 86, ΠΠρΑθ 240/2013 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρΑθ 2856/2013 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρΖακυν 22/2012 ΝΟΜΟΣ.

στην διάθεσή του συμπληρωματικές πληροφορίες που όμως δεν είχε στην διάθεσή του κατά την κατάρτιση της σύμβασης³⁸.

Στον ίδιο βαθμό προσβάλλεται η αρχή της διαφάνειας, αν ο καταναλωτής κατά την κατάρτιση της σύμβασης δεν έχει αντιληφθεί πλήρως το περιεχόμενο και το νόημα των ΓΟΣ αλλά προσλαμβάνει μετασυμβατικώς το πραγματικό περιεχόμενο των ΓΟΣ μέσω βοήθειας εκ τρίτου προσώπου («ohne fremde Hilfe»)³⁹. Προς την ίδια κατεύθυνση σημειώνεται χαρακτηριστικά ότι προσβολή της αρχής της διαφάνειας υπάρχει, αν ο καταναλωτής αντιλαμβάνεται το περιεχόμενο των υποχρεώσεων του χάρη σε άλλα εξωτερικά στοιχεία και όχι από το ίδιο το συμβατικό κείμενο⁴⁰.

Συνεπώς, οι πραγματικές προϋποθέσεις επέλευσης των αποτελεσμάτων του ΓΟΣ πρέπει να αναδεικνύονται ήδη κατά την κατάρτιση της σύμβασης σε σημαντικό βαθμό «ορισμένου» και σαφούς, ώστε να μην αφήνουν στον προμηθευτή μετασυμβατικώς κάποιο ερμηνευτικό κενό ή αδικαιολόγητο πεδίο αξιολογικών κρίσεων⁴¹. Αν αυτό συμβεί, η αδιαφάνεια επιτρέπει στον προμηθευτή την διακύμανση των υποχρεώσεων και δικαιωμάτων των μερών, την αστάθεια των συμβατικών ρυθμίσεων ακόμα και την πρακτική αλλοίωση του πραγματικού περιεχομένου των συμβατικών όρων. Ένας όρος που προσφέρει αυτές τις δυνατότητες στον προμηθευτή είναι άκυρος ως αδιαφανής.

III. Η εφαρμογή της αρχής της διαφάνειας στον παραπάνω εξεταζόμενο ΓΟΣ

Ο παραπάνω ΓΟΣ ρυθμίζει το περιεχόμενο της αντιπαροχής του οφειλέτη-δανειολήπτη. Καθορίζει τη μηνιαία δόση του δανειολήπτη και τις καταβολές που πρέπει αυτός να κάνει προς την τράπεζα προς αποπληρωμή τόσο του κεφαλαίου του όσο και των τόκων που προκύπτουν. Έχει όμως τέτοια διατύπωση που δεν αφήνει να διαφανούν τα μειονεκτήματα και οι επιβαρύνσεις, που η εφαρμογή του ενσωματώνει. Τόσο το κύριο κείμενο της σύμβασης, που υπογράφει ο καταναλωτής, όσο και τα συνοδευτικά κείμενα

³⁸ Βλ. ακριβώς έτσι σε πάγια νομολογία που ορίζει ότι «Allgemeine Geschäftsbedingungen sind aber möglichst so zu gestalten, dass dem Durchschnittskunden die ihn benachteiligende Wirkung einer Klausel nicht erst nach intensiver Beschäftigung oder aufgrund ergänzender Auskünfte deutlich wird», BGHZ 112 σ. 119, BGHZ 106 σ. 42, BGHZ 165 σ. 12 = NJW 2006 σ. 996, BGH NJW 2014 σ. 2940, BGH NJW 2007 σ. 1198, BGH NZM 2013 σ. 202, BGH NJW 2010 σ. 671, BGH NZM 2007 σ. 516, BGH NJW 2006 σ. 3057, BGH, MDR 2015 σ. 447.

³⁹ «Andererseits soll der Vertragspartner ohne fremde Hilfe möglichst klar und einfach seine Rechte feststellen können, damit er nicht von deren Durchsetzung abgehalten wird», BGH WuM 2004 σ. 288, BGHZ 165 σ. 12 = NJW 2006 σ. 996, BGH NJW 2007 σ. 3632, BGH NJW 2007 σ. 2632, BGH NJW 2008 σ. 1438. Έτσι και Pfeiffer, in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 307 Rn 259.

⁴⁰ Βλ. ΠΠρΑθ 961/2007 ΧρΙΑ 2008 σ. 980επ., «η αοριστία και η αδιαφάνεια ΓΟΣ κρίνεται από το περιεχόμενο και τη διατύπωση του όρου και όχι από άλλα εξωτερικά στοιχεία που δεν προκύπτουν από τη διατύπωση». Έτσι και Δέλλιος, Γενικοί όροι συναλλαγών ό.π. αρ. 270.

⁴¹ BGH WuM 2004 σ. 288, BGHZ 165 σ. 12 = NJW 2006 σ. 996, BGH NJW 2007 σ. 3632, BGH NJW 2007 σ. 2632, BGH NJW 2008 σ. 1438.

κατά την κατάρτιση της σύμβασης δεν επιτρέπουν την επαρκή κατανόηση στην πλήρη τους έκταση των οικονομικών συνεπειών, τις οποίες μπορεί να προκαλέσει αυτή η συμβατική ρήτρα.

Κατά την σύναψη της σύμβασης ο καταναλωτής δεν διαπιστώνει με ευκρίνεια ότι επενδύει⁴² (σε συνάλλαγμα) με ορίζοντα μακροχρόνιας δέσμευσης. Δεν διαπιστώνει ευκρινώς ότι αναλαμβάνει τους μεταβλητούς κινδύνους που μια τέτοια επένδυση συνεπάγεται⁴³. Δεν αντιλαμβάνεται με πληρότητα σαφήνειας ότι η αξία σε ένα δανειακό προϊόν μπορεί να αυξηθεί κατακόρυφα λόγω συνδεδεμένων με αυτό επενδυτικών (συναλλαγματικών) διακυμάνσεων. Ούτε αντιλαμβάνεται την σύνδεσή του με μία επένδυση (συναλλάγματος) για όση πολυετή διάρκεια (ίσως δεκαετιών) πρέπει να οφείλει το δάνειο. Και δεν υπάρχει ευκρίνεια στο σοβαρό ενδεχόμενο, ότι αν και θα καταβάλει μηνιαίες δόσεις για αρκετό χρονικό διάστημα, η συναλλαγματική διακύμανση μπορεί να μην επιτρέψει την μείωση του οφειλόμενου κεφαλαίου⁴⁴.

Σε αντίθεση με όσα παραπάνω αναφέρονται περί της εφαρμογής της αρχής της διαφάνειας, ο καταναλωτής μόνο μετασυμβατικώς, μέσω εξωτερικών στοιχείων ή βοήθειας τρίτου, αντιλαμβάνεται εμπράκτως την πραγματική διάσταση των καθημερινών συχνά βίαιων διακυμάνσεων των ισοτιμιών. Δεν αντιλαμβάνεται κατά την κατάρτιση της σύμβασης με ευκρίνεια τον μηχανισμό μετατροπής του ξένου νομίσματος καθώς και της σχέσεως μεταξύ του μηχανισμού αυτού και του μηχανισμού που προβλέπουν άλλες ρήτρες σχετικά με την αποδέσμευση του δανείου του⁴⁵. Δεν μπορεί να διαγνώσει σαφώς κατά την κατάρτιση της σύμβασης την σημαντική μεταβλητότητα στο ύψος των δόσεων, στο ύψος του ανεξόφλητου κεφαλαίου και στις διακυμάνσεις αυτού⁴⁶. Ο καταναλωτής μόνο έχοντας στην διάθεσή του μετασυμβατικές πληροφορίες διαπιστώνει την επενδυτική μορφή της

⁴² Περί του επενδυτικού κινδύνου του καταναλωτή-δανειολήπτη βλ. ΜΠρΑθ 617/2015 ΧρηΔ 2014 σ. 521 αλλά και Χασάπη, Δάνεια σε ξένο νόμισμα: Μια προσέγγιση με αφορμή την πρόσφατη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης και ελληνικών δικαστηρίων, ΧρηΔ 2014 σ. 413 αλλά και προδικαστικό ερώτημα υπόθεσης C-312/14.

⁴³ Βλ. προς αυτήν την κατεύθυνση και αρ. 4 προοίμιο Οδηγίας 2014/17/ΕΕ σχετικά με τις συμβάσεις πίστωσης για καταναλωτές για ακίνητα που προορίζονται για κατοικία που αναφέρεται σε δανειολήπτες των στεγαστικών δανείων σε ξένο νόμισμα «χωρίς να έχουν επαρκή ενημέρωση σχετικά ή επίγνωση του συναλλαγματικού κινδύνου που διέτρεχαν».

⁴⁴ Βλ. και σκέψη 30 προοίμιο της παραπάνω Οδηγίας 2014/17/ΕΕ που αναφέρει «Εξαιτίας των σημαντικών κινδύνων που συνεπάγεται ο δανεισμός σε ξένο νόμισμα, είναι απαραίτητο να προβλεφθούν μέτρα που εξασφαλίζουν ότι οι καταναλωτές έχουν επίγνωση του κινδύνου που αναλαμβάνουν και έχουν τη δυνατότητα να περιορίσουν την έκθεσή τους στον συναλλαγματικό κίνδυνο καθ' όλη τη διάρκεια της πίστωσης. Ο κίνδυνος μπορεί να μειωθεί είτε μέσω της παροχής στον καταναλωτή του δικαιώματος μετατροπής του νομίσματος της πίστωσης είτε μέσω άλλων ρυθμίσεων, όπως ανώτατα όρια ή προειδοποιήσεις, όταν αυτές επαρκούν για τον περιορισμό του συναλλαγματικού κινδύνου».

⁴⁵ Έτσι ακριβώς σκέψη 73,75 σε ad hoc υπόθεση C-26/13 ECLI:EU:C:2014:282 αλλά και C-143/13 σκέψη 74.

⁴⁶ Έτσι βλ. ΠΠρΞανθ 23/2014 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρΞανθής 13/2015 αδημ., ΜΠρΛαμ 134-135/2015 ΝΟΜΟΣ.

οφειλής του. Αυτή η επενδυτική μορφή μπορεί κατά σωτήριο τρόπο παροδικώς να τον ελαφρύνει από τμήμα του χρέους του. Αντιθέτως όμως μπορεί να πολλαπλασιάσει την συμβατική οικονομική του επιβάρυνση.

Βεβαίως μπορεί η ευχάριστη παροδική ελάφρυνση να παρέχει σπανίως την ευκαιρία πρόωρης εξόφλησης του δανείου. Η πιθανότητα αυτή σταθμίζεται όμως ως μη συμφέρουσα, αν συνδυαστεί με τον εξίσου πιθανό επώδυνο ενδεχόμενο η συναλλαγματική διακύμανση να οδηγήσει σε ανατρεπτική αύξηση του χρέους του. Τα ενδεχόμενα αυτά δεν αναδεικνύονται σαφώς για τον δανειολήπτη από τον παραπάνω ΓΟΣ που εμπεριέχει έντονα στοιχεία αδιαφάνειας α) τόσο ως προς την διάγνωση από τον καταναλωτή των κινδύνων αύξησης των επιβαρύνσεων του β) όσο και ως προς την κατανόηση της πιθανής έκτασης των επιβαρύνσεων αυτών ακόμα και σε βαθμό που τον οδηγούν σε αδυναμία πληρωμών.

Β. Έλεγχος του παραπάνω ΓΟΣ σε σχέση με τον συμβατικό σκοπό και την νομική φύση της σύμβασης δανείου

Κατά την ορθή εφαρμογή του άρθρου 2 παρ. 6 Ν. 2251/1994 η νομολογία αξιολογεί ως άκυρο έναν ΓΟΣ, ο οποίος επιφέρει περιορισμό θεμελιωδών δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, που προκύπτουν από τη φύση της σύμβασης, κατά τέτοιο τρόπο ώστε να απειλείται ματαίωση του σκοπού της σύμβασης ή και αλλοίωση της νομικής φύσης της επιλεχθείσας σύμβασης⁴⁷. Η ματαίωση του σκοπού της σύμβασης επέρχεται, όταν ο συγκεκριμένος ΓΟΣ προκαλεί τέτοιες έννομες συνέπειες και προκαλεί τέτοια οικονομικά αποτελέσματα, ώστε να αλλοιώνει το άμεσα σκοπούμενο νομικό και οικονομικό αποτέλεσμα⁴⁸. Ο σκοπός της σύμβασης έχει ιδιαίτερη βαρύτητα στην αξιολόγηση ενός ΓΟΣ της σύμβασης, όταν ο σκοπός *«συμβάλλει αποφασιστικά στον καθορισμό των εύλογα αναμενόμενων δικαιωμάτων και υποχρεώσεων»*⁴⁹. Η αλλοίωση της νομικής φύσης, συνυφασμένη με την ματαίωση του σκοπού, επέρχεται όταν κάποιοι όροι της σύμβασης εμπεριέχουν τέτοιες ρυθμίσεις, ώστε να κατευθύνουν το συμβατικό αποτέλεσμα σε διαφορετικά συμβατικά πρότυπα από αυτά που πραγματικά είχαν διαμορφωθεί στην δικαιοπρακτική αντίληψη και προσδοκία των μερών. Η προσθήκη ΓΟΣ που οδηγούν σε σημαντική απόκλιση από τον συμβατικό τύπο που έχουν επιλέξει τα μέρη αποτελεί είδος αλλοίωσης της νομικής

⁴⁷ ΑΠ 296/2001 ΔΕΕ 2001 σ. 1112 (σημ. Α. Δεληκωστοπούλου) = ΕΕμπΔ 2001 σ. 489 = ΕΛΔ 2001 σ. 1321 = ΧρΙΔ 2001 σ. 435, ΑΠ 1519/2001 ΧρΙΔ 2001 σ. 891, ΑΠ 11/2006 ΔΕΕ 2006 σ. 304, ΑΠ 1987/2006 ΕΕμπΔ 2008 σ. 105, ΕφΑθ 2386/2006 ΕΛΔ 2006 σ. 1467 = ΧρΙΔ 2007,616 με παρατ. Βενιέρη].

⁴⁸ Πρβλ. Fuchs, in Ulmer-Brandner-Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., § 307 Rn 262.

⁴⁹ Δέλλιος, Γενικοί όροι συναλλαγών, αρ. 355. Έτσι και Coester, in Staudinger AGB-Recht § 307 Rn 262.

φύσης της σύμβασης⁵⁰. Τόσο ο σκοπός της σύμβασης όσο και το ουσιαστικό συμβατικό πρότυπο που επιδίωξαν τα συμβαλλόμενα μέρη αναδεικνύονται από τις συμβατικές επιθυμίες και προσδοκίες των μερών⁵¹.

Στην προκειμένη περίπτωση αδιαμφισβήτητος σκοπός του καταναλωτή που εξαρχής απευθύνθηκε στην τράπεζα ήταν και παραμένει η δανειοδότησή του. Για τον καταναλωτή δεν αποτέλεσε ποτέ δικαιοπρακτικό ή οικονομικό κίνητρο η επένδυση σε κινητές αξίες μεταβαλλόμενης αποτίμησης όπως π.χ. το συνάλλαγμα. Δεν αποτέλεσε ποτέ στόχο ο συνδυασμός της χρηματοδότησής του με οποιασδήποτε φύσης επένδυση ακόμα και αν είναι ήπιας έντασης. Μοναδικός σκοπός και δικαιοπρακτικό θεμέλιο για αυτόν ήταν εξαρχής η δανειοδότηση για στεγαστικούς σκοπούς και πρόθεσή του η απομείωση του οφειλόμενου ποσού μέσω των μηνιαίων καταβολών.

Η νομική φύση, που θα έπρεπε να χαρακτηρίζει την έννομη σχέση των μερών αλλά και ο πραγματικός συμβατικός σκοπός αναδεικνύονται με βάση τις βάσιμες προσδοκίες και τις συμβατικές ανάγκες του καταναλωτή και όχι του προμηθευτή⁵². Αλλοίωση του συμβατικού σκοπού και της νομικής φύσης της σύμβασης δανείου επέρχεται με τον παραπάνω ΓΟΣ καθώς τελικώς η σύμβαση δεν επιδιώκει καθαρά δανειοδοτικούς σκοπούς με βάση το σκοπούμενο συμβατικό πρότυπο της σύμβασης δανείου (άρθρο 806 ΑΚ). Αντιθέτως, 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 καταναλωτή⁵³ και εξασφάλιση της τράπεζας. Έχει μάλιστα κριθεί ότι η μετακύλιση των συμβατικών κινδύνων ολοκληρωτικώς στον αντισυμβαλλόμενο καταναλωτή αποτελεί είδος ματαίωσης του συμβατικού σκοπούμενου αποτελέσματος⁵⁴.

⁵⁰ Βλ. Pfeiffer, in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 307 Rn 113.

⁵¹ Pfeiffer, in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 307 Rn 135.

⁵² Βλ. Coester, in Staudinger AGB-Recht § 307 Rn 270,278.

⁵³ Για αυτό άλλωστε και στην Οδηγία 2014/17/ΕΕ προβλέπεται στο άρθρο 23 ότι για τα δάνεια σε ξένο νόμισμα τα κράτη μέλη μερμνούν ώστε όταν μια σύμβαση πίστωσης αφορά δάνειο σε ξένο νόμισμα, τη στιγμή που συνάπτεται η σύμβαση να υπάρχει το κατάλληλο κανονιστικό πλαίσιο ώστε να διασφαλίζεται τουλάχιστον ότι: α) ο καταναλωτής έχει το δικαίωμα να μετατρέψει τη σύμβαση πίστωσης σε εναλλακτικό νόμισμα υπό ορισμένες προϋποθέσεις, ή β) υπάρχουν άλλες ρυθμίσεις που περιορίζουν τον συναλλαγματικό κίνδυνο στον οποίο είναι εκτεθειμένος ο καταναλωτής βάσει της σύμβασης πίστωσης. Με τις παραπάνω προβλέψεις εξασφαλίζεται η δανειοδοτική λειτουργία και νομική φύση της σύμβασης, η διατήρηση αυτής και η μη μετατροπή της ή αλλοίωσή της από επενδυτικά χαρακτηριστικά και κινδύνους. Η οδηγία αυτή δεν έχει ακόμα ενσωματωθεί στο ελληνικό δίκαιο.

⁵⁴ Πρβλ. BGH NJW 2002 σ. 285. Βλ. και Pfeiffer, in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 307 Rn 147.

Στοιχεία που επιτείνουν την παραπάνω κατάσταση είναι το γεγονός ότι η τράπεζα αγοράζει από την διαπραγματευτική αγορά συναλλάγματος το ποσό ελβετικών νομισμάτων και μάλιστα σε τιμή που είναι άγνωστη στον καταναλωτή ή τουλάχιστον μη εγκριθείσα από τον ίδιο. Χωρίς να δίνει εντολές αγοράς ή πώλησης, ο καταναλωτής πωλεί το ίδιο αγορασμένο από την Τράπεζα συνάλλαγμα στην ίδια την δανειοδότη Τράπεζα επίσης σε άγνωστη για τον ίδιο ισοτιμία ή τουλάχιστον σε μη επιλεγείσα από τον ίδιο τιμή. Για τον καταναλωτή η συναλλακτική του σχέση με το συνάλλαγμα ως στοιχείο ενεργητικού του αποτυπώνεται μόνο λογιστικώς⁵⁵. Ωστόσο, ως μέρος του παθητικού του ο καταναλωτής βιώνει άμεσα τις αρνητικές μεταβολές των ισοτιμιών σε κάθε μηνιαία δόση του. Και διαπιστώνει την έκταση και την πιθανότητα των αρνητικών μεταβολών μόνο μετά την κατάρτιση της σύμβασης.

Το κυριότερο όμως είναι ότι οι αγοραπωλησίες του συναλλάγματος στις παραπάνω καταναλωτικές συμβάσεις γίνονται πάντοτε με προμήθεια-κέρδος της δανειοδότης τράπεζας. Αυτό το γεγονός αλλοιώνει τον χαρακτήρα της σύμβασης δανείου και τον καθιστά ως συμβατικό πρότυπο νομικώς κάτι το διαφορετικό (*aliud*) πάντως όχι σύμβαση δανείου στην οποία αποσκοπούσε ο δανειολήπτης. Το γεγονός ότι η τράπεζα ενσωματώνει προμήθεια και αμοιβή με βάση ή αφορμή ένα προϊόν δανείου α) είτε αποδεικνύει κατά τα παραπάνω την αλλοίωση του σκοπού και της νομικής φύσης της σύμβασης με τον καταναλωτή β) είτε εν γένει αντίκειται σε όσα έχει ήδη επιβάλει η νομολογία, περί λήψης ως κέρδους μόνο του επιτοκίου και περί απαγόρευσης λήψης προμήθειας από την τράπεζα με αφορμή δανειακή σύμβαση⁵⁶. Και στις δύο περιπτώσεις η συνέπεια ενός τέτοιου όρου είναι η ακυρότητα λόγω καταχρηστικότητας.

Γ. Έλεγχος του παραπάνω ΓΟΣ σε σχέση με την διάψευση των δικαιολογημένων προσδοκιών του δανειολήπτη

Κατά ο άρθρο 2 παρ. 6 Ν. 2251/1994 είναι άκυρος ο ΓΟΣ που οδηγεί σε διάψευση της δικαιολογημένης προσδοκίας του καταναλωτή ως προς τη

⁵⁵ Ενδεχομένως και η ίδια η τράπεζα ποτέ δεν αγοράζει το συνάλλαγμα αλλά με συμβάσεις ανταλλαγής κινητών αξιών (*swaps*) αποκτά λογιστικώς τις αξίες των συναλλαγμάτων, βλ. σε Ψυχομάνη, Τραπεζικά στεγαστικά δάνεια σε ελβετικά φράγκα. ΔΕΕ 2015 σ. 1επ. «Η συναλλαγή, έτσι, εξηγείται σε πλαίσιο μόνον παράγωγης χρηματοοικονομικής συναλλαγής με τη μορφή *swaps*. Η τράπεζα, δηλαδή, είχε μάλλον συνάψει σύμβαση *swaps* με άλλη τράπεζα με περιεχόμενο την (πλασματική) αγορά ελβετικών φράγκων έναντι ευρώ και με ανάληψη υποχρέωσης (πλασματικής) ανταλλαγής των νομισμάτων σε συγκεκριμένο μελλοντικό χρόνο με συγκεκριμένη ισοτιμία χωρίς πραγματική εκτέλεση των αγοραπωλησιών, αλλά με απλή υποχρέωση καταβολής της τυχόν διαφοράς των ισοτιμιών των νομισμάτων, που τυχόν θα προέκυπτε στον μελλοντικό χρόνο λήξεως της σχέσεως. Έχοντας, έτσι, συμβατικά πετύχει να εμφανίζεται τυπικά ως διαθέτουσα ελβετικά φράγκα, τα διέθετε επίσης τυπικά (πλασματικά) σε δάνεια».

⁵⁶ Βλ. για την αντίθεση σε ΠΔΤΕ 2501/2002 ενδεικτικός σε ΑΠ 652/2010 ΕπισκεΔ 2010 σ. 486, ΑΠ 1219/2001 ΕΕμπΔ 2001.529, ΑΠ 2123/2009 ΕΕμπΔ 2009 σ. 843.

φύση της παρεχόμενης σ' αυτόν υπηρεσίας, το σκοπό και το όλο περιεχόμενο της συμβάσεως⁵⁷. Κατά την πάγια νομολογία, η καθοδηγητική λειτουργία του ενδοτικού δικαίου, διαταράσσεται, όταν με το περιεχόμενο του ΓΟΣ αλλάζει η εικόνα που έχει διαμορφωθεί στην αντίληψη και στις προσδοκίες του καταναλωτή με βάση τους κανόνες του ενδοτικού δικαίου, για τη συγκεκριμένη συμβατική μορφή⁵⁸. Για αυτό ορίζει η νομολογία ότι είναι άκυρος ο ΓΟΣ που «οδηγεί ουσιαστικά στη διάψευση των τυπικών και δικαιολογημένων προσδοκιών του καταναλωτή - πελάτη αναφορικά με την εξέλιξη της συναλλακτικής του σχέσης με την τράπεζα»⁵⁹. Τέτοια διάψευση υπάρχει εν γένει, αν οι ρήτρες της καταναλωτικής σύμβασης αντιφάσκουν κατά περιεχόμενο και επιδιωκόμενο σκοπό με την εικόνα που δικαιολογημένα έχει σχηματίσει ο καταναλωτής ή ξαφνιάζουν ως προς το αποτέλεσμα της εφαρμογής τους⁶⁰.

Προς την κατεύθυνση της προβλεψιμότητας που επιβάλλει η αρχή της διαφάνειας⁶¹ και της αποτροπής διάψευσης των δικαιολογημένων προσδοκιών του καταναλωτή η ΑΠ 1219/2001⁶² έχει κρίνει ότι υπάρχει «ανάγκη της προστασίας των δικαιολογημένων προσδοκιών του πελάτη στις λεγόμενες αππροσδόκητες ρήτρες ή αιφνιδιαστικές ρήτρες, δηλαδή στις ρήτρες εκείνες που μεταβάλλουν την εικόνα που δικαιολογημένα έχει δημιουργηθεί στον πελάτη αναφορικά με το ύψος του τιμήματος ή την έκταση της κύριας παροχής, δηλαδή στοιχεία που είναι συνήθως και τα μόνα που πράγματι εξετάζει ο πελάτης κατά τη σύναψη της σύμβασης». Σημειώνεται μάλιστα ότι ένας ΓΟΣ κρίνεται ως αιφνιδιαστικός ακόμα και αν δεν είναι ασυνήθιστος για τις σχετικές συναλλαγές⁶³.

Ο παραπάνω ΓΟΣ και η ενδεχόμενη διατάραξη της σχέσης δικαιωμάτων και υποχρεώσεων που προκαλεί, πρέπει να εξετασθούν υπό το πρίσμα της ανάγκης να μην διαψεύδονται οι δικαιολογημένες προσδοκίες του δανειολήπτη. Προκύπτει ότι μέσω του παραπάνω ΓΟΣ ο καταναλωτής υφίσταται σημαντική διάψευση των δικαιολογημένων προσδοκιών. Κατά την

⁵⁷ ΑΠ 1597/2011 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 11/2006 ΔΕΕ 2006 σ. 304, ΑΠ 296/2001 ΔΕΕ 2001 σ. 1112 (σημ. Α. Δεληκωστοπούλου) = ΕΕμπΔ 2001 σ. 489 = ΕΛΔ 2001 σ. 1321 = ΧρΙΔ 2001 σ. 435, ΑΠ 1519/2001 ΧρΙΔ 2001 σ. 891, ΕφΑθ 2386/2006 ΕΛΔ 2006 σ. 1467 = ΧρΙΔ 2007, 616 με παρατ. Βενιέρη, ΕφΑθ 3210/2008 ΕΛΔ 2010 σ. 144.

⁵⁸ ΑΠ 1219/2001 ΔΕΕ 2001 σ. 1128, ΑΠ 296/2001 ΔΕΕ 2001 σ. 1112 (σημ. Α. Δεληκωστοπούλου) = ΕΕμπΔ 2001 σ. 489 = ΕΛΔ 2001 σ. 1321 = ΧρΙΔ 2001 σ. 435, ΑΠ 1519/2001 ΧρΙΔ 2001 σ. 891, ΕφΑθ 2386/2006 ΕΛΔ 2006 σ. 1467 = ΧρΙΔ 2007 σ. 616 με παρατ. Βενιέρη, ΕφΑθ 147/2004 ΝοΒ 2005 σ. 289, ΠΠρΑθ 711/2007 ΔΕΕ 2007 σ. 1336.

⁵⁹ ΑΠ 1219/2001 ΔΕΕ 2001 σ. 1128, ΕφΑθ 5101/2011 ΝοΒ 2011 σ. 2139, ΕφΑθ 1471/2013 Αρμ 2014 σ. 752, ΠΠρΑθ 458/2013 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρΑθ 2747/2013 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρΑθ 2856/2013 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρΑθ 2943/2013 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρΑθ 2856/2013 ΝΟΜΟΣ.

⁶⁰ Δέλλιος, Γενικός όρος συναλλαγών, αρ. 292.

⁶¹ Βλ. ΟΛΑΠ. 15/2007 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ. 430/2005 ΔΕΕ 2005 σ. 460, ΑΠ 1030/2001 ΔΕΕ 2001 σ. 1125, ΑΠ 296/2001 ΕΛΔ 2001 σ. 1329, ΕφΑθ 2386/2006 ΕΛΛΔνη 2006 σ. 1467, ΕφΑθ 5253/2003 ΕΕμπΔ 2003 σ. 643, ΠΠρΑθ 961/2007 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρΑθ 711/2007 ΝΟΜΟΣ.

⁶² ΑΠ 1219/2001 ΕΛΔ 2001 σ. 1603 = ΝοΒ 2002 σ. 354 = ΔΕΕ 2001 σ. 1128.

⁶³ Δέλλιος, Προστασία καταναλωτών ό.π. σ. 85 αλλά και ΒGHZ 91 σ. 319, ΒGH NJW 1985 σ. 3017, ΒGH ZIP 1987 σ. 640, ΒGH BB 1989 σ. 243.

διάρκεια της συμβατικής του σχέσης βιώνει ανατροπή θεμελιωδών στοιχείων της γνώσης του και της προσλαμβάνουσας αντίληψής του για το περιεχόμενο και το νόημα της σύμβασής του. Αυτό συμβαίνει καθώς ο καταναλωτής προσμένει ότι για όσο χρονικό διάστημα επιμελώς θα αποπληρώνει το δάνειό του, θα μειώνεται και το οφειλόμενο κεφάλαιο του δανείου. Δεν έχει γίνει κατανοητό από τον δανειολήπτη κατά την κατάρτιση της σύμβασής του, ότι μπορεί να συμβεί το αντίθετο και αποτελεί δικαιολογημένη και καλλιεργημένη από την τράπεζα προσδοκία αυτή η λογική συνέπεια: με κάθε μηνιαία δόση που καταβάλλει μειώνει και το χρέος του έναντι της τράπεζας. Ενδεχομένως και μόνο περιπτώσιολογικώς να έχει γίνει αντιληπτή η πιθανή αλλά όχι αρκετά ενδεχόμενη αύξηση σε μικρό ποσοστό της μηνιαίας καταβλητέας δόσης. Ακόμα όμως και αυτό έχει γίνει αντιληπτό ως μικρό ενδεχόμενο, μόνο για μικρό ποσό και μόνο για παροδικό και ασήμαντο χρονικό διάστημα.

Συνεπώς έχει ιδιαίτερη βαρύτητα, ότι ο καταναλωτής-δανειολήπτης γνωρίζει μια συγκεκριμένη σταθερά ως προς την λήψη δανείου και προσμένει την εφαρμογή της: όσο αποπληρώνει το δάνειο, τόσο αυτό μειώνεται ως χρέος. Το κεφάλαιο του δανείου στην αντίληψη του καταναλωτή σχηματίζει ένα συγκοινωνούν δοχείο με τις μηνιαίες καταβολές. Όσο το ένα δοχείο γεμίζει (δοχείο καταβολών), τόσο αδειάζει το άλλο δοχείο (δοχείο κεφαλαίου δανείου). Αυτή η σταθερά όμως ανατρέπεται στις παραπάνω δανειοδοτικές συμβάσεις λόγω της επενδυτικής μορφής που ενέχουν με βάση το συναλλαγματικό κίνδυνο. Οι αρνητικές μεταβολές των συναλλαγματικών ισοτιμιών οδηγούν σε αύξηση του οφειλόμενου χρέους παρά τις συνεχείς και συνεπείς καταβολές εκ μέρους του δανειολήπτη. Μάλιστα το τελευταίο χρονικό διάστημα οι μεταβολές της ισοτιμίας και η ολίσθηση της αξίας του ευρώ έναντι του ελβετικού φράγκου έχουν αποδειχθεί τόσο βίαιες όσο και μόνιμες. Με τον τρόπο αυτόν αιφνιδιάζεται ο καταναλωτής-δανειολήπτης και υπομένει την έντονη διάψευση βασικών δικαιολογημένων προσδοκιών του.

Άλλωστε κατά την κατάρτιση των παραπάνω συμβάσεων δεν έχει καλλιεργηθεί ως θα έπρεπε από τον προμηθετή-τράπεζα και η προσδοκία ή αντίληψη στον δανειολήπτη ότι ένα τόσο ισχυρό νόμισμα όπως το ευρώ θα μπορούσε να υποστεί τόσο μόνιμη και τέτοιας έντασης διολίσθηση και συναλλαγματική υποτίμηση έναντι του ελβετικού φράγκου. Αποτελεί πλήρη διάψευση κάθε δικαιολογημένης προσδοκίας του δανειολήπτη, ότι εξαιτίας του παραπάνω ΓΟΣ μπορεί να αποπληρώνει επί αρκετά έτη τις μηνιαίες δόσεις αποπληρωμής του δανείου αλλά ενδεχομένως χωρίς να απομειώνεται και το οφειλούμενο δάνειο⁶⁴. Αντιθέτως, οι ελληνικές τράπεζες καλλιεργούσαν στον καταναλωτή την βίσιμη προσδοκία ότι τόσο ισχυρά νομίσματα όπως το ευρώ

⁶⁴ Ως προς την επενδυτική ιδιότητα του συγκεκριμένου δανειολήπτη βλ. ΜΠρΑθ 617/2015 ΧρηΔ 2014 σ. 521 αλλά και Χασάπη, Δάνεια σε ξένο νόμισμα: Μια προσέγγιση με αφορμή την πρόσφατη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης και ελληνικών δικαστηρίων, ΧρηΔ 2014 σ. 413 αλλά και προδικαστικό ερώτημα υπόθεσης C-312/14.

και το ελβετικό φράγκο θα βρίσκονται σε σταθερή απόκλιση ισοτιμίας και ότι δεν θα υφίστανται σημαντικές διακυμάνσεις. Από κάποιες τράπεζες μάλιστα η καλλιέργεια αυτής της προσδοκίας ασφάλειας έναντι σημαντικού εύρους διακυμάνσεων έλαβε χώρα έναντι κάποιων καταναλωτών με τα παραρτήματα των συμβάσεων που όριζαν ελεγχόμενη ποσοστό διακύμανσης στο όριο του 5%.

Δ. Πλήρωση του κενού από την ακυρότητα του παραπάνω ΓΟΣ

Ι. Εφαρμογή του άρθρου 291 ΑΚ και άρθρου 6 παρ. 1 Ν. 5422/1932

1) Προϋπόθεση η έγκυρη συμβατική οφειλή

Το άρθρο 6 παρ. 1 της Οδηγίας 93/13/ΕΟΚ ορίζει ότι η σύμβαση εξακολουθεί να δεσμεύει τους συμβαλλομένους αν μπορεί να υπάρξει χωρίς τις καταχρηστικές ρήτρες. Το ίδιο προβλέπει το εθνικό δίκαιο τόσο στο άρθρο 181 ΑΚ όσο και (εμμέσως) εκ του άρθρου 2 παρ. 8 Ν. 2251/1994. Ως πρώτη επιλογή αποδεικνύεται το ενδοτικό δίκαιο, δηλαδή η διάταξη που θα ίσχυε αν τα συμβαλλόμενα μέρη δεν είχαν εξειδικεύσει συμβατικώς την οφειλή⁶⁵.

Πιθανή αναδεικνύεται η εφαρμογή των διατάξεων ενδοτικού δικαίου εκ των άρθρων 291 ΑΚ και 6 παρ. 1 του Ν. 5422/1932⁶⁶. Όμως κατά την απολύτως πάγια νομολογία, η εφαρμογή των άρθρων 291 ΑΚ και 6 παρ. 1 Ν. 5422/1932 «προϋποθέτουν έγκυρη σε ξένο νόμισμα συμβατική οφειλή»⁶⁷. Αν δεν υπάρχει έγκυρη σε ξένο νόμισμα συμβατική οφειλή, δεν μπορεί να γίνει λόγος για εφαρμογή του παραπάνω άρθρου σύμφωνα με την πάγια νομολογία. Κατά την παραπάνω ανάλυση προκύπτει ότι η παραπάνω οφειλή για την μηνιαία δόση που θα καταβάλει ο καταναλωτής προκύπτει εκ του παραπάνω ΓΟΣ. Ο καταναλωτής-δανειολήπτης οφείλει κατά τον εξεταζόμενο ΓΟΣ μηνιαίως μια συγκεκριμένη συμβατική οφειλή που αποτυπώνεται σε αξία ξένου νομίσματος.

Ωστόσο, ο ίδιος ο ΓΟΣ που προβλέπει αυτήν την συμβατική οφειλή αξιολογείται ως άκυρος κατά την παραπάνω ανάλυση. Ο παραπάνω ΓΟΣ αφορά στην δυναμική (όχι στατική) μετατροπή του συμβατικού δανειακού χρέους σε ποσό που υπολογίζεται με βάση αλλοδαπό νόμισμα. Δηλαδή

⁶⁵ ΕφΑθ 1471/2013 Αρμ 2014 σ. 752, ΠΠρΑθ 2787/2013 ΝΟΜΟΣ, ΠΠΡΑθ 2856/2013 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρΑθ 2942/2013 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρΑθ 5257/2013 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρΑθ 1268/2010 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρΑθ 840/2008 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρΑθ 961/2007 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρΑθ 1119/2002 ΔΕΕ 2003 σ. 422, Δέλλιος, Γενικοί όροι συναλλαγών ό.π. αρ. 464, Ευθυμίου, ό.π. αρ. 325.

⁶⁶ Η αντίστοιχη διάταξη γερμανικού δικαίου είναι το άρθρο 244 BGB.

⁶⁷ ΟΛΑΠ 15/1996 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 124/2014 ΧρΙΔ 2014 σ. 422, ΑΠ 678/2010 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 519/1995 ΕΕΝ 1996 σ. 419, ΑΠ 1203/2010 ΧρΙΔ 2011 σ. 588, ΑΠ 698/2006 ΝοΒ 2007 σ. 2061, ΕφΑθ 659/2012 ΕΛΔ 2013 σ. 1059, ΕφΠειρ 145/2011 ΠειρΝομ 2011 σ. 194, ΕφΠειρ 287/2011 ΕΝαντΔ 2011 σ. 401, ΕφΑθ 773/1999 ΕΛΔ 1999 σ. 1192, ΕφΑθ 1145/1992 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρΠειρ 4350/2007 ΧρηΔΙΚ 2009 σ. 133 προς την ίδια κατεύθυνση και ΣτΕ 2285/2009 ΝΟΜΟΣ, ΣτΕ 2738/2007 ΝΟΜΟΣ, ΣτΕ 3195/2007 ΝΟΜΟΣ.

αφορά ο ΓΟΣ σε συμβατική πρόβλεψη α) περί μηνιαίας δόσης συμβατικού χρέους-οφειλής β) που μετατρέπεται σε αλλοδαπό νόμισμα γ) σε κυμαινόμενη (δυναμική μετατροπή όχι στατική) και άγνωστη εκ των προτέρων αξία. Ο πυρήνας της αδιαφάνειας, της ματαιώσης του συμβατικού σκοπού και της διάψευσης των δικαιολογημένων προσδοκιών του καταναλωτή που οδηγούν στην ακυρότητα του ΓΟΣ έγκειται ακριβώς σε αυτήν την συμβατική ρύθμιση μετατροπής της μηνιαίας δόσης του. Μπορεί να μην είναι άκυρη η οφειλή του συνολικού δανειακού χρέους είναι όμως άκυρη η μετατροπή-υπολογισμός της μηνιαίας δόσης ως συμβατικής οφειλής σε ξένο νόμισμα.

Η ακυρότητα της συμβατικής αυτής πρόβλεψης ακυρώνει την συμβατική δυνατότητα μετατροπής της μηνιαίας δόσης σε ξένο νόμισμα. Ακολουθώντας ακυρώνει την δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 291 ΑΚ για την συμβατική οφειλή της μηνιαίας δόσης, καθώς η εφαρμογή του άρθρου 291 ΑΚ απαιτεί εκ προοιμίου (και για την μηνιαία συμβατική οφειλή) έγκυρη συμβατική πρόβλεψη σύμφωνα με την παραπάνω πάγια νομολογία. Συνεπώς, εν απουσία κάποιας έγκυρης συμβατικής πρόβλεψης για την συγκεκριμένη οφειλή, δεν μπορεί να εφαρμοστεί το άρθρο 291 ΑΚ. Ο λόγος είναι ότι η εφαρμογή των παραπάνω διατάξεων για τον υπολογισμό της συμβατικής οφειλής της μηνιαίας δόσης αντίκειται στις προϋποθέσεις που τίθενται για την εφαρμογή τους ευθέως εκ της νομολογίας.

2) Προϋπόθεση η οφειλή σε αλλοδαπό νόμισμα όχι υπολογισμός με βάση αλλοδαπό νόμισμα

Το άρθρο 291 ΑΚ δεν εφαρμόζεται, κατά την πάγια άποψη νομολογίας και θεωρίας, αν η οφειλή δεν είναι σε αλλοδαπό νόμισμα αλλά «η οφειλή υπάρχει στο ημεδαπό νόμισμα και απλώς υπολογίζεται με βάση το αλλοδαπό νόμισμα»⁶⁸.

Στην προκειμένη περίπτωση, όπως παραπάνω αναφέρθηκε, μόνο λογιστικώς εμφανίζεται η οφειλή του καταναλωτή-δανειολήπτη ως οφειλή σε αλλοδαπό νόμισμα. Στην πράξη δεν πρόκειται για οφειλή σε αλλοδαπό νόμισμα αλλά για οφειλή που υπολογίζεται η αξία της καθημερινά σε συνάρτηση με ισοτιμία σε ξένο νόμισμα. Και η αντιπαροχή του οφειλέτη επίσης δεν είναι σε αλλοδαπό νόμισμα. Έχει την διακριτική (διαζευκτική) ευχέρεια να αποπληρώσει σε αλλοδαπό νόμισμα αλλά πρόκειται για δυνατότητα που δεν έχει αξιοποιηθεί από τα συμβαλλόμενα μέρη και δεν έχει εφαρμοστεί στην πράξη ως τέτοια. Για αυτό και κανείς εκ των δανειοληπτών δεν εξόφλησε ποτέ κάποια μηνιαία δόση με ελβετικά φράγκα αλλά πάντοτε η

⁶⁸ ΑΠ 271/1975 ΝοΒ 1975 σ. 1065, ΕφΘεσσ 2404/1996 ΝΟΜΟΣ, ΕφΠειρ 137/1990 ΕΛΔ 1992 σ. 399, Γαζής, ΕρμΑΚ άρθρο 291 αρ. 3, Ταμπάκης, σε Γεωργιάδη-Σταθόπουλο ΑΚ άρθρο 291 αρ. 8, Σταθόπουλος, Γενικό ενοχικό § 11 αρ. 47, Κοντογεωργόπουλος, ΣΕΑΚ (επιμ. Γεωργιάδη) άρθρο 291 αρ. 9.

εξόφληση γίνεται με χρήματα του δανειολήπτη σε ευρώ⁶⁹. Αυτό το γεγονός αποτελεί άλλο ένα επιχείρημα περί της μη εφαρμογής του άρθρου 291 ΑΚ

Ουσιαστικώς, η συμβατική οφειλή (μηνιαία δόση) εκ του παραπάνω ΓΟΣ ποτέ δεν καταβάλλεται σε αλλοδαπό νόμισμα αντιθέτως εξοφλείται πάντοτε σε ημεδαπό νόμισμα αλλά σε ποσό ύψους που υπολογίζεται με βάση αλλοδαπό νόμισμα. Συνεπώς, υπάρχει και δεύτερος λόγος για τον οποίο το άρθρο 291 ΑΚ δεν αναδεικνύεται ως κατάλληλο ενδοτικό δίκαιο προς κάλυψη του σχετικού συμβατικού κενού.

3) Επαναφορά του νομικού αδιεξόδου δια του άρθρου 291 ΑΚ

Δεν προτάσσεται η εφαρμογή του άρθρου 291 ΑΚ και για έναν επιπλέον λόγο. Η παραπομπή του εθνικού δικαστή στην εφαρμογή του άρθρου 291 ΑΚ σε περίπτωση ακυρότητας του παραπάνω ΓΟΣ ανακυκλώνει το πρόβλημα και επιτείνει την ανασφάλεια δικαίου σε βάρος του καταναλωτή-δανειολήπτη. Επιφέρει έννομες συνέπειες ταυτόσημες με την εφαρμογή του παραπάνω ΓΟΣ, ενώ η επαναφορά των δυσμενών συνεπειών του ΓΟΣ εκ της εφαρμογής μιας διάταξης όπως το άρθρο 291 ΑΚ δεν δημιουργεί ασφάλεια δικαίου και αίσθημα δικαιοσύνης⁷⁰.

Σημειωτέον δε ότι και το ίδιο το άρθρο 291 ΑΚ αναφέρεται σε δικαίωμα του οφειλέτη και όχι σε υποχρέωση, συνεπώς η κάλυψη του κενού που δημιουργείται δεν μπορεί να οδηγεί σε υποχρεωτικότητα μιας έννομης συνέπειας, την οποία δύναται να επιλέξει ο καταναλωτής⁷¹. Εν γένει μια διάταξη ενδοτικού δικαίου δεν αποτελεί τον τρόπο κάλυψης του κενού εκ της ακυρότητας του ΓΟΣ, όταν η εφαρμογή αυτής της διάταξης δεν εξυπηρετεί επαρκώς τα συμφέροντα των συμβαλλόμενων μερών και διατηρεί ή επιτείνει την διατάραξη των συμβατικών ισορροπιών⁷² ή εξυπηρετεί μονόπλευρα μόνο τα συμφέροντα ενός συμβαλλόμενου⁷³.

⁶⁹ Βλ. και ΠΠρΞανθ 13/2015 αδημ.

⁷⁰ Έτσι ακριβώς και κοινοτική νομολογία C-26/13 ECLI:EU:C:2014:282 σκέψη 79 που ορίζει ότι «η ευχέρεια αυτή θα συνέβαλε στην εκμηδένιση του αποτρεπτικού αποτελέσματος που ασκεί στους επαγγελματίες η πλήρης απαγόρευση εφαρμογής τέτοιων καταχρηστικών ρητρών στους καταναλωτές, στο μέτρο που οι επαγγελματίες θα εξακολουθούσαν να υπόκεινται στον πειρασμό να χρησιμοποιούν τέτοιες ρήτρες, γνωρίζοντας ότι, ακόμα και αν αυτές κηρύσσονταν άκυρες, η σύμβαση θα μπορούσε παρά ταύτα να συμπληρωθεί, κατά το αναγκαίο μέτρο, από το εθνικό δικαστήριο ώστε να εξασφαλιστεί το συμφέρον των εν λόγω επαγγελματιών (απόφαση Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, σκέψη 69)».

⁷¹ ΠΠρΞανθης 23/2014 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρΞανθης 13/2015 αδημ.

⁷² Έτσι βλ. BGHZ 90 σ. 85 όπου αναφέρεται ότι «die Lücke in einem Vertrag, der durch die Unwirksamkeit einer Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen entsteht, kann im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden, wenn konkrete gesetzliche Regelungen zur Ausfüllung der Lücke nicht zur Verfügung stehen und die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel nicht zu einer angemessenen, den typischen Interessen des Klausel-Verwenders und des Kunden Rechnung tragenden Lösung führt». Ομοίως σε BAGE 118 σ. 36, BGHZ 177 σ. 186 = NJW 2008 σ. 2840, BAG ZIP 2009 σ. 1683.

⁷³ Βλ. BGHZ 90 σ. 77επ., BGHZ 176 σ. 244, BGHZ 179 σ. 186, BGH NJW-RR 2010 σ. 1202.

Κατά τα παραπάνω το άρθρο 291 ΑΚ αλλά και το άρθρο 6 Ν. 5422/1932 δεν αποτελούν τις διατάξεις ενδοτικού δικαίου, που θα καλύψουν αποτελεσματικώς το συμβατικό κενό εκ της ακυρότητας του παραπάνω ΓΟΣ.

II. Ερμηνευτική πλήρωση του κενού που δημιουργεί η ακυρότητα του παραπάνω ΓΟΣ

1) Συμπληρωματική ερμηνεία εκ του δικαστή και κριτήρια αυτής

Ήδη η νομολογία έχει αντιμετωπίσει την περίπτωση μη έγκυρης οφειλής σε αλλοδαπό νόμισμα και μη εφαρμογής του άρθρου 291 ΑΚ λόγω μη έγκυρης συμβατικής οφειλής. Σε μια τέτοια περίπτωση η νομολογία προτάσσει λύση κατά την οποία *«η σχετική αξίωση προσδιορίζεται κατά κρίση αγαθού ανδρός από το δικαστήριο και δεν μπορεί να είναι ανώτερη από το ισάξιο σε ημεδαπό νόμισμα του συναλλάγματος, κατά την ημέρα καταρτίσεως της συμβάσεως»*⁷⁴. Ωστόσο, υπό το πρίσμα του ειδικότερου δικαίου του Ν. 2251/1994 αντιμετωπίζεται με ειδικότερο και πιο στοχευμένο τρόπο από την νομολογία η κάλυψη του συμβατικού κενού που αφήνει η ακυρότητα ενός ΓΟΣ.

Στον βαθμό κατά τον οποίο καμία διάταξη του εθνικού δικαίου δεν αναδεικνύεται ως δυνατή ή ορθή εφαρμοστική επιλογή, η νομολογία προτάσσει την ερμηνευτική συμπλήρωση του κενού που δημιουργεί ο σχετικός άκυρος ΓΟΣ κατά τα άρθρα 173 και 200 ΑΚ⁷⁵. Άλλωστε η κοινοτική νομολογία παραπέμπει σε τέτοιες περιπτώσεις τον εθνικό δικαστή εν γένει στις διατάξεις του εθνικού δικαίου⁷⁶ και τα παραπάνω άρθρα ανήκουν στο εθνικό δίκαιο⁷⁷. Μάλιστα πρόκειται για αναγνωριστική και όχι διαπλαστική επίλυση της διαφοράς εντός των ορίων της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών, χωρίς να υπάρχει κάποιο είδος τροποποίησης της αρχικής σύμβασης⁷⁸. Η παραπάνω συμπληρωματική ερμηνεία προτάσσεται ειδικά στις περιπτώσεις που *«η καταχρηστικότητα του ΓΟΣ έγκειται στον περιορισμό των θεμελιωδών δικαιωμάτων και υποχρεώσεων που οδηγούν σε*

⁷⁴ ΑΠ 698/2006 ΝοΒ 2007 σ. 2061 με παραπομπή σε αρθρ. 4 παρ. 2 εδ. β' ΑΝ 362/1945 και ΟΛΑΠ 351/1985.

⁷⁵ Εφαθ 1471/2013 Αρμ 2014 σ. 752, ΠΠραθ 2856/2013 ΝΟΜΟΣ, ΠΠραθ 5257/2013 ΝΟΜΟΣ, ΠΠραθ 2787/2013 ΝΟΜΟΣ, ΠΠραθ 2942/2013 ΝΟΜΟΣ, ΠΠραθ 1268/2010 ΝΟΜΟΣ, ΠΠραθ 840/2008 ΝΟΜΟΣ, ΠΠραθ 961/2007 ΝΟΜΟΣ, ΠΠραθ 3990/2013 ΝΟΜΟΣ, ΠΠραθ 2942/2013, ΠΠρΞανθ 23/2014 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρίωαν 206/2010 Αρμ 2012 σ. 270, ΠΠραθ 1119/2002 ΔΕΕ 2003 σ. 425, ΠΠρΞάνθης 13/2015 αδημ., ΜΠρΛαμ 134-135/2015 ΝΟΜΟΣ.

⁷⁶ C-26/13 ECLI:EU:C:2014:282 σκέψη 82, C-453/10, EU:C:2012:144, σκέψη 31, καθώς και απόφαση Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, σκέψη 40 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία.

⁷⁷ Πρβλ. BGH NJW 2012 σ. 1865, BGH WM 2008 σ. 2076, BGH WuM 2008 σ. 487, BGH NJW-RR 2007 σ. 1697, BGH NJW 2015 σ. 1167.

⁷⁸ Εφαθ 1471/2013 Αρμ 2014 σ. 752, ΠΠραθ 2787/2013 ΝΟΜΟΣ, ΠΠραθ 2856/2013 ΝΟΜΟΣ, ΠΠραθ 2942/2013 ΝΟΜΟΣ, ΠΠραθ 5257/2013 ΝΟΜΟΣ, ΠΠραθ 1268/2010 ΝΟΜΟΣ, ΠΠραθ 840/2008 ΝΟΜΟΣ, ΠΠραθ 961/2007 ΝΟΜΟΣ, ΠΠραθ 3990/2013 ΝΟΜΟΣ, ΠΠραθ 2942/2013, ΠΠρΞανθ 23/2014 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρίωαν 206/2010 Αρμ 2012 σ. 270, ΠΠραθ 1119/2002 ΔΕΕ 2003 σ. 425, ΜΠρΛαμ 134-135/2015 ΝΟΜΟΣ.

διακινδύνευση του τυπικού σκοπού της σύμβασης»⁷⁹, όπως ισχύει στην παραπάνω περίπτωση.

Η κάλυψη του κενού ερμηνευτικώς πρέπει να στηριχθεί στην εικαζόμενη βούληση των μερών, δηλαδή στην συμβατική εκείνη ρύθμιση που θα διαμόρφωναν τα μέρη αν είχαν σαφή γνώση όλων των συμβατικών παραμέτρων και υπήρχε κατά τα παραπάνω αμοιβαία διαφάνεια⁸⁰. Η συμπληρωματική ερμηνεία βασίζεται συνεπώς στην εικαζόμενη βούληση και στοιχειοθετείται υπό το πρίσμα της καλής πίστης και των χρηστών ηθών με βάση την κατάλληλη, αντικειμενική στάθμιση των συμφερόντων τους⁸¹. Η εικαζόμενη βούληση που αναδεικνύεται από την συμπληρωματική ερμηνεία είναι αυτή που θα είχαν τα μέρη αν γνώριζαν την ελαττωματικότητα του ΓΟΣ⁸². Η κάλυψη του κενού γίνεται με σκοπό την «ουσιαστική ισορροπία ικανή να αποκαταστήσει τη μεταξύ τους ισότητα»⁸³.

2) Εικαζόμενη βούληση για τις τράπεζες που ενσωμάτωσαν ρήτρα ορίου διακύμανσης στην μηνιαία δόση

Στο πλαίσιο της αναζήτησης της εικαζόμενης πραγματικής βούλησης των μερών πρέπει να αξιολογηθούν όλες οι συμβατικές ρήτρες που ρυθμίζουν την σχέση τους και η πρακτική εφαρμογή αυτών, όπως πραγματικά έλαβε χώρα αυθόρμητα από τα μέρη. Εν γένει η νομολογία επιβάλλει για την ερμηνεία της δικαιοπρακτικής βούλησης των μερών κατ' εφαρμογή των άρθρων 173, 200 ΑΚ τον συνυπολογισμό και των λοιπών συμβατικών ρητρών των ίδιων συμβαλλόμενων μερών. Συνεπώς, για την συμπληρωματική ερμηνεία και την κάλυψη του κενού εκ της ακυρότητας του παραπάνω ΓΟΣ αφητηρία αποτελούν οι λοιπές συμβατικές ρήτρες της ίδιας σύμβασης⁸⁴.

⁷⁹ ΠΠρΑθ 2747/2013 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρΑθ 2942/2013 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρΑθ 5257/2013 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρΑθ 840/2008 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρΑθ 711/2007 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρΑθ 961/2007 ΝΟΜΟΣ, ΠΠρΑθ 2772/2002 ΕΕμπΔ 2002 σ. 805.

⁸⁰ Βλ. BGH NJW-RR 2005 σ. 1040, BGH NJW 2005 σ. 3559, BGH NJW 2006 σ. 3712, BGH NJW 2006 σ. 3707, BGHZ 107 σ. 276, BAG NJW 2006 σ. 795, BGHZ 177 σ. 186 = NJW 2008 σ. 2840.

⁸¹ «die ergänzende Vertragsauslegung orientiert sich nicht nur an dem hypothetischen Parteiwillen, sondern auch an dem objektiven Maßstab von Treu und Glauben und führt zu einer die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigenden Regelung», βλ. BGH NJW 1990, σ. 115, BGH, NJW 2013 σ. 991, BGH NJW 2012 σ. 1865, BGH VIII ZR 345/11 αδημ., BGH VIII ZR 100/12 αδημ.

⁸² Πρβλ. BGH NJW 2012 σ. 1865, BGH WM 2008 σ. 2076, BGH WuM 2008 σ. 487, BGH NJW-RR 2007 σ. 1697, BGH NJW 2015 σ. 1167.

⁸³ Βλ. C-40/08 Συλλογή της Νομολογίας 2009 I-09579 σκέψη 30 με παραπομπή σε αποφάσεις Mostaza Claro, σκέψη 36, και της 4ης Ιουνίου 2009, C-243/08, Pannon GSM, σκέψη 25 αλλά και C-26/13 ECLI:EU:C:2014:282 σκέψεις 82-85, C-482/13, C-484/13, C-485/13 και C-487/13 σκέψη 33. Στην ίδια κατεύθυνση BGH VIII ZR 306/11 αδημ., BGH VIII ZR 24/12 αδημ., BGH VIII ZR 100/12 αδημ. Βλ. και Schilling, Konkretisierungskompetenz und Konkretisierungsmethoden im Europäischen Privatrecht σ. 464.

⁸⁴ BGHZ 125 σ. 17επ., BGH NJW 1995 σ. 1213, BGH NJW-RR 91 σ. 177, BGH NJW 1978 σ. 695επ., BGH WM 64 σ. 234, Ellengerger, in Palandt BGB § 157 Rn 7, Brinkmann, in Prütting/Wegen/Weinreich BGB § 157 Rn 25.

Αυθόρμητη και χωρίς δικαστική παρέμβαση ήταν η πρωτοβουλία του προμηθευτή-τράπεζα να προτείνει σε κάποιους δανειολήπτες την εισαγωγή στην συμβατική σχέση ρήτρας σύμφωνα με την οποία υπάρχει καθορισμός μέγιστου ορίου διακύμανσης της ισοτιμίας ως προς την καταβολή της μηνιαίας δόσης. Δηλαδή συμφωνήθηκε από κοινού μεταξύ των δύο μερών ότι η ισοτιμία για την μηνιαία δόση θα έχει μέγιστο ελεγχόμενο όριο διακύμανσης της συναλλαγματικής ισοτιμίας στο ύψος του 5% σε σχέση με την ισοτιμία βάσης κατά την κατάρτιση της σύμβασης. Επιπλέον η τράπεζα λάμβανε αντίτιμο δηλαδή προσαύξηση του επιτοκίου σε ύψος 0,15 έως 0,40%, από το οποίο κάλυπτε έξοδα αλλά και κέρδος. Μέσω αυτού του συμβατικού όρου, και ανεξαρτήτως του αορίστου ή ορισμένου χρόνου διάρκειάς του, παρέχεται ερμηνευτική βάση της βούλησης των μερών ενώ αποκαθίσταται πλήρως η συμβατική ισορροπία των μερών.

Τα παραπάνω δεν ισχύουν μόνο για τους δανειολήπτες που δέχθηκαν την πρόταση της συγκεκριμένης τράπεζας για το συγκεκριμένο προσάρτημα, αλλά εξ αυτής της συμβατικής συμπεριφοράς του προμηθευτή ερμηνευτικά συνάγονται συμπεράσματα για όλους τους δανειολήπτες. Αξιολογείται ως καθοριστική η πρωτοβουλία της τράπεζας να επιλέξει ως συμπλήρωση-διόρθωση των συμβατικών της κειμένων την παραπάνω προσθήκη-προσάρτημα. Δια της ρήτρας αυτής καθίσταται σχεδόν στατική η μετατροπή της μηνιαίας δόσης των δανειοληπτών. Η τράπεζα κατέστησε σαφή την δικαιοπρακτική της βούληση να αναγνωρίσει ως δυσβάστακτο τον επενδυτικό κίνδυνο που αναλαμβάνουν οι συγκεκριμένες δανειολήπτες-καταναλωτές. Αναγνωρίζει η τράπεζα τους νομικούς και οικονομικούς κινδύνους που συνεπάγονται τα συγκεκριμένα δανειακά προϊόντα και η αναγνώριση αυτή κατά τα συναλλακτικά και χρηστά ήθη δεν αποτελεί αδιάφορο νομικό γεγονός για όλες τις δανειακές συμβάσεις αυτού του τύπου. Άλλωστε το γεγονός ότι η τράπεζα συνοδεύει με σημαντική επιβάρυνση επί του επιτοκίου την συγκεκριμένη συμβατική προσθήκη αποτελεί για τους δανειολήπτες τον κύριο αν όχι μοναδικό λόγο μη καθολικής αποδοχής τους μιας τέτοιας ρήτρας σε όλες τις συμβάσεις.

Με την παραπάνω συμβατική ρήτρα η τράπεζα εκδηλώνει την ρητή βούλησή της να αναγνωρίζει και να αμβλύνει σημαντικό τμήμα των αρνητικών συνεπειών εκ του παραπάνω ΓΟΣ, τον οποίο η ίδια έθεσε στην καταναλωτική σύμβαση. Δηλαδή αποδέχθηκε η τράπεζα την απομείωση της επικίνδυνης και δυσβάστακτης επενδυτικής μορφής στο συγκεκριμένο τραπεζικό της προϊόν. Με τον τρόπο αυτό επιβεβαίωσε την προσδοκία του καταναλωτή να μην υπάρχουν σημαντικές αποκλίσεις στο οφειλόμενο ποσό της μηνιαίας δόσης του. Εκ της παραπάνω συμβατικής ρήτρας της τράπεζας, συγκεκριμενοποιείται σε μεγάλο βαθμό το ύψος των υποχρεώσεων του δανειολήπτη και δεν μεταβάλλεται ουσιωδώς ούτε ο σκοπός και η νομική φύση της σύμβασης ούτε διαταράσσεται η συμβατική ισορροπία των μερών.

Αυτή η δικαιοπρακτική βούληση της τράπεζας είναι καθοριστική για την ερμηνευτική κάλυψη του κενού που προκαλείται εκ της ακυρότητας του παραπάνω ΓΟΣ. Είναι δηλωμένη η δικαιοπρακτική βούληση των μερών να περιορίσουν τον επενδυτικό χαρακτήρα και τις επενδυτικές αρνητικές συνέπειες της δανειακής σύμβασης προς όφελος του ασθενέστερου συμβαλλομένου, δηλαδή του δανειολήπτη-καταναλωτή.

Πέραν του παραπάνω κριτηρίου, αντίστοιχο κριτήριο αποτελεί και ο σκοπός⁸⁵ της σύμβασης που καταρτίστηκε αλλά και η νομική της φύση⁸⁶. Ήδη παραπάνω έχει εμφατικώς επισημανθεί ότι η νομική φύση και ο σκοπός της σύμβασης που έχουν καταρτίσει τα μέρη είναι προδήλως η δανειοδότηση του καταναλωτή για στεγαστικές ανάγκες. Αντιθέτως, δεν είναι σκοπός η επενδυτική διακινδύνευση των οικονομικών συμφερόντων ούτε και η ευκαιριακή πρόσκαιρη ή μη ωφέλεια από συναλλαγματικές διακυμάνσεις. Η συμπληρωματική ερμηνεία προς την κατεύθυνση της εφαρμογής της παραπάνω συμβατικής ρήτρας εξυπηρετεί πλήρως τις ανάγκες διατήρησης της παραπάνω συμβατικής σχέσης και εξισορρόπησης των συμβατικών σχέσεων.

Τέλος δεν πρέπει να παραβλέπεται ότι σημαντικό κριτήριο για την συμπληρωματική ερμηνεία αποτελεί και ο κανόνας που επιβάλλει εν αμφιβολία την ερμηνεία σε βάρος αυτού που διατύπωσε την συμβατική ρήτρα (*ambiguitas contra stipulatorem*⁸⁷ βλ. και άρθρο 2 παρ. 4 Ν. 2251/1994). Τα παραπάνω οδηγούν επιτακτικώς στην ερμηνεία του συμβατικού κενού προς την κατεύθυνση της συμπληρωματικής εφαρμογής του όρου περί μέγιστου ελεγχόμενου ορίου διακύμανσης της συναλλαγματικής ισοτιμίας στο ύψος του 5% με αφετηρία την συναλλαγματική ισοτιμία στην κατάρτιση της σύμβασης. Αυτός ο συμβατικός όρος θα επεκταθεί εφαρμοστικώς για όλην την διάρκεια της συμβατικής σχέσης των μερών, προκειμένου να καλυφθεί ερμηνευτικώς το όποιο ρυθμιστικό κενό προκαλεί η ακυρότητα του παραπάνω ΓΟΣ. Με αυτόν τον τρόπο εξυπηρετείται ο σκοπός της σύμβασης, επιτυγχάνεται η εξισορρόπηση των συμβατικών σχέσεων και ικανοποιείται το αίσθημα ασφάλειας δικαίου των συναλλασσομένων με δίκαιη στάθμιση των συμφερόντων και των δύο συμβαλλομένων μερών.

3) Εικαζόμενη βούληση για τις τράπεζες που δεν ενσωμάτωσαν ρήτρα ορίου διακύμανσης

⁸⁵ ΑΠ 772/2014 ΝΟΜΟΣ, Εφαθ 4081/2007 ΝΟΜΟΣ, Εφαρ 513/2010 ΝΟΜΟΣ, Εφαθ 3906/2002 ΝΟΜΟΣ, ΕφΠατρ 1011/2007 ΝΟΜΟΣ, Σταθόπουλος, σε Γεωργιάδη-Σταθόπουλο ΑΚ άρθρο 200 αρ. 15.

⁸⁶ ΑΠ 1511/2013 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 163/2010 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 772/2014 ΝΟΜΟΣ, Εφαθ 4081/2007 ΝΟΜΟΣ, Εφαρ 513/2010 ΝΟΜΟΣ, Εφαρ 456/2009 ΝΟΜΟΣ, ΕφΠατρ 1106/2006 ΝΟΜΟΣ, Εφαθ 1326/2004 ΝΟΜΟΣ, Μεντής, σε ΣΕΑΚ άρθρο 200 αρ. 30, Βαθρακοκούλης, ΕρνομαΚ άρθρο 200 αρ. 4.

⁸⁷ Μεντής, ΣΕΑΚ άρθρο 200 αρ. 31 αλλά και ΠΠραθ 1119/2002 ΝΟΜΟΣ, ΠΠραθ 711/2007 ΝΟΜΟΣ.

Ακόμα και στις περιπτώσεις για τις οποίες η τράπεζα δεν έχει ενσωματώσει μετασυμβατικώς κάποια ρήτρα περί ελεγχόμενης ισοτιμίας της μηνιαίας δόσης, δεν μπορεί να είναι διαφορετική η αντιμετώπιση εκ του δικαστηρίου ως προς τον τρόπο κάλυψης του συμβατικού κενού. Οι λόγοι είναι οι ακόλουθοι.

Καταρχάς ισχύει και για αυτές τις περιπτώσεις ο παραπάνω κανόνας, ότι η συμπληρωματική ερμηνεία πρέπει να εξυπηρετεί πλήρως τις ανάγκες διατήρησης της παραπάνω συμβατικής σχέσης και εξισορρόπησης των συμβατικών σχέσεων. Αυτό επιτυγχάνεται μόνο με σταθερή ή ελεγχόμενη ισοτιμία της μηνιαίας δόσης. Προς την ίδια κατεύθυνση οδηγεί κατά τα παραπάνω και η αρχή ότι στις καταναλωτικές συμβάσεις εν αμφιβολία επιβάλλεται η ερμηνεία σε βάρος αυτού που διατύπωσε την συμβατική ρήτρα (*ambiguitas contra stipulatorem* βλ. και άρθρο 2 παρ. 4 Ν. 2251/1994). Συνεπώς, η σταθερότητα της ισοτιμίας ή η ελεγχόμενη διακύμανση αποτελεί την μόνη λύση που μπορεί να επιβληθεί ως συμπληρωματική ερμηνεία, κάτι που επιβάλλεται άλλωστε και από την αρχή της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών (άρθρα 288,281 ΑΚ).

Ισχυρό όμως επιχείρημα προς αυτήν την κατεύθυνση αποτελεί και το γεγονός ότι στο προσυμβατικό στάδιο (στάδιο κατάρτισης της δανειακής σύμβασης) όλες οι τράπεζες διαβεβαίωναν τους καταναλωτές ότι δεν θα πρέπει να προσμένουν εκπλήξεις και έντονες διακυμάνσεις της ισοτιμίας στην μηνιαία δόση. Διαβεβαίωναν ότι δεν υπάρχει μεταβλητότητα μεταξύ τόσο ισχυρών νομισμάτων (ελβετικό φράγκο / ευρώ) και δεν θα πρέπει να αναμένει κάτι το διαφορετικό κατά την διάρκεια της σύμβασής του ο καταναλωτής. Η πάγια νομολογία δέχεται ότι στις καταναλωτικές συμβάσεις ένας ΓΟΣ μπορεί να εισάγεται και ως προφορικός όρος στην σύμβαση⁸⁸. Ως ένας τέτοιος συμβατικός όρος πρέπει να εκληφθεί και η διαβεβαίωση των τραπεζών περί της ήπιας άλλως σταθερής ισοτιμίας στην μηνιαία δόση. Συνεπώς, δεν απέχει από τις συμβατικές δεσμεύσεις και την δικαιοπρακτική βούληση όλων των τραπεζών η συμπληρωματική ερμηνεία εκ του δικαστή προς την κατεύθυνση της σταθερής ή ελεγχόμενης ισοτιμίας (μικρής μεταβλητότητας) της μηνιαίας δόσης.

Ε. Αξιολόγηση της μετασυμβατικής αναγνώρισης του οφειλόμενου χρηματικού ποσού από τον καταναλωτή

⁸⁸ ΕφΑθ 5253/2003 ΕΕμπΔ 2003 σ. 647, ΕφΑθ 6574/2009 ΔΕΕ 2010 σ. 451, ΠΠρΑθ 142/2006 ΔΕΕ 2006 σ. 516, ΒGH NJW 2005 σ. 2543, ΒGH NJW 2001 σ. 2635, ΒGH NJW 1999 σ. 2180, ΒGH WM 1988 σ. 29, OLG Hamm NJW-RR 1987 σ. 244. Βλ. και Μεντή, ό.π. σ. 40, Δέλλιο, ΓΟΣ ό.π. αρ. 208, Ευθυμίου, ό.π. αρ. 169, Pfeiffer, in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, 6. Auflage § 305 Rn 21.

Κάποιοι δανειολήπτες-καταναλωτές αποδέχθηκαν το προδιατυπωμένο κείμενο που υπέδειξε σε αυτούς η τράπεζα ως παράρτημα-προσάρτημα της αρχικής σύμβασης με την παραπάνω ρήτρα. Το ερώτημα που προκύπτει είναι αν οι καταναλωτές αυτοί υφίσταται κάποια δυσμενή αλλοίωση της νομικής τους θέσης ως προς τα παραπάνω εξεταζόμενα ζητήματα.

Καταρχάς εκ του προσαρτήματος-παραρτήματος δεν δύναται να εξαχθεί συμπέρασμα περί διαφάνειας του παραπάνω ΓΟΣ και περί ίασης της όποιας ακυρότητάς του. Ήδη παραπάνω αναφέρθηκε αναλυτικώς ότι η διαφάνεια ως προϋπόθεση πρέπει να υφίσταται ήδη κατά την χρονική στιγμή της κατάρτισης της καταναλωτικής σύμβασης και όχι μεταγενέστερα. Επιπλέον, υφίσταται η ρητή πρόβλεψη του άρθρου 2 παρ. 7 περ. κδ Ν. 2251/1994 περί ακυρότητας ενός ΓΟΣ (που τίθεται σε αρχική σύμβαση ή σε προσάρτημα-παράρτημα), με τον οποίο τυπικώς επιβεβαιώνεται η γνώση του καταναλωτή περί συγκεκριμένων ΓΟΣ της καταναλωτικής σύμβασης. Τέλος, η παραπάνω ρήτρα στο προσάρτημα-παράρτημα δεν αλλοιώνει τα παραπάνω επιχειρήματα περί της ματαίωσης του σκοπού της σύμβασης και περί της διάψευσης των δικαιολογημένων προσδοκιών του καταναλωτή λόγω του παραπάνω ΓΟΣ.

Το δεύτερο νομικό ζήτημα που ανακύπτει εκ του παραπάνω προσαρτήματος-παραρτήματος είναι, αν οδηγεί σε αμετάκλητη αναγνώριση του οφειλόμενου ποσού και συγκεκριμένα των ανεξόφλητων ληξιπρόθεσμων ή μελλοντικών μηνιαίως δόσεων και σε απώλεια κάποιου σχετικού δικαιώματος του καταναλωτή. Ουσιαστικά τίθεται προς αξιολόγηση αν ο καταναλωτής υπογράφει α) μια αναγνώριση χρέους και β) παραιτείται από το δικαίωμα έγερσης αγωγής. Καταρχάς, ακόμα και αν χαρακτηριστεί ως συμβατική αναγνώριση χρέους, αυτή η σύμβαση δεν μπορεί να οδηγεί σε απώλεια δικαιωμάτων εκ διατάξεων αναγκαστικού δικαίου, όπως οι διατάξεις του άρθρου 2 Ν. 2251/1994. Η νομολογία παγίως επιβάλλει την απρόσκοπτη εφαρμογή αυτών των διατάξεων κατά το άρθρο 3 ΑΚ με αξιολόγηση ως άκυρων των συμβατικών όρων που περιορίζουν την οποτεδήποτε εφαρμογή τους⁸⁹.

Ως επιπλέον επιχειρήματα πρέπει να υποστηριχθεί ότι κρίνεται ως άκυρη η παραίτηση από το δικαίωμα έγερσης αγωγής αν α) ο προμηθευτής με αυτόν τον τρόπο εισπράττει μια ευνοϊκή για αυτόν έννομη συνέπεια χωρίς αντίστοιχη ισοδύναμη παροχή προς τον αντισυμβαλλόμενο και β) αν ο προμηθευτής βελτιώνει την νομική του θέση έναντι του αντισυμβαλλόμενου του αφαιρώντας σε αυτόν παράλληλο το δικαίωμα να ζητήσει δικαστική προστασία⁹⁰. Με το προσάρτημα-παράρτημα ο προμηθευτής (τράπεζα) προσπαθεί να αμβλύνει τις αρνητικές συνέπειες που προκαλεί στην συμβατική σχέση και ισορροπία ο

⁸⁹ ΟΛΑΠ 6/2006 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 15/2007 ΕΕμπΔ 2008 σ. 609, ΑΠ 1219/2001 ΝΟΜΟΣ, ΕφΑθ 2057/2010 ΔΕΕ 2011 σ. 339.

⁹⁰ BAG MDR 2008 σ. 513, πρβλ. και BGH NJW 2006 σ. 1056 περί ισοδυναμίας αντιπαροχής.

εξεταζόμενος παραπάνω ΓΟΣ. Δεν προβαίνει σε συμβατική παροχή προς τον καταναλωτή. Επιπλέον έννομες συνέπειες υπέρ της τράπεζας και σε βάρος του καταναλωτή (πολλώ δε μάλλον υπό την μορφή παραίτησης από το δικαίωμά του για δικαστική προστασία) δεν μπορούν να εξαχθούν εξ αυτού του προσαρτήματος-παραρτήματος.

ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Εκ της παραπάνω ανάλυσης προκύπτουν τα εξής συμπεράσματα ως προς την αξιολόγηση του παραπάνω ΓΟΣ:

α) Κάθε ΓΟΣ μιας καταναλωτικής σύμβασης περί των υποχρεώσεων του καταναλωτή ελέγχεται ως προς την διαφάνειά του και την ευκρίνεια με την οποία αναδεικνύει την αιτία και το ύψος των επιβαρύνσεων του καταναλωτή. Αυτό πρέπει να γίνεται προκειμένου ο καταναλωτής ήδη από την κατάρτιση της σύμβασης να είναι σε θέση να διαγνώσει και να προβλέψει το είδος και το μέγεθος των επιβαρύνσεων που θα αντιμετωπίσει κατά την διάρκεια της σύμβασης.

β) Ο παραπάνω ΓΟΣ είναι άκυρος καθώς δεν πληροί τις αυστηρές προϋποθέσεις της αρχής της διαφάνειας. Δεν επιτρέπει στον καταναλωτή-δανειολήπτη να αντιληφθεί επαρκώς, κατά την κατάρτιση της σύμβασης και χωρίς μετασυμβατική εξωτερική βοήθεια, την έκταση των επιβαρύνσεων που ενδέχεται να αντιμετωπίσει κατά την διάρκεια της συμβατικής του σχέσης.

γ) Ο παραπάνω ΓΟΣ είναι άκυρος λόγω διάψευσης των δικαιολογημένων προσδοκιών του δανειολήπτη καταναλωτή καθώς ανατρέπει αδικαιολόγητα την βάσιμη προσμονή ότι όσο θα αποπληρώνει το χρέος του, τόσο θα απομειώνεται αυτό ή τουλάχιστον δεν θα αυξάνεται.

δ) Ο παραπάνω ΓΟΣ είναι άκυρος για τον επιπλέον λόγο ότι αλλοιώνει και ανατρέπει την νομική φύση και τον κύριο συμβατικό σκοπό της σύμβασης καταναλωτικού στεγαστικού δανείου καθώς μετατρέπει τον δανειολήπτη-καταναλωτή ενεργό και καθημερινό συμμετοχο στην μεταβαλλόμενη επενδυτική αγορά συναλλάγματος.

ε) Το άρθρο 291 ΑΚ και το άρθρο 6 Ν. 5422/1932 δεν μπορούν ως ενδοτικό δίκαιο να αναπληρώσουν το ρυθμιστικό-συμβατικό κενό που προκαλεί η ακυρότητα του παραπάνω ΓΟΣ καθώς δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής τους, ακόμα και αν δεν είχε ποτέ ενταχθεί ο παραπάνω ΓΟΣ στην καταναλωτική σύμβαση.

στ) Η κάλυψη του συμβατικού κενού που δημιουργεί η ακυρότητα του παραπάνω ΓΟΣ πρέπει να γίνει με ερμηνευτική συμπλήρωση του δικαστή με βάση τα άρθρα 173 και 200 ΑΚ και τα κριτήρια που συνοδεύουν την εφαρμογή τους. Για τις καταναλωτικές συμβάσεις που συνοδεύονται με συμπληρωματικό γραπτό όρο περί ορίου διακύμανσης της μηνιαίας δόσης

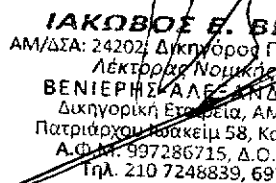
ισχύει το εξής. Η ορθή ερμηνευτική συμπλήρωση οδηγεί σε χρήση του ήδη συμφωνηθέντος συμβατικού όρου μεταξύ των μερών περί μέγιστου ελεγχόμενου ορίου διακύμανσης της συναλλαγματικής ισοτιμίας στο ύψος του 5% με αφητηρία την συναλλαγματική ισοτιμία στην κατάρτιση της σύμβασης. Αυτός όμως ο συμβατικός όρος πρέπει να χρησιμοποιηθεί για όλην την διάρκεια της συμβατικής σχέσης των μερών και όχι για ορισμένο χρονικό διάστημα.

ζ) Η κάλυψη του συμβατικού κενού που δημιουργεί η ακυρότητα του παραπάνω ΓΟΣ δεν απέχει ουσιαστικώς από τα παραπάνω και για τις τράπεζες που δεν ενσωμάτωσαν γραπτό όρο περί ορίου διακύμανσης της μηνιαίας δόσης.

η) το παραπάνω προσάρτημα-παράρτημα σε όποιες περιπτώσεις έχει υπογραφεί από τους καταναλωτές δεν αλλοιώνει την νομική θέση και τα δικαιώματα των καταναλωτών-δανειοληπτών που το αποδέχθηκαν.

Αθήνα, 12/05/2015

Ο γνωμοδοτών


ΙΑΚΩΒΟΣ Ε. ΒΕΝΙΕΡΗΣ
ΑΜ/ΔΣΑ: 24202, Δικηγόρος Παρ' Αρείω Πάγω
Λέκτορας Νομικής Αθηνών
ΒΕΝΙΕΡΗΣ ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΠΟΥΛΟΥ
Δικηγορική Εταιρεία, ΑΜ/ΔΣΑ: 80473
Πατριάρχου Παϊσίου 58, Κολωνάκι, 105 76
Α.Φ.Μ. 997286715, Δ.Ο.Υ. Δ' Αθηνών
Τηλ. 210 7248839, 697 4067853