

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ



**ΕΘΝΙΚΟ ΚΑΙ ΚΑΠΟΔΙΣΤΡΙΑΚΟ
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΑΘΗΝΩΝ
ΣΧΟΛΗ Ν.Ο.Π.Ε.
ΤΜΗΜΑ ΝΟΜΙΚΗΣ**

**ΤΟΜΕΑΣ Α' ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ
ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ
ΣΠΟΥΔΩΝ ΑΣΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ**

ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΕΤΟΣ: 2003-2004

**ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ
Της Αγγελικής Σταμέλου του Κωνσταντίνου
ΑΜ: 455ΠΜΣ**

**ΚΑΤΑΧΡΗΣΤΙΚΟΙ ΟΡΟΙ
ΚΑΙ ΠΡΑΚΤΙΚΕΣ
ΣΤΙΣ ΤΡΑΠΕΖΙΚΕΣ ΣΥΝΑΛΛΑΓΕΣ**

Επιβλέποντες

κα Πελλένη Ανθή
κος Σταθόπουλος Μιχάλης

Αθήνα, 2004

ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΩΝ

ΠΡΟΛΟΓΟΣ.....	8
ΜΕΡΟΣ ΠΡΩΤΟ. Η έννοια της καταχρηστικότητας γενικά.....	10
Ο ρόλος των τραπεζών σήμερα: τραπεζικές εργασίες και κίνδυνοι.....	10
Ο όρος «retail banking»	11
Κατάχρηση της συμβατικής ελευθερίας. Η προβληματική των ορίων της συμβατικής ελευθερίας - έννοια και περιεχόμενο της συμβατικής ελευθερίας	13
Μορφές κατάχρησης της συμβατικής ελευθερίας	14
Υπέρβαση των ορίων της συμβατικής ελευθερίας.....	15
Η λειτουργία της συμβατικής ελευθερίας υπό την επίδραση της αρχής του κοινωνικού κράτους.....	15
Η διατάραξη της συμβατικής ελευθερίας: - Έννοια και μορφές συναλλακτικής κατωτερότητας	16
<i>Η αρχή της εξισωτικής συμβατικής δικαιοσύνης.....</i>	<i>17</i>
<i>Η θεσμική θεωρία (institutionelle Lehre).....</i>	<i>18</i>
<i>Από τη ρύθμιση της ΑΚ 179 §2 στη γενική αρχή της ΑΚ 281</i>	<i>19</i>
Λειτουργική και διαλεκτική σύνθεση της ιδιωτικής αυτονομίας με την εξισωτική συμβατική δικαιοσύνη.....	20
Η ΑΚ 281 ως δικαιοθετική βάση ελέγχου της καταχρηστικής ασκήσεως της συμβατικής ελευθερίας	21
Τα βασικά χαρακτηριστικά της διατάξεως.....	21
<i>Η προσφορότητα της ΑΚ 281 ως νομοθετικού θεμελίου του δικαστικού ελέγχου της καταχρηστικής ασκήσεως της συμβατικής ελευθερίας</i>	<i>29</i>
Καταχρηστικοί ΓΟΣ – 2 §§6-7 ν. 2251/94.....	31
1. Η έννοια του καταναλωτή	31
<i>Η γενική ρήτρα του άρθ. 2 § 6 ν. 2251/1994</i>	<i>37</i>
<i>Ενδεικτικός κατάλογος καταχρηστικών όρων (άρθ. 2 § 7 ν. 2251/1994).....</i>	<i>38</i>
Ενδεικτική νομολογιακή περιπτωσιολογία καταχρηστικών ΓΟΣ επί τραπεζικών συμβάσεων	44
ΜΕΡΟΣ ΔΕΥΤΕΡΟ. Περιπτώσεις καταχρηστικών και αμφισβητήσιμης νομιμότητας τραπεζικών πρακτικών και όρων	48

1. ΤΡΑΠΕΖΙΚΕΣ ΚΑΤΑΘΕΣΕΙΣ / Η ΣΥΜΒΑΣΗ ΤΡΑΠΕΖΙΚΗΣ ΚΑΤΑΘΕΣΗΣ.....	48
Εισαγωγή.....	48
Η έννοια της σύμβασης κατάθεσης	49
Υποχρεώσεις που απορρέουν από τη σύμβαση καταθέσεως	49
Βιβλιάριο καταθέσεων - έννοια.....	51
A. Το ζήτημα της ανάληψης ποσού της κατάθεσης από μη δικαιούχο (εφαρμογή των ΑΚ 288, 300, 330 επ.)	52
Παρουσίαση του προβλήματος	52
Η ευθύνη της τράπεζας κατ' άρθρο 3 ν.δ. 17.7/13.8.1923 - Συνέπειες....	53
Ζήτημα ενδοσυμβατικής ευθύνης	54
Αρχή του φαινομένου δικαίου	55
Αντίθετη άποψη	56
Δυνατότητα εφαρμογής του ν. 2251/94	59
Διάκριση μεταξύ βαριάς και ελαφράς αμέλειας. Νομολογιακή εξειδίκευση των εννοιών	61
Καταχρηστικοί ΓΟΣ (Γενικά).....	65
Ρήτρα περί μη ευθύνης της τράπεζας σε περίπτωση μη έγκαιρης γνωστοποίησης.....	68
Επίμετρο	70
B. Το ζήτημα της κατάσχεσης τραπεζικών καταθέσεων και θυρίδων θησαυροφυλακίου – σχέση με το τραπεζικό απόρρητο.....	72
Γενικά.....	72
Ειδικότερα	72
Το καθεστώς της κατάσχεσης λογαριασμού καταθέσεων πριν από το ν. 2915/2001	73
2. Η συμβολή της νομολογίας του ΑΠ στη διαμόρφωση του ακατάσχετου των τραπεζικών καταθέσεων. Το απόρρητο ως φραγμός στην κατάσχεση	75
3. Αντίλογος.....	77
4. Τραπεζική πρακτική.....	78
5. Κριτική επί της παραπάνω τραπεζικής πρακτικής.....	78
6. Συγκριτική επισκόπηση ως προς τα ισχύοντα στις άλλες χώρες της ΕΕ	80

3. Η στροφή της νομολογίας με την απόφαση 19/2001 ΟΛΑΠ	81
<i>Η έννοια του τραπεζικού απορρήτου</i>	84
Γ. Στον αντίποδα του τραπεζικού απορρήτου: Η υποχρέωση της τράπεζας προς παροχή πληροφοριών.....	98
Δ. Η αθέμιτη πρακτική τραπεζών περί μη αποδόσεως τόκων για καταθέσεις μικρού ύψους	107
Ε. Η περίπτωση της πρόωρης απόδοσης προθεσμιακής κατάθεσης....	108
ΣΤ. Κατάθεση κοινού λογαριασμού.....	109
<i>Εισαγωγή</i>	109
Σύμβαση κοινού λογαριασμού (compte joint, joint account)	110
<i>Έννοια</i>	110
<i>Σύγκρουση συμφερόντων κληρονόμων και τραπεζικού απορρήτου</i>	110
2. ΜΕΣΑ ΔΙΕΝΕΡΓΕΙΑΣ ΠΛΗΡΩΜΩΝ: ΕΜΒΑΣΜΑ, ΣΥΜΒΑΣΗ ΓΥΡΟΥ	
118	
<i>Η ευθύνη των τραπεζών κατά την διεκπεραίωση του εμβάσματος</i>	119
<i>Η περίπτωση της πλαστής εντολής γύρου</i>	120
<i>Η περίπτωση της πλαστότητας εντολών εμβάσματος που διαβιβάζονται ηλεκτρονικά</i>	126
<i>Οι νομικές βάσεις θεμελίωσης της ευθύνης της τράπεζας</i>	127
<i>Απαλλακτικές ρήτρες</i>	131
Τραπεζική ενέγγυα πίστωση (ΤΕΠ)	134
Γενικά	134
ΤΕΠ με μεταγενέστερη πληρωμή (deferred payment credit) – επίκληση της ΑΚ 281	134
Το ζήτημα της εφαρμογής ή μη του ν. 2251/94 επί της ΤΕΠ	138
Η αρχή της αυτονομίας στην ΤΕΠ – ανακύπτοντα προβλήματα και εφαρμογή της ΑΚ 281.....	139
Εξαιρέσεις από την αρχή της αυτονομίας.....	142
Ειδικότερα η περίπτωση της καταφανούς κακής πίστης του δικαιούχου έναντι της τράπεζας κατά την εκτέλεση της πίστωσης.....	148
3. Η περίπτωση της εγγυητικής επιστολής	155
<i>Έννοια</i>	155
Α. Ελευθέρως ανακλητή η εγγυητική επιστολή	157

B. Η ρήτρα περί παραιτήσεως από ενστάσεις – νομιμότητα του περιεχομένου της	157
Γ. Καταχρηστική κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής	159
(Ομαλή) κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής	160
Καταχρηστική κατάπτωση	160
Εφαρμογή του άρθρου 281 Α.Κ. στην εγγυητική επιστολή	162
α) Το πρόβλημα της καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος	162
Δυνατότητα προβολής της ένστασης της ΑΚ 281	163
Η περίπτωση της ανώτερης βίας	167
Εξειδίκευση της καλής πίστης στις σχέσεις δανειστή – εγγυητή - οφειλέτη	170
Το ζήτημα της δικαστικής προστασίας με ασφαλιστικά μέτρα	174
Νομολογιακή αντιμετώπιση ζητημάτων εγγυητικής επιστολής	175
Παραδείγματα από τη νομολογία για την κατάχρηση δικαιώματος κατά την είσπραξη ενέγγυου πιστώσεως και την καταχρηστική δήλωση καταπτώσεως εγγυητικής επιστολής	175
Εγγυητική επιστολή με ρήτρα πληρωμής «σε πρώτη ζήτηση» και ευθύνη τράπεζας για μη ανανέωση	187
4. Τραπεζικά Δάνεια: Προβλήματα στη διαμόρφωση των τραπεζικών επιτοκίων	195
Ζητήματα που ανακύπτουν από το κυμαινόμενο επιτόκιο	218
1. Παράβαση των διατάξεων περί αθέμιτου και ελεύθερου ανταγωνισμού	218
2. Ελευθερία των συμβάσεων (ΑΚ 361) - όρια	219
Προβλήματα στο θέμα του ανατοκισμού – τα δικαιώματα των πιστοληπτών (με το ν. 2601/98)	221
1. Ρύθμιση του ΑΚ	222
2. Ρύθμιση της ΝΕ 289/80 («αυτοδίκαιος ανατοκισμός»)	223
3. Αποφάσεις 8, 9/1998 της Ολομέλειας του ΑΠ	224
4. Άρθρο 12 του ν. 2601/98	224
Τα δικαιώματα των πιστοληπτών	228
Τα όρια εγκυρότητας στην περίπτωση της εξασφάλισης των πιστώσεων	229
Περιπτώσιολογία	230
1. Εγγύηση τρίτου	230

2. Υπερεξασφάλιση της τράπεζας	233
3. Αντίθετη στα χρηστά ήθη συμπεριφορά της τράπεζας στην περίπτωση οικονομικής δυσχέρειας του οφειλέτη	234
4. Επίσπευση πλειστηριασμού – κήρυξη σε πτώχευση – ΑΚ 479	235
5. Τραπεζικός τρέχων ή ανοικτός ή αλληλόχρεος λογαριασμός	236
Το πρόβλημα του ανατοκισμού (ΕισΝΑΚ 112)	236
Η αναγνώριση του καταλοίπου	239
Η απόσβεση των παρασχεθεισών ασφαλειών	240
Η ευθύνη του εξελθόντος από την εταιρία ομορρύθμου εταίρου	241
Η ευθύνη του εγγυητή επί αυξήσεως του πιστωτικού ορίου	244
Το «οποτεδήποτε» κλείσιμο του λογαριασμού	247
6. Καταναλωτική πίστη - καταστρατηγήσεις	250
7. Παροχή επενδυτικών συμβουλών από τις τράπεζες	254
Σχέση εμπιστοσύνης – παρεπόμενες υποχρεώσεις της τράπεζας	256
Συγκρούσεις συμφερόντων κατά την παροχή επενδυτικών συμβουλών (μεταξύ τράπεζας και πελάτη)	262
Συμπεριφορές αντίθετες στην αρχή της προτεραιότητας του συμφέροντος του πελάτη	264
Ειδικά το πρόβλημα των εμπιστευτικών ή απόρρητων πληροφοριών	265
8. Σύμβαση φύλαξης και διαχείρισης κινητών αξιών	270
Η έννοια των κινητών αξιών	270
9. Η ευθύνη της τράπεζας στην περίπτωση της εκμίσθωσης θυρίδας θησαυροφυλακίου	274
Γενικά	274
Το πρόβλημα στη σχέση τράπεζας και τρίτου κυρίου των φυλασσομένων στη θυρίδα πραγμάτων ως ζήτημα εντάξεως του τρίτου στο προστατευτικό πεδίο της σύμβασης	276
Νομική φύση της σύμβασης	277
Απαλλακτικές ρήτρες	277
Αδυναμία απαλλαγής από την ευθύνη	278
Δυνατότητα ποσοτικού περιορισμού της ευθύνης	280
Η εξαιρετική ρύθμιση του άρθρου 8 § 6 ν. 2251/94	282
10. Νέες μορφές συμβάσεων της σύγχρονης οικονομίας	283
Γενικά	283

Προβλήματα που αναφέρονται από τα νέα συμβατικά μορφώματα	283
Συμβάσεις προσχωρήσεως	285
Δημιουργήματα του αγγλοαμερικανικού δικαίου	286
Αντανάκλαση της καλής πίστης και περιπτώσεις καταχρηστικότητας στις επιμέρους νέες συμβάσεις.....	287
Σύμβαση Leasing: Περιπτωσιολογία	287
Το Leasing ως εργαλείο της καταναλωτικής πίστης – καταστρατήγηση στην τραπεζική πρακτική	289
Κατανομή των κινδύνων στη σύμβαση leasing εις βάρος του μισθωτή-ασθενέστερου αντισυμβαλλομένου	290
Σύμβαση factoring	292
<i>Σύμβαση προσχωρήσεως</i>	292
11. Ξέπλυμα βρώμικου χρήματος	297
Γενικά	297
Επιμέρους οικονομικά εγκλήματα.....	297
Νομοθετικό Πλαίσιο	298
Οι τράπεζες μεταξύ νομιμότητας και παρανομίας.....	298
Αποτελεσματικότητα της ρύθμισης του ν. 2331/95	300
Τεχνικές νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες	302
Α. Άμεση διοχέτευση των εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες	303
Β. Έμμεση διοχέτευση των εσόδων	305
Η μέθοδος επαναδανεισμού	307
Συναλλαγές μέσω του κυβερνοχώρου.....	308
ΜΕΡΟΣ ΤΡΙΤΟ. ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ – ΣΗΜΑΝΤΙΚΕΣ ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΕΡΙ ΚΑΤΑΧΡΗΣΤΙΚΩΝ ΤΡΑΠΕΖΙΚΩΝ ΠΡΑΚΤΙΚΩΝ ΚΑΙ ΟΡΩΝ.....	310
ΕΠΙΛΟΓΟΣ - ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ	326
<u>ΜΕΡΟΣ ΤΕΤΑΡΤΟ. ΠΡΟΣΦΑΤΕΣ ΚΟΙΝΟΤΙΚΕΣ ΡΥΘΜΙΣΕΙΣ.....</u>	<u>328</u>
<u>ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ.....</u>	<u>33</u>

ΠΡΟΛΟΓΟΣ

Το θέμα με το οποίο επέλεξα να ασχοληθώ στη διπλωματική μου εργασία αφορά στις καταχρηστικές και αμφισβητήσιμης νομιμότητας πρακτικές που παρατηρούνται στις τραπεζικές συναλλαγές εις βάρος των πελατών-καταναλωτών των σύγχρονων χρηματοπιστωτικών ιδρυμάτων. Η καταχρηστικότητα στο τραπεζικό συμβατικό δίκαιο συνίσταται στην κατάχρηση της συμβατικής ελευθερίας και της αρχής της ιδιωτικής αυτονομίας συνήθως από το ισχυρότερο συμβαλλόμενο μέρος, την τράπεζα¹, και εκδηλώνεται είτε μέσω καταχρηστικών πρακτικών και συμπεριφορών είτε μέσω καταχρηστικών συμβατικών όρων².

Η ανάλυσή μου ερείδεται σε δύο βασικούς πυλώνες:

1. Από τη μία πλευρά στη διάταξη του ΑΚ 281 περί καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος. Συγκεκριμένα, πώς αυτή εξειδικεύεται, μέσω των κριτηρίων της (καλή πίστη, χρηστά ήθη, κοινωνικός ή οικονομικός σκοπός του δικαιώματος) και μέσω των λοιπών γενικών ρητρών (ΑΚ 178-179, 288, 371-372), στο τραπεζικό δίκαιο, κάνοντας παράθεση σημαντικών δικαστικών αποφάσεων, όπου έχει γίνει αυτή αντικείμενο επίκλησης από τα ελληνικά δικαστήρια πάνω σε τραπεζικά ζητήματα.
2. Από την άλλη πλευρά στο ειδικό δίκαιο του καταναλωτή και συγκεκριμένα στη διάταξη 2 §§6-7 του ν. 2251/94 για τους καταχρηστικούς ΓΟΣ, όπως εμφίλοχωρεί στο τραπεζικό δίκαιο.

Οι δύο αυτοί άξονες αποτελούν σημαντικό οπλοστάσιο στα χέρια κάθε αποδέκτη τραπεζικών υπηρεσιών αν λάβουμε υπόψη ότι η προστασία που παρέχεται στον αντισυμβαλλόμενο της τράπεζας μέσω των ειδικότερων ρυθμίσεων της τραπεζικής νομοθεσίας είναι αποσπασματική, μεταβαλλόμενη και ερειδόμενη κυρίως σε προεδρικά διατάγματα και υπουργικές αποφάσεις, που συνεχώς καταργούνται και αντικαθίστανται με άλλα³.

¹ Δεν αποκλείεται πάντως η καταχρηστικότητα να αφορά σε ενέργειες του πελάτη της τράπεζας, παρότι είναι ο ασθενέστερος αντισυμβαλλόμενος στη σύμβαση με την τράπεζα, όπως θα δούμε παρακάτω.

² Ως επί το πλείστον πρόκειται για προδιατυπωμένους ΓΟΣ, χωρίς ωστόσο να αποκλείονται και όροι καταχρηστικοί που διατυπώθηκαν ύστερα από ατομική διαπραγμάτευση.

³ Εξάλλου, οι ειδικότερες αυτές ρυθμίσεις για τις τραπεζικές συναλλαγές συνήθως θεμελιώνουν πολλά προνόμια για τις τράπεζες π.χ. ειδικές διατάξεις για την εμπράγματη ασφάλεια, την αναγκαστική εκτέλεση κλπ. Χαρακτηριστικό παράδειγμα είναι το ν.δ. της 17.7.1923.

Ασφαλώς η ανάλυση γίνεται πάντα υπό το πρίσμα του κοινοτικού νομοθέτη και σε συνάρτηση με τις αντίστοιχες κοινοτικές ρυθμίσεις (οδηγίες, συστάσεις της ΕΕ και δραστηριότητες της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας), οι οποίες σαφέστατα επιδρούν και διαμορφώνουν και το ελληνικό τραπεζικό δίκαιο.

Η προσέγγιση του θέματος γίνεται όχι μόνο *de lege lata*, αλλά και από δικαιοπολιτική άποψη, *de lege ferenda*.

ΜΕΡΟΣ ΠΡΩΤΟ. Η έννοια της καταχρηστικότητας γενικά

Ο ρόλος των τραπεζών σήμερα: τραπεζικές εργασίες και κίνδυνοι

Οι τράπεζες καλούνται σήμερα να διαδραματίσουν έναν εντονότερο και επιθετικότερο ρόλο, καθώς αποτελούν έναν πολύ σημαντικό, αν όχι τον σημαντικότερο, πυλώνα διαμόρφωσης και στήριξης της εθνικής οικονομίας. Με την απελευθέρωση των χρηματοπιστωτικών αγορών, την ελεύθερη διακίνηση κεφαλαίων διεθνώς και την τεχνολογική πρόοδο, ο ρόλος των τραπεζών έχει ενισχυθεί διεθνώς, ευρωπαϊκά, αλλά και στη χώρα μας. Όπως εύστοχα έχει λεχθεί, «η τράπεζα δεν είναι απλός επιβάτης του οικονομικού πλοίου ούτε απλός δανειστής χρημάτων με τη στενή έννοια του όρου, δεδομένου ότι η ομαλή λειτουργία του τραπεζικού πιστωτικού συστήματος επηρεάζει το σύνολο της οικονομίας της χώρας». Έτσι η τράπεζα καθίσταται υπό μία έννοια «δημόσια υπηρεσία»⁴. Από το 1999 έχουν ενταθεί και επεκταθεί οι εργασίες των τραπεζών σε περισσότερες οικονομικές δραστηριότητες. Οι τράπεζες έχουν αποκτήσει πλέον έναν πολυσχιδή και σημαντικό ρόλο για τον επαγγελματία, τον απλό καταναλωτή, τον απλό πολίτη, ολόκληρη την εθνική οικονομία.

Το άρθρο 24 του ν. 2076/1992 απαριθμεί ενδεικτικά τις κυριότερες τραπεζικές εργασίες:

1. αποδοχή καταθέσεων ή άλλων επιστρεπτέων κεφαλαίων,
2. χορήγηση πιστώσεων,
3. πράξεις διενέργειας πληρωμών και μεταφοράς κεφαλαίων (τραπεζικό έμβασμα, σύμβαση γύρου),
4. έκδοση και διαχείριση μέσων πληρωμής (πιστωτικών και χρεωστικών καρτών, ταξιδιωτικών και τραπεζικών επιταγών),
5. εγγυήσεις και αναλήψεις υποχρεώσεων,
6. συναλλαγές για λογαριασμό του ίδιου του ιδρύματος ή της πελατείας του σε:
 - α. μέσα χρηματαγοράς (αξιόγραφα, πιστοποιητικά καταθέσεων),
 - β. συνάλλαγμα,

⁴ Εταιρία Νομικών Βορείου Ελλάδος, Δίκαιο των μαζικών συναλλαγών.

- γ. προθεσμιακά συμβόλαια χρηματοπιστωτικών τίτλων ή χρηματοοικονομικά δικαιώματα,
 - δ. συμβάσεις ανταλλαγής επιτοκίων και νομισμάτων,
 - ε. κινητές αξίες.
7. συμμετοχές σε εκδόσεις τίτλων και παροχή συναφών υπηρεσιών περιλαμβανομένων και των υπηρεσιών αναδόχου εκδόσεως τίτλων,
 8. παροχή συμβουλών σε επιχειρήσεις σχετικά με τη διάρθρωση του κεφαλαίου, τη βιομηχανική στρατηγική και συναφή θέματα καθώς και συμβουλών και υπηρεσιών στον τομέα της συγχώνευσης και της εξαγοράς επιχειρήσεων,
 9. μεσολάβηση στις διατραπεζικές αγορές,
 10. διαχείριση χαρτοφυλακίου ή παροχή συμβουλών για τη διαχείριση χαρτοφυλακίου,
 11. φύλαξη και διαχείριση κινητών αξιών,
 12. εμπορικές πληροφορίες, περιλαμβανομένων και των υπηρεσιών αξιολόγησης πιστοληπτικής ικανότητας πελατών,
 13. εκμίσθωση θυρίδων,
 14. χρηματοδοτική μίσθωση (leasing),
 15. πρακτορεία επιχειρηματικών απαιτήσεων (factoring).

Λόγω του μεγάλου αριθμού δραστηριοτήτων που αναλαμβάνουν οι τράπεζες, οι κίνδυνοι που ελλοχεύουν είναι πολλοί κυρίως για τον ασθενέστερο αντισυμβαλλόμενο, καταναλωτή των τραπεζικών υπηρεσιών, καθώς πολύ συχνά ξεπερνώνονται τα όρια της συμβατικής ελευθερίας, μ' αποτέλεσμα τη νομιμότητα να διαδέχεται η καταχρηστικότητα. Άλλωστε, το ζήτημα των ορίων της συμβατικής ελευθερίας είναι πολύπλοκο και παραμένει ανοικτό, όπως θα δούμε παρακάτω.

Ο όρος «retail banking»

Ο αγγλοσαξονικός αυτός όρος αποδίδεται ως εξής: «τραπεζικές υπηρεσίες προς καταναλωτές»⁵. Η σημασία του όρου είναι από τη φύση του ρευστή και βασίζεται περισσότερο στην πρακτική των συναλλαγών παρά σε μία καθαρά εννοιολογική οριοθέτηση. Θα μπορούσε να αποδοθεί επίσης ως

⁵ Έτσι ο κ. Κοκκομέλης, Τραπεζικές Υπηρεσίες προς Καταναλωτές.

«λιανικές τραπεζικές εργασίες» ή ως «τραπεζικές μικροσυναλλαγές» και αφορά κυρίως σε φυσικά πρόσωπα – καταναλωτές.

Οι «τραπεζικές υπηρεσίες προς καταναλωτές» περιλαμβάνουν όλες τις ενεργητικές, παθητικές και μεσολαβητικές εργασίες των χρηματιστικών οργανισμών, κυρίως τραπεζών, οι οποίες έχουν ως κύριο αντικειμενικό σκοπό την εξυπηρέτηση των ιδιωτών καταναλωτών, έστω και αν – έμμεσα ή άμεσα – η δραστηριότητα αυτή καλύπτει και επιχειρηματικές λειτουργίες.

Οι υπηρεσίες αυτές καλύπτουν ένα ευρύτατο φάσμα αναγκών ή συμφερόντων των φυσικών προσώπων και έχουν τα εξής βασικά χαρακτηριστικά:

1. αφορούν κατά κανόνα σε μικρού σχετικά ύψους συναλλαγές, χωρίς όμως να είναι δυνατό να καθοριστεί ανώτατο όριο,
2. παρουσιάζουν σχετική ομοιομορφία, περιοδικότητα και επαναληπτικότητα.

Οι περισσότερες από τις υπηρεσίες αυτές δεν είναι νέες. Εκείνο που είναι νέο είναι η διαφορετική αντιμετώπισή τους από τα πιστωτικά ιδρύματα στις ανεπτυγμένες χώρες ως συνέπεια των ριζικών μεταβολών των κοινωνικών συνθηκών, της μαζικής εισαγωγής της νέας τεχνολογίας στην τραπεζική τεχνική (διαδίκτυο, ηλεκτρονικές πληρωμές, κλπ.), της διευρύνσεως και διεθνοποιήσεως της αγοράς και της εντάσεως του ανταγωνισμού.

Τα στοιχεία που διαφοροποιούν τη νέα από την παραδοσιακή αντίληψη είναι:

1. ο καθαρά ανταγωνιστικός χαρακτήρας της σύγχρονης τραπεζικής δραστηριότητας,
2. η εμφάνιση και καθιέρωση του τραπεζικού marketing,
3. η προσπάθεια για την προσφορά μίας ολοκληρωμένης «δέσμης» υπηρεσιών,
4. η δημιουργία μίας σταθερής και όσο το δυνατόν διευρυνόμενης πελατείας,
5. η εισαγωγή της νέας τεχνολογίας,
6. η δυνατότητα οικονομικών κλίμακας.

Η εμφάνιση νέων ή, έστω, η εκσυγχρονισμένη προσφορά παραδοσιακών υπηρεσιών επιτρέπει στις τράπεζες να αυξήσουν τα έσοδά τους από προμήθειες και να βελτιώσουν αναμφισβήτητα την αποδοτικότητά

τους, αποδεδειγμένα από τα στενά πλαίσια που παλαιότερα δημιουργούσε το καθαρό περιθώριο τόκων. Προϋπόθεση όμως για την εμπέδωση μίας τέτοιας εξελίξεως παραμένει αναπόδραστα η συστηματική παρακολούθηση και ο έλεγχος των στοιχείων του κόστους και η σωστή τιμολόγηση των προσφερομένων υπηρεσιών, ώστε να αποφεύγονται καταχρηστικές πρακτικές σε βάρος των καταναλωτών. Άλλωστε, η σχέση μεταξύ τράπεζας και πελάτη είναι αμφίροπη, αλληλοεξαρτώμενη και συνεπώς αλληλοεπηρεαζόμενη, αλληλένδετη.

Κατάχρηση της συμβατικής ελευθερίας. Η προβληματική των ορίων της συμβατικής ελευθερίας - έννοια και περιεχόμενο της συμβατικής ελευθερίας

Από την γενικότερη αρχή του αυτοπροσδιορισμού του ανθρώπου πηγάζει η αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας ή αυτονομίας της ιδιωτικής βουλήσεως, της οποίας μερικότερη εκδήλωση είναι η θεμελιώδης αρχή της συμβατικής ελευθερίας.

Το δίκαιο αναγνωρίζει και κατοχυρώνει αυτή τη δυνατότητα του προσώπου να διαμορφώνει τις έννομες σχέσεις του σύμφωνα με τη βούλησή του, με τη σκέψη ότι τα άτομα είναι καλύτερα από κάθε άλλον σε θέση να σταθμίζουν τα συνδεόμενα με τη ρυθμιστέα σχέση συμφέροντά τους, προκειμένου να καλύψουν τις βιοτικές και ιδιαίτερα τις καταναλωτικές ανάγκες τους. Άλλωστε, αυτή βρίσκει και συνταγματικό έρεισμα στην 5§1Σ περί ελεύθερης αναπτύξεως της προσωπικότητας, η οποία και υπαγορεύει την ελεύθερη από κρατική παρέμβαση διάπλαση των ιδιωτικών έννομων σχέσεων του προσώπου. Η αρχή αυτή ευδοκίμει στα δίκαια εκείνα που έχουν σαν άξονά τους το φιλελεύθερο οικονομικό σύστημα και όχι σε καθεστώς κεντρικά ελεγχόμενης οικονομίας.

Στο δίκαιο των ενοχικών συμβάσεων, των δικαιοπρασιών, η αρχή της συμβατικής ελευθερίας βρίσκει τη θεμελίωσή της στο ΑΚ 361. Από πλευράς περιεχομένου, αυτή διακρίνεται σε ελευθερία συνάψεως και ελευθερία διαπλάσεως του περιεχομένου μίας σύμβασης. Η πρώτη μορφή περιλαμβάνει τόσο την ελευθερία αποφάσεως για σύναψη (θετική) ή άρνηση σύναψης (αποθετική ελευθερία) μίας σύμβασης όσο και τη δυνατότητα

ελεύθερης επιλογής του αντισυμβαλλομένου. Αναφέρεται δηλαδή στο «αν» και «με ποιόν» της κατάρτισης της σύμβασης.

Η ελευθερία διαπλάσεως αναφέρεται κυρίως στον καθορισμό των όρων της συμβατικής ρυθμίσεως, στο «πώς» δηλαδή της συμβάσεως. Σ' αυτήν υπάγεται και η λεγόμενη «ελευθερία των συμβατικών τύπων» [typenfreiheit], που για το ενοχικό δίκαιο σημαίνει ότι οι ρυθμιζόμενες στο ειδικό μέρος του συμβάσεις ούτε υποχρεωτικά αποδεκτές είναι ούτε *numerus clausus* αποτελούν⁶.

Ωστόσο, η ελευθερία διαπλάσεως του περιεχομένου μίας σύμβασης δεν είναι απεριόριστη, ενόψει της πληθώρας διατάξεων αναγκαστικού δικαίου στον ΑΚ, τις οποίες δεν μπορεί να παραμερίσει η ιδιωτική βούληση, αλλά και λόγω της πολύ συχνά μεγάλης διαπραγματευτικής ανισότητας των μερών, ώστε κατ' ουσίαν ο ισχυρότερος συμβαλλόμενος να καθορίζει μονομερώς το περιεχόμενο της συμβάσεως (κυρίως στην περίπτωση συμβάσεων με ΓΟΣ).

Μορφές κατάχρησης της συμβατικής ελευθερίας

Η συμβατική ελευθερία δεν είναι απεριόριστη. Τίθενται σ' αυτήν φραγμοί που η έννομη τάξη θεωρεί απαραίτητους για την ευρυθμότερη λειτουργία της κοινωνικής συμβίωσης και οι οποίοι συνοψίζονται ως εξής:

1. περιορισμοί από την αντίστοιχη ελευθερία του άλλου συμβαλλομένου.
Πράγματι, η σύμβαση τότε μόνο παράγει τη ρυθμιστική της ενέργεια ως μηχανισμού ορθής ρυθμίσεως των ανταλλακτικών σχέσεων όταν το περιεχόμενό της ανταποκρίνεται στη βούληση και των δύο συμβαλλομένων,
2. εγγενείς περιορισμοί, δηλ. περιορισμοί που προσδιορίζονται από το σκοπό της,
3. γενικοί περιορισμοί του ΑΚ: τέτοιοι είναι οι περιεχόμενοι στις γενικές ρήτρες του ΑΚ, δηλ. ΑΚ 174, 178-179 και 281, 288 και 919. Χαρακτηριστικό αυτών είναι ότι, προκειμένου να εφαρμοστούν *ad hoc*, απαιτείται η συγκεκριμενοποίησή τους από τον δικαστή. Ιδιαίτερης βαρύτητας από αυτές είναι η διάταξη του ΑΚ 281 λόγω της

⁶ Νέα συμβατικά μορφώματα της τραπεζικής συναλλακτικής πρακτικής αποτελούν, όπως θα δούμε παρακάτω, οι συμβάσεις *leasing*, *factoring* και *fortaiting*.

κοινωνικοοικονομικής λειτουργίας που επιτελεί, όπως θα δούμε παρακάτω στην κατ' ιδίαν εξέτασή της.

Υπέρβαση των ορίων της συμβατικής ελευθερίας

Το ζήτημα αυτό αποτελεί αμφιλεγόμενο θέμα και παραμένει ανοικτή η συζήτηση για το πότε βρισκόμαστε εντός των νομίμων ορίων της συμβατικής ελευθερίας και πότε βρισκόμαστε εντός των νομίμων ορίων μεν, αλλά στα άκρα της συμβατικής ελευθερίας, οπότε και κάποια μορφή άσκησης της συμβατικής ελευθερίας να θεωρείται καταχρηστική, νόμιμη μεν αλλά να αγγίζει τα άκρα όρια της νομιμότητας και να τείνει ν' αποτελέσει ή να αποτελεί ήδη περίπτωση καταχρηστικότητας, καθώς τα όρια μεταξύ νομιμότητας και «καταχρηστικής νομιμότητας» είναι πολύ ρευστά.

Η καταχρηστικότητα μπορεί να εκδηλωθεί με δύο τρόπους: είτε με την καταχρηστική άρνηση συνάψεως μίας σύμβασης αναγκαστικής είτε με την καταχρηστική διάπλαση του περιεχομένου της και αυτή ακριβώς η δεύτερη περίπτωση είναι που μας αφορά λόγω της διαπραγματευτικής ανισότητας μεταξύ τράπεζας και πελάτη της.

Η λειτουργία της συμβατικής ελευθερίας υπό την επίδραση της αρχής του κοινωνικού κράτους

Η συνταγματική αρχή του κοινωνικού κράτους έπαιξε καθοριστικό ρόλο στη μεταβολή της λειτουργίας της συμβάσεως στο σύγχρονο δίκαιο, καθώς της προσέδωσε περιεχόμενο ουσιαστικό και κοινωνικό. Η αρχή αυτή επιτάσσει απόλυτα την προστασία του κοινωνικά και οικονομικά ασθενέστερου, που αδυνατεί να προασπίσει ο ίδιος αποτελεσματικά τα συμφέροντά του. Η συμβατική ελευθερία του ισχυρότερου συμβαλλόμενου (εδώ της τράπεζας) τελειώνει εκεί όπου τα συμφέροντα του ασθενέστερου συμβαλλόμενου χρειάζονται προστασία.

Η αρχή του κοινωνικού κράτους καθιερώνεται στις παρακάτω διατάξεις του Σ: 16 §4, 17 §1, 21, 22, 25 §2&4, 106 §§1&2, οι οποίες και θεσπίζουν ένα *minimum* εγγυήσεων για την πραγμάτωση του κοινωνικού κράτους. Κατά την κρατούσα άποψη στο 5 §1Σ κατοχυρώνεται και η συμβατική ελευθερία. Ως εκ

τούτου υπόκειται και αυτή στον τριπλό περιορισμό του 5 §1Σ: δικαιώματα των άλλων, Σύνταγμα, χρηστά ήθη.

Η διάπλαση του νέου αυτού περιεχομένου της συμβατικής ελευθερίας επιτυγχάνεται δια της οδού της λεγόμενης τριτενέργειας των συνταγματικών διατάξεων. Ως γνωστόν, οι συνταγματικές αρχές δεν αποτελούν μία αξιολογικά ουδέτερη τάξη, αλλά περιέχουν αντικειμενικές αξιολογήσεις που εκπέμπουν την ακτινοβολία τους σ' όλον τον χώρο του δικαίου και άρα και στο αστικό. Στερούνται ωστόσο τη μορφική εκείνη διάπλαση του αστικού κανόνα δικαίου (μείζων και ελάσσων πρόταση, δηλ. πραγματικό και έννομη συνέπεια), πράγμα που εμποδίζει την άμεση εφαρμογή τους στο πεδίο του αστικού δικαίου. Γι' αυτό και η μεταφορά τους στο αστικό δίκαιο συντελείται μέσω των γενικών ρητρών του ΑΚ, της καλής πίστης, των χρηστών ηθών και της απαγόρευσης καταχρήσεως δικαιώματος, αποτελώντας μ' αυτό τον τρόπο πύλες εισόδου και διαύλους επικοινωνίας αστικών και συνταγματικών ρυθμίσεων⁷. Πρόκειται για περίπτωση έμμεσης τριτενέργειας (drittwirkung).

Η διατάραξη της συμβατικής ελευθερίας: - Έννοια και μορφές συναλλακτικής κατωτερότητας

Συναλλακτική κατωτερότητα του ενός συμβαλλομένου υπάρχει γενικά στις περιπτώσεις όπου, είτε συνεπεία κάποιας αντισυμβαλλομένης ιδιότητας που συντρέχει στο πρόσωπό του (λ.χ. ανάγκης, ακυρότητας, απειρίας κ.ο.κ.) είτε λόγω της οικονομικής ισχύος που διαθέτει ο αντισυμβαλλόμενός του, ο ασθενέστερος συμβαλλόμενος στερείται της δυνατότητα να επιδιώξει αυτόνομα την ικανοποίηση των συμφερόντων που επιθυμεί με τη σύμβαση να πραγματοποιήσει. Στις περιπτώσεις αυτές η συμβατική ελευθερία του παρουσιάζεται διαβρωμένη και φυσικά η σύμβαση αδυνατεί να επιτελέσει την κοινωνική της λειτουργία ως μηχανισμού ορθής ρυθμίσεως, αφού ο ισχυρότερος συμβαλλόμενος επιβάλλει μονομερώς τους δικούς του όρους.

Αποτέλεσμα της συμβατικής αυτής ανισότητας είναι η αδυναμία του ασθενέστερου συμβαλλομένου είτε να σχηματίσει σωστά τη δικαιοπρακτική του απόφαση, είτε να πραγματοποιήσει με τη συμβατική ρύθμιση τη, σωστά σχηματισμένη, δικαιοπρακτική του βούληση. Αυτό ισχύει για παράδειγμα στην

⁷ Βλ. Ι. Καράκωστα, Προσωπικότητα και Τύπος, όπ.π.

περίπτωση της ΑΚ 179 (ανάγκη του κατά πλεονεκτούμενου) και στις μαζικές συμβάσεις που καταρτίζονται με τη χρησιμοποίηση ΓΟΣ.

Ωστόσο, τίθεται εύλογα το ερώτημα: μήπως οι δικαιοπρακτικές συνέπειες που επήλθαν από τη διαταραγμένη αυτή συμβατική βούληση του ασθενέστερου συμβαλλομένου θα πρέπει να καταλογισθούν σ' αυτόν βάσει της αρχής της αυτοευθύνης του; Και ως εκ τούτου δεν είναι απαραίτητο να θέσει η έννομη τάξη σε ενέργεια τους προστατευτικούς της μηχανισμούς.

Το πρόβλημα αυτό πρέπει να τεθεί υπό την εξής διάκριση: τότε μόνο ανακύπτει αυτό, δηλ. όταν η συναλλακτική κατωτερότητα και ως εκ τούτου η διάταξη της συμβατικής ελευθερίας δικαιοπρακτικής αποφάσεως του συμβαλλομένου ανάγονται στην προσωπική του κυρίως ασφάλεια (ανάγκη, κουφότητα, απειρία κτλ.). Αντίθετα, δεν τίθεται τέτοιο ζήτημα στις μαζικές συμβάσεις που καταρτίζονται με χρήση ΓΟΣ, αφού εδώ έχουμε την οικονομική και διανοητική υπεροχή της επιχείρησης που επιφέρει την εν λόγω διάταξη και όχι τις προσωπικές ιδιότητες του καταναλωτή.

Ωστόσο, στην καταπλεονέκτηση, παρά το γεγονός ότι οι παράγοντες διαταράξεως της ελευθερίας δικαιοπρακτικής αποφάσεως εμπίπτουν αποκλειστικά στην προσωπική του σφαίρα, δύσκολα θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι πρέπει να του καταλογισθεί το περιεχόμενο της σύμβασης βάσει της αρχής της αυτοευθύνης. Και αυτό γιατί στην καταπλεονεκτική δικαιοπραξία, πέρα από τη διατάραξη της συμβατικής ισορροπίας και της δικαιοπρακτικής αυτοδιάθεσης του καταπλεονεκτούμενου, υπάρχει και το στοιχείο της προφανούς δυσαναλογίας, που καθιστά έναν τέτοιο καταλογισμό σφόδρα ανεπιεική λύση.

Η αρχή της εξισωτικής συμβατικής δικαιοσύνης⁸

Αναφέρεται στις ανταλλακτικές συμβάσεις και κρίνεται κατ' αυτήν το περιεχόμενο της σύμβασης με κριτήρια αντικειμενικά, αντλούμενα από την ιδέα της δικαιοσύνης. Στην ευρύτερή της έννοια, έχει σαν αίτημα τη δίκαιη μεταξύ των συμβαλλομένων κατανομή των συνδεομένων με τη σύμβαση δικαιωμάτων και υποχρεώσεων⁹. Σε μία πιο στενή έννοια, επιτάσσει την

⁸ Διδασκαλία του Schmidt-Rimple.

⁹ Δίκαιη εξίσωση των επιδιωκόμενων με τη σύμβαση συμφερόντων.

ισοδυναμία των ανταλλασσόμενων μεταξύ των συμβαλλομένων παροχών από τη σκοπιά της αντικειμενικής τους αξίας (αρχή της αντικειμενικής ισοδυναμίας των παροχών – objectives Äquivalenzprinzip) και ανακύπτει κατεξοχήν στην προβληματική της καταπλεονεκτικής δικαιοπραξίας.

Στην πράξη πάντως η ανεύρεση κριτηρίων με τα οποία θα καθορίζεται τότε η αντιπαροχή είναι δίκαιη αποτελεί ένα ζήτημα που παραμένει ανοικτό. Φυσικά όταν γίνεται λόγος για την αρχή της αντικειμενικής αδυναμίας των ανταλλασσόμενων παροχών, δεν εννοούμε μία απόλυτα ακριβή, μαθηματικά εκφραζόμενη ισοτιμία των παροχών με την έννοια της *justitia commutativa*, αλλά μία σχετική ισορροπία στην αξία των παροχών.

Συμπερασματικά, η προφανής δυσαναλογία των αμοιβαίων παροχών δεν μπορεί να δικαιολογηθεί από την ελεύθερη δικαιοπρακτική βούληση του καταπλεονεκτούμενου, ακριβώς γιατί αποτελεί απόρροια της διαπραγματευτικής ανισότητας των μερών, μ' αποτέλεσμα να μην υπάρχει το κατεξοχήν ουσιαστικό εχέγγυο ορθότητας (*Richtigkeitsgewahr*) της συμβατικής ρύθμισης. Συνεπώς, η καταπλεονεκτική ρύθμιση αποτελεί υπέρβαση των ορίων των επιβαλλομένων από την κοινωνικοοικονομική λειτουργία της συμβατικής ελευθερίας.

Η θεσμική θεωρία (institutionelle Lehre)¹⁰

Κατά τη θεωρία αυτή, η σύμβαση αποτελεί θεσμό, από και κατά τη λειτουργία του οποίου προκύπτουν εγγενή όρια. Η υπέρβαση των ορίων αυτών συνιστά αυτοχρήμα πράξη παράνομη και καταχρηστικά ασκούμενη. Δεν είναι αναγκαία η αναζήτηση κάποιας νομοθετικής βάσης για να στηριχθεί η απαγόρευση της καταχρηστικής άσκησης. Επίσης, δεν απαιτείται η συνδρομή κάποιας επιλήψιμης προσωπικής στάσης του συμβαλλομένου.

Η θέση αυτή είναι αναμφίβολα ορθή. Ωστόσο, στο ελληνικό δίκαιο το στοιχείο του οικονομικού και κοινωνικού σκοπού, με το οποίο εργάζεται η θεσμική θεωρία, εμπεριέχεται ρητά σαν κριτήριο καταχρηστικής άσκησης στην ΑΚ 281, οπότε αυτή αποτελεί σ' εμάς τη δικαιοθετική βάση της καταχρήσεως θεσμού. Επομένως, σ' εμάς δεν χρειάζεται η δημιουργία ή η υιοθέτηση της «θεσμικής θεωρίας». Και εδώ ακριβώς έγκειται και η διαφοροποίηση της ΑΚ

¹⁰ Βλ. γι' αυτήν κυρίως Raiser, *Das Recht der AGB*, σελ. 277 επ.

281 από την ΑΚ 179 και κρίνεται πιο ουσιαστικός ο δικαστικός έλεγχος βάσει της ΑΚ 281, όπως θα δούμε αμέσως μετά.

Από τη ρύθμιση της ΑΚ 179 §2 στη γενική αρχή της ΑΚ 281

Ερωτάται εύλογα γιατί να μην ανατρέξουμε στη ρύθμιση της ΑΚ 179 §2 για τις περιπτώσεις καταχρηστικότητας στο πεδίο της ατομικής συμβάσεως και προσφεύγουμε σ' αυτήν της ΑΚ 281; Δεν επαρκεί η ένταξη της προβληματικής αυτής στην ΑΚ 179;

Είναι γεγονός ότι η ρύθμιση της ΑΚ 179 §2 εμφανίζει μία αυστηρότητα ως προς τις προϋποθέσεις του πραγματικού της (ιδίως με την αναγκαιότητα του δυσασπόμενου υποκειμενικού στοιχείου της εκμεταλλεύσεως), πράγμα που την καθιστά εντελώς ακατάλληλη να αποτελέσει το νομοθετικό θεμέλιο της απαγορεύσεως της καταχρηστικής διαπλάσεως του περιεχομένου της συμβάσεως.

Η ανάγκη προστατευτικής παρέμβασης του δικαστή ανακύπτει πολύ νωρίτερα από τα όρια που χαράζει στην άσκηση της συμβατικής ελευθερίας η ΑΚ 179 §2, όταν δηλαδή διαπιστωθεί ότι ο μηχανισμός της συμβάσεως, συνεπεία κάποιας μορφής διαταράξεως της συμβατικής ελευθερίας του ενός μέρους, δεν μπόρεσε να λειτουργήσει στη συγκεκριμένη περίπτωση ως όργανο ορθής ρυθμίσεως.

Αλλά στην περίπτωση αυτήν πρόκειται για εσφαλμένη χρήση του θεσμού της συμβάσεως και όχι για πρόσδοση μορφής στο πρόσωπο του καταχρωμένου της συμβατικής του ελευθερίας. Γι' αυτό και η θεσμική κατάχρηση της συμβατικής ελευθερίας νοείται πάντοτε αντικειμενικά, πέρα δηλαδή από κάθε έννοια υπαιτιότητας¹¹.

Άλλωστε η εγκατάλειψη του πεδίου της ΑΚ 179 και η καταφυγή στην ΑΚ 281 επιβάλλεται και από τη δικαιοκοινωνιολογική σκοπιά του θεσμού της συμβατικής ελευθερίας. Στην ΑΚ 179 γίνεται λόγος για (προφανή) δυσαναλογία παροχής και περιουσιακών ωφελημάτων, πράγμα που προϋποθέτει αμοιβαιότητα των εκατέρωθεν παροχών. Ως εκ τούτου οι τυπολογικά ετεροβαρείς δικαιοπραξίες (όπως είναι η εγγύηση και η παροχή

υποθήκης) μένουν εκτός του γράμματος της ΑΚ 179 §2. Το ίδιο επίσης ισχύει αναφορικά και με όλες τις περιπτώσεις μετακυλίσεως συμβατικών κινδύνων στον ασθενέστερο συμβαλλόμενο που συνεχονται με μη αποτιμητέες σε χρήμα απαλλακτικές ρήτρες πάσης φύσεως και δευτερεύουσες υποχρεώσεις, όπου είναι αμφίβολο αν μπορεί να γίνεται ακόμη λόγος για «δυσαναλογία»¹². Εδώ υπάγονται κυρίως διάφορες ρήτρες εκπτώσεως (ΑΚ 399, 400) που τίθενται εις βάρος του συναλλακτικά ασθενέστερου, η ιδιαίτερη φύση των οποίων έγκειται κυρίως στο γεγονός ότι την πραγματική περιουσιακή τους σημασία την αποκτούν όταν καθίστανται ενεργές, δηλ. σε μεταγενέστερο από την κατάρτιση της συμβάσεως χρόνο¹³.

Λειτουργική και διαλεκτική σύνθεση της ιδιωτικής αυτονομίας με την εξισωτική συμβατική δικαιοσύνη

Στο σύγχρονο δίκαιο των συμβάσεων ιδιωτική αυτονομία και εξισωτική συμβατική δικαιοσύνη συνδέονται σε μία λειτουργική σχέση (κινητή και διαλεκτική), αφού η έννοια της συμβατικής ελευθερίας καθίσταται πλέον περισσότερο ουσιαστική – πράγμα που σημαίνει ότι μεταξύ των συμβαλλομένων πρέπει να υπάρχει μία κατά προσέγγιση ισότητα διαπραγματευτικής ισχύος, ώστε να διασφαλίζεται και στα δύο μέρη η δυνατότητα μίας πραγματικά αυτόνομης επιδιώξεως των συνδεομένων με τη σύμβαση συμφερόντων – η δε λειτουργία της προσλαμβάνει τώρα και κοινωνικό χαρακτήρα (καθότι μηχανισμός που παράγει μία προοπτική δίκαιης εξίσωσης των συνδεομένων με τη σύμβαση συμφερόντων).

Κινητή είναι η σχέση των δύο αρχών με την έννοια ότι όσο περισσότερο διαταραγμένη εμφανίζεται *in concreto* η ελευθερία δικαιοπρακτικής αποφάσεως του συμβαλλομένου, τόσο αυστηρότερα πρέπει να ελέγχεται η ορθότητα του περιεχομένου της συμβατικής ρυθμίσεως από τη σκοπιά της συμφωνίας του με την αρχή της εξισωτικής συμβατικής

¹¹ Αντίθετα, η ΑΚ 179 εμπεριέχει το στοιχείο του «ηθικά επιλήψιμου», πράγμα που σημαίνει ότι καταπλεονεκτική κατ' αυτήν δικαιοπραξία είναι μόνο μία δικαιοπραξία που είναι και ηθικά επιλήψιμη. Έτσι Σημαντήρας, ΓενΑρχ αρ. 813 και Σπυριδάκης, ΓενΑρχ 231 εε.

¹² Σχετικό παράδειγμα ειλημμένο από την αγγλική νομολογία είναι και το εξής: αφορά σε παροχή που συνίσταται σε παράλειψη. Ο οφειλέτης αναλαμβάνει έναντι της τράπεζάς του πρόσθετες υποχρεώσεις και αυτή σε αντιστάθμισμα παραλείπει για ένα ορισμένο χρονικό διάστημα να λάβει μέτρα για την αναγκαστική είσπραξη του χρέους.

¹³ Πρόκειται για τις λεγόμενες «μετασυμβατικές ρήτρες» - *post-contract clauses*.

δικαιοσύνης και αντιστρόφως όσο μεγαλύτερη είναι η απόκλιση του περιεχομένου της συγκεκριμένης συμβάσεως από το μέτρο που επιτάσσει η εξισωτική συμβατική δικαιοσύνη, τόσο αυστηρότερα πρέπει να ελέγχεται η συνδρομή πραγματικής δικαιοπρακτικής αυτοδιαθέσεως στο πρόσωπο του βλαπτόμενου από τη συμβατική ρύθμιση συμβαλλομένου.

Εξάλλου, οι δύο αυτές αρχές συνδέονται μεταξύ τους και διαλεκτικά λόγω της από κοινού δράσης τους και της αλληλεξάρτησής τους ως στοιχείων του πραγματικού της κατ' ΑΚ 281 καταχρηστικής διαπλάσεως του περιεχομένου της συμβάσεως¹⁴.

Η ΑΚ 281 ως δικαιοθετική βάση ελέγχου της καταχρηστικής ασκήσεως της συμβατικής ελευθερίας

Καθώς υπάρχει εύλογα η ανάγκη για εγκατάλειψη πλέον των σχεδιασμένων αποκλειστικά προς τον σκοπό της αποδοκίμασίας της επιμεμπτής ψυχικής στάσεως του ατόμου δογματικών μέσων που διέθετε παραδοσιακά η συμβατική έννομη τάξη για την καταπολέμηση του κινδύνου μιας καταχρηστικής ασκήσεως της συμβατικής ελευθερίας (κυρίως δηλαδή τα άρθρα 178, 179 και 919 ΑΚ) και καταφυγή τώρα σε κοινωνικοηθικά κριτήρια καταχρηστικότητας¹⁵, το άρθρο 281 ΑΚ με το στοιχείο του κοινωνικού σκοπού του δικαιώματος που προσφέρει ως κριτήριο καταχρηστικότητας μπορεί κάλλιστα να αποτελέσει σε μας τη δικαιοθετική βάση ελέγχου της ασκήσεως της συμβατικής ελευθερίας σύμφωνα με την κοινωνική της λειτουργία.

Τα βασικά χαρακτηριστικά της διατάξεως

1. Η ΑΚ 281 ως όργανο πραγμάτωσης της ιδέας της επιείκειας

Από τις λειτουργίες που επιτελεί η διάταξη του άρθρου 281 ΑΚ βασικότερη ασφαλώς είναι η εγκείμενη στην πραγμάτωση της αριστοτελικής ιδέας της επιείκειας ως της δικαιοσύνης της ατομικής περιπτώσεως. Ο νομοθέτης ακολουθεί εδώ την κοινωνικοτυπική οδό προς αναζήτηση του

¹⁴ Η άποψη αυτή βρίσκεται πολύ κοντά στον χώρο του αγγλικού δόγματος της undue influence και της αμερικανικής θεωρίας περί «διαπραγματευτικής» - procedural και ουσιαστικής - substantiv - unconscionability.

¹⁵ Άρθρ. 140 επ. - καρπός μιας καθαρά ψυχολογικής θεώρησης της ελευθερίας δικαιοπρακτικής επιλογής παρίστανται ανεπαρκής να συλλάβουν το ζήτημα της παθολογίας της αποφάσεως σ' όλη του την έκταση και άρα μέσω της ΑΚ 281 πιο αποτελεσματική.

ορθού δικαίου, διότι τούτο υπαγορεύει «η αναπόφευκτη άγνοια των ειδικών περιστάσεων» αλλά και η αδήριτη ανάγκη για δημιουργία, σε κάποιον βαθμό ασφάλειας δικαίου μέσω της γενικής και αφηρημένης ρυθμίσεως. Την ατέλεια που φέρνει μαζί της η καθολικότητα της νομοθετικής ρυθμίσεως προσήκει στον δικαστή να τη διορθώσει.

Στο σύγχρονο βέβαια κράτος ο δικαστής δεν ασκεί τη διορθωτική αυτή λειτουργία *ex equo et bono* αλλά παρίσταται εξουσιοδοτημένος προς τούτο μέσω κυρίως των γενικών ρητρών του ΑΚ¹⁶. Η ρύθμιση της ΑΚ 281 από αυτήν κυρίως τη σκοπιά, της «εξατομικευτικής» δηλαδή και συνάμα «διορθωτικής» λειτουργίας της, πρέπει να γίνεται κατανοητή ως εξουσιοδοτική της επιείκειας ρήτρα στο νευραλγικότερο πεδίο εντάσεως μεταξύ συστήματος και δικαιοσύνης της ατομικής περιπτώσεως . Διότι με τη θέσπιση της διατάξεως αυτής επιδιώκεται ακριβώς «να κατορθώνει ο δικαστής να φέρει εις το προσήκον μέτρον την ενάσκησιν εκείνην του δικαιώματος, ήτις οσονδήποτε και αν στηρίζεται επί του δικαίου, εν τούτοις, εν τη συγκεκριμένη περιπτώσει, καταλήγει εις αδικίαν»¹⁷.

Είναι νομίζω προφανές ότι ο Μαριδάκης εκφράζεται εδώ με αριστοτελικές κατηγορίες. Καταχρηστικά ασκείται ένα δικαίωμα (ή, ευρύτερα, μια νομικώς ενδιαφέρουσα δυνατότητα του προσώπου) όταν καθ' εαυτήν μεν (*per se*) είναι υπαρκτή, αναγνωρίζεται δηλαδή *in abstracto* από την έννομη τάξη, στη συγκεκριμένη όμως περίπτωση ασκείται κατά τρόπο που προσβάλλει την ιδέα της επιείκειας, διότι η άσκησή της υπερβαίνει ορισμένα όρια που επιβάλλονται από την καλή πίστη, τα χρηστά ήθη ή το σκοπό της. Τότε η επιείκεια, που ως αξία είναι υπέρτερη του «δικαίου» (νοούμενου εδώ ως της γενικής νομοθετικής ρυθμίσεως αλλά και της αρχής της ασφάλειας του δικαίου) επιτάσσει την άρνηση της έννομης τάξεως να προσδώσει στη συγκεκριμένη άσκηση τη γενικά προσήκουσα σ' αυτήν νομική προστασία. Αντίστοιχα, με τη ρύθμιση της ΑΚ 281 σκοπείται ο μετριασμός του άκρατου ατομικισμού στην άσκηση των νομικών εξουσιών και η υποβολή της στον κοινωνικό έλεγχο – ασκούμενο μέσω του δικαστηρίου – προς αποτροπή

¹⁶ Έτσι κυρίως Σπυριδάκης, Γεν. Αρχ. αρ. 19 ζ' – Σταθόπουλος στον ΑΚ Γεωργιάδη – Σταθόπουλο 288 αρ. 19.

¹⁷ Μαριδάκης, Απ. Έκθ. Εισηγ. ΓενΑρχ. Σ. 122

συνεπειαικών αποτελεσμάτων στη συγκεκριμένη περίπτωση¹⁸. Το *summum jus* μιας υφιστάμενης *per se* νομικής δυνατότητας δεν επιτρέπεται να μεταβάλλεται στη συγκεκριμένη περίπτωση σε *summa injuria*.

2. Η ελεγκτική λειτουργία της διατάξεως στο θεσμικό επίπεδο

Η σημασία της ΑΚ 281 δεν εξαντλείται στη θετικοποίηση των επιταγών της επιείκειας και της φύσεως του πράγματος, ώστε η ρύθμισή της να παρίσταται πράγματι ως αυτονόητη. Η ρύθμιση της ΑΚ 281 βαίνει ασφαλώς περαιτέρω, διότι προσφέρει και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα μπορεί αλλά και θα πρέπει ο δικαστής να διαγιγνώσκει αν στην κρινόμενη ατομική περίπτωση η κατάσταση των ειδικών συμφερόντων αποκλίνει από την κοινωνικοτυπική στάθμιση, στην οποία είχε προβεί ο νομοθέτης κατά την προσνομή στον δικαιούχο της ελεγχόμενης νομικής δυνατότητας (δικαιώματος, έννομης θέσεως ή καταστάσεως κ.ο.κ.) κατά τρόπο που να δικαιολογεί την κατάφαση της καταχρηστικότητας. Πρόκειται βέβαια για τα κριτήρια της καλής πίστεως, των χρηστών ηθών και του σκοπού (οικονομικού και κοινωνικού) του δικαιώματος (ή ευρύτερα της νομικώς ενδιαφέρουσας δυνατότητας). Από τη σκοπιά αυτή είναι σαφές ότι η ΑΚ 281 αποτελεί συγχρόνως και ουσιαστικό κανόνα δικαίου (*Sachnorm*).

Είναι γεγονός ότι με την αναγραφή των τριών κριτηρίων θεμελιώνεται δικαιοθετικά η δυνατότητα δικαστικού ελέγχου της καταχρηστικής ασκήσεως μιας νομικής εξουσίας σε κάθε δυνατή βαθμίδα θέσεως περιορισμών. Η ΑΚ 281 καλύπτει τόσο την κατάχρηση που εκδηλώνεται σε ατομικό επίπεδο, όπου τα όρια στην άσκηση του δικαιώματος τίθενται από αξιολογήσεις της αστικής έννομης τάξεως, υπερβατικές σε σχέση με τη διάταξη που προσνέμει το δικαίωμα (καλή πίστη, χρηστά ήθη), όσο και σε επίπεδο θεσμικό, όπου οι περιορισμοί υπαγορεύονται εγγενώς από τον ίδιο τον σκοπό για τον οποίο έχει παρασχεθεί από την έννομη τάξη η ελεγχόμενη με τον ΑΚ 281 νομική εξουσία.

Στη διάκριση, ωστόσο, των δύο βασικών βαθμίδων (ατομικής και θεσμικής), αξίζει να εγκύψει κανείς με κάποια προσοχή, διότι η διάκριση αυτή συνέχεται με το κεντρικό ερώτημα αν η ΑΚ 281 εφαρμόζεται και στη

¹⁸ Σχετικά πρβλ. κυρίως Μπαλή, ΓενΑρχ. παρ. 166, Σημαντήρα, ΓενΑρχ αρ. 328, Γεωργιάδη

συμβατική ελευθερία, η οποία αποτελεί στο σύγχρονο δίκαιο θεσμό με κοινωνική λειτουργία¹⁹. Το ζήτημα αυτό τίθεται ενόψει του γεγονότος ότι το γράμμα της διατάξεως μιλάει για άσκηση «δικαιώματος», με τον όρο δε αυτόν νοεί κανείς τεχνικά τη νομική εξουσία που η έννομη τάξη προσνέμει σ' ένα πρόσωπο αναφορικά με τη σχέση του προς άλλο πρόσωπο ή προς ορισμένο πράγμα, ενώ η συμβατική ελευθερία θεωρείται ότι αποτελεί μια φυσική απλώς ευχέρεια που απορρέει από την προσωπικότητα και, σε αντίθεση με το «δικαίωμα», δεν έχει ακριβώς προδιαγεγραμμένο in abstracto περιεχόμενο.

Ανεξάρτητα από το κατά πόσο είναι τελικά ορθό να γίνεται, με τη συμβατική ελευθερία, λόγος περί φυσικής απλώς ευχέρειας βέβαιο είναι ότι με την αναγωγή ιδίως του σκοπού του δικαιώματος σε κριτήριο καταχρηστικότητας στην ΑΚ 281, του κριτηρίου δηλαδή με το οποίο εργάζεται κατά βάσιν η λεγόμενη «θεσμική θεωρία», ο δρόμος για την ένταξη και της συμβατικής ελευθερίας – νοούμενης ως θεσμού – στο πεδίο ελέγχου της ΑΚ 281 παραμένει δογματικά ορθάνοικτος. Διότι βέβαια αυτό που αρνείται η νομολογία αναφορικά με την ελευθερία των συμβάσεων δεν είναι η κατ' αρχήν δυνατότητα ασκήσεώς της – αυτό καταφάσκεται δικαιοθετικά ήδη με τη ρύθμιση των άρθρων 178 και 919 ΑΚ – αλλά η υπαγωγή της ασκήσεώς της στον δραστικότερο έλεγχο που θεσπίζει το άρθρο 281 ΑΚ.

Πλέον το σύστημα του αστικού δικαίου δεν οικοδομείται μονιστικά πάνω στην ιδέα του δικαιώματος, όπως συνέβαινε – υπό την επίδραση κυρίως του Savigny - στην κλασική πανδεκτιστική θεωρία, αλλά διαπλάσσεται και με σύγχρονο προσανατολισμό στην ανάπτυξη και διαφύλαξη των θεσμών του δικαίου (κυριότητα, γάμος, σύμβαση κ.λ.π.). Έτσι τα δομικά στοιχεία του συστήματος είναι στη σύγχρονη θεωρία του αστικού δικαίου δύο, σε κάθε ένα δε από αυτά αντιστοιχεί και μία μορφή καταχρήσεως, ανάλογη με το τιθέμενο εκάστοτε κριτήριο. Όταν αυτό αναζητείται στις προσωπικές σχέσεις των μερών και στις ιδιαίτερες συνθήκες της ασκήσεως – στοιχεία δηλαδή μη

στον ΑΚ Γεωργιάδη – Σταθόπουλου 281 αρ. 2

¹⁹ Στο ερώτημα αυτό απαντάει, όπως είναι γνωστό, θετικά ομόφωνη σχεδόν η νεότερη θεωρία του αστικού δικαίου πρβλ. λ.χ. Σημαντήρα, ΓενΑρχ αρ. 307, Παπαντωνίου, ΓενΑρχ.παρ. 46 ΙΙ, Σπυριδάκη, ΓενΑρχ. αρ. 65 γα, Γεωργιάδη, στον ΑΚ Γεωργιάδη – Σταθόπουλου 281 αρ. 5, Σταθόπουλο, ΕνοχΔικ ΙΙ παρ. 13 – 14, Φίλιο, ΕνοχΔικ Ι παρ. 53 Γ ΙΙ, Δωρή, Περιορισμοί της συμβατικής ελευθερίας ... σ. 310 επ., 618, Παπαχρήστου, ΝοΒ 30, 1488 επ., Καράκωστα, Περιβάλλον και Αστικό Δίκαιο, πρβλ και Π. Α. Παπανικολάου, Οι καταπλεονεκτικές δικαιοπράξεις σ. 157 επ., όπου και μνεία των συγγραφέων που υποστηρίζουν την αντίθετη άποψη.

σχετιζόμενα με την ουσία της ασκούμενης νομικής εξουσίας και γι' αυτό υπαγόμενα στα μάλλον υπερβατικά ως προς αυτήν κριτήρια της καλής πίστεως και των χρηστών ηθών - η κατάχρηση του δικαιώματος είναι ατομική (*individueller Rechtsmissbrauch* ή *Rechtsmissbrauch im individuellen Sinn*). Αντίθετα, όταν το κριτήριο της καταχρηστικότητας αντλείται εγγενώς από τον σκοπό του θεσμού, με τον οποίο συνδέεται λειτουργικά το δικαίωμα, θα πρόκειται περί θεσμικής καταχρήσεως δικαιώματος (*institutioneller Rechtsmissbrauch*), που ουσιαστικά ισοδυναμεί με κατάχρηση θεσμού.

Αλλά η σκέψη που δικαιολογεί τη θεσμική κατάχρηση, ότι δηλαδή το δικαίωμα δεν μπορεί να ασκείται κατά τρόπο αντίθετο προς τον σκοπό που εξυπηρετεί ο θεσμός βαίνει πολύ πέρα από το δικαίωμα με τη νομιμοτεχνική έννοια του όρου. Διότι αναμφίβολα ευσταθεί και αναφορικά με κάθε νομική εξουσία, δυνατότητα, θέση, κατάσταση, αρμοδιότητα και γενικά νομικώς ενδιαφέρουσα δράση προσώπου. Η κεντρική ιδέα που διατρέχει τη σύλληψη τόσο της ατομικής όσο και της θεσμικής καταχρήσεως είναι ασφαλώς η ίδια: Την απαγόρευση της καταχρήσεως επιτάσσει η ανάγκη να αποτρέπεται η μετατροπή του *summum jus* μιας υφιστάμενης *per se* νομικής θέσεως σε *summa iniuria*. Στο φως αυτής της ενιαίας *ratio* η θεσμική κατάχρηση λειτουργεί πλέον ως επέκταση και συμπλήρωση της ατομικής καταχρήσεως. Την ανάγκη για επέκταση του θεσπιζόμενου με την ΑΚ 281 ελέγχου και στο θεσμικό επίπεδο αισθάνεται και η ίδια η νομολογία, η οποία λ.χ. δεν διστάζει να υποβάλει σ' αυτόν και την καταχρηστική άσκηση της προς αντιπροσώπευση εξουσίας ή του κατά το άρθρο 12 του Συντάγματος δικαιώματος του συνεταιρίζεσθαι καθώς και την καταχρηστική λήψη αποφάσεως στα συλλογικά (ή άλλα) όργανα.

Ως συμπέρασμα θα μπορούσαμε να εξάγουμε ότι η ρύθμιση του άρθρου 281 ΑΚ αναπτύσσει την ελεγκτική λειτουργία της σε δύο βαθμίδες, ότι περαιτέρω και στις δύο βαθμίδες ελέγχου η ίδια βασική σκέψη (*ratio*) δικαιολογεί την αποδοκιμασία της έννομης τάξεως (η ανάγκη δηλαδή αποτροπής της μεταβολής του *summum jus* σε *summa iniuria*) και τέλος ότι με την αναγωγή του δικαιώματος σε κριτήριο της καταχρηστικότητας, η ΑΚ 281 εμφανίζεται πρόσφορη να αποτελέσει το δικαιοθετικό θεμέλιο και για τον έλεγχο της καταχρηστικής ασκήσεως κάθε νομικά ενδιαφέρουσας

δραστηριότητας, κατά συνέπεια σε και της συμβατικής ελευθερίας, που στο σύγχρονο δίκαιο γίνεται πλέον αντιληπτή ως θεσμός με κοινωνική λειτουργία.

Στην ορθή κατανόηση της ΑΚ 281 – προς την κατεύθυνση της επεκτάσεως της ελεγκτικής λειτουργίας της και στο θεσμικό επίπεδο – βοηθάει και ο μεταγενέστερος με τον ΑΚ νόμος 703/1977 «περί ελέγχου μονοπωλίων και ολιγοπωλίων και προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού». Ιδίως η ρύθμιση του άρθρου 2 του σημαντικότερου αυτού για τη σύγχρονη συναλλακτική ζωή νομοθετήματος, με την οποία απαγορεύεται στην επιχείρηση που κατέχει μία δεσπόζουσα θέση στο σύνολο της αγοράς της χώρας η καταχρηστική εκμετάλλευση της θέσεως με τη μορφή καταρτίσεως διαφόρων συμβάσεων με μη εύλογο περιεχόμενο είτε με τη μορφή, που περισσότερο ίσως ενδιαφέρει εδώ, της αδικαιολόγητης αρνήσεως συνάψεως συμβάσεων, ιδρύει αναμφισβήτητα ορισμένα ειδικά πραγματικά καταχρήσεως της συμβατικής ελευθερίας, στο μέτρο δε αυτό θετικοποιεί και αυτή – και μάλιστα κατά τρόπο ρητό – τη δυνατότητα δικαστικού ελέγχου της καταχρήσεως θεσμού. Δικαιολογημένα θεωρείται λοιπόν η περιεχόμενη στο άρθρο 2 του νόμου αυτού ρύθμιση ως ειδικότερη εκδήλωση του άρθρου 281 ΑΚ .

Ως γενική βέβαια ρήτρα, που εργάζεται με τις αόριστες έννοιες των χρηστών ηθών, της καλής πίστεως και του σκοπού της εξουσίας, η ΑΚ 281 δεν μπορεί να δώσει εκ των προτέρων ακριβή απάντηση στο ερώτημα πότε η άσκηση της συμβατικής ελευθερίας παρίσταται καταχρηστική. Ο ακριβής προσδιορισμός του σκοπού της συμβατικής ελευθερίας αποτελεί μεν αναγκαία προς τον σκοπό αυτόν προϋπόθεση αλλ' όχι και συνθήκη ικανή. Διότι χρειάζεται περαιτέρω να πληρούνται συνεχώς και να μεταπλάσσεται αδιάκοπα από τη νομολογία, στο πλαίσιο δε αυτής της νομολογιακής επεξεργασίας μπορεί να καταστεί δυνατή η δημιουργία τυπικών ομάδων περιπτώσεων βάσει αντικειμενικών κριτηρίων μικρότερης βαθμίδας αφαιρέσεως σε σχέση με τον σκοπό της συμβατικής ελευθερίας, τα χρηστά ήθη ή την καλή πίστη²⁰. Γενικά η δυνατότητα τυποποιήσεως των υπαγόμενων στην ΑΚ 281 περιπτώσεων, ενώ θεωρείται ευκατὰ από τη σκοπιά της αρχής

²⁰ Ότι και τα αναγραφόμενα στην ΑΚ κριτήρια αποτελούν αόριστες έννοιες που για να καταστούν δεκτικές υπαγωγής στην κρινόμενη ατομική περίπτωση χρειάζονται εξειδίκευση,

της ασφάλειας του δικαίου και των συναλλαγών²¹ κρίνεται ότι δεν είναι ασυμβίβαστη με τον βασικό προσανατολισμό της διαταράξεως στη δικαιοσύνη της ατομικής περιπτώσεως. Η δυνατότητα δε αυτή ακριβώς αμβλύνει ουσιαδώς και την κάποια διαφορά που πιστεύεται ότι υπάρχει μεταξύ ατομικής και θεσμικής καταχρήσεως με την έννοια ότι στην πρώτη κυρίως μορφή είναι εντελώς φανερό ότι η περί απαξίας κρίση δεν είναι γενική αλλ' αφορά αποκλειστικά στην κρινόμενη ατομική περίπτωση.

Γενικά πάντως μπορεί να λεχθεί ότι η κατάχρηση της συμβατικής ελευθερίας δεν πρέπει να καταφάσκει από μόνο τον λόγο ότι από την άσκησή της στη συγκεκριμένη περίπτωση βλάπτονται τα συμφέροντα του άλλου. Η συμβατική ελευθερία δεν έπαυσε να αποτελεί και στο σύγχρονο δίκαιο μία ατομικιστική κατά βάσιν αρχή, που επιτρέπει στον κοινωνό του δικαίου την επιδίωξη των ατομικών συμφερόντων του στο πλαίσιο της συμβατικής τάξεως, έστω και αν παραβλάπτονται έτσι τα συμφέροντα του άλλου. Το πρώτον η συνδρομή περιστατικών που μαρτυρούν ότι στην κρινόμενη ατομική περίπτωση ο ένας συναλλασσόμενος δεν ήταν πραγματικά ελεύθερος στην επιδίωξη των συνδεόμενων με την (καταρτισθείσα ή ζητούμενη) σύμβαση συμφερόντων του θέτει θέμα αρνήσεως της έννομης τάξεως να παράσχει στη συγκεκριμένη άσκηση της συμβατικής ελευθερίας τη γενικά αναγνωρισμένη σ' αυτήν προστασία.

3. Η ΑΚ 281 ως μέσον άμυνας και ως «σπαθί»

Η καταχρηστική κατ' ΑΚ 281 άσκηση της νομικής εξουσίας εφέλκεται ως κύρωση την άρνηση της έννομης τάξεως να προσδώσει σ' αυτήν τη νομική αναγνώριση που γενικά της προσήκει. Με τη ρύθμιση δηλαδή της ΑΚ 281 καθιερύεται, όπως γίνεται γενικά δεκτό, μια μορφή παράνομης δράσεως του προσώπου²². Στη θέσπιση αυτής της συνέπειας, την κήρυξη δηλαδή του παράνομου, εξαντλείται η κυρωτική λειτουργία της διατάξεως. Στο πεδίο του αστικού δικαίου τέτοιες θεωρούνται γενικά ιδίως η αδυναμία πραγματώσεως τελικά του περιεχομένου της αξιώσεως, η ακυρότητα, εφόσον η καταχρηστική

στην οποία προβαίνει ο δικαστής βάσει αντικειμενικών κριτηρίων, πρβλ. κυρίως Σπυριδάκη, ΓενΑρχ. αρ. 13 στ' και Π. Α. Παπανικολάου, ΝοΒ 33, 941, 958.

²¹ Πρβλ. κυρίως Σπυριδάκη, ΓενΑρχ. αρ. 13 στ'.

²² Σχετικά πρβλ. κυρίως Μπαλή, ΓενΑρχ. παρ. 166, Γεωργιάδη, στον ΑΚ Γεωργιάδη – Σταθόπουλου, 281 αρ. 23.

άσκηση της νομικής εξουσίας χωρεί με κατάρτιση δικαιοπραξίας (ΑΚ 174), η παροχή στον θιγόμενο από αυτήν αξιώσεως να ζητήσει την άρση των – μη συνισταμένων σε δικαιοπραξία – ενεργειών, με τις οποίες λαμβάνει χώρα η καταχρηστική άσκηση της νομικής εξουσίας, καθώς και την παράλειψή τους στο μέλλον και τέλος η αναγνώριση στο θιγόμενο από την κατάχρηση πρόσωπο ενός δικαιώματος που καθ' εαυτό δεν υπήρχε προηγουμένως (κλασική περίπτωση η καταχρηστική επίκληση της ακυρότητας δικαιοπραξίας λόγω της ελλείψεως του απαιτούμενου τύπου).

Άλλες ειδικές έννομες συνέπειες και κυρίως η παροχή στον θιγόμενο από την καταχρηστική άσκηση της νομικής εξουσίας αξιώσεων αποζημιώσεως, δεν μπορούν να στηριχθούν σε μόνη την ΑΚ 281. Από αυτήν κυρίως τη σκοπιά θα μπορούσε να πει κανείς ότι η φύση της διατάξεως του άρθρου 281 είναι κατά βάσιν αμυντική.

Ο κατά βάσιν αμυντικός, ωστόσο, χαρακτήρας της περιεχόμενης στο άρθρο 281 ΑΚ ρυθμίσεως δεν σημαίνει ότι η εφαρμογή της διατάξεως δεν μπορεί να οδηγεί στην καθίδρυση ουσιαστικού δικαίου αξιώσεων υπέρ του θιγόμενου από την καταχρηστική άσκηση της νομικής εξουσίας προσώπου. Αναμφισβήτητο είναι αντίθετα σε μας ότι το άρθρο 281 μπορεί να λειτουργήσει, και μάλιστα τόσο στο δικονομικό όσο και στο ουσιαστικό πεδίο, όχι μόνο ως «ασπίδα» αλλά και ως «σπαθί».

Η ΑΚ δεν χρησιμεύει μόνο ως βάση ενστάσεων, αλλά μπορεί περαιτέρω να αποτελέσει τη βάση για τη δημιουργία στο πρόσωπο του βλαπτόμενου νέας αξιώσεως που καθ' εαυτήν δεν υπήρξε προηγουμένως ποτέ, π.χ. δυνατότητα παροχής αξιώσεων προς άρση ή παράλειψη.

Αλλά και αναφορικά περαιτέρω με τη δικονομική μεταχείριση της διατάξεως του άρθρου 281 ΑΚ είναι αναμφισβήτητο ότι η επίκληση του άρθρου 281 ΑΚ μπορεί να λάβει τη μορφή όχι μόνο της ενστάσεως με τη δικονομική έννοια του όρου, αλλά και της αγωγής, που συνήθως εγείρεται ως αναγνωριστική, δεν αποκλείεται όμως κατ' αρχήν να εγείρεται και με αίτημα καταψηφιστικό, όταν η ειδικότερη συνέπεια που απορρέει από την εφαρμογή της ΑΚ 281 συνίσταται στη γένεση νέας ουσιαστικής αξιώσεως στο πρόσωπο του θιγόμενου από την καταχρηστική άσκηση της νομικής εξουσίας διαδίκου. Τέλος, και η λήψη ασφαλιστικών μέτρων (ΚΠολΔ. 682) θεωρείται βάσει της ΑΚ 281 δυνατή.

Η προσφορότητα της ΑΚ 281 ως νομοθετικού θεμελίου του δικαστικού ελέγχου της καταχρηστικής ασκήσεως της συμβατικής ελευθερίας

Η ανάγκη ενός ευχερέστερου και ασφαλέστερου ελέγχου των ορίων στην ενάσκηση της συμβατικής ελευθερίας ώθησε τη λεγόμενη θεσμική θεωρία στην εγκατάλειψη των προσανατολισμένων στην επιμεμπτή ψυχική στάση του προσώπου χρηστών ηθών ως κριτηρίου της καταχρηστικής ασκήσεως και στην αναζήτηση του κριτηρίου αυτού στον σκοπό της συμβατικής ελευθερίας, που γενικά πιστεύεται ότι – λόγω του πιο συγκεκριμένου νοηματικού περιεχομένου του – βοηθάει αποτελεσματικότερα στην ασφαλή οριοθέτηση του πραγματικού της καταχρήσεως της συμβατικής ελευθερίας και κυρίως ότι – λόγω της ανεξαρτησίας του από κάθε ιδέα υπαιτιότητας – καθιστά δυνατή τη χάραξη των ορθών ορίων εντεύθεν των επιβαλλόμενων από τα χρηστά ήθη ακραίων ορίων. Στην αναγκαιότητα αυτήν ανταποκρίνεται σε μας κατά τον καλύτερο δυνατό τρόπο η διάταξη του άρθρου 281 χάρη στο στοιχείο του (κοινωνικού ή οικονομικού) σκοπού, που – παράλληλα μ' εκείνα της καλής πίστεως και των χρηστών ηθών – ανάγει σε κριτήριο καταχρηστικότητας και κυρίως χάρη στη, συνεπή προς αυτό, αντικειμενική συγκρότηση του πραγματικού της.

Στο φως αυτής της βασικής διαγνώσεως γίνεται ομόφωνα – στο πλαίσιο της ερμηνείας της ΑΚ 281 – δεκτό ότι και τα, υπερβατικής κατά βάσιν φύσεως, κριτήρια της (αντικειμενικής εδώ) καλής πίστεως και των χρηστών ηθών, βάσει των οποίων θα προσδιορίζεται ο σκοπός της νομικής εξουσίας, είναι και αυτά αντικειμενικά, με την έννοια ότι λειτουργούν ανεξάρτητα από την ψυχική στάση του δικαιούχου²³.

Η αντικειμενική σύλληψη της καταχρήσεως της συμβατικής ελευθερίας ειδικότερα διατρέχει μια ολόκληρη σειρά κατεσπαρμένων στον ΑΚ νομοθετικών ρυθμίσεων που σωστά θεωρούνται ότι αποτελούν ειδικά πραγματικά της καταχρηστικής ασκήσεως της συμβατικής ελευθερίας και συγκεκριμενοποιήσεως της εκφρασμένης στην ΑΚ 281 γενικότερης αρχής (ΑΚ 179, 294, 332 παρ. 2, 334 παρ. 2, 409, 679, 707, 764, 1239). Ενώ περαιτέρω,

²³ Έτσι λ.χ. Μπαλής, ΓενΑρχ. παρ. 166, Γεωργιάδης, στον ΑΚ Γεωργιάδη – Σταθόπουλου 281 αρ. 1 – 2.

ανεξάρτητη από κάθε ιδέα υπαιτιότητας του διαπραγματευτικού ισχυρότερου συμβαλλόμενου διαπλάσσεται και η αρχή της απαγορεύσεως των unconscionable συμβάσεων στην παρ. 2 – 302 του αμερικανικού U.C.C., που ως υπαρκτό πρότυπο βρίσκεται εγγύτερα από κάθε άλλο στην επιχειρούμενη εδώ προσπάθεια για στήριξη πάνω στην ΑΚ 281 μιας γενικής θεωρίας περί καταχρήσεως της συμβατικής ελευθερίας στο μέτρο που η διάταξη αυτή (η παρ. 2 – 302) στον προβλεπόμενο από αυτήν έλεγχο υποβάλλει τόσο τη μαζική (την καταρτιζόμενη δηλαδή με χρήση ΓΟΣ) όσο και την ατομική σύμβαση.

Τα πιθέμενα στην ΑΚ 281 κριτήρια είναι σχεδιασμένα να λειτουργούν όλα ενιαία σε κάθε μορφή ασκήσεως νομικής εξουσίας, ανεξάρτητα δηλαδή από το αν η άσκηση της εξουσίας χωρεί στο πλαίσιο μιας προϋφιστάμενης ενοχικής σχέσεως (όπως η καλή πίστη στην ΑΚ 288) ή στο πεδίο της αδικοπρακτικής δράσεως (όπως τα χρηστά ήθη στην ΑΚ 919).

Με τη ρύθμιση της ΑΚ 281 σημειώνεται στο ελληνικό αστικό δίκαιο μία υπέρβαση του κλασικού δυαδικού σχήματος οριοθετικής λειτουργίας: καλή πίστη στην υφιστάμενη συναλλακτική σχέση - χρηστά ήθη στον αδικοπρακτικό χώρο, ενός σχήματος που εξαίρεται, βέβαια, ιδιαίτερα στη Γερμανία – όπου ελλείπει διάταξη αντίστοιχη προς την ΑΚ 281 – δεν έχει όμως νόημα να μεταφυτευθεί σε μας για να διευκολύνει την ορθή κατανόηση και λειτουργία της ΑΚ 281. Στο δικό μας ιδιωτικό δίκαιο καλή πίστη, χρηστά ήθη και σκοπός της νομικής εξουσίας αποτελούν – σε πρακτικό τουλάχιστον επίπεδο – εξίσου πρόσφορα, στην άσκηση της κατ' ΑΚ 281 οριοθετικής λειτουργίας τους κριτήρια καταχρηστικότητας είτε η νομική εξουσία ασκείται στο πλαίσιο προϋφιστάμενης συναλλακτικής σχέσεως είτε η άσκησή της εκδηλώνεται στο πεδίο της αδικοπρακτικής δράσεως.

Καταχρηστικοί ΓΟΣ – 2 §§6-7 ν. 2251/94

Ο ν. 2251/94, αποτέλεσμα της εισαγωγής της κοινοτικής οδηγίας 93/13/ΕΟΚ περί καταχρηστικών ρητρών στην ελληνική έννομη τάξη, προβλέπει σε άρθρο του για την έννοια της καταχρηστικότητας των ΓΟΣ. Καταρχήν, εύλογο ερώτημα που τίθεται είναι αν ο νόμος αυτός εφαρμόζεται ή όχι επί των τραπεζικών δραστηριοτήτων, οπότε και εφαρμόζεται ή όχι η ρύθμιση περί καταχρηστικών ΓΟΣ (αρθ. 2 ν. 2251/94). Τα βασικά ζητήματα που χρήζουν έρευνας στο πλαίσιο του σχετικού προβληματισμού είναι αφενός το κατά πόσο ο πελάτης της τράπεζας εμπίπτει στην έννοια του κατ' άρθρον 1 §4 περ. ο ν. 2251/94 «καταναλωτή» και αφετέρου το κατά πόσον οι υπηρεσίες που παρέχουν οι τράπεζες εμπίπτουν στο εύρος της «προμήθειας προϊόντων» ή «παροχής υπηρεσιών» (άρθρο 1 §4 περ. β' ν. 2251/94).

1. Η έννοια του καταναλωτή

Στο ν. 2251/94 υιοθετείται ένας ευρύτατος ορισμός της έννοιας του καταναλωτή, σ' αντίθεση με τον αντίστοιχο ορισμό του κοινοτικού νομοθέτη που έχει ταχθεί υπέρ της στενής έννοιας του όρου. Πράγματι, οι οδηγίες 85/577/ΕΕ για την προστασία καταναλωτών κατά τη σύναψη συμβάσεων εκτός εμπορικού καταστήματος, 87/102/ΕΕ (όπως τροποποιήθηκε από την 90/88/ΕΕ) για την καταναλωτική πίστη και 93/13/ΕΕ για τις καταχρηστικές ρήτρες στις συμβάσεις με καταναλωτές θεωρούν ως καταναλωτή κάθε φυσικό (μόνο) πρόσωπο (...) που επιδιώκει σκοπούς άσχετους με την επαγγελματική του δραστηριότητα. Αντίστοιχη ρύθμιση περιέχει και η νέα οδηγία 1999/44/ΕΚ σχετικά με ορισμένες πτυχές της πώλησης καταναλωτικών αγαθών (στενή έννοια του καταναλωτή).

Ο ν. 2251/94 παρέκκλινε από την αντίληψη του κοινοτικού νομοθέτη για τον εξ' ορισμού ασθενέστερο καταναλωτή, αποδέσμευσε την καταναλωτική συναλλαγή από το στοιχείο της ικανοποίησης μη επαγγελματικών αναγκών και υιοθέτησε μία ουδέτερη έννοια του καταναλωτή: «καταναλωτής είναι κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο για το οποίο προορίζονται τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες που προσφέρονται στην αγορά ή το

οποίο κάνει χρήση τέτοιων προϊόντων ή υπηρεσιών εφόσον αποτελεί τον τελικό αποδέκτη τους» (ευρεία έννοια του καταναλωτή)²⁴.

Στον τομέα παροχής τραπεζικών υπηρεσιών η ευρεία αυτή έννοια που υιοθετεί ο νόμος για τον ορισμό του καταναλωτή δε δημιουργεί προβλήματα και λόγω του συχνά εξειδικευμένου χαρακτήρα της συναλλαγής και της εξ' ορισμού οικονομικής ισχύος της τράπεζας και του γεγονότος ότι ο πελάτης της τράπεζας είναι συχνά και ο τελικός αποδέκτης της παρασχεθείσας τραπεζικής εργασίας²⁵.

Βέβαια, ως προς το θέμα του αν ο ν. 2251/94 τυγχάνει εφαρμογής επί των τραπεζικών συμβάσεων, αξίζει να σημειωθεί και μία άλλη άποψη, αυτή που υποστηρίζει ο κ. Δούβλης: Διαχωρίζει αυτός τις διάφορες μορφές συναλλαγών των τραπεζών ανάλογα με τον σκοπό τους και το αν συνακόλουθα διακρίνονται ή όχι για το στοιχείο της τυποποίησης και μαζικότητας, την απεξάρτηση δηλαδή στην ουσία του περιεχομένου της τραπεζικής σύμβασης από τις προσωπικές, οικονομικές και λοιπές ιδιαιτερότητες του αντισυμβαλλομένου της τράπεζας. Τέτοιο χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελούν αναμφίβολα οι συμβάσεις τραπεζικών καταθέσεων καθώς και εκείνες που συνάπτονται στα εκάστοτε καθοριζόμενα πλαίσια της καταναλωτικής και στεγαστικής πίστης, όπου εδώ αναμφισβήτητα εφαρμόζεται ο ν. 2251/94 και είναι όντως ο πελάτης «καταναλωτής». Το πράγμα όμως διαφέρει όταν η σχετική προβληματική μεταφέρεται στο πεδίο των κλασικών τραπεζικών χρηματοδοτήσεων, όπου πλέον η τράπεζα έχει απέναντί της ως αντισυμβαλλόμενο τον μικρό έστω ή μεγαλύτερο από πλευράς οικονομικού μεγέθους επιχειρηματία, όπου δύσκολα αυτός θα μπορούσε να θεωρηθεί καταναλωτής.

²⁴ Η ευρεία αυτή έννοια του καταναλωτή έχει γίνει αντικείμενο επίκρισης στην ελληνική θεωρία, σχετικά βλ. Λιακόπουλο, Γενικό Εμπορικό Δίκαιο, σελ. 5 και Βιομηχανική Ιδιοκτησία, σελ. 592-593, Περάκη, Η έννοια του καταναλωτή κατά το νέο νόμο 2251/1994 ΔΕΕ 1995 σελ. 32, Καράκωστα, Προστασία του καταναλωτή, σελ. 38, Γκούσκου ΔΕΕ 1947, σελ. 661.

²⁵ Ομοίως και ο Γεωργιάδης, Νέες Μορφές Συμβάσεων της Σύγχρονης Οικονομίας, σελ. 112, αποδέχεται την εφαρμογή του ν. 2251/94 άνευ ετέρου για την προστασία του συναλλασσομένου με χρηματοπιστωτικά ιδρύματα επί χρηματοδοτικών μισθώσεων. Ο συγγραφέας υποστηρίζει ότι καταναλωτής μπορεί να είναι και έμπορος ή επαγγελματίας ή ακόμη και προμηθευτής αγαθών, διαφορετικών από αυτά που αποτελούν αντικείμενο της υπό κρίση συναλλαγής. Τα πιο πάνω δικαιολογούνται από το γεγονός ότι το χρηματοπιστωτικό ίδρυμα βρίσκεται σε θέση διαπραγματευτικής υπεροπλίας απέναντι στον αντισυμβαλλόμενο του λόγω της οικονομικής ισχύος του ιδρύματος και της διαπραγματευτικής απειρίας του αντισυμβαλλόμενου.

Σε κάθε περίπτωση, πάντως, ως τελικός αποδέκτης είναι δυνατόν αβίαστα να θεωρηθεί ο πελάτης της τράπεζας που καταρτίζει με αυτήν σύμβαση για την εξυπηρέτηση προσωπικών και όχι επαγγελματικών αναγκών. Εξειδικεύοντας περισσότερο την προσέγγιση αυτή είναι δυνατόν να λεχθεί ότι οι διατάξεις του ν. 2251/1994 είναι εφαρμοστέες (και μάλιστα ευθέως) στον τομέα του λεγόμενου retail banking, όρος ο οποίος αποδίδεται στα ελληνικά ως «τραπεζικές υπηρεσίες προς καταναλωτές» και περιλαμβάνει τουλάχιστον τις τραπεζικές συμβάσεις παροχής υπηρεσιών που από τη φύση τους δεν απευθύνονται αποκλειστικά σε επαγγελματία για την άμεση ή έμμεση εξυπηρέτηση των επαγγελματικών αναγκών του, αλλά προορίζονται για καταναλωτές με την ανωτέρω εκτεθείσα έννοια των «τελικών αποδεκτών»²⁶.

Το retail banking αφορά τραπεζικές υπηρεσίες οι οποίες προσφέρονται κυρίως σε φυσικά πρόσωπα, αποτελούν συναλλαγές σχετικά μικρού ύψους και παρουσιάζουν σχετική ομοιομορφία, περιοδικότητα και επαναληπτικότητα. Στις υπηρεσίες αυτές εμπίπτουν οι καταθέσεις χρημάτων ή άλλων κινητών αξιών, οι πράξεις διενέργειας πληρωμών και μεταφοράς κεφαλαίων, η έκδοση και διαχείριση μέσων πληρωμής – πιστωτικών και χρεωστικών καρτών, ταξιδιωτικών και τραπεζικών επιταγών – οι συναλλαγές με συνάλλαγμα, κινητές αξίες και παράγωγα χρηματοοικονομικά προϊόντα, η διαχείριση χαρτοφυλακίου ή η παροχή συμβουλών για τη διαχείρισή του, η φύλαξη και διαχείριση κινητών αξιών, η εκμίσθωση θυρίδων κλπ.

Η ευρύτητα της έννοιας του καταναλωτή στο ν. 2251/1994 καθιστά ορατό τον κίνδυνο καταχρηστικής επίκλησης της προβλεπόμενης στο πλαίσιο του προστασίας από οικονομικά ισχυρούς συναλλασσόμενους οι οποίοι στη συγκεκριμένη περίπτωση και την πείρα και την οικονομική δύναμη διαθέτουν να διαπραγματευτούν τους όρους, ώστε τυχόν άσκηση των δικαιωμάτων που ο νόμος επιφυλάσσει για τους εν τοις πράγμασι καταναλωτές να κείται εκτός του προστατευτικού σκοπού του νόμου. Ο κίνδυνος που προαναφέραμε δεν αποτρέπεται αλλά αντιθέτως επιτείνεται λόγω της μη προσφορότητας του κριτηρίου του «τελικού αποδέκτη» ιδίως όσον αφορά την παροχή τραπεζικών υπηρεσιών. Οι ανησυχίες της θεωρίας σε σχέση με το εύρος της έννοιας του καταναλωτή εκδηλώθηκαν αμέσως μετά την ψήφιση του νόμου και πριν

²⁶ Σχόλιο Δωρή. ΠολΠρωτΑθ 3356/1997 ΝοΒ 1998/44-845.

ακόμη από οποιαδήποτε σχετική αρνητική εμπειρία αναζητήθηκαν τρόποι συσταλτικής ερμηνευτικής προσέγγισης της έννοιας του καταναλωτή. Η ανάγκη ακριβούς οριοθέτησης της έννοιας του καταναλωτή εμμέσως επισημαίνεται και στην Εισηγητική Έκθεση του ν. 2251/1994 που στοιχειοθετεί τον ορισμό του καταναλωτή με κριτήριο την ύπαρξη «αντίστοιχης νομοθετικής ρυθμιστικής ανάγκης». Από την επισήμανση αυτή και σε συνδυασμό με την ανωτέρω αναλυθείσα αρχή προστασίας που αποτέλεσε και αφορμή του σχετικού νομοθετήματος, συνάγεται η κατά τη γνώμη μας αντιμετώπιση του ζητήματος ως εξής: Ως κριτήριο οριοθέτησης και περιορισμού της έννοιας του καταναλωτή πρέπει να επιλεγεί ο προστατευτικός σκοπός του νόμου, ήτοι η ανάγκη κατοχύρωσης της αρχής προστασίας του καταναλωτή στις περιπτώσεις όπου αυτός είναι στην ουσία αδύνατο αντισυμβαλλόμενο μέρος. Προκειμένου να εφαρμοστεί η ρύθμιση για τους ΓΟΣ, η επίκληση της ιδιότητας του καταναλωτή και συνακόλουθα η ένταξη συγκεκριμένου προσώπου στο προστατευτικό πεδίο του νόμου κρίνεται με βάση το σκοπό της σχετικής ρυθμίσεως. Ειδικότερα θα αναζητηθεί ο σκοπός που επιδιώκεται στη ρύθμιση του άρθρου 2 του νόμου και με βάση την τελολογική ερμηνεία της διάταξης θα προσδιοριστούν τα όρια προστασίας και η ανάγκη ρυθμιστικής επεμβάσεως, με κριτήριο την οποία θα αξιολογηθεί και θα ερμηνευθεί και η έννοια του καταναλωτή. Με άλλα λόγια η έννοια του καταναλωτή θα αποδίδεται υπό το φως του σκοπού της συγκεκριμένης διάταξης (εν προκειμένω του άρθρου 2) με τελολογική και συστηματική ερμηνεία των άρθρων 1 και 2 του ν. 2251/1994. Η ανάγκη αποτροπής υπαγόρευσης καταχρηστικών όρων κατά το άρθρο 2 θα διαμορφώσει την έννοια του καταναλωτή του άρθρου 1, κατά τρόπο ώστε μόνο στις περιπτώσεις όπου υπαγορεύονται καταχρηστικοί όροι λόγω συναλλακτικής απειρίας και αδυναμίας να μπορούν να προστατευτούν οι αποδέκτες των ΓΟΣ ως καταναλωτές και να αποτρέπεται το ασυνεπές φαινόμενο κάθε τελικός αποδέκτης υπηρεσιών να είναι δυνατόν να θεωρηθεί καταναλωτής. Το σύστημα των άρθρων 1 και 2 του ν. 2251/1994 και ο σκοπός του νόμου, έτσι όπως διαμορφώνεται από την σχετική αρχή αποτελούν επαρκή κριτήρια προσδιορισμού των προστατευτικών περιπτώσεων.

Η ratio της ρύθμισης του άρθρου 2 ν. 2251/1994 είναι η αποκατάσταση της συμβατικής ισορροπίας εξαιτίας της διατάραξης της δικαιοπρακτικής

αυτοδιάθεσης που προκαλεί η διαπραγματευτική υπεροπλία του προμηθευτή-χρήστη των ΓΟΣ. Ειδικώς στο χώρο των τραπεζικών συναλλαγών, η ανάγκη προστασίας της συμβατικής ισορροπίας και διασφάλισης της δικαιοπρακτικής αυτοδιάθεσης των αντισυμβαλλομένων τραπεζών είναι ιδιαίτερα έκδηλη λόγω της οικονομικής και οργανωτικής υπεροχής ή άλλως της εξουσιαστικής θέσης των τραπεζών, οι οποίες κατά κανόνα επιβάλλουν μονομερώς στους ασθενέστερους αντισυμβαλλομένους τους στη βάση του take it or leave it την κατάρτιση τυποποιημένων συμβάσεων με προδιατυπωμένους από τις ίδιες (ή από τρίτους για λογαριασμό τους) γενικούς όρους. Κατά συνέπεια, βάσιμα υποστηρίζεται η άποψη ότι οι διατάξεις του άρθρου 2 ν. 2251/1994 για τους ΓΟΣ εφαρμόζονται ευθέως²⁷ ή κατ' αναλογία²⁸ κατά τον έλεγχο των τραπεζικών ΓΟΣ και μάλιστα ανεξάρτητα από το εάν ο πελάτης συναλλάσσεται με την τράπεζα στο πλαίσιο της επαγγελματικής ή και της εμπορικής του ιδιότητας, αρκεί να χαρακτηρίζεται η συγκεκριμένη συναλλαγή από ανισομέρεια σε βάρος της διαπραγματευτικής δύναμης του πελάτη της τράπεζας.

Πέρα από τον ως άνω προσδιορισμό της έννοιας του καταναλωτή στο πλαίσιο της συστηματικής και τελολογικής ερμηνείας του ν. 2251/1994 είναι δυνατόν να προκύψουν ακραίες περιπτώσεις όπου θα απαιτείται η προστασία του αντισυμβαλλομένου των χρηματοπιστωτικών ιδρυμάτων, πλην όμως αυτός ούτε κατά το σύστημα, ούτε κατά το σκοπό του ν. 2251/1994 θα μπορεί να υπαχθεί στις σχετικές προστατευτικές διατάξεις. Σε αυτές τις περιπτώσεις ασφαλιστική δικλείδα προστασίας μπορούν να αποτελέσουν τα άρθρα 281 και 288 ΑΚ για την εξισορρόπηση των αντικρουόμενων συμφερόντων. Το κοινό δίκαιο παρέχει επαρκή προστασία όταν ο αντισυμβαλλόμενος δεν απολαύει της ειδικής προστασίας του αδύνατου καταναλωτή.

Κατά ανάστροφη πορεία και πάλι με οδηγό το κοινό δίκαιο και το άρθρο 281 ΑΚ, η προφανής υπέρβαση των ορίων εφαρμογής της προστατευτικής ρύθμισης του άρθρου 2 ν. 2251/1994 για τους ΓΟΣ από τον επικαλούμενο την ιδιότητα του καταναλωτή αλλά οικονομικά ή «διανοητικά» ισχυρό συναλλασσόμενο είναι αποδοκιμαστέα και συνιστά καταχρηστική άσκηση

²⁷ Τριανταφυλλάκης, ΔΕΕ 1996, σελ. 578.

²⁸ Λιακόπουλος, Γενικό Εμπορικό Δίκαιο, σελ. 39 και Ψυχομάνης, Τραπεζικό Δίκαιο σελ. 17.

δικαιώματος η οποία πρέπει να ελέγχεται κατά ΑΚ 281²⁹. Βεβαίως, η κατά περίπτωση διορθωτική επέμβαση του δικαστηρίου κυρίως προς τη μορφή της τελεολογικής συστολής οδηγεί σε κάποια ανασφάλεια δικαίου. Αυτό όμως είναι το τίμημα για τη δίκαιη αντιμετώπιση όλων των περιπτώσεων που θα ανακύψουν ιδιαίτερα στο χώρο των τραπεζικών συναλλαγών. Η διαμόρφωση από τα δικαστήρια τυπολογίας περιπτώσεων και η αντίστοιχη διαβάθμιση της προστασίας των πελατών των τραπεζών ανάλογα με τις ανάγκες και τις γνώσεις τους, πάντα με γνώμονα εξατομίκευση το σύστημα και το σκοπό του ν. 2251/1994 και την ΑΚ 281 και 288 θα οδηγήσει μακροπρόθεσμα στη διάπλαση ενός στερεού και σταθερού πλαισίου προστασίας του αδύνατου συμβαλλόμενου μέρους στις τραπεζικές συναλλαγές με ΓΟΣ.

Όσον αφορά το ζήτημα της υπαγωγής της τράπεζας στην έννοια του «προμηθευτή» σύμφωνα με το άρθρο 1 § 4 περ. β ν. 2251/1994 που ορίζει ότι «προμηθευτής είναι κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο που, κατά την άσκηση της επαγγελματικής ή επιχειρηματικής του δραστηριότητας προμηθεύει προϊόντα ή παρέχει υπηρεσίες στον καταναλωτή», δεν γεννώνται ιδιαίτερα προβλήματα. Η τράπεζα, όπως προκύπτει τόσο από τις διατάξεις του ν. 2076/1992, όσο και από τον Κώδικα Τραπεζικής Δεοντολογίας, ο οποίος στον ορισμό που περιέχει για την έννοια της την προσδιορίζει ως «επιχείρηση η οποία δέχεται καταθέσεις από το κοινό, χορηγεί πιστώσεις και περιέχει όσες άλλες υπηρεσίες προβλέπονται από την άδεια λειτουργίας της», παρέχει – προμηθεύει στο πλαίσιο της άσκησης της επιχειρηματικής της δραστηριότητας, σειρά υπηρεσιών προς τους πελάτες της.

Ας σημειωθεί ότι αμφισβητείται αν ορισμένες τραπεζικές εργασίες που αναφέρονται στο άρθρο 24 ν. 2076/1992 και οι οποίες είναι από τις πλέον συνηθισμένες στις τραπεζικές συναλλαγές (όπως η παροχή πιστώσεων ή οι προεξοφλήσεις συναλλαγματικών), αποτελούν παροχή «υπηρεσιών» κατά την έννοια του ν. 2251/1994.

Τέλος, δεν έχουν διατυπωθεί αμφιβολίες ως προς την προϋπόθεση της «προσφοράς προϊόντων ή υπηρεσιών στην αγορά». Οι παρεχόμενες από τις τράπεζες υπηρεσίες σαφώς απευθύνονται και αφορούν στο ευρύ καταναλωτικό κοινό, δεν προσφέρονται ούτε σχεδιάζονται για ορισμένο

²⁹ Σταθόπουλος σε Σταθόπουλο / Χιωτέλλη / Αυγουστιανάκη Κοινοτικό Αστικό Δίκαιο, σελ. 41.

αποδέκτη, αλλά έχουν κατά κανόνα μαζικό χαρακτήρα και έντονο το στοιχείο της τυποποίησης. Η γνωστοποίησή τους στην αγορά γίνεται μέσω διαφημίσεων, ανακοινώσεων, ενημερωτικών φυλλαδίων, προσφορών και προτάσεων που στοχεύουν τον ανώνυμο πελάτη και υποψήφιο αντισυμβαλλόμενο.

Η γενική ρήτρα του άρθ. 2 § 6 ν. 2251/1994

Άρθρο 2 § 6: Γενικοί όροι των συναλλαγών που έχουν ως αποτέλεσμα τη διατάραξη της ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων σε βάρος του καταναλωτή απαγορεύονται και είναι άκυροι. Ο καταχρηστικός χαρακτήρας γενικού όρου ενσωματωμένου σε σύμβαση κρίνεται αφού ληφθούν υπόψη η φύση των αγαθών ή υπηρεσιών που αφορά η σύμβαση, το σύνολο των ειδικών συνθηκών κατά τη σύναψή της και όλες οι υπόλοιπες ρήτρες της σύμβασης ή άλλης σύμβασης από την οποία αυτή εξαρτάται.

Η διάταξη αυτή αποδίδει το κείμενο του άρθρου 3 § 1 της οδηγίας 93/13. Μεταξύ των γενικών ρητρών του ΑΚ και του άρθρου 2 § 6 υπάρχει σχέση «αλληλοτροφοδοσίας», δηλαδή οι διατάξεις αυτές ανατροφοδοτούνται ερμηνευτικά η μία από την άλλη. Να σημειωθεί επίσης ότι περίπτωση έγκυρου μεν κατά το άρθρο 2 §§ 6-7 ν. 2251/1994 γενικού όρου, άκυρου δε κατά τις γενικές διατάξεις δε φαίνεται να υπάρχει.

Για το αν υπάρχει διατάραξη της συμβατικής ισορροπίας χωρεί έλεγχος που πραγματοποιείται σε δύο στάδια. Στο πρώτο στάδιο ο έλεγχος γίνεται με βάση γενικά και αφηρημένα κριτήρια, μεταξύ των οποίων τα δύο πιο σημαντικά ανταποκρίνονται στις δύο κατηγορίες ΓΟΣ. Ειδικότερα:

1. Πρώτη κατηγορία ΓΟΣ είναι εκείνη που εισάγει απόκλιση από ρυθμίσεις του ενδοτικού δικαίου. Με αυτό το πρώτο κριτήριο ελέγχεται εάν μέσω των ΓΟΣ διαταράσσεται η λεγόμενη «καθοδηγητική λειτουργία» του ενδοτικού δικαίου, σύμφωνα με την οποία ορισμένοι κανόνες ενδοτικού δικαίου αποτελούν εξειδίκευση της αρχής της εξισωτικής δικαιοσύνης.
2. Δεύτερη κατηγορία ΓΟΣ στην οποία ανταποκρίνεται το δεύτερο κριτήριο ελέγχου είναι εκείνη που με τους γενικούς όρους εντάσσει στη

σύμβαση πρόσθετα στοιχεία που δεν αντιμετωπίζονται με διατάξεις ενδοτικού δικαίου που περιέχουν δηλαδή αυτοτελή ρύθμιση μη καλυπτόμενη από κανόνες του εκδοτικού δικαίου. Στην υπό κρίση περίπτωση ελέγχεται κατά πόσον η πιο πάνω ρύθμιση φαλκιδεύει θεμελιώδη δικαιώματα ή συνεπάγεται υπέρμετρες υποχρεώσεις και οδηγεί σε ματαίωση ή στρέβλωση του σκοπού της σύμβασης. Εάν το συμπέρασμα από την υπαγωγή του ελεγχόμενου γενικού όρου σε ένα από τα προαναφερθέντα κριτήρια είναι θετικό, επακολουθεί το δεύτερο στάδιο ελέγχου της συμβατικής ισορροπίας, κατά το οποίο το πιο πάνω συμπέρασμα υποβάλλεται στην αξιολογική στάθμιση των εκατέρωθεν συμφερόντων και στην εκτίμηση των ειδικών συνθηκών της συγκεκριμένης περίπτωσης. Στοιχεία που πρέπει να συνεκτιμηθούν για την κρίση της ακυρότητας ή μη ως καταχρηστικού του επίδικου ΓΟΣ, εκτός βέβαια από το συμφέρον του ασθενέστερου αντισυμβαλλομένου (πελάτη της τράπεζας) είναι η φύση των αγαθών ή υπηρεσιών που αφορά η σύμβαση, ο σκοπός της, το σύνολο των ειδικών συνθηκών κατά τη σύναψή της (λ.χ. ο εξειδικευμένος ή μη χαρακτήρας της συναλλαγής, η εξοικείωση του πελάτη με τις τραπεζικές υπηρεσίες, το μορφωτικό και πνευματικό του επίπεδο, η δυνατότητά του να ασφαλίσει τον επιρριπτόμενο σε αυτόν κίνδυνο κλπ.) και όλες οι υπόλοιπες ρήτρες της σύμβασης ή άλλης σύμβασης από την οποία αυτή εξαρτάται.

Ενδεικτικός κατάλογος καταχρηστικών όρων (αρθ. 2 § 7 ν. 2251/1994)

Εκτός από την παραπάνω γενική ρήτρα, ο νόμος περιλαμβάνει στην § 7 του άρθ. 2 και έναν μακροσκελή κατάλογο περιπτώσεων ΓΟΣ που θεωρούνται καταχρηστικοί. Ο Έλληνας νομοθέτης σε αυτή την περίπτωση καθιέρωσε το σύστημα του λεγόμενου μαύρου καταλόγου (black list) έναντι του ευέλκτου και λιγότερο αυστηρού συστήματος που καθιερώνεται στην

Οδηγία 93/13/ΕΕ το οποίο προβλέπει ότι οι ΓΟΣ είναι δυνατόν, ανάλογα με τις εκάστοτε συνθήκες, να θεωρηθούν καταχρηστικοί (grey list)³⁰.

Όπως προκύπτει από την ίδια τη διατύπωση του νόμου, η απαρίθμηση είναι ενδεικτική. Έτσι δεν αποκλείεται κάποιος όρος που δεν εμπίπτει σε κάποιες από τις προβλεπόμενες στον κατάλογο περιπτώσεις να κριθεί καταχρηστικός με βάση τη γενική ρήτρα της προηγούμενης παραγράφου.

ΓΟΣ που υπάγονται στις περιεχόμενες στον κατάλογο περιπτώσεις θεωρούνται *per se* καταχρηστικοί και δεν είναι δυνατόν να κριθούν κατ' εξαίρεση επιτρεπτοί από τα δικαστήρια με προσφυγή στα κριτήρια της γενικής ρήτρας. Κατά συνέπεια οι ρήτρες που περιλαμβάνονται στον κατάλογο του άρθρου 2 § 7ν, 2251/1994 θεωρούνται κατ' αμάχητο τεκμήριο ότι έχουν καταχρηστικό χαρακτήρα τον οποίο συνεπώς ο πελάτης δεν είναι υποχρεωμένος να αποδείξει, αλλά ούτε και η τράπεζα μπορεί να τον αμφισβητήσει επικαλούμενη στοιχεία για το αντίθετο.

Η σωρευτική εφαρμογή από τον δικαστή και των δύο παραγράφων (§6 και §7 του άρθρου 2) δεν πρέπει να αποκλειστεί, καθώς η επίκληση του γενικού αξιολογικού κριτηρίου της «διατάραξης της ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων σε βάρος του καταναλωτή» είναι δυνατόν να έχει σημασία και χρησιμότητα για την εξειδίκευση αόριστων νομικών εννοιών και αόριστων αξιολογικών κριτηρίων που εμπεριέχονται στο νομοθετικό κείμενο στις επιμέρους περιπτώσεις του ενδεικτικού καταλόγου, όπως για παράδειγμα των περιεχομένων στις περιπτώσεις ε', ια', ιη' και κστ' του καταλόγου, αόριστων εννοιών του «σπουδαίου λόγου», των «ευλόγων για τον καταναλωτή κριτηρίων», της «υπερβολικής αύξησης του τιμήματος» και των «υπέρμετρων εγγυήσεων».

Ο παραπάνω κατάλογος των καταχρηστικών όρων μπορεί να χωριστεί στις ακόλουθες κατηγορίες:

(i) Μία πρώτη κατηγορία καταχρηστικών γενικών όρων, όπως είναι οι α, γ, δ, ε, στ και εν μέρει ιστ, χαρακτηρίζεται από *μία προφανή χαλαρότητα της συμβατικής δέσμευσης του προμηθευτή έναντι του καταναλωτή* και αντιστρόφως από μία αναντίστοιχη αυστηρότητα στην αντιμετώπιση του καταναλωτή, με τον ορισμό κυρίως πολύ στενών περιθωρίων για την άσκηση

³⁰ Βλ. Πυροβέτσης, Προστασία του καταναλωτή, Γενικοί όροι – γενικοί καταχρηστικοί όροι των

των ευχερειών και δικαιωμάτων του έναντι του προμηθευτή. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αυτής της κατηγορίας είναι η συνομολόγηση μεγάλης προθεσμίας αποδοχής της πρότασης του καταναλωτή ή μεγάλης προθεσμίας καταγγελίας για τον προμηθευτή και αντιστρόφως μικρής προθεσμίας για τον καταναλωτή. Ο λόγος της καταχρηστικότητας έγκειται εδώ στο ότι με τους γενικούς όρους αυτής της κατηγορίας *χρησιμοποιούνται δύο μέτρα και δύο σταθμά σε ό,τι αφορά την ένταση της συμβατικής δέσμευσης του ενός και του άλλου μέρους*³¹.

(ii) Μία δεύτερη κατηγορία καταχρηστικών γενικών όρων των συναλλαγών, όπως είναι οι όροι ζ, θ και ι, χαρακτηρίζεται από μία *αντιφατική προς τη συμβατική δέσμευση του προμηθευτή ευχέρειά του (άμεση ή έμμεση) να μην εκπληρώσει ολικά ή μερικά τις υποχρεώσεις του έναντι του καταναλωτή*.

(iii) Μία τρίτη (συναφής προς την προηγούμενη) κατηγορία καταχρηστικών γενικών όρων, όπως είναι οι όροι η και ια, χαρακτηρίζεται από την *χωρίς λόγο ανάθεση του προσδιορισμού της παροχής ή επιμέρους στοιχείων της όπως είναι ο χρόνος εκπλήρωσης της παροχής στην απόλυτη κρίση του προμηθευτή*. Πρόκειται προδήλως για περιπτώσεις που αντιβαίνουν και στην κατά τα άρθρα 371 και 372 του ΑΚ επιταγή δίκαιης κρίσης από το μέρος στο οποίο ανατέθηκε η άρση μονομερώς της αοριστίας της παροχής.

(iv) Μία από τις πιο σημαντικές κατηγορίες καταχρηστικών γενικών όρων των συναλλαγών, όπως είναι οι β, ιβ, ιγ, ιδ, ιε, ιζ και εμμέσως οι κδ και κη, αποτελούν οι κάθε φύσεως (άμεσες ή έμμεσες) *απαλλακτικές ρήτρες, με τις οποίες ο προμηθευτής αποκλείει ή περιορίζει την ευθύνη του*. Οι παραλλαγές μίας τέτοιας απαλλακτικής συμφωνίας στην πράξη είναι πολλές και χαρακτηρίζονται από την προσπάθεια του ισχυρού συμβαλλομένου (εδώ του προμηθευτή) να άρει εκ των προτέρων τις δυσμενείς γι' αυτόν συνέπειες των ζημιογόνων του πράξεων ή παραλείψεων στο πλαίσιο της σχέσης που τον συνδέει με τον καταναλωτή.

(v) Μία ακόμη ευρεία κατηγορία καταχρηστικών γενικών όρων, όπως είναι οι ιη, ιθ, κ, κβ και κγ, που εμφανίζει σημαντική λειτουργική ομοιότητα με

συναλλαγών με τους καταναλωτές, Αρμενόπουλος 1997, σελ. 299 επ. ιδίως σελ. 305 επ.

τις απαλλακτικές ρήτρες (παραπάνω από iv), χαρακτηρίζεται από μία εκ των προτέρων δέσμευση του καταναλωτή να μην ασκήσει νόμιμα δικαιώματά του έναντι του προμηθευτή, όπως είναι λ.χ. τα δικαιώματα υπαναχώρησης επίσχεσης ή συμψηφισμού. Πρόκειται για ρήτρες που αποστερούν σε σημαντικό βαθμό τον καταναλωτή από τα δικαιώματα που του παρέχει ο νόμος για να άρει τις δυσμενείς γι' αυτόν συνέπειες της ανώμαλης εξέλιξης της συμβατικής σχέσης του με τον προμηθευτή.

Οι παραπάνω (υπό iv και v) όροι ενέχουν τον κίνδυνο της λειτουργικής αλλοίωσης των συναλλαγών στις οποίες αφορούν, που είναι φανερό ότι εμφανίζονται στο νομικό κόσμο ως αμφοτεροβαρείς συμβάσεις. Οι αμφοτεροβαρείς αυτές συμβάσεις αποβάλλουν κατ' αποτέλεσμα, με τις εν λόγω ρήτρες, το χαρακτήρα τους ως μηχανισμών αμφιμερούς δέσμευσης των συμβαλλομένων και καθίστανται ουσιαστικά μηχανισμοί ετεροβαρούς επιβάρυνσης του ασθενούς μέρους (του καταναλωτή) σε περίπτωση ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής που δεν οφείλεται σε υπαιτιότητά του. Η απαλλαγή του προμηθευτή, σύμφωνα με το περιεχόμενο των εν λόγω ρητρών, από την ευθύνη του και η αποστέρηση του καταναλωτή από δικαιώματα που του παρέχουν οι κείμενες διατάξεις, περιάγουν πρακτικά σε δεινή θέση τον τελευταίο, και μάλιστα τότε ακριβώς, που έχει αυτός την ανάγκη της προστασίας του νόμου, όταν δηλαδή η συμβατική ενοχή εξελίσσεται ανώμαλα χωρίς αυτός να φταίει. Σε μία τέτοια περίπτωση το δυσμενές για τον καταναλωτή πρακτικό αποτέλεσμα που θα επήρχετο αν οι επίμαχες ρήτρες εθεωρούντο έγκυρες, θα ήταν να έχει δώσει αυτός την παροχή του και να μην έχει πάρει ουσιαστικά τη συνομολογημένη αντιπαροχή, την οποία θα έπαιρνε μόνο αν η μεταξύ αυτού και του προμηθευτή ενοχή είχε εξελιχθεί ομαλά. Έτσι, αν δηλαδή δεν παρενέβαινε υπέρ του καταναλωτή ο νομοθέτης με το άρθρο 2 §§6 και 7 του ν. 2251/1994, θα εδημιουργείτο ουσιαστικά ένας μηχανισμός με τον οποίο ο ισχυρός συμβαλλόμενος (η χρησιμοποιούσα τους γενικούς όρους επιχείρηση) θα υποσχόταν κάτι για την έλλειψη του οποίου δεν θα έφερε ευθύνη και αντίστοιχα επίσης ο καταναλωτής θα απεστερείτο με τις επίμαχες ρήτρες αν

³¹ Παράδειγμα καταχρηστικού γενικού όρου, που εμπίπτει στη ρύθμιση του άρθρου 2 §7, ε ν. 2251/1994 παρέχει η ΕφΑθ 3811/1998 ΝοΒ 46. 1266 επ. (1268) και η επικυρωμένη από αυτήν απόφαση 2438/1977 του ΠΠρΑθ ΝοΒ 46. 832 επ. (835 επ.).

ήταν έγκυρες, δικαστικής προστασίας. Πρόκειται για ένα αποτέλεσμα που ενέχει μία αξιολογική αντινομία, η οποία αίρει στην ουσία τον συναλλακτικό δεσμό των εκατέρωθεν παροχών και αλλοιώνει έτσι τη λειτουργία της αμφοτεροβαρούς σύμβασης ως του κατ' εξοχήν μέσου για την κίνηση των συναλλαγών, με τρόπο που αντιβαίνει κατάφωρα στις επιταγές της καλής πίστης.

(vi) Μία άλλη κατηγορία καταχρηστικών γενικών όρων, όπως οι κα, κε και κστ, έχει ως βασικό χαρακτηριστικό *την υπέρμετρη εξασφάλιση του προμηθευτή ως δανειστή ή την επίταση της ευθύνης του καταναλωτή πέρα από ένα εύλογο μέτρο* (περίπτωση λ και εν μέρει ιστ της §7). Την υπερβολή άλλωστε αυτή, ως συγκρουόμενη με θεμελιώδεις επιταγές της καλής πίστης αποδοκιμάζει, όπως είδαμε και ο νομοθέτης του ΑΚ (πρβλ. ΑΚ 409, 1269 εδ. β', 1270 ή ακόμη και ΑΚ 1239). Ιδιαίτερο πρακτικό ενδιαφέρον έχει ασφαλώς εδώ η δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 409 ΑΚ σε περίπτωση δυσανάλογα μεγάλης ποινικής ρήτρας, που επιβάλλεται από τον προμηθευτή στον καταναλωτή με γενικούς όρους των συναλλαγών. Και εδώ θα πρέπει να γίνει επίσης δεκτό ότι η εφαρμογή του άρθρου 409 ΑΚ, αν φυσικά συντρέχει το πραγματικό της, δεν αποκλείεται από την ενδεχόμενη συρροή με τον κανόνα του άρθρου 2 §7 ν. 2251/1994.

(vii) Μία τελευταία κατηγορία καταχρηστικών γενικών όρων, στην οποία υπάγονται οι περιπτώσεις κζ, κη, λα και ηθ, έχουν ως κοινό στοιχείο ότι *περιορίζουν συνταγματικά κατοχυρωμένα δικαιώματα του καταναλωτή*, όπως είναι η οικονομική του ελευθερία, ως ελευθερία επιλογής του προσώπου του αντισυμβαλλομένου (περίπτωση ηθ, που αναφέρεται σε όρο ανάθεσης στον προμηθευτή, χωρίς σπουδαίο λόγο, της αποκλειστικότητας της συντήρησης των επισκευών του πράγματος και της προμήθειας των ανταλλακτικών). Οι πιο συνηθισμένες περιπτώσεις αυτής της κατηγορίας είναι πάντως ορισμένες δικονομικές ρήτρες όπως διαιτησίας ή αποκλειστικής δωσιδικίας ή διεθνούς δικαιοδοσίας, που και με άλλες διατάξεις, όπως λ.χ. με διατάξεις του ΚΙΝΔ, απαγορεύονται, επειδή δυσχεραίνουν πρακτικά την άσκηση του δικαιώματος του ασθενέστερου (εδώ του καταναλωτή) να ζητήσει δικαστική προστασία σε βαθμό που ισοδυναμεί με ουσιαστική αποστέρηση ή πάντως δραστικό περιορισμό του συνταγματικά κατοχυρωμένου δικαιώματος παροχής δικαστικής προστασίας. Αυτός είναι ακριβώς και ο λόγος για τον οποίο η

ελληνική νομολογία προσφεύγει συχνά σε τέτοιου είδους περιπτώσεις στο άρθρο 179 του ΑΚ³².

³² Βλ. ενδεικτικά ΑΠ 977/1985, ΝοΒ 34. 845.

Ενδεικτική νομολογιακή περιπτωσιολογία καταχρηστικών ΓΟΣ επί τραπεζικών συμβάσεων

Με βάση λοιπόν τις αναφερόμενες στον κατάλογο περιπτώσεις, είναι δυνατόν να κριθούν καταχρηστικοί και κατά συνέπεια άκυροι, μία σειρά ΓΟΣ που απαντώνται στις συμβάσεις των τραπεζών με τους πελάτες τους.

Ανάμεσα σε αυτούς περιλαμβάνονται όροι με τους οποίους καθορίζονται υπερβολικά μεγάλες για την τράπεζα ή υπερβολικά σύντομες για τον πελάτη προθεσμίες καταγγελίας διαρκών πιστωτικών ή άλλων συμβάσεων (περ. γ') ή συνεπάγονται την παράταση ή ανανέωση της σύμβασης για διάστημα υπερβολικά μεγάλο, αν ο πελάτης δεν την καταγγείλει σε ορισμένο χρόνο (περ. δ').

Το ίδιο ισχύει επίσης για όρους που επιφυλάσσουν μόνο στην τράπεζα το δικαίωμα μονομερούς τροποποίησης ή λύσης της σύμβασης χωρίς ορισμένο ειδικό και σπουδαίο λόγο (περ. ε') ή ένα πρόκειται για σύμβαση αόριστης διάρκειας, χωρίς εύλογη προθεσμία (περ. στ') και μάλιστα επιτρέπουν σε αυτήν να παρακρατεί τα ποσά που έχουν καταβληθεί για παροχές οι οποίες δεν έχουν εκτελεσθεί ακόμα από εκείνη (περ. ιστ'), όπως ρήτρα σε σύμβαση δανείου που ορίζει ότι σε περίπτωση πρόωρης καταγγελίας δεν θα υπάρχει αξίωση επιστροφής των ανάλογων τοκοχρεολυσίων που θα έχουν ήδη καταβληθεί.

Απαγορευμένοι επίσης είναι δυνατόν να κριθούν όροι με τους οποίους ο πιστωτικός οργανισμός μπορεί να ορίσει μονομερώς τον χρόνο εκταμίευσης της πίστωσης (περ. η') ή να αφήνει χωρίς σπουδαίο λόγο αρρύθμιστο και να τροποποιεί ελεύθερα το ύψος του επιτοκίου, της προμήθειας και των λοιπών επιβαρύνσεων ή τη συχνότητα του ανατοκισμού με κριτήρια που δεν είναι ειδικά καθορισμένα στη σύμβαση και εύλογα για τον πελάτη (περ. ια' και ε' σε συνδυασμό με ΑΚ 288, 281, 371 επ.).

Το ίδιο ισχύει περαιτέρω και για ΓΟΣ που επιτρέπουν στην τράπεζα να ζητήσει από τον πιστούχο υπέρμετρες εξασφαλίσεις και εγγυήσεις (περ. κστ') ή επιβάλλουν σε βάρος του κατόχου υπερβολικούς τόκους υπερημερίας σε περίπτωση καθυστέρησης και γενικά υπέρμετρη αποζημίωση ή ποινική ρήτρα εφόσον δεν τηρεί τις συμβατικές του υποχρεώσεις (περ. λ').

Καταχρηστικοί είναι ακόμη οι όροι που αντιστρέφουν το βάρος απόδειξης πραγμάτων που σύμφωνα με το νόμο πρέπει να αποδείξει η τράπεζα επιρρίπτοντας το βάρος αυτό στον πιστούχο ή που περιορίζουν τα αποδεικτικά μέσα του τελευταίου (περ. κζ') συνήθως με τη συναγωγή τεκμηρίων και μάλιστα αμάχητων, όπως για παράδειγμα όρος ότι οι τηρούμενοι από την τράπεζα λογαριασμοί αποτελούν πλήρη απόδειξη της οφειλής του πελάτη και ότι αυτός τους αποδέχεται και αναγνωρίζει το χρέος του αν δεν προβάλει γραπτώς τις βάσιμες αντιρρήσεις του εντός σύντομης προθεσμίας.

Περαιτέρω, καταχρηστικοί θεωρούνται όροι με τους οποίους η τράπεζα περιορίζει ή αποκλείει υπέρμετρα την ευθύνη της για παραβίαση συμβατικών της υποχρεώσεων ή ακόμα και για αδικοπρακτική της ευθύνη (περ. β', ι', ιε', ιγ') και αντίστοιχα επαυξάνει την ευθύνη των πελατών της.

Ειδικότερα, όσον αφορά την κατηγορία των συμβάσεων καταναλωτικής πίστης διατυπώνονται αμφιβολίες για το κύρος των εξής όρων επί πιστωτικών καρτών: Όροι που επιβάλλουν στον καταναλωτή το βάρος να αποδείξει ότι δεν έλαβε τον λογαριασμό ή ότι δεν αποδέχθηκε το εις βάρος του χρεωστικό υπόλοιπο (περ. κζ'), όροι που ορίζουν ότι σε περιπτώσεις καθυστέρησης πληρωμής δόσεων ολόκληρο το ποσό καθίσταται ληξιπρόθεσμο και επιβαρύνεται με τόκο υπερημερίας (περ. λ), όροι που ορίζουν ότι σε περίπτωση υπέρβασης του πιστωτικού ορίου η εξόφληση θα γίνει στο χρόνο που ορίζει η τράπεζα και της δίνεται και δικαίωμα επιβολής συμβατικής ποινής (περ. λ), όροι που ορίζουν ότι ο τόκος τμηματικών καταβολών ορίζεται και τροποποιείται μονομερώς από την τράπεζα (περ. ε), όροι που επιτρέπουν στις τράπεζες να επιβάλλουν πρόσθετες επιβαρύνσεις για συναλλαγές στο εξωτερικό συνυπολογιζόμενες στο ποσό της ετήσιας συνδρομής κατά αναλογία της πραγματοποιηθείσας χρέωσης (περ. ε), όροι που επιρρίπτουν αποκλειστικά στη σφαίρα ευθύνης του κατόχου πιστωτικών καρτών χρεώσεις ύστερα από κλοπή της κάρτας. Χαρακτηριστικά παραδείγματα των τελευταίων όρων αποτελούν ρήτρες, σύμφωνα με τις οποίες σε περίπτωση κλοπής ή απώλειας του βιβλιαρίου καταθέσεων ή της πιστωτικής κάρτας, εάν ο καταθέτης ή ο κάτοχος δεν ενημερώσει έγκαιρα την τράπεζα ευθύνεται έναντί της για οποιαδήποτε ζημία τυχόν προκύψει από την αντικανονικότητα ή παράνομη χρήση αυτών από τρίτον. Ανάλογη είναι και η ρήτρα σε σύμβαση

μίσθωσης τραπεζικής θυρίδας σύμφωνα με την οποία η τράπεζα δεν ευθύνεται για απώλεια του περιεχομένου της θυρίδας είτε από διάρρηξή της είτε από την πρόσβαση στη θυρίδα τρίτου μη δικαιούχου εφόσον η υπογραφή του τρίτου έχει ομοιότητα με τις απεικονιζόμενες στη σύμβαση και ο μη δικαιούχος τρίτος φέρει και το κλειδί³³.

Όσον αφορά ειδικότερα όρους με τους οποίους η τράπεζα απαλλάσσεται από την ευθύνη της για πταίσμα των βοηθών εκπλήρωσης που χρησιμοποιεί (υπαλλήλων, άλλων «διαμεσολαβουσών – ανταποκριτριών» τραπεζών στο πλαίσιο διεθνών – διατραπεζικών συμβάσεων τραπεζικού γύρου) δεν υπάρχει σχετική πρόβλεψη στον κατάλογο του άρθρου 2 παρ. 7, σε αντίθεση με το αντίστοιχο άρθρο 25 παρ. 3 εδ. β' του προϊσχύσαντος νόμου 1961/1991 που ρητώς απαγόρευε απαλλακτικές ρήτρες για δόλο ή βαρεία αμέλεια των βοηθών εκπλήρωσης του προμηθευτή.

Ωστόσο, η παράλειψη αυτή δεν σημαίνει και νομιμοποίηση των εν λόγω ρητρών υπό το ισχύον νομικό καθεστώς. Εκτός του ότι υπάρχει πάντοτε η δυνατότητα εφαρμογής της γενικής ρήτρας της παραγράφου 6 του άρθρου 2, οι τράπεζες ως «παρέχουσες υπηρεσίες» κατά την έννοια του άρθρου 8 του ίδιου νόμου, υπόκεινται στη ρύθμιση των παρ. 1 και 6 του ως άνω άρθρου σε συνδυασμό με εκείνη του άρθρου 6 παρ. 12 που απαγορεύουν ρητώς κάθε συμφωνία περιορισμού ή αποκλεισμού της ευθύνης του παρέχοντος υπηρεσίες έναντι του καταναλωτή των υπηρεσιών αυτών, ακόμη και για ελαφριά αμέλεια του ίδιου του παρέχοντος υπηρεσίες ή των βοηθών του εκπλήρωσης.

Πρόβλημα ανακύπτει από το γεγονός ότι σε τραπεζικές ΓΟΣ περιλαμβάνονται και ρήτρες που περιορίζουν την ευθύνη της τράπεζας σε περίπτωση καταβολής ποσού (παράνομης ανάληψης) σε μη δικαιούχο μόνο για δόλο ή βαρεία αμέλεια των υπαλλήλων της (βοηθών εκπληρώσεως της τράπεζας). Οι ρήτρες οι οποίες απαλλάσσουν την τράπεζα για ελαφρά αμέλεια των οργάνων της θεωρούνται κατά πάγια νομολογία έγκυρες ως ερειδόμενες στο άρθρο 3 Ν.Δ. 17-7/13.8.1923 «περί ειδικών διατάξεων επί ανωνύμων εταιριών» (διάταξη η οποία ρητώς διατηρείται σε ισχύ με βάση το άρθρο 41 § 1 ΕισΝΑΚ) που ορίζει ότι: «η εκδότρια ονομαστικής ομολογίας ή

³³ Παπανικολάου, Η απαλλακτική ρήτρα για την ευθύνη της τράπεζας στο μεγάλο ριφιφί, σελ.

άλλης απόδειξης καταθέσεως χρημάτων εταιρίας (τέτοια «απόδειξη καταθέσεως χρημάτων» θεωρείται και το βιβλιάριο καταθέσεως ταμειευτηρίου) η πληρώσασα αυτήν εξοφλημένην δια την επ' αυτής υπογραφής του δικαιούχου, απαλλάσσεται και εάν η υπογραφή ήτο πλαστή, ή εάν η εκδότρια κατά την πληρωμήν, ετέλει εν δόλω εν μεγάλη αμελεία».

Ανακύπτει, συνεπώς, ζήτημα αντινομίας μεταξύ της παραπάνω διάταξης και της ρύθμισης περί ευθύνης του παρέχοντος υπηρεσίες που περιλαμβάνεται στο ν. 2251/1994 και ειδικότερα στις διατάξεις των άρθρων 8 § 1 και 8 § 6 (η οποία παραπέμπει στην αναλογική εφαρμογή του άρθρου 6 § 12 του νόμου αυτού), που απαγορεύουν κάθε συμφωνία περιορισμού ή απαλλαγής του παρέχοντος υπηρεσίες από την ευθύνη του.

Υποστηρίζεται σχετικώς ότι η διάταξη του άρθρου 3 του ν.δ. 17.7/13.8.23, εισάγοντας ειδικό καθεστώς ευθύνης των πιστωτικών ιδρυμάτων, έχει προβάδισμα έναντι της διάταξης του άρθρου 8 του ν. 2251/1994 που εισάγει γενικό κανόνα επαγγελματικής ευθύνης του παρέχοντος υπηρεσίες, σύμφωνα με το αξίωμα ότι ο ειδικός κανόνας υπερισχύει του γενικού (εκτός και εάν ληφθεί ως κριτήριο ειδικότητας το ότι ο ν. 2251/1994 απευθύνεται – τουλάχιστον θεωρητικά – σε μικρότερο αριθμό προσώπων, τους καταναλωτές).

Ωστόσο, αντιτείνεται ότι πέρα του γεγονότος ότι η ρύθμιση του άρθρου 3 του Ν.Δ. 1923 βρίσκεται σε δυσαρμονία με το σύστημα της ενδοσυμβατικής ευθύνης που καταστρώνεται στον ΑΚ και πολύ περισσότερο με το πνεύμα προστασίας του ασθενέστερου συμβαλλομένου και την αρχή προστασίας του καταναλωτή που διέπει γενικότερα το συμβατικό δίκαιο, αντιστρατεύεται και τη σχέση εμπιστοσύνης που αναπτύσσεται μεταξύ της τράπεζας και των πελατών της. χαρακτηριστικό εξάλλου γνώρισμα της νέας γενικής ρύθμισης του άρθρου 8 του ν. 2251/1994 είναι η καθολικότητά της, δηλαδή ο στόχος της να εισαγάγει πλέον νέο, ομοιόμορφο, γενικό κανόνα που να καλύπτει όλες τις περιπτώσεις παροχής υπηρεσιών προς τους καταναλωτές, αντικαθιστώντας τις παλαιότερες ειδικές σχετικές ρυθμίσεις. Σε διαφορετική περίπτωση, ενόψει και της πληθώρας των ειδικών διατάξεων, θα έμενε για τη νέα ρύθμιση μικρό πεδίο εφαρμογής, πράγμα που δεν μπορεί να ανταποκρίνεται στο σκοπό της.

Επομένως, είναι σε κάθε περίπτωση καταχρηστική και άκυρη τυχόν απαλλακτική ρήτρα της τράπεζας ακόμη και για ελαφρά αμέλειά της.

ΜΕΡΟΣ ΔΕΥΤΕΡΟ. Περιπτώσεις καταχρηστικών και αμφισβητήσιμης νομιμότητας τραπεζικών πρακτικών και όρων

1. ΤΡΑΠΕΖΙΚΕΣ ΚΑΤΑΘΕΣΕΙΣ / Η ΣΥΜΒΑΣΗ ΤΡΑΠΕΖΙΚΗΣ ΚΑΤΑΘΕΣΗΣ

Εισαγωγή

Στη σύμβαση κατάθεσης που καταρτίζει ο πελάτης-καταναλωτής με το πιστωτικό ίδρυμα, αλλά και στις επιμέρους κατηγορίες – είδη τραπεζικών καταθέσεων³⁴ παρατηρούνται πρακτικές και όροι (ΓΟΣ) «αμφισβητήσιμης» νομιμότητας.

Προχωρώντας στη διερεύνηση του εν λόγω ζητήματος ξεκινάμε καταρχήν με την αναφορά στην έννοια και στο περιεχόμενο της σύμβασης κατάθεσης, σε τί δηλαδή συνίσταται αυτή, καθώς και στο ποιες είναι οι απορρέουσες από αυτήν υποχρεώσεις των μερών, οι οποίες και δημιουργούν στην πράξη προβλήματα, συνεπεία και των (καταχρηστικών;) τραπεζικών ΓΟΣ περί μετακύλισης των κινδύνων και της ευθύνης στον αποδέκτη-καταναλωτή των τραπεζικών προϊόντων. Οι κίνδυνοι που ελλοχεύουν είναι εξαιρετικά σοβαροί για τον καταναλωτή για τον επιπρόσθετο λόγο ότι η καταχρηστικότητα των εν λόγω ΓΟΣ ή των τραπεζικών πρακτικών αποδεικνύεται δυσχερέστατα και τα όριά της είναι ρευστά, καθώς κινείται αυτή μέσα στα πλαίσια της νομιμότητας, αγγίζοντας όμως τα άκρα όρια αυτής και προσεγγίζοντας την απαγόρευση και την παρανομία. Ας μην ξεχνάμε άλλωστε ότι τα δικαστήρια, κυρίως παλιότερα αλλά και σήμερα ακόμη, διστάζουν στην επίκληση και εφαρμογή του όρου αυτού στις τραπεζικές πρακτικές.³⁵

³⁴ Για παράδειγμα υπάρχουν καταθέσεις όψεως, προθεσμιακές, ταμειευτηρίου, αναπαλλοτρίωτες κτλ.

³⁵ Εδώ ανήκει και η διχογνωμία με το αν ο ν. 2251/94 εφαρμόζεται και επί των τραπεζικών συναλλαγών ή όχι, με τη ζυγαριά να κλίνει υπέρ της καταφατικής απάντησης αλλά και με τη διατήρηση ζωηρού και πειστικού του αντιλόγου.

Η έννοια της σύμβασης κατάθεσης

Κατάθεση είναι η σύμβαση δυνάμει της οποίας κάποιο πρόσωπο («καταθέτης») παραχωρεί προσωρινά στην τράπεζα αγοραστική δύναμη προς χρήση και συγχρόνως προς εξασφάλιση αυτής. Κατά κανόνα αλλά όχι απαραίτητα ο αποδεχόμενος την κατάθεση οργανισμός παρέχει στον καταθέτη και κάποιο μικρό τόκο.³⁶

Ως προς τη νομική φύση της έχουν διατυπωθεί πολλές απόψεις:

- 1) (κρατούσα) μορφή ανώμαλης παρακαταθήκης,
- 2) αποτελεί δάνειο η προθεσμιακή κατάθεση και ανώμαλη παρακαταθήκη η κατάθεση όψεως,
- 3) μεικτή σύμβαση δανείου και ανώμαλης παρακαταθήκης,
- 4) ιδιόμορφη, *sui generis* σύμβαση.

Επειδή στην τραπεζική κατάθεση υπάρχει διαπλοκή συμφερόντων, κρίνεται επιτακτικό να εξετάζεται η νομική φύση της κατά τη βούληση των μερών (ΑΚ 361) κατόπιν στάθμισης των συμφερόντων τους.

Η σύμβαση κατάθεσης είναι ως επί το πλείστον σύμβαση προσχωρήσεως, πράγμα που σημαίνει ότι ο καταθέτης «αναγκάζεται» να αποδεχθεί προδιατυπωμένους από την τράπεζα όρους (ΓΟΣ), αφού η μόνη δυνατότητα που έχει είναι η επιλογή να προσχωρήσει ή όχι στη σύμβαση.

Υποχρεώσεις που απορρέουν από τη σύμβαση καταθέσεως

Ως σύμβαση αμφοτεροβαρής, η σύμβαση τραπεζικής κατάθεσης γεννά υποχρεώσεις και για τους δύο συμβαλλομένους.

Εις βάρος της τράπεζας:

1. υποχρέωση αποδοχής της εκάστοτε κατατεθειμένης αγοραστικής δύναμης,
2. υποχρέωση απόδοσης της κατατεθειμένης αγοραστικής δύναμης,

³⁶ Η σύμβαση κατάθεσης είναι διακριτέα από: α) **τη φύλαξη**, καθώς αποτελεί περίπτωση ομαλής παρακαταθήκης, έχει ως αντικείμενο μόνο κινητά πράγματα και επιδιώκει τη διατήρηση αυτών αυτοουσίων.

β) **την κοινή σύμβαση πιστώσεως**, στην οποία η βεβαιότητα περί αποδόσεως της αγοραστικής δύναμης του καταθέτη στηρίζεται στη φερεγγυότητα της πιστολήπτριας τράπεζας. Αντιθέτως, στη σύμβαση κατάθεσης η εξασφάλιση της αγοραστικής δύναμης του καταθέτη αποτελεί παροχή στην οποία η τράπεζα υποχρεούται από τη σύμβαση καταθέσεως ως αντάλλαγμα της παροχής του καταθέτη ως πιστοδότη.

3. υποχρέωση παροχής τόκων αφενός μεν επί του κατατεθειμένου κεφαλαίου, αφετέρου δε επί των περιοδικώς κεφαλαιοποιούμενων τόκων. Σε περίπτωση αμφιβολίας, κάθε κατάθεση είναι τοκοφόρος, ο τόκος δε αυτής υπολογίζεται επί τη βάσει του εκάστοτε ισχύοντος θεμιτού επιτοκίου. Οι τόκοι καθίστανται απαιτητοί είτε κατά το τέλος της συμβάσεως είτε κατά τα προς κεφαλαιοποίηση αυτών ενδιάμεσα χρονικά διαστήματα,³⁷
4. υποχρέωση εκδόσεως και τηρήσεως βιβλιαρίου καταθέσεων ή, σε περίπτωση μη τηρήσεως βιβλιαρίου, υποχρέωση περιοδικής εκκαθαρίσεως του σχετικού λογαριασμού,
5. υποχρέωση εχεμύθειας, δηλαδή μη γνωστοποίησης προς τρίτους άνευ νομίμου υποχρεώσεως της κινήσεως και του ύψους της καταθέσεως καθώς επίσης και παντός άλλου περιστατικού που αφορά τον καταθέτη,
6. υποχρέωση γνωστοποίησης στον καταθέτη, ακόμη και χωρίς αίτησή του, κάθε μεταβολής που γίνεται από τρίτο για λογαριασμό δικό του, όταν η κατάθεση χρησιμεύει ως βάση διεξαγωγής δοσοληψιών του καταθέτη.

Εις βάρος του καταθέτη: 1. υποχρέωση αποδοχής και τηρήσεως βιβλιαρίου καταθέσεως, ή, σε περίπτωση μη τηρήσεως βιβλιαρίου, υποχρέωση περιοδικών εκκαθαρίσεων του σχετικού λογαριασμού, 2. υποχρέωση προστασίας των συμφερόντων της τράπεζας, δηλαδή υποχρέωση προς λήψη κάθε μέτρου επιβαλλόμενου κατά τις αντιλήψεις των συναλλαγών και σκοπούντος την αποτροπή του κινδύνου ακύρου πληρωμής εκ μέρους της τράπεζας. Ο καταθέτης οφείλει να φυλάει επιμελώς το βιβλιάριο καταθέσεως ή το βιβλιάριο των επιταγών και να ειδοποιεί αμέσως την τράπεζα για την τυχόν απώλειά του. Αμέσως μετά εξετάζουμε το πρόβλημα που δημιουργείται σε περίπτωση κλοπής του βιβλιαρίου καταθέσεων: ποιος φέρει τον κίνδυνο απώλειας ή κλοπής του βιβλιαρίου; Ποιος θα επωμιστεί τη ζημία που επέρχεται σε περίπτωση που κάποιος τρίτος προβεί σε ανάληψη από το λογαριασμό αυτό: η τράπεζα ή ο πελάτης της; Εντέλει, σε περίπτωση ανάληψης από μη δικαιούχο, δικαιούται ο πραγματικός δικαιούχος να ζητήσει το ποσό αυτό από την τράπεζα (οπότε η τράπεζα αρνείται καταχρηστικά) ή απαλλάσσεται αυτή της (δεύτερης) καταβολής σε αυτόν;

³⁷ Παρά την υποχρέωση αυτή, στην πράξη οι τράπεζες δεν αποδίδουν τόκους για καταθέσεις

Βιβλιάριο καταθέσεων - έννοια

Κατά την κατάρτιση της σύμβασης κατάθεσης μεταξύ τράπεζας και πελάτη, η πρώτη εκδίδει στο όνομα του δικαιούχου της κατάθεσης και παραδίδει σε αυτόν ένα έγγραφο, υπό μορφή βιβλίου, το βιβλιάριο καταθέσεων. Σε αυτό καταχωρούνται με μηχανικό τρόπο οι καταβολές και οι αναλήψεις που διενεργούνται προς εκτέλεση της σύμβασης κατάθεσης, σημειώνονται οι καταχωρήσεις τόκων και εν γένει εμφανίζεται η κίνηση του λογαριασμού.

Σχετικά με τη νομική φύση και λειτουργία του βιβλιαρίου καταθέσεων έχουν διατυπωθεί οι εξής απόψεις:

1. **αξιόγραφο.** Η θέση αυτή απορρίπτεται διότι δε φέρει τα εννοιολογικά στοιχεία του αξιογράφου και κυρίως την σε τέτοιο βαθμό ενσωμάτωση στο έγγραφο του δικαιώματος από την κατάθεση.
2. **συστατικό έγγραφο.** Επίσης απορρίπτεται διότι από καμία διάταξη νόμου δεν επιβάλλεται ως συστατικό στοιχείο της σύμβασης κατάθεσης (ΑΚ 158), ούτε προκύπτει δυνάμει συμφωνίας μεταξύ τράπεζας και πελάτη (ΑΚ 159), καθώς τέτοια συμφωνία ουδέποτε παρατηρείται στην πράξη.
3. **νομιμοποιητικό έγγραφο.** Απορρίπτεται, εκτός αν έχει προηγηθεί ρητή συμφωνία μεταξύ καταθέτη και τράπεζας περί της νομιμοποιητικής λειτουργίας του βιβλιαρίου καταθέσεως. Στην τραπεζική πρακτική βέβαια αυτή η δυνατότητα συνήθως δεν πραγματώνεται.
4. **αντικείμενο αυτοψίας**
5. **δικαστικό τεκμήριο**
6. **αποδεικτικό έγγραφο** (κρατούσα άποψη). Αποδεικνύει την κίνηση του λογαριασμού και το ύψος του κατά τη στιγμή της ενημέρωσής του (τελευταίας εγγραφής). Στερείται αυτοτελούς περιουσιακής αξίας και το δικαίωμα κυριότητάς του ανήκει αυτοδικαίως στον δικαιούχο του σχετικού δικαιώματος.

A. Το ζήτημα της ανάληψης ποσού της κατάθεσης από μη δικαιούχο (εφαρμογή των ΑΚ 288, 300, 330 επ.)

Παρουσίαση του προβλήματος

Συχνά στις τραπεζικές συναλλαγές εμφανίζεται το εξής ζήτημα: ο καταθέτης (και κύριος του βιβλιαρίου καταθέσεων) χάνει το βιβλιάριο καταθέσεων, συνήθως μαζί με το δελτίο ταυτότητάς του, ή πέφτει θύμα κλοπής και ένας τρίτος, κάνοντας χρήση του συνδυασμού βιβλιάριο-ταυτότητα, πετυχαίνει ανάληψη ποσού της κατάθεσης, πριν προλάβει ο καταθέτης να ειδοποιήσει σχετικά την τράπεζα ή πολλές φορές πριν ακόμη συνειδητοποιήσει την κλοπή ή την απώλεια. Μάλιστα στις περισσότερες των περιπτώσεων αυτών η ανάληψη γίνεται από υποκατάστημα της τράπεζας διαφορετικό από εκείνο που έχει ανοιχθεί ο σχετικός λογαριασμός και όπου ο νόμιμος δικαιούχος είναι ενδεχομένως γνωστός στους υπαλλήλους και στο αρχείο του οποίου υπάρχει δείγμα υπογραφής του.

Τέτοιες περιπτώσεις έχουν πολλές φορές απασχολήσει τα ελληνικά δικαστήρια, τα οποία εκλήθησαν έτσι να πάρουν θέση σχετικά με το μέτρο προσδιορισμού της ευθύνης της τράπεζας από τον πλημμελή έλεγχο της ταυτότητας και της γνησιότητας της υπογραφής προσώπων που εμφανίζονται ως καταθέτες. Παρακάτω εξετάζονται τα εξής ζητήματα:

1. τι προβλέπει η ρύθμιση του αρθ. 3 του ν.δ. 17.7.1923 για την ευθύνη της τράπεζας,
2. ποια η θέση της νομολογίας,
3. αντίλογος που έχει διατυπωθεί,
4. τι συμβαίνει με τις απαλλακτικές ρήτρες που θέτει η τράπεζα για το θέμα αυτό στις συμβάσεις, κατά πόσο είναι ισχυρές και ποιοι περιορισμοί τίθενται στη συμβατική ελευθερία της τράπεζας, που κατά το πλείστον αυτή διαμορφώνει μονομερώς τα κείμενα των συμβάσεων. Εν τέλει, αν οι όροι αυτοί είναι καταχρηστικοί, καθώς προσκρούουν στα αρθ. 2 §§ 6-7 ν. 2251/94 και ΑΚ 281, 288, 330 επ.

Η ευθύνη της τράπεζας κατ' άρθρο 3 ν.δ. 17.7/13.8.1923 - Συνέπειες

Παγίως η νομολογία³⁸ αποφαινεται ότι επί καταβολής σε μη δικαιούχο, η ευθύνη της τράπεζας ρυθμίζεται από το άρθρο 3 του ν.δ. 17.7/13.8.1923 «περί ειδικών διατάξεων επί ανωνύμων εταιριών». Η ακριβής διατύπωση της διάταξης αυτής έχει ως εξής: *«Η εκδότρια ονομαστικής ομολογίας ή άλλης αποδείξεως καταθέσεως χρημάτων εταιρία, η πληρώσασα αυτήν εξωφλημένην δια της επ' αυτής υπογραφής του δικαιούχου, απαλλάσσεται εάν η υπογραφή ήτο πλαστή, πλην εάν η εκδότρια κατά την πληρωμήν ετέλει εν δόλω ή εν μεγάλη αμελεία».*

Ως τέτοια απόδειξη καταθέσεως χρημάτων θεωρεί συστηματικώς η νομολογία το βιβλιάριο καταθέσεων, συνοδεύοντας πάντα αυτή την υπαγωγή με την κρίση της για την πλήρη αποδεικτική ισχύ που του εξασφαλίζει ο συνδυασμός των άρθρων 443 στ. 3 και 448 παρ. 2 ΚΠολΔ.

Με το άρθρο 3 εισάγεται περιορισμός της ευθύνης της τράπεζας μόνο για δόλο ή βαριά αμέλεια των προστιθέντων υπαλλήλων της και από τη διατύπωσή του συνάγεται ότι ο καταθέτης που ισχυρίζεται ότι η τράπεζα κατέβαλε σε μη δικαιούχο, ο οποίος επέδειξε τα απαραίτητα έγγραφα και πλαστογράφησε την υπογραφή του, για να αξιώσει την απόδοση του αναληφθέντος ποσού πρέπει να ισχυριστεί και, αν αμφισβητείται, να αποδείξει ότι η τράπεζα κατά την πληρωμή τελούσε σε δόλο ή βαριά αμέλεια.

Μεμονωμένη αντίθετη άποψη περί της διατήρησης του μαχητού τεκμηρίου γι' αυτούς τους δύο βαθμούς υπαιτιότητας και επί εφαρμογής του άρθρου 3 διατυπώθηκε σε μία παλαιότερη απόφαση του Εφετείου Αθηνών, την υπ' αριθμόν 3504/1987, που απέθεσε στην εναγόμενη τράπεζα το βάρος να αποδείξει ότι οι υπάλληλοί της κατέβαλαν την απαιτούμενη στις συναλλαγές επιμέλεια.³⁹

Η εν λόγω ρύθμιση, η οποία χρονολογείται από το 1923, βρίσκεται σε δυσαρμονία με το σύστημα της ενδοσυμβατικής ευθύνης του Αστικού Κώδικα, ο οποίος συνετάχθη μεταγενέστερα. Πάντως, με το άρθρο 41 παρ. 1 ΕισΝΑΚ διατηρήθηκε σε ισχύ το ν.δ. του 1923 (πλην μερικών μόνο διατάξεών του, στις οποίες δεν περιλαμβάνεται το άρθρο 3) και μάλιστα η εφαρμογή των

³⁸ Ενδεικτικά: ΑΠ 189/2002 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 3807/1998 ΝοΒ 1998, 1453 επ.

³⁹ Δνη 1988, 329 επ.

διατάξεών του κατά το άρθρο 26 παρ. 9 ν. 2076/1992 «επεκτείνεται αυτόματα στις τράπεζες αφότου δοθεί η άδεια της Τράπεζας της Ελλάδος για τη λειτουργία τους».

Ζήτημα ενδοσυμβατικής ευθύνης

Αφετηρία της ανάλυσης αυτής της διάστασης σε επίπεδο νομοθεσίας είναι η διαπίστωση ότι το ζήτημα εντάσσεται στα πλαίσια της ενδοσυμβατικής ευθύνης. Απαιτείται λοιπόν εξέταση της συμβατικής σχέσης που συνδέει την τράπεζα με τον καταθέτη. Πιστωτικό ίδρυμα και πελάτης έχουν συνάψει τη σύμβαση κατάθεσης, η οποία, κατά την κρατούσα στη θεωρία και νομολογία άποψη, φέρει το νομικό χαρακτήρα της ανώμαλης παρακαταθήκης, υπό το πρίσμα ότι με αυτήν αποσκοπείται κυρίως η ασφαλής φύλαξη των χρημάτων του καταθέτη, σκοπός που δεν αναιρείται από τη συνομολόγηση του συνήθους για τις τραπεζικές εργασίες τόκου. Άλλωστε, αυτή η πρωταρχική διαπίστωση συναντάται πάντα στις δικαστικές αποφάσεις που πραγματεύονται το συγκεκριμένο ζήτημα.⁴⁰ Επομένως, επ' αυτής της συμβατικής σχέσης έχει εφαρμογή η διάταξη του άρθρου 830 ΑΚ, που τάσσει, σε περίπτωση αμφιβολίας, εφαρμοστέες τις διατάξεις για το δάνειο, όμως ειδικά σχετικά με το ζήτημα του χρόνου και τόπου απόδοσης των χρημάτων, τις διατάξεις για την παρακαταθήκη (ΑΚ 830 παρ. 1 εδ. β'). Συνεπώς, κατά το άρθρο 827 ΑΚ, αν ο καταθέτης απαιτεί την απόδοση των χρημάτων, η τράπεζα οφείλει να τα αποδώσει, ακόμη και αν δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για τη φύλαξή τους.

Όταν, λοιπόν, στην εν λόγω περίπτωση, κατόπιν της καταβολής από την τράπεζα χρημάτων σε μη δικαιούχο, ο καταθέτης και αληθής δικαιούχος προσέρχεται σε αυτήν και ζητά την ανάληψη του ποσού της κατάθεσής του, πρωταρχικά απαιτεί από την τράπεζα την εκπλήρωση της παροχής που αποτελεί αντικείμενο της ανειλημμένης συμβατικής υποχρέωσης, όπως και δικαιούται να το πράξει, σεβόμενος εν προκειμένω τις διατάξεις περί του

⁴⁰ ΑΠ 189/2002 ΝΟΜΟΣ, ΕφΑθ 1881/2001 ΕπισκεΔ Β 2001, 539 επ, ΕφΘεσ 1580/2000 ΔΕΕ 2000 884 επ, 1453 επ, ΕφΑθ 1807/1997 ΕΛΛΔνη39, 201 επ, ΕφΑθ 2543/1996 ΕΕμπΔ1996, 716 επ.

τόπου και κυρίως του χρόνου της παροχής. Από εκείνη τη στιγμή υπάρχει όχληση, εξωδικαστική, και η αξίωσή του καθίσταται τοκοφόρος.⁴¹

Η τράπεζα από την πλευρά της φέρει την υποχρέωση προς εκπλήρωση αυτούσιας της συμβατικής παροχής. Αυτή η λεγόμενη πρωτογενής συμβατική υποχρέωσή της, σύμφωνα με το δίκαιο του ΑΚ, εξακολουθεί να υφίσταται ανεξάρτητα από οποιαδήποτε υπαιτιότητά της ως οφειλέτιδος, ακόμη και από ελαφρά αμέλεια, όσο δεν επέρχεται απόσβεσή της. Εκτός από τη μεσολάβηση ανυπαίτιας αδυναμίας παροχής (ΑΚ 336, 380), που πάντως δεν μπορεί να στοιχειοθετηθεί στην περίπτωση της τράπεζας, η ενοχή αποσβήνεται με την καταβολή. Κάτι τέτοιο είναι προφανές ότι δεν συμβαίνει με τον τρίτο, κλέπτη ή ευρέτη του βιβλιαρίου καταθέσεων. Έτσι, η οφειλέτιδα – τράπεζα, που κατέβαλε σε τρίτο πρόσωπο, με το οποίο δεν είχε συμβληθεί και το οποίο δεν δικαιούται σε είσπραξη, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι προέβη σε προσήκουσα καταβολή και δεν απαλλάσσεται έναντι του δανειστή.

Αρχή του φαινομένου δικαίου

Εντούτοις, υπάρχουν ορισμένες επιμέρους περιπτώσεις, ρυθμιζόμενες στον ΑΚ, όπου γίνεται δεκτό ότι, πληρουμένων των προϋποθέσεων που τάσσουν, ο οφειλέτης απελευθερώνεται αν κατέβαλε καλοπίστως σε έναν τρίτο, που δεν είναι μεν αρμόδιος να γίνει η καταβολή σε αυτόν, αλλά ως προς τον οποίο υφίσταται ένα φαινόμενο δικαίου για τη νομιμοποίησή του προς λήψη της οφειλόμενης παροχής.⁴² Κοινό χαρακτηριστικό και δικαιολογητικός λόγος αυτών των περιπτώσεων είναι η προστασία της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης που έδειξε ο καταβαλών στην ύπαρξη ενός φαινομένου δικαίου και η οποία κρίνεται εν προκειμένω άξια προστασίας. Η Αρχή του φαινομένου δικαίου σημαίνει ότι η τράπεζα, με βάση τις αρχές της καλής πίστης και της προστασίας των συναλλαγών, δικαιολογημένα πίστεψε ότι ο τρίτος δικαιούτο να εισπράξει το ποσό της κατάθεσης, τηρουμένων των υποχρεώσεων επιμελείας και ελέγχου που έχει αυτή. Σε αυτή την κατηγορία των

⁴¹ ΑΠ 3807/1998 σπ.π., ΑΠ 322/1989 ΕΕΝ 1990, 75.

⁴² Απ. Γεωργιάδης – Μιχ. Σταθόπουλος, Αστικός Κώδιξ, κατ' άρθρον ερμηνεία, αρθρ. 417, ΕρμΑΚ αρθρ. 417, 426, Β. Αντ. Βαθρακοκόιλης Αναλυτική ερμηνεία – νομολογία Αστικού Κώδικα Α' τόμος, γ' έκδοση, Αθήνα 1994, σελ. 592 επ.

περιπτώσεων ανήκουν, εκτός από τη φαινόμενη πληρεξουσιότητα ή πληρεξουσιότητα ανοχής, και εκείνες του κατόχου εγγράφων παθητικής νομιμοποίησης (άρθρο 426 ΑΚ για τον κομιστή έγγραφης εξοφλητικής απόδειξης, άρθρο 889 ΑΚ για τον κομιστή ανώνυμου χρεογράφου). Εδώ ο οφειλέτης, με την προσαγωγή των εγγράφων αυτών, δικαιούται να καταβάλλει αζημίως στον κομιστή, χωρίς άλλη έρευνα της ουσιαστικής νομιμοποίησης, οπότε ελευθερώνεται αν άσκησε το δικαίωμα αυτό ανυπαίτια ή καλόπιστα. Όμως, όπως εκτενώς αναφέρθηκε, το βιβλιάριο καταθέσεως δεν ανήκει στην κατηγορία των νομιμοποιητικών εγγράφων και γι' αυτό η τράπεζα οφείλει να προβαίνει κάθε φορά στον έλεγχο της ουσιαστικής νομιμοποίησης του κατόχου του, έτσι ώστε να διαπιστώνει αν είναι πράγματι ο δικαιούχος.

Συνάγεται λοιπόν το συμπέρασμα ότι, σύμφωνα με τη ρύθμιση του ΑΚ, η υποχρέωση προς εκπλήρωση της παροχής για την τράπεζα εξακολουθεί να υφίσταται εις το ακέραιο, ανεξαρτήτως οποιασδήποτε υπαιτιότητάς της, και έχει περαιτέρω αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού κατά του τρίτου που εισέπραξε χωρίς να έχει εξουσία είσπραξης.

Όμως, με την εφαρμογή από τη νομολογία της διάταξης του άρθρου 3 ν.δ. 17.7/13.8.1923, στην ουσία εισάγεται ως προς την πρωτογενή συμβατική υποχρέωση ένας αποσβεστικός λόγος της ενοχής, η χωρίς δόλο ή βαριά αμέλεια καταβολή σε μη δικαιούχο κομιστή βιβλιαρίου, και, κατ' αυτόν τον τρόπο, εξ αποτελέσματος προσδίδεται νομιμοποιητική λειτουργία σε ένα κατ' εξοχήν αποδεικτικό έγγραφο, όπως είναι το βιβλιάριο καταθέσεων.

Επιπροσθέτως, ως προς τη δευτερογενή υποχρέωση αποζημίωσης, η εν λόγω διάταξη, μη διακρίνοντας, διατυπώνει εξαίρεση από την αρχή της υπαιτιότητας, περιορίζοντας την απαραίτητη προς αποζημίωση υπαιτιότητα μόνο στο δόλο και τη βαριά αμέλεια, και όχι σε κάθε πταίσμα. Μάλιστα, ενώ κατά κανόνα η υπαιτιότητα τεκμαίρεται (ΑΚ 335, 342, 382, 383, για προστιθέντες ΑΚ 334 παρ. 1), με την εφαρμογή του άρθρου 3 το βάρος απόδειξης για το δόλο ή την βαριά αμέλεια μετακυλύεται στον καταθέτη.

Αντίθετη άποψη

Ωστόσο, παρά την καθιερωμένη εφαρμογή του άρθρου 3 στις σχετικές υποθέσεις, η υπαγωγή του βιβλιαρίου στην έννοια του αποδεικτικού

καταθέσεως και η παγίως ακολουθούμενη στη νομολογία εφαρμογή του για τον προσδιορισμό της ευθύνης των τραπεζών έχει συναντήσει αντίλογο.⁴³ Έχει κατακριθεί ως εσφαλμένη από μερίδα της θεωρίας με το βασικό επιχείρημα ότι η νομολογία, αρκούμενη στην εμφάνιση απλώς του βιβλιαρίου καταθέσεως, προβαίνει σε ένα νομικό άλμα, διότι εφαρμόζει το άρθρο 3 χωρίς να συντρέχει ένας όρος του πραγματικού αυτού του κανόνα δικαίου, και συγκεκριμένα η προϋπόθεση που θέλει την απόδειξη καταθέσεως «εξωφλημένην δια της επ' αυτής υπογραφής του δικαιούχου». Υποστηρίζεται ότι ο σκοπός της διάταξης αυτής είναι αντίστοιχος με εκείνον του άρθρου 426 ΑΚ, δηλαδή η χορήγηση νομιμοποιητικής δύναμης στην απόδειξη. Έτσι, προϋπόθεση εφαρμογής της είναι η ύπαρξη στο βιβλιάριο, ή σε ξεχωριστό χαρτί που το συνοδεύει, εξοφλητικής απόδειξης του δικαιούχου του λογαριασμού. Ουσιαστικά το εν λόγω άρθρο αποσκοπεί να καλύψει τις περιπτώσεις που κάποιος εμφανίζεται στην τράπεζα με το βιβλιάριο ενός άλλου, ως εξουσιοδοτημένος από το δικαιούχο του λογαριασμού, για να προβεί σε ανάληψη κάποιου χρηματικού ποσού. Δεν αφορά στην περίπτωση που αυτός εμφανίζεται ως ο πραγματικός δικαιούχος προσπαθώντας να εξαπατήσει την τράπεζα, παρασύροντας τους υπαλλήλους της σε έναν επιπόλαιο έλεγχο.

Στο επιχείρημα ότι αυτός ο αντίλογος αγγίζει τα όρια της τυπολατρίας και ότι, στην ουσία, οι δύο αυτές περιπτώσεις δεν διαφέρουν πρακτικά μεταξύ τους, διότι ο παράνομος κομιστής του βιβλιαρίου θα μπορούσε, προτού το εμφανίσει στην τράπεζα, να το εξοφλήσει πλαστογραφώντας την υπογραφή του δικαιούχου και έτσι να καλύψει το πραγματικό του απαλλακτικού για την τράπεζα κανόνα, προτάσσεται το αντεπιχείρημα ότι ο κομιστής απλά και μόνο του βιβλιαρίου καθαρού εμφανίζεται ως δικαιούχος της κατάθεσης και παρασύρει τους υπαλλήλους της τράπεζας σε έναν επιπόλαιο έλεγχο, ενώ εκείνος που το προσκομίζει εφοδιασμένο με εξόφληση δηλώνει, τουλάχιστον εμπράκτως, ότι δεν είναι και ο δικαιούχος, αλλά εξουσιοδοτημένος από αυτόν, γεγονός που εφιστά την προσοχή των υπαλλήλων και τους προκαλεί να προβούν σε πιο εμπεριστατωμένο έλεγχο της νομιμοποίησής του.

⁴³ Βλ. παρατηρήσεις Κ.Γ. Παμπούκη επί της ΕφΔωδ 295/1997, ΕπισκεΔ 1998, 993 επ. (ιδίως 1001 επ.)

Σε επίπεδο νομολογίας, όπου, όπως ήδη αναφέρθηκε, έχει κατισχύσει πλήρως η εφαρμογή του άρθρου 3, η απόκρουση αυτού του δικανικού συλλογισμού έχει εκφραστεί αρχικά μόνο στη μειοψηφία μίας απόφασης του Αρείου Πάγου, την υπ' αριθμόν 54/1993.⁴⁴ Ένα μέλος του δικαστηρίου διατύπωσε την άποψη ότι το βιβλιάριο καταθέσεως δεν εμπίπτει στην κατά το άρθρο 3 έννοια της «άλλης αποδείξεως καταθέσεως χρημάτων», όχι μόνο διότι δεν θέτει σε αυτό την υπογραφή του ο δικαιούχος κατά την ανάληψη, αλλά και επειδή το βιβλιάριο καταθέσεων, έχοντας εκδοθεί προς διευκόλυνση της τράπεζας, δεν φέρει κάποια δεσμευτική γι' αυτήν υπογραφή αρμοδίου υπαλλήλου της. Επιπλέον, λόγω της δυνατότητας καταθέσεως ή αναλήψεως χρημάτων χωρίς τη χρησιμοποίησή του, μπορεί να απεικονίζει μία κατάσταση εντελώς άσχετη με την πραγματικότητα.

Περαιτέρω, υπάρχει ουσιαστικά μόνο μία μεμονωμένη απόφαση, η ΕφΘεσ 3444/1997⁴⁵ που επιχειρηματολογεί σε βάρος της εφαρμογής του άρθρου 3. Εκτός από τον γνωστό συλλογισμό ότι δεν πληρούται το πραγματικό αυτού του κανόνα δικαίου λόγω της έλλειψης υπογραφής του δικαιούχου, στην απόφαση αυτή επισημαίνεται ότι, μετά την θέσπιση του κοινοτικής προελεύσεως ν. 2076/1992, στις ανώνυμες εταιρίες του ν.δ. 17.7/13.8.1923 δεν εμπίπτουν τα πιστωτικά ιδρύματα που, κατόπιν χορηγήσεως άδειας από την Τράπεζα της Ελλάδος, μπορούν να δεχθούν κατ' επάγγελμα καταθέσεις χρημάτων. Πάντως να σημειωθεί εδώ ότι ο ίδιος ο ν. 2076/1992, στο άρθρο 26 παρ. 9 επεκτείνει την εφαρμογή του εν λόγω νομοθετικού διατάγματος και στις τράπεζες. Ως ένα πρόσθετο επιχείρημα αναφέρεται ακόμη στην απόφαση ότι σε κάθε περίπτωση το άρθρο 3, εισάγοντας το ανεύθυνο της τράπεζας για ελαφρά αμέλεια, είναι ασυμβίβαστο με τη βούληση του νεότερου νομοθέτη, ο οποίος με το ν. 2114/1993 (ο οποίος τροποποιήθηκε με τον ν. 2324/1995 και κατόπιν με τον ν. 2832/2000) καθιέρωσε στην Ελλάδα σύστημα εγγύησης για ορισμένους κινδύνους των καταθέσεων προς τον σκοπό της προστασίας των καταθετών και της εξασφάλισης της σταθερότητας του τραπεζικού συστήματος.

Αποκρούοντας λοιπόν την εφαρμογή του άρθρου 3, το Δικαστήριο έκρινε ότι το πιστωτικό ίδρυμα ευθύνεται για κάθε δόλο ή αμέλεια δική του ή

⁴⁴ ΕΕμπΔ/1993, 374 επ.

των νομίμων αντιπροσώπων του, καθώς και των προσώπων που χρησιμοποιεί για να εκπληρώσει την παροχή (ΑΚ334), παραπέμποντας στις σχετικές ρυθμίσεις του Αστικού Κώδικα. Ωστόσο, είναι αξιοσημείωτο ότι σε ένα δεύτερο επίπεδο, μετά την αξιολόγηση των πραγματικών περιστατικών, δέχτηκε ότι, ακόμη και με εφαρμογή του άρθρου 3 του ν.δ., η τράπεζα δεν θα απαλλασσόταν λόγω της βαριάς αμέλειας που επέδειξαν *in concreto* οι υπάλληλοί της, διατηρώντας αυτό το σκεπτικό ως δεύτερη επάλληλη αιτιολογία για τη στοιχειοθέτηση της ευθύνης της τράπεζας.

Δυνατότητα εφαρμογής του ν. 2251/94

Υπό το φως των σύγχρονων νομοθετικών τάσεων, τόσο σε κοινοτικό όσο και σε εθνικό επίπεδο προς την κατεύθυνση της προστασίας των καταναλωτών, έχει επισημανθεί στη θεωρία⁴⁵ η αστοχία της ρύθμισης του άρθρου 3, που επιτρέπει στους υπαλλήλους της τράπεζας – του ισχυρού και έμπειρου συμβαλλομένου – να συμπεριφέρονται αζημίως με ελαφρά αμέλεια κατά τη διαχείριση των συμφερόντων των καταθετών, οι οποίοι είναι κατά κανόνα άπειροι στις τραπεζικές συναλλαγές καταναλωτές, έστω και αν οι τελευταίοι επέδειξαν πλήρη επιμέλεια και προσοχή. Προς την κατεύθυνση λοιπόν της θεραπείας αυτής της ανισορροπίας, έχει τεθεί ζήτημα ελέγχου της εφαρμογής του άρθρου 3 με βάση τις διατάξεις του ν. 2251/1994 για την προστασία των καταναλωτών και ειδικότερα το άρθρο 8 παρ. 1 για την ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες που προβλέπει ευθύνη του σε κάθε περίπτωση υπαιτιότητας.

Η υπαγωγή αφενός της τράπεζας στην έννοια του παρέχοντος κατά τρόπο ανεξάρτητο υπηρεσίες στα πλαίσια άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας (αρ. 8 παρ. 2 ν. 2251/94) και, αφετέρου, του πελάτη-καταθέτη στην έννοια του καταναλωτή, αρκούντος μάλιστα του κριτηρίου του τελικού αποδέκτη των υπηρεσιών που προέκρινε ο εθνικός νομοθέτης στο ν. 2251/94 (αρθ. 1 παρ. 4 α), δεν συναντά προσκόμματα. Εξάλλου, η παροχή υπηρεσιών μπορεί να γίνει στα πλαίσια ποικίλων μορφών συμβάσεων και η παρακαταθήκη, ανώμαλη εν προκειμένω, εντάσσεται στις συμβάσεις που

⁴⁵ Αρμ/1999, 823 επ.

⁴⁶ Μ. Σταθόπουλου ΝοΒ 46 (1998), σελ. 220 επ., σχόλιο επί της ΕφΑθ 2715/1996.

αποβλέπουν στην παροχή υπηρεσιών από τον θεματοφύλακα. Ιδιαίτερα εν προκειμένω, όπου εξετάζεται η δραστηριότητα της τράπεζας ως αποδέκτη καταθέσεων, υφίσταται και αυτό καθεαυτό το δικαιολογητικό θεμέλιο της θέσπισης νομοθετικής προστασίας του καταναλωτή-ασθενούς συμβαλλομένου. Ωστόσο, η εφαρμογή του άρθρου 8 παρ. 1 για την ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες, αντί του άρθρου 3 του ν.δ., έχει υποστηριχθεί ότι προσκρούει στην αρχή της ειδικότητας, ότι δηλαδή η διάταξη του άρθρου 3 μολονότι παλαιότερη θα έπρεπε να εφαρμοστεί ως ειδικότερη.⁴⁷

Έχει διατυπωθεί όμως και η αντίθετη άποψη,⁴⁸ που απορρίπτει το κριτήριο της ειδικότητας της παλαιάς ρύθμισης με το σκεπτικό ότι βασικό χαρακτηριστικό της νεότερης γενικής ρύθμισης για την ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες είναι ακριβώς η καθολικότητά της, δηλαδή ο στόχος της είναι να εισάγει νέο, ομοιόμορφο γενικό κανόνα, που να καλύπτει όλες κατά βάση τις περιπτώσεις παροχής υπηρεσιών, αντικαθιστώντας έτσι τις παλαιότερες, γενικές ή ειδικές, ρυθμίσεις του ζητήματος. Σε διαφορετική περίπτωση, ενόψει της πληθώρας των ειδικών διατάξεων, σχεδόν για κάθε μορφή σύμβασης και για κάθε επάγγελμα, θα καταλειπόταν πολύ μικρό πεδίο εφαρμογής στην προστατευτική για τον καταναλωτή διάταξη, γεγονός που δεν μπορεί να ανταποκρίνεται στο σκοπό της.

Περαιτέρω, σε συνέχεια της κριτικής έναντι του άρθρου 3, υποστηρίζεται ότι παρά την ανισχυροποίησή του από το νόμο για την προστασία των καταναλωτών, θα ήταν χρήσιμη και η τυπική κατάργησή του, διότι κατά το γράμμα του άρθρου 8 ν. 2251/94, αυτό αφορά την δευτερογενή υποχρέωση προς αποζημίωση που παρέχοντος υπηρεσίες μη μεταβάλλοντας, τουλάχιστον τυπικά, το καθεστώς ευθύνης της τράπεζας για την πρωτογενή της υποχρέωση προς παροχή, για την οποία το άρθρο 3 προβλέπει απαλλαγή για την περίπτωση της ελαφράς αμέλειας.⁴⁹

⁴⁷ Γ. Παπαϊωάννου, Η αστική ευθύνη κατά την ανάληψη από τραπεζικό λογαριασμό από μη δικαιούχο, ΔΕΕ 2001, 828 επ. (831), Γκούσκου, Ζητήματα προστασίας καταναλωτών-πελατών τραπεζών, ΔΕΕ 1997, 665 επ.

⁴⁸ Μ. Σταθόπουλος οπ.π., σελ. 223.

⁴⁹ Μ. Σταθόπουλος οπ.π., σελ. 223, στοιχ. 3ζ.

Διάκριση μεταξύ βαριάς και ελαφράς αμέλειας. Νομολογιακή εξειδίκευση των εννοιών

Παρά την κριτική, το άρθρο 3 αποτελεί θετό δίκαιο και τα δικαστήρια το εφαρμόζουν σχεδόν πάντα για τον προσδιορισμό της ευθύνης της τράπεζας, μετακυλίνοντας στην ουσία την όποια διάθεση για προστασία του καταθέτη στο επίπεδο της *in concreto* θέσης των ορίων μεταξύ βαριάς και ελαφράς αμέλειας. Έχει διαπιστωθεί λοιπόν ότι οι περιπτώσεις όπου καταφάσκει η βαριά αμέλεια των υπαλλήλων της τράπεζας είναι συγκριτικά πολύ περισσότερες και έτσι έχει αναπτυχθεί πλούσια νομολογία σχετικά με τα περιστατικά που εξειδικεύουν την έννοια της βαριάς αμέλειας.

Γενικά, η αμέλεια χαρακτηρίζεται ως βαριά όταν η απόκλιση από την συμπεριφορά του μέσου επιμελούς ανθρώπου είναι ιδιαίτερα μεγάλη, κατά τρόπο που να καταδεικνύει πλήρη αδιαφορία για τα παράνομα, σε βάρος τρίτων, αποτελέσματά της⁵⁰. Ειδικότερα, σχεδόν στο σύνολο των σχετικών με το ζήτημα αποφάσεων, επαναλαμβάνεται κατά τρόπο τυποποιημένο η διατύπωση ότι βαριά αμέλεια υπάρχει και όταν οι προστιθέντες υπάλληλοι της τράπεζας, που συνέταξαν το ένταλμα πληρωμής του αναληφθέντος ποσού, δεν προέβησαν σε διαπίστωση της ταυτοπροσωπίας μεταξύ εκείνου που έκανε την ανάληψη και του δικαιούχου του λογαριασμού από αδιαφορία για την διαφύλαξη των συμφερόντων του τελευταίου.

Πράγματι, όπως συνάγεται, τόσο από αυτή καθεαυτή τη σύμβαση κατάθεσης, όσο και από την σχέση εμπιστοσύνης που συνδέει το συναλλασσόμενο με την τράπεζά του, αποτελεί ουσιώδη υποχρέωση της τελευταίας να ελέγχει την ουσιαστική νομιμοποίηση του κατόχου του βιβλιαρίου με κάθε επιμέλεια. Άλλωστε και με ρητή νομοθετική πρόβλεψη, το άρθρο 4 του ν. 2331/1995 επιβλήθηκε στα πιστωτικά ιδρύματα, με απειλή διοικητικής ποινής, η υποχρέωση διακρίβωσης της πραγματικής ταυτότητας του εμφανιζόμενου ενώπιον αυτών «για κάθε συναλλαγή το ποσό της οποίας είναι ισότιμο σε δραχμές με 15.000 ευρωπαϊκές νομισματικές μονάδες τουλάχιστον».

Ο έλεγχος της ουσιαστικής νομιμοποίησης συνίσταται στην αντιπαραβολή των προσωπικών στοιχείων και της υπογραφής του κατόχου,

⁵⁰ Απ. Γεωργιάδης / Σταθόπουλος, όπ.π., άρθρο 330 αριθ. 41 επ., Γεωργιάδη Ενοχικό Δίκαιο – Γενικό μέρος, τ. 1 β' έκδ. 1993, σελ. 88 επ.

όπως αυτά εμφανίζονται, αφενός στο ένταλμα αναλήψεως που εκδίδει η τράπεζα ή και στο δείγμα υπογραφής που έχει λάβει και τηρεί αυτή στο αρχείο της και, αφετέρου, στην αστυνομική ταυτότητα του κατόχου που πραγματοποιεί την συναλλαγή.

Ενδεικτικά, τα δικαστήρια δέχθηκαν ότι υπάρχει βαριά αμέλεια όταν ο υπάλληλος της τράπεζας προέβη σε καταβολή με βάση μόνο την προσκόμιση βιβλιαρίου, χωρίς καν να ελέγξει το δελτίο αστυνομικής ταυτότητας, γεγονός που συνάγεται όταν αποδεδειγμένα έχει προηγηθεί απώλεια και χρήση μόνο του βιβλιαρίου και όχι και του εν λόγω δελτίου⁵¹. Ακόμη, όταν του επεδείχθη μεν ταυτότητα, αλλά δεν μερίμνησε να ελέγξει τη φυσιογνωμία του κομιστή σε σύγκριση με τη φωτογραφία, παράλειψη που είναι προφανής όταν υπάρχει μεγάλη ηλικιακή διαφορά μεταξύ του ατόμου που εμφανίζεται ενώπιόν του και εκείνου που απεικονίζεται στην ταυτότητα⁵² ή παρατηρούνται μεγάλες φυσιογνωμικές αποκλίσεις που δεν δικαιολογούνται από τον χρόνο που μεσολαβεί από την έκδοση του δελτίου⁵³. Επίσης, βαριά αμέλεια υπάρχει όταν η υπογραφή στο ένταλμα αναλήψεως εμφανίζεται πολύ διαφορετική από αυτήν στην αστυνομική ταυτότητα και το τηρούμενο δείγμα⁵⁴ - μάλιστα οι υπάλληλοι δεν πρέπει να αρκούνται στην υπογραφή ως ένα πρόχειρα διαμορφωμένο ακατάληπτο σύμπλεγμα («τζίφρα»)⁵⁵ – όταν επίσης δεν προέβησαν σε αντιπαραβολή των στοιχείων της ταυτότητας, πρωταρχικά του αριθμού της, με αυτά που τηρούνται στην τράπεζα και δη εμφανίζονται στην οθόνη του υπολογιστή κατά τη στιγμή της συναλλαγής⁵⁶.

Ως πρόσθετα περιστατικά που συνεκτιμώνται, καθώς έχει κριθεί από τη νομολογία ότι πρέπει να κινήσουν την υποψία των τραπεζικών υπαλλήλων και επιβάλλουν αυξημένη επιμέλεια εκ μέρους τους, είναι η ανάληψη ποσού ασυνήθιστα μεγάλου για τις συναλλαγές των δικαιούχων που σχεδόν εξαντλεί το υπόλοιπο της κατάθεσης⁵⁷, η θέση υπογραφής δυσανάγνωστης ή ασυνήθιστης, η εμφάνιση όχι αστυνομικής ταυτότητας, αλλά άλλου δημοσίου

⁵¹ ΕφΑθ 807/2000, ΔΕΕ 2000, 522.

⁵² ΕφΑθ 3807/1998 ΝοΒ 1998, 1453.

⁵³ ΕφΑθ 2715/1996 οπ.π.

⁵⁴ ΕφΑθ 3807/1998 οπ.π.

⁵⁵ ΑΠ 1623/1995 ΔΕΕ 1996, 390.

⁵⁶ ΕφΑθ 2543/1996 ΕΕμπΔ 1996, 716.

⁵⁷ ΕφΑθ 2715/1996 οπ.π., ΕφΑθ 3807/1998 οπ.π.

εγγράφου όπως διαβατηρίου⁵⁸ ή άδειας οδηγήσεως⁵⁹, η ανάληψη από υποκατάστημα διαφορετικό από εκείνο όπου τηρείται ο λογαριασμός και το δείγμα υπογραφής του δικαιούχου. Επίσης, ως ύποπτη πρέπει να θεωρηθεί η συμπεριφορά του δράστη όταν ζητά ενημέρωση του βιβλιαρίου πριν προβεί στην συναλλαγή, για να βεβαιωθεί ότι δεν είχε γίνει κάποια προηγούμενη ανάληψη από τους δικαιούχους, όταν πραγματοποιεί τη συναλλαγή σε ώρα πολύ πρωινή, σχεδόν με το άνοιγμα της τράπεζας, και δη Δευτέρα, έτσι ώστε να καθίσταται αδύνατη η περιέλευση τυχόν αναγγελίας απώλειας του βιβλιαρίου που μεσολάβησε το Σαββατοκύριακο, ή ακόμη και λίγο πριν το κλείσιμο της τράπεζας, σε συνδυασμό με ενδείξεις βιασύνης ή εκνευρισμού⁶⁰.

Αντίθετα, γίνεται δεκτό ότι οι υπάλληλοι δεν τελούν σε βαριά αμέλεια όταν έχει γίνει αριστοτεχνική πλαστογράφηση της υπογραφής του δικαιούχου που θα μπορούσε να διαγνωσθεί μόνο με την επίδειξη εξιδιασμένης επιμέλειας και με ειδικές γνώσεις γραφολογίας⁶¹. Ακόμη, όταν ο κομιστής του βιβλιαρίου παραπλάνησε τους υπαλλήλους με την προσκόμιση πλαστού δελτίου προσωρινής ταυτότητας με στοιχεία όμοια με αυτά του αληθινού δικαιούχου⁶².

(ε) Η ενδεχόμενη συνυπαιτιότητα του δικαιούχου της κατάθεσης. Η λειτουργία του ΑΚ 288

Μία άλλη σημαντική παράμετρος αυτών των υποθέσεων που τίθεται πάντα στην κρίση του δικαστηρίου είναι η ενδεχόμενη συνυπαιτιότητα του νομίμου κατόχου του βιβλιαρίου και ο τρόπος νομικής αξιολόγησής της.

Ο καταθέτης οφείλει να φυλάσσει επιμελώς το βιβλιάριο καταθέσεων και να γνωστοποιεί, και μάλιστα άμεσα, στην τράπεζα την τυχόν απώλειά του. Πρόκειται για υποχρεώσεις του δανειστή που κατά κανόνα συμπεριλαμβάνονται στους όρους που διέπουν τη σύμβαση κατάθεσης, αλλά και σε κάθε περίπτωση μπορούν να συναχθούν ως παρεπόμενες από την καλή πίστη (288ΑΚ). Δεν συνιστούν βέβαια αγωγήμη υποχρέωση του καταθέτη να προβεί στην εκπλήρωση κάποιας παροχής προς την τράπεζα,

⁵⁸ ΕφΑθ 9446/1987 Αρχ Ν 1988, 135.

⁵⁹ ΠΠρΝαυτ 34/1996 ΑρχΝ 1998, 90.

⁶⁰ ΑΠ 1623/1995 οπ.π., ΕφΑθ 2715/1996 οπ.π.

⁶¹ ΑΠ 54/1993 οπ.π., ΑΠ 189/2002 οπ.π.

⁶² ΕφΑθ 7281/1999 Δνη 2001, 242 επ.

αλλά απλά ένα «βάρος» υπό την έννοια ότι εάν δεν την τηρήσει, θα επέλθουν δυσμενείς γι' αυτόν συνέπειες⁶³.

Από τη νομολογία έχει κριθεί ότι η φύλαξη του βιβλιαρίου σε ασφαλές μέρος εντός του χώρου της κατοικίας, ή επιμελώς σε συρτάρι δικηγορικού γραφείου ή άλλου εργασιακού χώρου, και η αφαίρεσή του με διάρρηξη⁶⁴, η εναπόθεσή του μαζί με την ταυτότητα σε αυτοκίνητο με αποτέλεσμα την απώλειά τους αμέσως μετά από τροχαίο ατύχημα⁶⁵ συνιστούν περιστατικά που ανταποκρίνονται στα μέτρα φύλαξης που ο μέσος συνετός άνθρωπος θα ελάμβανε. Επιπλέον, ως προς την υποχρέωση γνωστοποίησης, έχει νομολογηθεί ότι καθυστέρηση λόγω απουσίας σε διακοπές, σε συνδυασμό με την ασφαλή φύλαξη του βιβλιαρίου στο σπίτι⁶⁶, καθυστέρηση μέχρι το πέρας του ωραρίου εργασίας⁶⁷, ολιγόωρη καθυστέρηση στην επιβεβαίωση της απώλειας όταν έχει προηγηθεί τροχαίο ατύχημα⁶⁸ δεν συνιστούν συμπεριφορές που αντίκεινται στην καλή πίστη.

Ωστόσο, σε περιπτώσεις που το δικαστήριο κατέγνωσε κάποιας μορφής αμέλεια στο πρόσωπο του καταθέτη, εισήλθε στον προβληματισμό εάν αυτή δικαιολογεί κατά το νόμο τη μείωση της ευθύνης του οφειλέτη, δηλαδή της τράπεζας.

Σε κάποιες παλιότερες αποφάσεις⁶⁹, αλλά και πιο πρόσφατες⁷⁰, καθώς και από μερίδα της θεωρίας⁷¹ υποστηρίχθηκε η εφαρμογή σε αυτές τις περιπτώσεις του ΑΚ300 περί συντρέχοντος πταίσματος. Όμως, η νομική ορθότητα μίας τέτοιας λύσης αμφισβητείται διότι η επίκληση από την τράπεζα του ΑΚ 300 προϋποθέτει ότι ο καταθέτης ασκεί έναντι της τράπεζας αξίωση αποζημίωση, το ποσό της οποίας μπορεί να μειώσει το δικαστήριο συνεκτιμώντας την τυχόν συμβολή του στην επέλευση της ζημίας, όμως, στην

⁶³ Φ. Δωρής ΝοΒ 39 (1991) 745 επ., σημείωση επί της ΑΠ432/1990.

⁶⁴ ΕφΑθ 1881/2001 οπ.π., ΕφΑθ 3807/1998 οπ.π., ΠΠρ Ναυπ 34/1996 οπ.π., ΕφΑθ 2052/1990 ΕλλΔνη 93, 608 επ., ΑΠ 432/1990 οπ.π., ΑΠ 1083/1989 ΕΕΝ 1990, 387.

⁶⁵ ΑΠ1623/1995 οπ.π.

⁶⁶ ΕφΑθ 3807/1998 οπ.π., ΑΠ 432/1990 οπ.π., ΕφΑθ 9446/1987 οπ.π.

⁶⁷ ΠΠρ.Ναυπ 34/1996 οπ.π.

⁶⁸ ΑΠ 1623/1995 οπ.π., ΠΠρΘεσ 4288/1983 Αρμ 1985, 24 επ.

⁶⁹ ΕφΑθ 4336/1985 ΕλλΔνη 1985, 793 επ., ΕφΑθ 3504/1987 ΕλλΔνη 1988, 329 επ.

⁷⁰ ΕφΘεσ 2573/2000, ΕπισκΕΔ Δ/2000, 992 επ., ΕφΑθ 1807/1997 ΕλλΔνη 1998, 201 επ. (202).

⁷¹ Φ. Δωρής ΝοΒ 39 (1991) 745 επ., σημείωση επί της ΑΠ 432/1990, Σπ. Δ. Ψυχομάνης οπ.π., 232 επ. (234), Γ. Τριανταφυλλάκης, Ζητήματα αστικής ευθύνης τραπεζών..., ΔΕΕ 1996, 587.

προκειμένη περίπτωση, ο καταθέτης ασκεί την αξίωσή του για εκπλήρωση της παροχής⁷².

Ως μία άλλη νομική θεμελίωση για τη συνεκτίμηση της συμπεριφοράς του καταθέτη έχει προταθεί⁷³ η αποδοχή παράβασης παρεπόμενης συμβατικής υποχρέωσης του καταθέτη με συνέπεια την ευθύνη του τελευταίου προς αποζημίωση και έπειτα συμψηφισμός της με την απαίτηση της τράπεζας, λύση που όμως προϋποθέτει αίτηση συμψηφισμού εκ μέρους της (ΑΚ441), ενώ οι ΑΚ 228 και 300 λαμβάνονται υπ' όψιν από το δικαστήριο και αυτεπαγγέλτως.

Η λύση πάντως που ακολουθείται από την πλειοψηφία των δικαστικών αποφάσεων και που επικροτείται και ως ορθότερη από τη θεωρία είναι η εφαρμογή από το δικαστήριο του ΑΚ288, που αποτελεί κανόνα αναγκαστικού δικαίου και λαμβάνεται υπ' όψιν αυτεπαγγέλτως από το δικαστήριο προκειμένου αυτό, αφού εκτιμήσει όλα τα πραγματικά περιστατικά, να περιορίσει κατά ένα τμήμα της την αξιούμενη από τον καταθέτη παροχή⁷⁴. Έτσι, η επίκληση της χαρακτηριζόμενης ως «διορθωτικής ρήτρας» του ΑΚ288 προσφέρει επαρκή και πρόσφορη αντιμετώπιση του ζητήματος, χωρίς να είναι απαραίτητη η από μερικούς επίκληση αναλογικής εφαρμογής του ΑΚ300.

Καταχρηστικοί ΓΟΣ (Γενικά)

Οι συνήθεις ΓΟΣ που περιλαμβάνονται στη σύμβαση καταθέσεως είναι οι εξής:

1. αποκλεισμός ή περιορισμός της ευθύνης της τράπεζας από πταίσμα του προσωπικού της (απαλλακτικές ρήτρες),
2. ποσοτικός περιορισμός της προς αποζημίωση ευθύνης της τράπεζας,
3. ρήτρες που παρέχουν στην τράπεζα δικαίωμα μονομερούς τροποποίησης ή καταγγελίας κατά την απόλυτη κρίση της.

⁷² ΕφΛαρ 390/2001 Δικογραφία2002, 34, ΕφΑθ 3504/1987 οπ.π., ΕφΑθ 2543/1996 οπ.π., Μ. Σωτηρίου-Τσουρή, παρατηρήσεις στις ΕφΘεσ 1580/2000 και 2573/2000, ΕπισκΕΔ 2000, 994 επ.

⁷³ Ι. Καρακατσάνης στον ΑΚ Γεωργιάδη – Σταθόπουλου, άρθρο 426, αρ. 5.

⁷⁴ ΕφΑθ 1881/2001 οπ.π., ΕφΛαρ 390/2001 οπ.π., ΕφΑθ 2543/1996 οπ.π., ΕφΑθ 2715/1996 οπ.π., ΑΠ 56/1994, ΝοΒ42.

Οι όροι αυτοί υπόκεινται στις ρυθμίσεις του ν. 2251/94 και ειδικότερα στο άρθρο 2 § 6 και στον κατάλογο των καταχρηστικών ΓΟΣ του αρθ. 2 § 7 του νόμου περί προστασίας του καταναλωτή.

Σύμφωνα με τις αρχές της ασφάλειας και πρόνοιας των συναλλασσομένων, η τράπεζα οφείλει να γνωστοποιεί τους όρους αυτούς στον καταθέτη εκ των προτέρων ή τουλάχιστον να του δίνει τη δυνατότητα γνώσης αυτών.⁷⁵

Κατά την Πολ. Πρ. Αθ. 6521/95 ο καταθέτης εφόσον γνωρίζει και έχει αποδεχθεί τους ΓΟΣ δεν μπορεί να τους προσβάλλει ως άκυρους. Όμως ασαφείς ή διφορούμενοι όροι ερμηνεύονται σε βάρος αυτού που τους έθεσε⁷⁶ και ευνοϊκά υπέρ του καταναλωτή (αρθ. 5, Οδηγία 93/13, Αρχή της Contra Proferentem ερμηνείας).

Βάσεις της Κοινот. Οδηγίας 93/13 περί καταχρηστικών ρητρών, κάθε ρήτρα που δεν αποτέλεσε αντικείμενο ατομικής διαπραγμάτευσης και η οποία, σ' αντίθεση με την αρχή της καλής πίστης, δημιουργεί εις βάρος του καταναλωτή σημαντική ανισορροπία ανάμεσα στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των μερών, είναι καταχρηστική. Η καταχρηστικότητα κρίνεται αφού ληφθεί υπόψη η φύση των αγαθών ή των υπηρεσιών που αφορά η σύμβαση και όλες οι κατά το χρόνο σύναψης της σύμβασης περιστάσεις, καθώς και όλες οι υπόλοιπες ρήτρες της σύμβασης. Ακόμη συνεκτιμάται η διαπραγματευτική ισχύς των μερών, που εδώ καταλήγει υπέρ της τράπεζας. Αυτό που είναι πολύ σημαντικό για την καταχρηστικότητα ή μη μίας τραπεζικής σύμβασης κατάθεσης είναι ότι πρέπει να λαμβάνονται υπόψη αποκλειστικά μόνον οι περιστάσεις εκείνες που περιέβαλαν τη σύμβαση κατά το χρόνο της σύναψής της. Η κατά τη διάρκεια της σύμβασης μεταβολή των συνθηκών εφαρμογής της δεν λαμβάνεται υπόψη.⁷⁷

⁷⁵ Βλ. Ειρην. Θεσ. 2774/1995, Αρμ. 1996, σελ. 698, αλλιώς οι όροι της σύμβασης προσχώρησης είναι ανίσχυροι.

⁷⁶ Βλ. επίσης ΕφΑθ 6291/2000 ΔΕΕ 2000).

⁷⁷ Χαρακτηριστική είναι η απόφ. του ΑΠ 115/2002, που έκρινε ότι είναι έγκυρη η άτοκη σύμβαση προθεσμιακής τραπεζικής κατάθεσης με την αίρεση ότι θα καταβληθεί επιτόκιο μόνο αν η τιμή ξένων νομισμάτων υφίστατο κάποια συγκεκριμένη διακύμανση κατά τη διάρκεια της προθεσμιακής κατάθεσης και απέρριψε ως νομικά αόριστη την αγωγή περί ακύρωσης της σύμβασης κατάθεσης βάσει ΑΚ 179, επειδή δεν αναφέρεται ότι η προφανής δυσαναλογία παροχής και αντιπαροχής υφίστατο κατά το χρόνο κατάρτισης της σύμβασης κατάθεσης.

(στ) Συμβατικοί περιορισμοί της ευθύνης της τράπεζας διαμέσου των ΓΟΣ. Το κύρος των σχετικών απαλλακτικών ρητρών

Η προεκτεθείσα στάθμιση των ευθυνών των μερών με βάση την αρχή της καλής πίστης πρέπει να γίνεται προς την κατεύθυνση της άμβλυνσης των μεταξύ τους διαφορών. Ωστόσο, το αντίθετο αποτέλεσμα επιφέρει η θέσπιση και το υπό εξέταση κύρος των συμβατικών ρητρών απαλλαγής των τραπεζών μέσω των Γενικών Όρων των Συναλλαγών (ΓΟΣ), στους οποίους ο καταθέτης, χωρίς να μπορεί να τους καταστήσει αντικείμενο διαπραγμάτευσης, εκ των πραγμάτων αναγκάζεται να προσχωρήσει λόγω της εξάρτησής του από την τράπεζα.

Είναι κοινός τόπος στην τραπεζική πρακτική να περιλαμβάνονται στους έντυπους όρους των συμβάσεων ρήτρες περί απαλλαγής των τραπεζών από την ευθύνη για ελαφρά αμέλεια των οργάνων τους, ρύθμιση που βρίσκεται σε αντιστοιχία με το καθεστώς του άρθρου 3 ν.δ. 17.7/13.8.1923, καθώς οι ρήτρες για μη ευθύνη τους σε περίπτωση απώλειας του βιβλιαρίου καταθέσεων και πληρωμής από την τράπεζα στον κάτοχο του χαμένου βιβλιαρίου, ή, όπως αναγράφεται, κατόπιν πλαστής υπογραφής, εάν ο καταθέτης δεν ειδοποιήσει αμέσως για την απώλεια, ή ωστόσο η τράπεζα λάβει την ειδοποίηση αυτή.

Όσον αφορά τις πρώτες, που περιορίζουν την ευθύνη της τράπεζας στο δόλο και βαριά αμέλεια των υπαλλήλων της, ελέγχονται για καταχρηστικότητα με βάση τις διατάξεις του ν.2251/1994 για την προστασία του καταναλωτή, όπου συγκεκριμένα, στο άρθρο 2 παρ. 6, ορίζεται ότι «Γενικοί όροι των συναλλαγών που έχουν ως αποτέλεσμα την υπέρμετρη διατάραξη της ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων σε βάρος του καταναλωτή απαγορεύονται και είναι άκυροι». Μάλιστα, στην ενδεικτική περιπτωσιολογία καταχρηστικών όρων της παρ. 7 του ίδιου άρθρου προβλέπονται και εκείνοι που αποκλείουν ή περιορίζουν υπέρμετρα την ευθύνη του προμηθευτή (στοιχ. ιγ'). Προς την κατεύθυνση της ερμηνείας αυτής της διάταξης χρήσιμη καθίσταται η προϊσχύσασα ρύθμιση του ν. 1961/1991 που αναγνωρίζει ως καταχρηστικούς τους Γενικούς Όρους των Συναλλαγών με τους οποίους ο προμηθευτής απαλλάσσεται από την ευθύνη του για δόλο ή βαριά αμέλεια του ίδιου ή των βοηθών του

εκπλήρωσης της σύμβασης (άρθρ. 25 παρ. 3β). Ωστόσο, έχει υποστηριχθεί⁷⁸ και το εξ αντιδιαστολής επιχείρημα ότι από τη στιγμή που ο νεότερος νόμος 2251/94, εμφανίζοντας μία σημαντική οπισθοχώρηση, δεν περιέλαβε αντίστοιχη διάταξη, αυτό σηματοδοτεί την επάνοδο στο καθεστώς του ΑΚ που απαγορεύει μεν τις ρήτρες απαλλαγής για δόλο και βαριά αμέλεια του ίδιου του οφειλέτη (ΑΚ332 παρ.1), όχι όμως και όμοιες ρήτρες για τον δόλο ή την βαριά αμέλεια του βοηθού εκπλήρωσης (ΑΚ334 παρ. 2).

Επιπλέον και στο ειδικότερο πλαίσιο της ρύθμισης της ευθύνης του παρέχοντος υπηρεσίες, έχει καθιερωθεί η ακυρότητα κάθε συμφωνίας περιορισμού ή απαλλαγής του παραγωγού από την ευθύνη του (συνδυασμός αρθρ. 8 παρ. 6 και αρθρ. 6 παρ. 12 ν. 2251/1994), ακυρότητα που έχει υποστηριχθεί ότι, σε συνδυασμό με την ΑΚ334 παρ. 1 θα πρέπει να θεωρηθεί ότι περιλαμβάνει και τις απαλλακτικές ρήτρες για πταίσμα προστιθέντων⁷⁹.

Επομένως, η επίκληση τέτοιων απαλλακτικών ρητρών από την τράπεζα έχει κριθεί νομολογιακά ότι δεν μπορεί να προβληθεί ως νόμω βάσιμος ισχυρισμός όταν συντρέχει περίπτωση βαριάς αμέλειας ή δόλου των προστιθέντων υπαλλήλων της περί την εκτέλεση των καθηκόντων τους, διότι η αποδοχή του «έχει ως αποτέλεσμα τον περιορισμό της ευθύνης της για βαριά αμέλεια»⁸⁰.

Ρήτρα περί μη ευθύνης της τράπεζας σε περίπτωση μη έγκαιρης γνωστοποίησης

Ως προς τις ρήτρες περί μη ευθύνης της τράπεζας σε περίπτωση μη έγκαιρης γνωστοποίησης σε αυτήν της απώλειας του βιβλιαρίου, ή και μέχρι τη γνωστοποίηση αυτή, γίνεται δεκτό ότι ο εν λόγω όρος δεν αναιρεί την αυτοτελή υποχρέωση της τράπεζας, απορρέουσα από τον αναγκαστικού δικαίου κανόνα του ΑΚ288, αλλά και από τη νομική φύση του βιβλιαρίου ως αποδεικτικού μόνο εγγράφου, να προβαίνει σε επιμελή έλεγχο της νομιμοποίησης του κομιστή του βιβλιαρίου.⁸¹ Σε περίπτωση, λοιπόν που η

⁷⁸ Σταθόπουλος-Χιωτέλης-Αυγουστιανάκης, Κοινοτικό Αστικό Δίκαιο Ι, Αθήνα-Κομοτηνή 1995, σελ. 109-110.

⁷⁹ Μ. Σταθόπουλος, σχόλιο επί της ΕφΑθ 2715/1996, ΝοΒ 46 (1998), σελ. 220 επ. (224-225).

⁸⁰ ΕφΑθ 2715/1996 οπ.π., ΕφΑθ 3807/1998 οπ.π.

⁸¹ ΕφΑθ 2715/1996 οπ.π., Χρ. Χρυσάνθης παρατηρήσεις επί των ΑΠ 1623/1995 και ΕφΑθ 8139/1995, ΔΕΕ 1996, 390επ., Μ. Σωτηρίου-Τσουρή, παρατηρήσεις στις ΕφΘεσ 1580/2000

ζημία θα μπορούσε να αποτραπεί με την καταβολή της προσήκουσας επιμέλειας εκ μέρους της τράπεζας, αυτή δεν μπορεί να θεωρηθεί απορρέουσα από την παράλειψη του καταθέτη, ιδιαίτερα μάλιστα όταν δεν μπορεί να αποδοθεί σε πταίσμα του.⁸²

Δύο αποφάσεις χαρακτηριστικές είναι οι ακόλουθες:

1. Αποφ. Του Ειρ. Λαμ. 398/2001: Η αγωγή που ασκείται από τον αληθινό δικαιούχο λογαριασμού κατά της τράπεζας στην οποία εμφανίστηκε κάποιος με κλεμμένο βιβλιάριο και με πλαστή ταυτότητα και προέβη σε αναλήψεις ποσών από το βιβλιάριο αυτό, λόγω βαριάς αμέλειας των προστηθέντων υπαλλήλων της, δεν είναι καταχρηστική. Γιατί ο όρος της σύμβασης για μη ευθύνη της τράπεζας για την πληρωμή προς τρίτο από την ειδοποίηση της απώλειας του βιβλιαρίου ασφαλώς και δεν έχει την έννοια ότι η τράπεζα μπορεί να καταβάλλει σε οποιονδήποτε κάτοχο του βιβλιαρίου, ούτε παύει την υποχρέωση για έλεγχο της νομιμοποίησης και της ταυτότητας του προσερχομένου να αναλάβει χρήματα, αφού από την ΑΚ 288 πηγάζει και η υποχρέωση αμοιβαίας προστασίας μεταξύ των συναλλασσομένων.
2. Εφ Αθ 3891/2002: Στην περίπτωση απώλειας του βιβλιαρίου και της αστυνομικής του ταυτότητας, ο καταθέτης έχει υποχρέωση άμεσης ειδοποίησης της τράπεζας. Ο όρος «άμεση ειδοποίηση» πρέπει να ερμηνεύεται βάσει των αρχών της καλής πίστης και των χρηστών ηθών. Στην προκειμένη περίπτωση, ο καταθέτης έχασε το βιβλιάριο καταθέσεως και την αστυνομική του ταυτότητα, αλλά ειδοποίησε **αμέσως** τις αρμόδιες υπηρεσίες της τράπεζας. Ωστόσο, άγνωστο άτομο μπόρεσε και προέβη σε ανάληψη ποσού από τον εν λόγω λογαριασμό καταθέσεως πριν την ειδοποίηση περί απωλείας από τον καταθέτη. Βάσει γεγονότων, αποδείχθηκε στο δικαστήριο ότι οι υπάλληλοι της τράπεζας επέδειξαν βαριά αμέλεια, καθώς: (1) δε σύγκριναν επιμελώς την υπογραφή του αγνώστου με αυτή του καταθέτη, όπως φαινόταν στην αστυνομική του ταυτότητα και στο βιβλιάριο καταθέσεως, (2) δεν ερεύνησαν επισταμένως την ταυτοπροσωπία του εμφανισθέντος προς είσπραξη και του καταθέτη.

και 2573/2000, ΕπισκεΔ 2000, 994 επ., (1000-1001), Γ. Παπαϊωάννου Η αστική ευθύνη... οπ.π., ΔΕΕ 2001, 828 επ. (834).

⁸² ΠΠρΘεσ 4288/1983 Αρμ1985, 24 επ.

Η τράπεζα, στην αγωγή του καταθέτη που αξίωνε από αυτήν το ποσό της κατάθεσής του, αντέταξε τους δύο όρους της σύμβασης που την απήλλασσαν από την ευθύνη, και συγκεκριμένα: (1) Η τράπεζα δεν ευθύνεται αν οι υπογραφές στα δελτία ή στις διάφορες εντολές πληρωμής δεν είναι γνήσιες, παρά μόνο σε περίπτωση βαριάς αμέλειας ή και τυχόν δόλου υπαλλήλου της (ρύθμιση όμοια με αυτή του αρθρ. 3 του ν.δ. 1923). (2) Σε περίπτωση που για οποιονδήποτε λόγο χαθεί το βιβλιάριο, ο καταθέτης είναι υποχρεωμένος να ειδοποιήσει αμέσως την αρμόδια υπηρεσία. Η τράπεζα όμως, πριν λάβει την ειδοποίηση αυτή, δεν ευθύνεται για κάθε πληρωμή που θα έχει κάνει σε άλλο πρόσωπο, με βάση το χαμένο βιβλιάριο ή και με πλαστή υπογραφή.

Όμως, όπως το δικαστήριο τόνισε, τις τράπεζες βαρύνουν αυξημένες υποχρεώσεις προνοίας απέναντι στους αντισυμβαλλόμενούς τους, λόγω της δημόσιας λειτουργίας που επιτελούν (υπό την ευρύτερη έννοια του όρου) και λόγω της ΑΚ 288, που τις επιφορτίζει με πλήθος παρεπόμενων υποχρεώσεων, επειδή έχουν αυξημένη δυνατότητα να επεμβαίνουν στην περιουσιακή σφαίρα των πελατών τους. Συνεπώς, δεν απαλλάσσεται η εναγόμενη τράπεζα της ευθύνης της προς καταβολή στον ενάγοντα του αγωγικού χρηματικού ποσού, απόδοση δηλ. του ποσού της καταθέσεως.

Επίμετρο

Εν κατακλείδι, ο όγκος και η ταχύτητα των σύγχρονων συναλλαγών αναμφισβήτητα δημιουργούν ευνοϊκές συνθήκες για την ανάπτυξη του φαινομένου της ανάληψης κατατεθέντων χρημάτων από μη δικαιούχο με τη χρήση κλαπέντος ή απωλεσθέντος βιβλιαρίου. Ωστόσο, το ζητούμενο της ταχείας διεκπεραίωσης των συναλλαγών των τραπεζών με τους πελάτες τους δεν πρέπει να αποβαίνει σε βάρος της διαφύλαξης των συμφερόντων των τελευταίων. Οι τράπεζες, λόγω του κυρίαρχου ρόλου τους και της ιδιαίτερης σχέσης που τις συνδέει με τους καταθέτες, στην οποία αποτελούν αναμφίβολα το ισχυρό μέρος, πρέπει να επιδεικνύουν μία όλως προστατευτική των συμφερόντων των πελατών τους συμπεριφορά. Υπό το πρίσμα μάλιστα και των κοινοτικής προέλευσης νομοθετικών τάσεων για προστασία των καταναλωτών, ο νομοθετικός ή συμβατικός περιορισμός της

ευθύνης των τραπεζών μόνο στις περιπτώσεις δόλου και βαριάς αμέλειας των υπαλλήλων τους, δικαιολογημένα κατακρίνεται ως ασυμβίβαστος με τις σύγχρονες δικαιοτικές αντιλήψεις, που συγκλίνουν στην υιοθέτηση για τις τράπεζες της νόθου αντικειμενικής ευθύνης προς άμβλυνση της αποδεικτικής δυσχέρειας του κατά τεκμήριο ασθενούς συμβαλλομένου, δηλαδή του πελάτη, καθώς και στην απαλοιφή της νομοθετικής δυνατότητας απαλλαγής τους για την έστω ελαφρότερης μορφής υπαιτιότητάς τους. Τέτοιοι όροι και πρακτικές κρίνονται καταχρηστικοί και ελέγχονται βάσει της ΑΚ 281 και των ειδικών πραγματικών της, όπως είναι οι ΑΚ 288 και 330 επ., και βάσει του άρθρου 2 § 6-7 ν. 2251/94.

B. Το ζήτημα της κατάσχεσης τραπεζικών καταθέσεων και θυρίδων θησαυροφυλακίου – σχέση με το τραπεζικό απόρρητο

Γενικά

Πρόκειται για το θέμα του τραπεζικού απορρήτου των καταθέσεων που καθιερώνει το ν.δ. 1059/71 και συγκεκριμένα κατά πόσο το απόρρητο αυτό συνεπάγεται και το ακατάσχετο των καταθέσεων. Στην περίπτωση καταφατικής απάντησης στο παραπάνω ζήτημα περί απορρήτου και ακατασχέτου των καταθέσεων, τίθενται οι εξής προβληματισμοί: μήπως με την εξομοίωση αυτή θίγονται ευθέως δικαιώματα άλλων (π.χ. των δανειστών του καταθέτη και του Δημοσίου) και υπάρχει αντίθεση στα χρηστά ήθη, αφού υπάρχει κάλυψη κάθε κακόπιστης και παράνομης συναλλαγής; Καταλύεται η αρχή της αναλογικότητας στον περιορισμό των δικαιωμάτων τρίτων; Καθίσταται δυνατή με αυτή τη ρύθμιση η καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος τήρησης του απορρήτου από τις τράπεζες (ΑΚ 281); Τα παραπάνω καίρια και εύλογα ερωτήματα χρήζουν προσεκτικής μελέτης και απάντησης.

Ειδικότερα

Η απαίτηση, που απορρέει από την κύρια σύμβαση που εξυπηρετεί ο τραπεζικός λογαριασμός, προς ανάληψη του εμφανιζόμενου πιστωτικού υπολοίπου, δύναται να κατασχεθεί στα χέρια της τράπεζας ως τρίτης προς ικανοποίηση χρηματικής απαίτησης των δανειστών του δικαιούχου.⁸³

Η διαδικασία της εν λόγω κατάσχεσης ρυθμίζεται κατ' αρχήν από τον ΚΠολΔ στα άρθρα 982-991. Ειδικά όμως για την κατάσχεση στα χέρια ανώνυμης εταιρίας τέθηκαν και ειδικοί δικονομικοί κανόνες κατάσχεσης με το ν.δ. της 17^{ης} Ιουλίου/13^{ης} Αυγούστου 1923 «περί ειδικών διατάξεων επί

⁸³ Όπως επισημαίνει ο *Ι. Μπρίνιας*, ο δανειστής με μέσα εκτέλεσης την κατάσχεση κινητών στα χέρια του οφειλέτη (άρθρα 953-981), την κατάσχεση ακινήτων (992-1016), την κατάσχεση ειδικών περιουσιακών αντικειμένων (1022-1033), την αναγκαστική διαχείριση (1034-1049) και την κατάσχεση στα χέρια τρίτου (982-991) έχει στη διάθεσή του όλη την περιουσία του οφειλέτη. Αναγκαστική Εκτέλεση, τόμος Γ' Αθήνα 1980, άρθρο 982 σελ. 1234.

ανωνύμων εταιριών», οι οποίοι εξακολουθούν να ισχύουν και μετά την εισαγωγή του ΚΠολΔ σύμφωνα με το άρθρο 52 αρ. 3 ΕισΝΚΠολΔ.⁸⁴

Το θέμα της κατάσχεσης των τραπεζικών λογαριασμών και δη των καταθέσεων στα χέρια της τράπεζας ως τρίτης έχει απασχολήσει εκτενώς τη θεωρία και τη νομολογία. Μέχρι την έκδοση του πρόσφατου ν. 2915/2001, ο οποίος ρύθμισε οριστικά το ζήτημα του επιτρεπτού της κατάσχεσης, η πάγια θέση της νομολογίας ήταν πως οι τραπεζικές καταθέσεις δεν επιτρέπεται να κατασχεθούν.

Το καθεστώς της κατάσχεσης λογαριασμού καταθέσεων πριν από το ν. 2915/2001

1. Ν.Δ. 1059/1971 «περί του απορρήτου των τραπεζικών καταθέσεων»

1. Η κατάσχεση των καταθέσεων δεν ήταν ποτέ ρητά απαγορευμένη. Τούτο καταμαρτυρούν τόσο οι διατάξεις των άρθρων 87 επ. του ν.δ. 17.7/13.8.23, οι οποίες αναφέρονται στη δυνατότητα «κατασχέσεως χρημάτων ή χρεογράφων παρ' ανωνύμω εταιρία ως τρίτη...» όσο και η διάταξη του άρθρου 4 του ν. 5368/1932, που επιτρέπει την κατάσχεση κατάθεσης σε κοινό λογαριασμό.

2. Ωστόσο παρά τις προαναφερθείσες διατάξεις η νομολογία του Αρείου Πάγου απεφάνθη για το ακατάσχετο των απαιτήσεων από καταθέσεις. Αφορμή γι' αυτό αποτέλεσε το ν.δ. 1059/1971 «περί του απορρήτου των τραπεζικών καταθέσεων» που στο άρθρο 1 εδ 1 ορίζει ότι οι κάθε μορφής καταθέσεις χρημάτων ή άλλων αξιών σε πιστωτικά ιδρύματα είναι απόρρητες. Καθιέρωσε δηλαδή ειδικό απόρρητο για αυτές,⁸⁵ υπό την έννοια της ρητής υποχρέωσης της τράπεζας να τηρεί εχεμύθεια, πέραν του γενικού τραπεζικού απορρήτου που ούτως ή άλλως αποτελεί βασική αρχή του τραπεζικού δικαίου

⁸⁴ Σύμφωνα με το άρθρο 52 αρ. 3 του ΕισΝΚΠολΔ, οι διατάξεις του ανωτέρω ν.δ. που αφορούν στην κατάσχεση στα χέρια ανώνυμης εταιρίας ως τρίτης (άρθρα 87-94), πλην των άρθρων 92 & 94 που καταργούνται ρητώς, διατηρούνται σε ισχύ.

⁸⁵ Κατ' ορισμένους συγγραφείς το απόρρητο των καταθέσεων δεν συνιστά ειδικό απόρρητο, διότι από πλευράς περιεχομένου καμία ιδιαιτερότητα ή ειδικότητα δεν έχει να επιδείξει έναντι της επαγγελματικής εχεμύθειας ή του υπηρεσιακού απορρήτου και του τραπεζικού εν γένει απορρήτου, παρά μόνο από πλευράς ποινικών συνεπειών, οι οποίες είναι ιδιαίτερα αυστηρές. Έτσι, οι Σ. Ψυχομάνης, Η κατάσχεση των τραπεζικών καταθέσεων, ΔΕΕ 5/2002, 473 και Π. Μάζης, Κατάσχεση τραπεζικών καταθέσεων μετά τη θέση σε ισχύ του άρθρου 24 του ν. 2915/2001, ΝοΒ2002, 637.

(απορρέον τόσο από την προστασία της προσωπικότητας και της ιδιωτικής σφαίρας του πελάτη όσο και από την ειδικότερη σχέση εμπιστοσύνης μεταξύ τράπεζας-πελάτη που εδραιώνεται στις αρχές της καλής πίστης της ΑΚ 288). Μάλιστα με το εν λόγω ν.δ. (άρθρο 2 παρ. 1) θεσπίστηκε ειδικώς και ποινική ευθύνη των προσώπων – υπαλλήλων της τράπεζας που παρέχουν σχετικές πληροφορίες σε τρίτους για τις καταθέσεις πελατών⁸⁶ ακόμη κι αν υπάρχει η συναίνεση ή έγκριση του δικαιούχου, πράγμα που μαρτυρά την ιδιαίτερη αυστηρότητα που το χαρακτηρίζει. Κατ' εξαίρεση το απόρρητο αίρεται μόνο για λόγους δημοσίου συμφέροντος στις περιπτώσεις που ορίζει ειδικώς η νομοθετική ρύθμιση και που αφορούν κυρίως στη δίωξη οικονομικών εγκλημάτων και κακουργημάτων.⁸⁷

⁸⁶ Το άρθρο 2 § 1 ορίζει ότι: «Διοικηταί, μέλη Διοικητικών Συμβουλίων ή άλλων συλλογικών οργάνων ή υπάλληλοι τραπεζών, οίτινες ως εκ των καθηκόντων των λαμβάνουν γνώσιν των τραπεζικών καταθέσεων, παρέχοντας καθ' οιονδήποτε τρόπον οιαδήποτε περί αυτών πληροφορίαν, τιμωρούνται δια φυλακίσεως τουλάχιστον έξι (6) μηνών. Η συναίνεση ή έγκριση του υπέρ του οποίου το απόρρητον καταθέτου, ουδαμώς αναιρεί το αξιόποινον χαρακτήραν της πράξεως». Οι ίδιες διατάξεις ισχύουν επιπλέον και για τα όργανα της τράπεζας της Ελλάδας που ασκούν τον έλεγχο των καταθέσεων των προσώπων που αναφέρονται στην παρ. 2 του άρθρου 40 του ν. 1806/1988. Κατ' εξαίρεση επιτρέπεται μόνον η αναφορά στοιχείων απολύτως αναγκαίων για τη θεμελίωση της αιτιολογίας της διοικητικής πράξης, με την οποία επιβάλλεται κύρωση κατά τη γενική αρχή του διοικητικού δικαίου.

⁸⁷ Ειδικές περιπτώσεις άρσης του τραπεζικού απορρήτου αποτελούν:

α) Έναντι των ελεγκτικών οργάνων και των νομισματικών αρχών της Τράπεζας της Ελλάδος, των δικαστικών αρχών, των προανακριτικών κοινοβουλευτικών επιτροπών όταν ασκούν αρμοδιότητες σχετικές με τον έλεγχο του τραπεζικού συστήματος και της ορθής εφαρμογής της πιστωτικής και νομισματικής νομοθεσίας (άρθρο 40 παρ. 2 του ν. 1806/88, όπως αντικαταστάθηκε από την περ. α' της παρ. 2 του άρθρου 27 του ν. 1868/89).

β) Έναντι του προϊσταμένου αρμοδίας Δ.Ο.Υ. στις περιπτώσεις που προσκομίζεται προσωπική επιταγή ποσού άνω του 1.000.000 δρχ. (2.934,70 ευρώ) για εξόφληση χρεών προς το Δημόσιο, οπότε οι τράπεζες υποχρεούνται σε βεβαίωση ύπαρξης ή μη διαθεσίμων κεφαλαίων και σε άμεση δέσμευση του ποσού υπέρ της Δ.Ο.Υ. (άρθρο 25 παρ. 3 του ν. 2214/94 που συμπλήρωσε το άρθρο 1 του ν.δ. 1059/71).

γ) Έναντι των αρμοδίων οργάνων για την άσκηση ποινικής δίωξης ή τη διενέργεια προκαταρκτικής εξέτασης ή προανάκρισης ή κύριας ανάκρισης για την ανίχνευση και τον κολασμό κακουργήματος (άρθρο 3 του ν.δ. 1059/71, όπως αντικαταστάθηκε από την παρ. 1 του άρθρου 27 του ν. 1868/89).

δ) Έναντι των αρμοδίων δικαστικών αρχών και της ειδικής Επιτροπής του άρθρου 7 του ν. 2331/95, όταν συντρέχει περίπτωση νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματική δραστηριότητα σύμφωνα με τις ειδικότερες ρυθμίσεις των άρθρων 1-9 του ν. 2331/95.

ε) Ομοίως στις περιπτώσεις που προβλέπει το άρθρο 12 του ν. 1916/90 για το οργανωμένο έγκλημα, όπως τρομοκρατία, ναρκωτικά, παράνομη διακίνηση όπλων, με διάταξη του αρμόδιου ανακριτή κατά την ανάκριση και με σύμφωνη γνώμη του Αντιεισαγγελέα του Αρείου Πάγου κατά την προανάκριση.

στ) Ειδικά στις περιπτώσεις που η Τράπεζα της Ελλάδος ασκεί έλεγχο στις δηλώσεις των προσώπων του άρθρου 40 παρ. 5 του ν. 1806/88 – όπως των προέδρων, των διοικητών, διευθυντών και διαχειριστών εκδοτικών επιχειρήσεων ή ραδιοφωνικών ή τηλεοπτικών σταθμών, καθώς και των μετόχων με συμμετοχή στο 5% του μετοχικού κεφαλαίου ελληνικών τραπεζών – σχετικά με την προέλευση των κεφαλαίων (βλ. σχετική ΚΥΑ 60013/14.10.1988).

ζ) Έναντι των προϊσταμένων και επιθεωρητών Δ.Ο.Υ. προς το σκοπό ελέγχου των υποβαλλόμενων φορολογικών δηλώσεων και εξακρίβωσης υπόχρεων που δεν υπέβαλαν

3. Σκοπός της νομοθετικής ρύθμισης ήταν όχι αυτή καθαυτή η προστασία του καταθέτη, η οποία ούτως ή άλλως αποτελεί υποχρέωση της τράπεζας από τη βασική σχέση εμπιστοσύνης και του γενικού τραπεζικού απορρήτου, αλλά η δημιουργία ενός ιδιαίτερου κλίματος εμπιστοσύνης προκειμένου να προσελκύσει ιδιωτικές καταθέσεις στις τράπεζες με το να εξασφαλίζεται η ανεμπόδιστη διαχείρισή τους. Κατ' ακολουθία ενδυναμώνεται η χρηματοδότηση και αντίστοιχα η ανάπτυξη της ελληνικής οικονομίας.⁸⁸

2. Η συμβολή της νομολογίας του ΑΠ στη διαμόρφωση του ακατάσχετου των τραπεζικών καταθέσεων. Το απόρρητο ως φραγμός στην κατάσχεση

1. Η Ολομέλεια του Αρείου Πάγου με μία σειρά αποφάσεων ερμήνευσε διασταλτικά το σκοπό του ν.δ. 1059/71 αποφαινόμενη ότι σε αυτόν καταλαμβάνεται και το ακατάσχετο των καταθέσεων.

Με τις υπ' αριθμ. 1224/1975 (NoB 1976.188), 1225/1975 (NoB 1976.189) και 3/1993 (NoB 43.223) αποφάσεις της έκρινε ότι η κατάσχεση χρηματικών απαιτήσεων του οφειλέτη από τραπεζικές καταθέσεις στα χέρια της τράπεζας ως τρίτης είναι ανεπίτρεπτη λόγω του ειδικού απορρήτου που ισχύει για αυτές με το κρινόμενο ν.δ., επειδή απαγορεύεται ρητώς η παροχή πληροφοριών σε τρίτους σχετικά με τις καταθέσεις πελατών. Κατ' επέκταση, απεφάνθη ο ΑΠ, απαγορεύεται στην τράπεζα να προβαίνει και στην προβλεπόμενη από το άρθρο 985 ΚΠολΔ δήλωση για το εάν υπάρχει η απαίτηση από κατάθεση σε αυτή, όταν επιβάλλεται κατάσχεση σε κατάθεση πελάτη της. Υπό την έννοια αυτή ούτε η παράλειψη της δήλωσης του άρθρου 985 ΚΠολΔ εξομοιούται με αρνητική δήλωση κατά την παρ. 3 του εν λόγω

δήλωση κατά το άρθρο 50 του ν.δ. 3323/1955, όπως αντικαταστάθηκε και τροποποιήθηκε από τις διατάξεις του άρθρου 25 του ν. 2214/94 (πλέον άρθρο 66 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος ν. 2338/1994), έναντι του Δημοσίου σχετικά με καταθέσεις, λογαριασμούς ή θυρίδες φορολογουμένου κατά το άρθρο 44 του ν. 2065/92, όπως και στις περιπτώσεις φορολόγησης κληρονομιών, δωρεών, αδιαίρετων λογ/σμών κλπ. σύμφωνα με τα άρθρα 73 παρ. 2, 90, 98 και 110-111 του ν.δ. 117/1973.

η) Στις περιπτώσεις σφράγισης ακάλυπτης επιταγής (άρθρο 2 του ν.δ. 1325/72) και του ελέγχου των δηλώσεων περιουσιακής κατάστασης των προσώπων που κατέχουν δημόσιο αξίωμα (άρθρο 8 παρ. 4 του ν. 1738/87, όπως τροποποιηθείς ισχύει).

θ) Το απόρρητο δεν ισχύει για τις καταθέσεις που μία ασφαλιστική επιχείρηση διαθέτει σε ασφαλιστική τοποθέτηση σε τράπεζα σύμφωνα με το άρθρο 8 παρ. 3^α και 4^α του ν.δ. 400/1970.

άρθρου, ούτε ο κατασχών δανειστής δικαιούται να ασκήσει ανακοπή κατά της τράπεζας σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 986 ΚΠολΔ, δεδομένου ότι τα άρθρα αυτά δεν εφαρμόζονται στην περίπτωση μίας τέτοιας κατάσχεσης, αφού αυτή είναι πλέον ανεπίτρεπτη και ως εκ τούτου άκυρη. Την ακυρότητα δύναται να προτείνει και η τράπεζα, καθ' όσον θεωρείται ότι το απόρρητο ετέθη και προς το συμφέρον της.⁸⁹ Μάλιστα η τελευταία υπ' αριθμ. 3/1993 απόφαση Ολ ΑΠ θεώρησε ότι καταργήθηκε σιωπηρά και η διάταξη του άρθρου 4 του ν. 5368/32 για το επιτρεπτό της κατάσχεσης κατάθεσης σε κοινό λογαριασμό.⁹⁰

2. Η επιχειρηματολογία του ΑΠ συνοψίζεται στις ακόλουθες σκέψεις:

α) Οι διασπάσεις ή εξαιρέσεις από την αρχή του απορρήτου για τις τραπεζικές καταθέσεις απαριθμούνται στο νόμο περιοριστικά⁹¹ και ως εκ τούτου καμία διεύρυνση πέραν των ρυθμισμένων περιπτώσεων μπορεί να είναι ανεκτή, διότι κάτι τέτοιο δεν συνάδει ούτε με τη γενική διατύπωση του άρθρου 2 παρ. 1 του ν.δ. 1059/71 ούτε με την εξυπηρέτηση του σκοπού της νομοθετικής ρύθμισης.

β) Οι απαγορευτικές περί της δυνατότητας κατάσχεσης διατάξεις του ν.δ., συναγόμενες από την ερμηνευτική προσέγγιση, δεν αντίκεινται στο άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος, ώστε να θεωρηθούν καταργημένες σύμφωνα με το άρθρο 111 παρ. 1 Σ., από την έναρξη ισχύος του, αφού δεν καθιστά αλυσιτελή τη δικαστική προστασία, η οποία εξακολουθεί να παρέχεται με την έκδοση καταψηφιστικής απόφασης για χρηματική παροχή ή με διαταγή πληρωμής.

⁸⁸ Σ. Ψυχομάνης, Τραπεζικό Δίκαιο οπ.π., σελ. 133 επ., Ι. Μπρίνιας οπ.π., σελ. 315, Βλ. και αποφάσεις ΑΠ 1526/1991, ΑΠ 974/1992. Ο σκοπός αυτός διακηρύσσεται στην εισηγητική έκθεση του ν.δ. 1059/71 και επαναλαμβάνεται στην ΟΛΑΠ 3/93.

⁸⁹ Έτσι Ι. Μπρίνιας οπ.π., Contra Εφ Πειρ 534/1987. Έκτοτε στην ίδια συλλογιστική κινήθηκαν όλες σχεδόν οι αποφάσεις των ελληνικών δικαστηρίων σύμφωνα με τις οποίες σε καμία περίπτωση, πλην των ρητώς αναφερομένων στο εν λόγω ν.δ. θεσπισμένων εξαιρέσεων άρσης του απορρήτου των καταθέσεων, δεν αναγνωρίζεται υποχρέωση της τράπεζας να παράσχει πληροφορίες για υπάρχοντα λογαριασμό (ΑΠ 1526/1991 ΕΤραΔ 1993.416, ΑΠ 467/1990 ΝοΒ 39.1205, ΑΠ 907/1989 ΝοΒ 31.1366, ΕφΑθ 2568/1988 ΕΕμπΔ Μ.33).

⁹⁰ Αντίθετα απεφάνθη αργότερα ο Άρειος Πάγος με την απόφαση ΑΠ 785/1999, ότι δηλαδή το ν.δ. 1059/71 δεν κατάργησε σιωπηρώς τη διάταξη του άρθρου 4 του ν. 5368/1932.

⁹¹ Βλ. την υπ' αριθμ. 3/93 ΟΛΑΠ για τις μοναδικές περιπτώσεις που αναγνωρίζει ως εξαιρέσεις από τον κανόνα του απορρήτου για τις τραπεζικές καταθέσεις. Επίσης έτσι και η υπ' αριθμ. 23/1986 Γνωμδ. του εισαγγελέα του ΑΠ (ΕλλΔνη 1987.1140) στην οποία επιπλέον επικαλείται ότι οι εξαιρέσεις αυτές ετέθησαν για την εξυπηρέτηση δημοσίων και όχι ατομικών αξιώσεων.

γ) Ενόψει της σπουδαιότητας του θέματος η επί σειρά ετών απραξία του νομοθέτη για αυθεντική κατ' άρθρο 77 Συντάγματος ερμηνεία του εν λόγω νομοθετήματος συνηγορεί υπέρ της πάγιας θέσης της νομολογίας περί του ακατάσχετου των καταθέσεων.

3. Αντίλογος

Η παραπάνω θέση της νομολογίας επικρίθηκε έντονα από τη θεωρία⁹² με τα εξής επιχειρήματα:

α) Πίσω από το ακατάσχετο των καταθέσεων οχυρώνονται και προστατεύονται κακόπιστοι οφειλέτες και εγκληματίες, οι οποίοι καταφεύγουν σε ρευστοποίηση των περιουσιακών τους στοιχείων και κατάθεση των χρημάτων προκειμένου να αποφύγουν την πληρωμή των οφειλών τους ή την επιστροφή των προϊόντων εγκλήματος αντίστοιχα.⁹³

β) Οι ίδιες οι τράπεζες ζημιώνονται από το ακατάσχετο των τραπεζικών καταθέσεων, επειδή στερούνται της δυνατότητας να συμψηφίζουν τις απαιτήσεις τους κατά του καταθέτη-πελάτη τους από την παροχή πιστώσεων ή άλλων απαιτήσεων τους που γεννιούνται από τραπεζική σύμβαση, όπως και ν' ασκούν το δικαίωμα επίσχεσης επί των απαιτήσεων του πελάτη τους από τον τραπεζικό λογαριασμό που τηρεί σε αυτές ή να συμφωνούν εκχώρηση ή ενεχυρίαση τέτοιων απαιτήσεων από τραπεζικούς λογαριασμούς στην ίδια ή σε άλλη τράπεζα λόγω των απαγορευτικών διατάξεων των άρθρων 464, 451, 1247, 1248 ΑΚ καθώς και του άρθρου 39 ν.δ. 17/7/1923, με αποτέλεσμα την προφανή δυσχέρεια εξασφάλισής τους.

⁹² Έτσι *Ψυχομάνης* οπ.π., σελ. 112, επίσης *Σ. Καλαμίσης* Το απόρρητο των τραπεζικών καταθέσεων, 1992, σελ. 21, *Ο.Ν. Μιχαηλίδης* οπ.π., ΕΕμπΔ 1983. 22, *Β. Δούβλης* Κοινός διαζευκτικός λογαριασμός, προσβολή της νόμιμης μοίρας και κάμψη του απορρήτου των τραπεζικών καταθέσεων, 1987, *Δ. Κουτσούκης* Το τραπεζικό απόρρητο στο ιδιωτικό δίκαιο, 1994 σελ. 276 επ., του ίδιου ΔΕΕ 3.455 επ., *Ντόστα*, Γενικό τραπεζικό απόρρητο και απόρρητο των καταθέσεων-κατάσχεση των καταθέσεων, εκδ. Α. Σάκκουλα 2000, *Γέσιου-Φαλτσή*, Δίκαιο Αναγκαστικής Εκτέλεσης, Τόμος Β' σελ. 879 και *Φ. Χριστοδούλου* Η έννοια της καταθέσεως και το ζήτημα του ακατάσχετου κατά το νόμο περί του απορρήτου των τραπεζικών καταθέσεων (Γνωμ) ΔΕΕ 1998, 232 επ., *Ι. Μπρίνιαν* Κατάσχεση απαιτήσεων εκ τραπεζικών συναλλαγών Αφιέρωμα σε Αλ. Τσιριντάνη 1980, 291 επ.

⁹³ Δεκατρία μέλη της Ολομελείας του ΑΠ στην ως άνω απόφαση 3/1993 μειοψήφησαν εκφράζοντας την άποψη ότι με τις διατάξεις του ν.δ. 1059/72 δεν καθιερώνεται το ακατάσχετο αυτών με το επιχείρημα αυτό μεταξύ άλλων. Το ίδιο η μειοψηφία της ΑΠ 1526/1991 οπ.π. Όπως χαρακτηριστικά αναφέρει ο *Φ. Χριστοδούλου* οπ.π., σελ. 234 για τις συγκεκριμένες

4. Τραπεζική πρακτική

Στην πράξη οι τράπεζες δεν συμμερίστηκαν την άποψη της νομολογίας ακριβώς λόγω της πάγιας και διακαούς ανάγκης τους να εξασφαλίζονται κατά τον καλύτερο δυνατό τρόπο ελαχιστοποιώντας τους κινδύνους που ενέχει η πιστωτική πολιτική τους. Έτσι στις τρέχουσες τραπεζικές συναλλαγές ουδέποτε έπαψαν να λαμβάνουν χώρα οι συμψηφισμοί, επισχές, εκχωρήσεις και ενεχυριάσεις καταθέσεων που ο οφειλέτης-πελάτης τους τηρεί σε αυτές ή σε άλλη τράπεζα, δίχως προβληματισμό για το χαρακτηρισμό τους ως ακατάσχετων και σε πείσμα των απαγορευτικών διατάξεων του νόμου ότι οι ακατάσχετες απαιτήσεις δεν εκχωρούνται (ΑΚ 464), δεν ενεχυράζονται (ΑΚ 1247), δεν υπόκεινται σε συμψηφισμό (ΑΚ 451) και σε επίσχεση (ΑΚ 327)⁹⁴. Οι συμφωνίες αυτές επιτυγχάνονται είτε με προδιατυπωμένους όρους συναλλαγών (ΓΟΣ) που οι τράπεζες καταρτίζουν για όλους τους τύπους τραπεζικών συμβάσεων είτε με ειδική συμφωνία (πρόσθετο όρο) σε σύμβαση που ειδικά συνάπτεται με ορισμένο πελάτη ανάλογα με την όλη σχέση που διέπει αυτόν και την τράπεζα⁹⁵.

5. Κριτική επί της παραπάνω τραπεζικής πρακτικής

Κατά τη γνώμη μου, η πρακτική αυτή είναι νόμιμη στο μέτρο που η ίδια η τράπεζα προβαίνει σε κατάσχεση, συμψηφισμό ή επίσχεση της απαίτησης από λογαριασμό που τηρείται σε κατάσταση αυτής. Και τούτο διότι δεν μπορεί να τίθεται θέμα ακατασχέτου όπου δεν ισχύει το απόρρητο. Το απόρρητο ισχύει έναντι τρίτων και όχι στις σχέσεις μεταξύ τράπεζας-πελάτη, διότι εξυπακούεται ότι δεν μπορεί να ισχύει κατά του εαυτού της, επομένως τα ως άνω άρθρα δεν έχουν εφαρμογή (ΑΠ 1915/1999 ΝοΒ 48.1407). Στην αντίθετη περίπτωση θα συνέβαινε το παράδοξο οι πελάτες της τράπεζας να παίρνουν από αυτήν καταθέσεις ενώ η τράπεζα να μην μπορεί να εισπράξει τις δικές της απαιτήσεις κατ' αυτών.

αποφάσεις του ΑΠ, δεν είναι ασύνηθες στις γνώμες της μειοψηφίας να κυοφορείται η γνώμη που θα επικρατήσει αύριο, το οποίο και πράγματι συνέβη.

⁹⁴ Βλ. σχετικώς Σ. Ψυχομάνη οπ.π. ΔΕΕ 5/2002 σελ. 473. Επίσης ΑΠ 785/1999 ΔΕΕ 1999.888 και ΔΙΚΗ 2000.33.

⁹⁵ Τέτοια περίπτωση βλ. π.χ. στην ΑΠ 1915/1999 ΝοΒ 48.1407, όπου στο εκδοθέν για την τραπεζική κατάθεση βιβλιάριο κατάθεσης περιλήφθηκε συμβατικός όρος, κατά τον οποίο η τράπεζα είχε δικαίωμα να συμψηφίζει στο ποσό της κατάθεσης κάθε οφειλή του καταθέτη-πελάτη της προς αυτήν.

Πάντως και η λύση αυτή έχει τον αντίλογό της, διότι οδηγεί σε άνιση μεταχείριση μεταξύ των δανειστών του καταθέτη, αφού στη μεν τράπεζα επιτρέπεται η εκχώρηση και ο συμψηφισμός των απαιτήσεων της με τις καταθέσεις που τηρούνται σε αυτήν, ενώ αντίθετα απαγορεύεται έναντι των τρίτων βάσει της νομολογιακής κατασκευής του ακατάσχετου⁹⁶.

Η διασταλτική ερμηνεία του ν.δ. 1059/71 στην οποία προέβη ο Άρειος Πάγος (επεκτείνοντας το απόρρητο και στο ακατάσχετο των τραπεζικών καταθέσεων) επικρίθηκε ως εσφαλμένη. Και τούτο διότι ο νομοθέτης, παρά τη σπουδαιότητα του ζητήματος λόγω του εξαιρετικού χαρακτήρα που προσλαμβάνουν από το νόμο τα ακατάσχετα (άρθρο 982 παρ. 2 εδ. γ' και δ' ΚΠολΔ), υπό την έννοια δηλαδή ότι αποτελούν εξαίρεση από το γενικό κανόνα της κατάσχεσης κάθε περιουσιακού στοιχείου και υπάρχει στο νόμο περιοριστική ρύθμιση γι' αυτά για λόγους κοινωνικής πρόνοιας, που όμως δεν υφίστανται εν προκειμένω, δεν περιέλαβε ρητή διάταξη για τη ρύθμιση των τραπεζικών καταθέσεων ως ακατάσχετων, με αποτέλεσμα μία τέτοια ερμηνεία να κινείται στα όρια του αυθαίρετου, πράγμα επικίνδυνο για την έννομη τάξη⁹⁷. Κατά συνέπεια το ν.δ. πρέπει να ερμηνεύεται στενά.

Επιπλέον η ερμηνεία του ΑΠ θεωρήθηκε ότι καθιστά το νομοθέτημα αντισυνταγματικό (παραβιάζει το άρθρο 20 Σ) στο μέτρο που ο δανειστής στερείται πλέον εννόμου προστασίας με τη διαδικασία της αναγκαστικής εκτέλεσης, επειδή περιορίζεται σημαντικά η δυνατότητά του να ικανοποιηθεί από τυχόν περιουσία του οφειλέτη. Επιπροσθέτως παραβιάζει και τη θεμελιώδη αρχή του δικαίου ότι ολόκληρη η περιουσία του οφειλέτη είναι υπέγγυος στους δανειστές του⁹⁸.

Η άποψη περί του ακατάσχετου των τραπεζικών καταθέσεων λόγω του απορρήτου αδυνατεί να δικαιολογήσει την επακόλουθη ακυρότητα της κατάσχεσης στην περίπτωση που η κατάθεση είναι γνωστή από άλλους λόγους και όχι από τη δήλωση της τράπεζας ως τρίτης⁹⁹. Είναι πράγματι προφανές ότι σε μία τέτοια περίπτωση, όπου ο επισπεύδων γνωρίζει από άλλες πηγές την κατασχετέα κατάθεση, δεν υφίσταται λόγος ή ανάγκη

⁹⁶ Γ. Γραμματικά οπ.π., σελ. 159.

⁹⁷ Βλ. σχετικώς Ι. Μπρίνια οπ.π., ΝοΒ 1973, 1053. Επίσης άποψη μειοψηφίας ΟΛΑΠ 3/1993.

⁹⁸ Γ. Μητσόπουλος, Πολιτική Δικονομία, 1972, σελ. 79 επ.

⁹⁹ Σ. Ψυχομάνης οπ.π., σελ. 114.

διαφύλαξης του απορρήτου αυτής, άρα θα μπορούσε κάλλιστα να επιβληθεί κατάσχεση σε αυτή.

Το απόρρητο δεν νοείται να ισχύει έναντι του κατασχόντος δανειστή διότι αυτός, όταν επιβάλλει κατάσχεση στα χέρια της τράπεζας ως τρίτης, καθίσταται αναγκαστικός εκδοχέας της κατασχεθείσας απαίτησης και συνεπώς δικαιούχος πλέον της απαίτησης έναντι της τράπεζας με όλα τα δικαιώματα (πληροφόρησης κλπ.) που συνεπάγεται η υπεισέλευση αυτή.

6. Συγκριτική επισκόπηση ως προς τα ισχύοντα στις άλλες χώρες της ΕΕ

Το παράδοξο της νομολογιακής αυτής κατασκευής αποτέλεσε ελληνική πρωτοπορία έναντι των άλλων δικαιοϋσυστημάτων που επίσης αναγνωρίζουν το θεσμό του απορρήτου όχι όμως σε σχέση με το ακατάσχετο που δέχθηκαν τα ελληνικά δικαστήρια¹⁰⁰. Έτσι σύμφωνα με το γερμανικό δίκαιο επιτρέπεται να κατασχεθεί στα χέρια τράπεζας ως τρίτης το υπόλοιπο τραπεζικού λογαριασμού, ενώ σύμφωνα με το άρθρο 840 ZPO ο δανειστής δικαιούται να ζητήσει παροχή πληροφοριών για το λογαριασμό του οφειλέτη του¹⁰¹. Στο γαλλικό δίκαιο ισχύει αντίστοιχη με την ελληνική διάταξη περί απορρήτου, το άρθρο 57 του ν. 84-46/24-1-84, ενώ ουδέποτε αμφισβητήθηκε η δυνατότητα κατάσχεσης λογαριασμού και μάλιστα ισχύει νομοθετικά το αντίθετο με το άρθρο 4 του ν. 91-650/9-7-91. Ακόμη και στο αγγλικό δίκαιο¹⁰², όπου η τήρηση του τραπεζικού απορρήτου είναι ιδιαίτερα αυστηρή, η κατάσχεση του λογαριασμού στα χέρια της τράπεζας επιτρέπεται. Έτσι και από την άποψη της απουσίας εναρμόνισης της χώρας μας με τις ρυθμίσεις των λοιπών ευρωπαϊκών δικαιοϋσυστημάτων στα πλαίσια της Ε.Ε. στο χώρο του κοινοτικού τραπεζικού δικαίου, η πρακτική αυτή σχολιάσθηκε

¹⁰⁰ Κουτσούκης οπ.π., 284 με συγκριτική θεώρηση για τα ισχύοντα στην Ελβετία με παράδοση στο χώρο του τραπεζικού απορρήτου, Αυστρία, Γαλλία, Γερμανία, Βέλγιο, Ιταλία, Λουξεμβούργο, Σουηδία, Ισπανία και Τουρκία, όπου το καθιερωμένο εθιμικά ή με θετική διάταξη απόρρητο των τραπεζικών καταθέσεων διόλου δεν επηρεάζει το κατασχετό τους. Επίσης Ι. Λυκούρης, Το τραπεζικό απόρρητο στις χώρες της ΕΟΚ. Ρυθμίσεις και συγκρίσεις, Πειραϊκή Νομολογία 186, σελ. 323 επ.

¹⁰¹ Canaris, οπ.π., σελ. 127 επ.

¹⁰² Σταθμό στην ιστορία του αγγλικού δικαίου, όπου ως γνωστό ισχύει το case law, για την παραβίαση τραπεζικού απορρήτου αποτέλεσε η απόφαση «Tournier vs National Provincial and Union Bank of England, LTD» 1923 All E.R.Rep. 523.

δυσμενώς¹⁰³. Διότι ο έλληνας συναλλασσόμενος αντιμετωπίζεται αδικαιολόγητα με ευνοϊκότερη μεταχείριση σε σχέση με τον αντισυμβαλλόμενο του σε άλλο κράτος-μέλος, δεδομένου ότι η εφαρμογή των κανόνων της διεθνούς δικαιοδοσίας και εκτέλεσης των αποφάσεων που προβλέπεται στη Σύμβαση των Βρυξελλών (Ν. 1814/1988), όσον αφορά στις τραπεζικές καταθέσεις, καθίσταται ανενεργός, όταν η ελληνική πλευρά οχυρώνεται πίσω από το τραπεζικό απόρρητο. Το ίδιο ισχύει και για τις αλλοδαπές αρχές όταν πρόκειται να ζητήσουν πληροφορίες ή να επιβάλλουν κατάσχεση σε καταθέσεις ελληνικών τραπεζών που μέσω γραφείων ή υποκαταστημάτων λειτουργούν στο εξωτερικό, αλλά λόγω της έδρας τους στην Ελλάδα διέπονται από το ελληνικό δίκαιο.

3. Η στροφή της νομολογίας με την απόφαση 19/2001 ΟΛΑΠ

Αφουγκραζόμενη τις έντονες και βάσιμες αντιρρήσεις της θεωρίας επί του ζητήματος αυτού, η Ολομέλεια του Αρείου Πάγου με την πρόσφατη απόφασή της υπ' αριθμό 19/2001, ΝοΒ 50.685, επέφερε τελικά ρωγμή στο παραπάνω παγιωμένο νομολογιακό καθεστώς. Η απόφαση αυτή έχει βαρύνουσα σημασία διότι σηματοδότησε τη στροφή της νομολογίας στο θέμα του επιτρεπτού της κατάσχεσης των καταθέσεων, συμβαδίζοντας ουσιαστικά με τα όσα όρισε ο νέος νόμος 2951/2001 στο άρθρο 24, με τον οποίο διευθετήθηκε πλέον οριστικά το μείζονος σημασίας, αλλά και έως τότε αμφιλεγόμενο, ζήτημα του επιτρεπτού της κατάσχεσης των τραπεζικών καταθέσεων.

Η απόφαση αυτή της Ολομελείας ανέτρεψε τα όσα προηγουμένως αντίθετα είχε νομολογήσει. Έκρινε και μάλιστα ομόφωνα¹⁰⁴, ότι από τις διατάξεις του ν.δ. 1059/1971 δεν προκύπτει ότι θεσπίσθηκε και το ακατάσχετο των απαιτήσεων του οφειλέτη έναντι της τράπεζας από τις καταθέσεις αυτές, διότι οι εν λόγω διατάξεις αναφέρονται αποκλειστικώς και μόνο στο απόρρητο των καταθέσεων και όχι στη δυνατότητα ή μη κατάσχεσής τους. Προκύπτει έτσι ότι είναι τελείως διακριτό το ακατάσχετο από το απόρρητο που ρύθμισε ο

¹⁰³ Β. Κουζιώρη Κατάσχεση στα χέρια τράπεζας ως τρίτης Επιστημονική Επετηρίδα Δ.Σ.Θ. 1994.225.

¹⁰⁴ Αντίθετα οι προαναφερθείσες ως άνω αποφάσεις του ΑΠ δεν ήταν ομόφωνες αποδυναμώνοντας κατά τρόπον τινά την επιχειρηματολογία και βέβαια το κύρος τους.

νόμος, έννοιες που όπως είδαμε, είχαν ατυχώς ταυτιστεί με τις παλαιότερες ως άνω αποφάσεις της Ολομελείας του ΑΠ. Το ακατάσχετο δεν είναι πλέον αυτόθροος συνέπεια του απορρήτου των τραπεζικών καταθέσεων ούτε βέβαια το απόρρητο αποτελεί την αιτία του ακατάσχετου.

Αξιολογική στάθμιση συμφερόντων

Η απόφαση, μάλιστα, προκειμένου να τεκμηριώσει το σκεπτικό της, προχωρεί σε μία αξιολογική στάθμιση των αντιτιθέμενων εν προκειμένω έννομων συμφερόντων, μεταξύ αφενός των συμφερόντων του δικαιούχου του λογαριασμού και πελάτη της τράπεζας για τήρηση εχεμύθειας, και αφετέρου των συμφερόντων τρίτων – δανειστών του δικαιούχου, οι οποίοι πρέπει να ικανοποιηθούν από την περιουσία του οφειλέτη τους. Η πλάστιγγα γέρνει προς την πλευρά του δανειστή, του οποίου τελικώς το δικαίωμα να ικανοποιηθεί από την κατάθεση του οφειλέτη του εκτιμάται ως αξιότερο προστασίας ώστε να κατισχύει έναντι του απορρήτου. Και επειδή το δικαίωμα αυτό δύναται να ικανοποιηθεί μόνο με τη θεσμοθετημένη διαδικασία κατάσχεσης του ΚΠολΔ, στην οποία περιλαμβάνεται και η δήλωση του τρίτου (της τράπεζας) σχετικά με την ύπαρξη της απαίτησης (985 ΚΠολΔ), η δήλωση αποτελεί δικονομική υποχρέωση της τράπεζας στο πλαίσιο της κατάσχεσης για την ικανοποίηση του κατασχόντος δανειστή, η οποία, διαφορετικά, θα ματαιωνόταν. Άρα, καταλήγει η απόφαση, απόρρητο δεν υφίσταται στο μέτρο που, προκειμένου να ικανοποιηθεί το δικαίωμα του κατασχόντος δανειστή, απαιτείται να αποκαλυφθεί η ύπαρξη της κατάθεσης, να μπορέσει δηλαδή να λάβει αυτός τις απαιτούμενες πληροφορίες και στοιχεία ώστε να είναι σε θέση να ασκήσει το δικαίωμά του¹⁰⁵.

Αυτό άλλωστε, έκρινε περαιτέρω το ανώτατο δικαστήριο, συνιστά συνταγματική επιταγή του άρθρου 20 παρ. 1 του Συντάγματος (αντίθετα με τα όσα είχε κρίνει ο ΑΠ κατά τα προεκτεθέντα). Διότι το συνταγματικά κατοχυρωμένο δικαίωμα της παροχής έννομης προστασίας σαφώς περιλαμβάνει και τη θεσμοθετημένη διαδικασία της αναγκαστικής εκτέλεσης, μορφή της οποίας αποτελεί και η κατάσχεση εις χείρας τρίτου για την ικανοποίηση απαίτησης, χωρίς δε τη δήλωση της τράπεζας ως τρίτης και

χωρίς τη δυνατότητα να ασκηθεί κατά της (ρητής ή σιωπηρής) αρνητικής δήλωσής της η ανακοπή του άρθρου 986 ΚΠολΔ, η μορφή αυτή έννομης προστασίας θα απέβαινε ανέφικτη, πράγμα που δεν μπορεί να είναι συνταγματικά ανεκτό.

Επομένως η τράπεζα όχι μόνον υποχρεούται να προβεί στη δήλωση του άρθρου 985 ΚΠολΔ για το εάν υπάρχει η απαίτηση από κατάθεση σε κατάστημά της, αλλά τυχόν άρνηση ή παράλειψή της εντός της προβλεπόμενης θήμερης προθεσμίας θεωρείται ως αρνητική της ύπαρξης της κατάθεσης δήλωση και είναι δεκτική ανακοπής, σύμφωνα με το άρθρο 986 ΚΠολΔ.

Μάλιστα, μετά την απόφαση αυτή, επιτρεπτές και σύννομες είναι και η προσωρινή διαταγή του προέδρου υπηρεσίας του δικαστηρίου στην περίπτωση κατάθεσης ασφαλιστικών μέτρων για δέσμευση των λογαριασμών του οφειλέτη ή για απαγόρευση νομικής και πραγματικής μεταβολής των περιουσιακών στοιχείων του οφειλέτη-πελάτη της τράπεζας, εφόσον κρίνονται από τον πρόεδρο υπηρεσίας μετά από στάθμιση των έννομων συμφερόντων, απαραίτητες για τη διασφάλιση των δικαιωμάτων του αιτούντος¹⁰⁶.

Ομοίως επιτρεπτή είναι πλέον και η χορήγηση πληροφοριών για την ύπαρξη τυχόν λογαριασμών καταθέσεων στον τρίτο δανειστή που έχει δικαίωμα κατάσχεσης. Όμως ως προς την έκταση του δικαιώματος αυτού στα πλαίσια του άρθρου 24 του ν. 2915/2001 υπάρχει αμφισβήτηση στη θεωρία, όπως θα δούμε αμέσως παρακάτω.

Η σημειωθείσα στροφή της νομολογίας προκάλεσε την επέμβαση του νομοθέτη, που απέδωσε πλέον και νομοθετικά αυτή την μεταστροφή στο άρθρο 24 του νόμου 2915/2001: «το απόρρητο των κάθε μορφής καταθέσεων σε πιστωτικά ιδρύματα, καθώς και των άυλων τίτλων που καταχωρίζονται στο Σύστημα Άυλων Τίτλων (Σ.Α.Τ.) του Κεντρικού Αποθετηρίου Αξιών (Κ.Α.Α.) δεν ισχύει έναντι του δανειστή που έχει δικαίωμα κατάσχεσης της περιουσίας του δικαιούχου της κατάθεσης ή της μετοχής. Το απόρρητο αίρεται μόνο για το χρηματικό ποσό που απαιτείται για την ικανοποίηση του δανειστή».

¹⁰⁵ Στην ίδια αξιολογική στάθμιση συμφερόντων προέβη και ο ίδιος ο νομοθέτης του ν. 2915/2001, όπως προκύπτει από την εισηγητική έκθεση του νόμου.

¹⁰⁶ Δ. Κουτσούκης, σχόλιο στην ΟΛΑΠ 19/2001, ΔΕΕ 2002, 190.

Για την σωστή ερμηνεία της παραπάνω διάταξης πρέπει καταρχήν να αποσαφηνίσουμε την έννοια του τραπεζικού απορρήτου (λέξη-κλειδί) και στη συνέχεια να προσδιορίσουμε την έκταση εφαρμογής της σε σχέση με τις περί κατασχέσεως στα χέρια τρίτου διατάξεις του ΚΠολΔ και τις ειδικές δικονομικές διατάξεις του ν.δ. της 17.7.1923, που επανήλθαν και πάλι στο προσκήνιο.

Η έννοια του τραπεζικού απορρήτου

Με το ν.δ. 1059/1971¹⁰⁷ ορίσθηκε ότι «οι κάθε μορφής καταθέσεις χρημάτων ή άλλων αξιών στα πιστωτικά ιδρύματα, ελληνικά ή αλλοδαπά, που λειτουργούν στην Ελλάδα, είναι απόρρητες». Ο αφορισμός όμως αυτός δε σημαίνει την εισαγωγή κάποιας καινοτομίας στο ελληνικό δίκαιο. Τόσο οι καταθέσεις όσο και κάθε άλλη τραπεζική συναλλαγή εμπίπτουν στην έννοια του επαγγελματικού εν γένει απορρήτου, του και ποινικά προβλεπόμενου καθήκοντος τήρησης της επαγγελματικής εχεμύθειας και του υπηρεσιακού απορρήτου των άρθρων 252 και 371 ΠΚ. Έτσι δε συνιστά «ειδικό απόρρητο», όπως συνηθίζεται να λέγεται, καθώς από πλευράς περιεχομένου καμία ιδιαιτερότητα ή ειδικότητα δεν έχει να επιδείξει έναντι της επαγγελματικής εχεμύθειας ή του υπηρεσιακού και του τραπεζικού εν γένει απορρήτου. Μόνο από πλευράς ποινικών συνεπειών το ν.δ. 1059/1971 είναι ιδιαίτερα αυστηρό σε περίπτωση παραβιάσεώς του. Επίσης, το τραπεζικό απόρρητο αποτελεί ενοχική υποχρέωση της τράπεζας απορρέουσα από τις ΑΚ 197-198 και 288, δηλαδή από την καλή πίστη και τη σχέση εμπιστοσύνης που συνδέει την τράπεζα με τον πελάτη της.

Περιεχόμενό της είναι η τήρηση σιωπής για τις προσωπικές και οικονομικές υποθέσεις του πελάτη και την επέμβασή της στην περιουσιακή του σφαίρα. Η μη εκπλήρωση της υποχρέωσης αυτής δημιουργεί ευθύνη της τράπεζας από πλημμελή εκπλήρωση της παροχής της.

Ταυτόχρονα, το τραπεζικό απόρρητο συνιστά συνταγματικά κατοχυρωμένο ατομικό δικαίωμα όχι μόνο του πελάτη, αλλά και της ίδιας της τράπεζας, με την έννοια του δικαιώματος για ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας του καθενός και οικονομική ελευθερία (5§1Σ). Υπό την έννοια αυτή το τραπεζικό απόρρητο, ως ατομικό δικαίωμα, υποχρεώνει τα μεν

¹⁰⁷ Όπως διαμορφώθηκε μετά και από το νόμο 1868/1989).

κρατικά όργανα σε εξασφάλιση της ακώλυτης άσκησής του (αρθ. 25§1Σ), που σημαίνει και απαγόρευση οποιασδήποτε προσβολής του από το κράτος, τον κοινό δε νομοθέτη σε παράλειψη θέσπισης διατάξεων που το καταλύουν, εκτός αν υφίσταται περίπτωση καταχρηστικής άσκησής του (αρθ. 25§3Σ), ιδίως δε όταν η προσβολή του δικαιολογείται σύμφωνα με τις αρχές της αναλογικότητας και καταλληλότητας από αντικειμενική και εύλογη ανάγκη του γενικού συμφέροντος¹⁰⁸.

Δύο συμπεράσματα σημαντικά εξάγουμε από τις διατάξεις του ν.δ. 1059/1971:

1. Η συναίνεση και η έγκριση του υπέρ ου το απόρρητο καταθέτη ουδαμώς αναιρεί τον αξιόποιο χαρακτήρα της πράξης και ότι τα αναφερόμενα πρόσωπα στην §1 του άρθρου 2, δηλαδή διοικητές, μέλη ΔΣ, υπάλληλοι – καλούμενοι ως μάρτυρες σε πολιτική ή ποινική δίκη, ουδέποτε εξετάζονται περί των απορρήτων καταθέσεων, ακόμα και αν συναινεί ο καταθέτης. Σκοπός του νομοθέτη εν προκειμένω δεν είναι αυτή καθ' εαυτή η προστασία του καταθέτη, αφού σε μία τέτοια περίπτωση θα γινόταν σεβαστή η αυτονομία της ιδιωτικής βουλήσεως, αλλά η δημιουργία ενός απροσπέλαστου σε τρίτους χώρου, ικανού να προσελκύει πάσης φύσεως καταθέσεις και να εξασφαλίζει τη διαχείρισή τους χωρίς ιδιαίτερα εμπόδια.
2. Το άρθρο 3 του ν.δ. 1059/71 προβλέπει «εξαιρετικώς» την παροχή πληροφοριών για καταθέσεις σε περίπτωση ανίχνευσης και κολασμού κακουργήματος. Η ρητή αυτή πρόβλεψη της μοναδικής κατά το νόμο περίπτωσης άρσης του απορρήτου των καταθέσεων φαίνεται να αποκλείει τις λοιπές δυνατότητες άρσης του με βάση τις γενικές διατάξεις περί του τρόπου άσκησης δικαιωμάτων, άμυνας και κατάστασης ανάγκης (ΑΚ 281, 284-286 και 288).

Συμπερασματικά, το ν.δ. 1059/1971, αποσκοπώντας στην εξυπηρέτηση του γενικού συμφέροντος (με την έννοια της προσέλκυσης και συγκράτησης των καταθέσεων στις τράπεζες) υποτιμά τόσο την αυτονομία της ιδιωτικής βούλησης, όσο και τη γενικότερη σημασία της ιδέας περί προστασίας του αξιότερου συγκριτικά να προστατευθεί δικαίωματος ή άλλες εκφάνσεις του γενικού συμφέροντος. Έτσι όμως φαίνεται ότι παραβιάζει

¹⁰⁸ Βλ. R. Giovannopoulos, Die Harmonisierung des privatrechtlichen bankgeheimnisses im

τουλάχιστον τις διατάξεις των άρθρων 5§1 και 25§1 και 3 του Συντάγματος, αφού το ρυθμιζόμενο με τον τρόπο αυτό απόρρητο των καταθέσεων προσβάλλει ευθέως δικαιώματα άλλων – π.χ. των δανειστών του καταθέτη και του Δημοσίου – αντίκειται στα χρηστά ήθη, αφού καλύπτει και προάγει την κακόπιστη και παράνομη συναλλαγή, καταλύει την αρχή της αναλογικότητας στον περιορισμό των δικαιωμάτων τρίτων και επιτρέπει την καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος τήρησης του απορρήτου από τις τράπεζες. Με αυτή την έννοια το απόρρητο των καταθέσεων δεν μπορούσε και δεν μπορεί βεβαίως να αποτελέσει εμπόδιο για την εκ μέρους των τραπεζών δήλωση του άρθρου 985 ΚΠολΔ, σε περίπτωση κατασχέσεως καταθέσεων στα χέρια της ως τρίτης. Ο στόχος της πραγμάτωσης της ιδέας της δικαιοσύνης με την παροχή δυνατότητας εκτέλεσης των δικαστικών αποφάσεων και επί καταθέσεων φαίνεται αξιολογικά σημαντικότερος εκείνου της προαγωγής της αποταμίευσης, που άλλωστε στο σύνολό του δε θίγεται, αφού και το τραπεζικό απόρρητο ως ατομικό δικαίωμα δεν μπορεί να καταργηθεί.

Η διάταξη του άρθρου 24 του Ν. 2915/2001 για την κατάσχεση καταθέσεων

Όπως αναφέρθηκε, ο πρόσφατος νόμος 2915/2001 στο άρθρο 24 αυτού ρύθμισε οριστικά το έως τότε αμφισβητούμενο ζήτημα του επιτρεπτού ή μη της κατάσχεσης των τραπεζικών καταθέσεων, που είχε προκληθεί από την ερμηνεία του ν.δ. 1059/1971. Είναι πλέον προφανές πως μετά τις εξελίξεις αυτές το ζήτημα της κατάσχεσης των καταθέσεων εμφανίζεται πλέον ως ζήτημα ερμηνείας της νομοθετικής ρύθμισης¹⁰⁹.

Ορισμένοι συγγραφείς θεωρούν την εν λόγω διάταξη ως γνήσια ερμηνευτική του ν.δ. 1059/71 λόγω της επιλεκτικής διατύπωσής της για «άρση του απορρήτου»¹¹⁰. Και τούτο διότι διευκρινίζει ότι το τραπεζικό απόρρητο (όπως ισχύει με το ν.δ. 1059/71) δεν ισχύει έναντι του δανειστή του δικαιούχου τραπεζικής κατάθεσης, ο οποίος έχει δικαίωμα κατάσχεσης της περιουσίας του οφειλέτη και ότι αίρεται (δηλ. δεν ισχύει) μέχρι το ποσό που απαιτείται για να ικανοποιηθεί αυτός, υπό την έννοια ότι η τράπεζα υποχρεούται να τον πληροφορήσει για την ύπαρξη ή μη του εν λόγω ποσού στους λογαριασμούς του οφειλέτη-πελάτη της, ενώ, αντίστροφα, ισχύει για το πέραν του ποσού αυτού ύψος της κατάθεσης. Με άλλα λόγια, η διάταξη αυτή μας λέει ότι το τραπεζικό απόρρητο δεν εκτείνεται έως το σημείο που να αποκλείεται η κατάσχεση των τραπεζικών καταθέσεων, την οποία αυτό διόλου αφορά και δεν καταλαμβάνει. Πέραν του ποσού, το οποίο κρίνεται ως απολύτως απαραίτητο για την ικανοποίηση του δανειστή, η τράπεζα υποχρεούται να τηρήσει εχεμύθεια λόγω του ισχύοντος ειδικού απορρήτου των καταθέσεων και να μην προβεί σε οποιαδήποτε παροχή πληροφοριών για το ύψος της κατάθεσης, άλλως ευθύνεται σε αποζημίωση έναντι του πελάτη της.

Άλλοι συγγραφείς¹¹¹, όμως, υποστηρίζουν ότι η νέα διάταξη τίθεται εκ περισσού, διότι το αυτό θα μπορούσε να ισχύσει και με τη νομολογιακή αντιμετώπιση του ζητήματος, όπως ήδη συνέβη με την προαναφερθείσα ΟΛΑΠ 19/2001.

¹⁰⁹ Βλ. σχόλιο Δ. Κουτσούκη στην ΑΠ ΟΛ 19/2001 στο ΔΕΕ 2002.190. Η νέα νομοθετική ρύθμιση περί ακατασχέτου δεν θεωρείται αναγκαία από μέρος της θεωρίας με το επιχείρημα ότι θα μπορούσε να λυθεί νομολογιακά. Έτσι Ψυχομάνης Τραπεζικό Δίκαιο οπ.π., σελ. 168.

¹¹⁰ Π. Μάζης, οπ.π., ΝοΒ 2002.638.

¹¹¹ Ψυχομάνης, οπ.π., ΔΕΕ 2002.475.

Ενδιαφέρουσα εξάλλου είναι και η άποψη του ίδιου συγγραφέα (Ψυχομάνης) για την αληθή έννοια της εν λόγω διάταξης¹¹². Υποστηρίζει ειδικότερα ότι η έννοια της άρσης του απορρήτου, όπως τίθεται στη διάταξη, θα πρέπει να ερμηνευθεί συσταλτικά λόγω της συνταγματικής διάστασης του απορρήτου ώστε αυτό να αίρεται εκεί μόνον που υφίσταται. Όμως εν προκειμένω ως προς τον κατασχόντα, στην πραγματικότητα δεν υφίσταται καν απόρρητο, άρα και δεν αίρεται, αφού ήδη στο κατασχετήριο προσδιορίζεται με επαρκή σαφήνεια η κατασχεθείσα απαίτηση από καταθέτη. Επομένως η τράπεζα καλώς οφείλει να προβεί στη δήλωση του άρθρου 985 ΚΠολΔ, διότι στην ουσία δεν υπάρχει απόρρητο, πράγμα που θα υποχρεούτο ούτως ή άλλως να πράξει και χωρίς διάταξη νόμου. Έτσι η έννοια της άρσης του απορρήτου περιορίζεται στην (ούτως ή άλλως οφειλόμενη) δήλωση της τράπεζας με το άρθρο 985 ΚΠολΔ και στην παροχή των απολύτως αναγκαίων πληροφοριών για τυχόν κατάθεση του οφειλέτη στο πλαίσιο της δήλωσης αυτής. Και ο νομοθέτης εξάλλου στο ίδιο απέβλεψε, όπως προκύπτει από την εισηγητική έκθεση του νόμου. Στην άρση κάθε ενδοιασμού εκ μέρους των τραπεζών να προβαίνουν στη δήλωση του άρθρου 985 ΚΠολΔ, την οποία απέφευγαν εξαιτίας της νομολογιακής προσέγγισης του όλου ζητήματος του απορρήτου. Κατά το συγγραφέα, οποιαδήποτε άλλη ερμηνευτική προσέγγιση της διάταξης του άρθρου 24 κινδυνεύει να την καταστήσει αντισυνταγματική, αφού το συνταγματικής προέλευσης (άρθρο 5§1 του Σ) απόρρητο δε δύναται να καταλυθεί με απλή νομοθετική διάταξη του κοινού νομοθέτη.

Πεδίο εφαρμογής του άρθρου 24 του Ν. 2915/2001

Η διάταξη αφορά σε «κάθε μορφής κατάθεση». Επομένως στη γενικώς διατυπωμένη έννοια του νόμου υπάγεται οποιοδήποτε είδος κατάθεσης οποιουδήποτε προσώπου, φυσικού ή νομικού, σε οποιοδήποτε νόμισμα κι αν αυτή γίνεται, αρκεί βέβαια να παρουσιάζει πιστωτικό υπόλοιπο¹¹³. Άρα αντικείμενο κατάσχεσης μπορεί να είναι κατάθεση, χρηματική ή μη χρηματική (π.χ. χρεόγραφα) από οποιοδήποτε είδος λογαριασμού, όπως όψεως, ταμιευτηρίου, κοινό ή αδιαίρετο, κατάθεση υπέρ εξαγωγέως από επιστροφές ή

¹¹² Ίδιος.

¹¹³ Όταν ο λογαριασμός δεν παρουσιάζει πιστωτικό υπόλοιπο εξυπακούεται ότι η κατάσχεση αποβαίνει άκαρπη.

χρηματικές επιδοτήσεις, υπέρ τρίτου κ.ο.κ., ακόμη και κατάθεση υπό όρο ή αίρεση ή προθεσμία ή υπό προειδοποίηση ή και ανεκκαθάριστη, που αποτελούν μέλλουσες απαιτήσεις, αρκεί να υφίσταται κατά το χρόνο της κατάσχεσης η έννομη σχέση που αποτελεί τη δικαιολόγο αιτία της (σύμβαση κατάθεσης), από την οποία θα απορρεύσει η απαίτηση, ώστε να είναι αυτή τουλάχιστον οριστή, δεδομένου ότι ως γνωστό κατάσχεται η απαίτηση που μπορεί να προσδιοριστεί κατ' είδος και υποκείμενα¹¹⁴ (ΑΠ 285/73 ΝοΒ 21.1106, ΕφΑθ 6431/75 Αρμ 30.518). Ειδικώς δε στις καταθέσεις υπό προειδοποίηση η απαίτηση προς απόδοση του κατατεθέντος ποσού γεννάται μετά την επίδοση του κατασχετηρίου, το οποίο επέχει εν προκειμένω θέση προειδοποίησης, η οποία λογίζεται ως γενομένη από τον καταθέτη, καθόσον αυτός που κατάσχει στα χέρια τρίτου ενεργεί όχι μόνον εξ ιδίου δικαίου αλλά και οιονεί πλαγιαστικά για λογαριασμό του οφειλέτη του¹¹⁵.

Η τράπεζα όμως, εφόσον η απαίτηση προέρχεται από τέτοιου είδους λογαριασμούς, δεδομένου ότι το προϊόν της κατάθεσης δεν είναι άμεσα, αλλά μελλοντικά διαθέσιμο μετά την πάροδο ορισμένης προθεσμίας, δεν υποχρεούται να καταβάλλει στον κατασχόντα δανειστή προτού παρέλθει η καθορισμένη ή συμφωνηθείσα για την απόδοση του λογαριασμού προθεσμία και όχι μετά την πάροδο της δήμερης προθεσμίας του άρθρου 988 παρ. 1 ΚΠολΔ, αφού η κατάσχεση δεν μπορεί να αποτελέσει λόγο διαφοροποίησης επί τα χείρω¹¹⁶ (ΕφΑθ 1853/90 Δ/νη 33.611).

Αν και ο νόμος κάνει λόγο για καταθέσεις και άυλες μετοχές, τίθεται ζήτημα κατά πόσο οι λοιπές απαιτήσεις έναντι τραπεζών δύναται να κατασχεθούν.

Η προσωπική μου άποψη είναι ότι στο ερώτημα αυτό θα πρέπει ανενδοίαστα να δοθεί καταφατική απάντηση. Και τούτο επειδή ο νόμος εσκεμμένα κάνει λόγο για καταθέσεις και όχι για πάσης φύσεως τραπεζικούς λογαριασμούς ή απαιτήσεις, διότι αποσκοπεί πρωτίστως στην κάμψη του

¹¹⁴ Ειδικά για την κατάσχεση της υπό αίρεση ή προθεσμία ή μέλλουσας απαίτησης βλ. *Ι. Μπρίνια* Αναγκαστική Εκτέλεση, 1980, σελ. 1240 επ.

¹¹⁵ Ίδιος.

¹¹⁶ Γενικότερα δεν αμφισβητείται ότι κατάσχεση απαίτησης που τελεί ακόμη υπό προθεσμία ή υπό αίρεση είναι δυνατή. Γίνεται δεκτό ότι ο τρίτος έχει υποχρέωση και τότε σε καταφατική δήλωση, επιφυλασσόμενος απλώς για την πάροδο της προθεσμίας ή την πλήρωση της αίρεσης, η δε δήλωσή του καθίσταται εκτελεστή αργότερα, με την πάροδο της προθεσμίας ή την πλήρωση της αίρεσης (ΑΠ 1540/2000 οπ.π., ΕφΑθ 6431/75, *Μπρίνια* οπ.π., §475 α IV και *Γέσιου-Φαλτσή* οπ.π., σελ. 798).

νομολογιακής προέλευσης ακατάσχετου, που ούτως ή άλλως μόνο τις καταθέσεις κατελάμβανε, όπως άλλωστε και το ν.δ. 1059/1971. Επομένως για τις λοιπές απαιτήσεις πελατών έναντι τραπεζών, οι οποίες απορρέουν από άλλου είδους λογαριασμούς, π.χ. γύρου, χορήγησης κλπ., ο νόμος δεν κάνει λόγο, επειδή ουδέποτε αμφισβητήθηκε η δυνατότητα κατάσχεσής τους, εκτός κι αν μία τέτοια αμφισβήτηση ή απαγόρευση προέρχεται από άλλη αιτία (π.χ. από τη φύση της τραπεζικής σύμβασης ή ειδική διάταξη νόμου) και πάντως όχι στα πλαίσια εφαρμογής του ν.δ. 1059/1971. Άλλωστε δεν πρέπει να ξεχνάμε ότι το ακατάσχετο γενικά αποτελεί την εξαίρεση του κανόνα και ως εκ τούτου θα πρέπει να τίθεται περιορισμένα, οπότε δεν είναι ορθό να συναχθεί ότι για τις λοιπές – πλην των καταθέσεων – απαιτήσεις ίσχυσε κατ' αναλογία το ακατάσχετο ώστε να αναμένει κανείς την ανατροπή του με το νέο νόμο. Επομένως ο νόμος δεν αναφέρεται σε άλλες απαιτήσεις, επειδή αυτές είναι ούτως ή άλλως κατασχετές (εφόσον δεν υπάρχει ειδική απαγορευτική διάταξη κατά περίπτωση) και δεν χρήζουν ειδικής ρύθμισης.

Προς τούτο φρονώ ότι συνηγορεί και η ευρύτατη διατύπωση της εξεταζόμενης διάταξης του άρθρου 24, η οποία αναφέρεται σε «κάθε μορφής καταθέσεις» προκειμένου να συμπεριλάβει όσα περισσότερα είδη καταθέσεων έχουν δημιουργήσει και πρόκειται να δημιουργήσουν στο μέλλον οι τραπεζικές συναλλαγές. Άλλωστε στην πλειονότητα των περιπτώσεων, ακόμη κι αν πρόκειται για λογαριασμούς γύρου ή χορήγησης ή όποια άλλη κατηγορία επινοηθεί, οι λογαριασμοί αυτοί συνήθως συνδυάζονται με κάποια μορφή κατάθεσης και γι' αυτό οι συμβάσεις που εξυπηρετούν αποτελούν ιδιόρρυθμες μεικτές συμβάσεις, οπότε και τα είδη αυτά λογαριασμών θα μπορούσαν να υπαχθούν στην ευρέως διατυπωμένη νομοθετική επιταγή.

Εξαιρέσεις και ειδικές περιπτώσεις ακατάσχετου

Από τη ρύθμιση της εξεταζόμενης διάταξης θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι εξαιρούνται προφανώς οι καταθέσεις εκείνες για τις οποίες προβλέπεται ειδικά το ακατάσχετο κατά τη διάταξη του άρθρου 982 παρ. 2 ΚΠολΔ, το οποίο εφαρμόζεται εν προκειμένω.

Εντελώς συνοπτικά, αναφέρουμε τις σημαντικότερες περιπτώσεις καταθέσεων που δεν μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο κατάσχεσης, καθώς και τις ιδιαιτερότητες που παρουσιάζουν ο αλληλόχρεος και ο κοινός

λογαριασμός, οι λογαριασμοί που τροφοδοτούνται από ακατάσχετες απαιτήσεις, όπως μισθοί, συντάξεις κλπ., οι λογαριασμοί χορήγησης και γύρου.

Απαλλοτρίωτη κατάθεση

i) Το ακατάσχετο είναι δυνατό να προβλέπεται από ειδική διάταξη νόμου. Τέτοια περίπτωση αποτελεί η *αναπαλλοτρίωτη κατάθεση* κατά το άρθρο 10 του ν.δ. 17-7/13-8-1923, σύμφωνα με το οποίο καθ' όσο διαρκεί το αναπαλλοτρίωτο κάθε εκποίηση της κατάθεσης και κάθε κατάσχεση αυτής είναι άκυρη, καθώς επίσης και αυτή που γίνεται για να ισχύει μετά την άρση του αναπαλλοτρίωτου (52 αρ. 3,6 ΕισΝΚΠολΔ, αρ.4,10 ν.δ. 17-7/13-8/23, αρ. 1§1 ν.δ. 3441/55).

Επίσης εάν με κάποια διάταξη νόμου ή με δικαστική απόφαση ή κι από την ίδια την τράπεζα στην οποία τηρείται ο λογαριασμός κατάθεσης, αυτή χαρακτηρίζεται ως δεσμευμένη (π.χ. περίπτωση άρθρου 44 του ν. 2065/1992¹¹⁷ ή κατάθεση υπό όρο ή το κάλυμμα εγγυητικής επιστολής), αποτελεί κάθε φορά ζήτημα ερμηνείας ή ζήτημα που ανάγεται σ' αυτή την ίδια τη φύση της κατάθεσης κατά πόσον η δέσμευση γίνεται σε εκπλήρωση νομικής ή συμβατικής υποχρέωσης ή σύμφωνα απλώς με τη βούληση του καταθέτη κατά τρόπο ώστε να συνάγεται ότι περιλαμβάνεται ή όχι, πέρα από την απαγόρευση της οικειοθελούς διάθεσής της, και η κατάσχεση αυτής¹¹⁸.

ii) Ζήτημα γεννάται στην περίπτωση που αντικείμενο κατάσχεσης είναι απαίτηση από τραπεζικό λογαριασμό, για την οποία έχει συμφωνηθεί από τα συμβαλλόμενα μέρη το *ανεκχώρητο* σύμφωνα με το άρθρο 466 ΑΚ, αν όψει της διάταξης του άρθρου 464, η οποία ισχύει και στην αντίστροφη διατύπωσή της. Τέτοια ρήτρα είναι εξαιρετικά συνήθης στις πάσης φύσεως τραπεζικές συμβάσεις.

Η κατά παρέκκλιση της αρχής του άρθρου 177 ΑΚ συμφωνία μεταξύ δανειστή και οφειλέτη (τράπεζας – πελάτη) περί αποκλεισμού της εκχώρησης της απαίτησης από τραπεζικό λογαριασμό κατ' άρθρο ΑΚ 466 εδ. α, έχει ακυρωτική ενέργεια και καθιστά άκυρη τη μεταγενέστερη εκχώρηση. Τέτοια

¹¹⁷ Βλ. Δεσμευμένες καταθέσεις κεφ. 1^ο.

συμφωνία όμως δεν μπορεί να ισχύει απέναντι στους δανειστές του δικαιούχου του λογαριασμού γιατί διαφορετικά αυτοί θα έχαναν τη δυνατότητα να επέμβουν στην περιουσία του οφειλέτη τους με μόνη τη συμφωνία των ενδιαφερομένων μερών και γιατί θα αφαιρούνταν περιουσιακά στοιχεία από τον κύκλο της περιουσίας του οφειλέτη, που κανονικά υπόκεινται σε κατάσχεση, πράγμα που αποδοκιμάζεται από την έννομη τάξη¹¹⁹.

iii) Στην περίπτωση *ενεχυρασθείσας* απαίτησης από τραπεζικό λογαριασμό, κατ' αρχήν το από το ενέχυρο δικαίωμα δεν αποκλείει την από άλλους δανειστές του ενεχυριάσαντος κατάσχεση της ενεχυριασθείσας απαίτησης (991 ΚπολΔ) σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 982 επ. ΚΠολΔ, εκτός εάν η ενεχυρίαση επέχει θέση εκχώρησης της απαίτησης, όπως η περίπτωση των άρθρων 35 επ. του ν.δ. 17.7/13.8.23 με τα ειδικά προνόμια υπέρ της τράπεζας. Γενικά οι τράπεζες παράλληλα με τη σύμβαση ενεχύρασης συμφωνούν ρητώς την εκχώρηση της απαίτησης από το λογαριασμό κατάθεσης, η οποία στην πράξη πραγματοποιείται με πίστωση των λογαριασμών της τράπεζας, οπότε με τον τρόπο αυτό η ενεχυρασθείσα κατάθεση θεωρείται ως δεσμευμένη.

iv) Ειδική περίπτωση αποτελεί ο *αλληλόχρεος λογαριασμός*, για τον οποίο ισχύουν τα εξής:

Η δυνατότητα κατάσχεσης απαιτήσεων από αλληλόχρεο λογαριασμό εμφανίζεται υπό τριπλή μορφή: α) την κατάσχεση της απαίτησης που καταχωρήθηκε στο λογαριασμό και αποτελεί κονδύλιο αυτού, β) την κατάσχεση του υπολοίπου που προήλθε από το οριστικό κλείσιμο του λογαριασμού (οριστικό υπόλοιπο) και γ) την κατάσχεση του κατά το χρόνο της κατάσχεσης τυχόν υπολοίπου υπέρ του καθ' ου η κατάσχεση¹²⁰.

Η κατάσχεση της απαίτησης που εισήλθε σε ανοικτό λογαριασμό αποκλείεται (περίπτωση α') διότι κατά μία άποψη η σύμβαση αλληλόχρεου λογαριασμού, αφού συνεπάγεται απόσβεση των καταχωρούμενων απαιτήσεων κατά το χρονικό σημείο του κλεισίματος του λογαριασμού,

¹¹⁸ Π. Μάζης οπ.π., ΔΕΕ σελ. 641.

¹¹⁹ Α. Γεωργιάδης Σύμφωνο προαιρέσεως και δικαίωμα προαιρέσεως, 1970, § 22 Ι σελ. 240.

¹²⁰ Παμπούκης οπ.π., § 204.

περιέχει διάθεση αυτών που τελεί υπό αναβλητική προθεσμία σύμφωνα με την ΑΚ 206 ώστε να είναι άκυρη οποιαδήποτε διάθεσή τους αυτοτελώς προτού εκπνεύσει η προθεσμία, (μέχρις ότου δηλαδή κλείσει ο λογαριασμός), άρα και η κατάσχεση αυτού¹²¹. Άλλη όμως άποψη¹²² υποστηρίζει ότι το αδιάθετο και ως εκ τούτου ανεκχώρητο (αδυναμία μεταβίβασης) των επιμέρους απαιτήσεων του αλληλόχρεου λογαριασμού προκύπτουν από την ίδια τη φύση και λειτουργία της σύμβασης, που συνιστά απόκλιση από την ΑΚ 177, επειδή είτε αυτές χάνουν την αυτοτέλειά τους χάριν του ενοποιητικού αποτελέσματος του τρέχοντος λογαριασμού¹²³ είτε λόγω συμψηφισμού. Πάντως η διαφοροποίηση αυτή είναι θεωρητικής και μόνον σημασίας, διότι στην πράξη δεν αμφισβητείται, ως προς τη λειτουργία του αλληλόχρεου λογαριασμού, ότι άπαξ και καταχωρηθεί σε αυτόν μία απαίτηση, χάνει την αυτοτέλειά της και ως εκ τούτου δεν μπορεί να κατασχεθεί.

Από τα παραπάνω συνάγεται ότι κατάσχεση είναι δυνατή μόνον επί του οριστικού υπολοίπου του τρέχοντος λογαριασμού στα χέρια της τράπεζας ως τρίτης (περίπτωση β').

Επειδή, όμως, στο ενδιάμεσο χρονικό διάστημα μέχρι το οριστικό κλείσιμο του λογαριασμού, υπάρχει κίνδυνος να διενεργηθούν πράξεις διάθεσης εκ μέρους του οφειλέτη-δικαιούχου, με αποτέλεσμα να κινδυνεύει να μειωθεί το υπάρχον, κατά το χρόνο της κατάσχεσης, λογιστικό υπόλοιπο μέσω πράξεων των συμβαλλομένων μερών, έχει προταθεί από ορισμένους συγγραφείς η κατάσχεση της απαίτησης πέραν του μελλοντικού υπολοίπου και για την ανά πάσα στιγμή απόδοση του υπολοίπου ή την εκτέλεση εντολών εμβασμάτων επ' αυτού¹²⁴ (περίπτωση γ').

Φρονώ ότι η εκτέλεση του επικείμενου κινδύνου της διάθεσης των απαιτήσεων μέσω του συμψηφισμού στον τρέχοντα λογαριασμό και ο επικείμενος κίνδυνος της αποδυνάμωσης του δικαιώματος του δανειστή αποτελεί βάσιμο λόγο, ο οποίος βέβαια κρίνεται κατά περίπτωση (ad hoc) από το δικαστή, που δικαιολογεί τη δυνατότητα επιβολής κατάσχεσης στο υφιστάμενο κάθε στιγμή υπόλοιπο (περιοδικό υπόλοιπο), καθιστάμενο έτσι αμέσως απαιτητό, εκτός εάν προκύπτει κάτι άλλο από την υποκείμενη σχέση,

¹²¹ Σ. Ψυχομάνης οπ.π., σελ. 121 με παραπομπή στην Α. Κιάντου-Παμπούκη οπ.π., σελ. 31.

¹²² Θ. Λιακόπουλος οπ.π., σελ. 116.

¹²³ Έτσι Παμπούκης οπ.π., § 204.

το οποίο επίσης κρίνεται κατά περίπτωση. Πάντως αποτέλεσμα μίας τέτοιας κατάσχεσης είναι, κατά την κρατούσα στη θεωρία άποψη, ότι αυτή δεν επιφέρει το κλείσιμο του λογαριασμού, αφού ενδέχεται να γίνεται ακόμη και για ένα πολύ μικρό μέρος της, αλλά μόνο τη δέσμευση υπέρ του κατάσχοντος του ποσού για το οποίο επιβλήθηκε¹²⁵. Αντίθετα άλλη άποψη δέχεται ότι η κατάσχεση στην περίπτωση αυτή λειτουργεί ως πλαγιαστική καταγγελία και επομένως κλείνει οριστικά το λογαριασμό ώστε να είναι δυνατή η κατάσχεση του οριστικού πλέον υπολοίπου¹²⁶.

ν) *Κοινός λογαριασμός*: Η δυνατότητα κατάσχεσης μίας τέτοιας απαίτησης είχε κατά καιρούς αμφισβητηθεί λόγω του απορρήτου (ΟΛΑΠ 3/1993) παρά τα αντιθέτως ρητώς διαλαμβανόμενα στο άρθρο 4 του ν. 5638/1932¹²⁷. Έτσι μετά την οριστική διευθέτηση του επιτραπεπού της κατάσχεσης με το ν. 2915/2001 η διάταξη αυτή θα πρέπει να εφαρμόζεται ανενδοίαστα.

¹²⁴ Έτσι *Canaris* οπ.π., Αημ 190 και *Παμπούκης* οπ.π., § 204.

¹²⁵ Έτσι *Παμπούκης* οπ.π., σελ. 565. Επίσης η ίδια λύση επιλέχθηκε σύμφωνα με τα τελευταία σχέδια του Εμπορικού Κώδικα.

¹²⁶ Δ. *Κριμπάς* Προς πληρεστέραν νομοθετικήν ρύθμισιν του αλληλόχρεου λογαριασμού ΕΕμπΔ 1967, 321. Βλ. όμως κριτική της άποψης αυτής στον Ψυχομάνη, οπ.π., σελ. 129.

¹²⁷ Το άρθρο αυτό ορίζει ότι «κατάσχεση της κατάθεσης επιτρέπεται, έναντι όμως των κατασχόντων αυτή τεκμαίρεται αμαχήτως ότι ανήκει σε όλους τους δικαιούχους κατά ίσα μέρη».

Η ισχύς των διατάξεων του Ν.Δ. 17.7/13.8.1923 αναφορικά με την κατάσχεση στα χέρια της τράπεζας

Ειδική ρύθμιση αναφορικά με την κατάσχεση χρημάτων ή χρεογράφων σε τράπεζα ως τρίτη, περιέχεται στα άρθρα 87 επ. του ν.δ. της 17-7/13-8/1923. Με το άρθρο 52 παρ. 3 ΕισΝΚΠολΔ το εν λόγω διάταγμα διατηρήθηκε σε ισχύ εκτός από τις διατάξεις των άρθρων 92 και 94 που ρητώς καταργήθηκαν.

1. Σύμφωνα με τις ειδικές αυτές δικονομικές διατάξεις ισχύουν σε γενικές γραμμές τα ακόλουθα:

α) Η κατάσχεση επιτρέπεται μόνον στο κατάστημα ή υποκατάστημα που υφίσταται η κατάθεση ή άλλη οφειλή, ενώ εάν η οφειλή δημιουργήθηκε σε υποκατάστημα στην αλλοδαπή, η κατάσχεση στην Ελλάδα δεν την περιλαμβάνει (άρθρο 90).

β) Η εταιρία (εν προκειμένω η τράπεζα) δικαιούται είτε να καταθέσει τα κατασχεθέντα δικαστικώς, απαλλασσόμενη πάσης ευθύνης, είτε να ζητήσει από τον «πρόεδρο» - σήμερα πλέον από το κατά τόπον αρμόδιο Μονομελές Πρωτοδικείο με την διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων σύμφωνα με το άρθρο 3 ΕισΝΚΠολΔ – την άρση της κατάσχεσης που μπορεί να χορηγηθεί μετά ή άνευ εγγύησης. Μάλιστα ειδικά η Εθνική Τράπεζα της Ελλάδος δικαιούται να διατηρήσει τα κατασχεθέντα σε κατάθεση όψεως (άρθρο 87).

γ) Η δικαστική κατάθεση γίνεται στο όνομα του δικαιούχου ή των κληρονόμων του χωρίς ρητή κατονομασία τους, οι οποίοι ειδοποιούνται για αυτήν, εκτός εάν η ειδοποίηση είναι δυσεπίτευκτη οπότε παραλείπεται με άδεια του δικαστηρίου (άρθρο 89).

δ) Αν η εταιρία έχει κάνει δήλωση δικαιούται να προσαγάγει τα δικαιολογητικά έγγραφα της δήλωσής της στο ακροατήριο της δίκης επί της ανακοπής της δήλωσης και δεν υποχρεούται να ενισχύσει με όρκο τη δήλωση αυτή (άρθρο 91).

2. Τη θεωρία έχει απασχολήσει εκτενώς το ζήτημα κατά πόσον οι σχετικές ως άνω δικονομικές διατάξεις εξακολουθούν να ισχύουν και μετά τη θέση σε ισχύ του ΚπολΔ, δεδομένου ότι ρητή κατάργηση πλην των άρθρων 92 και 94 δεν προβλέπεται, δύναται όμως να έχουν καταργηθεί σιωπηρά, πόσο μάλλον εάν ισχύουν σήμερα μετά την ισχύ του ν. 2915/2001.

Κατ' αρχάς οφείλει να παραδεχθεί κανείς πως οι ειδικές διατάξεις του ν.δ. είναι ούτως ή άλλως αποσπασματικές, οπότε η συμπληρωματική εφαρμογή του ΚπολΔ είναι αναπόφευκτη¹²⁸.

Ωστόσο η διχογνωμία περί της ισχύος ή μη των διατάξεων του ν.δ. οφείλεται στη διατύπωση του άρθρου 52 αριθμ. 3 ΕισΝΚΠολΔ, το οποίο όρισε ότι «διατηρούνται σε ισχύ οι διατάξεις που αφορούν την αναγκαστική εκτέλεση, εκτός από τις διατάξεις των άρθρων 92 και 94, οι οποίες καταργούνται από την εισαγωγή του ΚΠολΔ».

3. Η άποψη που τελικώς επικράτησε είναι ότι τα εν λόγω άρθρα 87 επ. του ν.δ. 17-7/13-8-1923 διατηρήθηκαν σε ισχύ και μετά τη θέση σε ισχύ του ΚΠολΔ, αφού το γράμμα της διάταξης του άρθρου 52 ΕισΝΚΠολΔ ομιλεί μόνον για κατάργηση των άρθρων 92 και 934. Παρόλα αυτά η κρατούσα άποψη δέχθηκε έντονη κριτική από μέρος της θεωρίας ως αντίθετη με το πνεύμα του νέου ΚΠολΔ¹²⁹, με αποτέλεσμα σήμερα πλέον, παρότι δεν έχουν καταργηθεί ρητώς, να μην θεωρούνται εφαρμογής τα εξής άρθρα:

α) Η διάταξη του άρθρου 90, όπως παραβάλλεται ανωτέρω, υποστηρίζεται ομόφωνα ότι δεν μπορεί πλέον να εφαρμοστεί σε καμία περίπτωση¹³⁰. Και τούτο διότι ο σκοπός της διάταξης αυτής, ο οποίος έγκειται στην προστασία και ασφάλεια της τράπεζας που τα παλαιότερα χρόνια λόγω της δυσχερούς επικοινωνίας μεταξύ των καταστημάτων δεν ήταν σε θέση να παρακολουθεί την κίνηση των καταθέσεων των πελατών της, με κίνδυνο να γίνονται αναλήψεις άγνωστες σε αυτήν και από άλλο υποκατάστημα, πέραν αυτού όπου ανοίχθηκε και τηρείται ο τραπεζικός λογαριασμός, έχει παντελώς εκλείψει σήμερα. Με το σύστημα on line μεταξύ των καταστημάτων της ίδιας τράπεζας, είτε αυτά βρίσκονται στην ημεδαπή είτε στην αλλοδαπή, αλλά ακόμη και μεταξύ διαφορετικών τραπεζών, όπου η πληροφορία για την ανά πάσα στιγμή κίνηση του τραπεζικού λογαριασμού είναι άμεση, δεν δικαιολογείται η εφαρμογή της εν λόγω διάταξης, οπότε θεωρείται πλέον σιωπηρά καταργημένη.

¹²⁸ ΑΠ 108/1997 ΕΛΛΔνη 39.106, ΕφΠατρ. 763/1999 ΔΕΕ 6.73.

¹²⁹ Π. Μάζης, οπ.π.

¹³⁰ Ίδιος. Επίσης Σ. Ψυχομάνη οπ.π., ΔΕΕ σελ. 478.

Αντίθετη όμως άποψη υποστηρίζει ότι η on line διενέργεια συναλλαγών αποσκοπεί στην διευκόλυνση της διατραπεζικής επικοινωνίας και πληροφορίας, δεν μπορεί όμως να αναιρέσει την εφαρμογή ρητών νομοθετικών ρυθμίσεων, όπως η διάταξη του άρθρου 90¹³¹.

Κατά συνέπεια αποτελεί μάλλον κρατούσα άποψη ότι η κατάσχεση χρημάτων και χρεογράφων στα χέρια τράπεζας ως τρίτης μπορεί να γίνει μόνο σύμφωνα με τις διατάξεις του ΚΠολΔ και μάλιστα είδαμε ότι η κατάσχεση θα πρέπει να γίνεται στο κεντρικό κατάστημά της. Εξάλλου τυχόν επίκληση εκ μέρους της τράπεζας ή του καταθέτη ή άλλου δικαιούχου της διάταξης του άρθρου 90 μπορεί να αποκρουσθεί με την ένσταση κυρίως της ΑΚ 281.

Τα άρθρα 87-89 δεν μπορούν να ισχύσουν σήμερα, αντικατασταθέντα σιωπηρώς από τις ρυθμίσεις του ΚΠολΔ και του ΑΚ, οι οποίες ανταποκρίνονται καλύτερα στις νέες συνθήκες απ' ότι επί εποχής του ν.δ.

β) Η προβλεπόμενη στο άρθρο 91 του ν.δ. δυνατότητα της τράπεζας να προσαγάγει στο ακροατήριο κατά τη συζήτηση της ανακοπής της δήλωσης και δικαιολογητικά έγγραφα της δήλωσής της ή να ενισχύσει με όρκο τη δήλωσή της, αποβλέπει προφανώς στη διευκόλυνσή της να αποδείξει την ακρίβεια της δήλωσής της όταν αυτή αμφισβητείται. Όμως υπό το καθεστώς του ΚΠολΔ ούτε η ενίσχυση της δήλωσης με όρκο είναι δυνατή έτσι ώστε να υποστηρίζεται από τη θεωρία η σιωπηρή κατάργησή της¹³² ούτε να απαιτείται άλλωστε η επίκληση της διάταξης του άρθρου 91 για να μπορέσει η τράπεζα να αποδείξει με έγγραφα την ακρίβεια της δήλωσής της.

Επομένως από τα παραπάνω συνάγεται ότι η κατάσχεση των καταθέσεων αλλά και κάθε άλλης χρηματικής απαίτησης στα χέρια της τράπεζας ως τρίτης γίνεται ανεπιφύλακτα σύμφωνα με τις αντίστοιχες διατάξεις των άρθρων 982 επ. του ΚΠολΔ.

Οι ειδικές διατάξεις περί της κατάσχεσης χρημάτων στα χέρια τράπεζας με βάση το ν.δ. του 1923 (άρθρα 87 επ.) αποδεικνύονται στην πράξη ανεφάρμοστες λόγω των αναχρονιστικών και ανεπίκαιρων ρυθμίσεων και σκοπών που εξυπηρετούν. Τελικώς, και στην πράξη η πλειονότητα των τραπεζών ακολουθεί πλέον την προβλεπόμενη στον ΚΠολΔ διαδικασία της κατάσχεσης, αφού το παράλληλο δικονομικό σύστημα του ν.δ. δεν έχει να

¹³¹ Δ. Κουτσούκης οπ.π., Συνήγορος 2001, σελ. 263.

προσφέρει κάτι περισσότερο προς το συμφέρον τους, με αποτέλεσμα να έχει τεθεί σε αχρηστία.

Γ. Στον αντίποδα του τραπεζικού απορρήτου: Η υποχρέωση της τράπεζας προς παροχή πληροφοριών

Όπως ειπώθηκε προηγουμένως, η τράπεζα υποχρεούται να διαφυλάσσει τα συμφέροντα του πελάτη της και να μην αποκαλύπτει πληροφορίες που άπτονται των περιουσιακών του ζητημάτων, τα οποία διαχειρίζεται η ίδια αποφασιστικά (το λεγόμενο «τραπεζικό απόρρητο»). Δε δικαιούται και δεν δύναται να παρέχει πληροφορίες στους πελάτες της ή άλλες τράπεζες και αντίστοιχη απαίτηση των τελευταίων ασφαλώς δεν υπάρχει.

Ωστόσο, σε κάποιες περιπτώσεις η υποχρέωση αυτή της τράπεζας κάμπτεται και υποχωρεί, με αποτέλεσμα ενδεχόμενη άρνησή της να παρέχει τις ζητούμενες πληροφορίες να καθίσταται αδικαιολόγητη και καταχρηστική, ελεγκτέα βάσει του ΑΚ 281. Ως γνωστόν, η μόνη νομοθετικά προβλεπόμενη περίπτωση άρσης του τραπεζικού απορρήτου είναι η περίπτωση ανίχνευσης κακουργήματος (άρθρο 3 του ν.δ. 1059/1971). Ωστόσο, από διατάξεις του ΑΚ και του Εμπ.Κ και του ΚΠολΔ και κυρίως βάσει των ΑΚ 281 και 288 συνάγονται περιπτώσεις όπου τρίτοι έχουν αξίωση έναντι της τράπεζας για παροχή πληροφοριών και οιαδήποτε άρνηση της τελευταίας καταλήγει καταχρηστική και μη νόμιμη.

Παρακάτω εξετάζονται οι εξαιρετικές αυτές περιπτώσεις:

- 1. Εκχώρηση απαίτησης:** Ο εκδοχέας έχει αξίωση κατά της εκχωρήτριας τράπεζας για παροχή όλων των αναγκαίων για την ενάσκηση της απαίτησης πληροφοριών (ΑΚ 456).
- 2. Εντολή:** Ο εντολέας-πελάτης έχει αξίωση κατά της εντολοδόχου τράπεζας για παροχή πληροφοριών σχετικά με την υπόθεση που της ανατέθηκε (ΑΚ 718) ή για επίδειξη εγγράφων (ΑΚ 402).
- 3. Κατάσχεση:** Ο κατασχών έχει αξίωση κατά της τράπεζας να προβεί στη δήλωση του 985 ΚΠολΔ, ως προειπώθηκε. Ειδικότερα ως προς το θέμα της παροχής πληροφοριών για την τήρηση τραπεζικού λογαριασμού κατάθεσης, τίθεται ζήτημα κατά πόσο το άρθρο 24 του ν.

¹³² Έτσι Σ. Ψυχομάνης οπ.π., ΔΕΕ.

2915/2001 επιτρέπει πέραν της κατάσχεσης της τραπεζικής κατάθεσης και την παροχή πληροφοριών σχετικά με τον τραπεζικό λογαριασμό που τηρεί ο οφειλέτης, στο δανειστή εκείνο, ο οποίος «έχει δικαίωμα κατάσχεσης» σύμφωνα με τη διατύπωση της διάταξης.

Ειδικότερα, ο προβληματισμός της πληροφόρησης επικεντρώνεται σε δύο καίρια ερωτήματα: α) ποιος μπορεί να λάβει τις πληροφορίες για την κατάθεση, ποιος δηλαδή είναι ο δανειστής που έχει δικαίωμα κατάσχεσης κατά το γράμμα του νόμου και β) κατά πόσο υποχρεούται ή όχι ο επισπεύδων να αναφέρει στο κατασχετήριο έγγραφο συγκεκριμένο ατομικό τραπεζικό λογαριασμό, τηρούμενο σε συγκεκριμένο τραπεζικό κατάστημα εν όψει και των άρθρων 983 και 118 ΚΠολΔ, οπότε τίθεται ζήτημα πώς θα συλλέξει τις πληροφορίες αυτές.

Διχογνωμία

(i) *Συσταλτική ερμηνεία.* Στη θεωρία επικρατεί διχογνωμία πάνω στο ζήτημα αυτό. Κατά μία άποψη η παροχή πληροφοριών περιορίζεται μόνο στην υποχρέωση της τράπεζας να προβεί στη δήλωση του άρθρου 985 παρ. 1 ΚΠολΔ για το εάν υπάρχει κατάθεση του καθ' ου και εάν τυχόν επιβλήθηκε άλλη κατάσχεση, από ποιόν και για ποιο ποσό. Επομένως αυτός που έχει δικαίωμα να λάβει τις περιορισμένης έκτασης πληροφορίες είναι ο δανειστής, ο οποίος όχι μόνον έχει εκτελεστό τίτλο (904 § 1 ΚΠολΔ) αλλά επιβάλλει κατάσχεση στα χέρια της τράπεζας ως τρίτης.

Ειδικότερα υποστηρίζεται¹³³ ότι το αληθές νόημα της εν λόγω διάταξης υπό το φως της συνταγματικής θεμελίωσης του τραπεζικού απορρήτου επιβάλλει τη συσταλτική ερμηνεία της, με το σκεπτικό ότι το τραπεζικό απόρρητο δεν είναι δυνατόν – ακριβώς λόγω της συνταγματικής του διάστασης (άρθρο 5 Σ) – να μπορεί να καταλυθεί με διάταξη του κοινού νομοθέτη (παρά μόνο σε περίπτωση προσβολής των δικαιωμάτων των άλλων ή του ίδιου του Συντάγματος ή των χρηστών ηθών (άρθρο 5 παρ. 1 Σ) ή ενόψει κατάχρησης σύμφωνα με το άρθρο 25 § 3 Σ). Κατά συνέπεια η τράπεζα έναντι του δανειστή δεν υποχρεούται σε παροχή πληροφοριών για

¹³³ Σ. Ψυχομάνης ΔΕΕ 5/2001, σελ. 475.

την τυχόν κατάθεση του οφειλέτη-πελάτη της, πλην των ελαχίστων και απολύτως αναγκαίων μόνον στα πλαίσια της δήλωσης του 985 παρ. 1 ΚΠολΔ. Ωστόσο, αναπάντητο και προς διερεύνηση εξακολουθεί να παραμένει το ερώτημα πώς θα συλλέξει τις πληροφορίες του ο δανειστής με βάση την άποψη αυτή.

(ii) *Διασταλτική ερμηνεία.* Αντίθετα, άλλη άποψη υποστηρίζει ότι η διάταξη θα πρέπει να ερμηνευθεί διασταλτικά ούτως ώστε μία τέτοια πληροφόρηση να επιτρέπεται και πέραν του πλαισίου της δήλωσης του άρθρου 985 παρ. 1 ΚΠολΔ. Σύμφωνα με την άποψη αυτή ο δανειστής που νομιμοποιείται να αιτηθεί την πληροφόρηση, άλλως που έχει «δικαίωμα κατάσχεσης», είναι αυτός που πληροί τις προϋποθέσεις εκείνες που επιτρέπουν την επιβολή της πάνω σε υπάρχουσα κατάθεση του οφειλέτη του, ανεξαρτήτως, όμως, εάν αυτή επιβληθεί ή όχι, αφού αρκεί η ύπαρξη δικαιώματος κατάσχεσης και μόνον, σύμφωνα με το γράμμα του νόμου.

Συνεπώς προκειμένου να γίνει δεκτό σχετικό αίτημα από την τράπεζα, αρκεί να πιστοποιείται με βεβαιότητα η ιδιότητα του αιτούντος ως δικαιούχου ή δανειστή της συγκεκριμένης απαίτησης, ο οποίος εξ αυτού του λόγου θα πρέπει να είναι εφοδιασμένος με όσα έγγραφα και τίτλους θα απαιτούνταν για να επιβάλει κατάσχεση χωρίς όμως την προϋπόθεση να έχει προηγουμένως εκδοθεί μία *ad hoc* δικαστική απόφαση, η οποία ειδικά να την επιτρέπει.

Επιπλέον, θα πρέπει βέβαια, να προκύπτει από τα προσκομιζόμενα έγγραφα το ποσό έως το οποίο η κατάσχεση θα ήταν επιτρεπτό να εκταθεί, οπότε και οι ζητούμενες διερευνητικά πληροφορίες δεν μπορούν αντίστοιχα να το υπερβούν. Το τελευταίο συνάγεται τόσο από τη ρητή διάταξη του άρθρου 24, όπου γίνεται λόγος για άρση του απορρήτου μόνο για το χρηματικό ποσό που απαιτείται για την ικανοποίηση του δανειστή, όσο και από την εισηγητική έκθεση του νόμου, όπου αναφέρεται ότι «άλλες πληροφορίες φυσικά δεν θα δίνει ο πιστωτικός οργανισμός».

Κατά τη γνώμη μου η δεύτερη άποψη είναι περισσότερο ορθή ή τουλάχιστον προσεγγίζει καλύτερα τη διάσταση του προβλήματος στο βαθμό που η πρώτη αφήνει εκτεθειμένο το δανειστή ως προς την πρόσβαση πληροφόρησης. Αναμφισβήτητα θεωρώ ότι είναι όχι μόνον επιτρεπτό, αλλά και επιβεβλημένο σύμφωνα με το πνεύμα του νόμου, αφενός να παρέχονται στο δανειστή όσες πληροφορίες του είναι απολύτως απαραίτητες

προκειμένου να ασκήσει το δικαίωμά του και να ικανοποιηθεί από το περιουσιακό στοιχείο του οφειλέτη (την κατάθεση), αφετέρου να διευκολύνεται στην ανεύρεση των πληροφοριών αυτών. Μόνον υπό το πρίσμα αυτό μπορεί να εφαρμοσθεί και να λειτουργήσει στην πράξη η νέα ρύθμιση υπό τους όρους βέβαια και τις προϋποθέσεις που θέτει αυτή. Διαφορετικά η λύση που υπονοεί η πρώτη άποψη, ότι δηλαδή ο δανειστής θα πρέπει να επιβάλλει κατάσχεση που θα επιδώσει σε όλες τις τράπεζες ώστε μέσω της δήλωσής τους να αποκαλυφθεί σε ποια υπάρχει κατάθεση, μπορεί να αποβεί δυσβάσταχτη οικονομικά και ασύμφορη, όταν ιδίως το οφειλόμενο χρέος είναι μικρής αξίας, οπότε και λειτουργεί αποτρεπτικά για το δανειστή αυτόν. Κατά την προσωπική μου άποψη μία τέτοια προσέγγιση του ζητήματος δεν συνάδει προς το σκοπό του νόμου γιατί εμποδίζει την ικανοποίηση του οικονομικά ασθενέστερου δανειστή, με αποτέλεσμα να γίνεται αδικαιολόγητη και ανεπίτρεπτη διάκριση μεταξύ των δανειστών του ίδιου οφειλέτη (ο οικονομικά ισχυρότερος που αντέχει την επιβάρυνση αυτή ή έχει αξιολογότερη οικονομικά αξίωση να ικανοποιείται τελικά).

Φρονώ, επομένως, ότι μετά τη θέση σε ισχύ του άρθρου 24 του ν. 2915/01 άνοιξε ο δρόμος για την υποχρέωση της τράπεζας σε παροχή των αναγκαίων εκείνων πληροφοριών αναφορικά με τους τραπεζικούς λογαριασμούς πελατών της, σε όποιον δικαιολογημένα, πάντως, το αξιώνει. Παράλειψη ή άρνηση της τράπεζας για την παροχή αναγκαίων πληροφοριών για την κατάσχεση θα πρέπει να θεωρείται τουλάχιστον καταχρηστική (ΑΚ 281).

Το μόνο που χρήζει ιδιαίτερης προσοχής ώστε να μη φθάσει κανείς στο άλλο άκρο της παροχής πληροφοριών πέραν των απολύτως αναγκαίων για την ενάσκηση του δικαιώματος που η νέα διάταξη παρέχει στο δανειστή, πράγμα που θα έρχεται σε ευθεία παράβαση με το απόρρητο του ν.δ. 1059/71, είναι η πιστοποίηση του έχοντος δικαίωμα κατάσχεσης όταν θα γίνεται μέσα στα πλαίσια δικονομικής διαδικασίας. Η κρίση του ποιος έχει το δικαίωμα αυτό, ώστε κατ' επέκταση να μπορεί να αξιώσει από την τράπεζα τις δέουσες πληροφορίες, είναι ιδιαίτερος ρευστή όταν επαφίεται εξ ολοκλήρου στην τράπεζα. Διότι η πράξη μας έχει διδάξει ότι ανάλογα με την πολιτική που ακολουθεί κάθε τράπεζα προκειμένου να παραμένει ανταγωνιστική, τα κριτήρια είναι άλλοτε ηπιότερα και άλλοτε αυστηρότερα (π.χ. ως προς την

παροχή δανείων). Εν προκειμένω, όμως, απαιτείται από τις τράπεζες να επιδείξουν ιδιαίτερη σύνεση και φειδώ λόγω του απορρήτου των καταθέσεων με το ν.δ. 1059/71 (άλλωστε το απόρρητο ετέθη και προς το συμφέρον τους), το οποίο ισχύει για το πέραν της κατάσχεσης ποσό, άρα πέραν του ποσού που ο δανειστής χρειάζεται να γνωρίζει για να ικανοποιηθεί. Επομένως θα πρέπει στην περίπτωση εκείνη που δεν μπορεί να διαπιστωθεί με απόλυτη ασφάλεια το δικαίωμα του δανειστή, να ζητείται από την τράπεζα η προσκόμιση δικαστικής απόφασης ώστε η κρίση περί της ύπαρξης ή και πιθανολόγησης του δικαιώματός του, καθώς και του περιεχομένου των πληροφοριών που οφείλει να παράσχει η τράπεζα, να αποφασίζεται από το δικαστή κατά περίπτωση.

Εξυπακούεται ότι σε περίπτωση που η τράπεζα αποκαλύψει πληροφορίες σχετικά με τον τραπεζικό λογαριασμό, οι οποίες, όμως, δεν είναι οι απολύτως απαραίτητες για το ορισμένο της επιβολής κατάσχεσης κατά την κρίση του δικαστηρίου (το οποίο θα κρίνει κατά περίπτωση), αλλά επεκτείνονται και σε άλλες άσχετες με την κατάσχεση πληροφορίες σχετικά με το λογαριασμό ή πολύ περισσότερο για τις προσωπικές ή οικονομικές υποθέσεις του πελάτη-οφειλέτη, εξυπακούεται ότι είναι δυνατό να θεμελιωθεί αδικοπρακτική ευθύνη έναντι αυτού από την παραβίαση του απορρήτου του ν.δ. 1059/1971 και ικανοποίηση ηθικής βλάβης, εφόσον συντρέχουν τα στοιχεία του παρανόμου και της υπαιτιότητας, ή από την παραβίαση της παρεπόμενης (σε σχέση με την κύρια τραπεζική σύμβαση) υποχρέωσης εχεμύθειας με βάση την 288 ΑΚ, να υπαναχωρήσει δε ή να καταγγείλει τη σύμβαση κατάθεσης. Επιπροσθέτως ο πελάτης μπορεί να αξιώσει από την τράπεζα ό,τι επιτρέπει ο νόμος στο θιγόμενο με βάση τις διατάξεις περί προσωπικότητας από τις οποίες πηγάζει το απόρρητο, όπως άρση της προσβολής, παράλειψη για το μέλλον, λήψη ασφαλιστικών μέτρων, αλλά και ποινική ευθύνη του άρθρου 371 ΠΚ περί επαγγελματικής εχεμύθειας, ακόμη και πειθαρχική ευθύνη του υπαλλήλου της τράπεζας ή οργάνου που παραβίασε το απόρρητο με βάση τους εσωτερικούς κανονισμούς της τράπεζας ή τη σύμβαση εργασίας του.

- 4. Επιταγή:** (α) ο κομιστής επιταγής, που δεν πληρώθηκε λόγω έλλειψης διαθέσιμων κεφαλαίων, έχει αξίωση κατά της πληρώτριας τράπεζας να

βεβαιώσει το γεγονός στο σώμα της επιταγής ή με ιδιαίτερο έγγραφο, σημειώνοντας επίσης και την ημέρα εμφανίσεως της επιταγής.

(β) ο εκδότης επιταγής έχει αξίωση παροχής πληροφοριών από την πληρώτρια τράπεζα για το πρόσωπο του κομιστή και τις περιστάσεις της πληρωμής.

5. Ενεχυρίαση απαιτήσεων και τίτλων: ενέχυρο απαίτησης: Όταν η πιστώτρια είναι τράπεζα και ενεχυριάζει απαίτηση «είτε λόγω δανείου απλού η επ' ανοικτώ λογαριασμού είτε λόγω εξασφάλισεως προγενεστέρας απαιτήσεως αυτής», τότε εφαρμόζονται οι διατάξεις 39 και 44 του ν.δ. της 17.7.1923 «περί ειδικών διατάξεων επί ανωνύμων εταιριών».

Σύμφωνα με το άρθρο 39 § 1, η ενεχυρίαση συνεπάγεται εκχώρηση της ονομαστικής απαίτησης από τον οφειλέτη προς την πιστώτρια (ενεχυρούχο δανειστή), ενώ από την επίδοση της ενεχυρικής σύμβασης θεωρείται ότι ο ενεχυρούχος δανειστής (πιστώτρια) νέμεται την απαίτηση. Στη θεωρία και τη νομολογία επικρατεί αμφισβήτηση αναφορικά με την ερμηνεία του άρθρου 39: υποστηρίζονται οι παρακάτω απόψεις:

(α) Κατά μία άποψη, με το άρθρο 39 καθιερώνεται ένα είδος εξασφαλιστικής εκχώρησης, έτσι ώστε η ενεχυρούσα τράπεζα να γίνεται μετά την επίδοση μοναδικός και πραγματικός δικαιούχος της ενεχυρασμένης απαίτησης¹³⁴.

(β) Μία δεύτερη άποψη υποστηρίζει ότι η ενεχυρίαση απαίτησης, κατά το ν.δ. της 17.7.1923, παράγει καταρχήν ενέργεια εκχώρησης, με αποτέλεσμα ο ενεχυραστής να μην έχει δικαίωμα διάθεσης (εκχώρησης, είσπραξης, μετενεχύρασης).

(γ) Τέλος, μία τρίτη γνώμη δέχεται ότι τα αποτελέσματα της ενεχύρασης του ν.δ. του 1923 ταυτίζονται κατά βάση με εκείνα της ενεχύρασης απαίτησης του ΑΚ, διαφέρουν όμως ως προς την εξουσία προς είσπραξη της απαίτησης κατ' άρθρο 44¹³⁵.

Ανεξάρτητα από την παραπάνω αμφισβήτηση, ο ενεχυρούχος δανειστής δικαιούται βάσει του άρθρου 44 να εισπράττει μόνος την απαίτηση,

¹³⁴ Βλ. Εφαθ 1735/1983, ΕλλΔνη 24, 1046.

αποδίδοντας στον οφειλέτη (καταθέτη) το υπόλοιπο που απομένει μετά την εξόφληση του χρέους.

Από τα παραπάνω συνάγεται ρητώς ότι το δικαίωμα παροχής πληροφοριών ανήκει αναμφίβολα στον ενεχυρούχο δανειστή, αφού ως εκδοχέας έχει και το δικαίωμα είσπραξης. Το πιστωτικό ίδρυμα μπορεί χωρίς κανένα ενδοιασμό να δίνει τις πληροφορίες που είναι σχετικές με την ύπαρξη, ύψος, είσπραξη της απαίτησης. Αντιθέτως, δε δικαιούται να δώσει πληροφορίες που θεωρούνται άκρως προσωπικές του καταθέτη.

Δικαίωμα παροχής πληροφοριών έχει και ο ενεχυράσας πελάτης, ιδίως όσον αφορά το ύψος της απαίτησης για να γνωρίζει αν η απαίτηση καλύπτει ή όχι το ασφαλιζόμενο χρέος.

- Ενεχυρίαση τίτλων (ανωνύμων ή ονομαστικών) κατατεθειμένων σε πιστωτικό ίδρυμα

Βάσει της 1244 § 1 ΑΚ, στο ενέχυρο ανωνύμων τίτλων εφαρμόζονται οι διατάξεις για το ενέχυρο κινητών πραγμάτων. Ως ανώνυμοι τίτλοι νοούνται τα αξιόγραφα με την ευρύτερη έννοιά τους, δηλαδή τα έγγραφα που ενσωματώνουν δικαίωμα κατά τέτοιο απόλυτο τρόπο, ώστε για την άσκηση του δικαιώματος και για τη μεταβίβασή του να απαιτείται απαραίτητα η κατοχή του εγγράφου, και στα οποία έγγραφα δεν αναγράφεται το όνομα εκείνου που δικαιούται να ασκήσει το ενσωματωμένο δικαίωμα¹³⁶.

Από τα άρθρα 1220, 1221, 1222, 1228, 1237 προκύπτει ότι ο νόμος παρέχει στον ενεχυρούχο δανειστή ορισμένα δικαιώματα για την άσκηση των οποίων χρειάζεται πληροφορίες, τις οποίες το πιστωτικό ίδρυμα υποχρεούται να τις δώσει. Ομοίως και ο ενεχυραστής δικαιούται να ζητήσει όσες πληροφορίες απαιτούνται για την άσκηση των δικαιωμάτων του.

6. Επικαρπία απαιτήσεων και τίτλων: Στην περίπτωση της επικαρπίας, τίθεται εύλογα το ερώτημα σε ποιόν ανήκει το δικαίωμα να ζητήσει πληροφορίες από το πιστωτικό ίδρυμα. Στον επικαρπωτή ή στον ψιλό κύριο; Το παραπάνω ερώτημα προϋποθέτει ότι οι ανώνυμοι τίτλοι και

¹³⁵ ΑΠ 649/1968, ΝοΒ 17, 412.

τα αναλωτά πράγματα έχουν κατατεθεί προς φύλαξη στο πιστωτικό ίδρυμα, ενώ στην περίπτωση των απαιτήσεων από χρηματικές καταθέσεις είναι πρόδηλη η εμπλοκή του πιστωτικού ιδρύματος στην υπό εξέταση προβληματική.

Βάσει της ΑΚ 1142, η προσωπική δουλειά της επικαρπίας παρέχει στον επικαρπωτή το εμπράγματο δικαίωμα να χρησιμοποιεί και να καρπώνεται ξένο πράγμα, ενώ ο ψιλός κύριος έχει μόνον την εξουσία διάθεσης του πράγματος. Ο επικαρπωτής δικαιούται να χρησιμοποιεί πλήρως το πράγμα ως νομέας αυτού (ΑΚ 1147), διατηρώντας ωστόσο ακέραιη την ουσία του (ΑΚ 1142). Συνεπώς, δικαιούται αυτός να ζητά πληροφορίες από την τράπεζα για το χρονικό διάστημα που ισχύει το δικαίωμα της επικαρπίας, ενώ ο ψιλός κύριος δικαιούται να ζητά πληροφορίες μόνο ως προς την ύπαρξη του πράγματος.

Επικαρπία απαιτήσεων: Στην περίπτωση αυτή, ο επικαρπωτής έχει δικαίωμα στην κάρπωση της απαίτησης, όχι όμως και στην ανάλωσή της. Ως τακτικός διαχειριστής, δικαιούται να ζητά πληροφορίες από την τράπεζα, ενώ ο συστήσας την επικαρπία μπορεί να πληροφορείται μονάχα αν υπάρχει η απαίτηση.

Αν η απαίτηση δεν είναι χρηματική, ο επικαρπωτής μπορεί και να την εισπράξει (ιδίω ονόματι). Αντίθετα, αν αυτή είναι χρηματική, προς είσπραξη του κεφαλαίου δικαιούνται από κοινού ο δανειστής και ο επικαρπωτής (ΑΚ 1181). Τους τόκους εισπράττει μόνος του ο επικαρπωτής¹³⁷.

Επικαρπία τίτλων: Ισχύουν τα ίδια όπως στην περίπτωση της επικαρπίας απαιτήσεων.

7. Παραχώρηση υποθήκης ή προσημείωσης από τρίτο κύριο: Προς εξασφάλισή τους έναντι των απαιτήσεών τους από δάνεια σε πελάτες τους τα πιστωτικά ιδρύματα ζητούν την παροχή εμπραγμάτων ασφαλειών σε ακίνητα που ανήκουν είτε στο δανειολήπτη είτε σε τρίτα πρόσωπα. Στην πρώτη περίπτωση, δε δημιουργούνται προβλήματα σε σχέση με το τραπεζικό απόρρητο, αφού ο δανειολήπτης δικαιούται να

¹³⁶ Εδώ ανήκουν π.χ. τα ανώνυμα χρεόγραφα, δηλαδή τραπεζικά γραμμάτια, μη εν όψει ομολογίες ομολογιακού δανείου ανωνύμου εταιρίας, ανώνυμες μετοχές α.ε., έντοκα γραμμάτια και ομόλογα του Δημοσίου.

παίρνει όποιες πληροφορίες επιθυμεί από το πιστωτικό ίδρυμα. Αντίθετα, στη δεύτερη περίπτωση, γεννώνται τα εξής ζητήματα, που εξετάζονται παρακάτω:

Ο παρασχών υποθήκη τρίτος: Ο τρίτος που παραχώρησε υποθήκη σε ακίνητό του για εξασφάλιση απαίτησης πιστωτικού ιδρύματος από χορήγηση δανείου (πίστωσης) συμβαίνει πολλές φορές να θέλει να πληροφορηθεί το ύψος της οφειλής του δανειολήπτη προς το πιστωτικό ίδρυμα-ενυπόθηκο δανειστή, είτε διότι σκέπτεται να πωλήσει το ενυπόθηκο, ή σε περίπτωση που κινείται διαδικασία αναγκαστικού πλειστηριασμού εναντίον του, να καταβάλει εξ ιδίων την οφειλή για να περισώσει το ακίνητό του, υποκαθιστάμενος βεβαίως στα δικαιώματα του ενυποθήκου δανειστή (ΑΚ 1298). Ερωτάται αν ο τρίτος δικαιούται να πάρει τις πληροφορίες απευθείας από το πιστωτικό ίδρυμα. Η ανάγκη πληροφόρησης θα υπάρχει όταν ο τρίτος δεν θέλει να πληροφορηθεί τις κινήσεις ο δανειολήπτης για διάφορους λόγους. Διαφορετικά, δεν τίθεται το πρόβλημα, αφού ο δανειολήπτης μπορεί να πάρει τις πληροφορίες από το πιστωτικό ίδρυμα και να τις δώσει στον τρίτο, ή να συναινέσει να δοθούν οι πληροφορίες απευθείας στον τρίτο.

Πρώτα-πρώτα θα ερευνηθεί η σχέση που συνδέει τον παραχωρήσαντα την υποθήκη τρίτο κύριο και το πιστωτικό ίδρυμα. Είναι αναμφισβήτητο ότι μεταξύ τους δεν υπάρχει ενοχική συμβατική σχέση. Τούτο δεν σημαίνει ότι ελλείπει οιοσδήποτε δεσμός μεταξύ τους. από την ΑΚ 1294 προκύπτει σαφώς ότι το πιστωτικό ίδρυμα (ενυπόθηκος δανειστής) δικαιούται να ασκήσει την εμπράγματη αγωγή κατά του τρίτου κυρίου του ενυπόθηκου ακινήτου. Άρα μεταξύ τους υπάρχει μία ειδική σχέση εμπράγματης φύσης, υποθηκική σχέση.

Ο ΑΚ στις διατάξεις για την υποθήκη (1257-1345) δεν περιέχει ειδική διάταξη, η οποία να παρέχει το δικαίωμα παροχής πληροφοριών στον τρίτο κύριο του ενυπόθηκου ακινήτου. Τούτο δεν είναι, κατά την άποψή μας, και απαραίτητο. Η διάταξη του άρθρου 1294 ΑΚ ορίζει ότι ο τρίτος κύριος του ενυποθήκου ακινήτου έχει την επιλογή να εξοφλήσει όλες τις ενυπόθηκες απαιτήσεις στην έκταση που ασφαρίζονται με την υποθήκη. Επίσης η ΑΚ 1298 προβλέπει ότι αν ο τρίτος κύριος του ενυποθήκου κτήματος καταβάλλει το ενυπόθηκο χρέος ή αποβληθεί από το ακίνητο με τον πλειστηριασμό του,

¹³⁷ Επιχείρημα εξ' αντιδιαστολής από την ΑΚ 1181.

υποκαθίσταται στα δικαιώματα του ενυποθήκου δανειστού. Για την άσκηση των δικαιωμάτων του αυτών, ο τρίτος κύριος έχει ανάγκη πληροφόρησης αναφορικά με το ενυπόθηκο χρέος, την οποία το πιστωτικό ίδρυμα υποχρεούται να παράσχει σύμφωνα με τις αρχές της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών (ΑΚ 288). Ότι η ΑΚ 288 τυγχάνει εφαρμογής σε κάθε φύσεως σχέσεις κρατεί σήμερα ομοφωνία στην επιστήμη και νομολογία.

Ο παρασχών προσημείωση τρίτος

Στην ΑΚ 288 σε συνδ. με τις ΑΚ 1277, 1294 και 1298 θα θεμελιωθεί και η κατά του πιστωτικού ιδρύματος αξίωση παροχής πληροφοριών του τρίτου κυρίου του ενυπόθηκου ακινήτου, επί του οποίου έχει εγγραφεί προσημείωση.

Δ. Η αθέμιτη πρακτική τραπεζών περί μη αποδόσεως τόκων για καταθέσεις μικρού ύψους

Ζήτημα έχει γεννηθεί από την πρακτική πολλών τραπεζών να μην αποδίδουν τόκους για καταθέσεις μικρού ύψους. Ως δικαιολογητικός λόγος για την πρακτική αυτή από την πλευρά των τραπεζών προβάλλεται ο εξής: οι δαπάνες και το υψηλό κόστος που επάγεται για τις τράπεζες η εκ μέρους τους τήρηση των λογαριασμών αυτών.

Η δικαιολογία αυτή είναι καταρχήν αβάσιμη λόγω της ηλεκτρονικής μηχανογραφικής οργάνωσης όλων των τραπεζών που καθιστά εύκολη την κίνηση των λογαριασμών χωρίς τις χρονοβόρες διαδικασίες του παρελθόντος, όταν όμως – περιέργως – επιδιωκόταν η προσέλκυση της καταθέσεως και των 10 ακόμα δραχμών¹³⁸.

Περαιτέρω, η πρακτική αυτή ενέχει εφ' εαυτής στοιχεία κοινωνικής αναληψίας. Πράγματι, ο στερούμενος επαρκών εισοδημάτων καταθέτης στερείται και της ελάχιστης προσόδου από τους τόκους των μικροκαταθέσεων του. Ωστόσο, οι τράπεζες από την πλευρά τους εκμεταλλεύονται κατά το πλέον προσοδοφόρο τρόπο τις μικροκαταθέσεις που στο σύνολό τους δεν είναι καθόλου ευκαταφρόνητες.

Από νομικής απόψεως πρέπει να παρατηρηθεί ότι η αποδοχή καταθέσεων συνιστά μία προνομιακή εργασία των τραπεζών, την οποία όχι

μόνο δικαιούνται αλλά και υποχρεούνται να την ασκούν, προκειμένου να διατηρούν την ικανότητα της τυπικής και ουσιαστικής λειτουργίας τους και τον τραπεζικό τους χαρακτήρα: άδεια λειτουργίας, τροφοδότηση ενεργητικών πιστωτικών εργασιών, τραπεζική επωνυμία. Δηλαδή οι τράπεζες υποχρεούνται σε αποδοχή καταθέσεων από το κοινό, γιατί διαφορετικά δεν θα υπήρχε λόγος να διατηρείται το προνόμιο. Η υποχρέωση όμως αυτή δεν μπορεί να εκπληρώνεται κατά το δοκούν ή – ορθότερα – με τρόπο, που μπορεί άμεσα ή έμμεσα να φαλκιδεύει το περιεχόμενο του προνομίου, να αποθαρρύνει δηλαδή τον υποψήφιο πελάτη να προσφέρει την κατάθεσή του. Η τράπεζα δε δικαιούται να απομυζά μόνον τα οφέλη από το δοθέν επί αδιακρίτου βάσεως προνόμιο. Είτε το ασκεί επωμιζόμενη και τα τυχόν βάρη, είτε δεν το ασκεί καθόλου, αλλάζοντας προσανατολισμό. Έτσι η κατάθεση πρέπει να αποφέρει τόκους και όχι βάρη, αφού μάλιστα ως ανώμαλη παρακαταθήκη συνιστά κατά κανόνα δανεισμό της τράπεζας. Και βέβαια στο δίκαιό μας ο δανειστής ουδέποτε «πληρώνει». Στους τόκους αποβλέπει ο καταθέτης-δανειστής και σε καταβολή τους υποχρεούνται οι τράπεζες ως οφειλέτες (ρητή υποχρέωση της τράπεζας για απόδοση τόκων, όπως είπαμε προηγουμένως, παραπάνω).

Εξαίρεση μπορεί να υπάρξει μόνο για τις κατά κυριολεξία καταθέσεις όψεως, όπου ο καταθέτης επιδιώκει απλώς τη διευκόλυνση των εισπράξεων και πληρωμών του. Οι άλλοι τρόποι αποδοχής καταθέσεων, όπως χωρίς υποχρέωση τοκοδοσίας ή κατά μείζονα λόγο με επιβαρύνσεις παντός είδους, αποτελούν ευθεία παράβαση της βασικής τραπεζικής υποχρέωσης, λόγο άρσεως του προνομίου και παρανομία βασισμένη, τόσο στις αναφερθείσες παραπάνω ειδικές διατάξεις, όσο και στις ΑΚ 178, 179, 281, 288 και τη διάταξη του άρθρου 2 § 6 του ν. 2251/94, επιφέρουσα κατά τις περιστάσεις και τις συνέπειες των άρθρων 904 ή 914 ΑΚ.

Ε. Η περίπτωση της πρόωρης απόδοσης προθεσμιακής κατάθεσης

Οι προθεσμιακές καταθέσεις ή καταθέσεις «επί προθεσμία» δημιουργούνται κατόπιν συμφωνίας τράπεζας και καταθέτη ότι θα είναι

¹³⁸ Ας μην ξεχνάμε για παράδειγμα τη δωρεάν χορήγηση βιβλιαρίων καταθέσεων ταμειευτηρίου των μαθητικών χρόνων του καθενός.

αποδοτέες μετά την πάροδο ορισμένου χρονικού διαστήματος με συνήθως υψηλό επιτόκιο, κυμαινόμενο ανάλογα με τη χρονική τους διάρκεια. Για τις καταθέσεις αυτές η τράπεζα μπορεί να εκδώσει ονομαστικές ομολογίες και όχι βιβλιάρια.

Το πρόβλημα καταχρηστικότητας δημιουργείται στις περιπτώσεις πρόωρης απόδοσης μέρους ή και ολόκληρης της κατάθεσης. Σύμφωνα με τις αποφάσεις ΝΕ 1138/9/19.2.60 και 1218/4/2.10.61, η πρόωρη απόδοση προθεσμιακής κατάθεσης επιτρέπεται μόνο κατ' εξαίρεση σε περιπτώσεις μεγάλης ανάγκης των καταθετών και κατά την απόλυτη κρίση της τράπεζας, που κατακρατεί από τους δεδουλευμένους τόκους ποσό ίσο προς 2% ετησίως επί του αποδιδόμενου ποσού για το διάστημα που απομένει μέχρι της λήξεως της προθεσμίας¹³⁹. Η απόλυτη κρίση της τράπεζας επ' αυτού δεν μπορεί να υπερβαίνει σε καμία περίπτωση τα όρια που επιβάλλονται από τις αρχές της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών και από τον κοινωνικό σκοπό του σχετικού δικαιώματός της κατά την ΑΚ 281. Η τράπεζα θα πρέπει να επιτρέπει τη δυνατότητα πρόωρης απόδοσης της προθεσμιακής κατάθεσης σε περίπτωση μεγάλης ανάγκης των καταθετών, όταν αυτή προφανώς κρίνει ότι δεν διακινδυνεύουν δικά της συμφέροντα. Γι' αυτό και η τελική κρίση περί της νομικής φύσης της προθεσμιακής κατάθεσης και η διχογνωμία για το αν αποτελεί δάνειο ή ανώμαλη παρακαταθήκη, πρέπει να είναι αποτέλεσμα της στάθμισης των συμφερόντων των μερών και πώς αυτά την έχουν εκλάβει και συμφωνήσει τη λειτουργία της και αν εξυπηρετείται στα πλαίσια αυτής η δυνατότητα πρόωρης απόδοσης.

ΣΤ. Κατάθεση κοινού λογαριασμού

Εισαγωγή

Στην περίπτωση του κοινού λογαριασμού υπάρχει πρόβλημα ως προς το απόρρητο των τραπεζικών καταθέσεων και τα συμφέροντα των αναγκαίων κληρονόμων αποβιώσαντος συνδικαιούχου κοινού λογαριασμού.

Καταρχήν γίνεται μία αναφορά στην έννοια του κοινού λογαριασμού και στη συνέχεια ακολουθεί η εξέταση του ζητήματος.

Σύμβαση κοινού λογαριασμού (compte joint, joint account)

Έννοια

Σύμβαση κατάθεσης σε κοινό λογαριασμό θεωρείται αυτή που γίνεται σε τράπεζα με παράλληλη συμφωνία τηρήσεώς της σε τρέχοντα λογαριασμό στο όνομα δύο ή περισσότερων από κοινού και με τον πρόσθετο όρο ότι θα μπορούν να προβούν σε μερική ή ολική χρήση του λογαριασμού χωρίς σύμπραξη των λοιπών είτε ένας ή μερικοί εκ των δικαιούχων ή όλοι και οπωσδήποτε κάθε δικαιούχος χωριστά (αρθ. 1 του ν. 5638/1932)¹⁴⁰.

Στην περίπτωση του κοινού λογαριασμού, τίθεται ζήτημα σχετικά με το απόρρητο των τραπεζικών καταθέσεων και τα συμφέροντα των αναγκαίων κληρονόμων αποβιώσαντος συνδικαιούχου κοινού λογαριασμού.

Ας πάρουμε τα πράγματα από την αρχή. Ως γνωστό, οι τράπεζες έχουν την υποχρέωση να μην ανακοινώνουν τις πληροφορίες που περιέρχονται σ' αυτές από την επαφή με τους πελάτες τους σε τρίτους¹⁴¹. Αυτή η υποχρέωση εχεμύθειας συνιστά το λεγόμενο τραπεζικό απόρρητο των καταθέσεων, το οποίο αίρεται μόνο σε μία περίπτωση εξαιρετικά: στην περίπτωση που πρέπει να διαπιστωθεί αν έχει τελεστεί κακούργημα ή για να κολαστεί κακούργημα. Όμως αυτό έρχεται σ' αντίθεση με τα συμφέροντα των νόμιμων μεριδούχων αποβιώσαντος συνδικαιούχου κοινού λογαριασμού.

Σύγκρουση συμφερόντων κληρονόμων και τραπεζικού απορρήτου

Συγκεκριμένα, οι κληρονόμοι, σε περίπτωση που δεν έχει τεθεί στη σύμβαση ο όρος του άρθρου 2 του ν. 5638/1932, όσο και οι νόμιμοι μεριδούχοι, αν υπάρχει η ρήτρα του άρθρου 2, χρειάζονται πληροφορίες σχετικά με την κατάθεση και την κίνηση του λογαριασμού. Χωρίς τις πληροφορίες αυτές κάθε ενέργειά τους θα ήταν αναποτελεσματική, καθώς η τυχόν εγειρόμενη από αυτούς αγωγή κατά των επιζώντων συνδικαιούχων θα ήταν αόριστη και γι' αυτό απορριπτέα.

¹³⁹ Αποφ. ΝΕ 1282/7/17.5.63.

¹⁴⁰ Σ' αντίθεση με τον διαζευκτικό κοινό λογαριασμό, στο συμπλεκτικό ή ενωμένο ή αδιαίρετο λογαριασμό δεν εφαρμόζονται οι διατάξεις του ν. 5638/1932 και η χρήση του είναι δυνατή μόνο από κοινού, δηλ. με την σύμπραξη όλων. Για το λόγο αυτό, εφαρμοστέες σ' αυτόν είναι οι διατάξεις περί κοινωνίας δικαιώματος ΑΚ 785 επομ.

¹⁴¹ Ν. Ρόκας, οπ.π., σελ. 41, ΚΠολΔ 402 αριθμ. 3.

Όμως η τράπεζα δεν μπορεί να παράσχει τις σχετικές πληροφορίες λόγω του τραπεζικού απορρήτου. Τόσο οι καθολικοί διάδοχοι όσο και οι αναγκαίοι κληρονόμοι δεν αποκτούν αμέσως και αυτοδικαίως δικαιώματα επί της κατάθεσης, διότι στρέφονται αποκλειστικά κατά των άλλων συνδικαιούχων λόγω της εσωτερικής σχέσης που τους συνδέει και όχι απευθείας κατά της τράπεζας, αφού η εξωτερική σχέση μένει ανέπαφη. Έτσι ως προς την τράπεζα θεωρούνται αυτοί τρίτοι και άρα δεν υποχρεούνται σε παροχή πληροφοριών για την κατάθεση κοινού λογαριασμού. Μάλιστα αυτή η υποχρέωση εχεμύθειας βαρύνει την τράπεζα τόσο κατά τη διάρκεια ισχύος της σύμβασης όσο και μετά τη λήξη της, ακόμα δε και αν δεν συνήφθη τελικά η συναλλαγή με τον πελάτη. Έτσι όμως μένουν απολύτως απροστάτευτοι οι δικαιούχοι κληρονόμοι. Βρισκόμαστε συνεπώς μπροστά σε μία σύγκρουση αντιτιθέμενων συμφερόντων, ανάμεσα:

1. στην αξίωση των κληρονόμων και των νόμιμων μεριδούχων για παροχή πληροφοριών από τη μία και
2. στην υποχρέωση της τράπεζας για τήρηση του απορρήτου των τραπεζικών καταθέσεων και το σχετικό δικαίωμα των επιζώντων συνδικαιούχων από την άλλη.

Πρέπει να εξετάσουμε αν η άρνηση της τράπεζας για παροχή πληροφοριών, παρότι κινείται στα νόμιμα όρια του τραπεζικού απορρήτου, φτάνει/αγγίζει τα όρια καταχρηστικότητας (ΑΚ 281) και ασφαλώς να προβούμε σε αξιολογική στάθμιση των εδώ κρινομένων συγκρουομένων συμφερόντων, ώστε να αρθεί η σύγκρουση αυτή είτε με πρόταξη του υπέρτερου συμφέροντος είτε με συγκερασμό αυτών, αν υπάρχει τέτοια δυνατότητα.

Για την άρση της σύγκρουσης, έχουν διατυπωθεί ποικίλες απόψεις:

1. Υποστηρίζεται ότι η τράπεζα οφείλει να παρέχει πληροφορίες μόνο προς τους νόμιμους μεριδούχους του αποθανόντος καταθέτη, εφόσον αυτοί αποδείξουν δυνάμει δικαστικής απόφασης ότι με την κατάθεση αυτή συντελέστηκε δωρεά προς τους επιζώντες συνδικαιούχους βάσει ΕισΝΑΚ 117¹⁴².

¹⁴² Σχετικά η απόφαση του ΕφΑθ 2257/85: επειδή πρόκειται για απαίτηση εκ του νόμου, επιτρέπεται να ασκηθεί εφόσον βεβαιωθούν δικαστικά οι προϋποθέσεις για τη νόμιμη άσκηση της.

2. Αντίθετη άποψη¹⁴³ δέχεται ότι η τράπεζα, δεσμευόμενη από το τραπεζικό απόρρητο, δεν έχει υποχρέωση να παράσχει πληροφορίες ακόμη και στους νόμιμους μεριδούχους, γιατί αυτοί αποτελούν τρίτα πρόσωπα ως προς τον κοινό λογαριασμό.

Έτσι όμως οδηγούμαστε σε πλήρη παραγκωνισμό της κληρονομικής διαδοχής και σε αδυναμία εφαρμογής διατάξεων αναγκαστικού δικαίου. Και αυτό σε αντίθεση με τη θέληση του νομοθέτη του άρθρου 117 ΕισΝΑΚ, που επεδίωξε την προστασία των νόμιμων μεριδούχων από τις προκληθείσες ανισότητες. Προς αποφυγή αυτών, πρέπει να αρθεί το απόρρητο του ν.δ. 1059/1971.

Ως δυνατές λύσεις έχουν προταθεί οι εξής:

1. Αναλογική εφαρμογή του άρθρου 3 του ν.δ. 1059/71 (αγωγή επίδειξης εγγράφων των κληρονόμων κατά της τράπεζας), που ορίζει ότι επιτρέπεται η παροχή πληροφοριών σχετικά με καταθέσεις, έπειτα από απόφαση του δικαστικού συμβουλίου ή δικαστηρίου, προκειμένου να ανιχνευθεί και να τιμωρηθεί κακούργημα. Η άποψη αυτή, αφού αναλύει από τη μία πλευρά το έννομο συμφέρον των κληρονόμων να λάβουν τις αναγκαίες πληροφορίες από την τράπεζα, προκειμένου να ασκήσουν τα νόμιμα δικαιώματά τους και από την άλλη το συμφέρον της τράπεζας να τηρήσει την απαγόρευση παροχής πληροφοριών σε τρίτους, λόγω των επαπειλούμενων κυρώσεων, προτείνει το δικαστήριο ως μόνο μέσο επίλυσης της αντιπαράθεσης αυτής.
Μειονέκτημα της γνώμης αυτής είναι ότι προβαίνει σε αναλογική εφαρμογή διατάξεων, χωρίς να υπάρχει ομοιότητα, αναλογία των περιπτώσεων. Η άρση του τραπεζικού απορρήτου αποτελεί *ultimum refugium* και πραγματοποιείται μόνο για την εξιχνίαση και τιμωρία σοβαρών κακουργημάτων.
2. Εφαρμογή του άρθρου 15ΕΝ, κατά το οποίο ο δικαστής μπορεί και αυτεπαγγέλτως να διατάξει την ενώπιόν του εμφάνιση εμπορικών βιβλίων, για να λάβει αντίγραφα των χωρίων που αφορούν την εκδικαζόμενη υπόθεση. Επειδή τα αντίγραφα των αρχείων της τράπεζας, στα οποία εμφανίζονται οι διάφορες πράξεις κίνησης όλων

¹⁴³ Αποφ. ΕφΑθ 2670/96, Αρμεν. 1997, 1117.

των λογαριασμών επί καθημερινής βάσεως, αποτελούν εμπορικά βιβλία, θα υποχρεωθεί η τράπεζα σε συμμόρφωσή της προς την προδικαστική απόφαση.

I. Αγωγή επίδειξης εγγράφων των κληρονόμων κατά της τράπεζας¹⁴⁴

Κατά την άποψη αυτή, οι κληρονόμοι στρέφονται με αγωγή κατά της τράπεζας αξιώνοντας την επίδειξη των εγγράφων (ΑΚ 902-903), που βρίσκονται στην κατοχή της και τους πληροφορούν ή αποδεικνύουν σχετικά με το βάσιμο της ενοχικής τους αξίωσης κατά των επιζώντων συνδικαιούχων. Η επίδειξη αυτή σε επείγουσες περιπτώσεις μπορεί να ζητηθεί και ως ασφαλιστικό μέτρο, χωρίς να προσκρούει στο άρθρο 692 παρ. 4 ΚΠολΔ¹⁴⁵. Σύμφωνα με το άρθρο 902 ΑΚ, όποιος έχει έννομο συμφέρον να πληροφορηθεί το περιεχόμενο ενός εγγράφου που βρίσκεται στην κατοχή άλλου, έχει δικαίωμα να απαιτήσει την επίδειξη ή και αντίγραφό του, αν¹⁴⁶ αυτό πιστοποιεί έννομη σχέση, που αφορά και αυτόν. Έγγραφο υπάρχει τόσο για το υπόλοιπο, όσο και για την κίνηση του λογαριασμού. Το έννομο συμφέρον του κληρονόμου είναι προφανές, αφού από το έγγραφο αυτό προκύπτει η σύμβαση κατάθεσης σε κοινό λογαριασμό, συνδικαιούχος της οποίας ήταν το πρόσωπο που κληρονομεί, επομένως, τον αφορά άμεσα το ποσό του υπολοίπου της κατάθεσης και η όλη κίνηση αυτής.

Εξάλλου, αν οι κληρονόμοι έχουν ήδη στραφεί κατά των συνδικαιούχων (π.χ. οι αναγκαίοι κληρονόμοι κατ' αυτών με μέμψη άστοργης δωρεάς) και στα πλαίσια της εκκρεμούς αυτής δίκης απαιτείται το έγγραφο της κίνησης και του υπολοίπου του κοινού λογαριασμού ως αποδεικτικό της αξίωσής τους μέσο, πρέπει να ζητήσουν με παρεμπίπτουσα αγωγή κατά της τράπεζας την επίδειξη αυτού (άρθρο 450 παρ. 2 ΚΠολΔ). Σύμφωνα με την ως άνω διάταξη κάθε διάδικος ή τρίτος, όπως εδώ η τράπεζα, υποχρεούται να επιδείξει τα έγγραφα που κατέχει και που μπορεί να χρησιμεύσουν ως απόδειξη, εκτός αν συντρέχει σπουδαίος λόγος που δικαιολογεί τη μη επίδειξή τους και ο οποίος συντρέχει ιδίως, στις περιπτώσεις που επιτρέπεται άρνηση μαρτυρίας. Τέτοια άρνηση μαρτυρίας καθιερώνει το άρθρο 2 παρ. 3 του ν.δ. 1059/71, επομένως

¹⁴⁴ Βλ. σχετική γνωμοδότηση Ι. Βελέντζα, Αίτημα νόμιμου μεριδιούχου για επίδειξη εγγράφου. Περίπτωση άρσης τραπεζικού απορρήτου (;) σε κατάθεση σε κοινό λογαριασμό, ΕΤρΑΞΧρΔ 2001, σ. 400 επ.

¹⁴⁵ Βλ. ΜονΠρΘεσ 24679/1997, Αρμ. 1997, 1278.

¹⁴⁶ Ανάμεσα και σε άλλες προϋποθέσεις που τίθενται διαζευκτικά.

η τράπεζα θα μπορούσε να αρνηθεί την επίδειξη του ζητουμένου εγγράφου. Όμως, κατά την άποψη αυτή, θα ήταν παράλογο να μπορεί η επίδειξη εγγράφου να επιτευχθεί με τα άρθρα 902-903 ΑΚ και όχι με τα άρθρα 450 παρ. 2 ΚΠολΔ. Έτσι θα πρέπει να διαταχθεί από το δικαστήριο να επιδείξει η τράπεζα το αιτούμενο έγγραφο, παρά την υποχρέωση άρνησης μαρτυρίας.

Συνοψίζοντας, η ανωτέρω άποψη καθιστά υπεύθυνο το δικαστήριο να σταθμίσει τα εκατέρωθεν αντικρουόμενα συμφέροντα και αφού κρίνει κατά το άρθρο 902 ΑΚ ότι οι κληρονόμοι έχουν έννομο συμφέρον να πληροφορηθούν το περιεχόμενο των εγγράφων για το άνοιγμα και την κίνηση του κοινού λογαριασμού, από τα οποία να προκύπτει έννομη σχέση που αφορά αυτούς, για παράδειγμα πραγματοποιηθείσες δωρεές εν ζωή του θανόντος συνδικαιούχου προς τους λοιπούς, ή κατά το άρθρο 450 παρ. 2 ΚΠολΔ, ότι τα ως άνω έγγραφα μπορούν να αποδείξουν τους ισχυρισμούς τους στην εκκρεμή δίκη μεταξύ αυτών και των λοιπών συνδικαιούχων του κοινού λογαριασμού, οφείλει να διατάξει την επίδειξή τους. Κατ' αυτόν τον τρόπο, απεμπλέκει την τράπεζα από τυχόν ευθύνες της σε σχέση με το τραπεζικό απόρρητο και την αφήνει αμέτοχη από εσωτερικές μεταξύ συνδικαιούχων και κληρονόμων σχέσεις.

3. Επιβολή συντηρητικής κατάσχεσης στα χέρια της τράπεζας ως τρίτης (712 ΚΠολΔ), σαν μία έμμεση πηγή άντλησης πληροφοριών. Ωστόσο, η πληροφόρηση στην προκειμένη περίπτωση θα είναι ελλιπής, καθώς κατάσχεται το υπόλοιπο της κατάθεσης, χωρίς να υπάρχει δυνατότητα γνώσης της προηγούμενης κίνησης του λογαριασμού.

4. Θεωρία της στάθμισης των αντιτιθέμενων συμφερόντων¹⁴⁷.

Κατά την τέταρτη άποψη γίνεται διάκριση ανάμεσα στην κατάθεση σε κοινό λογαριασμό, όπου δεν υπάρχει η ρήτρα του άρθρου 2 ν. 5638/32, αλλά ισχύει το άρθρο 3 αυτού και στην κατάθεση, όπου εφαρμόζεται τόσο το άρθρο 2 όσο και το άρθρο 3.

Στην πρώτη κατάθεση, οι κληρονόμοι του αποθανόντος συνδικαιούχου δεν υπεισέρχονται στη θέση αυτού ως προς την εξωτερική σχέση πιστωτικού ιδρύματος και συνδικαιούχων. Θα στραφούν, όμως, ενοχικά

¹⁴⁷ Δ. Κουτσούκης, το τραπεζικό απόρρητο στο ιδιωτικό δίκαιο, 1994, σελ. 198-203.

κατά των συνδικαιούχων ζητώντας την απόδοση του μεριδίου του θανόντος. Προκειμένου όμως, να διαπιστωθεί το μερίδιο του θανόντος χρειάζονται πληροφορίες σχετικά με τις κινήσεις και το υπόλοιπο του λογαριασμού. Το δικαίωμα παροχής πληροφοριών των κληρονόμων στηρίζεται στο άρθρο 1710 επ. ΑΚ και είτε στο άρθρο 902 ΑΚ είτε στο άρθρο 450 παρ. 2 ΚΠολΔ, ανάλογα με τη χρονική στιγμή που θα ζητηθούν, καθώς και στο άρθρο 4 του ν. 5638/1932. Το δικαίωμα, όμως, αυτό των κληρονόμων έρχεται σε αντίθεση με την υποχρέωση τήρησης εχεμύθειας λόγω του απορρήτου των τραπεζικών καταθέσεων της τράπεζας προς το συμφέρον των συνδικαιούχων (άρθρο 1 παρ. 1 ν.δ. 1059/71). Τα αντικρουόμενα αυτά συμφέροντα θα πρέπει να σταθμισθούν, αλλά βαρύνουσα σημασία να δοθεί στο συμφέρον των κληρονόμων για παροχή πληροφοριών¹⁴⁸. Διαφορετικά, θα υπήρχε αδυναμία άσκησης των δικαιωμάτων τους προς όφελος των επιζώντων συνδικαιούχων, οι οποίοι πλουτίζουν αδικαιολόγητα, αφού δεν υπάρχει στην περίπτωση αυτή η νόμιμη βάση πλουτισμού του άρθρου 2 ν. 5638/32.

Στη δεύτερη περίπτωση, σύμφωνα με το άρθρο 2 και τη ρήτρα στη σύμβαση κοινού λογαριασμού σε συνδυασμό με το άρθρο 3, το μερίδιο του θανόντος συνδικαιούχου περιέρχεται στους επιζώντες και δεν περιλαμβάνεται στην κληρονομιά. Έτσι αποκλείονται της κατάθεσης οι κληρονόμοι αυτού, όχι όμως και οι αναγκαίοι βάσει του άρθρου 117 ΕισΝΑΚ. Αν με τον κοινό λογαριασμό έχει τελεσθεί δωρεά, τότε αυτή θα ληφθεί υπόψη για τον υπολογισμό της νόμιμης μοίρας, οπότε σε περίπτωση που δεν έχει καταληφθεί καθόλου νόμιμη μοίρα ή αυτή υπολείπεται, οι νόμιμοι μεριδούχοι και πάλι δεν εμπλέκονται στην εξωτερική σχέση, αλλά στρέφονται ενοχικά κατά των συνδικαιούχων, ανάλογα με την περίπτωση (δωρεά εν ζωή – αιτία θανάτου, κληροδοσία κλπ.).

Για να προσδιορίσουν, όμως, τη νόμιμη μοίρα τους και να διαπιστώσουν αν έχει λάβει χώρα δωρεά του αποβιώσαντος στους συνδικαιούχους, θα πρέπει να λάβουν γνώση των καταθέσεων, των

¹⁴⁸ Βλ. Ι. Βελέντζα, όπ.π., σ. 134.

αναλήψεων καθώς και του υπολοίπου του κοινού λογαριασμού. Το δικαίωμά τους να πάρουν τις εν λόγω πληροφορίες προκύπτει από τα άρθρα 1831 και 1710 ΑΚ, 117 ΕισΝΑΚ και 902 ΑΚ ή 450 παρ. 2 ΚΠολΔ και έρχεται πάλι σε αντίθεση με το συμφέρον των συνδικαιούχων να τηρήσουν απόρρητες τις καταθέσεις τους. Και πάλι η αντιπαράθεση αυτή θα λυθεί με στάθμιση των συμφερόντων αυτών και των ειδικότερων συνθηκών. Ωστόσο, υποστηρίζει η άποψη αυτή, θα είναι η κρίση αυστηρότερη και όχι υπέρ των αναγκαίων κληρονόμων, παρά μόνο αν οι ισχυρισμοί αυτοί περί δωρεών είναι βάσιμοι ή η τράπεζα γνωρίζει γι' αυτές.

Ακριβώς το τελευταίο αυτό σημείο θα πρέπει να θεωρηθεί αρνητικό στοιχείο της άποψης αυτής. Ειδικότερα, δεν είναι κατανοητό για ποιο λόγο η στάθμιση των αντικρουόμενων συμφερόντων στην κατάθεση σε κοινό λογαριασμό, όπου δεν υπάρχει η ρήτρα του άρθρου 2, θα πρέπει να κλίνει υπέρ των συμφερόντων των κληρονόμων προς παροχή πληροφοριών, ενώ στην κατάθεση, όπου υπάρχει η ως άνω ρήτρα, να υπερτερούν τα συμφέροντα των συνδικαιούχων περί απορρήτου της κατάθεσής τους. Αντιθέτως, τα ευάλωτα δικαιώματα των αναγκαίων κληρονόμων θα έπρεπε να προστατεύονται κατά τον ίδιο – αν όχι με ισχυρότερο – τρόπο σε σχέση με αυτά των υπολοίπων κληρονόμων. Επομένως, κατά τη στάθμιση των αντιτιθέμενων εννόμων συμφερόντων και στη δεύτερη περίπτωση θα πρέπει να βαρύνουν τα δικαιώματα των νομίμων μεριδούχων. Εξάλλου, σ' αυτό συνηγορεί και το όλο πνεύμα των διατάξεων περί νόμιμης μοίρας, που είναι αναγκαστικού δικαίου.

Τα θετικά σημεία της άποψης αυτής είναι από τη μία, η νομική της θεμελίωση ευθέως στις διατάξεις 1710, 1831 ΑΚ, 117 ΕισΝΑΚ, 902 ΑΚ και 450 παρ. 2 ΚΠολΔ, δηλαδή στη θεώρηση ότι στην ιδιότητα του κληρονόμου (αναγκαίου ή μη) περιλαμβάνεται και το ειδικότερο δικαίωμα παροχής πληροφοριών για την άσκηση των δικαιωμάτων τους, και προστασίας τους σε περίπτωση προσβολών και από την άλλη, η μη υποχρεωτική προσφυγή στα δικαστήρια, προκειμένου να αρθεί η αντιπαράθεση με δικαστική απόφαση. Αυτό βέβαια, δε δεσμεύει τα μέρη να προσφύγουν δικαστικώς, σε περίπτωση

διαφωνίας με την τράπεζα, η οποία και αρχικά θα αποφασίσει αν θα δώσει τις αιτούμενες πληροφορίες.

Το δικαίωμα παροχής πληροφοριών των κληρονόμων αποβιώσαντος συνδικαιούχου κοινού λογαριασμού στηρίζεται ευθέως στα άρθρα 1710 ΑΚ και 902 ΑΚ ή 450 ΚΠολΔ, ενώ το αντίστοιχο δικαίωμα των νόμιμων μεριδούχων στα άρθρα 1831 ΑΚ, 117 ΕισΝΑΚ και 902 ΑΚ ή 450 ΚΠολΔ, ανάλογα με το χρονικό σημείο που ασκείται. Ως δικαίωμα σύμφωνα με την ιδιότητα του κληρονόμου, δεν υπάρχει ανάγκη προσπάθειας θεμελίωσής του σε άλλες διατάξεις. Η σύγκρουση αίρεται βάσει της παραπάνω αρχής.

Από την πλευρά της η τράπεζα, ευρισκόμενη μπροστά στο δίλημμα της παροχής ή όχι πληροφοριών, δύναται να ασκήσει κατ' αυτών αρνητική αναγνωριστική αγωγή, με αίτημα την αναγνώριση ανυπαρξίας σχετικής υποχρέωσής της. Το δικαστήριο θα αποφανθεί στην τελική βάση, με αποτέλεσμα η τράπεζα να μη συμμετάσχει αποφασιστικά στο εν λόγω ζήτημα και να απεμπλακεί από ενδεχόμενες ευθύνες της.

Συμπεράσματα

Το απόρρητο των τραπεζικών καταθέσεων έχει ασφαλώς σοβαρούς στόχους να εξυπηρετήσει και να διαφυλάξει. Από την άλλη όμως αποτελεί φραγμό στα δικαιώματα των κληρονόμων και των νόμιμων μεριδούχων των αποθανόντων συνδικαιούχων του κοινού λογαριασμού. Λόγω της φύσης των διατάξεων του κληρονομικού δικαίου ως αναγκαστικών και λαμβάνοντας ως δεδομένη τη βλάβη που θα υποστούν ενδεχομένως οι κληρονόμοι αν δεν μπορέσουν να πληροφορηθούν τα σχετικά στοιχεία, απαραίτητα για την ευόδωση των αξιώσεών τους, θα πρέπει τα συμφέροντά τους να κριθούν άξια μεγαλύτερης προστασίας και να προταχθούν έναντι αυτών της τράπεζας. Συνεπώς η κάμψη του τραπεζικού απορρήτου θεωρείται επιτακτική και αναπόφευκτη για να μη μείνουν ανενεργά τα δικαιώματα και οι αξιώσεις των αναγκαίων κληρονόμων. Η τελική κρίση εναπόκειται σαφώς στο δικαστήριο. Πάντως ενδεχόμενη άρνηση ή εμμονή της τράπεζας περί μη παροχής των πληροφοριών αυτών στους διαδόχους δικαιούχους του κοινού λογαριασμού θα πρέπει να θεωρηθεί καταχρηστική (ΑΚ 281), αντίθετη στα χρηστά ήθη.

II. Στάθμιση αντιτιθέμενων συμφερόντων

Είναι αλήθεια ότι ο κοινός λογαριασμός είναι πραγματικό όπλο παράκαμψης της κληρονομικής διαδοχής και αυτό μέχρι ενός σημείου είναι ανεκτό. Δεν μπορεί, όμως, να χρησιμοποιείται, σε συνδυασμό με τις διατάξεις περί απορρήτου των τραπεζικών καταθέσεων, προκειμένου να καταλύσει ολοκληρωτικά τα δικαιώματα των κληρονόμων και κυρίως αυτά των αναγκαίων. Θεμιτός είναι βέβαια ο στόχος του ν. 5638/32 και του ν.δ. 1059/71 περί προσέλευσης κεφαλαίων στην Ελλάδα, αλλά βαρύνουσα σημασία θα πρέπει να δοθεί και στις διατάξεις κληρονομικού δικαίου, ιδίως αυτές περί νόμιμης μοίρας, που στόχο έχουν την προστασία της οικογένειας από ενδεχόμενες υπερβάσεις εξουσίας του διαθέτη, που καταλήγουν σε πλήρη παραγκωνισμό στενών του συγγενών.

Συνεπώς, κατά τη στάθμιση των συμφερόντων των κληρονόμων και ειδικά των αναγκαίων από τη μία μεριά και των συνδικαιούχων περί προστασίας της κατάθεσής τους ως απόρρητος από την άλλη, θα πρέπει να προκρίνονται τα δικαιώματα των πρώτων, εκτός αν είναι προφανώς αβάσιμα¹⁴⁹. Στο ίδιο συμπέρασμα οδηγεί και η σύγκριση της βλάβης των μερών σε περίπτωση που αρθεί ή όχι το απόρρητο. Στην περίπτωση που δοθούν πληροφορίες για την κατάθεση, μπορούν να θιγούν συμφέροντα των συνδικαιούχων, που όμως είναι αμφίβολο αν είναι άξια προστασίας, αν υποκρύπτουν πρόθεση παράτυπου παραμερισμού κληρονόμων, ενώ αν αντίθετα ουδέποτε δοθούν λόγω απορρήτου οι ως άνω πληροφορίες, τα δικαιώματα των κληρονόμων καθίστανται εντελώς ανενεργά, λόγω έλλειψης στοιχείων που στοιχειοθετούν τις νόμιμες αξιώσεις τους.

Οι πληροφορίες όμως που θα δοθούν από την τράπεζα θα έχουν σχέση αποκλειστικά και μόνο με την κατάθεση και όχι με προσωπικής φύσεως πληροφορίες για τους συνδικαιούχους¹⁵⁰.

2. ΜΕΣΑ ΔΙΕΝΕΡΓΕΙΑΣ ΠΛΗΡΩΜΩΝ: ΕΜΒΑΣΜΑ, ΣΥΜΒΑΣΗ ΓΥΡΟΥ

Μεταξύ των δραστηριοτήτων που αναλαμβάνουν οι τράπεζες περιλαμβάνονται και οι πράξεις διενέργειας πληρωμών και μεταφοράς

¹⁴⁹ Πρβλ. Εφαθ 2257/1985, ΝοΒ 1985, 1036 = ΕΕμπΔ 1985, 448 = ΕΕΝ 1985, 441.

¹⁵⁰ Δ. Κουτσούκης, όπ.π., σ. 196 και 200.

κεφαλαίων. Στα πλαίσια συμβάσεως, της σύμβασης διεξαγωγής δοσοληψιών¹⁵¹, η τράπεζα μεσολαβεί προκειμένου να διευκολύνει και να διεκπεραιώσει πληρωμές ή μεταφορά κεφαλαίων για λογαριασμό των πελατών της, ιδίως με τη χρησιμοποίηση λογιστικού χρήματος¹⁵².

Οι κυριότερες μορφές διενέργειας πληρωμών είναι το τραπεζικό έμβασμα, η σύμβαση γύρου και η τραπεζική ενέγγυα πίστωση. Οι κίνδυνοι που ανακύπτουν στις εργασίες αυτές είναι ποικίλοι και επιτείνονται λόγω της ευρείας χρήσης των Η/Υ και του διαδικτύου. Παρακάτω εξετάζουμε κάποιες περιπτώσεις παράνομων και καταχρηστικών πρακτικών, που δημιουργούν προβλήματα για τη διεκπεραίωση των πληρωμών.

Η ευθύνη των τραπεζών κατά την διεκπεραίωση του εμβάσματος

Το σύγχρονο τραπεζικό σύστημα μεταλλάσσεται και εκσυγχρονίζεται ραγδαία με αιχμή κυρίως τους τομείς των νέων συστημάτων πληρωμών και των χρηματοπιστωτικών και επενδυτικών υπηρεσιών. Μοιραία συνέπεια της εξέλιξης αυτής είναι και η εμφάνιση σωρείας παθολογικών συμπτωμάτων στις σχέσεις τραπεζών-πελατών που οφείλονται στην υπερτροφική ανάπτυξη των πιστωτικών ιδρυμάτων και την κυρίαρχη θέση τους στην αγορά των πιστώσεων και των συναλλακτικών πληρωμών, με αποτέλεσμα την αυξημένη εξάρτηση από αυτά όχι μόνο των πελατών τους, αλλά και τρίτων. Είναι δε ακόμη η αιτία που ολοένα και συχνότερα τα τελευταία χρόνια αναφύονται αντιδικίες πελατών με τις τράπεζές τους και τίθενται ζητήματα ευθύνης από πλημμελή εκπλήρωση των συμβατικών υποχρεώσεών τους ή από κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης τους.

Ειδικότερα στον τομέα των πληρωμών και συγκεκριμένα στο πλαίσιο της σύμβασης εμβάσματος η προβληματική της ευθύνης των τραπεζών

¹⁵¹ Η σύμβαση διεξαγωγής δοσοληψιών αφορά στην παροχή κάθε είδους υπηρεσιών εκ μέρους της τράπεζας. Έτσι Βελέντζας, Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων, σελ. 300.

¹⁵² Το λογιστικό χρήμα συνίσταται σε κεφάλαια κατατεθειμένα σε τρεχούμενους λογαριασμούς ή λογαριασμούς όψεως, των οποίων η βασική λειτουργία είναι η ασφαλής φύλαξη των χρημάτων και η δυνατότητα άμεση ανάληψής τους. Το λογιστικό χρήμα δεν έχει υλική υπόσταση, καθώς απεικονίζεται μόνο στις λογιστικές εγγραφές στο παθητικό της τράπεζας. Για την κίνηση των κεφαλαίων αυτών απαιτείται εντολή του δικαιούχου των λογαριασμών. Επιπλέον, πρέπει να υπάρχει το αναγκαίο όργανο ή μέσο στο οποίο η εντολή να ενσωματώνεται και να μεταφέρεται στην τράπεζα, το μέσο πληρωμής. Τέτοια μέσα πληρωμής είναι η επιταγή, η πάγια εντολή για επαναλαμβανόμενες πληρωμές και η εντολή μεταφοράς από λογαριασμό σε λογαριασμό.

εντοπίζεται κατά βάση στις νομικές βάσεις όπου αυτή θα θεμελιωθεί, στην έκταση της αποκαταστατέας ζημίας, στην κατανομή του κινδύνου μεταξύ των μερών και, τέλος, στην νομική αντιμετώπιση τυχόν απαλλακτικών ρητρών.

Η περίπτωση της πλαστής εντολής γύρου

Προτού περάσουμε στην ανάλυση της υπό κρίση περίπτωσης, κρίνουμε σκόπιμο να αναφερθούμε στον μηχανισμό λειτουργίας της σύμβασης γύρου, ώστε να γίνει κατανοητή η λειτουργία και η σημασία της εντολής γύρου για την όλη διεκπεραίωση της πληρωμής.

Στάδια εκτέλεσης της σύμβασης γύρου

Η σύμβαση γύρου διέρχεται τα εξής στάδια για την εκτέλεσή της:

1. *Σύναψη σύμβασης τραπεζικής κατάθεσης:* Καταρχήν ο ενδιαφερόμενος συνάπτει σύμβαση καταθέσεως χρημάτων, η οποία λογίζεται σαν ανώμαλη παρακαταθήκη (ΑΚ 822 επομ.), εφόσον πρόκειται για κατάθεση σε τρεχούμενο λογαριασμό και σε λογαριασμό όψεως, και σαν δάνειο (ΑΚ 806 επ.), αν αφορά σε προθεσμιακή κατάθεση.
2. *Σύναψη σύμβασης γύρου:* Εν συνεχεία, ο πελάτης συνάπτει με την τράπεζά του σύμβαση γύρου, βάσει της οποίας επιφορτίζεται η τράπεζα με την υποχρέωση να διεκπεραιώνει αδιαλείπτως εντολές γύρου του πελάτη της.
3. *Εντολή γύρου:* Ο πελάτης, κάθε φορά που επιθυμεί να προβεί σε λογιστική πληρωμή, απευθύνει προς την τράπεζά του εντολή γύρου, δηλαδή εντολή πιστώσεως ενός τραπεζικού λογαριασμού.

Ως προς τη νομική της φύση, η εντολή γύρου αποτελεί μονομερή δήλωση βουλήσεως του πελάτη, απευθυντέα προς την τράπεζα και δεσμευτική γι' αυτήν βάσει της υφιστάμενης συμβάσεως γύρου¹⁵³.

Έχει υποστηριχθεί και η άποψη ότι πρόκειται για έκταξη, λόγω της επίδρασής της τόσο στη σχέση καλύψεως (σχέση του πελάτη με την τράπεζα), όσο και στη σχέση αξίας (σχέση του πελάτη με το λήπτη). Ωστόσο η άποψη αυτή κρίνεται μη αποδεκτή γιατί η εντολή δεν απευθύνεται στον τρίτο (όπως στην έκταξη) αλλά στην τράπεζα, η οποία μάλιστα δεσμεύεται χωρίς

περιθώριο αποδοχής ή μη, εν αντιθέσει με τον εκτασσύμενο που υποχρεούται έναντι του λήπτη μόνο αν αποδεχθεί την έκταξη (ΑΚ 877).

4. *Ενέργειες της τράπεζας*: Συνακόλουθα η τράπεζα προβαίνει σε χρέωση του λογαριασμού του εντολέα και πίστωση του λογαριασμού του λήπτη. Στο στάδιο αυτό πρέπει να γίνει η ακόλουθη διάκριση: έχει σημασία το αν ο λογαριασμός του λήπτη τηρείται στην ίδια ή σε άλλη τράπεζα. Στην πρώτη περίπτωση, η εκτέλεση της εντολής γύρου πραγματοποιείται ευχερώς και δεν προσκρούει σε κανένα εμπόδιο, αφού διεκπεραιώνεται μέσω χρεοπιστωτικών εγγράφων στα λογιστικά της βιβλία ή στα αρχεία των ηλεκτρονικών υπολογιστών. Στη δεύτερη περίπτωση, η τράπεζα του εντολέα δεν μπορεί να πιστώσει η ίδια το λογαριασμό του τρίτου και γι' αυτό εντέλλεται την τράπεζα του λήπτη να προβεί εκείνη στην αναγκαία – πιστωτική εγγραφή. Όμως η παραλήπτρια τράπεζα πρέπει να έχει τα απαραίτητα εχέγγυα ότι είναι καλυμμένη εκ μέρους της τράπεζας του εντολέα, καθώς η εντολή γύρου συνεπάγεται γι' αυτήν πίστωση του λογαριασμού του πελάτη της και άρα αύξηση του παθητικού της. Επομένως είναι αναγκαία η διατραπεζική συνεργασία για τους εξής λόγους:

1. δυνατότητα ύπαρξης ενός διαύλου επικοινωνίας,
2. δυνατότητα διακανονισμού των εκατέρωθεν απαιτήσεων των διατραπεζικών πληρωμών χάρη στις αλματώδεις εξελίξεις στους τομείς των τηλεπικοινωνιών και της πληροφορικής.

5. *Ειδοποίηση και αποδοχή*: Στο τελευταίο στάδιο, η τράπεζα ειδοποιεί σχετικώς τον δικαιούχο, ο οποίος και προβαίνει σε αποδοχή της πιστωτικής εγγραφής.

Ύστερα από τη σύντομη λειτουργία του μηχανισμού της σύμβασης γύρου, προχωράμε στην εξέταση της περίπτωσης πλαστής εντολής γύρου.

Ερώτημα: Τι συμβαίνει στην περίπτωση που κάποιος πλαστογραφήσει την υπογραφή του πελάτη της τράπεζας και συνάψει με αυτή σύμβαση εμβάσματος ή της δώσει εντολή γύρου;

¹⁵³ Βάσει της ελευθερίας των συμβάσεων (ΑΚ 361), τα μέρη μπορούν να προσδώσουν στη σύμβαση γύρου διαρκή χαρακτήρα, οπότε η τράπεζα υποχρεούται να διεκπεραιώνει αδιαλείπτως περισσότερες λογιστικές πληρωμές του πελάτη της.

Παρόμοια περιστατικά έχουν απασχολήσει ουκ ολίγες φορές την αλλοδαπή νομολογία. Παραθέτω τα πιο χαρακτηριστικά περιστατικά:

1. Μία υπάλληλος, λογίστρια της εταιρίας, κατά τη διεκπεραίωση της μηνιαίας μισθοδοσίας του προσωπικού (180 ατόμων), πλαστογράφησε τις συγκεντρωτικές λογιστικές καταστάσεις και τις απέστειλε στην τράπεζα με την εντολή πίστωσης στους λογαριασμούς των υπαλλήλων, προσθέτοντας ονόματα πρώην υπαλλήλων της εταιρίας με την ένδειξη «για πίστωση» σε λογαριασμό του οποίου δικαιούχος ήταν η ίδια¹⁵⁴.
2. Μία ελληνική τράπεζα στα πλαίσια σύμβασης γύρου που έχει συνάψει με την ανταποκρίτριά της γερμανική τράπεζα, της αναθέτει την εκτέλεση 4 εντολών πληρωμής και 2 εντολών πίστωσης σε λογαριασμό των πελατών της ύψους 2,5 εκατομ. DM. Και οι πληρωμές αλλά και οι πιστώσεις σε λογαριασμό θα πραγματοποιούνταν σε κατάσταση της γερμανικής τράπεζας στο Aachen. Ο ένας εκ των πελατών είχε ανοίξει λογαριασμό γύρου (girokonto) στη γερμανική τράπεζα.

Τρεις εκ των πελατών της ελληνικής τράπεζας διαμαρτυρήθηκαν αργότερα ότι δεν έλαβαν ποτέ τα χρήματα αυτά. Ύστερα από έλεγχο διαπιστώθηκε ότι τόσο το άνοιγμα του λογαριασμού γύρου στη γερμανική τράπεζα όσο και οι πληρωμές είχαν πραγματοποιηθεί με χρήση πλαστών εγγράφων (βελγικά δελτία ταυτότητας για αλλοδαπούς).

Εύλογα ερωτήματα: Ποιος φέρει τον κίνδυνο των καταβολών αυτών; Ευθύνεται η ελληνική τράπεζα ή η ανταποκρίτριά της γερμανική τράπεζα; Δικαιούται αυτή να στραφεί κατά της ανταποκρίτριάς της, αν πιστώσει και πάλι τους λογαριασμούς των πελατών της, δίνοντας βάση στους ισχυρισμούς τους, επικαλούμενη παράλειψη των υπαλλήλων της μεσολαβούσας τράπεζας να ελέγξουν με επιμέλεια τα έγγραφα; Επηρεάζει τον καταμερισμό της ευθύνης το γεγονός ότι η σχετική εντολή της ελληνικής τράπεζας προς την ανταποκρίτρια επεσήμανε ότι οι καταβολές πρέπει να γίνουν με νομιμοποίηση

¹⁵⁴ Τριανταφυλλάκης, Ζητήματα αστικής ευθύνης τραπεζών κατά τη διενέργεια πληρωμών με μεταφορά κεφαλαίων, η περίπτωση της πλαστής εντολής ΔΕΕ 1996, σελ. 579 επ.

των πελατών (gegen legitimation); Και κατά τι μεταβάλλεται η νομική κατάσταση, αν αποδειχθεί ότι και οι εντολές των πελατών ήταν πλαστές¹⁵⁵;

Αξίωση της τράπεζας κατά του πλαστογράφου

Χωρίς αμφιβολία, η τράπεζα μπορεί να στραφεί κατά του πλαστογράφου και να ζητήσει την αποκατάσταση της ζημίας την οποία υπέστη βάσει ΑΚ 914 επ. ή την απόδοση του αδικαιολόγητου πλουτισμού του δράση κατά τις ΑΚ 904 επομ. Ωστόσο η ανεύρεση του πλαστογράφου μπορεί να αποδειχθεί εξαιρετικά δυσχερής, ιδίως όταν η τραπεζική εντολή διαβιβάστηκε ηλεκτρονικά ή τα πρόσωπα που εμφανίζονται ως δικαιούχοι του εμβάσματος ή του πιστωθέντος λογαριασμού είναι ανύπαρκτα.

Επομένως, το ερώτημα παραμένει ανοικτό: ποιος φέρει τον κίνδυνο της πλαστότητας, ουσιαστικά την ζημία λόγω αυτής στην προκειμένη περίπτωση; Μπορεί η τράπεζα να στραφεί κατά του τρίτου καλόπιστου λήπτη;

Αξίωση της τράπεζας κατά του πελάτη της

Σχετικά με το ερώτημα αν η τράπεζα δύναται να στραφεί κατά του πελάτη της, πρέπει να επισημάνουμε τα εξής:

1. Στους κύκλους των γερμανικών τραπεζών διατυπώνεται η άποψη ότι κίνδυνοι όπως ο κίνδυνος πλαστογραφήσεως των τραπεζικών εντολών είναι σύμφυτοι με τη διενέργεια πληρωμών μέσω των τραπεζών, λόγω της μαζικότητας και της ταχύτητας των σύγχρονων τραπεζικών εργασιών. Οι πελάτες των τραπεζών επιλέγοντας την οδό αυτή αποδέχονται τους κινδύνους που ελλοχεύουν, οπότε αυτοί φέρουν το βάρος της πλαστογραφίας ή της απάτης και επιπρόσθετα υποχρεούνται να αποκαταστήσουν ενδεχόμενη ζημία ή δαπάνη της τράπεζας, την οποία υπέστη ή στην οποία προέβη για την εκτέλεση της εντολής. Προς στοιχειοθέτηση της άποψης αυτής γίνεται επίκληση διατάξεως αντίστοιχης προς τις ΑΚ 722 και 723, κατά την οποία ο εντολέας έχει υποχρέωση να αποδώσει στον εντολοδόχο ο,τιδήποτε αυτός δαπάνησε για την κανονική εκτέλεση της εντολής, καθώς και να αποκαταστήσει τις ζημίες που υπέστη.

¹⁵⁵ Βλ. BGH της 13.6.1995, WM 1995, σελ. 1485.

Η άποψη αυτή απορρίπτεται καθώς στην υπό κρίση περίπτωση δεν έχουμε έγκυρη εντολή και ως εκ τούτου δεν τυγχάνουν εφαρμογής οι παραπάνω διατάξεις. Στην πλαστή τραπεζική εντολή δεν αντανakλάται η πραγματική βούληση του πελάτη της τράπεζας, συνεπώς ελλείπει εντολή του πελάτη προς την τράπεζα. Η τελευταία δεν έχει εκπληρώσει υποχρέωση απορρέουσα από τη σύμβαση με τον πελάτη της, οπότε δεν έχει αξίωση για απόδοση των δαπανών ή για κάλυψη τυχόν ζημιών από την εκτέλεση τραπεζικής εντολής. Υποχρεούται έτσι να επιστρέψει στον πελάτη της όσα έλαβε (ΑΚ 719), διορθώνοντας τη χρέωση του λογαριασμού του.

2. (ορθοτ. άποψη) Ο κίνδυνος πλαστογράφησης μετακυλίεται στην τράπεζα λόγω της παρεπόμενης υποχρέωσής της να προστατεύει τα συμφέροντα των πελατών της. Η ευθύνη αυτή της τράπεζας είναι όχι μόνο ενδοσυμβατική αλλά και απορρέουσα από τη σχέση εμπιστοσύνης της τράπεζας και του πελάτη της. Ως νομική βάση της έχουν διατυπωθεί δύο κύριες απόψεις:

α. Η θεωρία της γενικής τραπεζικής σύμβασης (allgemeiner Bankvertrag): οι πελάτες ερχόμενοι σε επαφή με την τράπεζα δεν σκοπεύουν κατά κανόνα να κάνουν μία μόνον συναλλαγή, αλλά αντίθετα αποβλέπουν σε μία διαρκή και στενή σχέση εμπιστοσύνης, μέσα από την οποία θα εκτυλιχθούν πολυάριθμες άλλες, νομικά αυτόνομες, πράξεις και συναλλαγές.

β. Σύμβαση-πλαίσιο (Rahmenvertrag), που είναι η βάση για τη διενέργεια του συνόλου των τραπεζικών εργασιών.

Υποχρεούται λοιπόν η τράπεζα να ενημερώσει τους πελάτες της σχετικά με τα προβλήματα που ενδέχεται να ανακύψουν και να λάβει όλα τα προσήκοντα μέτρα για την αποτροπή του κινδύνου εμφιλοχώρησης πλαστότητας και απάτης. Άλλωστε, οι τράπεζες κατά κανόνα διαθέτουν τα πλέον προηγμένα μέσα για τον έλεγχο της γνησιότητας των εγγραφών, οπότε θα ήταν παράλογο να επιρριφθεί στους πελάτες ο κίνδυνος για περιστατικά τα οποία ευχερώς δύνανται οι ίδιες να διαγνώσουν.

Υποχρεώσεις του πελάτη απορρέουσες από την καλή πίστη (ΑΚ 288)

Παρεπόμενες υποχρεώσεις βαρύνουν και τον πελάτη της τράπεζας. Οι υποχρεώσεις αυτές επιμελείας έχουν τυποποιηθεί σε μεγάλο βαθμό από τη νομολογία και είναι οι ακόλουθες:

1. Η προσεκτική τήρηση των ενταλμάτων πληρωμής, ώστε να μην περιέρχονται στα χέρια προσώπων, τα οποία θα μπορούσαν να κάνουν κατάχρηση,
2. Η τακτική και προσεκτική συμπλήρωση του περιεχομένου των ενταλμάτων¹⁵⁶.

Ειδικότερα, επιβάλλεται η διάκριση μεταξύ εντολής εξ υπαρχής πλαστής (όπου τρίτος είχε θέσει την υπογραφή του δικαιούχου του λογαριασμού) και εν λευκώ εντολής που πλαστογραφήθηκε, νοθεύτηκε δηλ. το περιεχόμενό της (ως προς το ποσό, τον αποδέκτη κτλ.) μετά την κανονική έκδοσή της. Η διάκριση αυτή έχει εξαιρετικά πρακτική σημασία διότι στην πρώτη περίπτωση η ευθύνη και η ζημία βαρύνει την τράπεζα, ενώ στη δεύτερη εφαρμόζεται η αρχή του φαινομένου δικαίου¹⁵⁷, οπότε η εκ των υστέρων νοθευμένη εντολή θεωρείται ως γνήσια, μιας και ο ίδιος ο πελάτης συντέλεσε στο να δημιουργηθεί η εντύπωση στους υπαλλήλους της τράπεζας ότι προέρχεται από αυτόν και είναι κανονική, η δε τράπεζα ελευθερώνεται από την υποχρέωσή της προς καταβολή.

Αξίωση της τράπεζας κατά του καλόπιστου τρίτου λήπτη

Με την πλαστή εντολή γύρου ο δράστης κατορθώνει να ιδιοποιηθεί παράνομα ξένα κεφάλαια (καταθέσεις), αφού η τράπεζα, μεταφέροντας τα χρήματα στον υποδειχθέντα απ' αυτόν λογαριασμό (που ανοίγεται και αυτός με απατηλό συχνά τρόπο και με χρήση πλαστών ή κλεμμένων νομιμοποιητικών εγγράφων, προκειμένου να διευκολύνει την ανάληψη στη συνέχεια), χρεώνει τον λογαριασμό του φερομένου ως εντολέα πελάτη της.

Έστω ότι ο λήπτης του ποσού είναι καλόπιστος π.χ. ένας υπάλληλος της τράπεζας ή υπάλληλος του δικαιούχου του λογαριασμού πλαστογραφεί εντολές γύρου και εξοφλεί πιστωτές του που δεν έχουν ιδέα για την παράνομη δραστηριότητα του οφειλέτη τους.

¹⁵⁶ Ιδιαίτερη προσοχή στην υπογραφή εν λευκώ που αφήνει ελεύθερο το πεδίο για τη νόθευση του εγγράφου.

¹⁵⁷ Βλ. Canaris.

Ελλείπει εντολής (αφού αυτή είναι πλαστή), η τράπεζα μπορεί να στραφεί κατά του λήπτη, έστω και αν είναι καλόπιστος, και με αγωγή αδικαιολόγητου πλουτισμού να ζητήσει την απόδοση όσων κατέβαλε.

Από την πλευρά του ο λήπτης δε μένει απροστάτευτος: μπορεί να ισχυριστεί κατ' ένσταση ότι ο πλουτισμός του δεν διασώζεται (ΑΚ 909) ή να ζητήσει την αποκατάσταση της ζημίας που υπέστη, επειδή εμπιστεύθηκε την πιστωτική εγγραφή ή την καταβολή εκ μέρους της τράπεζας και για παράδειγμα απάλλαξε τον οφειλέτη του από ασφάλειες.

Η περίπτωση της πλαστότητας εντολών εμβάσματος που διαβιβάζονται ηλεκτρονικά

Στην προκειμένη περίπτωση, προτείνεται διαφορετική αντιμετώπιση του ζητήματος όταν οι εντολές εμβάσματος διαβιβάζονται τηλετυπικά, τηλεομοιοτυπικά ή ηλεκτρονικά, οπότε κρίση είναι η τήρηση εμπορικά εύλογων διαδικασιών τεκμηρίωσης. Ο έλεγχος της υπογραφής, ακόμη και όταν είναι πρακτικά εφικτός, είναι απρόσφορος να αποτρέψει τους σχετικούς κινδύνους. Εν αμφιβολία, ο κίνδυνος μεταπίπτει στον πελάτη της τράπεζας, αφού η ίδια η τράπεζα, εφαρμόζοντας εμπορικά εύλογες διαδικασίες τεκμηρίωσης, έχει εκπληρώσει αυτό που πραγματικά δύναται και αυτό που δικαιοπολιτικά μπορεί να αξιωθεί από αυτή ώστε να αποτρέψει τους σχετικούς κινδύνους.

Παρόμοια είναι η αντιμετώπιση των λαθών της τράπεζας και των εξ' αυτών προερχόμενων εσφαλμένων λογιστικών εγγραφών. Τέτοια λάθη, τα οποία εμφανίζονται με μεγάλη συχνότητα στις συναλλαγές, είναι η διπλή εκτέλεση της εντολής, η μεταφορά ποσού μεγαλύτερου του ενταλθέντος και η εκτέλεση εγκαίρως ανακληθείσας εντολής. Ο λήπτης και στην περίπτωση αυτή πλούτισε αδικαιολογήτως και επομένως υποχρεούται σε απόδοση του πλουτισμού αυτού στην τράπεζα¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Έτσι και η ΕφΘεσ 283/1995, όπου το δικαστήριο αποφάσισε ότι, επί διπλής καταχωρήσεως καταθέσεως στην καρτέλα του καταθέτη και στο βιβλιάριο καταθέσεως από παραδρομή υπαλλήλου της τράπεζας, ο καταθέτης είχε υποχρέωση να επιστρέψει το ποσό που έλαβε πλέον του πραγματικού πιστωτικού υπολοίπου της καταθέσεώς του κατά τις διατάξεις για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό.

Οι νομικές βάσεις θεμελίωσης της ευθύνης της τράπεζας

α) Ενδοσυμβατική ευθύνη

Ο εντολέας, καταρτίζοντας τη σύμβαση εμβάσματος, αποβλέπει στη καταβολή του μεταφερόμενου ποσού στον κατονομαζόμενο ως δικαιούχο, σε συγκεκριμένο χρόνο. Αυτό ωστόσο δεν επιτυγχάνεται πάντοτε αλλά αντιθέτως ενδέχεται ο εντολέας να υφίσταται ζημία κατά τη διεκπεραίωση της εντολής του. Συγκεκριμένα, το ζημιογόνο γεγονός μπορεί να συνίσταται σε:

i) **Σφάλμα:** Κατά τη διαβίβαση της εντολής μπορεί να προκύψει σφάλμα, όταν κάποια από τις μεσολαβούσες τράπεζες δεν ενεργεί σύμφωνα με τις οδηγίες που έχει λάβει, με αποτέλεσμα π.χ. να καταβάλλεται το ποσό σε τρίτο και όχι στο δικαιούχο, ή να καταβάλλεται ποσό μεγαλύτερο ή σε νόμισμα διαφορετικό από αυτό που υπέδειξε ο εντολέας, να μην λαμβάνεται υπόψη έγκυρη ανάκληση εντολής ή να εκτελείται διπλά. Στην τραπεζική πρακτική σφάλματα αυτής της μορφής δεν είναι σπάνια και οφείλονται σε μεγάλο βαθμό στην έλλειψη ομοιόμορφων τυποποιημένων εντύπων για τη διαβίβαση της εντολής πληρωμής.

ii) **Καθυστέρηση:** Κατά την κρατούσα διεθνώς τραπεζική πρακτική, η τράπεζα που αναλαμβάνει τη διεκπεραίωση μίας εντολής πληρωμής οφείλει να ενεργήσει αυθημερόν ή να αποδέχεται την εντολή προς το τέλος της εργάσιμης ημέρας, στην αρχή της επόμενης εργάσιμης. Η υποχρέωση της άμεσης εκτέλεσης προκύπτει και από την ΑΚ 323. Ενδεχόμενη καθυστέρηση κατά την εκτέλεση του εμβάσματος μπορεί να προκαλέσει διατάραξη της υποκείμενης σχέσης μεταξύ δικαιούχου και εντολέα, έχει δε διαπιστωθεί ότι η έλλειψη διεθνώς ομοιόμορφης τραπεζικής πρακτικής και διαδικασιών μπορεί να επιφέρει απρόσμενες καθυστερήσεις κατά την εκτέλεση των εντολών πληρωμής.

iii) **Πλαστογραφία – απάτη**¹⁵⁹: Η αχίλλειος πτέρνα της μεταφοράς χρηματικών κεφαλαίων βρίσκεται στην σχετικά εύκολη πλαστογράφηση της υπογραφής του πελάτη ή στη νοθεία του περιεχομένου των εγγράφων (ειδικών τραπεζικών εντύπων), με τα οποία αυτός δίδει εντολή προς την τράπεζά του να εκτελέσει κάποια πληρωμή. Ο κίνδυνος αυτός επιτείνεται από

¹⁵⁹ Βλ. Χρ. Σπ. Χρυσάνθη, Η ηλεκτρονική εξυπηρέτηση των σύγχρονων τραπεζικών συναλλαγών, σ. 183 – Γ. Τριανταφυλλάκη, Ζητήματα αστικής ευθύνης τραπεζών κατά τη διενέργεια πληρωμών με μεταφορά κεφαλαίων, ΔΕΕ 6 (1996), 584.

τη διαδομένη συναλλακτική πρακτική, οι εντολές πληρωμής να δίδονται με αποστολή τηλεγραφήματος, τηλεομοιοτυπήματος, ακόμη και με την πραγματοποίηση ενός απλού τηλεφωνήματος. Πέρα από την περίπτωση της πλαστογραφίας εγγράφου, πρέπει να αναφέρουμε και την ευρύτερη της εξαπάτησης της τράπεζας από κάποιον που χορηγεί εντολή ή που κατορθώνει με κλεμμένα νομιμοποιητικά έγγραφα να αναλάβει χρήματα αντί για τον δικαιούχο. Στις περιπτώσεις αυτές λείπει η εξουσιοδότηση του πελάτη για τη διεκπεραίωση των υποθέσεων του και οι γενόμενες καταβολές προς τρίτους δε μπορούν να του καταλογιστούν. Η επισκόπηση της διεθνούς νομολογίας αποδεικνύει ότι στα τραπεζικά χρονικά ουδέποτε έλειψαν εμπνευσμένες μέθοδοι απορρόφησης κεφαλαίων των καταθετών από τολμηρούς τυχοδιώκτες που ενεργούσαν συνήθως αθέατα και χωρίς κίνδυνο.

iv) Τεχνική αδυναμία του Συστήματος¹⁶⁰: Εγγενής και ιδιαίτερος κίνδυνος των ηλεκτρονικών διατραπεζικών πληρωμών που μπορεί να προκαλέσει την εσφαλμένη διαβίβαση των εντολών είναι η μόνιμη ή σποραδική ανεπάρκεια των τεχνικών μέσων που χρησιμοποιούνται για τη διαβίβαση της εντολής πληρωμής. Ειδικότερα, μπορεί να πρόκειται για τεχνική κατάρρευση του ίδιου του Συστήματος ηλεκτρονικών διατραπεζικών πληρωμών, ή για τεχνική αδυναμία του κοινού τηλεπικοινωνιακού δικτύου, ή για τεχνική αδυναμία του ηλεκτρονικού ή τηλεπικοινωνιακού συστήματος κάποιας από τις μεσολαβούσες τράπεζες. Η συχνότητα τέτοιων τεχνικών αδυναμιών έχει περιοριστεί δραστικά τα τελευταία χρόνια χάρη στις τεχνολογικές προόδους της τηλεματικής. Πάντως, η διαγραφόμενη στη διεθνή νομολογία τάση είναι να μην θεωρεί την τεχνική κατάρρευση του συστήματος λόγο ανωτέρας βίας.

Οι ανωτέρω λόγοι μπορεί να προκαλέσουν πλημμελή – εσφαλμένη ή καθυστερημένη εκπλήρωση εντολής οπότε η ανώμαλη εξέλιξη της ενοχής ανάμεσα στην τράπεζα και τον πελάτη της ρυθμίζεται πρωτίστως από τις γενικές διατάξεις του ενοχικού δικαίου ΑΚ 343, 344, 345, 383, 385. Συμπληρωματικά εφαρμόζονται ανάλογα οι διατάξεις για τη μίσθωση έργου και ιδίως ΑΚ 686, 689, 690.

¹⁶⁰ Βλ. Χρ. Σπ. Χρυσάνθη, όπ.π., σ. 191-195.

Περαιτέρω, η ευθύνη της τράπεζας ως ενδοσυμβατική είναι νόθος αντικειμενική, οπότε το πταίσμα (υπαιτιότητά) της τεκμαίρεται, και προκειμένου να απαλλαγεί έχει την υποχρέωση να αποδείξει ότι δεν τη βαρύνει υπαιτιότητα κατά την εκτέλεση του εμβάσματος. Ο εντολέας από την άλλη πλευρά είναι υποχρεωμένος να επικαλεστεί και να αποδείξει την παράβαση των υποχρεώσεων της τράπεζας, δηλ. την πλημμελή εκπλήρωση της παροχής της, τη ζημία του και την αιτιώδη συνάφεια μεταξύ του νομίμου λόγου ευθύνης και της ζημίας. Απαλλαγή της τράπεζας είναι δυνατόν να χωρήσει σε περίπτωση ελλιπών οδηγιών του πελάτη προς αυτήν κατ' εφαρμογή των ΑΚ 723, 691.

β) Αδικοπρακτική ευθύνη (άρθρα 914 και 919 ΑΚ)

Σε αντίθεση με τη νομολογία¹⁶¹, που αρνείται την ύπαρξη αδικοπρακτικής ευθύνης της μεσολαβούσας τράπεζας, με το αιτιολογικό ότι το ενοχικό δικαίωμα (δικαίωμα από τη σχέση οφειλέτη-εντολέα και δανειστή-δικαιούχου του εμβάσματος) μπορεί να προσβληθεί μόνο από τον αντισυμβαλλόμενο και όχι από την τράπεζα ως τρίτη, η θεωρία κάνει δεκτό ότι μπορεί να συνυπάρχει και αδικοπρακτική ευθύνη της τράπεζας. Ειδικότερα, υποστηρίζεται ότι η έννοια του «παρανόμου» συντρέχει και όταν δεν τηρείται η επιμέλεια που μπορεί και πρέπει να δείχνει ένας μέσος άνθρωπος για την ασφάλεια και προστασία προσώπων και αγαθών με τα οποία έρχεται σε επαφή, έστω και αν δεν υπάρχει παράβαση ειδικά προβλεπόμενου απαγορευτικού ή επιτακτικού κανόνα δικαίου¹⁶². Η γενική αυτή υποχρέωση ασφάλειας και προστασίας, την οποία επιβάλλουν οι γενικές ρήτρες των χρηστών ηθών και της καλής πίστης (ΑΚ 281, 288) καθώς και το πνεύμα της ΑΚ 914 αλλά και το γενικότερο πνεύμα της νομοθεσίας, εφαρμόζεται ιδιαίτερα στις σχέσεις τραπεζών με τους πελάτες τους και ιδίως σε εκείνες τις τραπεζικές συναλλαγές που λειτουργούν ως μέσα πληρωμών στο συναλλακτικό βίο όπως το έμβασμα.

Ο διαμεσολαβητικός ρόλος των τραπεζών στη μεταφορά κεφαλαίων από τον οφειλέτη στο δανειστή για εξόφληση χρηματικών υποχρεώσεων, φέρνει αναπόφευκτα τις τράπεζες σε συναλλακτική επαφή με την υποκείμενη

¹⁶¹ Βλ. Εφαθ 6338/81 ΝοΒ 29, 1412, Πολ.Πρ.Αθ. 3248/94, ΜΠΑ 5192/95.

έννομη σχέση δανειστή-οφειλέτη. Η έννομη αυτή σχέση συνιστά έννομο αγαθό προστατευόμενο από τη γενική υποχρέωση ασφάλειας και προστασίας. Είναι επομένως προφανές ότι ο τριμερής χαρακτήρας του εμβάσματος δημιουργεί αυξημένη ανάγκη τήρησης της εν λόγω υποχρέωσης, παραβίαση της οποίας θεμελιώνει ευθύνη από αδικοπραξία¹⁶³.

Ακόμη, όμως, και με τη διεύρυνση του στοιχείου του «παρανόμου» αμφίβολη είναι η αποτελεσματική προστασία του εντολέα, δεδομένου ότι ο τελευταίος θα βρίσκεται πάντοτε στη δυσχερή θέση να αποδεικνύει τη συνδρομή του στοιχείου της υπαιτιότητας της τράπεζας, με εξαίρεση εάν, ίσως, γίνει δεκτή η αντιστροφή του βάρους απόδειξης, με βάση την προέλευση των κινδύνων ή τη σφαίρα επιρροής, με αναλογική εφαρμογή, στο πλαίσιο του ελληνικού δικαίου, της διάταξης του άρθρου 925 ΑΚ.

Ευνόητο είναι ότι η ανόρθωση της ζημίας του εντολέα είναι δυνατό να ζητηθεί και με βάση τη διάταξη του άρθρου 919 ΑΚ, η στοιχειοθέτηση, όμως, της ευθύνης της τράπεζας με βάση το άρθρο αυτό προϋποθέτει την επίκληση και την απόδειξη αφενός μεν πρόθεσης (δόλου), αφετέρου, δε αντίθεσης στα χρηστά ήθη, με αποτέλεσμα η παροχή έννομης προστασίας στο ζημιωθέντα εντολέα να διαθέτει περιορισμένη εμβέλεια, δεδομένου ότι, κατά κανόνα, η εσφαλμένη εκτέλεση του εμβάσματος θα οφείλεται σε αμέλεια και όχι σε δόλο της τράπεζας.

γ) Ευθύνη σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 8 του ν. 2251/1994

Σύμφωνα με τη διάταξη αυτή, εκείνος που παρέχει υπηρεσίες ευθύνεται για κάθε ζημία που προκάλεσε υπαιτίως κατά την παροχή υπηρεσιών. Η διάταξη αυτή είναι δυνατό να αποτελέσει έρεισμα για τη θεμελίωση της ευθύνης της τράπεζας, καθώς οι μεσολαβούσες τράπεζες κατά την εκτέλεση του εμβάσματος παρέχουν υπηρεσίες, ενώ την εφαρμογή της διάταξης εξυπηρετεί και η διευρυμένη έννοια του «καταναλωτή»¹⁶⁴ που αποσυνδέεται από την προϋπόθεση της εξυπηρέτησης μη επαγγελματικών αναγκών (αρ. 1§4 ν. 2251/94). Το άρθρο 8 του ν. 2251/94 δεν προσθέτει βέβαια τίποτε περισσότερο στην ήδη υφιστάμενη ενδοσυμβατική ευθύνη της τράπεζας

¹⁶² Βλ. Μ. Π. Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 1993, σ. 260-261.

¹⁶³ Βλ. Χρ. Σπ. Χρυσάνθη, όπ.π. σ. 200, - Γ. Τριανταφυλλάκη, όπ.π., σ. 580.

έναντι του εντολέα. Καθιερώνει ωστόσο ευθεία αδικοπρακτική ευθύνη της και μάλιστα νόθο αντικειμενική έναντι τρίτων με τους οποίους δε συνδέεται συμβατικά και έτσι αίρει τα προβλήματα που ανακύπτουν από την αρχή της σχετικότητας των ενοχών.

Απαλλακτικές ρήτρες

Στην ελληνική τραπεζική πρακτική είναι κοινός τόπος να συνομολογούν οι πελάτες στα έντυπα των συμβάσεων όρους περιοριστικούς ή και αποσβεστικούς της ευθύνης των πιστωτικών ιδρυμάτων οι οποίοι μπορεί να έχουν το ακόλουθο περιεχόμενο¹⁶⁵:

- i) Περιορισμό ως προς το βαθμό της υπαιτιότητας: μπορεί π.χ. να συνομολογείται ότι η τράπεζα δε θα ευθύνεται για ζημιές που αποδίδονται σε ελαφρά αμέλεια.
- ii) Περιορισμό ως προς την έκταση της αποκαταστατέας ζημίας: μπορεί π.χ. να συνομολογείται ότι δε θα αποκαθιστάται η ζημία από απώλεια τόκων ή από την διακύμανση των τιμών συναλλάγματος.
- iii) Περιορισμό της ευθύνης για το πταίσμα της ανταποκρίτριας: αποτελεί την πιο συνηθισμένη απαλλακτική ρήτρα σε συμβάσεις τραπεζικών πληρωμών.
- iv) Χρονικό περιορισμό της ευθύνης: μπορεί να συμφωνούνται σύντομες αποσβεστικές προθεσμίες για την άσκηση αξίωσης αποζημίωσης.

Ανακύπτει συνεπώς ζήτημα εγκυρότητας των ρητρών αυτών, το οποίο θα εξετάσουμε με βάση τις διατάξεις του Α.Κ. (281 & 288) και του ν. 2251/94 για την προστασία των καταναλωτών.

Κατά τον Α.Κ. κριτήριο για το κύρος κάθε απαλλακτικής ρήτρας είναι ο βαθμός της υπαιτιότητας, στον οποίο αυτή περιορίζει την ευθύνη. Έτσι, επιτρέπεται ο περιορισμός και η απαλλαγή από την ευθύνη που αποδίδεται σε ελαφρά αμέλεια, ενώ αντίθετα απαγορεύεται κάθε περιορισμός ή

¹⁶⁴ Βλ. Ε. Περάκη. Η έννοια του «καταναλωτή» κατά το νέο νόμο 2251/1994, ΔΕΕ 1-2 (1995), 32.

απαλλαγή από την ευθύνη που αποδίδεται σε βαριά αμέλεια και δόλο. Τον κανόνα αυτό καθιερώνει η ΑΚ 332§1, καθώς θα ήταν ανήθικο να απαλλάσσεται κάποιος συναλλασσόμενος για τις σκόπιμες ή βαριά αντικοινωνικές ενέργειές του¹⁶⁶. Το ίδιο ισχύει και για τον περιορισμό ως προς την έκταση της αποκαταστατέας ζημίας, όπως επίσης για το χρονικό περιορισμό της ευθύνης, οπότε η σχετική ρήτρα θα θεωρείται έγκυρη στο βαθμό που η ζημία αποδίδεται σε ελαφρά αμέλεια. Στην τελευταία μάλιστα περίπτωση του χρονικού περιορισμού της ευθύνης θα πρέπει να ληφθούν υπόψη και οι ΑΚ 275 που απαγορεύει τη σύντμηση της παραγραφής και ΑΚ 279 που προβλέπει ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων της παραγραφής στην αποσβεστική προθεσμία.

Αντιθέτως, η ευθύνη του προστήσαντος για το πταίσμα του προστηθέντος, μπορεί να περιοριστεί ή αποκλεισθεί για όλους τους βαθμούς πταίσματος του προστηθέντος, ακόμη δηλ. και για δόλο ή βαριά αμέλειά του.

Από την άλλη πλευρά, οι διατάξεις του ν. 2251/94 μπορούν να αποτελέσουν τη βάση για τον έλεγχο της εγκυρότητας απαλλακτικών ρητρών εφόσον γίνει δεκτό ότι βρίσκουν εφαρμογή στις σχέσεις τραπεζών-πελατών τους, λόγω της διευρυμένης έννοιας του καταναλωτή¹⁶⁷ που ο νέος νόμος εισάγει σε αντίθεση με το ν. 1961/91.

Ειδικότερα ως προς την καταχρηστικότητα γενικών όρων συναλλαγών (που μπορεί να έχουν τη μορφή απαλλακτικής ρήτρας) ο ν. 2251/94 προχωρεί πέρα από το κριτήριο του βαθμού υπαιτιότητας των ΑΚ 332 και 334. Κριτήριο του νόμου τούτου είναι το κατά πόσο ένας συμβατικός όρος έχει ως αποτέλεσμα την υπέρμετρη¹⁶⁸ διατάραξη της ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων σε βάρος του καταναλωτή, ενώ η διατάραξη αυτή διαπιστώνεται με βάση τον τυπικό σκοπό της σύμβασης

¹⁶⁵ Βλ. Χρ. Σπ. Χρυσάνθη, Η ηλεκτρονική εξυπηρέτηση των σύγχρονων τραπεζικών συναλλαγών, σ. 264-266, - Γ. Τριανταφυλλάκη, Ζητήματα αστικής ευθύνης τραπεζών κατά τη διενέργεια πληρωμών με μεταφορά κεφαλαίων, ΔΕΕ 6 (1996), σ. 588.

¹⁶⁶ Βλ. Μ. Π. Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, σ. 107-110. - Χρ. Σπ. Χρυσάνθη, όπ.π., σ. 266.

¹⁶⁷ Βλ. Ε. Περάκη, Η έννοια του «καταναλωτή» κατά το νέο νόμο 2251/94, ΔΕΕ (1995), σ. 32 - Ε. Αλεξανδρίδου, Ο νόμος 2251/94 για την προστασία του καταναλωτή. Ομοιότητες και διαφορές από το ν. 1961/91. Σχέσεις με το ν. 146/1914, Αρμ. 1996, 3, σ. 290.

¹⁶⁸ Η «υπέρμετρη διατάραξη» κατά το ν. 2251/94 θα πρέπει να ερμηνευθεί σύμφωνα με την Οδηγία που απαιτεί «σημαντική ανισορροπία» και να νοηθεί ως διατάραξη που υπερβαίνει ένα ανεκτό μέτρο, δηλ. ως σημαντική διατάραξη. Βλ. Αυγουστιανή, Κοινοτικό Αστικό Δίκαιο Ι, σ. 107.

όπως αυτός γίνεται αντιληπτός κατά τα χρηστά συναλλακτικά ήθη. Θα υπάρξει λοιπόν καταχρηστικότητα όταν η κατανομή δικαιωμάτων και υποχρεώσεων μεταξύ των μερών είναι τέτοια που διακυβεύει την εκπλήρωση του σκοπού της σύμβασης και τις εύλογες προσδοκίες του ασθενέστερου μέρους¹⁶⁹.

Οι ρυθμίσεις του άρθρου 2§§6,7 του ν. 2251/94 αφορούν μόνο απαλλακτικές ρήτρες που έχουν τη μορφή ΓΟΣ όρων δηλ. που έχουν διατυπωθεί εκ των προτέρων για απροσδιόριστο αριθμό μελλοντικών συμβάσεων χωρίς ατομική διαπραγμάτευση. Για τις λοιπές ρήτρες, που συνομολογούνται από τα μέρη εξατομικευμένα για συγκεκριμένη σύμβαση, ισχύει η ρύθμιση του Αστικού Κώδικα.

Απόκλιση τέλος από τη ρύθμιση του Αστικού Κώδικα (άρθρο 332) εισάγει το άρθρο 8 του ν. 2251/94, το οποίο ρυθμίζει την ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες για τη ζημία που προκαλεί υπαίτια κατά την παροχή υπηρεσιών. Σύμφωνα με τις διατάξεις του, τυχόν ρήτρες που αποκλείουν ή περιορίζουν την ευθύνη της τράπεζας έστω και από ελαφρά αμέλεια μόνο, είναι άκυρες, κατ' εφαρμογή του άρθρου 6§12 του ίδιου νόμου για την ευθύνη του παραγωγού για ελαττωματικά προϊόντα, στο οποίο το άρθρο 8§6 παραπέμπει. Τυχάνουν βέβαια εφαρμογής οι εν λόγω προστατευτικές διατάξεις μόνο στο μέτρο που πρόκειται για πελάτη-καταναλωτή με την έννοια του άρθρου 1 ν. 2251/94.

¹⁶⁹ Βλ. Χρ. Σπ. Χρυσάνθη, όπ.π., σ. 268, Ιδιαίτερη σημασία για το έμβασμα έχουν τα εδάφια α, β, ιγ, ιζ, κβ, κη του άρθρου 2§7 ν. 2251/94.

Τραπεζική ενέγγυα πίστωση (ΤΕΠ)

Γενικά

Στο πλαίσιο της σύμβασης αυτής, μία τράπεζα, συνήθως του τόπου προορισμού των εμπορευμάτων (εκδότρια ή πιστώτρια τράπεζα), συμφωνεί με τον πελάτη της (οφειλέτη-αγοραστή) έναντι αμοιβής να ανοίξει πίστωση υπέρ ορισμένου τρίτου προσώπου (δικαιούχου-πωλητή) με την έννοια ότι αναλαμβάνει την υποχρέωση να καταβάλλει ορισμένο χρηματικό ποσό προς τον τρίτο, όταν ο τελευταίος της παραδώσει ορισμένα εκ των προτέρων καθορισμένα φορτωτικά έγγραφα¹⁷⁰. Το ποσό που καταβλήθηκε εισπράττει συνακόλουθα η τράπεζα από τον πελάτη της – αγοραστή με την παράδοση σ' αυτόν των εις χείρας της φορτωτικών εγγράφων. Προς εξασφάλιση της απαίτησής της κατά του οφειλέτη-αγοραστή η τράπεζα αποκτά από τον χρόνο της ικανοποίησης του δικαιούχου νόμιμο ενέχυρο πάνω στα εμπορεύματα, στα οποία αναφέρονται τα φορτωτικά έγγραφα (αρθ. 25§2 του ν.δ. της 17.7.1923).

Βασική αρχή που διέπει τη σύμβαση αυτή είναι η αρχή της αυτονομίας, η οποία συνίσταται στο ότι από νομικής άποψης κάθε επιμέρους σχέση στο πλαίσιο της ΤΕΠ είναι αυτοτελής, ανεξάρτητη από τις υπόλοιπες, με την έννοια ότι τα μέρη που μετέχουν στη μία σχέση δεν μπορούν να προτείνουν ενστάσεις που πηγάζουν από την άλλη¹⁷¹. Παρακάτω εξετάζουμε τα ζητήματα καταχρηστικότητας και αντίθεσης στα χρηστά ήθη που ανακύπτουν κατά τη λειτουργία της εν λόγω σύμβασης.

ΤΕΠ με μεταγενέστερη πληρωμή (deferred payment credit) – επίκληση της ΑΚ 281

Σύμφωνα με το άρθρο 25 του ν.δ. 1923, η πιστώτρια τράπεζα καταβάλλει το ποσό της πίστωσης στον τρίτο, για να το εισπράξει στη συνέχεια από τον οφειλέτη – πελάτη της.

Η καταβολή αυτή του ποσού της πίστωσης μπορεί να γίνει είτε «χέρι με χέρι» (άμεση πληρωμή ή όψεως, payment at sight, δηλ. ταυτόχρονα με την

¹⁷⁰ Για παράδειγμα, τέτοια έγγραφα αποτελούν τα ασφαλιστήρια, τα τιμολόγια, η φορτωτική κλπ.

¹⁷¹ Λουκόπουλος, Η αμετάκλητος αποσβεστική πίστωση σ. 14 επ.

παράδοση των εγγράφων), είτε σε μεταγενέστερο χρονικό σημείο (μελλοντική πληρωμή, *deferred payment*).

Στην πρώτη περίπτωση, όταν ο δικαιούχος παρουσιάσει τα προβλεπόμενα έγγραφα, θα πληρωθεί αμέσως¹⁷².

Στη δεύτερη περίπτωση, η εκδότρια τράπεζα είτε άμεσα είτε έμμεσα, μέσω άλλης ανταποκρίτριας τράπεζας (που ενεργεί ως απλώς κοινοποιούσα ή βεβαιούσα), υπόσχεται πληρωμή μετά την πάροδο καθορισμένης προθεσμίας από της παραδόσεως των εγγράφων, οπότε η παράδοση των φορτωτικών εγγράφων και η καταβολή του τιμήματος της πώλησης δεν συμπίπτουν χρονικά¹⁷³. Με τον τρόπο αυτό, παρέχεται η δυνατότητα στον εντολέα-εισαγωγέα της πίστωσης να πληρώσει μετά από κάποιο χρονικό διάστημα, γεγονός που τον διευκολύνει να συγκεντρώσει το ποσό της αξίας των εμπορευμάτων, χρησιμοποιώντας τη φερεγγυότητα της τράπεζάς του¹⁷⁴.

Στην εν λόγω μορφή ΤΕΠ είναι απαραίτητη η διάκριση μεταξύ ημερομηνίας λήξης της ενέγγυας πίστωσης, με βάση την οποία προσδιορίζεται ο χρόνος εντός του οποίου θα πρέπει να έχουν προσκομιστεί τα φορτωτικά έγγραφα στην εκδότρια τράπεζα, και της ημερομηνίας πληρωμής, η οποία φανερώνει το χρονικό σημείο όπου ο δικαιούχος-πωλητής δικαιούται, μετά την προσήκουσα παράδοση των φορτωτικών εγγράφων προς την εκδότρια ή την ανταποκρίτρια τράπεζα, να απαιτήσει την καταβολή του ποσού της πίστωσης.

Από οικονομική άποψη, με τη σύναψη του εν λόγω τύπου ενέγγυας πίστωσης, ο πωλητής ενισχύει σημαντικά την αγοραστική δύναμη του αγοραστή, καθόσον: **α)** ο τελευταίος, σε χρόνο προγενέστερο της εξόφλησης του τιμήματος, αποκτά την κυριότητα των εμπορευμάτων, τα οποία μπορεί εν συνεχεία να μεταπωλήσει, **β)** η υποχρέωσή του για κάλυψη της πιστώτριας μετατίθεται σε μεταγενέστερο χρονικό σημείο, ήτοι αυτό της πληρωμής του δικαιούχου από την τελευταία, κατά το οποίο όμως θα έχει ήδη αποκομίσει από την μεταπώληση των εμπορευμάτων ποσό, που υπερβαίνει αυτό για το οποίο είναι υπόχρεος έναντι της τράπεζας.

¹⁷² Βέβαια, το «αμέσως» είναι σχετικό διότι, σχεδόν πάντοτε, απαιτείται χρόνος 2-5 ημερών από την ημέρα που θα ολοκληρωθεί ο έλεγχος από την κατονομαζόμενη τράπεζα (αυτή δηλαδή που θα ελέγξει τα έγγραφα), για να καλυφθεί η τελευταία από την καλύπτρια-εκδότρια τράπεζα.

¹⁷³ Μαρίνος, Ενέγγυα πίστωση με μεταγενέστερη πληρωμή, ΔΕΕ 1988/Α&Β, σελ. 150-151.

Ζήτημα γεννάται αν η πιστώτρια τράπεζα ή η βεβαιούσα τράπεζα του τόπου του δικαιούχου δικαιούται να καταβάλλει στον δικαιούχο το ποσό της πίστωσης πριν από την ημερομηνία πληρωμής. Η θέση ορισμένης ημερομηνίας καταβολής του ποσού της πίστωσης προς τον δικαιούχο σημαίνει δίχως αμφιβολία ότι ο δικαιούχος δεν δικαιούται να αξιώσει την πληρωμή του ποσού αυτού πριν από το ως άνω χρονικό σημείο. Η τράπεζα επίσης δεν δικαιούται να προκαταβάλλει το ποσό της πίστωσης προς τον δικαιούχο, σε περίπτωση που υπάρχει αντίθετη, ειδική και σαφής συμφωνία στο πλαίσιο της σύμβασης μεταξύ αυτής και του εντολέα της – αγοραστή.

Περαιτέρω, σε περίπτωση έλλειψης σχετικού συμβατικού όρου, σε συνδυασμό με τη ρύθμιση του εν λόγω θέματος από το Ν.Δ. και τους ΟΚΣ ΔΕΕ, θα πρέπει να αναζητήσουμε τη λύση στο αναφερόμενο πρόβλημα στον ΑΚ. Κατά τον ερμηνευτικό κανόνα του άρθρου 324 εδ. α' ΑΚ, αν ο χρόνος παροχής είναι ορισμένος, ο οφειλέτης, σε περίπτωση αμφιβολίας έχει δικαίωμα να εκπληρώσει την παροχή του πριν από το χρόνο αυτό. Βάσει της ως άνω διάταξης, η οποία εκφράζει την αρχή της εύνοιας προς τον οφειλέτη, έχει υποστηριχθεί η άποψη ότι, εν ελλείψει αντίθετης συμβατικής ρύθμισης, η τράπεζα δικαιούται να καταβάλλει προς τον δικαιούχο το ποσό της πίστωσης πριν από την παρέλευση της σχετικής προθεσμίας¹⁷⁵. Και τούτο διότι: α) η εν λόγω πρόωρη καταβολή δεν παρεμποδίζει την εκπλήρωση του σκοπού της ενέγγυας πίστωσης με μεταγενέστερη πληρωμή, ήτοι την ενίσχυση της πιστοδοτικής ικανότητας του αγοραστή και β) δεν συνεπάγεται επιβάρυνση της θέσης αυτού, δεδομένου ότι η προεξόφληση της απαίτησης του δικαιούχου δεν σημαίνει και πρόωρη εξόφληση της τράπεζας, της τελευταίας, ειδικότερα, δικαιούμενης να προβάλει την απαίτηση κάλυψής της έναντι του αγοραστή-πελάτη της μόνο κατά το εξ αρχής συμφωνημένο χρονικό σημείο πληρωμής¹⁷⁶.

Σύμφωνα όμως με αντίθετη άποψη, την οποία θεωρούμε περισσότερο πειστική, η συμφωνημένη προθεσμία καταβολής του ποσού της πίστωσης δεν αφορά μόνο στις σχέσεις τράπεζας – δικαιούχου αλλά και στις σχέσεις της τράπεζας με τον εντολέα της – αγοραστή, ακριβώς λόγω της αρχής της

¹⁷⁴ Απ. Γεωργιάδης, Η εξασφάλιση των πιστώσεων 2001, σελ. 254.

¹⁷⁵ Μαρίνος Μ., Ενέγγυα πίστωση με μεταγενέστερη πληρωμή, ΔΕΕΤ 1988/Α + Β, σελ. 155.

¹⁷⁶ Γεωργιάδης Απ., Η εξασφάλιση των πιστώσεων, Αθήνα, 2001, σελ. 255.

τυπικής αυστηρότητας της εντολής του αγοραστή προς την πιστώτρια τράπεζα, σε τήρηση της οποίας η τελευταία υποχρεούται να καταβάλλει το προϊόν της πίστωσης, κατά τους όρους της δοθείσας προς αυτήν εντολής. Περαιτέρω, σύμφωνα με την ίδια άποψη, η διάταξη του άρθρου 324 εδ. α' ΑΚ δεν εφαρμόζεται, όταν η οφειλή εκπληρώνεται για λογαριασμό τρίτου, το συμφέρον του οποίου στη μη πρόωρη εκτέλεση πρέπει να προτιμηθεί, καθόσον αυτός είναι ο πραγματικός οικονομικός φορέας της ενοχής¹⁷⁷. Η ως άνω προϋπόθεση αναμφίβολα πληρούται εν προκειμένω, καθόσον είναι πιθανό, εντός της προθεσμίας πληρωμής και κατόπιν της πρόωρης καταβολής εκ μέρους της τράπεζας, να ανακύψουν και να τεθούν υπόψη της τελευταίας περιστατικά, τα οποία θεμελιώνουν την ένσταση καταχρηστικής ασκήσεως του δικαιώματος του πωλητή να αξιώσει το προϊόν της πίστωσης (ΑΚ 281) και συνακόλουθα γεννούν υποχρέωση της τράπεζας έναντι του εντολέα της να αρνηθεί την εκτέλεση της πίστωσης (άρση της αρχής της αυτονομίας)¹⁷⁸.

Από τα παραπάνω συνάγεται σαφώς ότι η πρόωρη πληρωμή εκ μέρους της τράπεζας αποτελεί πλημμελή εκπλήρωση της σχετικής εντολής (ΑΚ 723) και ως εκ τούτου, προβαίνοντας σ' αυτήν η τράπεζα, πράττει ιδίω κινδύνω. Ειδικότερα, εάν αποδειχθεί ότι κατόπιν της πρόωρης καταβολής και εντός της προθεσμίας, περιήλθαν σε γνώση της περιστατικά, τα οποία επιβάλλουν την εκ μέρους της άρνηση πληρωμής, κατά το συμφωνημένο χρόνο της καταβολής, η τράπεζα δεν δικαιούται σε αναζήτηση της σχετικής δαπάνης από τον εντολέα της. Αντίθετα, αν τα περιστατικά αυτά ανέκυψαν μετά την κανονική, κατά τους όρους της σχετικής εντολής, πληρωμή ή ακόμη και εντός της προθεσμίας, αλλά δεν ήταν ικανά να θεμελιώσουν δικαιολογημένη άρνηση της τράπεζας, ζήτημα ευθύνης της για μη κανονική εκτέλεση της εντολής δεν τίθεται¹⁷⁹. Αν όμως δε συντρέχει τέτοια περίπτωση, θα πρόκειται για κακή εκτέλεση της εντολής, οπότε η τράπεζα μπορεί να

¹⁷⁷ Λιακόπουλος Αθ., Ζητήματα εμπορικού δικαίου II, Ενέγγυα πίστωση πληρωτέα μετά προθεσμία/Πρόωρη πληρωμή και κατάχρηση δικαιώματος, Αθήνα 1997, σελ. 259-260.

¹⁷⁸ Γεωργιάδης Απ., βλ. όπ.π., σελ. 255-256.

¹⁷⁹ Λιακόπουλος Αθ., Ζητήματα εμπορικού δικαίου II, Ενέγγυα πίστωση πληρωτέα μετά προθεσμία/Πρόωρη πληρωμή και κατάχρηση δικαιώματος, Αθήνα, 1997, σελ. 260.

αναζητήσει τα καταβληθέντα από τον λήπτη-δικαιούχο είτε ως αδικαιολόγητο πλουτισμό είτε, ενδεχομένως, ως αντικείμενο δανείου¹⁸⁰.

Το ζήτημα της εφαρμογής ή μη του ν. 2251/94 επί της ΤΕΠ

Επικρατεί διχογνωμία σχετικά με την εφαρμογή ή μη του ν. 2251/94 επί της ΤΕΠ. Διατυπώθηκε η άποψη ότι ο εν λόγω νόμος δεν εφαρμόζεται ευθέως επί τραπεζικών συμβάσεων, στο πλαίσιο των οποίων ο πελάτης κάνει χρήση των τραπεζικών εργασιών προς εξυπηρέτηση επαγγελματικών του αναγκών, όπως είναι κατά κανόνα και η τραπεζική ενέγγυα πίστωση, καθόσον στην περίπτωση αυτή ο πελάτης της τράπεζας δεν είναι «τελικός αποδέκτης» κατά την έννοια της διάταξης του άρθρου 1§4 του ν. 2251/94. Ωστόσο οι υποστηρικτές της άποψης αυτής δέχονται ότι είναι δυνατή **η αναλογική εφαρμογή** του εν λόγω νόμου στις παραπάνω τραπεζικές συμβάσεις, λόγω ακριβώς της οικονομικής και διαπραγματευτικής ισχύος της τράπεζας κατά την κατάρτιση και λειτουργία αυτών και της εξαιτίας αυτής ανάγκης προστασίας του αντισυμβαλλόμενου και πελάτη της.

Η αντίθετη άποψη¹⁸¹ υποστηρίζει ότι τόσο η τράπεζα όσο και ο πελάτης της, εν προκειμένω η πιστώτρια και ο αγοραστής τυγχάνουν «παρέχουσα υπηρεσίες» και «καταναλωτής» αντίστοιχα κατά την έννοια της διάταξης του άρθρου 1§4 του ν. 2251/94¹⁸². Τούτο δε διότι και στην τραπεζική σύμβαση υφίσταται κατά κανόνα «διαπραγματευτική υπεροπλία» της τράπεζας και «απόσταση γνώσης» του πελάτη, ιδίως σε σχέση με τις πολύπλοκες τραπεζικές εργασίες, ήτοι διαπραγματευτική ανισότητα μεταξύ των εν λόγω συμβαλλομένων μερών, η άρση της οποίας, προς εξασφάλιση της προστασίας του ασθενέστερου συμβαλλόμενου, αποτέλεσε τον επιδιωκόμενο με τη θέσπιση του ως άνω νόμου σκοπό του νομοθέτη. Κατά

¹⁸⁰ Μαρούδας Γ., Η τραπεζική ενέγγυος πίστωση στο Ελληνικό και Αγγλικό Δίκαιο, Αθήνα – Κομοτηνή, 2000, σελ. 32.

¹⁸¹ Περάκης, ΔΕΕ 1, 32, βλ. και Καράκωστα όπ.π., σ. 40, ο οποίος αποκλείει την υπαγωγή στην έννοια του καταναλωτή, όταν η επίκληση της προστασίας εκ μέρους συγκεκριμένου δικαιούχου είναι καταχρηστική ελλείψει της διαπραγματευτικής υπεροπλίας του παρέχοντος υπηρεσίες. Εξάλλου η οριοθέτηση της έννοιας του καταναλωτή γίνεται και στην ίδια την εισηγητική έκθεση του ν. 2251/94 με κριτήριο την ύπαρξη «αντίστοιχης νομοθετικής ρυθμιστικής ανάγκης», βλ. και ΠΠρΑθ 1208/1988 ΔΕΕ4, 1101, και την οποία κατ' εφαρμογή του ν. 2251/94 κρίθηκαν καταχρηστικοί ΓΟΣ που χρησιμοποιούσε η τράπεζα.

¹⁸² Βλ. Καράκωστα, όπ.π., σελ. 37 επ.

συνέπεια, εφαρμόζεται ο ν. 2251/94 και οι ρυθμίσεις περί καταχρηστικότητας του άρθρου 2§§6-7 επί της ΤΕΠ.

Η αρχή της αυτονομίας στην ΤΕΠ – ανακύπτοντα προβλήματα και εφαρμογή της ΑΚ 281

Στην περίπτωση αυτή η καταχρηστικότητα εκδηλώνεται στο πρόσωπο του ιδιώτη-δικαιούχου του ποσού της πίστωσης και όχι στην τράπεζα, όπως θα δούμε παρακάτω.

Έννοια, περιεχόμενο και έκταση της αρχής της αυτονομίας

Η σχέση που ιδρύεται μεταξύ των εμπλεκόμενων μερών από τη σύναψη της ΤΕΠ χαρακτηρίζεται από την πολυπλοκότητα των αξιώσεών τους και την έντονη σύγκρουση των συμφερόντων τους. Συγκεκριμένα, επιδιωκόμενος σκοπός του αγοραστή είναι να διασφαλίσει ότι του αποστέλλεται εμπόρευμα, το οποίο ανταποκρίνεται στους όρους της σύμβασης πωλήσεως, ενώ αντίστοιχα συμφέρον του πωλητή είναι να μην προβεί στα έξοδα κατασκευής, συσκευασίας και αποστολής των εμπορευμάτων και να μην αποξενωθεί από αυτά, προτού διασφαλίσει ότι το τίμημα της πώλησης θα του καταβληθεί κατά τον συμβατικά καθορισμένο τρόπο¹⁸³. Η ΤΕΠ λειτουργεί ως μέσο ταχείας και σίγουρης πληρωμής¹⁸⁴.

Η εξισορρόπηση των παραπάνω συγκρουόμενων συμφερόντων επιτυγχάνεται με την αρχή της αυτονομίας, η οποία συνίσταται στο ότι από νομικής άποψης κάθε επιμέρους σχέση είναι ανεξάρτητη από τις υπόλοιπες, με την έννοια ότι τα μέρη που μετέχουν στη μία σχέση δεν μπορούν να προτείνουν ενστάσεις που πηγάζουν από την άλλη¹⁸⁵. Δηλαδή, ναι μεν η σύμβαση του ανοίγματος ανέκκλητης τραπεζικής πίστωσης οικονομικά έχει χαρακτήρα βοηθητικό της βασικής σχέσεως αξίας, αφού η πρώτη βρίσκεται σε υπηρετική σχέση έναντι της δεύτερης, η οποία, συνολικώς θεωρούμενη, αποτελεί την αιτία της πρώτης και επομένως μεταξύ των δύο αυτών συμβάσεων υπάρχει οικονομικός σύνδεσμος, νομικώς όμως αυτές είναι ανεξάρτητες η μία από την άλλη, αυθύπαρκτες και αυτόνομες.

¹⁸³ Τραγάκος, σ. 878 επ.

¹⁸⁴ Μαρούδας Γ., όπ.π., σ. 79.

¹⁸⁵ Λουκόπουλος, όπ.π.

Αυτή την αυτονομία έναντι της σχέσεως αξίας δεν παρουσιάζει μόνο η σύμβαση ανέκκλητης πίστωσης (στο σύνολό της θεωρούμενη), αλλά και η μερικότερη σχέση πιστοδότη και τρίτου δικαιούχου και μάλιστα προς διπλή κατεύθυνση, αφενός έναντι της σχέσεως αξίας (αγοραστή-πωλητή) αλλά και αφετέρου έναντι της σχέσεως κάλυψης (αγοραστή-τράπεζας). Η απόλυτη ασφάλεια, που επιδιώκεται απ' τον τρίτο δικαιούχο, δεν μπορεί να επιτευχθεί αλλιώς. Το γεγονός και μόνο ότι τα μέρη προσφεύγουν στο άνοιγμα της ανέκκλητης πίστωσης αποτελεί τεκμήριο ότι αυτά αναζητούν τον μέγιστο βαθμό εξασφάλισης. Δηλαδή η αυτονομία υπάρχει και έναντι της σχέσης κάλυψης και έναντι της σχέσης αξίας και έναντι της σχέσης μεταξύ πιστώτριας τράπεζας και δικαιούχου-πωλητή. Τα μέρη, έτσι, τεκμαίρονται ότι περιέβαλαν σιωπηρά με ευρύτατη αυτονομία τις παροχές της τράπεζας έναντι του τρίτου δικαιούχου. Οι παροχές αυτές είναι αφενός η ειδοποίηση της τράπεζας προς τον τρίτο ότι ανοίχτηκε υπέρ αυτού ανέκκλητη πίστωση και αφετέρου η εκτέλεση αυτής. Το ανωτέρω κριτήριο είναι μαχητό και ανατρέπεται, καθόσον τα μέρη μπορούν να διασπάσουν και να περιορίσουν αυτή την αυτονομία, με το να εξαρτήσουν – με κοινή συμφωνία – την υποχρέωση της τράπεζας από όρους.

Η αυτονομία αυτή συνοψίζεται: **i)** στο απρόβλητο των ενστάσεων και **ii)** στη διασφάλιση της φερεγγυότητας. Αυτό φαίνεται ότι είναι το περιεχόμενο, το οποίο δίνουν στην έννοια αυτή θεωρία και νομολογία. Ειδικότερα, όσον αφορά το στοιχείο **(i)**, καταρχήν η τράπεζα δεν μπορεί να αντιτάξει κατά του δικαιούχου τις ενστάσεις τις οποίες θα μπορούσε να προτείνει ο οφειλέτης, εφόσον όμως υφίσταται πράγματι σχέση αξίας. Η τράπεζα, δηλαδή, εκτός αντίθετης ρητής συμφωνίας, δεν μπορεί να επικαλεστεί τους μερικότερους όρους της σχέσης αξίας και τις τροποποιήσεις, τις οποίες μπορεί να υποστεί η εσωτερική υφή αυτής στο πλαίσιο των υποχρεώσεων, τις οποίες αυτή περικλείει.

Επιπλέον, όσον αφορά τη διασφάλιση της φερεγγυότητας στοιχείο **(ii)**, παρατηρούμε ότι ο σκοπός της σύμβασης ανοίγματος ανέκκλητης πίστωσης μεταξύ τράπεζας και αγοραστή συνίσταται στο να επιτρέψει στον τελευταίο να καταρτίσει δικαιοπραξία, προσφεύγοντας στην προσωπική πίστη της τράπεζας, με σκοπό να αναπληρώσει την ανεπάρκεια της δικής του προσωπικής πίστης λόγω παρεμβολής της τράπεζας, δημιουργείται η

εμπιστοσύνη του πωλητή προς τον αγοραστή και ακολουθεί η συγκατάθεσή του να συμβληθεί ή να αρχίσει την εκπλήρωση των υποχρεώσεών του. Αυτή η χρησιμοποίηση της φερεγγυότητας της πιστώτριας τράπεζας, από τον αγοραστή και υπέρ αυτού, περιέχει τα χαρακτηριστικά της προσωπικής «εγγύησης». Συνέπεια αυτού είναι ότι η τράπεζα δεν μπορεί να αντιτάξει κατά του τρίτου δικαιούχου την πτώχευση του αγοραστή. Η ενοχή της πιστώτριας συνιστά αυτόνομη υποχρέωση, στο πλαίσιο χαλαρότατου νομικο-οικονομικού δεσμού, τον οποίο τα μέρη μπορούν να συσφίξουν με ρητή δήλωση βούλησής τους, η οποία όμως, υποχρέωση δεν μπορεί να διευρυνθεί πέραν κάποιων αναγκαίων φραγμών.

Συνεπώς, η αυτονομία της τραπεζικής ενέγγυας πίστωσης είναι μεν ολοκληρωτική, εν τούτοις όμως όχι απόλυτη¹⁸⁶.

Τέλος, πρέπει να επισημανθεί ότι στην πράξη η αρχή της αυτονομίας ισχύει σε όλη της την έκταση μόνο σε περίπτωση μη ανακλητής πίστωσης, καθόσον, στην αντίθετη περίπτωση, η πίστωση που ανοίχτηκε μπορεί να ανακληθεί και η αυτονομία που απορρέει από αυτήν να καταρρεύσει¹⁸⁷.

Νομική θεμελίωση της αρχής της αυτονομίας

Η αρχή της αυτονομίας δε διατυπώνεται νομοθετικά – ούτε καν έμμεσα στα άρθρα 25-33 του ν.δ. της 17.7.1923 – συνάγεται όμως νομολογιακά είτε από το νομικό χαρακτηρισμό της ενέγγυας πίστωσης ως οιονεί ένταξης και την εφαρμογή της ΑΚ 877, είτε από το χαρακτηρισμό της σχέσης που συνδέει την πιστώτρια τράπεζα με τον δικαιούχο ως αφηρημένης υπόσχησης χρέους κατά ΑΚ 873. Ωστόσο η ένταξή της στις «επώνυμες» ή «ρυθμισμένες» συμβάσεις του ΑΚ¹⁸⁸ δεν πρέπει να οδηγεί σε αλλοίωση του ρυθμισμένου νομοθετικού περιεχομένου της λόγω των ιδιορρυθμιών που παρουσιάζει στην εν γένει λειτουργία της η ΤΕΠ.

Υπάρχει και η άποψη ότι αυτή η αφηρημένη και αυτόνομη δέσμευση των τραπεζών πρέπει να θεωρηθεί ως ιδιαίτερη, *sui generis* σύμβαση, εθιμικά και συναλλακτικά καθιερωμένη, και να αντιμετωπίζεται ως διεθνές έθιμο και πάγια εμπορική και συναλλακτική πρακτική, που απορρέει από τις ίδιες τις

¹⁸⁶ Λουκόπουλος Αν., Η αμετάκλητος αποσβεστική πίστωση, Αθήναι, 1953, σελ. 14-16, 28-29.

¹⁸⁷ Μαρούδας Γ., βλ. όπ.π., σελ. 81.

ανάγκες του διεθνούς εμπορίου και έχει διαμορφωθεί κατά νομολογιακή διάπλαση του δικαίου.

Επίσης, υποστηρίζεται ότι η αρχή της αυτονομίας δε θεμελιώνεται στο νόμο, αλλά στην ίδια τη σύμβαση πώλησης στη βούληση των μερών, στην ελευθερία των συμβάσεων (ΑΚ 361), καθόσον οι συναλλασσόμενοι στο διεθνές εμπόριο, επιλέγοντας την ενέγγυα πίστωση ως τρόπο εκπλήρωσης της χρηματικής ενοχής του αγοραστή για την καταβολή του τιμήματος, ουσιαστικά αποβλέπουν στην αμοιβαία εξισορρόπηση και διασφάλιση των συμφερόντων τους, την οποία παρέχει η εν λόγω αρχή. Ως εκ τούτου, η παραπάνω αρχή αποτελεί απότοκο της βούλησης των συμβαλλομένων μερών και κατ' επέκταση περιεχόμενο της δηλώσεως βουλήσεώς τους, όπως προσδιορίζεται αυτό δυνάμει της ορθής ερμηνείας αυτής βάσει των ΑΚ 200 και 288¹⁸⁹.

Εξαιρέσεις από την αρχή της αυτονομίας

1. Εισαγωγή

Η πεμπτουσία της αρχής της αυτονομίας της ενέγγυας πίστωσης συγκεφαλαιώνεται στο απόφθεγμα “pay first, litigate later – payez d’ abord, reclamez ensuite” (πρώτη η πληρωμή και μετά η δικαστική εκκαθάριση της υπόθεσης). Από την στιγμή που ο δανειστής εμφανίσει εμπροθέσμως και προσηκόντως τα προβλεπόμενα από την ενέγγυα πίστωση έγγραφα, στοιχειοθετεί δικαίωμα προς πληρωμή, πριν από όποια τυχόν αντιδικία για το αν η εν λόγω πληρωμή είναι σύλληπη κατά την υποκείμενη σχέση. Αυτήν ακριβώς την έννοια έχει και η συμφωνία για άμεση μετάθεση του χρηματικού ποσού της ενέγγυας πίστωσης. Η συμφωνία αυτή επενεργεί στην υποκείμενη βασική σχέση, κατά τρόπο που διασπά την αρχή της ταυτόχρονης εκπλήρωσης της παροχής και αντιπαροχής στις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις (βλ. ΑΚ 374). Με αυτό το σκεπτικό, ορθά υποστηρίζεται ότι η καλή πίστη δεν επιτρέπει, κατ’ αρχήν, την δικαστική παρέμβαση προς την κατεύθυνση της απαγόρευσης πληρωμής ενέγγυας πίστωσης, ακριβώς γιατί η βούληση των μερών, ερμηνευόμενη κατ’ ΑΚ 173, 200, ήταν η πληρωμή να προηγηθεί της

¹⁸⁸ Απ. Γεωργιάδης, όπ.π.

¹⁸⁹ Χρ. Χρυσάνθης, Η έκταση του ελέγχου στα έγγραφα της ΤΕΠ, ΕΕμπΔ 1995, σελ. 193, σημ. 10.

δικαστικής εκκαθάρισης. Η χρονική πρόταξη της πληρωμής είναι αυτή που, κατά κανόνα, θα ανταποκρίνεται στην καλόπιστη άσκηση των δικαιωμάτων των μερών και στην καλόπιστη εκπλήρωση της μεταξύ της ενοχής, κατ' ΑΚ 281 και 288¹⁹⁰.

Ωστόσο, η τράπεζα θα πρέπει ν' αναγνωριστεί ότι δικαιούται ν' αρνηθεί την παραλαβή των εγγράφων απ' τον δικαιούχο και την πληρωμή του ποσού της πίστωσης σ' αυτόν, σε κάποιες περιπτώσεις κάμψεως της αρχής της αυτονομίας της τραπεζικής ενέγγυας πίστωσης. Το γεγονός ότι η αρχή της αυτονομίας κάμπτεται σε ορισμένες περιπτώσεις το δέχονται τόσο η ημεδαπή, όσο και η διεθνής θεωρία και νομολογία. Δεν έχει όμως επιτευχθεί ομοφωνία ως προς το ποιες ακριβές είναι οι περιπτώσεις, καθώς και ως προς τους νομικούς λόγους, που δικαιολογούν την εκάστοτε κάμψη της εν λόγω αρχής.

Κοινά γνωρίσματα των εξαιρέσεων της αρχής της αυτονομίας, οι οποίες εκτίθενται κατωτέρω, είναι τα εξής: α) αυτές στερούνται νομοθετικού ερείσματος, όπως άλλωστε και ο κανόνας, ήτοι η αρχή της αυτοτέλειας, και έχουν φύση εθιμική, β) όλες οι εν λόγω εξαιρέσεις αφορούν στην κάμψη της αρχής της αυτονομίας της σύμβασης ανοίγματος πίστωσης σε σχέση με την σύμβαση αξίας, ενώ η αυτονομία ως προς τη σχέση κάλυψης τηρείται απαρεγκλίτως¹⁹¹.

2. Οι εξαιρέσεις απ' την αρχή της αυτονομίας στο ελληνικό δίκαιο

Στην Ελλάδα εξακολουθεί να υφίσταται αμφιβολία για το πότε ισχύει ο κανόνας που θέλει την ενέγγυα πίστωση αυτόνομη και ανεξάρτητη από τις υποκείμενες σχέσεις και πότε η εξαίρεση¹⁹².

Σύμφωνα με μία άποψη, η αρχή της αυτονομίας κάμπτεται όσες φορές η εκτέλεση της πίστωσης συνιστά παράβαση νόμου (του κοινού ποινικού νόμου ή της νομοθεσίας προστασίας του εξαγωγικού εμπορίου) ή θ' αντέβαινε στα χρηστά ήθη άσκηση ανύπαρκτης αξίωσης από ενέγγυα πίστωση, κατ' εξαπάτηση της τράπεζας. Ακόμη δέχεται ότι, με αντίστοιχη εφαρμογή των ισχυόντων επί της έκτασης, η πιστώτρια δικαιούται να μην εκτελέσει την βεβαιωθείσα πίστωση, αν αποδειχθούν άκυρες αμφότερες οι σχέσεις

¹⁹⁰ Χρυσάνθης Χρ., Η δικαστική απαγόρευση της είσπραξης εγγυητικής επιστολής ή ενέγγυας πίστωσης στην ημεδαπή και αλλοδαπή νομολογία, Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 1999, σελ. 52-53.

¹⁹¹ Γεωργιάδης Απ., βλ. όπ.π., σελ. 273.

οφειλέτη-δικαιούχου και οφειλέτη-τράπεζας. Καταλήγει δε στο συμπέρασμα ότι εκείνο, το οποίο πρέπει να πιστοποιείται για να κριθεί αν η τράπεζα νομίμως απείχε από την εκτέλεση της ενέγγυας πίστωσης ή όχι, είναι η γνώση αυτής, που προκύπτει προ παντός απ' τον έλεγχο των εγγραφών της πίστωσης που υποβάλλονται σ' αυτήν ή και από άλλη πηγή, στην οποία πρέπει να δοθεί πίστη και η οποία αναφέρεται στην τεκταινόμενη παράβαση του νόμου. Τα όρια, εν προκειμένω, των υποχρεώσεων της τράπεζας, διαγράφουν τ' άρθρα 200, 281 και 288 ΑΚ¹⁹³.

Άλλη άποψη, διακρίνει μεταξύ αυτονομίας από τη σχέση εκδότριας τράπεζας-οφειλέτη και αυτονομίας από τη σχέση οφειλέτη-δικαιούχου. Ως προς την πρώτη μορφή, δέχεται ότι αυτή είναι απόλυτη, μη επιδεχόμενη εξαιρέσεις, ενώ, ως προς τη δεύτερη, δέχεται ότι κάμπτεται στις εξής περιπτώσεις:

α) Σε περίπτωση κακής πίστης του τρίτου δικαιούχου ή όταν η σχέση αξίας είναι αθέμιτη ή παράνομη: Θα πρέπει όμως να γίνει δεκτό ότι απαιτείται η κακή πίστη ή το παράνομο ή το αθέμιτο της σχέσης αξίας να είναι καταφανή στην τράπεζα και να προβάλλουν ενώπιόν της εκπηγαζόμενα από καθαρά πραγματικά γεγονότα, ξένα προς τους μερικότερους όρους της βασικής συμφωνίας. Αλλά και στην περίπτωση αυτή, η τράπεζα έχει δικαίωμα μόνο ν' αρνηθεί την παροχή, παραλύοντας την αξίωση του πωλητή ή του αγοραστή, με την ανατρεπτική ένσταση του δόλου ή της παράνομης ή αθέμιτης αιτίας. Δεν δικαιούται να προκαλέσει την ακύρωση ή καταγγελία της σχέσης αξίας, ούτε να προβάλλει κατά του τρίτου δικαιούχου τις ενστάσεις του οφειλέτη κατά του δεύτερου.

β) Σε περίπτωση ανυπαρξίας της σχέσης αξίας: Ο πιστοδότης απαλλάσσεται πάντοτε απ' την υποχρέωσή του έναντι του τρίτου δικαιούχου, εφόσον διαθέτει κατ' αυτού βέβαιη, καταφανή και αποφασιστική απόδειξη περί της ανυπαρξίας της σχέσης αξίας, οποιαδήποτε και αν είναι αυτή (π.χ. αν η σχέση αξίας είναι άκυρη, ακυρώσιμη ή λύθηκε λόγω π.χ. υπαναχώρησης – όχι όμως σε περίπτωση απλής αντισυμβατικής συμπεριφοράς και πλημμελούς εκπλήρωσης της παροχής του δικαιούχου). Το ζήτημα της πραγματικής ύπαρξης της σχέσης αξίας συνδέεται με το ζήτημα της

¹⁹² Μαρούδας Γ., βλ. όπ.π., σελ. 84.

«εξωτερικής» γνησιότητας των εγγράφων. Τα έγγραφα είναι «εξωτερικώς» αντικανονικά για 2 αιτίες: είτε i) λόγω ανυπαρξίας της σχέσης αξίας είτε ii) λόγω κακής εκτέλεσης των υποχρεώσεων του πωλητή.

Σύμφωνα με την ίδια άποψη, το ρήγμα στον αφηρημένο χαρακτήρα των παροχών της τράπεζας διευρύνεται ακόμα σε περίπτωση ακυρότητας αμφοτέρων των βασικών αιτιωδών σχέσεων (σχέση αξίας και σχέση κάλυψης), οπότε παρέχεται η δυνατότητα στην τράπεζα να εναντιωθεί με ένσταση ή να εγείρει αγωγή αδικαιολόγητου πλουτισμού. Αυτό θα συνέβαινε π.χ. στην περίπτωση δικαιοπρακτικά ανίκανου προσώπου, το οποίο κατήρτισε την αγοραπωλησία και στη συνέχεια άνοιξε αμετάκλητη αποσβεστική πίστωση. Η δυσχέρεια είναι η απόδειξη της ακυρότητας ή ανυπαρξίας της σχέσης αξίας¹⁹⁴.

Σύμφωνα με μία τρίτη άποψη, η τράπεζα δικαιούται ν' αρνηθεί την παραλαβή των εγγράφων **α)** σε περίπτωση ολοφάνερης κακοπιστίας του πωλητή, όταν αυτός ασκεί τα δικαιώματά του ενάντια στα χρηστά ήθη και την καλή πίστη, αφού η ένσταση του δόλου ποτέ δεν μπορεί και δεν πρέπει ν' αποκλείεται ή **β)** σε παράνομη ή αθέμιτη σχέση αξίας ή **γ)** σε ανυπαρξία της σχέσης αξίας, οπότε και πάλι η τράπεζα μπορεί να προβάλει την ένσταση του δόλου ή του αδικαιολόγητου πλουτισμού, ή **δ)** σε ακυρότητα και των δύο εσωτερικών σχέσεων κάλυψης και αξίας, εφόσον η πίστωση διατηρεί έναν, έστω και υποτυπώδη, δεσμό με αυτές¹⁹⁵.

Τέλος, έχει υποστηριχθεί ότι η αυτονομία κάμπτεται σε περίπτωση που η υποκείμενη βασική σχέση αντίκειται στα χρηστά ήθη (λόγω καταστρατήγησης περιορισμών για την προστασία του εθιμικού νομίματος, κάτι που, όμως δεν συνιστά αντίθεση στα χρηστά ήθη, αλλά αντίθεση σε απαγορευτική διάταξη του νόμου), και σε περίπτωση έκδηλης κακής πίστης – δόλου του δικαιούχου (ως περίπτωση απάτης) κατά την εκτέλεση της πίστωσης. Έτσι, η πιστώτρια τράπεζα (εκδότης ή βεβαιούσα) ή και η απλή μεσολαβούσα πληρώτρια τράπεζα, στην περίπτωση αυτής της έκδηλης ή καταφανούς ενώπιόν της κακής πίστης του δικαιούχου, βασιζόμενη στην αρχή «*Fraus omnia corrumpit*», θα υποχρεωθεί να προβάλει την αντίστοιχη

¹⁹³ Τσιμικάλης Α., βλ. ό.π.π., σελ. 128-131.

¹⁹⁴ Λουκόπουλος Αν., Η αμετάκλητος αποσβεστική πίστωση, Αθήναι 1953, σελ. 17-28.

ένσταση προς το δικαιούχο, η οποία θα είναι, στο ελληνικό δίκαιο τουλάχιστον, η ένσταση εκ των άρθρων 281 (ένσταση καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος) και 288 ΑΚ¹⁹⁶.

Πότε υπάρχει δόλος ή πότε η άσκηση δικαιώματος είναι καταχρηστική εξαρτάται από τα πραγματικά περιστατικά κάθε υπόθεσης¹⁹⁷.

Δόλια είναι η συμπεριφορά του δικαιούχου της πίστωσης, που συνίσταται στην έκδοση και παράδοση στην τράπεζα εγγράφων, που περιέχουν δηλώσεις απατηλές, δηλαδή μη ειλικρινείς ως προς τα πραγματικά περιστατικά¹⁹⁸, λ.χ. ο δικαιούχος της πίστωσης προβαίνει σε αποστολή μειωμένης ποσότητας εμπορευμάτων απέναντι σ' αυτήν που συμφωνήθηκε και αναφέρεται στα έγγραφα που προσκομίστηκαν, ή είναι γνωστή στην τράπεζα συμπαιγνία πωλητή-αγοραστή¹⁹⁹.

Καταχρηστική άσκηση υπάρχει όταν η ενέργεια της τράπεζας προφανώς υπερβαίνει τα όρια που επιβάλλει ο οικονομικός σκοπός του δικαιώματος ή η καλή πίστη, χωρίς ν' αρκεί η απλή αντίθεση προς το άρθρο 288 ΑΚ²⁰⁰. Λ.χ. όταν η τράπεζα σε περίπτωση πίστωσης με πληρωμή του δικαιούχου υπό προθεσμία προβαίνει σε καταβολή του ποσού της πίστωσης, πριν παρέλθει η προθεσμία που συμφωνήθηκε, αλλά μετά από παράδοση στον εντολέα της πίστωσης των εγγράφων, που ο δικαιούχος προσκόμισε στην τράπεζα²⁰¹.

Δεν καθιστούν την απαίτηση του δικαιούχου καταχρηστική: η ακυρότητα της υποκείμενης ενοχικής σχέσης και η υπαναχώρηση του αγοραστή από την σύμβαση (ΕφΑθ 6953/1995, ΕΤρΑξΧρΔ 1997, 108), ούτε η ενδεχόμενη διάσταση βουλήσεων ή ελλιπής συμφωνίας ως προς την ρήτρα ανοίγματος ενέγγυας πίστωσης, αδυναμία εκπλήρωσης της παροχής κλπ., υπερημερία ή πλημμελής εκπλήρωση της παροχής²⁰².

¹⁹⁵ Μάζης Π., Εμπράγματη εξασφάλιση τραπεζών και ανωνύμων εταιριών, 2^η έκδοση, Αθήνα, 1993, σελ. 358-359, σημ. 36.

¹⁹⁶ Αντωνόπουλος Στ., βλ. όπ.π., σελ. 265-266.

¹⁹⁷ Βελέντζας Ι., Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων (εργασιών), Θεσσαλονίκη 1996, σελ. 408.

¹⁹⁸ Γεωργόπουλος Δ., Πίστωση έναντι εγγράφων (τραπεζική ενέγγυος πίστωση) με πληρωμή του δικαιούχου υπό προθεσμία, Δελτίο Ένωσης Ελληνικών Τραπεζών (ΔΕΕΤ) 1987, Τεύχος Γ', σελ. 68.

¹⁹⁹ Μαρίνος Μ., Ενέγγυα πίστωση με μεταγενέστερη πληρωμή, ΔΕΕΤ 1988, τεύχος Α+Β, σελ. 156.

²⁰⁰ Λουκόπουλος Αν., βλ. όπ.π., σελ. 20-21.

²⁰¹ Γεωργόπουλος Δ, βλ. όπ.π., σελ. 69.

²⁰² Βελέντζας Ι., βλ. όπ.π., σελ. 408.

Η ΜονΠρΚαρ. 513/1997, ΕΤρΑΞΧρΔ 1998, 68 αφορούσε σε ενέγγυα πίστωση. Η απόφαση αυτή έκρινε ως καταχρηστική περίπτωση όπου εμφανίστηκαν προς πληρωμή φορτωτικά και λοιπά έγγραφα με αναληθείς δηλώσεις ως προς τα διαλαμβανόμενα σε αυτά πραγματικά περιστατικά. Ειδικότερα, διαπιστώθηκε ότι το τιμολόγιο πώλησης που προσκομίστηκε μνημόνευε ότι πωλήθηκαν υφάσματα με ορισμένη πυκνότητα ύφανσης, ενώ, στην πραγματικότητα, τα υφάσματα που απεστάλησαν στον αγοραστή είχαν ύφανση εξόφθαλμα πιο αραιή και μάλιστα σε βαθμό που αναιρούσα τη χρησιμότητά τους. Η περίπτωση αυτή αφορά τη γνωστή από παλαιότερα εξαίρεση των απατηλών δηλώσεων επί των εγγράφων της ενέγγυας πίστωσης. Πρέπει να παρατηρηθεί ότι σε παρόμοιες περιπτώσεις δεν αρκεί για την κάμψη της αυτονομίας της ενέγγυας πίστωσης η διαπίστωση οποιασδήποτε εμπορικής μικροαπάτης ή συμβατικής πλημμέλειας του ενός μέρους στην υποκείμενη βασική σχέση. Πρέπει, απεναντίας, να διαπιστώνεται η ύπαρξη κάποιας αταξίας επί των εγγράφων της ενέγγυας πίστωσης, δηλαδή να προκύψει ξεκάθαρα από τα έγγραφα ότι υφίσταται κατάφορη παραβίαση των όρων της πίστωσης²⁰³. Δεν χρειάζεται όμως η γνώση ή η συμμετοχή του δικαιούχου (όπως δέχεται η φορμαλιστική άποψη των αγγλικών δικαστηρίων), εφόσον σκοπός της ΤΕΠ δεν είναι να πληρωθεί οπωσδήποτε ο δικαιούχος (έστω και καλόπιστος), αλλά να πληρωθεί, εφόσον προσκομίζει τα κατάλληλα έγγραφα, στον κατάλληλο τόπο και χρόνο²⁰⁴. Για τη διαπίστωση της αναλήθειας των δηλώσεων επί των εγγράφων, η τράπεζα δύναται και οφείλει να λάβει υπόψιν της όχι μόνο τα εμφανισθέντα έγγραφα, που προβλέπονται από τους όρους της ενέγγυας πίστωσης, αλλά και όποια τυχόν άλλα έγγραφα περιέρχονται εις γνώσιν της, καθώς και στοιχεία, πέρα από τα έγγραφα, που θέτει υπόψιν της οποιοδήποτε από τα εμπλεκόμενα μέρη.

Η έλλειψη ομοφωνίας, πάντως, στο ελληνικό δίκαιο, διακυβεύει την ασφάλεια των συναλλαγών και τη βεβαιότητα του δικαίου, στοιχεία άκρως απαραίτητα για την ομαλή λειτουργία της τραπεζικής ενέγγυας πίστωσης.

²⁰³ Χρυσάνθης Χρ., όπ.π., σελ. 18-19.

²⁰⁴ Μαρούδας Γ., όπ.π., σελ. 90.

Ειδικότερα η περίπτωση της καταφανούς κακής πίστης του δικαιούχου έναντι της τράπεζας κατά την εκτέλεση της πίστωσης

Στην περίπτωση αυτή, η πιστώτρια τράπεζα (εκδότρια ή βεβαιούσα) ή και η απλή μεσολαβούσα τράπεζα, βασιζόμενη στην αρχή «fraus omnia corrumpit», δικαιούται να προβάλει την ένσταση των άρθρων 281 και 288 ΑΚ έναντι του δικαιούχου²⁰⁵.

Ποια είναι όμως τα πλαίσια εκείνα τα οποία οριοθετούν την κακοπιστία του δικαιούχου εν προκειμένω;

Η έννοια της κακής πίστης του δικαιούχου

Καταρχήν, εύλογα ερωτάται αν η έννοια της κακής πίστης πρέπει να κρίνεται με βάση αντικειμενικά κριτήρια ή υποκειμενικά με βάση τις κρίσεις των τραπεζών και των δικαστηρίων;

Η διεθνής θεωρία και νομολογία συνηγορεί και για τα δύο. Έτσι, από τη μία πλευρά υπάρχουν πλήθος δικαστικών αποφάσεων οι οποίες ορίζουν την κακή πίστη κάθε μία με δικά της κριτήρια και ανάλογα με την περίπτωση και από την άλλη υπάρχει η διεθνής θεωρία (και ενίοτε και εθνικές νομοθεσίες), η οποία προσπαθεί να εξάγει συμπεράσματα από τη νομολογία αυτή και να δημιουργήσει πλαίσια και αντικειμενικούς κανόνες λειτουργίας της συγκεκριμένης έννοιας της κακής πίστης, χωρίς όμως να το κατορθώνει πάντα, εντείνοντας κατ' αυτό τον τρόπο τη σχετική νομική σύγχυση επί του θέματος.

Όπως και να έχει, έχουν διαμορφωθεί διεθνώς και γίνονται ευρέως αποδεκτά (τουλάχιστον στη θεωρία, γιατί στην πράξη η εδώ περιγραφόμενη κακοπιστία πολύ δύσκολα τεκμηριώνεται) δύο βασικά διαζευκτικά ή ενίοτε και σωρευτικά κριτήρια οριοθέτησης της έννοιας της κακής πίστης:

1. υπάρχει κακή πίστη, όταν έστω και ένα έγγραφο από τα οριζόμενα στην ανοιχθείσα ΕΠ είναι πλαστό ή παραποιημένο²⁰⁶,

²⁰⁵ Στο καναδικό και αγγλικό δίκαιο, όπου οι αμετάκλητες ΕΠ υπό μορφή letters of credit, straight ή circular, προβλέπουν κατά κανόνα πληρωμή με αποδοχή ή διαπραγμάτευση συναλλαγματικών, η προβολή της ένστασης της κακής πίστης – fraud – είναι επιτρεπτή κατά του δικαιούχου – αρχικού ή κατόπιν μεταβίβασης της πίστωσης – μόνον εάν διέπραξε ο ίδιος την απάτη ή είχε γνώση της διαπραχθείσας απάτης από τρίτο πρόσωπο ήτοι από τον μεταβιβάσαντα εις εκείνον την πίστωση ή από τον μεταφορέα ή εν γένει τρίτο πρόσωπο. Η θέση αυτή επικρίνεται σήμερα έντονα από αρκετούς συγγραφείς, βλ. Ellinger, Stoufflet.

²⁰⁶ Σχετική και η Πολ. Πρ. Καβ 220/97.

2. υπάρχει κακή πίστη, όταν το περιεχόμενο ή μέρος έστω και ενός εγγράφου είναι ψευδές²⁰⁷.

Όμως εδώ, σε αυστηρή εφαρμογή της αρχής της αυτονομίας, ορθώνεται ένα σχεδόν πάντα ανυπέρβλητο εμπόδιο της δυνατότητας απόδειξης από τους ενδιαφερομένους (εισαγωγείς ή/και τράπεζες) της ύπαρξης μίας από τις παραπάνω περιπτώσεις, προκειμένου να θεμελιώσουν παραδεκτά την ένσταση κακοπιστίας. Τούτο συνίσταται στη, θεωρητικά και νομολογιακά διαμορφωθείσα και εφαρμοζόμενη κυρίως από τα αγγλικά δικαστήρια, απαγόρευση ή καλύτερα άρνηση θεώρησης ως την απαιτούμενη πλήρη και καταφανή απόδειξη της κακοπιστίας, προβολής αποδεικτικών στοιχείων, βασιζόμενων αποκλειστικά και άμεσα στην εκτέλεση ή τους όρους της βασικής εμπορικής σύμβασης, πράγμα που καθιστά ουσιαστικά το δεύτερο κυρίως κριτήριο της κακής πίστης, δηλ. της ανειλικρίνειας των εγγράφων, γράμμα κενό, καθότι η απόδειξή του είναι σχεδόν πάντα ανέφικτη. Έτσι, π.χ. παρόλο που κατά την άφιξη του εμπορεύματος διαπιστώνεται ότι μερικά κιβώτια έχουν παραποιημένους αριθμούς και άλλα, αντί να περιέχουν τα παραγγελθέντα εμπορεύματα ή ήταν άδεια ή γεμάτα άχρηστα πράγματα, πολλά εθνικά δικαστήρια και κυρίως τα αγγλικά, δε θα θεωρήσουν ότι αυτό αποτελεί την απαιτούμενη βέβαιη και καταφανή απόδειξη της κακοπιστίας του δικαιούχου ο οποίος ζητά την πληρωμή του, αλλά μία πιθανή μόνο απάτη ή μία *prima facie* απόδειξη απάτης, η οποία όμως δεν αρκεί για να δικαιολογήσει την άρνηση εκτέλεσης της πίστωσης²⁰⁸.

Όμως, η αποδοχή και πιστή εφαρμογή, κυρίως από τον αγγλικό φορμαλισμό, της περιοριστικής αυτής θεώρησης της απόδειξης της κακοπιστίας, τείνει σε πολλές περιπτώσεις να νομιμοποιεί εξόφθαλμες απάτες κακόπιστων Δικαιούχων πωλητών.

Έτσι σήμερα, σημειώνεται μία πιο φιλελεύθερη τάση της νομολογίας, κυρίως στο γαλλικό και βορειοαμερικανικό δίκαιο, με την επιδεικνυόμενη μεγαλύτερη προθυμία εκ μέρους των εθνικών δικαστηρίων, ν' αναγνωρίσουν

²⁰⁷ Αντίστοιχα και στο γαλλικό δίκαιο, όπου ορίζει την κακή πίστη ή ακριβέστερα την απάτη ή δόλο – *fraud* – σαν την έλλειψη γνησιότητας ενός εγγράφου ή σαν την έλλειψη ειλικρίνειας στα οριζόμενα από ένα έγγραφο.

²⁰⁸ Το παράδειγμα αυτό είναι από την αγγλική απόφαση *Discount Records Ltd. V. Barcays Bank Ltd*, όπου μάλιστα τα κιβώτια ανοίχθηκαν κατά την άφιξή τους, παρουσία εκπροσώπων της πιστώτριας τράπεζας.

τη δολιότητα του Δικαιούχου, ευθέως στην εγκληματικά κακή (ή καθόλου) εκτέλεση της βασικής εξαγωγικής σύμβασης²⁰⁹.

Το παράδειγμα αυτό βασίστηκε στο ιστορικό της υπόθεσης που κρίθηκε στην αγγλική απόφαση *Discount Records Ltd V. Barclays Bank Ltd*, *op. cit.* σημ. 54, όπου μάλιστα τα κιβώτια ανοίχθηκαν κατά την άφιξή τους, παρουσία εκπροσώπων της πιστώτριας τράπεζας.

Σ' αυτό, στο βορειοαμερικανικό τουλάχιστον δίκαιο, βοηθά και η βασιζόμενη στο άρθρο (καλύτερα παράγραφο) 5-114 του U.C.C. των ΗΠΑ, δυνατότητα της πιστώτριας ή των δικαστηρίων, να υπεισέλθουν και στους όρους της βασικής εξαγωγικής σύμβασης (αντιπαραβάλλοντάς τους με τα έγγραφα), προκειμένου ν' αποδειχθεί η κακοπιστία του Δικαιούχου²¹⁰.

Η παραδοχή του φιλελεύθερου αυτού τρόπου θεώρησης της κακοπιστίας του Δικαιούχου, προς τον οποίο μάλλον δεν θα ήταν κατ' αρχάς αντίθετο και το ελληνικό δίκαιο²¹¹, δεν σημαίνει ότι οι πιστώτριες τράπεζες θα πρέπει πριν πληρώσουν, να ερευνούν για την καλόπιστη, ή μη εκτέλεση της βασικής σύμβασης, ή τους όρους της. Εναπόκειται στον ενδιαφερόμενο αγοραστή να τους προσκομίσει έγκαιρα τα απαραίτητα αδιάσειστα αποδεικτικά στοιχεία, στις τράπεζες, ή καλύτερα σ' ένα δικαστήριο ασφαλιστικών μέτρων, προκειμένου ν' αποφασιστεί αν υπάρχει περίπτωση απάτης ή όχι²¹².

Από τα παραπάνω, έντονα προβάλλει η συνάφεια της αμετάκλητης Ε.Π., με την καλή ή κακή εκτέλεση της βασικής εμπορικής σχέσης, δηλ. της

²⁰⁹ Σχετική η απόφαση από το γαλλικό Ακυρωτικό της 4-3-1953, S. 1954, 1, 121 σημείωση *Lescot* (υπόθεση των ελβετικών ρολογιών), όπου αντί για τα συμφωνηθέντα υψηλής ποιότητας ρολόγια και κανονικά περιγραφόμενα ως τέτοια στα έγγραφα, ο εισαγωγέας παρέλαβε στην πραγματικότητα, ρολόγια ευτελούς αξίας, το δικαστήριο απαγόρευσε την πληρωμή του κακόπιστου Δικαιούχου, με την αιτιολογία ότι τα ρολόγια δεν ήταν σύμφωνα με τη παραγγελία.

²¹⁰ Το άρθρο 5-114 του UCC, αναφέρει ως περιπτώσεις κακοπιστίας (δόλου), εκτός από τις περιπτώσεις των πλαστών ή απατηλών εγγράφων, και εκείνη της «απάτης στη συναλλαγή» (την εξαγωγή), «(documents)... forged or fraudulent or there is fraud in the transaction.»

²¹¹ Βλ. αν και κατ' αρχάς αντίθετος, Α. Λουκόπουλο, *op. cit.* σ. 26 σημ. 28. ΠολΔΠρ.Αθ 15000/1983. Άλλωστε, το 281 ΑΚ, λόγω του «εντόνως δημοσίας τάξεως» χαρακτήρα του, δεν επιδέχεται περιορισμούς απόδειξης.

²¹² Να σημειώσουμε ότι, η συγκρατούμενη στην αμετάκλητη Ε.Π. ένσταση κακοπιστίας, αφορά ουσιαστικά στη δόλια και ποινικά κολάσιμη συμπεριφορά του Δικαιούχου, κατά την εκτέλεση της εμπορικής συμφωνίας, η οποία κατ' ανάγκη θα ενέχει και δολιότητα (πρόθεση εξαπάτησης) και κατά την εκτέλεση της πίστωσης με την προσκόμιση πλαστών ή ανειλικρινών εγγράφων. Δολιότητα, στην οποία οι πιστώτριες, ή και απλές μεσολαβούσες πληρώτριες τράπεζες, θα ήταν συνεργοί, εάν με βέβαιη και αποδεικνυόμενη γνώση της,

εξαγωγικής σύμβασης, κυρίως με τη παραδοχή του αμερικανικού κριτηρίου της «απάτης κατά τη συναλλαγή», αποκτά δε ιδιαίτερη σοβαρότητα, όταν η πίστωση είναι «μελλοντικής πληρωμής», οπότε ο εισαγωγέας έχει συνήθως την ευχέρεια να εξετάσει τα αποσταλέντα εμπορεύματα, πριν την πληρωμή του Δικαιούχου²¹³.

Και όταν μιλάμε για κακή εκτέλεση της σύμβασης, θα πρόκειται στη συντριπτική πλειοψηφία των περιπτώσεων, ενόψει και της φυσιογνωμίας του εμπορίου, για ηθελημένη – άρα δόλια – κακή εκτέλεση, η οποία αναγκαστικά θα περιέχεται και στα έγγραφα, είτε λόγω πλαστότητάς των είτε λόγω ψευδούς περιεχομένου.

Όμως κάτι τέτοιο, θα ήταν απαράδεκτο για την ύπαρξη και τη χρησιμότητα της αμετάκλητης Ε.Π., ως μέσο εγγυημένης και ταχείας πληρωμής των εξαγωγών. Για το λόγο αυτό, η διεθνής νομολογία και θεωρία, εις δε την Ελλάδα ο ίδιος ο νομοθέτης, επέβαλαν ένα σημαντικό περιορισμό στην εκτιθέμενη παραπάνω, έννοια της κακής πίστης κατά την εκτέλεση της πίστωσης. Αυτός ο περιορισμός έγκειται στο ότι πρέπει αυτή η κακή πίστη, να είναι έναντι της πιστώτριας τράπεζας, «έκδηλη ή καταφανής», προκύπτουσα από αδιάσειστα πραγματικά γεγονότα²¹⁴, όπως π.χ. δικαστική απόφαση, έστω και όχι οριστική²¹⁵.

Έτσι, όταν η τράπεζα γνωρίζει από αδιάσειστα στοιχεία – πράγμα σπάνιο – την κακοπιστία του Δικαιούχου κατά την εκτέλεση της πίστωσης, οφείλει²¹⁶ να μην εκτελέσει την πίστωση, δηλ. να μη πληρώσει, αποδεχτεί ή διαπραγματευτεί. Εξάλλου πριν από την εκτέλεση της πίστωσης και κατά τη προσκόμιση από το Δικαιούχο των εγγράφων προς πληρωμή του, η Τράπεζα, είναι αμφίβολο εάν έχει υποχρέωση να ειδοποιήσει τον αγοραστή για την επικείμενη πληρωμή.

εκτελούσαν παρά ταύτα την πίστωση, και δεν προέβαλαν στον δόλιο Δικαιούχο, την *exceptio doli*.

²¹³ Βλ. για την πίστωση με μεταγενέστερη ή μελλοντική πληρωμή, και το πρόβλημα της πρόωρης καταβολής του ποσού της πίστωσης από την πιστώτρια τράπεζα, ως έγκυρη εκτέλεση ή όχι της πίστωσης, με κρατούσα την πρώτη θέση.

²¹⁴ Βλ. Λουκόπουλο, «ακλόνητα αποδεικτικά στοιχεία», Μ. Vasseur, αναφέρεται σε «εκτυφλωτική δόλια μεθόδευση... ιδιαίτερα σοβαρό δόλο, ηθελημένη εξαπάτηση...».

²¹⁵ Βλ. J. Stoufflet, στο D. 1986 J. σ. 201, επίσης στο ανάλογο δίκαιο των Ε.Ε. απλής ειδοποίησης (ή σε πρώτη ζήτηση). Αντωνόπουλο, *op. cit.*, σ. 260.

²¹⁶ Όμως θα παρατηρήσουμε ότι για να υπάρχει η υποχρέωση και όχι μόνο η ευχέρεια για τη τράπεζα να μην πληρώσει, θα πρέπει η δολιότητα του Δικαιούχου, να μην αφήσει σχεδόν καμία αμφιβολία και σε κανένα, πράγμα τις περισσότερες φορές ακατόρθωτο.

Θέλουμε τέλος να παρατηρήσουμε, έπειτα από τα παραπάνω, την μη ομολογημένη τάση της διεθνούς θεωρίας και νομολογίας, να θεωρεί ουσιαστικά, μέσα από τους περιορισμούς του έκδηλου της κακής πίστης, ως κακή πίστη, μόνο εκείνη που παρουσιάζεται σε τεράστιο μέγεθος και σοβαρότητα για την εκτέλεση της πίστωσης και τα εμπλεκόμενα συμφέροντα των μερών στη πίστωση. Και τούτο, διότι μία συνηθισμένη εμπορική μικροαπάτη, εκτός του ότι θα είναι δύσκολο ν' αποδειχθεί «καταφανώς», θα ήταν, αν κρινόταν σαν τέτοια, και πολύ επιζήμια στους σκοπούς που εξυπηρετεί η αμετάκλητη Ε.Π. Αυτή άλλωστε είναι εν μέρει και η σκοπιμότητα της τάσης της ευρωπαϊκής – πλην της αγγλικής – και αμερικανικής νομολογίας, να επιτρέπει στις τράπεζες, χάρις σε μία ευρεία ερμηνεία του άρθρου 15 των Ο.Κ.Σ., να δέχονται έγγραφα με μικρές ατέλειες.

Το πρόβλημα των ασφαλιστικών μέτρων του πιστούχου αγοραστή - εισαγωγή

Αποτελεί πάγια αρχή μέρους της σύγχρονης θεωρίας και νομολογίας, ως άλλη επιμέρους εκδήλωση της αρχής της αυτονομίας, ότι κατ' αρχήν είναι νομικά αβάσιμη αίτηση του αγοραστή για λήψη ασφαλιστικών μέτρων κατά της τράπεζας, είτε με την μορφή συντηρητικής κατάσχεσης του προϊόντος της πίστωσης εις χείρας της ως τρίτης (ΚΠολΔ 707 επ.), είτε με τη μορφή προσωρινής ρύθμισης της κατάστασης και δη προσωρινής απαγόρευσης καταβολής του προϊόντος της πίστωσης (ΚΠολΔ 731-732), είτε με την μορφή δικαστικής μεσεγγύησης των εγγράφων της πίστωσης (ΚΠολΔ 725, 727, 715), στο βαθμό που η αίτηση αυτή στηρίζεται σε πλημμελή εκτέλεση της σύμβασης πώλησης και όχι σε μη εκπλήρωση των όρων της πίστωσης. Ως μοναδικές εξαιρέσεις γίνονται δεκτές οι περιπτώσεις ου δόλου ή της καταφανούς κακοπιστίας του δικαιούχου ή της αντίθεσης της βασικής σύμβασης στα χρηστά ήθη ή στη νομοθεσία για προστασία του εθνικού νομίσματος και συναλλάγματος, στις οποίες δικαιολογείται η κάμψη της αρχής της αυτονομίας (βλ. και ΜΠρΚαρδ. 513/1997, ΕτρΑΧρΔ 6, 67). Γίνεται εξάλλου δεκτό από τη διεθνή θεωρία, με εξαίρεση την πρόσφατη νομολογία του Γαλλικού Ακυρωτικού, ότι ο αγοραστής δικαιούται να στραφεί κατά του πωλητή με αίτημα τη συντηρητική κατάσχεση του ποσού της πίστωσης εις χείρας της τράπεζας κλπ., προς εξασφάλιση όμως αξιώσεώς του κατά του

πωλητή, η οποία απορρέει από αιτία ξένα προς την βασική σχέση αξίας, χάριν της οποίας ανοίχτηκε η αμετάκλητη ενέγγυα πίστωση.

Στη χώρα μας, η θεωρία τάσσεται υπέρ της αποδοχής της αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων του αγοραστή κατά του δικαιούχου προς εξασφάλιση αξιώσεων του κατά του τελευταίου, που απορρέουν από την πλημμελή εκπλήρωση των συμβατικών υποχρεώσεων του σε κάθε περίπτωση και χωρίς να εξαρτά το νόμω βάσιμο της εν λόγω αιτήσεως από τη συνδρομή και λόγου εξαιρέσεως από την αρχή της αυτονομίας. Η άποψη αυτή προδήλως εγκυμονεί τον σοβαρότατο κίνδυνο της αλλοίωσης της θεμελιώδους λειτουργίας, που επιτελεί η τραπεζική ενέγγυα πίστωση, ως μέσο ταχείας και ασφαλούς πληρωμής, καθόσον παρέχει τη δυνατότητα στον αγοραστή να παρακωλύσει την εκτέλεση της πίστωσης για λόγους αντλούμενους από τη σχέση αξίας, καθιστώντας έτσι ανεφάρμοστη την αρχή της αυτονομίας ως προς την βασικότερη εκδήλωσή της.

Ο αντίλογος στην παραπάνω κρατούσα, μάλλον, άποψη της θεωρίας, που δέχεται τη δυνατότητα της κατάσχεσης και τη νομική βασιμότητα αίτησης ασφαλιστικών μέτρων με τέτοιο αντικείμενο είναι ότι, ενόψει των λύσεων που έχουν δοθεί από μέρους της νομολογίας στην εγγυητική επιστολή απλής ειδοποίησης (υπέρ της απαγόρευσης των ασφαλιστικών μέτρων, εκτός της περίπτωσης 281 ΑΚ), της διεθνούς νομολογίας, αλλά και της λειτουργίας της ενέγγυας πίστωσης, θα πρέπει στο ελληνικό δίκαιο να γίνονται δεκτά ασφαλιστικά μέτρα του αγοραστή για απαίτησή του από την βασική σχέση αξίας, μόνο σε περίπτωση συνδρομής κάποιας των εξαιρέσεων και κυρίως της κακοπιστίας ή απάτης.

Διότι την περίπτωση αντίθεσης στα χρηστά ήθη και στη διεθνή δημόσια τάξη δύσκολα θα την επικαλεστεί στην πράξη ο κατά κανόνα μετέχων στην κοινού ποινικού δικαίου παρανομία εισαγωγέας.

Εξάλλου, η δικαιολογητική του αποκλεισμού των ασφαλιστικών μέτρων στηρίζεται στη σιωπηρή παραίτηση του αγοραστή κατά τη σύναψη της εξαγωγικής σύμβασης (προβλέπουμε το άνοιγμα ενέγγυας πίστωσης), να παρακωλύσει με οιονδήποτε τρόπο την εκτέλεση της πίστωσης, δημιουργώντας, έτσι, συμβατικά ένα είδος ακατάσχετης και διαθέσιμης μόνο για το σκοπό στον οποίο ετάχθηκε από τα μέρη, απαίτησης επί του ποσού της ενέγγυας πίστωσης). Όμως εις αντάλλαγμα της κατ' αυτό τον τρόπο

επιβαρυνόμενης θέσης του αγοραστή, πιστεύουμε ότι θα πρέπει μία *prima facie* απόδειξη της τυχόν προβαλλόμενης ένστασης δολιότητας του δικαιούχου, εκ μέρους του αγοραστή, να είναι αρκετή σε μία δίκη ασφαλιστικών μέτρων για την επιβολή του μέτρου.

Τέλος, η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, η οποία στηρίζεται σε παραβίαση των υποχρεώσεων που απορρέουν από τη σύμβαση πωλήσεως, μπορεί να κριθεί νόμω βάσιμη και μη αντικείμενη στην αρχή της αυτονομίας, όταν στρέφεται κατά του πωλητή σε χρόνο κατά τον οποίο έχει ήδη καταβληθεί προς αυτόν το ποσό της πίστωσης και έχει ως αίτημα τη συντηρητική κατάσχεση του ποσού της πίστωσης εις χείρας του. Είναι όμως σφόδρα πιθανό, το προϊόν της πίστωσης να έχει κατατεθεί σε τραπεζικό λογαριασμό του πωλητή, οπότε, στην περίπτωση αυτή, η σχετική αίτηση θα αντίκειται στον απόρρητο των τραπεζικών καταθέσεων (Ν.Δ. 1059/1971), γι' αυτόν δε τον λόγο η τράπεζα θα προβεί σε αρνητική δήλωση, σύμφωνα με το άρθρο 985 ΚΠολΔ, με αποτέλεσμα και η εν λόγω προσφυγή στη δικαστική οδό να καθίσταται έτσι ατελέσφορη. Βλ. όμως και την ΑΠ 785/1999 (ΔΕΕ 5,888 = ΕΕμπΔ 50, 477), η οποία δέχεται ότι το τραπεζικό απόρρητο δεν συνεπάγεται το ακατάσχετο και παραπέμπει στην ΟΛΑΠ, ως θέμα γενικότερου ενδιαφέροντος, το ζήτημα αν με το Ν.Δ. 1059/1971 καταργήθηκε ή όχι το άρθρο 4 του Ν. 5638/1932, που προβλέπει την αναγκαστική κατάσχεση τραπεζικής κατάθεσης σε κοινό λογαριασμό.

3. Η περίπτωση της εγγυητικής επιστολής

Πολλές φορές οι πρακτικές αναγκαιότητες και τα ζητήματα που ανακύπτουν στη συναλλακτική ζωή ωθούν στη διάπλαση νέων θεσμών ή σχέσεων παραπλήσιων ή και εντελώς ξένων με τις ήδη υπάρχουσες νομοθετικές κατασκευές. Η ιδιωτική βούληση αποτελεί αστείρευτη πηγή καινοτομιών και η συμβατική ελευθερία αποτελεί λύση για την αντιμετώπιση των συναλλακτικών επιταγών, αφού ευνοούν τη διάπλαση νέων αξιών και συμβατικών μορφωμάτων. Τέτοια είναι και η περίπτωση της εγγυητικής επιστολής. Και ως δημιούργημα της συναλλακτικής ζωής, μη ρυθμιζόμενο σε νομοθετικό κείμενο, ενέχει πολλούς κινδύνους σχετικά με τη λειτουργία της, τις περιπτώσεις καταχρηστικότητας και υπέρβασης των ορίων της συμβατικής ελευθερίας.

Έννοια

Η εγγυητική επιστολή αποτελεί είδος προσωπικής εξασφαλιστικής σύμβασης, με την οποία ένα πρόσωπο (εκδότης) υπόσχεται εγγράφως στον δανειστή ενός τρίτου (λήπτη της εγγυητικής επιστολής), κατόπιν εντολής του τρίτου, ότι θα του καταβάλει ορισμένη χρηματική παροχή είτε σε πρώτη ζήτηση, δηλαδή με μόνη την υποβολή σχετικού αιτήματος του λήπτη της εγγυητικής επιστολής (εγγυητική επιστολή σε πρώτη ζήτηση), είτε υπό όρους, υπό την προϋπόθεση δηλαδή της τήρησης κάποιων διατυπώσεων εκ μέρους του λήπτη (εγγυητική επιστολή υπό όρους), και πάντως χωρίς ο εκδότης να δικαιούται ή να υποχρεούται να αναχθεί στη σχέση του λήπτη με τον τρίτο ή στη σχέση που συνδέει τον ίδιο με τον τρίτο.

Εκδότης είναι κατά κανόνα τράπεζα, γι' αυτό γίνεται λόγος για τραπεζική εγγυητική επιστολή. Στο πλαίσιο της σύμβασης αυτής δημιουργούνται – διαπλέκονται οι εξής σχέσεις:

1. μεταξύ της τράπεζας (εκδότης) και του λήπτη της εγγυητικής επιστολής υπάρχει η σύμβαση εγγυητικής επιστολής,
2. μεταξύ της τράπεζας και του οφειλέτη (πελάτης της τράπεζας) σχέση κάλυψης,
3. μεταξύ του οφειλέτη και του λήπτη εγγυητικής επιστολής σχέση αξίας.

Αρχή της αυτονομίας: Κύριο χαρακτηριστικό της εγγυητικής επιστολής είναι η αυτονομία της έναντι της ασφαλιζόμενης απαίτησης. Αυτό σημαίνει ότι η υποχρέωση του τραπεζικού ιδρύματος έναντι του λήπτη της εγγυητικής επιστολής υφίσταται και λειτουργεί ανεξάρτητα από την ύπαρξη και το κύρος της ασφαλιζόμενης απαίτησης που πηγάζει από τη σχέση αξίας. Αυτό ακριβώς είναι και το σημείο διαφοροποίησής από την εγγύηση του ΑΚ.

Εγγυητική επιστολή σε πρώτη ζήτηση: Είναι η συνηθέστερη στην πράξη μορφή εγγυητικής επιστολής. Η κατάπτωσή της επέρχεται με μόνη σχετική δήλωση του λήπτη προς την τράπεζα. Δηλαδή η τελευταία υποχρεούται να καταβάλλει το ποσό της εγγυητικής επιστολής με μόνη την πρόσκλησή της προς τούτο από τον λήπτη, χωρίς να δικαιούται ή να υποχρεούται να ερευνήσει αν συντρέχουν και οι ουσιαστικοί λόγοι κατάπτωσης, αν δηλαδή δεν έχει εκπληρωθεί ή έχει εκπληρωθεί πλημμελώς η ασφαλιζόμενη απαίτηση. Μία τέτοια διαμόρφωση της σχέσης εξυπηρετεί όχι μόνο τον λήπτη αλλά και την τράπεζα, η οποία δεν επιθυμεί να εμπλέκεται στις διενέξεις ανάμεσα στον λήπτη δανειστή και τον οφειλέτη και να πρέπει να κρίνει το κατά πόσο ο τελευταίος εκπλήρωσε νομότυπα, πλήρως κλπ. τις υποχρεώσεις του. Δημιουργεί όμως και προβλήματα στην περίπτωση της καταχρηστικής κατάπτωσης της, όπως θα δούμε παρακάτω.

Ιδιαίτερη σχέση εμπιστοσύνης: Μεταξύ της τράπεζας και του πελάτη-οφειλέτη υφίσταται μία σχέση έντονα προσωπικού χαρακτήρα που προϋποθέτει και συνεπάγεται αμοιβαία εμπιστοσύνη. Για παράδειγμα, ο πελάτης πρέπει να είναι ενήμερος για την πορεία των χειρισμών της τράπεζας σχετικά με την εγγυητική επιστολή, η δε τράπεζα να μην προχωρεί στην επίδοση της επιστολής που έχει εκδώσει, όταν επισυμβεί γεγονός που κλονίζει την προσωπική σχέση²¹⁷.

Παρακάτω εξετάζουμε κάποιες περιπτώσεις καταχρηστικότητας που παρατηρούνται στην πρακτική εφαρμογή της εγγυητικής επιστολής και οι οποίες ενδέχεται να αφορούν όχι μόνο την τράπεζα αλλά και τον ασθενέστερο αντισυμβαλλόμενο πελάτη της ή τρίτο πρόσωπο, τον λήπτη της εγγυητικής επιστολής.

²¹⁷ Τέτοια γεγονότα είναι ο θάνατος του πελάτη, η πτώχευση κλπ.

A. Ελευθέρως ανακλητή η εγγυητική επιστολή

Καταρχήν, σχετικά με τη νομική φύση της εγγυητικής επιστολής, υποστηρίζεται η άποψη ότι αυτή αποτελεί ιδιόμορφη σύμβαση στην οποία πρέπει να εφαρμοσθούν αναλογικά οι διατάξεις για την εντολή και ιδιαίτερα οι ΑΚ 717-723 και 726-728²¹⁸.

Βάσει λοιπόν της παραπάνω θέσης, κατά την ΑΚ 724 ο πελάτης της τράπεζας μπορεί **καταρχήν** να ανακαλέσει οποτεδήποτε την «εντολή» για έκδοση εγγυητικής επιστολής. Η τράπεζα πρέπει ακολούθως να μην προβεί σε πρόταση – να μην παραδώσει για παράδειγμα την επιστολή – ή να ανακαλέσει την πρόταση που ήδη έκανε, σύμφωνα με τις ΑΚ 168, 186.

Τι συμβαίνει όμως στην περίπτωση που η τράπεζα έχει δεσμευθεί με την πρόταση (ΑΚ 185) ή έχει πλέον καταρτιστεί η σύμβαση εγγυητικής επιστολής (ΑΚ 192 επ.); Τότε πρέπει να θεωρηθεί η ανάκληση του πελάτη-εντολέα ως αδύνατη για δύο λόγους. Αφενός μεν, γιατί η αίτηση στην τράπεζα εμπεριέχει κατά κανόνα σιωπηρή παραίτηση από το δικαίωμα ανακλήσεως, που είναι ισχυρή, αφού η έκδοση της εγγυητικής επιστολής αφορά και το συμφέρον τόσο της τράπεζας όσο και του τρίτου (ΑΚ 724), αφετέρου δε γιατί τυχόν ανάκληση μετά τη δέσμευση της τράπεζας με την εγγυητική επιστολή παρίσταται σαν εξόχως καταχρηστική (ΑΚ 281), εκτός αν συνοδευθεί από αντίστοιχη αποδέσμευσή της εκ μέρους του λήπτη. Αυτό επιβάλλουν η αρχή της καλής συναλλακτικής πίστης και τα χρηστά ήθη.

B. Η ρήτρα περί παραιτήσεως από ενστάσεις – νομιμότητα του περιεχομένου της

Εννοιολογικό γνώρισμα και διακριτικό στοιχείο της σύμβασης εγγυητικής επιστολής είναι η αρχή της αυτονομίας της εγγυητικής επιστολής. Στο πλαίσιο αυτής, συνήθως είναι οι ρήτρες περί παραίτησης από την ένσταση της συζήτησης, οι ρήτρες «με πρώτη σας αίτηση ή ειδοποίηση», «αναντίρρητα», «απροφασίστως», «παραιτούμενοι από κάθε ένσταση του πρωτοφειλέτη ή άλλη», «χωρίς να υπεισέλθουμε στον έλεγχο της νομιμότητας ή της βασιμότητας του χρέους του πρωτοφειλέτη».

²¹⁸ Βλ. και Απ. Γεωργιάδη, Η εξασφάλιση των πιστώσεων, 2001, σελ. 160).

Ερωτάται λοιπόν εύλογα αν μία τέτοια μορφοποίηση της εγγυητικής επιστολής είναι στην πράξη ισχυρή ή πρέπει να κριθεί άκυρη, γιατί συνεπάγεται υπερβολική δέσμευση του ενός μέρους (της τράπεζας) βάσει των ΑΚ 178-179.

Ως προς το ερώτημα αυτό, πρέπει να παρατηρηθούν τα εξής:

1. Η ευθύνη που αναλαμβάνει η τράπεζα με την εγγυητική επιστολή αποτελεί απόρροια της βασικής αρχής του Αστικού Δικαίου, της ελευθερίας των συμβάσεων (ΑΚ 361), και επομένως δεν μπορεί να αποτελεί δέσμευση και κυρίως όταν την ευθύνη αυτή αναλαμβάνουν οικονομικά ισχυροί οργανισμοί, όπως οι τράπεζες, στους οποίους δύσκολα μπορεί να τύχει εφαρμογής η διάταξη του άρθρου 179 ΑΚ.
2. Άλλωστε η τράπεζα καλύπτεται πάντα από τον πελάτη της ο οποίος και φέρει επί της ουσίας το βάρος της δέσμευσης που αποδεικνύεται τελικά πράξη αυτόνομης βούλησης, εφόσον με αυτή επιδιώκει ελεύθερα την προώθηση ουσιαστών οικονομικών συμφερόντων του²¹⁹.
3. Εξάλλου, και ο ίδιος ο νομοθέτης προβλέπει περιπτώσεις, όπως την έκταξη (ΑΚ 876 επ.), όπου ο περιορισμός των ενστάσεων δεν θεωρείται υπερβολική δέσμευση.
4. Τέλος, ικανοποιούνται μ' αυτό τον τρόπο συγκεκριμένα συμφέροντα των ίδιων των συμβαλλόμενων: του δέκτη της επιστολής, γιατί έτσι επιτυγχάνει μία κατά το δυνατόν καλή εξασφάλιση, της δε τράπεζας, γιατί δεν εξωθείται στη διαδραμάτιση ενός ξένου σ' αυτή ρόλου, του διαιτητή δηλ. της διαφοράς μεταξύ πελάτη και δανειστή του.

Συμπερασματικά, για τους παραπάνω λόγους δεν γεννάται θέμα ακυρότητας της σχετικής ρήτρας της εγγυητικής επιστολής. Ισχύει ο περιορισμός των ενστάσεων, γιατί το θέλησαν τα συμβαλλόμενα μέρη και έτσι εξυπηρετείται το συμφέρον των συναλλαγών, η βεβαιότητα και η ασφάλειά τους.

Ας σημειωθεί ότι τυχόν ρήτρα περί «παραίτησης του εκδότη της εγγυητικής επιστολής από κάθε ένσταση και αντίρρηση» δεν καταλαμβάνει τις

²¹⁹ Ως καλύμματα για την έκδοση εγγυητικών επιστολών νοούνται στην τραπεζική ορολογία οι πάσης φύσεως ασφάλειες που ζητούν και λαμβάνουν οι τράπεζες για να καλυφθούν σε περίπτωση καταπτώσεως της εγγυητικής επιστολής ή μη πληρωμής των οφειλόμενων προμηθειών. Τέτοια είναι οι δεσμευμένες καταθέσεις, η σύμβαση πίστωσης με τρέχοντα λογαριασμό.

ενστάσεις που έχει ο ίδιος ο εκδότης κατά του λήπτη από την ίδια τη σύμβαση της εγγυητικής επιστολής (π.χ. την ένσταση της παρόδου ισχύος της εγγυητικής επιστολής), γιατί αυτές προβάλλονται κατά του λήπτη σε κάθε περίπτωση.

Γ. Καταχρηστική κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής

Υποχρεώσεις της τράπεζας από τη σύμβαση εγγυητικής επιστολής

Από τη σύμβαση της εγγυητικής επιστολής απορρέουν υποχρεώσεις της τράπεζας έναντι του πελάτη της. Καταρχήν, υφίσταται η υποχρέωση της τράπεζας να εκδώσει εγγυητική επιστολή υπέρ ενός τρίτου, δανειστή του πελάτη της, ακριβώς με το περιεχόμενο που έχει συμφωνηθεί με τον πελάτη, αλλιώς η παροχή της είναι μη προσήκουσα. Ισχύει η λεγόμενη αρχή της τυπικής αυστηρότητας της εντολής²²⁰. Ωστόσο μετά την έκδοση της εγγυητικής επιστολής, η τράπεζα υποχρεούται να συμμορφώνεται στις εντολές του πελάτη της μόνο με τη σύμφωνη γνώμη και του λήπτη της εγγυητικής επιστολής.

Επίσης, η τράπεζα υποχρεούται να παρέχει συμβουλές στον πελάτη της και να τον ενημερώνει για τα ελαττώματα που τυχόν εμφανίζει το προτεινόμενο από αυτόν κείμενο της εγγυητικής επιστολής.

Ζήτημα έχει δημιουργηθεί ως προς την υποχρέωση της τράπεζας να ενημερώνει τον πελάτη πριν ή κατά τη στιγμή της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής. Οι εγγυητικές επιστολές περιέχουν συνήθως όρο, σύμφωνα με τον οποίο η τράπεζα δεν υποχρεούται να ενημερώνει τον πελάτη σε περίπτωση διατύπωσης αιτήματος από τον λήπτη για κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής. Αν δεν υπάρχει τέτοια ρήτρα, γίνεται δεκτό ότι, με δεδομένη την υποχρέωση της τράπεζας να προστατεύει τα συμφέροντα του εντολέα της, η τράπεζα υποχρεούται να ενημερώνει τον πελάτη της, ώστε να του δίνεται η δυνατότητα να λάβει θέση επί του αιτήματος κατάπτωσης και να προβεί στις σχετικές ενέργειες προς αυτήν ή τον ίδιο τον λήπτη²²¹.

Η τράπεζα εξάλλου φέρει έναντι του πελάτη της υποχρέωση ελέγχου του αιτήματος του λήπτη για κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής. Η έκταση

²²⁰ Λουκόπουλος, ΕΕμπΔ 41, 731.

της υποχρέωσης αυτής είναι ωστόσο ενόψει της αρχής της αυτονομίας της σύμβασης της εγγυητικής επιστολής περιορισμένη: η τράπεζα οφείλει να προβαίνει σε έλεγχο των τυπικών προϋποθέσεων της κατάπτωσης και όχι σε εξέταση της ουσιαστικής νομιμότητας του αιτήματος κατάπτωσης. Εδώ εμπίπτει και η περίπτωση της καταχρηστικής κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής, την οποία εξετάζουμε στη συνέχεια.

Τέλος, υφίσταται υποχρέωση της τράπεζας να ανανεώνει την ορισμένου χρόνου εγγυητική επιστολή, εφόσον το ζητά ο πελάτης και εφόσον η εξασφάλιση που παρέχεται στην τράπεζα είναι επαρκής, διαφορετικά τίθεται ζήτημα ευθύνης της τράπεζας σε αποζημίωση του πελάτη, όπως θα δούμε πιο κάτω.

(Ομαλή) κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής

Εφόσον πληρούνται οι προϋποθέσεις που τίθενται στο κείμενο της εγγυητικής επιστολής, επέρχεται η κατάπτωσή της. Έτσι, στην εγγυητική επιστολή σε πρώτη ζήτηση αρκεί η δήλωση του λήπτη της εγγυητικής επιστολής περί κατάπτωσης, ενώ στην εγγυητική επιστολή υπό όρους απαιτείται η συνδρομή και άλλων προϋποθέσεων, όπως της προσκόμισης συγκεκριμένων εγγράφων κλπ.

Καταχρηστική κατάπτωση

Η καταχρηστική κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής είναι πολύ σπάνια στην εγγυητική επιστολή υπό όρους, αφού η κατάπτωσή της εξαρτάται από την πλήρωση συγκεκριμένων όρων που προβλέπονται στο κείμενό της π.χ. ρήτρα «εφόσον επήλθε η ζημία», οπότε συνήθως απαιτείται ο λήπτης μαζί με την κλήση προς πληρωμή να δηλώσει εγγράφως ότι ο οφειλέτης του δεν εκπλήρωσε την οφειλόμενη (ασφαλιζόμενη) παροχή ή να πιθανολογήσει ή ακόμα και να αποδείξει πλήρως τη μη εκπλήρωση της ασφαλιζόμενης απαίτησης και την πραγμάτωση του κινδύνου. Συχνά, εξάλλου αυτό το είδος εγγυητικής επιστολής περιέχει τον όρο προσκόμισης συγκεκριμένων εγγράφων, τα οποία αναφέρονται στο κείμενο της εγγυητικής επιστολής (π.χ. έκθεση πραγματογνώμονα).

²²¹ Λιακόπουλος, ΝοΒ 35, 290.

Αντίθετα, στην εγγυητική επιστολή σε πρώτη ζήση αρκεί μόνη η δήλωση του λήπτη προς την τράπεζα για την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής, χωρίς η τελευταία να δικαιούται ή να υποχρεούται να ερευνήσει εάν συντρέχουν και οι ουσιαστικοί λόγοι κατάπτωσης, εάν δηλαδή δεν έχει εκπληρωθεί ή έχει εκπληρωθεί πλημμελώς η ασφαλιζόμενη απαίτηση. Ας δούμε τι συμβαίνει στην περίπτωση της καταχρηστικής κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής σε πρώτη ζήτηση.

Εφαρμογή του άρθρου 281 Α.Κ. στην εγγυητική επιστολή

α) Το πρόβλημα της καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος

Ένα από τα σημαντικότερα προβλήματα που αναφέρονται στα πλαίσια της εγγυητικής επιστολής «σε πρώτη ζήτηση» είναι εκείνο της αντιμετώπισης της καταχρηστικής συμπεριφοράς του λήπτη, δηλαδή το πρόβλημα της επιδίωξης από το λήπτη της είσπραξης του εγγυημένου ποσού, μολονότι δεν έχει επέλθει ο προς εξασφάλιση κίνδυνος.

Το πρόβλημα, φυσικά, δεν θα υπήρχε εάν τα μέρη δεν είχαν συμφωνήσει την αναντίρρητη και αυτόματη καταβολή του εγγυημένου ποσού στο λήπτη απ' την τράπεζα, διότι τότε η πωλήτρια τράπεζα θα μπορούσε να προβάλει τις νόμιμες ενστάσεις. Το πρόβλημα οφείλεται, δηλαδή, στην αυτονόμηση της υπόσχεσης του εγγυητή από τη βασική σχέση, της οποίας την εκτέλεση η έκδοση της εγγυητικής επιστολής κλήθηκε να εξασφαλίσει.

Εκείνο που πρέπει να τονιστεί είναι, ότι το πρόβλημα της καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος του λήπτη αναφέρεται στην αναζήτηση του βαθμού που η χειραφέτηση της εγγυητικής επιστολής από τη βασική σχέση αποχρωματίζει την άσκηση των δικαιωμάτων του λήπτη από ουσιαστικά κριτήρια, όπως είναι αυτό της κατάχρησης²²², λαμβανομένου υπόψη του ότι η εγγυητική επιστολή καταπίπτει τυπικά «σε πρώτη ζήτηση», ενώ η επέλευση του κινδύνου που αυτή εξασφαλίζει, αποτελεί την ουσιαστική προϋπόθεση για την άσκηση των δικαιωμάτων του λήπτη²²³.

Τα ειδικότερα ερωτήματα που τίθενται είναι τα εξής: i) Υπό ποιες προϋποθέσεις θα πρέπει να δεχθούμε ότι η τράπεζα δικαιούται ή/και υποχρεούται να προβάλει την ένσταση κατάχρησης δικαιώματος (ΑΚ 281); ii) Νοείται η καταχρηστική άσκηση της συμβατικής ελευθερίας, όπως αυτή θεμελιώνεται στο άρθρο 25 του Συντάγματος; Και αν ναι, είναι δυνατό να θεωρηθεί ότι κάτι τέτοιο συμβαίνει λόγω του ότι τα μέρη αρνήθηκαν στην τράπεζα το δικαίωμα να προβάλει ενστάσεις ή αντιρρήσεις κατά τη στιγμή της κατάπτωσης της επιστολής, στην περίπτωση που δεχθούμε ότι η παραίτηση

²²² Βλ. Π. Λαδά, ΝοΒ 35, όπ.π., σελ. 263 επ.

²²³ Αν δε γίνει δεκτό αυτό, αλλοιώνεται η φύση της εγγυητικής επιστολής ως εξασφαλιστικής συμφωνίας και καθίσταται απλή αφηρημένη υπόσχεση χρέους.

αυτή αναφέρεται και στην αναγκαστικού δικαίου ένσταση κατάχρησης δικαιώματος;

Τα κριτήρια εφαρμογής της διάταξης του άρθρου ΑΚ 281 περί κατάχρησης δικαιώματος που έχει θέσει ο νομοθέτης είναι αντικειμενικά: δηλ. με αυτά ελέγχεται αν το εκάστοτε δικαίωμα ασκείται καθ' υπέρβαση των ορίων που θέτει ο οικονομικός, ο κοινωνικός σκοπός του δικαιώματος, οι αρχές της καλής πίστης και των χρηστών ηθών.

Το άρθρο ΑΚ 281 απαιτεί, επιπλέον, την ύπαρξη του στοιχείου του προφανούς, δηλαδή της πασιφανούς υπέρβασης των κριτηρίων που αυτό θέτει²²⁴.

Στη συγκεκριμένη περίπτωση της τραπεζικής εγγυητικής επιστολής «σε πρώτη ζήτηση» καταχρηστική θα είναι εκείνη η συμπεριφορά του λήπτη, με την οποία αυτός ο τελευταίος, εκμεταλλευόμενος τη λειτουργία της εγγυητικής επιστολής, επιχειρεί να καταστεί πλουσιότερος, χωρίς να συντρέχουν οι συμφωνημένες από τα μέρη αναγκαίες προϋποθέσεις, δηλαδή καθ' υπέρβαση του οικονομικού σκοπού του δικαιώματος.

Δυνατότητα προβολής της ένστασης της ΑΚ 281

Μερικοί συγγραφείς στην Ελλάδα αλλά και στο εξωτερικό δε συμμερίζονται τη δυνατότητα παρεμπόδισης κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής, σε περίπτωση καταχρηστικής συμπεριφοράς του λήπτη, ενώ και νομολογιακά επίσης υπάρχει διάσταση απόψεων. Στην Ελλάδα, μάλιστα, η κρατούσα στη νομολογία σκέψη αρνείται στον εντολέα τη δυνατότητα προβολής αυτής της ένστασης²²⁵. Αξιοσημείωτο είναι το γεγονός, ότι τα αλλοδαπά δίκαια καθιστούν, όσα δέχονται το επιτρεπτό της προβολής της

²²⁴ Βλ. Γεωργιάδη, σε Γεωργιάδη – Σταθόπουλου ΑΚ 281, αρ. 22, Κ. Σημαντήρα όπ.π., σελ. 207.

²²⁵ Βλ. υπέρ του επιτρεπτού της προβολής της ένστασης κατάχρησης δικαιώματος στην περίπτωση της εγγυητικής επιστολής «σε πρώτη ζήτηση»: Θ. Λιακόπουλο, ΝοΒ 35, σελ. 289 – Λ. Γεωργακόπουλο, παρ. ΠολΠρΑθ 8/9/1969 (Εισηγ.), ΕΕμπΔ 1970, σελ. 258 – Π. Λαδά, όπ.π., σελ. 33 επ. – Στ. Αντωνόπουλο, όπ.π., ΝοΒ 35, σελ. 255 – ΠολΠρΑθ 15000/1983, ΕΕμπΔ 1984, σελ. 269 – ΜΠρΑθ 2019 1986, Αρμ 1988, σελ. 322 – ΜΠρΑθ 5879/1978, ΕΕμπΔ 1979, σελ. 57 – ΜΠρΑθ 3140/1992, ΕΕμπΔ 1993, σελ. 35. Αντίθετα, δε δέχονται την προβολή της ένστασης αυτής οι: Δ. Κριμπάς, όπ.π. – Σπ. Ψυχομάνης, όπ.π., - ΠολΠρΘεσ. 169/1986, Αρμ 1988, σελ. 324 – ΠολΠρΑθ 14004/1984, ΕΕμπΔ 1985, σελ. 267 – ΠολΠρΑθ 106/1985, ΕΕμπΔ 1985, σελ. 451 – ΕφΑθ 4533/1987, ΝοΒ 35, σελ. 1413 – ΕφΑθ 3425/1986, Αρμ 1987, σελ. 578 – ΕφΑθ 140/1982, ΕλλΔνη 1982, σελ. 589 – ΜΠρΑθ 6363/1991, Αρμ 1991, σελ. 663.

ένστασης κατάχρησης δικαιώματος, απαραίτητη προϋπόθεση το στοιχείο του προφανούς και του ευαπόδεικτου της κατάχρησης ή της εξαπάτησης (clear fraud, manifestament abusiv).

Τα επιχειρήματα της άποψης αυτής είναι δύο ειδών: η προστασία της αξιοπιστίας της τράπεζας και η ασφάλεια των συναλλαγών, που επιτυγχάνεται με το σεβασμό της βούλησης των συμβαλλόμενων μερών.

Ζήτημα, επιπλέον, προκαλεί το εάν η διάταξη του άρθρου ΑΚ 281 εφαρμόζεται και στις γενικές νομικές ελευθερίες, μία από τις οποίες είναι η συμβατική ελευθερία (ΑΚ 361, Συντ. 5) και της οποίας απόρροια είναι η ενοχή από την εγγυητική επιστολή «σε πρώτη ζήτηση».

Πιο συγκεκριμένα, το ερώτημα που τίθεται εδώ είναι όχι μόνο το εάν νοείται καταχρηστική άσκηση των δικαιωμάτων που παρέχονται από τη συμβατική ελευθερία, αλλά το εάν η απαγόρευση που θέτει η συνταγματική επιταγή του άρθρου 25 παρ. 3, που ορίζει ότι «*η καταχρηστική άσκηση δικαιώματος δεν επιτρέπεται*», υποδηλώνει την εφαρμογή της απαγόρευσης του άρθρου ΑΚ 281 και στα συνταγματικά δικαιώματα, δηλαδή και στη συμβατική ελευθερία του άρθρου 5 του Συντάγματος.

Καταρχήν, πρέπει να τονιστεί ότι η κρατούσα στη νομολογία άποψη, δέχεται την εφαρμογή της ΑΚ 281 μόνο στα *stricto sensu* δικαιώματα, θεωρώντας ότι ο όρος «δικαίωμα» είναι μονοσήμαντος και υποστηρίζοντας ότι η τεολογία της διάταξης επιβάλλει την απαγόρευση της καταχρηστικής άσκησης και στις γενικές ελευθερίες. Η θεωρία, από την άλλη πλευρά, παρουσιάζεται διχασμένη²²⁶. Πάντως, κατά τη μάλλον ορθότερη άποψη, το άρθρο 25 παρ. 3 του Συντάγματος υποδεικνύει στον εφαρμοστή του δικαίου ότι η άσκηση των ατομικών δικαιωμάτων απαγορεύεται να υπερβαίνει τα σύμφωνα με το σκοπό και τη λειτουργία του δικαιώματος όρια, ενώ τα όρια αυτά χαράσσονται, όπως είναι φυσικό, από τις διατάξεις που διέπουν το εκάστοτε ατομικό δικαίωμα.

²²⁶ Βλ. υπέρ της εφαρμογής του ΑΚ 281 στις γενικές ρυθμίσεις: Κ. Κλαμαρή, Η καταχρηστική άσκησης δικαιώματος εν τω αστικώ δικονομικώ δικαίω, παρ. 5, αρ. 11 και 12, σελ. 171 επ., Α-Β 1980 – Π. Παπανικολάου, Κατάχρηση της συμβατικής ελευθερίας, 1986, παρ. 1 ΙΙΙ, σελ. 13 – ΑΠ 717/1985, ΝοΒ 34, σελ. 560 επ. – ΕφΑθ 3531/1977, ΝοΒ 26, σελ. 69 επ. – ΕφΑθ 2622/1981, ΝοΒ 30, σελ. 253 επ.

Κατ' αυτόν τον τρόπο, τα όρια της αυτονομίας της ιδιωτικής βούλησης και συνεπώς της συμβατικής ελευθερίας (ΑΚ 361) θα πρέπει να αναζητηθούν, ως προς τη θεμελίωσή τους, στο άρθρο 5 του Συντάγματος.

Από την άλλη πλευρά, η διάταξη του άρθρου ΑΚ 281 δεν προστατεύει μόνο τον δικαιούχο ενός δικαιώματος, αλλά επιδιώκει, αποτελώντας βασική αρχή κάθε ευνομούμενης πολιτείας, τη διαφύλαξη της ισορροπίας μεταξύ αντίρροπων συμφερόντων.

Η σύγκλιση και η συνέχιση των δύο διατάξεων του άρθρου Συντ. 25 και του άρθρου ΑΚ 281, είναι σύμφωνα με τα ανωτέρω φανερά.

Αναμφισβήτητα, ούτε ο σκοπός, ούτε η κοινωνικοοικονομική και νομική λειτουργία της συμβατικής ελευθερίας παρέχουν στα μέρη τη δυνατότητα να παρακάμψουν τις απαγορεύσεις του άρθρου 25 του Συντάγματος και κατά συνέπεια του άρθρου ΑΚ 281 ή ακόμα και να ορίσουν τη χρονική στιγμή εκείνη κατά την οποία η σχετική ένσταση θα μπορεί να εγερθεί, αποκλείοντας στην ουσία τη διαφύλαξη της πολυπόθητης ισορροπίας μεταξύ των αντίθετων συμφερόντων των μερών. Κάτι τέτοιο συμβαίνει στην περίπτωση της εγγυητικής επιστολής «σε πρώτη ζήτηση», όπου ισχύει το *erst zahlen dann prozessieren*.

Η άρνηση, λοιπόν, της νομολογίας να εφαρμόσει την απαγόρευση του ΑΚ 281 στην εγγυητική επιστολή «σε πρώτη ζήτηση», η οποία είναι το αποτέλεσμα της αυτονομίας της ιδιωτικής βούλησης, αντικατοπτρίζει στην ουσία την επιφύλαξη των δικαστηρίων να εφαρμόσουν ευρέως και σε όλες τις εκφάνσεις του συναλλακτικού βίου τη διάταξη αυτή. Δύο είναι οι λόγοι αυτής της θέσης – αντίθεσης στην περίπτωση της εγγυητικής επιστολής. Ένας γενικού και ένας ειδικού χαρακτήρα: i) Ο κίνδυνος αλλά και ο φόβος καταχρηστικής επίκλησης της απαγόρευσης του άρθρου ΑΚ 281, ii) οι οικονομικές σκοπιμότητες που εξυπηρετεί η τραπεζική εγγυητική επιστολή με ρήτρα πληρωμής «σε πρώτη ζήτηση».

Σε κάθε περίπτωση, πάντως, η συμβατική ελευθερία θα διεκδικεί τη φιλοσοφική της δικαίωση σε σχέση με την αυτονομία του ατόμου, μόνο στα πλαίσια των περιορισμών που της θέτει, μεταξύ άλλων, η απαγόρευση της καταχρηστικής άσκησης της εν λόγω ελευθερίας και γι' αυτό το λόγο θα

πρέπει όχι μόνο να αναγνωρίζεται θεωρητικά αλλά και να κατοχυρώνεται νομολογιακά σε όλες τις εκφάνσεις της συναλλακτικής ζωής²²⁷.

Άλλωστε, τα δικαστήρια θα πρέπει να αποτρέπουν την καταχρηστική απόκλιση από τις ρυθμίσεις του ενδοτικού δικαίου κατά τέτοιον τρόπο, ώστε να μην προσβάλλεται η καθοδηγητική λειτουργία του ενδοτικού δικαίου, το οποίο δίνει τη δυνατότητα στα μέρη, χρησιμοποιώντας τα δικαιώματα που τους παρέχει η συμβατική ελευθερία (ΑΚ 361), να διαπλάσουν τις σχέσεις τους, όπως επιθυμούν.

Η αποδοχή της προβολής της ένστασης καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος απαιτεί, όμως, αυξημένη προσοχή στην περίπτωση της εγγυητικής επιστολής «σε πρώτη ζήτηση», εξαιτίας, πρώτον, της σαφώς διατυπωμένης βούλησης των μερών να καταπίπτει αυτή «σε πρώτη ζήτηση» και, δεύτερον, εξαιτίας του διεθνούς, συνήθως, χαρακτήρα της συναλλαγής, που επιβάλλει με έντονο τρόπο σε σεβασμό της συμφωνίας των μερών ως αναγκαία προϋπόθεση της ασφάλειας των συναλλαγών.

Από τη στιγμή, λοιπόν, που κατά το δίκαιό μας η γενική ένσταση του δόλου, η απαγόρευση της καταχρήσεως δικαιώματος, η απαγόρευση της αντιφατικής άσκησης, καθώς, και, τέλος, η αποδυνάμωση του δικαιώματος είναι έννοιες στενά συνδεδεμένες μεταξύ τους, ενώ το κριτήριο του κοινωνικού και οικονομικού σκοπού του δικαιώματος, είναι πάντοτε ερμηνευτέο και όχι δεδομένο, θα πρέπει να τονίσουμε ότι το στοιχείο της κατάχρησης στη συμπεριφορά του λήπτη θα είναι και αυτό πάντοτε ερμηνευτέο και θα εξαρτάται, μεταξύ άλλων, από το είδος της εγγυητικής επιστολής, τον υπό εξασφάλιση κίνδυνο, τις επιμέρους σχέσεις των μερών, καθώς και τα συναλλακτικά ήθη και έθιμα.

Έτσι, για παράδειγμα, δεν θα είναι καταχρηστικό το αίτημα του λήπτη να καταπέσει η εγγυητική επιστολή, σε κάθε περίπτωση που η βασική σχέση αποδειχθεί άκυρη.

Έγκυρο θα είναι λ.χ. το αίτημα του λήπτη, εάν η βασική σχέση ακυρώθηκε λόγω παράβασης της συναλλαγματικής νομοθεσίας της χώρας του εντολέα, διότι ακριβώς η κάλυψη του λήπτη από τέτοιου είδους κινδύνους, ήταν ένας ουσιώδης λόγος για την έκδοση της εγγυητικής επιστολής «σε

²²⁷ Βλ. Ν. Παπαντωνίου, Η καλή πίστις εις το αστικόν δίκαιον, 1957, σελ. 186.

πρώτη ζήτηση». Μάλιστα, ο γενικός δόλος²²⁸, ο οποίος ενυπάρχει στο πραγματικό της διάταξης του ΑΚ 281 θα πρέπει να κρίνεται αντικειμενικά κατά περίπτωση, λαμβανομένης υπόψη πάντα της συμφωνίας των μερών. Κατ' αυτόν τον τρόπο, όπως ορίζει και η φράση «fraus omnia corrumpit», οποιεσδήποτε αντίθετες συμφωνίες των μερών σε μία τέτοια περίπτωση, θα αδρανοποιούνται.

Η περίπτωση της ανώτερης βίας

Εξαιτίας του συχνά διεθνούς χαρακτήρα της υπόσχεσης της εγγυητικής επιστολής «σε πρώτη ζήτηση», είναι πολύ πιθανή η επέλευση αντικειμενικώς απροσδόκητων γεγονότων που τα μέρη δεν ήταν δυνατό να προβλέψουν κατά τη στιγμή της κατάρτισης της εγγυητικής επιστολής «σε πρώτη ζήτηση» και επηρεάζουν σημαντικά την εκτέλεση των συμφωνιών τους.

Το ερώτημα που προκύπτει σε αυτές τις περιπτώσεις είναι το εάν το αίτημα του λήπτη να καταπέσει η εν λόγω εγγυητική επιστολή θα ασκείται καταχρηστικά στην περίπτωση που τέτοιου είδους γεγονότα θα επιτρέψουν στον πρωτοφειλέτη – εντολέα της εγγυητικής επιστολής να εκτελέσει τις αναληφθείσες από αυτόν υποχρεώσεις. Αναμφισβήτητα, η κάλυψη των περιπτώσεων των γεγονότων αυτών, των λεγόμενων γεγονότων ανώτερης βίας²²⁹, θα αποτελεί σημαντικό κίνητρο για τους συναλλασσόμενους του διεθνούς εμπορίου, ώστε να επιλέγουν αυτού του είδους τις εγγυητικές επιστολές, ιδιαίτερα στις συναλλαγές τους με χώρες των οποίων το νομοθετικό, πολιτικό και οικονομικό καθεστώς είναι ασταθές.

Κατά πρώτον, πρέπει να αναφερθεί, ότι όλα τα είδη της τραπεζικής εγγυητικής επιστολής «σε πρώτη ζήτηση» δεν καλύπτουν τους ίδιους κινδύνους, με αποτέλεσμα να μην καλύπτουν σε κάθε περίπτωση *a priori* τα γεγονότα ανώτερης βίας.

Έτσι, για παράδειγμα, η εγγυητική επιστολή συμμετοχής δεν θα καλύπτει την επέλευση γεγονότων ανώτερης βίας, εφόσον ο σκοπός και ο λόγος ύπαρξής της, είναι η εξασφάλιση του λήπτη απέναντι στην αναξιοπιστία

²²⁸ Βλ. για την έννοια του δόλου του ΑΚ 919 Μ. Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, σελ. 148 επ.

²²⁹ Βλ. Μ. Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 1998, σελ. 120 επ. – Μιχαηλίδη – Νουαρό, ΕρμΑΚ 330, αρ. 42.

του εντολέα (π.χ. εργολάβου) και, συνεπώς, η κάλυψη του λήπτη στην περίπτωση που ο πρώτος αρνηθεί να υπογράψει τη σύμβαση. Αντιθέτως, η εγγυητική επιστολή προκαταβολής θα καλύπτει εξ ολοκλήρου ένα τέτοιο κίνδυνο, από τη στιγμή που θα αποσκοπεί να εξασφαλίσει στο λήπτη την επιστροφή των καταβεβλημένων προκαταβολών, όποια και να είναι αιτία της μη εκπλήρωσης ή της μη τήρησης των όρων της σύμβασης²³⁰.

Επίσης, η ανώτερη βία δεν θα μπορούσε να δικαιολογήσει πλημμέλειες που αναφέρονται στις τυπικές προϋποθέσεις κατάπτωσης και διατυπώνονται στο ίδιο το κείμενο της εγγυητικής επιστολής «σε πρώτη ζήτηση». Κάτι τέτοιο θα έθιγε ανεπανόρθωτα το σκοπό για τον οποίο δόθηκε η εγγυητική επιστολή, καθώς και την εικόνα φερεγγυότητας της εκδότριας τράπεζας. Γενικά, πάντως, θα μπορούσαμε να πούμε ότι ένας αποκλεισμός (embargo), η απαγόρευση εισαγωγής ή εξαγωγής, καθώς και τυχόν εμπόδια που τυχόν σχετίζονται με το νόμισμα, δεν αποτελούν λόγους για τους οποίους ο λήπτης δε θα μπορεί να ζητήσει την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής.

Τέλος, ερευνητέο είναι το ζήτημα για το κατά πόσον ο χαρακτήρας της εγγυητικής επιστολής «σε πρώτη ζήτηση» επιτρέπει την αποδοχή της διάταξης του άρθρου ΑΚ 388 περί απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών, έτσι ώστε να επιβάλλει στο δικαστή, υπό ορισμένες συνθήκες, να θεωρήσει το αίτημα κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής «σε πρώτη ζήτηση» καταχρηστικό.

Καταρχήν, πρέπει να διευκρινιστεί ότι το άρθρο ΑΚ 388 αναφέρεται μόνο στις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις. Αυτό, όμως, δεν αποκλείει την υιοθέτηση της διάταξης και στην εγγύηση κατ' αναλογική εφαρμογή²³¹. Από τη στιγμή που δεχόμαστε τη δυνατότητα προβολής της ένστασης καταχρηστικής άσκησης των δικαιωμάτων του λήπτη της εγγυητικής επιστολής «σε πρώτη ζήτηση», φαίνεται δυνατή και η εφαρμογή της διάταξης ΑΚ 388 και σε αυτήν, με αποτέλεσμα η αναπροσαρμογή ορισμένων συνθηκών να επηρεάζει την από την εγγυητική επιστολή ενοχή, ώστε να επιβάλλει, ενδεχομένως, κυρίως τηρουμένων των προϋποθέσεων του νόμου, την τροποποίησή της.

²³⁰ Βλ. ΕφΑθ 8320/1989, ΝοΒ 38, σελ. 632, που αναφέρει σχετικά ότι «η εγγύηση προκαταβολής δίνεται προς διασφάλιση της ευχερέστερης ικανοποίησης του κυρίου του έργου, σε περίπτωση που ο εργολάβος δεν τηρεί τις συμβατικές του υποχρεώσεις».

²³¹ Κατ' ορθότερη εκδοχή πρόκειται για αναλογία νόμου και όχι για αναλογία δικαίου θεμελιωμένη στα άρθρα 281, 288, 178 και 200 ΑΚ.

Κατά την ΑΚ 388, ένα περιστατικό μπορεί να οδηγήσει σε αναπροσαρμογή ή λύση της σύμβασης, μόνο όταν κατά τη βούληση των μερών αποτέλεσε κύριο στήριγμα της σύμβασης και όταν θεωρείται τέτοιο στήριγμα κατά την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη²³².

Πάντως, η σχετική έρευνα για το ποια είναι τα περιστατικά εκείνα που θεωρούνται το δικαιοπρακτικό θεμέλιο των μερών στη σύμβαση της τραπεζικής εγγυητικής επιστολής «σε πρώτη ζήτηση», θα πρέπει να γίνεται *in concreto*, εφόσον το περιεχόμενο της υπόσχεσης δύναται να διαφοροποιείται σε σχέση με τον κίνδυνο που κάθε φορά αυτή καλείται να καλύψει. Ως κριτήρια των αξιολογικών κρίσεων του δικαστή θα πρέπει να εκληφθούν, μεταξύ άλλων, ο καταμερισμός των κινδύνων, το στοιχείο του απρόβλεπτου και μη εξουσιάζιμου κινδύνου, το είδος της εγγυητικής επιστολής, η υπάρχουσα εμπιστοσύνη μεταξύ των μερών, κλπ.

Συμπερασματικά, θα πρέπει να σημειωθεί ότι πρακτικά το πρόβλημα τίθεται στην περίπτωση που, λόγω απρόοπτης μεταβολής συνθηκών, οι οποίες επηρεάζουν τους όρους της σχέσης αξίας και, επομένως και αυτούς της εγγυητικής επιστολής, η εγγυητική επιστολή που εκδόθηκε θα πρέπει, για να ανταποκρίνεται στη νέα πραγματικότητα, να τροποποιηθεί και ο λήπτης αρνείται να συναινέσει σε κάτι τέτοιο.

Το αίτημα του λήπτη προς καταβολή του εγγυημένου ποσού, ενόσω εκκρεμεί η δίκη περί της αναπροσαρμογής της αρχικής εγγυητικής επιστολής ή ενόσω διαρκούν οι διαπραγματεύσεις για την τροποποίησή της στα πλαίσια του άρθρου ΑΚ 388, είναι δυνατό να θεωρηθεί καταχρηστικό²³³. Αντιθέτως, στην περίπτωση που η εγγυήτρια τράπεζα καταβάλει στο λήπτη το αναφερόμενο στην επιστολή ποσό, χωρίς να λάβει υπόψη της την ανάγκη αναπροσαρμογής του κειμένου, δεν θα είναι δυνατό αυτή να θεωρηθεί υπεύθυνη, έστω και αν γνώριζε τις νέες συνθήκες. Η τράπεζα, εξάλλου, δεν δικαιούται να αρνηθεί την καταβολή, παρά μόνο εάν προσκομίστούν επαρκείς αποδείξεις αναφορικά με την καταχρηστική συμπεριφορά του λήπτη. Σε καμία περίπτωση, όμως, δεν θα καθίσταται κριτής της συμπεριφοράς αυτής.

²³² Βλ. Ι. Μάρκου, Το πρόβλημα της απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών στη σύμβαση εγγυήσεως, Αρμ 1989, σελ. 949.

²³³ Ενώ δεν θα συντρέχει κατάχρηση λόγω του ότι υπάρχει εκκρεμοδικία για τη βασική σχέση, ακόμη κι όταν είναι ώριμη η απόρριψη της αγωγής. Βλ. Θ. Λιακόπουλο, ΝοΒ 35, σελ. 301.

Εξειδίκευση της καλής πίστης στις σχέσεις δανειστή – εγγυητή - οφειλέτη

Το άρθρο 281 του Α.Κ. απαγορεύει, ως γνωστόν, την καταχρηστική άσκηση δικαιώματος, ορίζοντας τα εξής: «*Η άσκηση του δικαιώματος απαγορεύεται αν υπερβαίνει προφανώς τα όρια που επιβάλλουν η καλή πίστη ή τα χρηστά ήθη ή ο κοινωνικός ή οικονομικός σκοπός του δικαιώματος*». Η ως άνω διάταξη θέτει διαζευκτικά τέσσερα αντικειμενικά στοιχεία, τα οποία συνιστούν φραγμούς στην άσκηση ενός δικαιώματος.

Το πρώτο από τα παραπάνω στοιχεία είναι η καλή πίστη. Εδώ εννοείται η αντικειμενική ή η συναλλακτική καλή πίστη, δηλαδή η ευθύτητα, η εντιμότητα και η ειλικρίνεια που πρέπει να τηρεί κανείς στις συναλλαγές και γενικότερα στην κοινωνική συμβίωση. Για εφαρμογή της ΑΚ 281, δεν αρκεί η απλή υπέρβαση των ορίων της καλής πίστης. Πρέπει, επιπλέον, η υπέρβαση να είναι προφανής, δηλαδή πρόδηλη, οφθαλμοφανής, αναμφισβήτητη, να προσκρούει στο κοινό περί δικαίου αίσθημα ή να προκαλεί ιδιαιτέρως δυσμενή εντύπωση²³⁴, να «βγάζει μάτι» κατά τον Vasseur.

Προκειμένου, τώρα, για την εγγυητική επιστολή «σε πρώτη ζήτηση» τίθεται το ζήτημα, εάν η συμπεριφορά του δανειστή – λήπτη να ζητήσει την είσπραξη του ποσού που θέτει στη διάθεσή του η τράπεζα, μολονότι δεν το δικαιούται από τη βασική σχέση, υπερβαίνει προφανώς τα όρια που θέτει η αντικειμενική καλή πίστη. Η κρίση, βέβαια, περί του προφανούς ή μη της υπέρβασης είναι αντικειμενική.

Στα πλαίσια της εγγυητικής επιστολής «σε πρώτη ζήτηση» η έννοια του προφανούς σχετίζεται με το ευαπόδεικτο των λόγων της καταχρηστικότητας στην άσκηση του δικαιώματος του λήπτη. Πρέπει δηλαδή να υπάρχουν αξιόπιστα αποδεικτικά μέσα. Ως τέτοια θα μπορούσαν ενδεικτικά να αναφερθούν: δικαστικές ή διοικητικές αποφάσεις, επίσημες ανακοινώσεις, δημόσια έγγραφα, πάσης φύσεως ιδιωτικά έγγραφα που υπογράφονται από το λήπτη – δανειστή²³⁵ και αφορούν τη σχέση του με τον υπέρ ου – οφειλέτη,

²³⁴ Βλ. Απ. Γεωργιάδη, όπ.π., σελ. 233.

²³⁵ Βλ. ΜΠρΑθ 374/1998, ΕλλΔνη 1998, σελ. 1961, όπου η κατάχρηση δικαιώματος ήταν προφανής και προέκυπτε από πρακτικό κατάστασης του παραδοθέντος εμπορεύματος (φύλλα λευκοσιδήρου για κουτιά τοματοπολτού), που συνυπέγραψε και ο τεχνικός της λήπτριας της εγγυητικής επιστολής.

η έκθεση ανεξάρτητου εμπειρογνώμονα, απ' όπου προκύπτει αναμφίβολα η αδικαιολόγητη καταβολή του ποσού της εκτελεστικής σύμβασης²³⁶.

Κατέστη σαφές, λοιπόν, ότι η αδικαιολόγητη από τη βασική σχέση αξίωση του λήπτη εγγυητικής επιστολής «σε πρώτη ζήτηση» να πληρωθεί από την τράπεζα, συνιστά υπέρβαση των ορίων της καλής πίστης και μάλιστα προφανής κατ' ΑΚ 281, εφόσον η καταχρηστικότητα είναι ιδιαίτερα προφανής ή ευαπόδεικτη.

Το επόμενο ζήτημα που τίθεται, εν συνεχεία, είναι αν η εγγυήτρια τράπεζα δικαιούται και μάλιστα έναντι του οφειλέτη – εντολέα της αν υποχρεούται να προτείνει στο λήπτη την ένσταση καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος για άμεση πληρωμή και να αρνηθεί να τον πληρώσει. Το ζήτημα αυτό συνδέεται καταρχήν με τη νομική φύση της ένστασης καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος.

Στη θεωρία και στη νομολογία υπάρχει αμφισβήτηση, εάν η ένσταση αυτή αποτελεί γνήσια αυτοτελή ένσταση²³⁷, δηλαδή αν αποτελεί παράλληλα και ουσιαστικό δικαίωμα του ενιστάμενου ή όχι, οπότε είναι καταχρηστική²³⁸. Ο χαρακτηρισμός της διάταξης ΑΚ 281 ως δημόσιας τάξης (αναγκαστικού δικαίου) συνηγορεί υπέρ του χαρακτηρισμού της ένστασης αυτής ως καταχρηστικής. Από την άλλη πλευρά, η λειτουργία της – που συνίσταται στην παρεμπόδιση της άσκησης του δικαιώματος – συνηγορεί υπέρ της άποψης ότι είναι γνήσια ένσταση. Ο χαρακτηρισμός της ένστασης ως γνήσια ή καταχρηστικής έχει σημασία για το ζήτημα αν μπορεί η τράπεζα να προτείνει την ένσταση αυτή εναντίον του δικαιούχου.

Επειδή κατά το άρθρο 262 παρ. 2 ΑΚ ενστάσεις τρίτου δεν επιτρέπεται να προβληθούν παρά μόνο στις περιπτώσεις που ορίζει ο νόμος, η τράπεζα – αν θεωρηθεί η ένσταση καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος ως γνήσια – δεν θα μπορεί να την προτείνει, αφού καταρχήν δικαιούται να την προτείνει μόνο

²³⁶ Βλ. ενδ. ΜΠρΑθ 374/1998, ΕλλΔνη 1998, σελ. 1961 – ΜΠρΑθ 9714/1996, ΕΕμπΔ 1998, σελ. 45 – ΠολΠρΑθ 15000/1983, ΕΕμπΔ 1986, σελ. 269, οι οποίες διαλαμβάνουν κατά τρόπο σχεδόν στερεότυπο ότι: «η τράπεζα δύναται και οφείλει να αρνηθεί την πληρωμή, οσάκις κατά τρόπο αξιόπιστο περιέλθει εις γνώση της ότι η αιτία για την οποία χορηγήθηκε η εγγύηση εξέλιπε οριστικά ή οσάκις αυτό βεβαιωθεί με δικαστική απόφαση».

²³⁷ Βλ. Γ. Νικολόπουλο, Η έννοια και η λειτουργία της ενστάσεως στο Αστικό Δικονομικό Δίκαιο, 1987, σελ. 79 – ΑΠ 905/1981, ΝοΒ 1982, σελ. 627 – ΑΠ 318/1986, ΕλλΔνη 28, σελ. 283 – ΕφΑθ 6045/1985, Δίκη 1986, σελ. 853.

²³⁸ Βλ. ΑΠ 428/1979, ΝοΒ 27, σελ. 1455 – ΑΠ 663/1974, ΝοΒ 23, σελ. 277 – ΑΠ 31/1993, ΕλλΔνη 36, σελ. 1070 – ΕφΑθ 2176/1997, ΝοΒ 46, σελ. 645.

ο βλαπτόμενος οφειλέτης. Ο περιορισμός αυτός δεν ισχύει, αν η ένσταση θεωρηθεί καταχρηστική.

Και αν ακόμα, όμως, θεωρηθεί γνήσια η ένσταση καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος, η τράπεζα θα δικαιούται – κατ' ορθή εκτίμηση – να προβάλει την ένσταση αυτή. Και αυτό διότι η τράπεζα στην εν λόγω σύμβαση δεν δρα ως αμέτοχος τρίτος. Έχει ίδια συμφέροντα και υποχρεώσεις που πηγάζουν από την υποχρέωση πρόνοιας (ΑΚ 288) που έχει απέναντι στον οφειλέτη από τη σχέση κάλυψης, ενδεχόμενη παραβίαση των οποίων μπορεί να την υποχρεώσει σε αποζημίωσή του. Κατά συνέπεια, η τράπεζα δικαιούται σε κάθε περίπτωση να προβάλει έναντι του λήπτη την ένσταση αυτή²³⁹.

Εντούτοις, κατά την εκ διαμέτρου αντίθετη άποψη²⁴⁰, η τράπεζα έχει παραιτηθεί έναντι του δανειστή από το δικαίωμά της να προτείνει ενστάσεις που πηγάζουν από τη βασική σχέση οφειλέτη – δανειστή. Η τράπεζα δικαιούται να προβάλει ενστάσεις μόνο από τη σχέση της με το δανειστή – λήπτη, καθώς και από το τυπικό περιεχόμενο της εγγυητικής επιστολής.

Στην άνω θέση αντιτάσσεται από την πρώτη άποψη, ότι η ένσταση του άρθρου ΑΚ 281, ανήκει στις ενστάσεις εκ του περιεχομένου της εγγυητικής επιστολής και όχι στις απαγορευμένες εκ της βασικής σχέσεως ενστάσεις.

Προφανώς, οι υποστηρικτές της δεύτερης άποψης στάθμισαν παράλληλα τα συγκρουόμενα συμφέροντα στην περίπτωση της αδικαιολόγητης καταβολής του ποσού της εκτελεστικής σύμβασης και έκριναν, ότι το συμφέρον για άμεση είσπραξη του εν λόγω ποσού από το δικαιούχο και η συνακόλουθη αντιστροφή του βάρους διεξαγωγής της δίκης, δευτερευόντως δε το σχετικό συμφέρον της τράπεζας να μην αναμιχθεί επ' ουδενί στη βασική σχέση και να τηρήσει το κύρος της στις διεθνείς συναλλαγές – ιδίως όταν μεσολαβεί και άλλη τράπεζα – υπερτερεί του συμφέροντος του οφειλέτη για καταβολή του ποσού αυτού, μόνο όταν δικαιολογείται από τη βασική σχέση.

Κατά την πρώτη, όμως, άποψη και τη δική μου γνώμη, μία τέτοια θεώρηση των αντικρουόμενων συμφερόντων που παρέχει ένα ανεξαίρετο προβάδισμα των συμφερόντων του λήπτη δεν δικαιολογείται, όταν η κακόπιστη και καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος του τελευταίου για άμεση είσπραξη, είναι για την τράπεζα ιδιαίτερα προφανής ή ευαπόδεικτη.

²³⁹ Βλ. Π. Λαδά, όπ.π., σελ. 302.

Περαιτέρω, τίθεται το ερώτημα αν η τράπεζα υποχρεούνται έναντι του οφειλέτη – εντολέα της να αρνηθεί την πληρωμή στο δανειστή – λήπτη της εγγυητικής επιστολής «σε πρώτη ζήτηση». Κατά μία άποψη²⁴¹, από τη σύμβαση μεταξύ τράπεζας και εντολέα – πελάτη αυτής (σχέση κάλυψης) και με βάση τη διάταξη του άρθρου ΑΚ 288, απορρέουν οι παρεπόμενες υποχρεώσεις πίστης και πρόνοιας της τράπεζας, οι υποχρεώσεις δηλαδή να λαμβάνει υπόψη της τα συμφέροντα του εντολέα – πελάτη της και να τα διαφυλάσσει²⁴².

Συνεπώς, υποχρεούται να αρνηθεί την πληρωμή του ποσού της εκτελεστικής σύμβασης στο δικαιούχο, όταν ο τελευταίος ασκεί καταχρηστικά το δικαίωμά του, εφόσον συντρέχει βέβαια και η προϋπόθεση του προφανούς.

Από την άλλη πλευρά, κατά την αντίθετη άποψη, είναι αποκλειστικό δικαίωμα της τράπεζας να αποφασίσει αν θα πληρώσει ή όχι τον δικαιούχο, χωρίς να έχει σχετική αξίωση ο εντολέας. Το βασικό επιχείρημα των υποστηρικτών της γνώμης αυτής, είναι ότι ο εντολέας δίνει την εντολή στην τράπεζα να πληρώσει άμεσα το λήπτη της εγγυητικής επιστολής «σε πρώτη ζήτηση» και αποτελεί αντίφαση η δυνατότητα μεταγενέστερης επέμβασης του εντολέα στη σχέση τράπεζας – λήπτη.

Επιπλέον, φέρουν το επιχείρημα, ότι η τράπεζα έχει ίδιον συμφέρον να αποφασίσει ελεύθερα για την πληρωμή του δικαιούχου, αφού από τη συμπεριφορά της στις περιπτώσεις αυτές, εξαρτάται το κύρος της στις διεθνείς συναλλαγές.

Ορθότερη άποψη θεωρώ την πρώτη, διότι υποχρέωση πίστης και πρόνοιας σαφώς υπάρχει στη διαρκή σχέση εμπιστοσύνης που αναπτύσσεται μεταξύ τράπεζας και εντολέα – πελάτη της, η οποία επιτάσσει στην τράπεζα να αρνηθεί την πληρωμή, αν ο λήπτης ασκεί καταχρηστικά το σχετικό δικαίωμά του.

²⁴⁰ Βλ. Δ. Κριμπά, όπ.π., σελ. 97 – ΜΠρΑθ 24784/1995, ΔΕΕ 1996, σελ. 177.

²⁴¹ Βλ. Θ. Λιακόπουλο, όπ.π., σελ. 291 – Π. Λαδά, όπ.π. 302 – με σαφήνεια ΠολΠρΑθ 15000/1983, ΕΕμπΔ 1986, σελ. 299.

²⁴² Βλ. ΕρμΑΚ Γεωργιάδη – Σταθόπουλου, υπό άρθρο 288 παρ. 46.

Το ζήτημα της δικαστικής προστασίας με ασφαλιστικά μέτρα

Το επόμενο ζήτημα που θα μας απασχολήσει στη συνέχεια συνίσταται στο αν παρέχεται δικαστική προστασία (ένα είδος ασφαλιστικών μέτρων) στον εντολέα – οφειλέτη έναντι του δανειστή – λήπτη εγγυητικής επιστολής «σε πρώτη ζήτηση», στην περίπτωση που ο τελευταίος ζητά την καταβολή του ποσού της επιστολής από την τράπεζα κατά προφανή υπέρβαση των ορίων της καλής πίστης, δηλαδή καταχρηστικά. Σχετικά με το ερώτημα αυτό, έχουν υποστηριχθεί οι ακόλουθες απόψεις:

Σύμφωνα με την κρατούσα γνώμη στη νομολογία²⁴³, ο οφειλέτης δεν έχει το δικαίωμα να παρεμβαίνει στη λειτουργία της εγγυητικής επιστολής «σε πρώτη ζήτηση», επιδιώκοντας την απαγόρευση κατάπτωσης της επιστολής για δύο – κυρίως – λόγους: **i)** Η αντίθετη άποψη θα αναγνώριζε ενεργό συμμετοχή του προσώπου του πρωτοφειλέτη στην έννομη σχέση μεταξύ εγγυητή – δανειστή, στην οποία, όμως, αυτός παραμένει νομικά ξένος, **ii)** Μία τέτοια άποψη θα συνεπαγόταν τον κλονισμό της συναλλακτικής πίστης γύρω από τις εγγυητικές επιστολές και θα ανέτρεπε τον σκοπό της καθιέρωσης από την πρακτική του είδους και του τύπου αυτού της εγγύησης.

Κατά μία άλλη άποψη²⁴⁴, η θεωρητική αντίληψη ότι η εγγυητική επιστολή δημιουργεί ενοχικό δεσμό μόνο μεταξύ εγγυήτριας τράπεζας και δανειστή – λήπτη, θα ήταν πραγματικά αληθής, μόνο εάν δεν υπήρχε σύμβαση μεταξύ δανειστή – λήπτη και εντολέα – οφειλέτη, που να καθορίζει τους όρους υπό τους οποίους ο πρώτος θα έχει το δικαίωμα έναντι στο δεύτερο να ζητήσει από την τράπεζα την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής και κατ' επέκταση την πληρωμή του σχετικού ποσού. Εάν, λοιπόν, υφίσταται αυτή η σύμβαση, ο εντολέας – οφειλέτης έχει ευθεία αξίωση κατά το δανειστή – λήπτη να μην απαιτήσει από την τράπεζα την πληρωμή του ποσού

²⁴³ Βλ. Δ. Κριμπά, όπ.π. – ΜΠρΑθ 8182/1985, ΕλλΔνη 26, σελ. 1237 – ΜΠρΑθ 11682/1985, ΕΕμπΔ 1986, σελ. 61 – ΠολΠρΘεσ. 169/1986, Αρμ 1988, σελ. 324 – ΕφΑθ 3425/1986, Αρμ 1987, σελ. 578 – ΜΠρΑθ 9389/1987, Αρμ 1987, σελ. 938 – ΜΠρΑθ 6363/1991, Αρμ 1991, σελ. 663 – ΠολΠρΘεσ 2756/1991, Αρμ 1992, σελ. 714 – ΜπρΘεσ 2442/1992, ΕλλΔνη 33, σελ. 1508 – ΜΠρΑθ 9790/1992, ΕΕμπΔ 1992, σελ. 552 – ΜπρΚαβ 424/1993, ΕτρΑξΧρΔ 1993, σελ. 381 – ΕφΑθ 1858/1994, ΕΕμπΔ 1995, σελ. 219 – ΜπρΠατρ 1683/1997, ΔΕΕ 1997, σελ. 1184 – ΠολΠρΒερ 250/1999, Αρμ 2000, σελ. 376 – ΜΠρΑθ 32577/1999, ΕΕμπΔ 2000, σελ. 301 – ΜΠρΑθ 374/1998, ΕλλΔνη 39, σελ. 1961.

²⁴⁴ Βλ. ΜΠρΑθ 5879/1978, ΕΕμπΔ 1979, σελ. 57 – ΜΠρΑθ 2019/1986, Αρμ 1988, σελ. 322 – ΜΠρΑθ 3140/1992, ΕλλΔνη 33, σελ. 428 – ΜΠρΑθ 9714/1996, ΕΕμπΔ 1998, σελ. 45 – ΕφΑθ 4758/1995, ΕΕμπΔ 1995, σελ. 583, Απ. Γεωργιάδη, όπ.π., σελ. 185 επ.

της εγγυητικής επιστολής, εφόσον δεν συντρέχουν οι όροι που συμφωνήθηκαν.

Από τις ανωτέρω εκτεθείσες απόψεις, ορθότερη θεωρώ εκείνη που δέχεται τη δυνατότητα παρεμβολής του οφειλέτη στην εξωτερική σχέση τράπεζας – λήπτη, εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις των άρθρων ΑΚ 281, 288.

Επομένως, η αξίωση του οφειλέτη να παραληφθεί η κατάπτωση εγγυητικής επιστολής «σε πρώτη ζήτηση» - όταν βέβαια επιχειρείται καταχρηστικά – αποτελεί δικαίωμά του, υπέρ του οποίου είναι δυνατή η λήψη ασφαλιστικών μέτρων. Προσφορότερο ασφαλιστικό μέτρο κρίνεται, εν προκειμένω, αυτό της προσωρινής ρύθμισης κατάστασης (ΚΠολΔ 682, 731, 732), που συνίσταται στην απαγόρευση πληρωμής για την τράπεζα με συνέπεια, στην αντίθετη περίπτωση, τη σχετική ακυρότητα υπέρ του οφειλέτη²⁴⁵ και είναι και το συνηθέστερο μέτρο στην πράξη. Το δίκαιό μας, μάλιστα, προβλέπει ειδικά και την περίπτωση της συντηρητικής κατάσχεσης στα χέρια τρίτου (ΚΠολΔ 712).

Νομολογική αντιμετώπιση ζητημάτων εγγυητικής επιστολής

Η εγγυητική επιστολή είναι ένας θεσμός που ενώ τυγχάνει ευρείας χρήσης στις συναλλαγές δεν έχει τύχει ειδικής νομοθετικής ρύθμισης. Εξαιτίας αυτού του γεγονότος ανακύπτουν συχνά τόσο στη νομολογία όσο και στη θεωρία διχογνωμίες αναφορικά με βασικά ζητήματα του θεσμού αυτού. Κατωτέρω, θα επιχειρήσουμε μία παρουσίαση των προβλημάτων που απασχόλησαν τα ελληνικά δικαστήρια την τελευταία δεκαετία, περίπου, αναφορικά με την εγγυητική επιστολή καθώς και τις λύσεις που αυτά υιοθέτησαν, λύσεις συχνά αντικρουόμενες μεταξύ τους.

Παραδείγματα από τη νομολογία για την κατάχρηση δικαιώματος κατά την είσπραξη ενέγγυου πιστώσεως και την καταχρηστική δήλωση καταπτώσεως εγγυητικής επιστολής

Η νεότερη αυτή νομολογία προσθέτει δίπλα στις δύο γνωστές από παλαιότερα εξαιρέσεις της αρχής της αυτονομίας στο πλαίσιο της ενέγγυας

²⁴⁵ Βλ. Θ. Λιακόπουλο, ΝοΒ 35, σελ. 303.

πίστωσης – δηλ. την ύπαρξη απατηλών δηλώσεων επί των φορτωτικών και λοιπών εγγράφων και την καταστρατήγηση της νομοθεσίας περί απαγορεύσεως εξαγωγής συναλλάγματος – μία τρίτη εξαίρεση ευρύτερη από τις δύο προηγούμενες: την αντίθεση στην καλή πίστη και τα χρηστά ήθη που θεμελιώνεται στις ΑΚ 281, 288. Κατά την τρίτη αυτή εξαίρεση, που μοιάζει να ανακύπτει κατά τον ίδιο τρόπο τόσο επί ενέγγυων πιστώσεων όσο και επί εγγυητικών επιστολών, η αρχή της αυτονομίας κάμπτεται, όταν η πιστή και αυστηρή τήρηση των όρων της πιστώσεως ή της εγγυητικής επιστολής και η βάσει αυτής είσπραξη του προϊόντος της εγγυητικής επιστολής ή της ενέγγυας πίστωσης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψιν η υποκείμενη βασική σχέση, οδηγήσει σε ανεπιεική αποτελέσματα που είναι αντίθετα με τις ΑΚ 281, 288.

Υπάρχει πλέον διάχυτη η αίσθηση ότι στην Ελλάδα είναι εφικτό εγγυητικές επιστολές και ενέγγυες πιστώσεις να «μπλοκάρονται» με αποφάσεις ασφαλιστικών μέτρων. Πλήθυναν άραγε τόσο πολύ τα φαινόμενα κακοπιστίας σε βάρος της χώρας μας τα τελευταία χρόνια;

Τα συνηθέστερα σφάλματα που απαντούν στις αποφάσεις είναι δύο: (α) η ενέγγυος πίστωση και η εγγυητική επιστολή συχνά χαρακτηρίζονται ως παρεπόμενες της βασικής σχέσης συμβάσεις, πράγμα που αντιστρατεύεται στον αυτόνομο χαρακτήρα τους, (β) αγνοείται παντελώς το γεγονός ότι η συμφωνία για άνοιγμα ενέγγυου πιστώσεως ή για έκδοση εγγυητικής επιστολής εμπεριέχει, μεταξύ άλλων, τη συμφωνία ότι η πληρωμή θα προηγηθεί της όποιας τυχόν αντιδικίας και δικαστικής εκκαθάρισης της υπόθεσης. Πρόκειται για τη συμφωνία που συνιστά τρόπον τινά ρήτρα προεκπλήρωσης και στην αλλοδαπή βιβλιογραφία και νομολογία απαντάται αποφθεγματικά ως ρήτρα «pay first litigate later – payer d'abord, reclamez ensuite».

Το σημαντικότερο πρόβλημα που έχει απασχολήσει τα ελληνικά δικαστήρια, όσον αφορά το ζήτημα της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής, είναι η κάμψη της αυτονομίας και η κατάχρηση δικαιώματος κατά την είσπραξη της εγγυητικής επιστολής. Ο αριθμός βέβαια των δικαστικών αποφάσεων που προέβησαν σε κάμψη της αυτονομίας εξακολουθεί να είναι περιορισμένος.

Η παρουσίαση των παρακάτω αποφάσεων είναι χρήσιμη για να κατανοηθεί τι έχει κατά περίπτωση αξιολογηθεί ως κατάχρηση δικαιώματος και τι όχι.

1. Η υπ. αριθμ. **7913/1998 ΜονΠρΑθ** (ΕΕμπΔ 1999.279) απαγόρευσε ρητά την είσπραξη εγγυητικής επιστολής ως καταχρηστική. Η απόφαση αυτή αντιμετώπισε την περίπτωση εγγυητικής επιστολής που εκδόθηκε από Ελληνική Τράπεζα υπέρ Σουηδού επαγγελματία και προς εξασφάλιση Σουηδικής Τράπεζας που είχε εκδώσει υπέρ του εν λόγω επαγγελματία άλλη εγγυητική επιστολή προς εξασφάλιση του Σουηδικού Εμπορικού Επιμελητηρίου. Επρόκειτο δηλαδή για αντεγγύηση που είχε διαμορφωθεί ως αυτόνομη υποχρέωση και είχε λάβει τη μορφή εγγυητικής επιστολής. Η εγγυητική επιστολή που είχε εκδώσει η Σουηδική Τράπεζα έληξε χωρίς να χωρήσει δήλωση καταπτώσεως. Εξέλειπε έτσι η αιτία για την οποία είχε εκδοθεί η εγγυητική επιστολή αντεγγύησης από την Ελληνική τράπεζα. Η Σουηδική Τράπεζα όμως προέβη σε δήλωση καταπτώσεως της εγγυητικής επιστολής που είχε εκδώσει προς εξασφάλισή της η Ελληνική Τράπεζα και επεδίωξε να την εισπράξει ισχυριζόμενη ότι η εγγυητική αυτή επιστολή ήταν γενικού σκοπού, δηλαδή ότι εξασφάλιζε πάσης φύσεως και εκ πάσης αιτίας αξιώσεις της κατά του πρωτοφειλέτη και όχι μόνο την αξίωση από τυχόν κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής που η ίδια είχε εκδώσει υπέρ του Σουηδικού Εμπορικού Επιμελητηρίου. Γεγονός είναι ότι η διατύπωση της συγκεκριμένης εγγυητικής επιστολής, αν και μνημόνευε, την έκδοση άλλης εγγυητικής επιστολής από το Σουηδικό Εμπορικό Επιμελητήριο, κατέλειπε κάποιες αμφιβολίες ως προς την ασφαλιζόμενη απαίτηση. Το δικαστήριο πιθανολόγησε ότι η επίδικη εγγυητική επιστολή δεν ήταν γενικού σκοπού, όπως ισχυριζόταν η Σουηδική Τράπεζα. Στη βάση αυτή αξιολόγησε τη δήλωση κατάπτωσης ως καταχρηστική. Ειδικότερα, έκανε δεκτό ότι ο πρωτοφειλέτης μπορεί να παρέμβει στις σχέσεις εγγυήτριας τράπεζας και δανειστή προς την κατεύθυνση της αναστολής ή οριστικής αδρανοποίησης της υποχρέωσης της τράπεζας να καταβάλει το ποσό της εγγυητικής επιστολής οσάκις κατά τρόπο αξιόπιστο περιέλθει εις γνώση της τράπεζας ότι η αιτία για την

οποία χορηγήθηκε η εγγύηση εξέλειπε οριστικά ή οσάκις αυτό βεβαιωθεί δικαστικώς. Η άποψη αυτή, ως νομική θεμελίωση της δικαστικής προστασίας του πρωτοφειλέτη απέναντι στη τράπεζα και το δανειστή προς τη συζητούμενη κατεύθυνση, προσανατολίζεται στις διατάξεις των άρθρων 281 και 288 ΑΚ, με βάση τις οποίες επάγεται ότι η τράπεζα δύναται και οφείλει να αρνηθεί την πληρωμή στις παραπάνω περιπτώσεις, όταν δηλαδή περιήλθε στην τράπεζα κατά τρόπο αξιόπιστο ότι η αιτία για την οποία χορηγήθηκε η εγγύηση εξέλειπε οριστικά ή όταν βεβαιωθεί τούτο δικαστικώς. Επομένως, η εγγυήτρια τράπεζα έχει κατά του δανειστή την ένσταση που στηρίζεται στις διατάξεις των άρθρων 281 και 288 ΑΚ, εφόσον η αρχή της καλής πίστης που καθιερώνει η διάταξη αυτή (ΑΚ 288), όσον αφορά την εκτέλεση της ενοχής, ισχύει και για το δανειστή, η δε διάταξη του ΑΚ 281 αξιώνει εφαρμογή και στην άσκηση συμβατικών δικαιωμάτων.

Επιπροσθέτως, η εν λόγω απόφαση επεσήμανε ότι η δικαστική προστασία του πρωτοφειλέτη έναντι της καταχρηστικής ασκήσεως του δικαιώματος του δανειστή μπορεί να έχει τη μορφή των ασφαλιστικών μέτρων, τη πρωτοβουλία δε την έχει πάντοτε ο οφειλέτης. Η αξίωσή του για παράλειψη καταβολής του ποσού της εγγυητικής επιστολής από την τράπεζα ή για τη μη είσπραξή του από το δανειστή συνήθως εξασφαλίζεται με τη μεσεγγύηση του εγγράφου της εγγυητικής επιστολής. Αν διαταχθεί τέτοιο μέτρο, τόσο για την τράπεζα όσο και για το δανειστή, κανείς από αυτούς δεν μπορεί να αντλήσει δικαιώματα ή να εκτελέσει τις υποχρεώσεις του. Επίσης, για την εξασφάλιση του δικαιώματος του πρωτοφειλέτη, πρόσφορο ασφαλιστικό μέτρο θα είναι για την τράπεζα η απαγόρευση πληρωμής ενώ για το δανειστή η απαγόρευση είσπραξης του ποσού της εγγυητικής επιστολής με συνέπειες σε κάθε περίπτωση της διατάξεως του άρθρου 176 ΑΚ.

2. Υποχρέωση της τράπεζας να αρνηθεί στον λήπτη την πληρωμή σε συγκεκριμένες περιπτώσεις δέχεται και η υπ' αριθμ. **9714/1996 ΜονΠρΑθ** (ΕΕμπΔ 1998.45). Κατά το σκεπτικό της απόφασης αυτής, από τη διάταξη του άρθρου 281 ΑΚ, σε συνδυασμό προς τη διάταξη του άρθρου 288 ΑΚ, προκύπτει ότι η ρήτρα που εμπεριέχεται συνήθως στις τραπεζικές εγγυητικές επιστολές περί πληρωμής υπό της

εγγυήτριας τράπεζας του ποσού της εγγυήσεως «σε πρώτη ζήτηση» του δανειστή, καθίσταται ανενεργός και η τράπεζα δύναται και οφείλει να αρνηθεί την πληρωμή οσάκις κατά τρόπο αξιόπιστο περιέλθει εις γνώση της τράπεζας ότι η αιτία για την οποία χορηγήθηκε η εγγύηση εξέλιπε οριστικά ή οσάκις αυτό βεβαιωθεί με δικαστική απόφαση. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, αν υπάρχει σύμβαση εγγυητικής επιστολής, ο οφειλέτης έχει ευθεία αξίωση από τη βασική σύμβαση που έχει καταρτισθεί μεταξύ αυτού και του δανειστού, να μην απαιτήσει ο τελευταίος από τον εγγυητή την πληρωμή της εγγυητικής επιστολής αν δεν συντρέχουν οι όροι της βασικής συμβατικής τους σχέσης, κατά τους οποίους επέρχεται η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής. Αντίστοιχη όμως αξίωση, με βάση τις συμβατικές σχέσεις που υπάρχουν μεταξύ εντολέα και τράπεζας, έχει και ο εντολέας κατά της εγγυήτριας τράπεζας, εφόσον συντρέξουν οι προαναφερόμενες προϋποθέσεις έστω και αν στην εγγυητική επιστολή υπάρχει η ρήτρα «σε πρώτη ζήτηση», η οποία και στην περίπτωση αυτή καθίσταται ανενεργός. Η αξίωση του οφειλέτη για την παράλειψη από τον δανειστή να εισπράξει την εγγυητική επιστολή, καθώς και η αντίστοιχη τοιαύτη από τη τράπεζα να μην πληρώσει τον τελευταίο, αποτελεί δικαίωμα υπέρ του οποίου είναι δυνατόν να ληφθούν ασφαλιστικά μέτρα, μεταξύ των οποίων και η προσωρινή παράλειψη της ασκήσεως του επίδικου δικαιώματος ή η απαγόρευση προσωρινά της αντίστοιχης υποχρέωσης της τράπεζας.

3. **ΜονΠρΚαρ 513/97, ΕΤρΑξΧρΔ 1998, 68**, έγγραφα ενέγγυου πιστώσεως με αναληθείς δηλώσεις. Η απόφαση αυτή έκρινε ως καταχρηστική περίπτωση όπου εμφανίστηκαν προς πληρωμή φορτωτικά και λοιπά έγγραφα με αναληθείς δηλώσεις ως προς τα διαλαμβανόμενα σε αυτά πραγματικά περιστατικά. Ειδικότερα διαπιστώθηκε ότι το τιμολόγιο πώλησης που προσκομίστηκε μνημόνευε ότι πωλήθηκαν υφάσματα με ορισμένη πυκνότητα ύφανσης, ενώ στην πραγματικότητα τα υφάσματα που απεστάλησαν στον αγοραστή είχαν ύφανση εξόφθαλμα πιο αραιή και μάλιστα σε βαθμό που αναιρούσε τη χρησιμότητά τους. Η περίπτωση αυτή αφορά τη

γνωστή από παλαιότερα εξαίρεση των απατηλών δηλώσεων επί των εγγράφων της ενέγγυας πίστωσης.

Πρέπει να παρατηρηθεί ότι σε παρόμοιες περιπτώσεις δεν αρκεί για την κάμψη της αυτονομίας της ενέγγυας πίστωσης, η διαπίστωση οποιασδήποτε πλημμέλειας του ενός μέρους ως προς την εκπλήρωση των υποχρεώσεών του από την υποκείμενη βασική σχέση. Πρέπει απεναντίας να διαπιστώνεται η ύπαρξη κάποιας αταξίας επί των εγγράφων της ενέγγυας πίστωσης. Η αταξία αυτή μπορεί να συνίσταται και σε αναληθείς δηλώσεις για ιδιότητες του εμπορεύματος, που αν περιγράφονταν ειλικρινώς θα καθιστούσαν τα εμφανισθέντα προς πληρωμή έγγραφα μη αποδεκτά. Για τη διαπίστωση της αναλήθειας των δηλώσεων επί των εγγράφων η τράπεζα δύναται και οφείλει να λάβει υπόψιν της όχι μόνο τα εμφανισθέντα έγγραφα που προβλέπονται από τους όρους της ενέγγυας πίστωσης, αλλά και όποια τυχόν άλλα έγγραφα περιέρχοντα εις γνώσιν της (π.χ. τελωνειακά έγγραφα που συνοδεύουν το εμπόρευμα, τιμολόγια του μεταφορέα που της προσκομίζονται προς πληρωμή κλπ.), καθώς και στοιχεία πέρα από τα έγγραφα που θέτει υπόψιν της οποιοδήποτε από τα εμπλεκόμενα μέρη.

4. Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει η υπ' αριθμ. **845/1993 ΜονΠρΒόλ** (ΕπισκΕΔ 1996.708). Κατά την απόφαση αυτή, στα πλαίσια της ελευθερίας των συναλλαγών είναι καταρχήν επιτρεπτό να προκύψει δικαίωμα του δανειστή να απαιτήσει και αντίστοιχη υποχρέωση του εγγυητού να δεχθεί την κατάπτωση της εγγυήσεως και την καταβολή στον δικαιούχο του οικείου χρηματικού ποσού σε πρώτη ζήτηση, ήτοι χωρίς δυνατότητα προβολής από τον εγγυητή αντιλόγου εκ της βασικής σχέσεως. Από αυτό όμως δεν συνάγεται, επισημαίνει η ανωτέρω απόφαση, ότι είναι επιτρεπτό να αποκλείεται στον πρωτοφειλέτη να επικαλεσθεί και να αποδείξει (και δη τόσο με τακτική αγωγή όσο και με αίτηση ασφαλιστικών μέτρων) ότι η υλοποίηση της σχετικής απαίτησης του δανειστή θα αποτελούσε, σε συγκεκριμένες περιπτώσεις, ενέργεια είτε ευθέως παράνομη είτε καταχρηστική κατά την έννοια του άρθρου ΑΚ 281, και έτσι να εμποδίσει την αδικαιολόγητη διάθεση και την (ενδεχομένως) οριστική απώλεια του ποσού της

εγγυήσεως. Αντιθέτως, η δυνατότητα αυτή του πρωτοφειλέτη συμβαδίζει απόλυτα με το γεγονός ότι με την περί εγγυητικής επιστολής σύμβαση δεν δημιουργείται αφηρημένη και ανεξάρτητη από τη βασική σχέση ενοχή, αλλά η εντολή που δίδεται στον εγγυητή και η υποχρέωση που αναλαμβάνεται από αυτόν, αποβλέπει στην εξασφάλιση ενδεχόμενης απαίτησης, η οποία προέρχεται ακριβώς από τη σχέση του πρωτοφειλέτη και του δανειστή του και η οποία λογικά προϋποτίθεται όχι μόνο υπαρκτή και ενεργός αλλά και κινδυνεύουσα ώστε να είναι αναγκαία η κίνηση του μηχανισμού που τη διασφαλίζει, ήτοι η κατάπτωση της εγγυήσεως.

Στη συγκεκριμένη υπόθεση είχε εκδοθεί εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης σύμβασης διεθνούς πώλησης εμπορευμάτων. Ο πωλητής, ενώ είχε συμφωνήσει να πωλήσει 2.600 τόνους, απέστειλε αρχικά μόνο 2.454, για τους οποίους και πληρώθηκε μέσω ενέγγυας πιστώσεως. Στη συνέχεια έθεσε στη διάθεση του αγοραστή και τους υπόλοιπους 146 τόνους, τους οποίους όμως ο αγοραστής από δική του υπαιτιότητα φέρεται ότι δεν αποδέχθηκε. Ο αγοραστής, προφανώς θεωρώντας αντισυμβατική τη παροχή του πωλητή, επεδίωξε να εισπράξει δύο εγγυητικές επιστολές καλής εκτέλεσης που είχαν εκδοθεί για συνολικό ποσό 274.700 δολ. ΗΠΑ. Το δικαστήριο υπολογίζοντας, με βάση τη συνομολογημένη τιμή πώλησης ανά τόνο εμπορεύματος, ότι η ενδεχόμενη ζημία του αγοραστή για την ελλείπουσα ποσότητα των 146 τόνων που, ίσως, δεν τέθηκαν εγκαίρως στη διάθεσή του, δεν ξεπερνούσε το ποσό των 60.000 δολ. ΗΠΑ, έκρινε τη δήλωση καταπτώσεως καταχρηστική ως προς το επιπλέον.

5. Την αντίθετη άποψη, ότι δηλαδή ο οφειλέτης δεν μπορεί να παρεμβληθεί στη σχέση μεταξύ τράπεζας-λήπτη και να αποτρέψει την πληρωμή, υιοθετεί η υπ' αριθμ. **32577/1999 ΜονΠρΑθ** (ΕΕμπΔ 2000.301). Σύμφωνα με την απόφαση αυτή, η τράπεζα στην εγγυητική επιστολή δηλώνει ανεπιφύλακτα ότι, κατόπιν αιτήσεως του δανειστή, προς τον οποίο και απευθύνεται η εγγυητική επιστολή, θα πληρώσει προς αυτόν χρηματικό ποσό αντί του πρωτοφειλέτη, υπέρ του οποίου η εγγύηση, παραιτούμενη, όπως άλλωστε έχει δικαίωμα (ΑΚ 361), των μη προσωποπαγών ενστάσεων που πηγάζουν από τη σχέση αξίας,

καθώς και της ενστάσεως διζήσεως. Έτσι, νόμιμα ο δανειστής, εφόσον επικαλείται περίπτωση καταπτώσεως της εγγυήσεως, μπορεί να επιδιώξει την είσπραξη του ποσού αυτής από την εγγυήτρια τράπεζα, χωρίς ο πρωτοφειλέτης να μπορεί στην περίπτωση αυτή να παρεμβληθεί, αφού δεν συμμετέχει στην εξωτερική έννομη σχέση της εγγυήσεως και, αφού αντιτάξει αν αντιτάξει και κατά συνέπεια μη συνδρομή των λόγων κατάπτωσης της εγγυήσεως που επικαλείται ο δανειστής, να παρακωλύσει την πληρωμή. Αντίθετη εκδοχή, η οποία αναγνωρίζει στον πρωτοφειλέτη τη δυνατότητα να παρακωλύει, προβάλλοντας τους παραπάνω λόγους, την πληρωμή της εγγυητικής επιστολής, δεν μπορεί να γίνει δεκτή όχι μόνο επειδή αναγνωρίζει ενεργό συμμετοχή του προσώπου αυτού στην συνδέουσα τον εγγυητή με τον δανειστή έννομη σχέση, στην οποία αυτός παραμένει νομικά ξένος, αλλά και γιατί μία τέτοια άποψη θα συνεπαγόταν τον κλονισμό της συναλλακτικής πίστης γύρω από τις εγγυητικές επιστολές και θα ανέτρεπε το σκοπό της καθιερώσεως από την πρακτική του είδους και του τύπου αυτού της εγγυήσεως. Ο εντολέας όμως της τράπεζας και πρωτοφειλέτης έχει τη δυνατότητα μεταγενέστερα να στραφεί δικαστικά κατά του λήπτη και να απαιτήσει το ποσό της εγγυητικής επιστολής ως αχρεωστήτως καταβληθέν καθώς ότι και κάθε ζημία που αυτός υπέστη από την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής (όμοια και η ΜονΠρΑθ 32743/1999).

6. Την ίδια στάση ακολουθεί και η υπ' αριθμ. **883/2001 ΜονΠρΒόλ** (ΔΕΕ 2001.623, ΕΕμπΔ 2001.301) η οποία δέχεται ότι ο οφειλέτης δεν μπορεί να εμποδίσει τη κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής. Έχει όμως το δικαίωμα να αναζητήσει από το δανειστή όσα πλήρωσε η εγγυήτρια τράπεζα, τα οποία θα υποχρεωθεί αναγκαστικά να αποδώσει σε αυτή, καθώς και την ανόρθωση κάθε άλλης ζημίας του, εφόσον βέβαια επικαλεσθεί και αποδείξει ότι ο δανειστής ζήτησε και έλαβε την εγγύηση ενώ δεν συνέτρεχε νόμιμος λόγος κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής. Εφόσον λοιπόν ο οφειλέτης δεν έχει τέτοιο ουσιαστικό δικαίωμα δεν μπορεί να ζητήσει και τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων λ.χ. τη μεσεγγύηση της εγγυητικής επιστολής ή την προσωρινή ρύθμιση της καταστάσεως με την απαγόρευση αφενός μεν προς την

τράπεζα να πληρώσει, αφετέρου δε προς τον δανειστή να εισπράξει. Η αντίθετη άποψη, που αναγνωρίζει στον οφειλέτη δυνατότητα επέμβασης στη σχέση τράπεζας-λήπτη, δεν είναι δογματικά ορθή, αφού ο οφειλέτης είναι τρίτος στις σχέσεις εγγυητή-δανειστή, και οδηγεί τελολογικά σε αδιέξοδο, αφού ένα τέτοιο ρήγμα θα προκαλέσει κλονισμό της συναλλακτικής πίστης που απορρέει από τις εγγυητικές επιστολές και την ανατροπή του σκοπού, στον οποίο αποβλέπει το ιδιαίτερο είδος της εγγυητικής επιστολής σε πρώτη ζήτηση.

7. Ιδιαίτερως εμπεριστατωμένη νομική επιχειρηματολογία διαθέτει η υπ' αριθμ. **8320/1989 ΕφΑθ** (ΕΕμπΔ 1991.45). Το ζήτημα που κλήθηκε να απαντήσει η απόφαση αυτή αφορούσε το κατά πόσον ήταν καταχρηστική η δήλωση καταπτώσεως που αποσκοπούσε στην είσπραξη εγγυητικής επιστολής, η οποία εκδόθηκε για τη διασφάλιση της επιστροφής προκαταβολής που έλαβε εργολάβος για την εκτέλεση τεχνικού έργου, στην περίπτωση που η υποκείμενη βασική σχέση ανάθεσης της εκτέλεσης του έργου έπασχε από ακυρότητα. Το δικαστήριο υιοθέτησε καταρχήν την άποψη ότι η αυτονομία της εγγυητικής επιστολής δεν ανατρέπει ούτε τον εξασφαλιστικό σκοπό της ούτε τον παρεπόμενο χαρακτήρα της προς ορισμένη υποκείμενη βασική σχέση ούτε τη δυνατότητα να ελεγχθεί η δήλωση κατάπτωσης με τις ΑΚ 281 και 288. Επεσήμανε όμως ότι, παράλληλα με τον εξασφαλιστικό σκοπό, η εγγυητική επιστολή αποσκοπεί εξίσου και στην άμεση είσπραξη του οικείου ποσού, χωρίς την ανάγκη να προηγηθεί δικαστική διάγνωση και ταυτόχρονα χωρίς η άμεση είσπραξη να μπορεί να ανατραπεί από αντιρρήσεις, αμφιβολίες ή δικαστικά μέτρα. Στη συνέχεια το δικαστήριο παρατήρησε ότι περίπτωση καταχρήσεως υπάρχει και όταν ο δανειστής προβαίνει σε δήλωση καταπτώσεως επικαλούμενος ως λόγο κατάπτωσης περιστατικά που δεν συνιστούν λόγο κατάπτωσης κατά τους όρους της εγγυητικής επιστολής. Το τι συνιστά λόγο κατάπτωσης σε κάθε περίπτωση κρίνεται κατά τους όρους της εγγυητικής επιστολής και μόνο με βάση αυτούς. Από το σώμα της επίδικης εγγυητικής επιστολής προέκυπτε ότι σε λόγο κατάπτωσης είχε αναχθεί μόνο η αντισυμβατική εκτέλεση του έργου από τον εργολάβο και η πλημμελής εκπλήρωση των συμβατικών του

υποχρεώσεων, όχι δε και η ακυρότητα της υποκείμενης βασικής σχέσης ή άλλοι γενικοί λόγοι παρόμοιας φύσης. Κρίθηκε μάλιστα ότι η αρχή της αυστηρής ερμηνείας των όρων της εγγυητικής επιστολής που απορρέει από την αρχή της αυτονομίας δεν επιτρέπει τη διασταλτική ερμηνεία των όρων της εγγυητικής επιστολής ώστε να αναχθεί ερμηνευτικά σε λόγο κατάπτωσης και η περίπτωση της ακυρότητας της υποκείμενης βασικής σχέσης. Με αυτό το σκεπτικό το δικαστήριο απεφάνθη ότι ο δανειστής ζητούσε την είσπραξη της εγγυητικής επιστολής για λόγο μη προβλεπόμενο ως λόγο κατάπτωσης και συνεπώς η εγγυήτρια τράπεζα όφειλε να μην τον πληρώσει.

8. Η υπ' αριθμ. **374/1998 ΜονΠρΑθ** (ΕλλΔνη 1998.1691) δέχεται καταρχήν ότι ο πρωτοφειλέτης δεν μπορεί να επέμβει στη σχέση τράπεζας-λήπτη και να αμφισβητήσει το λόγο κατάπτωσης εμποδίζοντας έτσι την καταβολή του ποσού της εγγυητικής επιστολής στον λήπτη. Από αυτό συνάγεται ότι ο πρωτοφειλέτης δεν δικαιούται να ζητήσει με λήψη ασφαλιστικών μέτρων οιαδήποτε προστασία επαγομένη παρακώλυση της πληρωμής, δια της απαγορεύσεως ή αναστολής πληρωμής και είσπραξης της δια της εγγυητικής επιστολής παρεχόμενης εγγυήσεως, ή δια δικαστικής μεσεγγυήσεως της επιστολής. Η ως άνω όμως απόφαση αναγνωρίζει, κατ' εξαίρεση, πεδίο εφαρμογής των διατάξεων των άρθρων 281 και 288 ΑΚ, προς παρεμπόδιση είσπραξης των εγγυητικών τραπεζικών επιστολών υπό αυστηρές προϋποθέσεις, όπως στην περίπτωση που από έγγραφο προκύπτει κατά τρόπο αξιόπιστο και αναμφισβήτητο ότι εξέλιπε οριστικά η αιτία για την οποία χορηγήθηκε η εγγύηση αυτή, ή όταν τούτο βεβαιωθεί δικαστικά, γιατί σε μία τέτοια περίπτωση δεν δικαιολογείται, ούτε από το σκοπό της εγγυητικής επιστολής η ικανοποίηση του δανειστή. Τέλος, έκρινε ότι η ένσταση της απαράδεκτης ασκήσεως δικαιώματος (ΑΚ 281) ανήκει στις ενστάσεις από το περιεχόμενο της υπόσχεσης πληρωμής (εγγυητικής επιστολής) που παραδεκτά προβάλλονται κατά του δανειστή από την εγγυήτρια τράπεζα, αφού η τελευταία δεν προβάλλει ένσταση από τη βασική σχέση, πράγμα που απαγορεύεται. Πανομοιότυπο, με το ανωτέρω,

σκεπτικό παρουσιάζει και η υπ' αριθμ. **250/1999 ΠολΠρΒερ** (Αρμενόπουλος 2000.376), η οποία δέχεται ακριβώς τα ίδια πράγματα.

9. Την άποψη, ότι ο οφειλέτης παραμένει νομικά ξένος στην δημιουργούμενη μεταξύ τράπεζας και λήπτη έννομη σχέση και κατά συνέπεια δεν δύναται να παρέμβει και να εμποδίσει τη κατάπτωση και τη καταβολή του ποσού της εγγυητικής επιστολής, ακολουθούν επίσης και οι υπ' αριθμ. **2756/1991 ΠολΠρΘεσ** (Αρμενόπουλος 1992.714), **6363/1991 ΜονΠρΑθ** (Αρμενόπουλος 1991.663), **9790/1992 ΜονΠρΑθ** (ΕΕμπΔ 1992.552), **2442/1992 ΜονΠρΘεσ** (ΕλλΔνη 1992.1508), **24784/1995 ΜονΠρΑθ** (ΔΕΕ 1996.176), **4758/1995 ΕφΑθ** (ΕΕμπΔ 1995.583), **16888/1996 ΜονΠρΑθ** (ΕΕμπΔ 1998.49), **1683/1997 ΜονΠρΠατρ** (ΔΕΕ 1997.1184). Εξαιτίας αυτού, δέχονται οι ως άνω αποφάσεις, ο οφειλέτης δεν νομιμοποιείται να ζητήσει τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων προκειμένου να παρακωλύσει την καταβολή του ποσού στον λήπτη και συνεπώς η σχετική αίτηση είναι μη νόμιμη. Το μόνο που μπορεί να κάνει ο οφειλέτης είναι να στραφεί εναντίον του δανειστή του και να αναζητήσει, μετά την πληρωμή, ότι ο τελευταίος εισέπραξε χωρίς νόμιμη αιτία, η αναζήτηση δε αυτή θα γίνει σύμφωνα με τις διατάξεις περί αδικαιολογήτου πλουτισμού, οι οποίες και μόνο προσήκουν. Η υπ' αριθμ. 9790/1992 ΜονΠρΑθ δέχεται ότι τα ως άνω αναφερόμενα ισχύουν για τις εγγυητικές επιστολές σε πρώτη ζήτηση και ότι άλλως έχει το θέμα σε περίπτωση κατά την οποία η εγγυητική επιστολή χορηγήθηκε υπό όρο, γιατί στην περίπτωση αυτή η τράπεζα αναλαμβάνει την υποχρέωση καταβολής του ποσού υπό όρο, η πλήρωση του οποίου αποτελεί απαραίτητη προϋπόθεση για τη κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής, εντεύθεν δε και για τη καταβολή του ποσού αυτής εκ μέρους της εγγυήτριας τράπεζας.

Στο σημείο αυτό αξίζει να αναφέρουμε πώς αντιμετωπίζει το ζήτημα της καταχρηστικής κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής η Σύμβαση των Ηνωμένων Εθνών του 1995 για τις εγγυητικές επιστολές σε πρώτη ζήτηση, τις αυτόνομες εγγυήσεις (independent guarantees) και stand by letters of credit.

Στο άρθρο 3 της ως άνω Σύμβασης αναφέρεται ρητά ότι οι εγγυητικές αυτές επιστολές είναι αυτόνομες από τη βασική σχέση που εξυπηρετούν και ότι δεν εξαρτάται η εγκυρότητά τους από την ύπαρξη ή ακυρότητα της βασικής σχέσης και από άλλους όρους, εκτός αν αυτοί είναι σαφείς και περιέχονται στα έγγραφα.

Σύμφωνα με το άρθρο 19, η τράπεζα δικαιούται να αρνηθεί τη πληρωμή όταν το αίτημα κατάπτωσης, ενόψει του τύπου και του σκοπού της υποχρέωσης της τράπεζας από την εγγυητική επιστολή, στερείται λογικής βάσης. Το πραγματικό αυτό εξειδικεύεται σε πέντε υποπεριπτώσεις και συγκεκριμένα στις εξής:

α) το συμβάν ή ο κίνδυνος, που εξασφαλίζεται με την εγγυητική επιστολή, αδιαμφισβήτητα δεν έχει επέλθει.

β) η υποχρέωση του εντολέα-πρωτοφειλέτη, για την οποία έχει παρασχεθεί η εγγυητική επιστολή, έχει αναγνωρισθεί με απόφαση δικαστηρίου ή διαιτητική απόφαση ως ανίσχυρη.

γ) η υποχρέωση, σε εξασφάλιση της οποίας έχει δοθεί η εγγυητική επιστολή, έχει αδιαμφισβήτητα εκπληρωθεί.

δ) η εκπλήρωση της ασφαλιζόμενης υποχρέωσης εμποδίστηκε αποκλειστικά από συμπεριφορά του λήπτη της εγγυητικής επιστολής εκ προθέσεως.

ε) στην περίπτωση της αντεγγύησης (counter guarantee), ο λήπτης της αντεγγύησης εκπλήρωσε την υποχρέωσή του από τη κύρια εγγυητική επιστολή χωρίς λόγο και με κακή πίστη.

Τέλος, στο άρθρο 20 (με τον τίτλο «δικαστικά προσωρινά μέτρα») προβλέπεται η δυνατότητα του εντολέα να ζητήσει με αίτηση ασφαλιστικών μέτρων να μην πληρωθεί ο λήπτης και να παραλείψει η τράπεζα τη πληρωμή της εγγυητικής επιστολής, εφόσον συντρέχει εφαρμογή του άρθρου 19 και αν υπάρχουν άμεσες ισχυρές αποδείξεις.

Εγγυητική επιστολή με ρήτρα πληρωμής «σε πρώτη ζήτηση» και ευθύνη τράπεζας για μη ανανέωση²⁴⁶

Τραπεζική ευθύνη προστασίας συμφερόντων πελάτη και venire contra factum proprium. Καλή πίστη ως παραγωγικός λόγος ενοχής της τράπεζας και κατάχρηση δικαιώματος σε περίπτωση κλεισίματος αλληλόχρεου λογαριασμού. Ευθύνη τράπεζας για μη ανανέωση εγγυητικής επιστολής.

A. Ιστορικό – Ερώτημα

I. Εργοληπτική εταιρία (εταιρία) ανέλαβε το 1960 την εκτέλεση έργου οδοποιίας στην Λιβύη μήκους 625 χιλιομέτρων και προϋπολογισμού 220.000.000 δολ. ΗΠΑ. Στη σχετική σύμβαση, η οποία υπεγράφη μεταξύ αυτής και του Λιβυκού Δημοσίου, περιελήφθη όρος σύμφωνα με τον οποίο η εταιρία όφειλε να προσκομίσει εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης του έργου. Ειδικότερα συμφωνήθηκε, ότι η εγγυητική επιστολή «θα έχει ισχύ για τη συνολική περίοδο της εκτελέσεως της συμβάσεως και μέχρι την τελική παραλαβή του έργου σύμφωνα με το άρθρο 50 της παρούσης». Σε εκτέλεση του όρου αυτού η εταιρία, κατόπιν σχετικών διαπραγματεύσεων, συμφώνησε με την τράπεζα Χ (στο εξής τράπεζα) να εκδώσει η τελευταία εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης υπέρ του Λιβυκού Δημοσίου.

II. Η σχετική συμφωνία που δεν καταρτίσθηκε εγγράφως, εξελίχθηκε ως εξής:

1. Η τράπεζα εξέδωσε πράγματι (6) εγγυητικές επιστολές προς την μεσολαβούσα τράπεζα της Λιβύης L BANK. Οι εγγυητικές επιστολές ήταν περιορισμένης χρονικής διάρκειας (μηνών ή έτους) και ανανεώνονταν διαδοχικά μέχρι το 1986. Κατά τους ισχυρισμούς της εταιρίας, η τράπεζα εγγυήθηκε στην L BANK ότι μέχρι την παράδοση του έργου, με την έκδοση μίας εγγυητικής επιστολής εφάπαξ για όλο το έργο (και τη διάρκειά του), αλλά με περιορισμένης διάρκειας ανανεούμενες εκάστοτε, εγγυητικές επιστολές. Και τούτο διότι αφενός μεν υπήρχε δυνατότητα τμηματικής παράδοσης του έργου και επομένως αντίστοιχης αποδέσμευσης της τράπεζας, αφετέρου δε για να μην καταβάλλεται μεγάλη προμήθεια στην τράπεζα.

2. Το 1986 η τράπεζα αρνήθηκε να ανανεώσει τις ως άνω εγγυητικές επιστολές με την αιτιολογία ότι η εταιρία «...είχε αθετήσει επανειλημμένες

²⁴⁶ Γνωμοδότηση, ΔΕΕ 1995, σ. 369 επ.

υποσχέσεις για την εξυπηρέτηση χρηματοδοτήσεων της και την επιστροφή εγγυητικών επιστολών». Στη σχετική επιστολή η τράπεζα σημείωνε ότι «δεν αποκλείει την παράταση των εγγυήσεων, αρκεί να διασφαλισθεί απολύτως η εκπλήρωση των υποχρεώσεών σας, που απετέλεσαν την προϋπόθεση για την έκδοση των εγγυητικών επιστολών μας».

3. Η εταιρία ισχυρίζεται ότι είχε παράσχει κατά τον χρόνο άρνησης ανανέωσης των εγγυητικών επιστολών επαρκείς εγγυήσεις για την κάλυψη όλων των απαιτήσεων της τράπεζας. Ειδικότερα:

α. Είχε μεταβιβασθεί, καταπιστευτικώς, προς την τράπεζα η κυριότητα όλων των μηχανημάτων της, που βρίσκονταν στη Λιβύη.

β. Είχε εκχωρηθεί προς την τράπεζα η απαίτηση της εταιρίας από τις πιστοποιήσεις για το ήδη συντελεσθέν έργο, η οποία ανερχόταν στο ποσό των\$ ΗΠΑ.

γ. Κατά τον Σεπτέμβριο του 1986 (κρίσιμος χρόνος) είχε εκτελεσθεί από την εταιρία το 86,50% του όλου έργου και οι κίνδυνοι ήταν ως εκ τούτου μειωμένοι.

δ. Είχε επιστραφεί στην τράπεζα το 80% των ήδη εκδοθεισών εγγυητικών επιστολών ύψους\$ ΗΠΑ.

ε. Υπήρξε κάλυμμα στην τράπεζα Λονδίνου επ' ονόματι της εταιρίας, ως πρόσθετη ασφάλεια, ποσού\$ ΗΠΑ.

στ. Δεδομένου ότι η πληρωμή του έργου γινόταν εν μέρει εις είδος (πετρέλαιο), κατά την άρνηση ανανέωσης των εγγυητικών επιστολών ήταν στη διάθεση της εταιρίας πετρέλαιο αξίας\$ ΗΠΑ, η εκποίηση του οποίου από την τράπεζα θα οδηγούσε σε ισόποση πίστωση του λογαριασμού της.

4. Η συμμετοχή της τράπεζας στο συγκεκριμένο οικονομικό πρόγραμμα της εταιρίας δεν εκδηλώθηκε μόνο με την έκδοση των εγγυητικών επιστολών αλλά και με διαρκή παρακολούθηση του έργου έχοντας υποδείξει μάλιστα και συγκεκριμένους υπεργολάβους, από υπαιτιότητα των οποίων σημειώθηκε και καθυστέρηση του έργου.

III. Ενόψει των ανωτέρω ερωτάται αν δημιουργείται ευθύνη της τράπεζας για μη ανανέωση των εγγυητικών επιστολών για τη ζημία που υπέστη ο πελάτης από την μη ανανέωση.

B. Απάντηση

I. Η εγγυητική επιστολή δημιουργεί αυτόνομη σχέση μεταξύ της τράπεζας και του δανειστή, ανεξάρτητη από τη σχέση που υπάρχει μεταξύ του εντολέα (οφειλέτη) και της τράπεζας, βάσει της οποίας η τράπεζα αναλαμβάνει την υποχρέωση για την έκδοση των εγγυητικών επιστολών. Εφαρμόζονται στη σχέση αυτή οι ΑΚ 281, 288, η εφαρμογή των οποίων δεν μπορεί να αποκλεισθεί με συμφωνία.

Αν αποδεικνύεται ότι μεταξύ της εταιρίας και της τράπεζας είχε καταρτισθεί σύμβαση του περιεχομένου ότι η τράπεζα θα εξέδιδε εγγυητικές επιστολές ισχύος μέχρι την οριστική παράδοση του έργου, τότε η τράπεζα έχει κύρια συμβατική υποχρέωση για την έκδοση ανάλογων εγγυητικών επιστολών. Η παράβαση αυτή της υποχρέωσης δημιουργεί για την τράπεζα συμβατική ευθύνη (ΑΚ 335επ.), επομένως και ευθύνη της προς αποζημίωση σε περίπτωση υπερημερίας.

II. Ζήτημα τίθεται αν μπορεί να θεμελιωθεί ευθύνη της τράπεζας για τη μη ανανέωση των εγγυητικών επιστολών στην περίπτωση που δεν αποδεικνύεται ότι καταρτίσθηκε μία ενιαία σύμβαση για έκδοση εγγυητικών ή εγγυητικής επιστολής μέχρι την αποπεράτωση του έργου. Μία τέτοια ευθύνη θα μπορούσε στην περίπτωση αυτή να αναζητηθεί στο πλαίσιο της εφαρμογής των ΑΚ 281 και 288, δηλ. με βάση την αρχή της καλής πίστης και μάλιστα ευθύνη είτε ενδοσυμβατική είτε αδικοπρακτική. Ειδικότερα:

1. Στην ελληνική νομολογία φαίνεται να επικρατεί η άποψη ότι για την εφαρμογή της ΑΚ 288 προϋποτίθεται η ύπαρξη έγκυρης ενοχής, ενώ η ΑΚ 281 δεν μπορεί να οδηγήσει, κατ' αρχήν, σε υποχρέωση προς κατάρτιση σύμβασης, διότι, κατά τη νομολογία, φυσικές ευχέρειες ή ελευθερίες, όπως είναι και η ελευθερία για την κατάρτιση ή μη κατάρτιση συμβάσεως, δεν ελέγχονται από την ΑΚ 281. Δέχεται όμως η νομολογία ότι, εφόσον υπάρχει ενοχική σχέση, η καλή πίστη επιβάλλει τη σύμφωνη με τους κανόνες της ευθύτητας και εντιμότητας, εξέλιξη, διόρθωση και συμπλήρωσή της²⁴⁷. Πρόκειται δηλ. για προσυμβατικές ή μετασυμβατικές υποχρεώσεις από την καλή πίστη²⁴⁸. Ακόμη γίνεται δεκτό ότι για την εφαρμογή της ΑΚ 288 αρκεί και

²⁴⁷ ΑΠ 1537/91, ΕΛΛΔικ 1993 σ. 318, ΑΠ 1064/72, ΝοΒ 21.629, ΟλομΑΠ 567/58, ΕΕΝ 25 σ. 947.

²⁴⁸ Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, Ι, έκδ. β', 1993, σ. 83 και έκδ. α', 1978, σ. 133-134.

οποιοσδήποτε άλλος νομικός δεσμός μεταξύ δύο προσώπων²⁴⁹. Εκεί που, πράγματι, σημειώνεται ουσιώδης απόκλιση από τη θέση της νομολογίας είναι στο σημείο ότι, κατά την επιστήμη, ελεγκτές είναι κατά την ΑΚ 281 και οι φυσικές ευχέρειες ή ελευθερίες και όχι μόνο τα υπό τεχνική έννοια δικαιώματα²⁵⁰.

2. Υπό την εκδοχή ότι οι διαδοχικές ανανέώσεις των επιστολών του ερωτήματος δεν στηρίζονται σε μία ενιαία σύμβαση μεταξύ εταιρίας και τράπεζας αλλά σε αντίστοιχες επιμέρους συμβάσεις μεταξύ τους, δεν μπορεί να αμφισβητηθεί ότι μεταξύ τράπεζας και εταιρίας υφίσταται μέχρι το χρονικό σημείο της μη ανανέωσης ένας νομικός δεσμός, από την ταυτότητα και ένταση του οποίου εξαρτάται η κατά την καλή πίστη θεμελίωση υποχρέωσης της τράπεζας για περαιτέρω ανανέωση των εγγυητικών επιστολών.

Δεν αμφισβητείται ότι η καλή πίστη μπορεί κατά τις περιστάσεις να δημιουργεί αυξημένες υποχρεώσεις της τράπεζας έναντι του πελάτη της στο πλαίσιο είτε πιστωτικής σύμβασης είτε άλλης τραπεζικής συναλλαγής²⁵¹.

α. Η ελληνική νομολογία, εξειδικεύοντας τα κριτήρια της ΑΚ 281, έχει δεχθεί ότι το δικαίωμα της τράπεζας να κλείνει τον μεταξύ αυτής και του πελάτη της αλληλόχρεο λογαριασμό ασκείται καταχρηστικά, δηλ. αντίθετα προς την καλή πίστη, όταν (α) ο λογαριασμός αυτός κλείνει χωρίς συμφέρον της τράπεζας και (β) το κλείσιμο του λογαριασμού επιφέρει σημαντική ζημία στον πελάτη²⁵². Στο ίδιο αποτέλεσμα καταλήγει και η θεωρία²⁵³. Σημειώνεται εδώ ότι το κλείσιμο ενός αλληλόχρεου λογαριασμού, συνεπαγόμενο διακοπή της πίστωσης, δεν διαφέρει πολύ από τη μη ανανέωση (χρονική) εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης έργου που ανέλαβε ο οφειλέτης, αφού και στη δεύτερη περίπτωση πρόκειται ουσιαστικά για μία έμμεση χρηματοδότηση – πίστωση της τράπεζας προς τον πελάτη. Αυτό φαίνεται άλλωστε και στην υπόθεση της ΑΠ 1153/76, κατά την οποία η – κριθείσα ως καταχρηστική

²⁴⁹ Σταθόπουλος, έκδ. α', σ. 118.

²⁵⁰ Βλ. χαρακτηριστικά Γεωργιάδη στον ΑΚ Γεωργιάδη-Σταθόπουλου, άρθρο 281 αρ. 5 με περαιτέρω παραπομπές.

²⁵¹ Βλ. γενικά για το ζήτημα *Κοτσίρη*, Προβλήματα αστικής ευθύνης τραπεζών έναντι τρίτων κατά την άσκηση της πιστωτικής λειτουργίας, εις Αφιέρωμα εις Κ. Ρόκαν, 1985, σ. 257 επ.

²⁵² ΑΠ 1153/76, ΕΕμπΔ 1977 σ. 552-553 = ΕΕΝ 1977 σ. 362 = ΝοΒ 1977 σ. 700, ΜΠρΞάνθης 434/1985, ΕΕμπΔ 1985 σ. 636-639 το οποίο καταφάσκει την εφαρμογή της ΑΚ 281 ακόμη και χωρίς «σημαντική» ζημία για τον πελάτη.

²⁵³ Σούρλος. Το Δίκαιον του αλληλόχρεου λογαριασμού, 1975, § 142, *Μάζης* Εμπράγματοι εξασφάλιση τραπεζών και ανωνύμων εταιριών, έκδ. β', 1993, σ. 68, σημ. 43.

διακοπή της πίστωσης (με το κλείσιμο του λογαριασμού) έγινε λίγο πριν την οριστική αποπεράτωση έργου του πελάτη που είχε ξεκινήσει και προχωρήσει με το δάνειο. Και στην περίπτωση μη παράτασης εγγυητικών επιστολών καλής εκτέλεσης έργου και στην περίπτωση διακοπής της πίστωσης που χορηγείται για το έργο, το αποτέλεσμα για τον πελάτη είναι ότι διακόπτεται η χρηματοδότηση και έτσι κινδυνεύει η ολοκλήρωσή του.

β. Ο Απ. Γεωργιάδης²⁵⁴ δέχεται συναφώς ότι αποτελεί δικαίωμα του οφειλέτη να ζητήσει, κατά τις ΑΚ 288, 388, «τη μεταβολή του περιεχομένου της παροχής του και ιδίως τη χορήγηση διευκολύνσεων για την εξόφληση της οφειλής του», αυτό δε συνεπάγεται «αντίστοιχη υποχρέωση της τράπεζας να παράσχει τις εν λόγω διευκολύνσεις. Εντούτοις, η υποχρέωση αυτή υφίσταται μόνο με τον περιορισμό ότι η παροχή διευκολύνσεων δεν εκθέτει σε κίνδυνο τα έννομα συμφέροντα της τράπεζας και ιδίως στον κίνδυνο να μείνει ανικανοποίητη η απαίτησή της κατά του οφειλέτη.

γ. Υπό τη γενική προϋπόθεση ότι δεν βλάπτεται το συμφέρον της τράπεζας, όπως π.χ. όταν υπάρχει επαρκής εξασφάλισή της²⁵⁵, η υποχρέωση της τράπεζας για ανανέωση πιστώσεων καταφάσκει στη θεωρία στην περίπτωση που η τράπεζα με την προηγούμενη συμπεριφορά της είχε δημιουργήσει στον πελάτη αντίθετη εντύπωση (αρχή του *venire contra factum proprium*) καθώς και στην περίπτωση απειλούμενης υπερβολικής ζημίας του πελάτη λόγω διακοπής της πίστωσης.

1γ. Ειδικότερα η απαγόρευση του *venire contra factum proprium* συνεπάγεται υποχρέωση της τράπεζας να συνεχίσει την παροχή πιστώσεων - και την εντεύθεν υποχρέωσή της να αποκαταστήσει τη ζημία του πελάτη - ο οποίος δικαιολογημένα πιστεύει στη συνέχιση της πιστωτικής ροής στις ακόλουθες ενδεικτικά περιπτώσεις²⁵⁶:

(α) Σε περίπτωση ισχυρής εξάρτησης του πιστούχου από την τράπεζα, η οποία υφίσταται όταν π.χ. η τράπεζα έχει επιβαρύνει προς εξασφάλισή της όλα τα περιουσιακά στοιχεία του πελάτη ή το πιο σημαντικό τμήμα τους, κατά τρόπο ώστε είναι πλέον ουσιαστικά αδύνατο για τον πελάτη να στραφεί προς άλλες πηγές πίστωσης (πρβλ. άρθρο 2 § 2 ν. 703/77).

²⁵⁴ Γεωργιάδης, ΝοΒ 40, σ. 490.

²⁵⁵ Βλ. Canaris, σ. 131.

²⁵⁶ Canaris, σ. 125.

(β) Σε περίπτωση που υπάρχει στενή σχέση μεταξύ της πίστωσης και ενός συγκεκριμένου επιχειρηματικού σχεδίου του πιστολήπτη, δικαιολογείται η εμπιστοσύνη του πελάτη ότι η τράπεζα θα τον χρηματοδοτήσει για την ολοκλήρωση του σχεδίου.

2γ. Η απαγόρευση υπέρμετρης ζημίας (*inciviliter agere*) του πελάτη σημαίνει ότι απαγορεύεται, με βάση την αρχή της καλής πίστης, στην τράπεζα να αρνηθεί περαιτέρω πίστωση στον πελάτη όταν, με δεδομένη τη μη βλάβη των συμφερόντων της, από τη διακοπή της πίστωσης απειλείται για τον πιστολήπτη ιδιαίτερα μεγάλη ζημία²⁵⁷. Τούτο συμβαίνει π.χ. όταν απαιτείται μία τελική χρηματοδότηση για την ολοκλήρωση ενός έργου, η μη ολοκλήρωση του οποίου οδηγεί σε σοβαρή ζημία του πελάτη.

δ. Η πιο πάνω ανάλυση οδηγεί στο συμπέρασμα ότι η καλή πίστη μπορεί κατά τις συνθήκες της συγκεκριμένης περίπτωσης να θεμελιώσει ευθύνη της τράπεζας για συνέχιση της χρηματοδότησης ή την παροχή άλλων τραπεζικών διευκολύνσεων (όπως για ανανέωση εκδοθεισών εγγυητικών επιστολών), όταν οι ενέργειες αυτές δεν εκθέτουν σε κίνδυνο τα συμφέροντά της, αντιθέτως δε οδηγούν σε μη εύλογη, ενόψει των συγκεκριμένων σχέσεων της με τον πελάτη, ζημία του. Αυτό ισχύει ιδιαίτερα, όταν η άρνηση της τράπεζας δεν δικαιολογείται από τη μέχρι τώρα συμπεριφορά της (*venire contra factum proprium*) απέναντι στον πελάτη.

3. Κρίσιμα, κατά τα δεδομένα του ερωτήματος και ενόψει των πιο πάνω ερμηνευτικών δεδομένων, περιστατικά για τη θεμελίωση υποχρέωσης της τράπεζας προς ανανέωση των εγγυητικών επιστολών, σύμφωνα με την καλή πίστη, είναι τα ακόλουθα:

α. Η τράπεζα είχε ανανεώσει επανειλημμένα επί 9 περίπου έτη τις εγγυητικές επιστολές.

β. Η τράπεζα γνώριζε από την αρχή ότι η σύμβαση της εταιρίας με το Λιβυκό Δημόσιο αξίωνε από την εταιρία την προσκόμιση εγγυητικών επιστολών καλής εκτέλεσης του έργου, οι οποίες θα επιστρέφονταν με την αποπεράτωση του έργου. Αυτό αποτελούσε και το βασικό σκοπό της σύμβασης, ενιαίας ή εκάστοτε καταρτιζόμενης, μεταξύ εταιρίας και τράπεζας. Χαρακτηριστικό της συμμετοχής της στο πρόγραμμα αυτό αποτελεί, κατά τα

²⁵⁷ *Canaris*, σ. 130.

δεδομένα του ερωτήματος, και το ότι η τράπεζα υπέδειξε στην εταιρία υπερβολάβους για την ολοκλήρωση του έργου, το οποίο εξαιτίας περιστατικών που αφορούσαν αυτούς τους υπερβολάβους (πτώχευση) καθυστέρησε. Ο σκοπός αυτός δεν μπορεί παρά να αποτελεί και κύριο άξονα ερμηνείας της σύμβασης μεταξύ τράπεζας και εταιρίας.

γ. Για την εξυπηρέτηση του οικονομικού αυτού προγράμματος (κατασκευή του έργου), στο οποίο συμμετείχε και η τράπεζα με την έκδοση των εγγυητικών επιστολών του ερωτήματος, η εταιρία είχε παράσχει στην τράπεζα μία σειρά ασφαλειών επί των περιουσιακών της στοιχείων, έτσι ώστε η αναζήτηση εγγυητικών επιστολών από άλλη τράπεζα ήταν γι' αυτήν ανέφικτη.

δ. Τέλος, ιδιαίτερη σημασία αποκτά και το γεγονός ότι υπελείπετο για την αποπεράτωση του έργου ποσοστό 13% περίπου.

4. Το σύνολο των ως άνω περιστατικών αποτελεί, κατά τη γνώμη μου, επαρκή βάση για την ανάδειξη μίας σχέσης εμπιστοσύνης μεταξύ της τράπεζας και της εταιρίας και της εύλογης, εντεύθεν, κατά την καλή πίστη (ΑΚ 288) αξίωσης της τελευταίας να ζητήσει τη συγκεκριμένη τραπεζική διευκόλυνση, δηλ. την περαιτέρω ανανέωση των εγγυητικών επιστολών. Αντίστοιχη υποχρέωση δημιουργείται για την τράπεζα προς ανανέωση των εγγυητικών επιστολών. Η μη εκτέλεση της υποχρέωσης αυτής έχει τις συνέπειες της αθέτησης συμβατικής υποχρέωσης, δηλ. και υποχρέωση προς αποζημίωση²⁵⁸.

5. Υπό τα αυτά ως άνω περιστατικά μπορεί επίσης να θεμελιωθεί και αδικοπρακτική ευθύνη της τράπεζας κατά την ΑΚ 914. Παράνομη είναι εδώ η παράλειψη της τράπεζας να ανανεώσει τις εγγυητικές επιστολές, διότι στη συγκεκριμένη περίπτωση βαρυνόταν με υποχρέωση προς ανανέωσή τους, υποχρέωση που υπαγορεύεται από την καλή πίστη και συνίσταται στην προστασία των συμφερόντων της εταιρίας.

Γ. Συμπέρασμα

Ανεξάρτητα από την ύπαρξη σύμβασης μεταξύ εταιρίας και τράπεζας για τη χορήγηση από την τελευταία εγγυητικών επιστολών μέχρι την

²⁵⁸ Βλ. Σταθόπουλου, σ. 115.

αποπεράτωση του έργου, δημιουργείται, κατά την καλή πίστη (ΑΚ 288), υποχρέωση της τράπεζας για ανανέωση των εγγυητικών επιστολών, η μη εκπλήρωση της οποίας παρέχει στην εταιρία αξίωση προς αποζημίωση υπό την προϋπόθεση ότι ήταν επαρκής η εξασφάλιση της τράπεζας.

4. Τραπεζικά Δάνεια: Προβλήματα στη διαμόρφωση των τραπεζικών επιτοκίων

Μία από τις βασικές δραστηριότητες που αναλαμβάνουν οι τράπεζες είναι η χορήγηση πιστώσεων προς τους πελάτες τους, με τις οποίες ενισχύουν προσωρινά την αγοραστική δύναμη των τελευταίων. Οι πιστώσεις αυτές μπορεί να είναι άμεσες ή έμμεσες. Άμεση είναι η πίστωση που πραγματοποιείται με την απευθείας παραχώρηση αγοραστικής δύναμης από τον πιστοδότη (εδώ ανήκει κατεξοχήν η σύμβαση δανείου), ενώ έμμεση όταν η ενίσχυση της αγοραστικής δύναμης γίνεται με την ανάληψη χρηματικής υποχρέωσης εκ μέρους του πιστοδότη έναντι του πιστολήπτη ή τρίτου (εδώ εντάσσονται οι εγγυήσεις, οι ενέγγυες πιστώσεις και οι εγγυητικές επιστολές).

Ως αντιστάθμισμα του κεφαλαίου που δανείζουν οι τράπεζες στους πελάτες τους τίθεται ο τόκος, δηλαδή το χρηματικό ποσό που οφείλεται κατά τη σύμβαση δανείου από το δανειολήπτη στο δανειοδότη για τη στέρηση του κεφαλαίου του. Επιτόκιο είναι ο μαθηματικός τρόπος υπολογισμού του ετησίου τόκου ως εκατοστιαίου ποσοστού του κεφαλαίου. Ας σημειωθεί ότι επιτόκια υπάρχουν και επί των τραπεζικών καταθέσεων.

Αρχικά τα τραπεζικά επιτόκια καθορίζονταν με κανονιστικές διοικητικές πράξεις βάσει του άρθρ. 2 § 3 του ν.δ. 588/48. Ωστόσο σταδιακά μέσα στο πλαίσιο της απελευθέρωσης των όρων λειτουργίας του τραπεζικού συστήματος, απελευθερώθηκαν και τα επιτόκια, ώστε πλέον είναι ελεύθερα διαπραγματεύσιμα. Ως εκ τούτου οι τράπεζες βαρύνονται με τις ακόλουθες υποχρεώσεις:

- (1) να εισπράττουν μόνο τόκους και όχι προμήθεια από δάνεια των οποίων το επιτόκιο είναι ελεύθερα διαπραγματεύσιμο,
- (2) να ανακοινώνουν το ύψος των βασικών επιτοκίων χορηγήσεων, το ποσό ή ποσοστό προμηθειών και εξόδων που εισπράττουν για τις περισσότερες συναλλαγές τους καθώς και το είδος και ποσό ή ποσοστό των φόρων και τελών που τις βαρύνουν,
- (3) να αναγγέλλουν στην Τράπεζα της Ελλάδος τα βασικά επιτόκια ειδικών κατηγοριών δανείων που συνάπτουν,
- (4) να παραθέτουν στα παραστατικά των συναλλαγών τους όλες τις επιβαρύνσεις αναλυτικά και σαφώς,

(5) να διαθέτουν αρμόδια υπηρεσία εξέτασης καταγγελιών. Ειδικές υποχρεώσεις προβλέπονται στο πλαίσιο της καταναλωτικής πίστης, όπως θα δούμε παρακάτω.

Το επιτόκιο του δανείου μπορεί να είναι σταθερό ή κινητό. Περαιτέρω το κινητό επιτόκιο διακρίνεται σε ορισμένο και αόριστο. Ορισμένο είναι εκείνο που μεταβάλλεται κατά τη διάρκεια του δανείου, αλλά οι διακυμάνσεις του περιλαμβάνονται στη δανειστική σύμβαση, ενώ αόριστο είναι το συμφωνούμενο κατά τρόπο που καθιστά γνωστό το ύψος του εκ των υστέρων. Συχνά συναντώνται οι ρήτρες τρέχοντος επιτοκίου (δηλαδή εκείνου που επικρατεί στην «αγορά»), εξαρτημένου καθορισμού και προσαρμογής στο επιτόκιο της δανειοδότηδας τράπεζας είτε αυτό ταυτίζεται με το τρέχον είτε αποτελεί ατομική πρακτική του συγκεκριμένου πιστωτικού ιδρύματος.

Στο ζήτημα των τραπεζικών επιτοκίων αλλά και σε γενικότερα αμφισβητούμενης νομιμότητας τραπεζικά θέματα απάντησε η ρηξικέλευθη απόφαση 1219/2001 του ΑΠ. Ως προς το εδώ θέμα των επιτοκίων, η εν λόγω απόφαση²⁵⁹ έκρινε καταχρηστική συμφωνία στις τραπεζικές συναλλαγές για επιτόκιο που υπερβαίνει τα ανώτατα όρια εξωτραπεζικών επιτοκίων βάσει ΑΚ 281.

Στην απόφασή του αυτή ο ΑΠ δέχθηκε κατ' ουσίαν ότι ο σκοπός και τα κριτήρια προσδιορισμού των παραπάνω ορίων δικαιολογούν κατά την ΑΚ 281 δέσμευση των τραπεζών προς διαμόρφωση επιτοκίων μικρότερων των εξωτραπεζικών. Συνεπώς, τα όρια των εξωτραπεζικών επιτοκίων συνιστούν εμμέσως και όρια των τραπεζικών επιτοκίων.

Ωστόσο η θέση αυτή είναι ευκαιριακή, καθώς ισχύει μόνο εφόσον έχουν τεθεί ανώτατα όρια εξωτραπεζικών επιτοκίων και τα τεθέντα όρια ανταποκρίνονται πράγματι στις ισχύουσες νομισματοπιστωτικές συνθήκες αποτελώντας κατά τις ρητές ή εικαζόμενες προθέσεις του νομοθέτη τα όρια της κοινωνικά, οικονομικά και ηθικά ανεκτής τοκοληψίας. Ωστόσο, τα θεμελιακά αυτά δεδομένα εύκολα ανατρέπονται είτε με νεότερη νομοθετική παρέμβαση είτε με σιωπηρή εγκατάλειψη του καθεστώτος προσδιορισμού ανωτάτων ορίων εξωτραπεζικών επιτοκίων. Ας μη λησμονούμε άλλωστε τη σχετική στασιμότητα στον καθορισμό των εξωτραπεζικών επιτοκίων που

²⁵⁹ Βλ. ΔΕΕ 2001, σελ. 1128 επ.

οφείλεται στην αμηχανία της Τράπεζας της Ελλάδος μπροστά στις αντιδράσεις τραπεζικών κύκλων.

Επομένως, το θέμα πρέπει να ερευνηθεί ανεξαρτήτως της επίδρασης των εξωτραπεζικών επιτοκίων και κυρίως να διερευνηθεί η προβληματική των ορίων της τραπεζικής εν γένει τοκοληψίας αλλά και τοκοδοσίας, αφού οι καταθέσεις συνιστούν την πλέον σημαντική και φθηνότερη πηγή άντλησης κεφαλαίων για τη χορήγηση πιστώσεων.

Το αποκλειστικό τραπεζικό «προνόμιο» αποδοχής καταθέσεων και χορήγησης πιστώσεων

Με βάση τον ορισμό που εμπεριέχει ο ν. 2076/1992, τράπεζα είναι η επιχείρηση (ανώνυμη εταιρία ή πιστωτικός συνεταιρισμός) που έχει σαν δραστηριότητα την αποδοχή καταθέσεων ή άλλων επιστρεπτέων κεφαλαίων και τη χορήγηση πιστώσεων. Συνεπώς, οι δραστηριότητες αυτές αποτελούν κύριες, υποχρεωτικές αλλά και προνομιακές δραστηριότητες κάθε τράπεζας, με την έννοια ότι μόνο οι κυρίως τράπεζες μπορούν και πρέπει να τις ασκούν και μάλιστα συνδυαστικά.

Η παραχώρηση αυτού του προνομίου στις τράπεζες συνεπάγεται μίαν αυτονόητη δέσμευση – αντάλλαγμα από την πλευρά τους ότι δε θα ασκούν το παραχωρηθέν αυτό προνόμιο ποτέ αποκλειστικά και μόνο σε βάρος της πελατείας τους, καθότι δεσμεύονται να εξυπηρετήσουν το γενικό συμφέρον.

Ασκώντας λειτουργία «οιονεί δημόσιας υπηρεσίας»²⁶⁰, η τράπεζα οφείλει να περιορίζει τις μαξιμαλιστικές κερδοσκοπικές της επιδιώξεις και να μην κάνει κατάχρηση αυτού του μονοπωλίου της εκμεταλλευόμενη τη δεσπόζουσα θέση της (ν. 146/14 και ν. 703/77).

Θέτοντας λοιπόν τα παραπάνω σαν όρια της τραπεζικής δραστηριότητας (πρόταξη του γενικού συμφέροντος, εξυπηρέτηση των οικονομικών αναγκαιοτήτων του κοινωνικού συνόλου, απαγόρευση καταχρηστικής άσκησης από την τράπεζα των παραχωρηθέντων σ' αυτή μονοπωλίων), είμαστε πλέον σε θέση να προχωρήσουμε στην διάκριση μεταξύ θεμιτής και καταχρηστικής (αθέμιτης) τραπεζικής πρακτικής.

²⁶⁰ Βλ. χαρακτηριστικά Κ. Παμπούκη, γνwm. Σύμμεικτα Τομ. Β' 2, 2000, σελ. 160 επ. που αναφέρεται διεξοδικά στη διπλή φύση της τραπεζικής επιχείρησης ως δημόσιας λειτουργίας και ιδιωτικής επιχείρησης.

Επιτόκια καταθέσεων

Όπως είπαμε, οι τράπεζες αποδέχονται καταθέσεις και γιατί υποχρεούνται προς τόκο και επειδή αποτελούν αυτές τον υπαρξιακό και λειτουργικό θεμέλιο λίθο της τραπεζικής δραστηριότητας.

Από το άλλο μέρος, οι καταθέτες προσφεύγουν στις τραπεζικές υπηρεσίες είτε λόγω της ανάγκης πραγματικής φύλαξης των χρημάτων τους από τον κίνδυνο κλοπής ή απώλειας είτε με σκοπό να κερδοσκοπήσουν. Ωστόσο, η κερδοσκοπία αυτή των καταθετών δεν μπορεί να επιβάλλεται από κανένα νόμο σε βάρος της τράπεζας, λόγω της συνταγματικής κατοχύρωσης της οικονομικής ελευθερίας. Για τον ίδιο ακριβώς λόγο δεν μπορεί να επιβάλλεται και στον καταθέτη η υποχρέωση να παραχωρεί μέρος της αγοραστικής αξίας των καταθέσεων του για να κερδοσκοπούν οι τράπεζες.

Το ύψος του πληθωρισμού

Θεμιτός περιορισμός, που απορρέει ιδίως από την ΑΚ 281, είναι η υποχρέωση κάλυψης με τα συμφωνούμενα και παρεχόμενα επιτόκια καταθέσεων της απώλειας τουλάχιστον της κτητικής-αγοραστικής δύναμης του κατατεθειμένου χρήματος λόγω του πληθωρισμού²⁶¹. Αυτήν τη δύναμη είναι ασφαλώς ανήθικο να καρπούνται κατά μέγα μέρος ή κατ' αποκλειστικότητα οι τράπεζες. Συνεπώς, οι τελευταίες υποχρεούνται να παρέχουν τόκους καταθέσεων υπολογιζόμενους κατ' ελάχιστο όριο με βάση το ύψος του τρέχοντος πληθωρισμού. Μόνον έτσι οι καταθέσεις διατηρούν τουλάχιστον την πραγματική τους αξία υπέρ των καταθετών, «φυλάσσονται» πράγματι από τις τράπεζες, με την έννοια της διαφύλαξης της κτητικής τους δύναμης. Επιτόκια χαμηλότερα του ποσοστού του πληθωρισμού συνιστούν φευκτέα νομικά εκμετάλλευση του καταθέτη, ο οποίος πάντως με επίκληση της ΑΚ 281 ή και των ΑΚ 178-179 μπορεί να ζητήσει την καταβολή τόκων ανταποκρινόμενων στο ελάχιστο ως άνω ποσοστό.

Ύψος κατάθεσης και δαπάνες

²⁶¹ Για τη σχέση πληθωρισμού και επιτοκίου, βλ. Κ. Δελή, Αγορές χρήματος και κεφαλαίου, 1996, σελ. 105 επ.

Το ύψος της κατάθεσης δεν παίζει κάποιο ρόλο στο θέμα της τοκοδοσίας. Δεν παίζουν επίσης ρόλο τα συνήθως προβαλλόμενα από τις τράπεζες έξοδα διαχείρισης ή κίνησης των λογαριασμών καταθέσεων. Κάθε ποσό, και το πιο μικρό, γίνεται αντικείμενο πλουτισμού των τραπεζών μέσω της διοχέτευσής του συνολικά στις πιστώσεις. Κάθε έξοδο αδυνατεί να συνυπολογισθεί στους ελάχιστους τόκους, αφού αυτοί ακριβώς οι τόκοι συνιστούν το βάρος των τραπεζών για το προνόμιο που απολαμβάνουν. Άλλωστε, οι δαπάνες είναι μέγεθος υποκειμενικό, αδυνατούν να υπολογισθούν ποσοστιαία, όπως οι τόκοι, διαφέρουν από περίπτωση σε περίπτωση και, εν πάση περιπτώσει, η ηθική της συναλλαγής δεν μπορεί να δικαιολογήσει συνυπολογισμό δαπανών. Πράγματι, ο αποκτών κατά κυριότητα αγαθά – όπως οι τράπεζες, τα κατατεθέντα χρήματα – δεν μπορεί να συνυπολογίζει στο τίμημα κτήσης των αγαθών τυχόν δαπάνες διαχείρισης, επειδή αυτές αφορούν τον ίδιο τον κτήτορα, τις ίδιες, δηλαδή, τις τράπεζες, που διαχειρίζονται τις καταθέσεις ως δικό τους περιουσιακό στοιχείο, για εξυπηρέτηση δικών τους αναγκών και για αποκόμιση αποκλειστικά δικών τους ωφελειών (κέρδους), δυσανάλογων προς το καταβαλλόμενο κόστος, δηλ. το ελάχιστο επιτόκιο της κατάθεσης. Είναι προφανές πως μόνον αν οι ενεργητικές πιστωτικές εργασίες επιχειρούντο προς το συμφέρον του καταθέτη, θα ήταν δικαιολογημένος, κατά τα ισχύοντα συναλλακτικά ήθη και τις κατευθυντήριες, καθοδηγητικές διατάξεις ενδοτικού δικαίου του ΑΚ (π.χ. την ΑΚ 722) ο καταλογισμός της οποιασδήποτε δαπάνης σε βάρος του καταθέτη. Για τους ίδιους λόγους καμία νόμιμη δικαιολογητική βάση δεν μπορεί να στηρίξει αξίωση ενός οφειλέτη για καταβολή από τον δανειστή του της δαπάνης εκπλήρωσης της υποχρέωσης εκ μέρους του για επιστροφή του δανείου.

Κατά συνέπεια, το ελάχιστο ποσοστό των τόκων καταθέσεων στο ύψος του ισχύοντος ποσοστού του πληθωρισμού δεν μπορεί ούτε να αποκλεισθεί, ούτε να μειωθεί με επίκληση δαπανών ή άλλων επιβαρύνσεων από πλευράς τραπεζών.

Διοικητικός και συμβατικός καθορισμός επιτοκίων

Ασφαλώς, είναι δυνατός ο διοικητικός καθορισμός των επιτοκίων καταθέσεων σε ύψος μικρότερο του πληθωρισμού για λόγους κυρίως

εξυπηρέτησης του γενικού συμφέροντος, όπως π.χ. για την έμμεση μείωση των υψηλών επιτοκίων χορηγήσεων.

Δυνατή είναι, επίσης, για τους ίδιους λόγους, και η επιβολή της υποχρέωσης καταβολής τόκων καταθέσεων στη βάση αυξημένου επιτοκίου, αν αυτό εξυπηρετεί ιδίως κάποια οικονομική πολιτική του κράτους. Δυνατή είναι, όμως, σε κάθε περίπτωση και η συμφωνία μεταξύ καταθέτη και τράπεζας, στα πλαίσια της συμβατικής ελευθερίας και του ορθά λειτουργούντος ανταγωνισμού, περί υψηλότερου επιτοκίου καταθέσεως, ανάλογα με τις ανάγκες της αγοράς χρήματος.

Διαφοροποίηση ανάλογα με το είδος της κατάθεσης

Είναι γεγονός ότι υφίσταται νομική διαφοροποίηση των ποικίλων μορφών καταθέσεων, η οποία μπορεί να οδηγήσει σε παραλλαγές των συνεπειών εφαρμογής των παραπάνω βασικών δεδομένων. Έτσι, σε μία κατάθεση όψεως, όπου ο καταθέτης δεν επιδιώκει το κέρδος, ούτε καν τη διατήρηση της αγοραστικής δύναμης του κεφαλαίου του, αλλά πρωτίστως, την εξυπηρέτηση εισπρακτικών αναγκών του – π.χ. επί λογαριασμού μισθοδοσίας – και αναγκών διευθέτησης απλοποίησης και διευκόλυνσης των πληρωμών του προς τρίτους – π.χ. με επιταγές, η σχέση διαμορφώνεται ως ανώμαλη μεν παρακαταθήκη, με έντονα όμως τα στοιχεία της παροχής υπηρεσιών εκ μέρους της τράπεζας, η οποία μπορεί τότε – και μόνον τότε – να θεμελιώσει αξίωση αμοιβής κατά του καταθέτη. Η αμοιβή αυτή πάντως συμψηφίζεται κατά κανόνα με την υποχρέωση τοκοδοσίας για τη χρήση του κεφαλαίου, ώστε οφείλονται τελικά μηδενικοί τόκοι ή τόκοι μικρότεροι και των ως άνω προσδιορισθέντων ελαχίστων ορίων, χωρίς βεβαίως να αποκλείεται και η συμφερότερη για τον καταθέτη συμφωνία.

Δεν αποκλείεται όμως και η επαχθέστερη συμφωνία της υποχρέωσης, δηλαδή, του καταθέτη να καταβάλει μία εύλογη αμοιβή στην τράπεζα για τη λειτουργία της καταθέσεως όμως σε ακραίες περιπτώσεις αμέσου αναλήψεως των κατατεθέντων. Αυτό, συνήθως, δεν συμβαίνει στους λογαριασμούς μισθοδοσίας, επειδή η αξίωση της τράπεζας στην περίπτωση αυτή αντισταθμίζεται από τη συνολική διαχείριση της μισθοδοσίας μίας υπηρεσίας ή επιχείρησης, που αναλαμβάνει, και τις προσδοκίες που αυτή γεννά.

Εν αμφιβολία, η διάγνωση της αληθούς νομικής φύσεως της καταθέσεως όψεως και το οφειλόμενο ή μη ποσό τόκων εξακριβώνεται με βάση τον αριθμό και τον χρόνο των αναλήψεων, σε συνδυασμό με το απομένον στη διάθεση της τράπεζας υπόλοιπο της κατάθεσης. Εάν, πάντως, έχει συμφωνηθεί το άνοιγμα λογαριασμού καταθέσεως όψεως, χωρίς υποχρέωση τοκοδοσίας και στην πράξη ο λογαριασμός εμφανίζει συχνά ή πάντοτε πιστωτικό υπόλοιπο, η τράπεζα είναι υποχρεωμένη από τη σχέση εμπιστοσύνης (ΑΚ 197-198 και 288) να ενημερώσει τον καταθέτη για τον συμφερότερο τρόπο καταθετικής τοποθέτησης των χρημάτων του ή να παράσχει αμέσως σ' αυτόν το ανήκον στη λειτουργία της καταθέσεως εύλογο ποσό τόκων. Ευθύνεται, διαφορετικά, σε αποζημίωση του καταθέτη κατά το ύψος των οφειλομένων τόκων λόγω πλημμελούς εκπλήρωσης της παροχής της.

Σε καταθέσεις ταμειυτηρίου ή υπό προειδοποίηση, όπου η κατάθεση είναι αποδοτέα σε αόριστο χρόνο και, συνεπώς, υπάρχει πάντα στη διάθεση της τράπεζας κεφάλαιο προς ιδία χρήση και εκμετάλλευση, οφείλεται καθαρός τόκος στο ύψος τουλάχιστον του τρέχοντος πληθωρισμού, που δεν μπορεί ασφαλώς, κατά τα ανωτέρω, να νοθεύεται με συμψηφισμό άλλων επιβαρύνσεων εκ μέρους των τραπεζών. Η σχέση είναι ανάλογη προς το έντοκο δάνειο αόριστης διάρκειας. Η αοριστία δικαιολογεί πρακτικά μειωμένα επιτόκια, όχι όμως κατώτερα των ελαχίστων. Η χρησιμοποίηση, βέβαια, του λογαριασμού ταμειυτηρίου ως λογαριασμού καταθέσεως όψεως παρέχει το δικαίωμα στην τράπεζα να ενημερώσει σχετικά τον καταθέτη περί ανάγκης μερικής ή ολικής μετατροπής της καταθέσεως και σε περίπτωση αρνήσεώς του να λύσει τη σχέση με καταγγελία.

Σε προθεσμιακές, αντίθετα, καταθέσεις, όπου είναι προφανής, τόσο η βούληση του καταθέτη για αποκομιδή κέρδους, όσο και η ωφέλεια της τράπεζας από την ασφαλή χρονικά δυνατότητα εκμετάλλευσης των κατατεθέντων, παρατηρείται ομοιότητα στην κατάσταση συμφερόντων των μερών, όπως ακριβώς και στο έντοκο δάνειο ορισμένης διάρκειας. Η ασφάλεια στη χρονική διάρκεια, εντός της οποίας η τράπεζα μπορεί να εκμεταλλεύεται την προθεσμιακή κατάθεση, παρέχει το δικαίωμα στον καταθέτη να απαιτήσει και να λάβει τόκους υψηλότερους των τόκων ταμειυτηρίου, συναγωνιζόμενους ενδεχομένως τους τόκους των παρεχόμενων

από τις τράπεζες δανείων, πάντοτε όμως σε χαμηλότερο ύψος εκείνων, λόγω του περιθωρίου του κέρδους, που πρέπει να έχουν οι τράπεζες.

Συμπερασματικά, λοιπόν, μπορεί κανείς να τοποθετήσει τα θεμιτά όρια των επιτοκίων καταθέσεων ως εξής: α) Στις καταθέσεις όψεως, με προεξέχοντα τον χαρακτήρα τους, ως μέσου εξυπηρέτησης υποθέσεων του καταθέτη, χωρίς διατήρηση υπολοίπου για κάποιο εύλογο χρονικό διάστημα, τα επιτόκια μπορούν να διαμορφώνονται από μηδενικό ποσοστό, με πρόσθετη ενδεχομένως καθορισμένη επιβάρυνση για κάθε μία ή για όλες τις παρεχόμενες υπηρεσίες. Θετικό, αντίθετα, πρόσχημο οφείλουν να έχουν πάντα τα επιτόκια των καταθέσεων όψεως σε κάθε άλλη περίπτωση, κυμαινόμενο κατά το ύψος και το χρόνο παραμονής του πιστωτικού υπολοίπου στην τράπεζα.

β) Στις καταθέσεις ταμειυτηρίου, το επιτόκιο οφείλει να καλύπτει κατ' ελάχιστο όριο το ύψος του τρέχοντος πληθωρισμού για το διαρρέυσαν διάστημα τοκοφορίας.

γ) Στις προθεσμιακές, τέλος, καταθέσεις, το επιτόκιο οφείλει να κυμαίνεται σε ποσοστό ανώτερο του επιτοκίου καταθέσεων ταμειυτηρίου, ανάλογα προς τον συμφωνηθέντα χρόνο παραμονής της κατάθεσης στα χέρια της τράπεζας.

Υπάρχουν, λοιπόν, περιορισμοί των επιτοκίων καταθέσεων, που απορρέουν τόσο από το περιεχόμενο του προνομίου, που απολαμβάνουν οι τράπεζες, όσο και από τη νομική φύση των καταθέσεων, σε συνδυασμό κυρίως προς τη διάταξη του άρθρου 281 ΑΚ.

Οι περιορισμοί αυτοί αφορώντες τα ελάχιστα όρια των επιτοκίων καταθέσεων δεν μπορούν να μη λαμβάνονται υπόψη από τις τράπεζες. Η συστηματική καταστρατήγησή τους συνιστά παράβαση ελεγχόμενη από την εποπτική αρχή, την Τράπεζα της Ελλάδος.

Η μεγάλη απόκλιση από τα ως άνω προσδιοριζόμενα ελάχιστα όρια συνιστά αισχροκέρδεια (ΑΚ 179), η οποία συνεπάγεται ακυρότητα της όλης δικαιοπραξίας, της καταθέσεως. Ο καταθέτης, σε μία τέτοια περίπτωση, δικαιούται να ζητήσει κατά τις περί αδικαιολογήτου πλουτισμού διατάξεις, όχι μόνο το κατατεθέν κεφάλαιο, αλλά τον εν γένει περαιτέρω πλουτισμό (ωφέλεια) της τράπεζας, που συνίσταται στους τόκους που αυτή κατά τεκμήριο λαμβάνει από τη διάθεση των καταθέσεων σε ενεργητικές πιστωτικές

εργασίες. Εν πάση περιπτώσει, οφείλονται νόμιμοι τόκοι από της διενέργειας της κατάθεσης, σύμφωνα με την ΑΠ 911.

Οι μικρές αποκλίσεις από τα ελάχιστα όρια των επιτοκίων καταθέσεων, μολονότι δεν στοιχειοθετούν κατά κανόνα ανηθικότητα, επιφέρουν ακυρότητα της απόκλισης μόνον, με αναλογική εφαρμογή της ΑΚ 294, σε συνδυασμό προς τις ΑΚ 281 και 288. Η δικαιοπραξία, πράγματι, που επιφέρει ωφέλεια στο ένα συμβαλλόμενο μέρος από τόκους, που υπερβαίνουν το υπάρχον θεμιτό όριο, δημιουργεί ακυρότητα ως προς το υπερβάλλον. Αυτή η ωφέλεια της τράπεζας από τη μη καταβολή των ελάχιστων τόκων καταθέσεων, κατά τα ανωτέρω, συνιστά προφανώς αδικαιολόγητο πλουτισμό, αποδοτέο επίσης κατά τις διατάξεις των άρθρων 904 επ. ΑΚ.

Επιτόκια χορηγήσεων

Γενικά

Το Ελληνικό δίκαιο έχει δημιουργήσει δύο βαθμίδες ανεπίτρεπτης υπέρβασης ορίων ως προς τους τόκους των παρεχόμενων πιστώσεων.

Η πρώτη είναι η ανήθικη δικαιοπραξία και τα εγκλήματα της τοκογλυφίας και αισχροκέρδειας (άρθρα 178-179 ΑΚ και 404 § 1 – 405 ΠΚ).

Η ανηθικότητα μπορεί να διαγνωσθεί κατά το μάλλον ή ήττον ευχερώς: (α) από τη συνολική θεώρηση της πιστωτικής συμφωνίας, (β) επί υπερβάσεως του λεγόμενου συγκριτικού ή ανταγωνιστικού επιτοκίου και (γ) επί πολλαπλασιασμού της αρχικής οφειλής.

Η δεύτερη βαθμίδα είναι η απλή υπέρβαση του θεμιτού ορίου του τόκου, με την έννοια των άρθρων 294 ΑΚ και 404 § 2 εδ. α ΠΚ. Η υπέρβαση αυτή, εφόσον δεν εμπίπτει στις περί ανηθικότητας διατάξεις, επιφέρει μόνον μερική ακυρότητα της υποσχετικής και εκπονητικής δικαιοπραξίας σχετικά με τους τόκους και δη μόνον ως προς το υπερβάλλον ποσό (ποσοστό) και, ενδεχομένως, επισύρει και τις ποινές της τοκογλυφίας. Όπως θα καταδειχθεί επίσης παρακάτω, τα ανώτατα θεμιτά όρια του τόκου μπορούν να προσδιορισθούν: (α) με βάση τα εξωτραπεζικά επιτόκια, (β) με βάση τη μέση πιστοληπτική ικανότητα επιχειρήσεων και νοικοκυριών, (γ) με βάση το ποσοστό των νόμιμων τόκων και (δ) με βάση το εν γένει «θεμιτό» όριο της ΑΚ 294.

Ανηθικότητα

α. Από τη συνολική θεώρηση της πιστωτικής συμφωνίας

Καταρχήν, η ανήθικη δικαιοπραξία περί τόκου μπορεί να διαγνωσθεί σε συνάρτηση μόνον και με τους λοιπούς όρους της συγκεκριμένης πιστωτικής σύμβασης, αφού η υψηλή τοκοφορία μπορεί να αντισταθμίζεται από άλλες παροχές, διευκολύνσεις ή δικαιώματα του πιστολήπτη. Πάντως, για την ασφαλή διάγνωση της ανηθικότητας απαιτείται συνυπολογισμός στον τόκο όλων των επιβαρύνσεων, που αυξάνουν τελικώς το παρεχόμενο για τη χορήγηση της πίστωσης αντάλλαγμα. Οι επιβαρύνσεις αυτές, μολονότι δεν συνιστούν τόκο, αφού δεν μπορούν να υπολογισθούν εξ αρχής ποσοστιαία, ούτε να εξαρτηθούν από τη χρονική διάρκεια της πίστωσης, υπολογίζονται ως τόκος κατά ρητή νομοθετική επιταγή (ΑΚ 293), χάριν αποφυγής στρεβλώσεων στην προσπάθεια τιθάσσευσης της τάσης άμετρου τοκισμού στις πιστώσεις. Παράλληλα, όμως, και άλλες δεσμεύσεις του οφειλέτη, που δεν μπορούν να υπολογισθούν σε χρήμα, όπως π.χ. περί λήξεως του δανείου επί καθυστέρησης πληρωμής μιας ή δύο δόσεων ή περί κυμαινόμενου επιτοκίου, συνεκτιμώνται στην περί ανηθικότητας κρίση.

β. Επί υπερβάσεως του συγκριτικού-ανταγωνιστικού επιτοκίου

Ως ασφαλής βάση της διάγνωσης της ανήθικης δικαιοπραξίας μπορούν κατά τα λοιπά, να χρησιμοποιηθούν δεδομένα της αγοράς χρήματος σε συγκεκριμένη χρονική στιγμή. Έτσι, το γερμανικό ακυρωτικό (BGH) έχει δεχθεί ως κριτήριο ανήθικης συμφωνίας περί τόκου την κατά 100% υπέρβαση του μέσου όρου των ανταγωνιστικά διαμορφωμένων επιτοκίων της αγοράς με εξαίρεση τα μεγαλύτερα και τα μικρότερα απ' αυτά. Φυσικά, για την εξεύρεση του μέσου όρου λαμβάνονται υπόψη τα επιτόκια, που εφαρμόζουν σε συγκεκριμένη αγορά οι λειτουργούσες σ' αυτήν τράπεζες. Αυτά τα επιτόκια ονομάζονται ανταγωνιστικά ή συγκριτικά.

Η ανηθικότητα, βεβαίως, δεν αποκλείεται και όταν ακόμα το συμφωνηθέν ύψος του επιτοκίου είναι συγκριτικά χαμηλό. Στην περίπτωση αυτή, η ανηθικότητα μπορεί να προκύπτει από τη συνολική κατά τα ανωτέρω εκτίμηση των αντικειμενικών και υποκειμενικών στοιχείων της συγκεκριμένης συναλλαγής, και ιδίως από τις σε βάρος του πιστολήπτη διατάξεις των ΓΟΣ της τράπεζας.

γ. Επί πολλαπλασιασμού της αρχικής οφειλής

Κριτήριο ανήθικης δικαιοπραξίας περί τόκου μπορεί, επίσης, να είναι το συνολικά επιστρεπτέο ποσό, όπως αυτό διαμορφώνεται τελικά με την προσθήκη στο κεφάλαιο των μεικτών τόκων, στους οποίους εκτός των διαφόρων επιβαρύνσεων συνυπολογίζονται και οι τόκοι των τόκων.

Εντελώς πρόσφατα, με τις διατάξεις του άρθρου 30 του ν. 2789/2000, όπως αυτές διαμορφώθηκαν, τελικά, με τις τροποποιητικές διατάξεις των άρθρων 47 § 1 ν. 2873/2000 και 42 ν. 2912/2001, εισήχθη για πρώτη φορά η μέθοδος περιορισμού της τελικής οφειλής σε ποσό πολλαπλάσιο – τετραπλάσιο έως διπλάσιο, αναλόγως του χρόνου κατάρτισης της σύμβασης πιστώσεως – του αρχικού κεφαλαίου, προσαυξημένου όμως κατά 50% με τόκους.

Η ρύθμιση όμως αυτή είναι παντελώς συμπτωματική. Αφορά, δηλαδή, μονάχα πιστωτικές συμβάσεις, που καταρτίσθηκαν μέχρι την 31.12.2000. Εισάγει, παρά ταύτα, ένα σαφές μέτρο ηθικής τάξεως, το οποίο δεν αποτελεί γενικά άγνωστη και απροσάρμοστη στα ελληνικά δικαϊκά δεδομένα αρχή του δικαίου.

Η οφειλή, πράγματι, δεν μπορεί να πολλαπλασιάζεται επ' άπειρον. Ο συνεχής πολλαπλασιασμός της εκμηδενίζει ουσιαστικά την προσωπικότητα και την οικονομική ελευθερία του οφειλέτη.

Φαίνεται, λοιπόν, επιβεβλημένος, ο περιορισμός της συνεχούς διόγκωσης της οφειλής και μαζί της των ατελείωτων διωκτικών εισπρακτικών ενεργειών των τραπεζών. Έτσι, η επιστρεπτέα πίστωση θα μπορούσε να περιορίζεται καθ' ύψος σε κάποιο πολλαπλάσιο του αρχικού κεφαλαίου ανταποκρινόμενο στην έννοια της σύμφωνης προς τα χρηστά ήθη συναλλαγής (ΑΚ 178) και των οικονομικών και κοινωνικών ορίων των τραπεζικών δραστηριοτήτων (ΑΚ 281) στη συγκεκριμένη περίπτωση.

Με βάση, πάντως, τις συμπτωματικές αξιολογικές κρίσεις του έλληνα νομοθέτη στις διατάξεις του άρθρου 30 του ν. 2789/2000, μπορεί κανείς πλέον να διατυπώσει έναν γενικό κανόνα επιτρεπόμενου πολλαπλασιασμού μίας έντοκης οφειλής. Αυτή, πράγματι, δεν μπορεί να υπερβεί σε καμία περίπτωση (α) το τετραπλάσιο του κεφαλαίου της πίστωσης, προσαυξημένου κατά 50% με συμβατικούς τόκους για τα παλαιά δάνεια συμβατικής ή πραγματικής

διάρκειας άνω των 15 ετών, (β) το τριπλάσιο του ως άνω ποσού για τα δάνεια διάρκειας από 10 έως 15 ετών και (γ) το διπλάσιο, για τα δάνεια διάρκειας ως άνω έως 10 ετών. Επειδή, όμως, η διαβάθμιση αυτή έχει λάβει υπόψη της τα υψηλά επιτόκια των ετών 1980-1999, που εκυμαίνονται σε ποσοστά μεταξύ 23% έως 44%, τα ανεκτά σήμερα πολλαπλάσια της οφειλής θα πρέπει να προσδιορίζονται κάθε φορά αναλογικά προς το μέσο ύψος των εφαρμοζόμενων επιτοκίων.

Είναι, βέβαια, δυσχερής ο υπολογισμός του βεβαρημένου με τόκους και άλλα ανταλλάγματα επιστρεπτέου δανείσματος με βάση την τεθείσα τελευταίως ελληνική ρύθμιση. Προτιμότερη θα ήταν η νομολογιακή διάπλαση μίας τέτοιας αρχής βασισμένης στις προαναφερθείσες πανάρχαιες αρχές του δικαίου, που όμως να παρέχει ένα σαφέστερο μέτρο κοινωνικά, οικονομικά και ηθικά ανεκτής τοκοληπτικής τακτικής σε συγκεκριμένο χρόνο. αυτό το μέτρο θα μπορούσε να είναι ο διπλασιασμός της αρχικής οφειλής για δάνειο διάρκειας π.χ. μίας δεκαετίας. Αντίστοιχα, θα μπορούσε να περιορισθεί η τοκοληψία για δάνεια μικρότερης συμβατικής ή πραγματικής χρονικής διάρκειας ή να αυξηθεί η σχετική δυνατότητα για δάνεια μεγαλύτερης διάρκειας.

δ. Συμπεράσματα

Από τα ανωτέρω εκτεθέντα εξάγεται μάλλον χωρίς ιδιαίτερη δυσχέρεια το συμπέρασμα ότι η συγκεκριμένη πιστωτική συναλλαγή με τα αντικειμενικά, αλλά και τα υποκειμενικά της στοιχεία, αποτελεί το μόνο ασφαλές θεμέλιο της κρίσεως του δικαστηρίου για τον χαρακτηρισμό μίας δικαιοπραξίας περί τόκου ως αντικειμένης στα χρηστά ήθη ή, ακόμα, ως υπερβαίνουσας προφανώς τα όρια που επιβάλλουν στις πιστωτικές συναλλαγές τα χρηστά ήθη και ο οικονομικός και κοινωνικός σκοπός του δικαιώματος των τραπεζών (ΑΚ 178-179 και 281).

Το συγκριτικό επιτόκιο, ο πολλαπλασιασμός της οφειλής, η συνολική εικόνα της συναλλαγής σε συνδυασμό με τη διάγνωση του μεριδίου ευθύνης των τραπεζών στη συγκεκριμένη χρηματοδότηση, αποτελούν ικανά εργαλεία στα χέρια του δικαστή προς διακρίβωση της ανήθικης, απαγορευμένης και γ' αυτό άκυρης δικαιοπραξίας περί τόκου και ολόκληρης κατ' ακολουθίαν της πιστωτικής σύμβασης.

ΣΧΟΛΙΑΣΜΟΣ ΤΗΣ ΑΠΟΦΑΣΗΣ 1219/2001 ΑΠ

Ανώτατα θεμιτά όρια

Από τον διοικητικό καθορισμό στον δικαστηριακό;

Τον Ιούνιο του 1980 η Νομισματική Επιτροπή της Τράπεζας της Ελλάδος με την απόφασή της υπ' αριθμ. 275, καθόρισε για τελευταία φορά τα τραπεζικά επιτόκια χορηγήσεων. Με την απόφαση αυτή ορίστηκαν με ακρίβεια τα επιτόκια όλων των μορφών χορηγήσεων του τραπεζικού συστήματος κατ' εφαρμογή των σχετικών διατάξεων του ΝΔ 588/48.

Ο καθορισμός των επιτοκίων χορηγήσεων κατά τον τρόπο αυτό ίσχυσε μέχρι το 1987, οπότε τα ανώτατα όρια επιτοκίων καταργήθηκαν και αντικαταστάθηκαν με ελάχιστα όρια (ΠΔ/ΤΕ 1087/26.6.87), πέραν των οποίων οι τράπεζες ήταν ελεύθερες να καθορίσουν τα επιτόκια των δανειακών τους συμβάσεων κατά περίπτωση ή κατά κατηγορία χορηγήσεων. Στο τέλος δε του ίδιου έτους (1987) παρασχέθηκε στις τράπεζες το δικαίωμα ελεύθερου, χωρίς όρια, καθορισμού των επιτοκίων των δανείων που προορίζονταν για τη χρηματοδότηση παγίων εγκαταστάσεων (ΠΔ/ΤΕ 1183/27.11.87), ενώ από το 1994 καταργήθηκαν όλα τα ελάχιστα όρια που μέχρι τότε ίσχυαν (ΠΔ/ΤΕ 2326/4.8.94).

Έτσι από τον ακριβή διοικητικό καθορισμό των τραπεζικών επιτοκίων χορηγήσεων, περάσαμε από το 1987 στον διοικητικό καθορισμό ελάχιστων ορίων επιτοκίων, τα οποία με τη σειρά τους σταδιακά καταργήθηκαν. Οι τράπεζες συνεπώς κλήθηκαν να λειτουργήσουν και να διαμορφώσουν πλέον τα επιτόκιά τους στο πλαίσιο και με τους κανόνες της ανοιχτής αγοράς και του ελεύθερου ανταγωνισμού.

Η επιλογή αυτή αποδείχθηκε σοφή εφόσον η μετάβαση έγινε ομαλά και χωρίς κλυδωνισμούς στο τραπεζικό σύστημα και στην οικονομία της χώρας, ενώ συγχρόνως δημιουργήθηκαν οι προϋποθέσεις ανάπτυξης και εδραίωσης ουσιαστικού ανταγωνισμού μεταξύ των τραπεζών.

Παρά τη σοβαρή αυτή αποκλιμάκωση που πραγματοποιήθηκε, λόγω ακριβώς της απελευθέρωσης της τραπεζικής αγοράς και του σοβαρού ανταγωνισμού που αναπτύχθηκε μεταξύ των τραπεζών, το 2001 η λειτουργία αυτή αμφισβητήθηκε. Ο Άρειος Πάγος, κρίνοντας σε τελευταίο βαθμό συλλογική αγωγή, με την οποία επιδιώκετο η κήρυξη διατάξεων σύμβασης

χορήγησης πιστωτικής κάρτας ως καταχρηστικών και συνεπώς άκυρων, αποφάσισε (ΑΠ 1219/01) ότι:

Α. Τα εξωτραπεζικά επιτόκια, που καθορίζονται διοικητικά, «παρά τον περιορισμό τους στις εξωτραπεζικές συναλλαγές, δεν παύουν να έχουν γενικότερη κοινωνικοοικονομική σημασία και να αφορούν και τις τραπεζικές συμβατικές σχέσεις.

Β. Η περί επιτοκίων συμφωνία μεταξύ τράπεζας και καταναλωτή ελέγχεται κατά τους όρους του άρθρου 281 του Αστικού Κώδικα (ΑΚ) για την απαγόρευση καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος.

Γ. Όρος, σύμφωνα με τον οποίο επιτρέπεται η διαμόρφωση επιτοκίων πιστωτικών καρτών από την τράπεζα «όταν δεν καθορίζονται κριτήρια ειδικά εκ των προτέρων και εύλογα για τον καταναλωτή-πελάτη», είναι καταχρηστικός.

Τα σημεία αυτά της απόφασης, όπως ήταν αναμενόμενο, έγιναν αντικείμενο πολλών συζητήσεων, εντός και εκτός Δικαστηρίων, αλλά και αρθρογραφίας, η οποία είναι πιθανό να συνεχιστεί και μετά την πρόσφατη ΠΔ/ΤΕ 2501/2002, για την «ενημέρωση των συναλλασσομένων με τα πιστωτικά ιδρύματα για τους όρους που διέπουν τις συναλλαγές τους», με την οποία η Τράπεζα της Ελλάδος προσπάθησε να λύσει συνολικά το θέμα της διαφάνειας των τραπεζικών συναλλαγών.

Η άποψη των τραπεζών

Α. Η άποψη του Αρείου Πάγου ότι τα διοικητικά καθοριζόμενα εξωτραπεζικά επιτόκια αφορούν και τις τραπεζικές συναλλαγές έρχεται σε αντίθεση με τις συνειδητές επιλογές της Τράπεζας της Ελλάδος να προχωρήσει στην προαναφερθείσα σταδιακή απελευθέρωση της τραπεζικής αγοράς και να οδηγήσει τις τράπεζες στον καθορισμό των επιτοκίων τους στο πλαίσιο των κανόνων της οικονομίας της ανοικτής αγοράς και των όρων του ελεύθερου ανταγωνισμού.

Τις επιλογές της αυτές επιβεβαίωσε η Τράπεζα της Ελλάδος με την ΠΔ/ΤΕ 2501/02, στις Γενικές Αρχές της οποίας επανακαθόρισε το πλαίσιο, στο οποίο διαμορφώνονται τα τραπεζικά επιτόκια και προσδιόρισε τους παράγοντες που τα επηρεάζουν, χωρίς καμία απολύτως αναφορά στα εξωτραπεζικά επιτόκια. Όρισε λοιπόν ότι τα πιστωτικά ιδρύματα «οφείλουν να

διαμορφώνουν τα επιτόκια στο πλαίσιο της αρχής της ανοικτής αγοράς και του ελεύθερου ανταγωνισμού, συνεκτιμώντας τους κατά περίπτωση αναλαμβανόμενους κινδύνους και λαμβάνοντας υπόψη ενδεχόμενες μεταβολές στις χρηματοοικονομικές συνθήκες, καθώς και στοιχεία και πληροφορίες τις οποίες οι συμβαλλόμενοι οφείλουν να παρέχουν με ακρίβεια για το σκοπό αυτό.

Τα εξωτραπεζικά επιτόκια άλλωστε αφορούν μεμονωμένες παρεμπόμπουσες συναλλαγές μεταξύ δικαιοπρακτούντων, οι οποίοι δεν έχουν ούτε διατηρούν οργάνωση και υποδομή για την κατ' επάγγελμα εξέταση, χορήγηση, παρακολούθηση και είσπραξη δανείων.

Β. Ο Αρειος Πάγος διατύπωσε την ορθή άποψη ότι το άρθρο 2 του Ν. 2251/94 για την προστασία του καταναλωτή αποτελεί εξειδίκευση του άρθρου 281 ΑΚ για την απαγόρευση της καταχρηστικής άσκησης των δικαιωμάτων και συνεπώς η γενική αρχή της διάταξης αυτής, που άλλωστε εκπορεύεται από το Σύνταγμα (άρθρο 5, παρ. 1) αναμφίβολα εφαρμόζεται και στις περιπτώσεις του καθορισμού και διαμόρφωσης των τραπεζικών επιτοκίων.

Γ. Περίπτωση καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος, κατά τον Αρειό Πάγο, συντρέχει, ιδίως, όταν η τράπεζα διατηρεί συμβατικά το δικαίωμα να καθορίζει το εκάστοτε επιτόκιο, χωρίς να καθορίζονται στη σύμβαση ειδικά και εύλογα για τον καταναλωτή-πελάτη σχετικά κριτήρια. Όμως ουδεμία αναφορά έγινε στα κριτήρια αυτά, ούτε υπό τη μορφή παραδείγματος, ώστε θα μπορούσε να παρατηρηθεί ότι η τοποθέτηση του ΑΠ παρέμεινε ημιτελής. Ένδειξη των κριτηρίων που θα μπορούσαν να χρησιμοποιηθούν επιχειρήθηκε αργότερα από το Πρωτοδικείο Αθήνας, που αποφάνθηκε ότι ένα τέτοιο κριτήριο θα μπορούσε να ήταν η διακύμανση του πληθωρισμού (ΠΠΑ 1119/2002).

Η αναφορά στον πληθωρισμό ανταποκρίνεται βέβαια στην απαίτηση τα κριτήρια να είναι εύλογα και συνεπώς κατανοητά για τον καταναλωτή, είναι όμως αμφίβολο εάν πρόκειται για κριτήριο το οποίο άμεσα επηρεάζει τα τραπεζικά επιτόκια. Τίθεται λοιπόν θέμα αφενός προσδιορισμού των παραγόντων που πράγματι επηρεάζουν τη διακύμανση των τραπεζικών επιτοκίων και αφετέρου διερεύνησης του τρόπου με τον οποίο αυτοί θα μπορούσαν να διατυπωθούν κατά τρόπο κατανοητό και εύλογο για τον καταναλωτή.

Τα τραπεζικά επιτόκια χορηγήσεων διαμορφώνονται με βάση τις παρακάτω κυρίως παραμέτρους:

Το κόστος του χρήματος

Είναι γνωστό ότι οι τράπεζες δεν δανείζουν δικά τους χρήματα.

Σχεδόν το σύνολο των χορηγήσεων των τραπεζών προέρχεται από χρήματα που οι τράπεζες με τη σειρά τους δανείζονται, κυρίως από το διεθνές χρηματοπιστωτικό σύστημα, επιβαρυνόμενες και αυτές με επιτόκια, που μεταφράζονται σε καταβαλλόμενους τόκους και διαφοροποιούνται.

Το μόνο κοινό σημείο αναφοράς για τη διαμόρφωση των ως άνω επιτοκίων είναι το EURIBOR.

Στο EURIBOR προστίθεται ένα περιθώριο, για τον υπολογισμό του οποίου λαμβάνονται υπόψη δύο κυρίως παράγοντες: ο κίνδυνος της χώρας στην οποία είναι εγκατεστημένη η δανειζόμενη τράπεζα και ο κίνδυνος της ίδιας της τράπεζας.

Στο κατά τα προαναφερθέντα κόστος του χρήματος πρέπει επίσης να προστεθεί και το κόστος που προκύπτει για τις τράπεζες από τις υποχρεωτικές προβλέψεις που πρέπει να σχηματίζουν για την κάλυψη των επισφαλειών που αντιμετωπίζουν. Οι ελάχιστες αυτές προβλέψεις καθορίζονται από την Τράπεζα της Ελλάδος, η οποία πρόσφατα προχώρησε σε αύξησή τους (ΠΔ/ΤΕ 2513/15.1.03), επηρεάζοντας έτσι το κόστος του χρήματος των τραπεζών.

Τα λειτουργικά έξοδα της τράπεζας

Είναι προφανές ότι οι τράπεζες, όπως και όλες οι επιχειρήσεις, για να λειτουργήσουν έχουν έξοδα, όπως είναι τα έξοδα εγκατάστασης, η μισθοδοσία του προσωπικού, τα έξοδα προμήθειας, ανανέωσης και εκσυγχρονισμού του εξοπλισμού τους κλπ. Είναι δε επίσης προφανές ότι τα λειτουργικά αυτά έξοδα επιρρίπτονται στην τιμή των προϊόντων που παράγουν ή των υπηρεσιών που παρέχουν.

Έτσι ένα τμήμα των τραπεζικών επιτοκίων χορηγήσεων προορίζεται για την κάλυψη των λειτουργικών εξόδων της κάθε τράπεζας.

Ο αναλαμβανόμενος κίνδυνος

Στην έννοια του αναλαμβανόμενου κινδύνου περιλαμβάνεται μία σειρά επιμέρους παραγόντων κινδύνου, όπως είναι ο κίνδυνος της αγοράς, ο πιστωτικός κίνδυνος και ο λειτουργικός κίνδυνος. Ο κίνδυνος της αγοράς αφορά κυρίως την υπάρχουσα ρευστότητα, την εμπιστοσύνη του καταναλωτικού κοινού, τις πραγματοποιούμενες επενδύσεις κλπ. και αφετέρου τη δυναμική της αγοράς και τις προοπτικές της.

Ο πιστωτικός κίνδυνος αφορά την ενδεχόμενη αδυναμία του πελάτη-οφειλέτη να ανταποκριθεί στις εκ του δανείου υποχρεώσεις του για επιστροφή του κεφαλαίου και εξόφληση των τόκων και εξόδων.

Τον κίνδυνο αυτό οι τράπεζες προσπαθούν να προσεγγίσουν και να μετρήσουν με διαφορετικούς τρόπους, ανάλογα με το αν πρόκειται για μεμονωμένο δάνειο προς μία επιχείρηση, στο ένα άκρο, ή για μικρού ύψους δάνεια προς φυσικά πρόσωπα, που η χορήγησή τους χαρακτηρίζεται από μαζικότητα, στο άλλο άκρο.

Ο λειτουργικός κίνδυνος τέλος είναι αυτός που ενδέχεται να προκύψει από κάποιο σφάλμα στη διαδικασία έγκρισης, παρακολούθησης κλπ. μίας χορήγησης, από κάποια δυσλειτουργία των συστημάτων της τράπεζας κλπ. Ο κίνδυνος αυτός, σύμφωνα με τις επιταγές του Συμφώνου της Βασιλείας για την κεφαλαιακή επάρκεια των τραπεζών, πρέπει πλέον να μετράται με συγκεκριμένες μεθόδους και να οδηγεί στη δέσμευση αντίστοιχων εποπτικών κεφαλαίων για την αντιμετώπισή του.

Ο ανταγωνισμός

Στις τράπεζες, για τον καθορισμό των επιτοκίων, πέραν των προαναφερθέντων παραγόντων, λαμβάνονται υπόψη και παράγοντες όπως η τιμολόγηση ανταγωνιστικών προϊόντων άλλων τραπεζών, ώστε να αυξηθεί ή και να διατηρηθεί το μερίδιο της αγοράς που κατέχει η τιμολογούσα τράπεζα, η βούληση να προωθηθεί ένα συγκεκριμένο προϊόν στην αγορά δυναμικότερα έναντι άλλων παρόμοιων της ίδιας τράπεζας (π.χ. η ανοικτή πίστωση έναντι των πιστωτικών καρτών) ή η μέσω του τιμολογίου επιδίωξη της υλοποίησης συγκεκριμένης πολιτικής σύνθεσης του συνολικού χαρτοφυλακίου χορηγήσεων της τράπεζας (π.χ. αύξηση του χαμηλότερου κινδύνου χαρτοφυλακίου στεγαστικών δανείων έναντι του χαρτοφυλακίου χορηγήσεων υψηλότερου κινδύνου).

Όλοι αυτοί οι παράγοντες περιλήφθηκαν, όπως ήδη σημειώθηκε, επιγραμματικά στην προαναφερθείσα διάταξη των Γενικών Αρχών της ΠΔ/ΤΕ 2501/02 για τη διαμόρφωση των επιτοκίων και επαναλήφθηκαν στην Έκθεση του Διοικητή ΤτΕ για το 2002 (σελ. 50). Όμως η δυσχέρεια κατανόησής τους από τον μέσο καταναλωτή και το σημείο, μέχρι του οποίου είναι δυνατόν να περιληφθούν και αναλυθούν σε μία σύμβαση δανείου, καθίστανται φανερά και από το γεγονός ότι οι παράγοντες αυτοί δεν επηρεάζουν κάθε φορά τη διαμόρφωση των επιτοκίων κατά τον ίδιο τρόπο, ούτε μπορούν να έχουν πάντα την ίδια βαρύτητα. Αυτό γίνεται κατανοητό αν ληφθεί υπόψη ότι η κάθε τράπεζα, όταν καθορίζει τα επιτόκιά της, αποβλέπει στη μέση απόδοση των απασχολούμενων κεφαλαίων της, ενώ συγχρόνως προσπαθεί να ικανοποιήσει τις προσδοκίες:

- των καταθετών της,
- των πελατών της,
- των εργαζομένων της,
- των μετόχων της.

Η σε μεγάλο βαθμό αντιφατικότητα των εύλογων αυτών προσδοκιών καθιστά προφανή τη δυσκολία και τη συνθετότητα της άσκησης για τον καθορισμό των τραπεζικών επιτοκίων.

Η αντίθετη άποψη

Η νομολογία του Αρείου Πάγου με την απόφαση 1219/2001 πολύ σωστά θέτει ως όριο των τραπεζικών επιτοκίων τα εξωτραπεζικά επιτόκια. Πράγματι, για τον υπολογισμό του εξωτραπεζικού επιτοκίου, κατ' ανώτατο όριο, λαμβάνονται υπόψη οι υφιστάμενες εκάστοτε νομισματοποιστωτικές συνθήκες.

Ο διοικητικός καθορισμός ανωτάτων ορίων για τα εξωτραπεζικά μόνον επιτόκια εξηγείται από την επιδίωξη του νομοθέτη να ωθήσει τις τράπεζες σε διαμόρφωση ανταγωνιστικών επιτοκίων σε επίπεδα κατώτερα των εξωτραπεζικών, χωρίς ταυτόχρονα να τους δώσει τη διέξοδο των ανωτάτων ορίων, που θα δημιουργούσε την τάση εναρμονισμένης πρακτικής συμφωνιών επιτοκίων γύρω από τα όρια αυτά, σε βάρος του υγιούς ανταγωνισμού.

Επειδή, λοιπόν, ο κοινωνικός και οικονομικός σκοπός του δικαιώματος των τραπεζών να διαμορφώνουν ελεύθερα τα επιτόκια χορηγήσεών τους είναι προφανώς η ανταγωνιστική συμπίεσή τους σε επίπεδα κατώτερα των ανωτάτων ορίων των εξωτραπεζικών, κάθε υπέρβαση των ορίων αυτών συνιστά απαγορευμένη, καταχρηστική άσκηση δικαιώματος, που επιφέρει την ακυρότητα της συμφωνίας για το υπερβάλλον επιτόκιο (ΑΚ 281, 284), ώστε η τυχόν καταβολή των αντιστοιχούντων τόκων να μπορεί να απαιτηθεί ως αδικαιολόγητος πλουτισμός της τράπεζας κατά της ΑΚ 904 επ.

Οι τράπεζες επικαλούνται συνήθως το λειτουργικό κόστος και τις επισφάλειες, που συνεπάγεται η ενεργητική πιστωτική λειτουργία τους, ως τον δικαιολογητικό λόγο της μη ρητής θέσπισης ανωτάτων ορίων τραπεζικών επιτοκίων και του δικαιώματός τους, κατά συνέπεια, να συμφωνούν επιτόκια ανώτερα των εξωτραπεζικών. Η αντίληψη, ωστόσο, αυτή δεν φαίνεται ορθή.

Καταρχήν, η συνταγματική περί ισότητας διάταξη (άρθρο 4 §§ 1-2 Συντ.) απαγορεύει προφανώς τις νόμιμες και διοικητικές διακρίσεις των ελλήνων πολιτών με βάση υποκειμενικά στοιχεία συμπεριφοράς. Για μείζονα λόγο απαγορεύει τις ερμηνείες των νόμων προς την κατεύθυνση των διακρίσεων. Οι υφιστάμενες, πράγματι, νομισματοπιστωτικές συνθήκες είναι οι ίδιες για όλους τους χρήστες του εθνικού νομίσματος και, συνεπώς, ίδια πρέπει να είναι τα τυχόν τιθέμενα όρια της οικονομικά και κοινωνικά ανεκτής τοκοληψίας.

Με άλλα λόγια, οι πελάτες δεν μπορούν να θεωρούνται υπαίτιοι για τα οργανωτικά ή διαχειριστικά προβλήματα των τραπεζών, ούτε ασφαλώς υπεύθυνοι για τη βιωσιμότητά τους.

Στην πράξη, άλλωστε, οι επιβαρύνσεις και οι κίνδυνοι, τους οποίους συνεπάγεται η άσκηση της πιστωτικής λειτουργίας από τις τράπεζες, δεν αποτελούν στοιχεία που μπορούν να υπολογισθούν ποσοστιαία ως τόκος. Μπορούν, βεβαίως, οι διάφορες επιβαρύνσεις – ιδίως, οι δαπάνες – να υπολογισθούν εν όψει συγκεκριμένης πίστωσης ως πρόσθετη οφειλή, που μπορεί να αναχθεί στη συνέχεια σε ποσοστό επί του κεφαλαίου παριστάνοντας ένα συγκεκριμένου ύψους επιτόκιο, το οποίο, προστιθέμενο στο καθαρό ή βασικό επιτόκιο, χαρακτηρίζεται ως μεικτό ή σύνθετο ή – κατά τη γερμανική ορολογία – πραγματικό επιτόκιο (effektiver jahreszinastz). Μόνον, όμως, το καθαρό ή βασικό επιτόκιο αντιστοιχεί στις υφιστάμενες

συνθήκες προσφοράς και ζήτησης του χρήματος, ανταποκρίνεται, δηλαδή, στις τρέχουσες νομισματοπιστωτικές συνθήκες.

Τη διαφοροποίηση αυτή εισάγει ο ίδιος ο ΑΚ στη διάταξη του άρθρου 293. Τόκος είναι μόνον εκείνος, που προκύπτει από την εφαρμογή επιτοκίου, ανταποκρινόμενου στις ως άνω συνθήκες και ο οποίος συνιστά το αντάλλαγμα για την παραχώρηση στη διάθεση του οφειλέτη-πιστολήπτη συγκεκριμένης αγοραστικής δύναμης. Οι λοιπές πρόσθετες επιβαρύνσεις δεν συνιστούν μεν τόκο, συνυπολογίζονται όμως όταν επιβάλλονται στον τόκο, κατά πλάσμα δικαίου – «λογίζονται ως τόκος» κατά την ΑΚ 293 – για να μην αποτελέσουν την αιχμή του δόρατος προς κατάλυση των ανωτάτων ορίων τοκοληψίας, που ορίζει κάθε φορά ο νόμος, και τα οποία όρια πρέπει κατά σαφή νομοθετική βούληση να τηρούνται, ανεξαρτήτως εξόδων δαπανών, επιβαρύνσεων ή άλλων λόγων, που καθιστούν ενδεχομένως αλυσιτελή για κάποιον την χορήγηση πιστώσεων.

Προδήλως άδικα και ανεπιεική αποτελέσματα και δυσεπίλυτα προβλήματα συνεπάγεται και στην πράξη η εμμονή στην εξαίρεση των τραπεζικών επιτοκίων από τα ανώτατα όρια των εξωτραπεζικών. Για παράδειγμα, ο εγγυητής θα μπορεί μάλλον να επικαλείται το εξωτραπεζικό επιτόκιο προκειμένου να αποφύγει το υψηλότερο της κύριας οφειλής. Η ίδια η τράπεζα θα προβαίνει σε είσπραξη των αξιογράφων, που τυχόν της έχουν παραδοθεί σε ενέχυρο ή προς είσπραξη, με το υψηλότερο τραπεζικό. Ο έμπορος, πελάτης της τράπεζας, θα πωλεί επί πιστώσει με εξωτραπεζικό επιτόκιο, θα υποχρεώνεται όμως σε καταβολή προς την τράπεζα μεγαλύτερου προεξοφλητικού τόκου, λόγω του επιτρεπόμενου, κατά την αντίληψη των τραπεζών, ανώτερου τραπεζικού επιτοκίου. Ο οποιοσδήποτε εξωτραπεζικός δανειστής θα υποχρεώνεται, επίσης, επί ζημία του, σε περίπτωση ανάγκης, να καταβάλει σε τράπεζα περισσότερους τόκους για το ίδιο ύψος δανείου, που παραχώρησε με το ανώτατο επιτρεπόμενο επιτόκιο σε τρίτον. Τα χρηματοδοτικά ιδρύματα, που μπορούν κατά το νόμο – άρθρο 2 § 6 ν. 2076/92 να χορηγούν πιστώσεις, είναι δυνατόν να περιορίζονται μεν από τα ανώτατα εξωτραπεζικά επιτόκια, να υποχρεώνονται όμως σε καταβολή υψηλότερων επιτοκίων στις τράπεζες, που τα χρηματοδότησαν. Έτσι, όμως, καθίσταται αδύνατη η, άλλως, νόμιμη πιστωτική λειτουργία τους. Η λειτουργία ενός λογαριασμού γύρου (διεξαγωγής δοσοληψιών) θα ζημιώνει πάντα τον

πελάτη, στην έκταση που οι χρεωστικές εγγραφές των τραπεζικών τόκων μπορούν να είναι υψηλότερες των αντίστοιχων πιστωτικών εγγραφών των εισπραττόμενων εξωτραπεζικών τόκων.

Είναι προφανές πως ούτε συνταγματικός, ούτε νόμιμος, ούτε πρακτικά ενδεδειγμένος είναι ο διαχωρισμός των ανωτάτων ορίων τραπεζικών και εξωτραπεζικών επιτοκίων. Τα θεσπιζόμενα ανώτατα όρια είναι κοινά και στις δύο περιπτώσεις. Ο διοικητικός, λοιπόν, καθορισμός ανωτάτων ορίων εξωτραπεζικών επιτοκίων συνιστά έναν πρώτο σαφή περιορισμό του ύψους των τραπεζικών επιτοκίων χορηγήσεων.

Το ποσοστό του νόμιμου τόκου πρέπει να ορίζεται πάντα με ειδική διάταξη νόμου, αφού εκφεύγει των ορίων μίας συμβατικής σχέσεως. Το ίδιο βέβαια ισχύει κατά κανόνα και για τον τόκο υπερημερίας, ο οποίος συνήθως δεν αποτελεί περιεχόμενο δικαιοπρακτικής ρύθμισης. Όταν, πάντως, καθορίζεται με νόμο το ποσοστό των νόμιμων μόνον τόκων, το ίδιο πρόσωπο θα ισχύσει και για τους τόκους υπερημερίας, αφού και αυτοί αποτελούν είδος των πρώτων.

Επειδή, εξάλλου, καμία υπέρβαση του ποσοστού των νόμιμων τόκων δεν επιτρέπεται, δεν επιτρέπεται επίσης και υπέρβαση του ίδιου ποσοστού των τόκων υπερημερίας, όταν αυτοί, κατ' εξαίρεση, καθορίζονται δικαιοπρακτικά (βλ. ΑΚ 345). Κατά συνέπεια, το με νόμο προσδιοριζόμενο πάντα ποσοστό του νόμιμου τόκου αποτελεί ανώτατο επιτρεπόμενο όριο και του τόκου υπερημερίας.

Συνακόλουθα, το ανώτατο όριο του δικαιοπρακτικού τόκου, κι αν ακόμα δεν καθορίζεται με νόμο – όπως ορίζει η ΑΚ 293 – προκύπτει από τον ως άνω καθορισμό του τόκου υπερημερίας. Ο δικαιοπρακτικός, δηλαδή, τόκος κυμαινόμενος στην πράξη σε επίπεδα χαμηλότερα του υπερημερίας δεν μπορεί ποτέ να τον υπερβαίνει, εκτός κι αν συντρέχει η εξαιρετική περίπτωση της § 3 του άρθρου 109 του ΕισΝΑΚ, αναγνωρίζεται, δηλαδή, ανώτατο όριο θεμιτού δικαιοπρακτικού τόκου υπερβαίνον το ποσοστό του τόκου υπερημερίας. Σήμερα, με νομοθετημένη δυνατότητα συμβατικού καθορισμού του επιτοκίου υπερημερίας σε ποσοστό 2,5% υπεράνω του δικαιοπρακτικού τραπεζικού επιτοκίου το ανώτατο όριο του τελευταίου μπορεί να προσδιορισθεί αντίστοιχα κατά 2,5 εκατοστιαίες μονάδες μικρότερο του

ισχύοντος νόμιμου και κατ' επέκταση του από υπερημέρια επιτοκίου, όπως προκύπτει από τη διάταξη της ΠΔ/ΤΕ 2393/15.7.1996.

Με βάση το εν γένει «θεμιτό» όριο της ΑΚ 294

Τέλος, η διάταξη της ΑΚ 294 κάνει λόγο πλέον περί ανωτάτου «θεμιτού» ορίου, επί υπερβάσεως του οποίου επέρχεται ακυρότης «ως προς το υπερβάλλον».

Θεμιτό, πράγματι, είναι καθετί που συμφωνεί γενικά με το δίκαιο, είτε επειδή είναι σύννομο, συμφωνεί δηλαδή με συγκεκριμένη διάταξη νόμου ή με γενικές αρχές της κείμενης νομοθεσίας, είτε επειδή κείται στα πλαίσια που η κρατούσα κοινωνική ηθική υπαγορεύει, είναι δηλαδή ηθικό, σύμφωνο με τα κρατούντα χρηστά ήθη.

Έτσι, το επιτόκιο είναι θεμιτό, όταν δεν υπερβαίνει, αφενός μεν τα όρια που διαγράφουν τα χρηστά ήθη σε συγκεκριμένη περίπτωση (υποκειμενικά όρια), οπότε ως συνέπεια προβλέπεται η ακυρότητα της όλης δικαιοπραξίας κατά τις ΑΚ 178-179, αφετέρου δε τα όρια που προσδιορίζει ειδικά ο νόμος, ή, σε περίπτωση παραλείψεως προσδιορισμού τους, τα όρια που γενικές αρχές (καλή πίστη, καταχρηστικότητα, συναλλακτικά ήθη) και τα χρηστά ήθη προδιαγράφουν στη βάση αντικειμενικών δεδομένων, όπως ιδίως των κρατουςών νομισματοπιστωτικών συνθηκών, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η ιδιαιτερότητα της συγκεκριμένης περίπτωσης, οπότε ως συνέπεια προβλέπεται μόνον η ακυρότητα του υπερβάλλοντος, κατά την ΑΚ 294.

Στον ερμηνευτικό προσδιορισμό των ανωτάτων ορίων επιτοκίων χρησιμεύουν, κατά τα ανωτέρω, πρωτίστως, τα τυχόν τεθέντα όρια των εξωτραπεζικών ή των νόμιμων επιτοκίων. Όταν δεν υπάρχουν τέτοια όρια, η προσπάθεια οριοθέτησης των επιτοκίων είναι υποχρεωμένη να αναζητήσει άλλες κατά τα μάλλον ή ήττον σταθερές βάσεις. Τέτοια βάση μπορεί να είναι για τα τραπεζικά επιτόκια χορηγήσεων, το επιτόκιο δανεισμού από την κεντρική τράπεζα, προσαυξημένο με ένα μικρό ποσοστό, ως περιθώριο κέρδους της πιστολήπτριας τράπεζας από την περαιτέρω διάθεσή του σε πελάτες της, το οποίο μπορεί μάλλον να προσδιορισθεί με ακρίβεια, αν ληφθούν υπόψη οι διαχρονικά διαμορφωθείσες σχετικές συναλλακτικές συνήθειες. Ως βάση οριοθέτησης των τραπεζικών επιτοκίων χορηγήσεων μπορούν να χρησιμεύσουν ακόμα τα εφαρμοζόμενα από την ίδια τράπεζα

αντίστοιχα επιτόκια καταθέσεων. Μεγαλύτερη διαφορά στο ύψος αυτών των επιτοκίων από τα πρώτα σε σχέση με τη συνήθως κρατούσα ή επιβαλλόμενη διαφορά αποδεικνύει μάλλον αθέμιτη τοκοληψία.

Συμπεράσματα

Σε κάθε περίπτωση, το ύψος των συμφωνούμενων και λαμβανόμενων τόκων, προκειμένου να συγκριθεί με το ανώτατο επιτρεπόμενο, θεμιτό όριο, πρέπει να συμπεριλαμβάνει τις προμήθειες και οποιαδήποτε άλλα ανταλλάγματα συνήθως συμφωνούνται επιπλέον των τόκων, προκειμένου να χορηγηθεί μία πίστωση (ΑΚ 293).

Έτσι, οι συνήθως επιβαλλόμενες από τις τράπεζες παντός είδους επιβαρύνσεις για ελέγχους τίτλων, εγγραφές προσημειώσεων, μελέτης των φακέλων, νομικών εξόδων κλπ. πρέπει να ποσοστοποιούνται σε σχέση με το κεφάλαιο της χορηγούμενης πίστωσης και η ποσοστιαία αναλογία τους να προστίθεται στο συμφωνούμενο επιτόκιο. Το πραγματικό αυτό, μεικτό επιτόκιο, το οποίο αποδίδει τους καθαρούς τόκους και ό,τι λογίζεται ως τόκος κατά την ΑΚ 293, είναι εκείνο που πρέπει όντως να περιορίζεται καθ' ύψος προς αποφυγή πάσης φύσεως εκμετάλλευσης του αντισυμβαλλόμενου, πελάτη της τράπεζας. Σε αντίθετη περίπτωση, η πιστωτική λειτουργία των τραπεζών παραμένει ανεξέλεγκτη και η επιβαλλόμενη προστασία του ασθενέστερου συμβαλλόμενου γράμμα κενό.

Κατά τα λοιπά, τα ανώτατα όρια των τραπεζικών επιτοκίων χορηγήσεων προσδιορίζονται, σύμφωνα με τα παραπάνω, είτε με βάση το διοικητικά καθοριζόμενο ύψος των εξωτραπεζικών επιτοκίων, είτε, ελλείψει τούτων, με βάση το νόμιμο επιτόκιο και το συναφές επιτόκιο υπερημερίας, είτε με βάση την ευρεία ερμηνευτική αναζήτηση του «θεμιτού» τόκου κατά την ΑΚ 294, που επιτρέπει τον προσδιορισμό των ανωτάτων ορίων όχι μόνο με βάση ρητές διατάξεις νόμου, αλλά και βάσει των χρηστών ηθών. Τα τελευταία χαράσσουν ένα ευρύ πλαίσιο διάγνωσης ανωτάτων ορίων επιτοκίων. Για τον προσδιορισμό τους μπορούν, έτσι, να ληφθούν υπόψη το επιτόκιο δανεισμού από την κεντρική τράπεζα, τα επιτόκια καταθέσεων της ίδιας της πιστοδότριας τράπεζας και, ακόμα, η μέση πιστοληπτική ικανότητα επιχειρήσεων και νοικοκυριών.

Τελειώνοντας, φαίνεται αναγκαία μία ακόμα παρατήρηση. Από την ΑΚ 179 και τις ποινικές διατάξεις περί τοκογλυφίας, διαφαίνεται με σαφήνεια ότι ανήθικη ή παράνομη δεν είναι μόνον η συμφωνία, αλλά και η λήψη υπερβολικών τόκων. Κατά συνέπεια, σε μία χρονική συγκυρία προϊούσης υποχώρησης του ύψους των επιτοκίων, οι τράπεζες δεν μπορούν να επιδιώκουν πλέον την είσπραξη των ίδιων επιτοκίων, που είχαν συμφωνήσει κατά το χρόνο κατάρτισης της δανειακής σύμβασης στην έκταση που αυτά υπερβαίνουν κατά την είσπραξη τα ανώτατα θεμιτά όρια, ακόμα και αν τα επιτόκια αυτά έχουν καθορισθεί ως εισπρακτέα σε εκδοθείσα διαταγή πληρωμής ή εκτελεστή απόφαση. Η εκτέλεση σε μία τέτοια περίπτωση, ως συνιστώσα πράξη ικανοποίησης ουσιαστικού δικαιώματος, που απαγορεύεται από το νόμο, μπορεί ασφαλώς να προσβληθεί με ανακοπή, ενώ η τελείωσή της, ως είσπραξη παράνομων τόκων, θα δημιουργεί θέμα τοκογλυφίας και υποχρέωσης αποδόσεως του υπερβάλλοντος τόκου ως αδικαιολόγητου πλουτισμού. Στο πλαίσιο αυτό, εντάσσονται και οι δραστηριότητες της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας για έλεγχο και εναρμόνιση των τραπεζικών επιτοκίων, με στόχο τη δέσμευση των εθνικών τραπεζών.

Ζητήματα που ανακύπτουν από το κυμαινόμενο επιτόκιο

Η πρακτική του κυμαινόμενου επιτοκίου παρέχει στην τράπεζα τη δυνατότητα να τροποποιεί το αρχικά συμφωνηθέν επιτόκιο μίας πιστωτικής σύμβασης κατά βούληση. Με τον τρόπο αυτό μπορεί να συμφωνεί στην αρχή ιδιαίτερα ελκυστικό για τους δανειολήπτες επιτόκιο και στη συνέχεια να το αναπροσαρμόζει κατά το συμφέρον της, αδιαφορώντας πλέον για τις επιπτώσεις της συμπεριφοράς της αυτής στη σχέση της με τον οφειλέτη. Ο συγκεκριμένος όρος τίθεται στις δανειακές συμβάσεις ως επί το πλείστον ώστε να μπορεί να θεωρηθεί ΓΟΣ και να ελεγχθεί ως καταχρηστικός.

1. Παράβαση των διατάξεων περί αθέμιτου και ελεύθερου ανταγωνισμού

Η πάγια αυτή πρακτική των τραπεζών συνιστά εναρμονισμένη πρακτική τους με στόχο και εμφανή συνέπεια τη νόθευση του ανταγωνισμού. Πράγματι, αφού το αρχικά συμφωνούμενο επιτόκιο είναι ιδιαίτερα ελκυστικό

και εντούτοις η τράπεζα δικαιούται είτε να το αυξήσει στο ύψος των αναγκών της είτε να μη το μειώσει στο επιβαλλόμενο από τις ευνοϊκές συνθήκες της αγοράς ύψος, εκδηλώνεται μία συμπεριφορά προσέλκυσης πελατείας που ασφαλέστατα αντίκειται στα χρηστά ήθη. Η γενικευμένη ανοχή που παρατηρείται έναντι αυτής της αθέμιτης ανταγωνιστικής συμπεριφοράς (άρθρ. 1 του ν. 146/1914) χρήζει της προσήκουσας προσοχής της Επιτροπής Ανταγωνισμού.

2. Ελευθερία των συμβάσεων (ΑΚ 361) - όρια

Είναι αυτονόητο ότι οι τράπεζες μπορούν καταρχήν να συμφωνούν με τους πελάτες τους οποιαδήποτε τροποποίηση των συμβατικών τους σχέσεων (ΑΚ 361) με την επιφύλαξη βέβαια των διατάξεων για την κατάχρηση δικαιώματος και την ανηθικότητα.

Έτσι, δικαιούνται να μειώνουν το ύψος των συμφωνημένων επιτοκίων προς όφελος των πελατών τους, οπότε θα πρόκειται για σύμβαση μερικής άφεσης χρέους (ΑΚ 454). Όμως, δε δικαιούνται να τροποποιούν μονομερώς τα συμφωνημένα επιτόκια σε βάρος των αντισυμβαλλόμενων τους ούτε ακόμα και στις περιπτώσεις μεταβολής των νομισματοπιστωτικών συνθηκών ή της αλλαγής του επιτοκίου αναχρηματοδοτήσεώς τους, επειδή τα γεγονότα αυτά εμπίπτουν στο πεδίο ευθύνης τους και οφείλουν να τα υπολογίζουν και να τα συνεκτιμούν κατά την κατάρτιση της τραπεζικής σύμβασης. Δεν αποκλείεται όμως η δυνατότητα δικαστικής αναπροσαρμογής των επιτοκίων, όταν ιδίως πρόκειται για παντελώς απρόβλεπτη μεταβολή των συνθηκών βάσει ΑΚ 388.

Πάντως οι τράπεζες μπορούν να επιφυλάσσουν (στις εν λόγω συμβάσεις) στον εαυτό τους το δικαίωμα να προσδιορίζουν οι ίδιες τα επιτόκια και να τα τροποποιούν στη συνέχεια κατά το μέτρο που επιβάλλεται από την κατάσταση της αγοράς και τους όρους αναχρηματοδότησής τους και με τους περιορισμούς των δικών τους ανακοινώσεων και της γενικότερης για όμοιας κατηγορίας πελάτες εφαρμογής επιτοκίων. Ωστόσο ο προσδιορισμός αυτός πρέπει να γίνεται «κατά δικαίαν κρίσην» υποκείμενος γι' αυτό σε δικαστικό

έλεγχο κατά την ΑΚ 371 και να θεωρείται άκυρη η σύμβαση βάσει της ΑΚ 372²⁶².

Η ελευθερία του προσδιορισμού και της τροποποίησης των επιτοκίων υπόκειται συνεπώς σε σαφείς περιορισμούς, που δεν είναι άλλοι από τις απορρέουσες από την ΑΚ 288 υποχρεώσεις της τράπεζας:

1. να γνωστοποιεί με σαφήνεια στον πελάτη της τις προϋποθέσεις άσκησης του τυχόν προβλεπόμενου δικαιώματός της για αναπροσαρμογή επιτοκίων κατά την κατάρτιση ήδη της σύμβασης,
2. ν' ανακοινώνει τη μονομερή τροποποίηση που επιφέρει με τρόπο που να εξασφαλίζεται οπωσδήποτε η γνώση της από τον πελάτη,
3. ν' ανεχθεί καταγγελία της έννομης σχέσης (συνήθως διαρκούς ενοχής) μέσα σ' εύλογο χρονικό διάστημα από τον πελάτη, που δεν θα αποδεχθεί την αναπροσαρμογή,
4. να του παραχωρήσει επίσης εύλογη προθεσμία εκκαθάρισεως της σχέσεως ιδίως για να μπορέσει ο πελάτης να συμβληθεί με άλλη τράπεζα.

Η παράλειψη θεσπίσεως σαφών προϋποθέσεων για την άσκηση του δικαιώματος αναπροσαρμογής επιτοκίων καθιστά τη σχετική συμφωνία άκυρη (ΑΚ 288, 281 και 174), ενώ η άσκηση του δικαιώματος χωρίς τη συνδρομή των προϋποθέσεων που τέθηκαν είναι αδύνατη, αφού η ίδια η γένεσή του ως αποτέλεσμα δικαιοπραξίας υπό αναβλητική αίρεση εξαρτάται από την πλήρωση αυτών των προϋποθέσεων (ΑΚ 201).

Η αναγγελία εξάλλου της αναπροσαρμογής απευθύνεται αναγκαία στον πελάτη και παράγει αποτελέσματα αμέσως μόλις αυτός λάβει γνώση του περιεχομένου της και όχι απλώς από της λήψεως, όπως είναι ο κανόνας (ΑΚ 167).

Η μη εκπλήρωση της υποχρέωσης της τράπεζας για παραχώρηση προθεσμίας εκκαθάρισης της σχέσεως δημιουργεί αξιώσεις αποζημίωσης του πελάτη για πλημμελή εκπλήρωση της παροχής.

Όλες αυτές οι υποχρεώσεις της τράπεζας και το δικαίωμα καταγγελίας του πελάτη, απορρέουσες από τις διατάξεις αναγκαστικού δικαίου ΑΚ 288,

²⁶² Σχετικές οι ΕφΑθ 629/2000, ΔΕΕ 2000, σελ. 1123 επ. και ΠΠρΑθ 1119/2002 που προβλέπει ότι ο ΓΟΣ που δέχεται τη μονομερή μεταβολή του επιτοκίου χωρίς ειδικό και

281, δεν μπορούν ν' αποκλεισθούν εκ των προτέρων με παραίτηση του ενός ή με συμφωνία και των δύο μερών. Τέτοια παραίτηση ή συμφωνία θα ήταν άκυρη (ΑΚ 3, 174).

Τέλος, το αίτημα της αγωγής περί καταβολής τόκων με βάση επιτόκιο που αναπροσαρμόσθηκε, θα πρέπει να στηρίζεται σε αναφορά της επέλευσης των σχετικών προϋποθέσεων και της τήρησης από την τράπεζα των υποχρεώσεων που τη βαρύνουν, ιδίως της αναγγελίας στον πελάτη και του προσδιορισμού του νέου επιτοκίου με δίκαιη κρίση.

Προβλήματα στο θέμα του ανατοκισμού – τα δικαιώματα των πιστοληπτών (με το ν. 2601/98)

Το ζήτημα του ανατοκισμού είναι από τα πιο «φλέγοντα» και «αμφιλεγόμενα» θέματα του τραπεζικού δικαίου ενόψει του κινδύνου υπερβολικής αύξησης της οφειλής που συνήθως ο μέσος αντισυμβαλλόμενος δεν αντιλαμβάνεται ούτε μπορεί να τον σταθμίσει με ακρίβεια.

Καταρχήν, ανατοκισμός είναι ο τόκος τόκου, δηλ. η κεφαλαιοποίηση των καθυστερούμενων τόκων και όταν αυτός διενεργείται χωρίς χρονικούς ή ποσοτικούς περιορισμούς (όπως συνέβη με την απόφαση ΝΕ 289/1980), οδηγεί στην υπερβολική διόγκωση του χρέους προς τις τράπεζες μέσα σε σύντομο χρονικό διάστημα σε σημείο ώστε να είναι πια αδύνατη κάθε αντιμετώπισή τους από τις δανειολήπτριες επιχειρήσεις και να οδηγεί σε οικονομική κατάρρευσή τους. (Μπορεί) να αφορά τόσο στους καθυστερούμενους νόμιμους συμβατικούς τόκους όσο και στους τόκους υπερημερίας που οφείλονται από το ίδιο κεφάλαιο και τον ίδιο οφειλέτη.

Το νομοθετικό πλαίσιο περί ανατοκισμού είναι ευρύ, αφού σχετική ρύθμιση περιλαμβάνεται τόσο στον ΑΚ όσο και στην ΑΝΕ 2891/1980, στις αποφ. ΑΠ, 8, 9 του 1998 και στο αρθ. 12 του ν. 2601/98 καθώς και στο αρθ. 30 του ν. 2789/00. Ας σημειωθεί ότι η ρύθμιση του ΑΚ εφαρμόζεται σήμερα μόνο στις εξωτραπεζικές συναλλαγές, που αποτελούν το μικρότερο ποσοστό των πιστωτικών συμβάσεων στις οποίες ανακύπτει το ζήτημα του ανατοκισμού. Ακολουθεί συνοπτική αναφορά των σχετικών ρυθμίσεων.

σπουδαίο λόγο και το δικαίωμα καταγγελίας σε περίπτωση που ο οφειλέτης δε συμφωνήσει

1. Ρύθμιση του ΑΚ

Ο νομοθέτης του ΑΚ αντιμετωπίζει το θέμα του ανατοκισμού με έντονη δυσπιστία, γιατί διαβλέπει τον κίνδυνο υπερβολικής επιβάρυνσης και κατ' αποτέλεσμα οικονομικής καταστροφής του κατά τεκμήριο ασθενέστερου και άρα ευάλωτου σε εκμετάλλευση συμβαλλομένου, δηλαδή του οφειλέτη. Χαρακτηριστική είναι η βασική διάταξη του 296 παρ. 1 ΑΚ, που θεσπίζει κανόνα αναγκαστικού δικαίου που επιβάλλει τις ακόλουθες τρεις προϋποθέσεις:

Πρώτον, απαιτείται συμφωνία ή έγερση καταψηφιστικής αγωγής, ώστε ο οφειλέτης να συμμετάσχει στην αναμόρφωση του ύψους της οφειλής του.

Δεύτερον, πρέπει να πρόκειται για οφειλόμενους τόκους τουλάχιστον ενός έτους ή μίας χρήσης αν πρόκειται για δημόσιο.

Τρίτον, η συμφωνία ή η έγερση της αγωγής μπορεί να γίνει μόνο μετά την πάροδο του έτους ή της χρήσης επί δημοσίου.

Από όσα εκτέθηκαν προκύπτει αβίαστα το συμπέρασμα πως βασική αρχή της ελληνικής έννομης τάξης είναι το επιτρεπτό του ανατοκισμού μόνο υπό αυστηρές προϋποθέσεις. Υπάρχουν όμως κάποιες περιπτώσεις, στις οποίες ο νομοθέτης του ΑΚ εμφανίζεται περισσότερο ελαστικός.

Απόκλιση από την προϋπόθεση της μεταγενέστερης συμφωνίας

Πρώτον, στην παρ. 2 του 296 ΑΚ ορίζεται πως «Ταμειευτήρια, πιστωτικά ιδρύματα και τράπεζες μπορούν να ορίσουν με το καταστατικό τους ή να συνομολογήσουν από πριν ότι οι τόκοι καταθέσεων που δεν εισπράττονται θα ισχύουν ως νέα έντοκη κατάθεση».

Δεύτερον, σύμφωνα με το 110ΕισΝΑΚ «Πιστωτικά καταστήματα, που χορηγούν δάνεια με κεφάλαια που προέρχονται από έντοκα ομολογιακά δάνεια, επιτρέπεται να συνομολογούν προκαταβολικά, για τα δάνεια που χορηγούν, ότι οι τόκοι γίνονται αυτοδικαίως τοκοφόροι ύστερα από εξαμήνη καθυστέρηση».

Απόκλιση από την προϋπόθεση της χρονικής συχνότητας του ανατοκισμού

είναι καταχρηστικός.

Πρώτον, η παρ. 2 της 111ΕισΝΑΚ ορίζει ότι για απαίτηση μεταξύ εμπόρων, από εμπορική και για τους δύο αιτία, μπορούν να συμφωνηθούν ή να απαιτηθούν με αγωγή τόκοι σε οφειλή τόκων ενός τουλάχιστον εξαμήνου.

Δεύτερον, η 112ΕισΝΑΚ ρυθμίζει τις προϋποθέσεις του ανατοκισμού στην περίπτωση αλληλόχρεου λογαριασμού μεταξύ προσώπων εκ των οποίων το ένα τουλάχιστον φέρει εμπορική ιδιότητα. Σύμφωνα με αυτή «από την ημέρα που ο λογαριασμός αυτός έκλεισε, το κατάλοιπο είναι αυτοδικαίως τοκοφόρο, έστω και αν ο λογαριασμός περιέχει κονδύλια από τόκο που οφείλεται για διάστημα μικρότερο από ένα έτος».

Στο σημείο αυτό πρέπει να τονιστεί πως ακόμα και στις εξαιρετικές αυτές διατάξεις παρατηρούνται τα ακόλουθα κοινά χαρακτηριστικά²⁶³: α) σε κάθε περίπτωση απαιτείται συμφωνία των μερών, έστω και προγενέστερη, β) πάντοτε γίνεται προσδιορισμός της χρονικής συχνότητας του ανατοκισμού, ακόμα και στη μοναδική περίπτωση που ορίζεται αυτοδίκαιος ανατοκισμός (112ΕισΝΑΚ).

2. Ρύθμιση της ΝΕ 289/80 («αυτοδίκαιος ανατοκισμός»)

Με βάση την ΑΝΕ 289/80 επετράπη ο εκτοκισμός των οφειλομένων στα πιστωτικά ιδρύματα, που λειτουργούν στην Ελλάδα, τόκων με αποφάσεις της ΝΕ «από της πρώτης ημέρα καθυστερήσεως» χωρίς οιονδήποτε χρονικό ή άλλο περιορισμό. Ως αιτιολογία της ρύθμισης αυτής προβλήθηκε η εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος, ώστε δηλαδή τα πιστωτικά ιδρύματα να μπορέσουν να αντιμετωπίσουν το οικονομικό βάρος από την κεφαλαιοποίηση των τόκων που τα ίδια οφείλουν στους καταθέτες τους, των οποίων τα χρήματα διαχειρίζονται και διακινούν για την οικονομική ανάπτυξη της χώρας.

Παρερμηνεύοντας τη διάταξη αυτή, οι τράπεζες άρχισαν έκτοτε να εφαρμόζουν αδιάκριτα τον ανατοκισμό σε κάθε παρεχόμενη πίστωση ακόμα και χωρίς προηγούμενη συμφωνία με τον πιστολήπτη και για χρονικά διαστήματα που μερικές φορές μπορούσαν να είναι και μικρότερα του μήνα.

Η ρύθμιση αυτή ορθά κρίθηκε αντισυνταγματική και λόγω της έλλειψης της απαιτούμενης κατά το άρθρο 43 § 2 Σ νομοθετικής εξουσιοδότησης και

²⁶³ Βλ. Λαδά, όπ.π., σελ. 129.

γιατί αντίκειται στο 5 § 1 Σ αφού θίγει την οικονομική ελευθερία του ατόμου και στο 4 Σ περί ισότητας και ίσης μεταχείρισης με την αναγνώριση ευνοϊκότερου καθεστώτος ανατοκισμού για τα πιστωτικά ιδρύματα.

3. Αποφάσεις 8, 9/1998 της Ολομέλειας του ΑΠ

Με αυτές τις αποφάσεις – σταθμούς ο ΑΠ όρισε πλέον καθαρά ότι η παραπάνω απόφαση ΝΕ 289/80 επιτρέπει ουσιαστικά την εκ των προτέρων συμφωνία του ανατοκισμού για χρονικά όμως διαστήματα που θα πρέπει να ανταποκρίνονται στον οικονομικό σκοπό του σχετικού δικαιώματος των τραπεζών.

Συνεπώς, με τις αποφάσεις αυτές αίρεται η έννοια του «αυτοδίκαιου» ανατοκισμού και τη θέση του παίρνει ο συμβατικός ανατοκισμός.

4. Άρθρο 12 του ν. 2601/98

Με βάση την τελευταία αυτή ρύθμιση, είναι δυνατές οι ακόλουθες διακρίσεις όσον αφορά το θέμα του ανατοκισμού στις τραπεζικές πιστωτικές συμβάσεις:

1. Σε περιπτώσεις απλών δανειακών ή άλλων πιστωτικών συμβάσεων και συμβάσεων ανοίγματος πιστώσεως είναι δυνατή η συμφωνία ανατοκισμού των «καθυστερούμενων» τόκων από την πρώτη ημέρα της καθυστέρησης, είτε αυτή προσδιορίζεται ρητά, είτε προκύπτει από προηγηθείσα όχληση, κατά χρονικά διαστήματα έξι μηνών και άνω (§ 1 άρθρα 12 ν. 2601/98).

2. Όταν οι παραπάνω συμβάσεις συνδέονται με κατά κυριολεξία «αλληλόχρεο» λογαριασμό, χαρακτηριστικό του οποίου είναι τουλάχιστον η αμοιβαιότητα των καταχωρούμενων απαιτήσεων και ο οποίος συναντάται στις σπάνιες περιπτώσεις συνδυασμού συμβάσεων ανοίγματος πιστώσεως, καταθέσεως και γύρου, ο ανατοκισμός γίνεται κατά την ΕισΝΑΚ 112, είτε αυτοδικαίως ανά εξάμηνο, οπότε κλείεται περιοδικά ο λογαριασμός, είτε κατόπιν συμφωνίας ανά εξάμηνο ή ανά διαστήματα μεγαλύτερα του εξαμήνου. Το οριστικό, όμως, κατάλοιπο συνεχίζει να ανατοκίζεται μόνον, όταν έχει υπάρξει συμφωνία και για τα διαστήματα που έχουν καθορισθεί, όχι όμως για διαστήματα μικρότερα του εξαμήνου (άρθρο 12 § 1 ν. 2601/98).

3. Σε όλες τις ως άνω συμβάσεις, αν δεν έχει υπάρξει συμφωνία περί ανατοκισμού, ο ανατοκισμός γίνεται κατά τις γενικές διατάξεις των άρθρων 296 ΑΚ και 110-111 ΕισΝΑΚ.

Εξαίρεση προβλέπεται καταρχήν για τον ανατοκισμό σε περίπτωση αλληλόχρεου λογαριασμού, όπου κατά την ΕισΝΑΚ 112 ισχύει αυτοδικαίως ο εξαμήνος ανατοκισμός μέχρι το οριστικό κλείσιμο του λογαριασμού.

4. Σε περιπτώσεις πιστωτικών συμβάσεων, που συνδέονται με απλούς τρέχοντες ή ανοικτούς λογαριασμούς, όπου δεν παρατηρείται αμοιβαιότητα απαιτήσεων, έστω κι αν αυτοί χαρακτηρίζονται καταχρηστικά ως «αλληλόχρεοι» δημιουργείται το εξής πρόβλημα. Ως έχοντες καταρχήν τη λειτουργία του αλληλόχρεου λογαριασμού στα πλαίσια της συμβατικής ελευθερίας, δεν δημιουργούν «καθυστερούμενους» τόκους, αφού οι τόκοι μπαίνουν στο λογαριασμό χάνοντας την αυτοτέλειά τους, καθιστάμενοι μη απαιτητά κονδύλια, αποκλείοντας κατά συνέπεια, οποιαδήποτε «καθυστέρηση». Συνεπώς, ο ανατοκισμός φαίνεται να απαγορεύεται κατά τη διάρκεια λειτουργίας των λογαριασμών, τόσο κατά τη διάταξη της § 1 άρθρου 12 ν. 2601/98, αφού δεν υφίσταται η προϋπόθεση των τόκων «σε καθυστέρηση», όσο και κατά την ΕισΝΑΚ 112, αφού δεν πληρούται επίσης ο όρος της αμοιβαιότητας.

Φαίνεται, όμως, ότι η εξαίρεση αυτή δεν ανταποκρίνεται στο σκοπό του νόμου, που επιδιώκει μία ευνοϊκή για τις τράπεζες ρύθμιση. Πρόκειται μάλλον για μία υπολανθάνουσα σύγχυση εννοιών γύρω από τον τρέχοντα ή ανοικτό και αλληλόχρεο λογαριασμό. Με διασταλτική, συνεπώς, ερμηνεία του νόμου είμαστε υποχρεωμένοι να δεχθούμε ότι και στις τελευταίες ως άνω περιπτώσεις του απλού τρέχοντος ή ανοικτού λογαριασμού, είναι επιτρεπτή η συμφωνία ανατοκισμού ανά εξαμήνο ή για μεγαλύτερα του εξαμήνου χρονικά διαστήματα, κατόπιν αντίστοιχων περιοδικών κλεισιμάτων του λογαριασμού. Το ίδιο ασφαλώς ισχύει και ως προς το οριστικό κατάλοιπο του λογαριασμού. Αποκλείεται, όμως, ο εν ελλείψει συμφωνίας αυτοδίκαιος ανατοκισμός της ΕισΝΑΚ 112.

5. Πιστωτικές εν γένει συμβάσεις σε συνάλλαγμα με πρόσωπα που δεν έχουν κατοικία ή έδρα στην Ελλάδα, συμβάσεις με αντικείμενο παράγωγα χρηματοοικονομικά προϊόντα και συμβάσεις πιστώσεων μεταξύ πιστωτικών ή χρηματοδοτικών ιδρυμάτων, επιτρέπεται να περιλαμβάνουν συμφωνίες για

τον ανατοκισμό χωρίς κανέναν περιορισμό. Μάλιστα, το ίδιο μπορεί να ισχύσει και σε άλλες, ειδικής φύσεως, χρηματοοικονομικές συναλλαγές, που θα ορίζονται με πράξεις του Διοικητή της Τράπεζας της Ελλάδος (§ 5 άρθρου 12). Η σχετική πάντως ελευθερία υπόκειται στις γενικές περιοριστικές διατάξεις των άρθρων 178, 179, 281, 288 ΑΚ.

6. Συμφωνίες περί ανατοκισμού σε μικρότερα του εξαμήνου χρονικά διαστήματα, που καταρτίστηκαν πριν την έναρξη ισχύος του νόμου 2601/98, εξακολουθούν να ισχύουν, με τους περιορισμούς – εννοείται – των ισχυόντων υπό το καθεστώς της αποφάσεως 289/80, η οποία, επίσης, εξακολουθεί να ισχύει ως προς τις παλαιότερες συμβάσεις (§ 2, εδ. 1 άρθρου 12).

Όταν, όμως, δεν υπάρχει σχετική συμφωνία στις συμβάσεις αυτές, ο νόμος καινοτομεί, ορίζοντας ότι – προφανώς για το μέλλον – θα γίνεται «αυτοδίκαια ανατοκισμός ανά εξάμηνο κατ' ελάχιστο όριο». Ειδικά δε για τα στεγαστικά δάνεια ορίζει την έναρξη του αυτοδίκαιου εξαμήνου ανατοκισμού μετά δωδεκάμηνο από την έναρξη ισχύος του νόμου, ενώ για τις πιστώσεις μέσω πιστωτικών δελτίων (καρτών) προβλέπει ισχύ του εξαμήνου ανατοκισμού από την πρώτη ανανέωσή τους (§ 2, εδ. 2 και 3 άρθρου 12).

Η τελευταία αυτή ρύθμιση φαίνεται ιδιαίτερα προβληματική. Συνιστά, μάλλον, επέμβαση στην οικονομική ελευθερία και άνιση μεταχείριση ελλήνων πολιτών, αφού παρά την έλλειψη συμφωνίας επιβάλλει ιδίως υπέρ τραπεζών χρηματική ενοχική υποχρέωση ή, έστω, ευνοεί διαδικαστικά τις τράπεζες σε βάρος πελατών τους – δανειοληπτών ευρισκόμενων μάλιστα ήδη σε δυσχερή οικονομική θέση. Βέβαια, σε ελάχιστες περιπτώσεις, όπως τις πιστώσεις μέσω πιστωτικών δελτίων (καρτών), η ρύθμιση ευνοεί στην πράξη τους παλαιότερους πιστολήπτες – λόγω των συχνότερων (μηνιαίων) ανατοκισμών τους – δεν παύει όμως η ρύθμιση να είναι προβληματική και υπό αντίστροφη θεώρηση. Η επιβολή και η νομιμότητα του ανατοκισμού στις περιπτώσεις αυτές ήταν και είναι θέμα των ιδιαίτερων συμφωνιών των μερών, των συνθηκών που τις διέπουν, των ισχυσάντων ειδικών νόμων και των γενικών αρχών του αστικού μας δικαίου για την καλή πίστη και την κατάχρηση δικαιώματος. Η ανατροπή αυτού του καθεστώτος σε βάρος αποκλειστικά του ενός συμβαλλόμενου μέρους φαίνεται αδικαιολόγητη από κάθε άποψη.

7. Στην § 4 του άρθρου 12 ν. 2601/98 ορίζεται ότι οι διατάξεις του άρθρου δεν επηρεάζουν όσα έχουν κριθεί τελεσίδικα ή ρυθμίστηκαν με

συμβιβασμό ή αναγνώριση χρέους ή άλλη συμφωνία μεταξύ πιστωτικών ιδρυμάτων και οφειλετών, αναφορικά με πιστωτικές συμβάσεις, μέχρι τη δημοσίευση του νόμου.

Η διάταξη αυτή επιδιώκει προφανώς, κατά το γράμμα της, τη διατήρηση των διευθετήσεων του ανατοκισμού, που έγιναν δικαστικά ή εξώδικα σε παλαιές συμβάσεις, ώστε να αποκλείεται η επιβολή του αυτοδίκαιου εξάμηνου ανατοκισμού των προηγούμενων παραγράφων στα ανεξόφλητα υπόλοιπα των περιπτώσεων αυτών. Πάντως, αν οι σχετικές συμφωνίες και δικαστικές αποφάσεις είχαν στηριχθεί στις θέσεις της προηγούμενης εσφαλμένης νομολογίας του ΑΠ για τον ανατοκισμό, μπορούν να ανατραπούν, με εφαρμογή των κατάλληλων διατάξεων του αστικού και του δικονομικού μας δικαίου, κυρίως, λόγω πλάνης ή με άσκηση αναιρέσεως για παράβαση νόμου αντίστοιχα.

Αντίθετη άποψη, ότι με τη διάταξη της § 4 επιδιώκεται η μη ανατροπή των συμφωνηθέντων ή επιδικασθέντων κατ' εφαρμογή της εσφαλμένης νομολογίας, ούτε στο γράμμα του νόμου βρίσκει το ελάχιστο έρεισμα, ούτε μπορεί να εναρμονισθεί προς βασικές συνταγματικές αρχές, όπως, την αυτονομία της ιδιωτικής βουλήσεως, την ισότητα, το δικαίωμα σε παροχής έννομης προστασίας από τα δικαστήρια.

8. Ο καθιερωθείς, πάντως, και στις περιπτώσεις συμβατικός ανατοκισμός, βρίσκοντας τη δικαιολογητική βάση του στον αντίστοιχο ανατοκισμό των καταθέσεων, δεν μπορεί να οδηγεί σε καταχρηστικές πρακτικές και άδικα αποτελέσματα. Δεν μπορεί ιδίως να χρησιμοποιείται προς κάλυψη των ευθυνών μίας τράπεζας από αλόγιστες διοχετεύσεις των καταθέσεων σε ασύμφορες και καταδικασμένες σε αποτυχία χρηματοδοτήσεις με επακόλουθο την ολοσχερή και διαρκή αχρήστευση του ατυχούς δανειολήπτη.

Γι' αυτό και ο εύλογος περιορισμός της έκτασης του χρέους από ανατοκισμούς επιβάλλεται ιδίως από τις ΑΚ 281 και 178-179 και, ειδικότερα, από τις πλέον πρόσφατες διατάξεις του άρθρου 30 ν. 2789/2000.

Τα δικαιώματα των πιστοληπτών

Με την επί χρόνια εφαρμοζόμενη από τις τράπεζες απόφαση της ΝΕ 289/1980 παραβιάζονταν οι βασικές αρχές της νομιμότητας, της μη καταχρηστικής άσκησης δικαιωμάτων (ΑΚ 281), της αυτονομίας της ιδιωτικής βούλησης, της καλής πίστης και των χρηστών ηθών.

Με τη στροφή όμως αυτή της νομολογίας ανέκυψε το ερώτημα, αν οι πιστολήπτες έχουν πλέον αξιώσεις αδικαιολογήτου πλουτισμού κατά των τραπεζών για τα ποσά των τόκων επί των τόκων («πανωτόκια», κατά τη δημοσιογραφική ορολογία), που ήδη έχουν εξαναγκασθεί να καταβάλλουν με βάση τη νομολογιακά εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή της αποφάσεως ΝΕ 289/30.10.80, χωρίς δηλαδή πρόβλεψη στην πιστωτική σύμβαση.

Η απάντηση δεν μπορεί να είναι ενιαία για όλες τις περιπτώσεις. Η αξίωση αδικαιολογήτου πλουτισμού κατά την ΑΚ 904 προϋποθέτει καταρχήν έλλειψη του στοιχείου της «νόμιμης αιτίας» διατήρησης του πλουτισμού από τον καταστάντα πλουσιότερο. Νόμιμη, όμως αιτία πλουτισμού συνιστά, μεταξύ άλλων, το δεδικασμένο. Έτσι, όταν υπάρχει ήδη απόφαση ή διαταγή πληρωμής με ισχύ δεδικασμένου αναφορικά με την απαίτηση τόκου τόκων, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 321 επ. και 633 ΚΠολΔ, αποκλείεται η αναζήτησή του με βάση την ΑΚ 904. Εάν δεν υφίσταται δεδικασμένο και εκκρεμεί η διαδικασία της αναγκαστικής εκτέλεσης, αντιρρήσεις μπορούν να προβληθούν με τα κατά περίπτωση ενδεικνυόμενα ένδικα μέσα και τις ανακοπές των άρθρων 632, 633, 933 επ. και 979 ΚΠολΔ, ακόμα, και κατά του πίνακα κατάταξης δανειστών σε περίπτωση πλειστηριασμού. Εάν τέτοιες αντιρρήσεις δεν προβλήθηκαν ή προβλήθηκαν και απορρίφθηκαν, χωρίς εντούτοις να έχει ακόμα δημιουργηθεί δεδικασμένο, αλλά ο πιστολήπτης είτε κατέβαλε τους τόκους τόκων για να αποτραπεί η αναγκαστική εκτέλεση – περίπτωση, που αφορά η ΟΛΑΠ 8/1998 – είτε εξαναγκάσθηκε η είσπραξή τους μέσω της αναγκαστικής εκτέλεσης, η αξίωση αδικαιολογήτου πλουτισμού παραμένει ακέραια, αφού με βάση την εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή της αποφάσεως ΝΕ 289/30.10.80 είσπραξη τόκων επί τόκων συνιστά παράνομη αιτία πλουτισμού των τραπεζών και, εν πάση περιπτώσει, αχρεώστητη παροχή.

Ας σημειωθεί, πάντως, ότι το δεδικασμένο ως νόμιμη αιτία πλουτισμού στα πλαίσια της ΑΚ 904, μπορεί μάλλον να χάσει τη σημασία του, όταν

προβαλλόμενο ως ένσταση από την τράπεζα κατά του ενάγοντος πελάτη της, παρίσταται στη συγκεκριμένη περίπτωση ως καταχρηστική άσκηση δικαιώματος (ΑΚ 281). Τέτοια περίπτωση συνιστά συχνά η εξαιτίας των παράνομων ανατοκισμών και δικαστικών διώξεων δυσχερής οικονομική κατάσταση του οφειλέτη, που έχει δει να εξανεμίζονται αναίτια όλα τα περιουσιακά του στοιχεία, φθάνοντας σε σημείο στέρησης και των πλέον ακόμα χρειωδών του βίου ή των προοπτικών μίας νέας επαγγελματικής αρχής.

Επιστρεπτέος, όμως, από πλευράς τραπεζών, όταν δεν υπάρχει δεδικασμένο, είναι βέβαια ο πραγματικός και συγκεκριμένος πλουτισμός, δηλαδή η περιουσιακή ωφέλεια, που πράγματι επήλθε. Η καταβολή οποιουδήποτε ανταλλάγματος ή η οποιαδήποτε οικονομική θυσία της τράπεζας (π.χ. διαχειριστικά, δικαστικά έξοδα, διαφυγόντα κέρδη) λαμβάνονται υπόψη ως νόμιμη αιτία που δικαιολογεί τη μερική ή ολική διατήρηση του πλουτισμού. Εξάλλου, τόσο η ενόψει των περιστάσεων (παλαιότερης νομολογίας και πρακτικής) δυνατότητα ερμηνείας (ΑΚ 200) των παλαιών πιστωτικών συμβάσεων με αλληλόχρεο – και όχι απλώς «τρέχοντα» κατά τις διακρίσεις που επιχειρούνται παρακάτω – λογαριασμό, που προβλέπουν περιοδικά κλεισίματα (ανατοκισμού) ανά τρίμηνο ή εξάμηνο (ΕισΝΑΚ 112), προς την κατεύθυνση της αποδοχής της ίδιας συμφωνίας σιωπηρά και μετά το οριστικό κλείσιμό του, όσο και η γενική δυνατότητα ν' απαιτηθούν με αγωγή από τις τράπεζες τόκοι τόκων ανά εξάμηνο (ΕισΝΑΚ 111) ή κατ' έτος (ΑΚ 296), παρέχει μάλλον σ' αυτές την ευχέρεια ν' αρνηθούν βάσιμα την απόδοση του συνόλου ή μέρους του πλουτισμού από τον ανατοκισμό, που αντιστοιχεί ποσοτικά στις παραπάνω χρονικές συχνότητες, προτείνοντας την ένσταση της ΑΚ 281 κατά τη γενική αρχή «*dolo facit, qui petit, quod statim redditurus est*», εφόσον όμως στην περίπτωση αυτή υποδεικνύουν και αποδεικνύουν με σαφήνεια και ευκρίνεια τους τόκους και τους τόκους των τόκων των αντίστοιχων νόμιμων χρονικών διαστημάτων.

Τα όρια εγκυρότητας στην περίπτωση της εξασφάλισης των πιστώσεων

Γενικά

Η χορήγηση πιστώσεων σε επιχειρήσεις, οι οποίες υπόκεινται στον επιχειρηματικό κίνδυνο, αλλά και σε ιδιώτες, αυξάνει τον επιχειρηματικό (πιστωτικό) κίνδυνο και της ίδιας της τράπεζας, ο οποίος θα οφείλεται στην αδυναμία του πιστολήπτη να επιστρέψει κατά τον συμφωνηθέντα χρόνο το ποσό της πίστωσης μαζί με τους οφειλόμενους τόκους. Επομένως είναι καταρχήν δικαιολογημένη αλλά και επιβεβλημένη η λήψη από τα πιστωτικά ιδρύματα εξασφαλιστικών μέτρων, τα οποία να αποκλείουν ή να περιορίζουν τον πιστωτικό κίνδυνο, ενόψει και του ότι η μη (έγκαιρη) επιστροφή των οφειλομένων μπορεί να έχει ως συνέπεια τη δυσκολία ή και αδυναμία της τράπεζας να επιστρέψει στους καταθέτες τα χρήματά τους. Η εξασφάλιση των πιστώσεων επιτυγχάνεται με τη σύναψη παρεπόμενων συμφωνιών, οι οποίες ενεργοποιούνται σε περίπτωση που ο πιστολήπτης δεν εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του ή κηρυχθεί σε κατάσταση πτώχευσης.

Ωστόσο η εύλογη αυτή ανάγκη εξασφάλισης των πιστωτικών ιδρυμάτων δεν είναι ανέλεγκτη. Φραγμούς σ' αυτήν αποτελούν τα χρηστά ήθη και η καλή πίστη. Δεδομένου δε ότι οι συμβάσεις για τη χορήγηση πιστώσεων είναι κατά κανόνα έντυπες και εκ των προτέρων διατυπωμένες, σημασία έχει εν προκειμένω και ο έλεγχος καταχρηστικότητας των όρων τους κατά το άρθρο 2 του ν. 2251/94 για την προστασία του καταναλωτή.

Περιπτωσιολογία

1. Εγγύηση τρίτου

Όπως είπαμε, είναι εύλογο, όταν η τράπεζα χορηγεί πίστωση, να επιδιώκει την εξασφάλιση των απαιτήσεών της με παροχή προσεκτικής ή εμπράγματος ασφάλειας. Έτσι, όταν ο πιστούχος είναι φυσικό πρόσωπο και διαθέτει δικά του ακίνητα συνήθως θα παραχωρήσει υποθήκη ή θα συναινέσει για την εγγραφή προσημειώσεως στα ακίνητά του. Το ίδιο θα συμβεί αν ο οφειλέτης είναι νομικό πρόσωπο και διαθέτει δικά του ακίνητα. Παράλληλα, είναι ενδεχόμενο τα φυσικά πρόσωπα που είναι διοικητές ή μέτοχοι του νομικού προσώπου, να εγγυώνται για το χρέος της εταιρίας και να παρέχουν εμπράγματα ασφαλεία. Καθώς μετέχουν στη διοίκηση ή τουλάχιστον ως μέτοχοι παρακολουθούν την πορεία των υποθέσεων της εταιρίας, έχουν

συνήθως επίγνωση του είδους και της έκτασης των υποχρεώσεών τους από την εγγύηση.

Το πρόβλημα γεννάται όταν η τράπεζα απαιτεί εμπράγματη ασφάλεια στις περιπτώσεις που ο πιστούχος – οφειλέτης δεν έχει δικά του ακίνητα και είναι αναγκασμένος να αναζητήσει κάποιον τρίτον, που θα θελήσει να προσφέρει ακίνητό του προς εξασφάλιση του οφειλέτη. Φυσικά, αν ο τρίτος παραχωρήσει υποθήκη, θα ευθύνεται μονάχα μέχρι το ποσό για το οποίο εγγράφεται η υποθήκη και μέχρι της αξίας του ενυποθήκου κτήματος βάσει των ΑΚ 1265 και 1296, κατά τα οποία:

«Δικαίωμα για εγγραφή υποθήκης παρέχεται από τον οφειλέτη ή από τρίτον υπέρ του οφειλέτη» (1265) και «Η υποχρέωση του τρίτου κυρίου ή νομέα για τις υποθήκες δεν εκτείνεται περισσότερο από την αξία του ενυπόθηκου κτήματος, εφόσον αυτός δεν ενέχεται προσωπικά» (1296)

Επειδή όμως αμφισβητείται η εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 1265 ΑΚ στην περίπτωση της προσημειώσεως, η τράπεζα επιδιώκει συνήθως τη δημιουργία συμβατικού δεσμού με τον τρίτο – κύριο του ακινήτου, ώστε η συναίνεσή του για την εγγραφή προσημειώσεως υποθήκης επί των ακινήτων του να εξασφαλίζει την εκπλήρωση δικών του υποχρεώσεων. Το πιο πρόσφορο σχήμα γι' αυτό είναι η σύναψη συμβάσεως εγγύησης της τράπεζας με τον τρίτο, ώστε η προσημείωση υποθήκης να εξασφαλίζει την εκπλήρωση των υποχρεώσεων του τρίτου προς την τράπεζα από τη σύμβαση εγγυήσεως.

Πρέπει να σημειωθεί ότι σε τέτοιες περιπτώσεις που η εγγύηση του τρίτου που συναίνεσε σε εγγραφή προσημειώσεως ήταν ανύπαρκτη ή άκυρη – κυρίως λόγω ελλείψεως του συστατικού τύπου της εγγύησης, δηλ. του εγγράφου – κρίθηκε ότι μόνον η συναίνεση του τρίτου για εγγραφή προσημειώσεως σε δικά του ακίνητα υπέρ αλλότριας οφειλής συνιστά σωρευτική αναδοχή χρέους, για την οποία ο νόμος δεν απαιτεί έγγραφο και συνεπώς η σύναψή της μπορεί να στηρίζεται σε σιωπηρή δήλωση του αναδεχομένου και ως τέτοια ερμηνεύεται η συναίνεσή του για την εγγραφή προσημειώσεως.

Είναι φυσικό ο τρίτος, συγγενής ή φίλος του οφειλέτη, να μην έχει συνείδηση της εκτάσεως των υποχρεώσεών του από τη σύμβαση εγγυήσεως, με την οποία συνήθως ευθύνεται και για μέλλουσες απαιτήσεις, πιστεύοντας ότι η ευθύνη του περιορίζεται στην αξία του ακινήτου του. Έτσι, η ικανοποίηση

μέρους της αξιώσεως της τράπεζας από την εκπλειστηρίαση του ακινήτου, δεν απαλλάσσει τον τρίτο από την ευθύνη του για το συνολικό χρέος για το οποίο εγγυήθηκε, που στην πράξη μπορεί να είναι πολλαπλάσιο από την αξία του ακινήτου.

Η περίπτωση αυτή απασχόλησε και το γερμανικό ομοσπονδιακό συνταγματικό δικαστήριο, το οποίο και εξέδωσε την απόφαση της 12-10-1993²⁶⁴: η υπόθεση αφορούσε στην ανάληψη εγγυητικής ευθύνης για χρέη συγγενικού προσώπου έναντι τραπεζικού οργανισμού, δίχως ο εγγυητής ν' αντλεί καμία – έστω και έμμεσα δική του οικονομική ωφέλεια από την παρεχόμενη εγγύησή του, ενώ εξάλλου δεν είχε επαρκώς ενημερωθεί από την αντισυμβαλλόμενη τράπεζα για τη βαρύτητα των μη αμφοτεροβαρών υποχρεώσεων που αναλαμβάνει, παρασυρόμενος από συναισθηματικούς λόγους έναντι του πρωτοφειλέτη. Όπως ήδη ειπώθηκε, είναι συνήθης στην εξασφαλιστική πρακτική των τραπεζών η παροχή εγγύησης από μέλη της οικογένειας του δανειοδοτούμενου, όταν πρόκειται για καταναλωτικές πιστώσεις ή πιστώσεις κινήσεως μεσαίων επιχειρήσεων, των οποίων (εγγυητών) δεν ελέγχεται από τις τράπεζες, η εισοδηματική και περιουσιακή κατάστασή τους. Και είναι συνήθεις οι περιπτώσεις νεαρών ενηλίκων που καταλήγουν σε αδιέξοδη υπερχρέωση επειδή εγγυήθηκαν υπέρ των συζύγων ή των γονέων τους για υψηλές τραπεζικές πιστώσεις που έλαβαν εκείνοι, μολονότι οι εγγυητές διέθεταν ασήμαντα οικονομικά μέσα. Στην υπό κρίση περίπτωση το δικαστήριο δέχθηκε ότι έχουμε προσβολή συνταγματικών δικαιωμάτων (αρθ. 2 § 1 γερμ. Σ. = άρθρ. 5 § 1 ελλ. Σ.) λόγω της διαταραγμένης συμβατικής ισορροπίας που επέρχεται και περαιτέρω υποστηρίχθηκε και η άποψη περί προσβολής της προσωπικότητας και της αξίας του ανθρώπου.

Σαν λύση έχει προταθεί η θεμελίωση της ευθύνης της τράπεζας στις διατάξεις των άρθρων 197 επ. ΑΚ (ευθύνη από διαπραγματεύσεις), από τις οποίες προκύπτει υποχρέωση των συμβαλλομένων να παρέχουν μεταξύ τους πληροφορίες και να διαφωτίζουν τον αντισυμβαλλόμενο για τα κύρια σημεία της συμβάσεως. Επειδή όμως οι σχετικές συμβάσεις είναι έντυπες και συμβάσεις προσχώρησης, ο τραπεζικός υπάλληλος δεν είναι πάντοτε σε θέση

²⁶⁴ 1 BVR 567, 1044/89.

να διαφωτίσει τον εγγυητή για την έκταση των υποχρεώσεών του, πράγμα που άλλωστε εμπίπτει στο καθήκον του ίδιου του εγγυητή να το επιμεληθεί. Πέραν τούτου μία πλήρης διαφώτιση του εγγυητή από την τράπεζα μπορεί να οδηγήσει στη ματαίωση της εγγυήσεως και, κατά συνέπεια, και στη ματαίωση της κυρίας συμβάσεως, με αντίστοιχη ευθύνη της τράπεζας απέναντι στον πιστούχο.

Έτσι, είναι πιο εύλογο να θεμελιωθεί η προστασία του εγγυητή στη σχέση πρωτοφειλέτη-εγγυητή.

Άλλωστε και η πρόταση για θεμελίωση της ευθύνης της τράπεζας στις διατάξεις περί πλάνης είναι αναποτελεσματική γιατί μπορεί ο εγγυητής – αξιών την ακύρωση της δικαιοπραξίας να υποχρεωθεί στην καταβολή του αρνητικού διαφέροντος βάσει ΑΚ 145. Διαφορετική είναι η περίπτωση της ακύρωσης λόγω πλάνης όταν ο εγγυητής υπογράψει το έγγραφο της εγγύησης χωρίς να το έχει διαβάσει, πιστεύοντας ότι αυτό έχει διαφορετικό περιεχόμενο.

Σε κάθε περίπτωση, οι παραπάνω όροι κρίνονται ελεγκτέοι βάσει 2 § 6 του ν. 2251/1994 και ΑΚ 281.

2. Υπερεξασφάλιση της τράπεζας

Αντίθεση προς τα χρηστά ήθη μπορεί να υπάρξει και σε περίπτωση αρχικής (δηλ. υπάρχουσας ήδη κατά το χρόνο σύναψής της) υπερεξασφάλισης της τράπεζας, δηλ. εξασφάλισής της πέρα από τα αναγκαία για την εξασφάλιση του κεφαλαίου της μαζί με τους τόκους όρια, με αποτέλεσμα την παρεμπόδιση της οικονομικής ελευθερίας του πελάτη της (5 § 1 Σ), παρά την υποχρέωση πρόνοιας που υπέχει απέναντί του. Στην περίπτωση αυτή η επιπλέον ασφάλεια είναι άκυρη ως αντίθετη στα χρηστά ήθη και την καλή πίστη, ελεγκτέα βάσει ΑΚ 281.

Αντίθεση προς την καλή πίστη υπάρχει και στην περίπτωση επιγενόμενης υπερεξασφάλισης της τράπεζας. Έτσι, αν οι εξασφαλίσεις της τράπεζας υπερκαλύπτουν σε σταθερή βάση (δηλ. όχι παροδικά) κατά πολύ την ασφαλιστέα απαίτησή της και η τράπεζα αρνείται να ελευθερώσει το βεβαρημένο αντικείμενο, το οποίο δεν είναι πλέον αναγκαίο για την εξασφάλισή της, ο πιστολήπτης στερείται αντικειμένων που θα μπορούσε να

χρησιμοποιήσει, ιδίως για τη λήψη νέας πίστωσης, και για τους λόγους αυτούς η συμπεριφορά της τράπεζας αντίκειται στα χρηστά ήθη. Η τράπεζα, στην περίπτωση αυτή, υπέχει υποχρέωση ελευθέρωσης των βεβαρημένων αντικειμένων που δεν είναι αναγκαία για την εξασφάλισή της (ΑΚ 200).

3. Αντίθετη στα χρηστά ήθη συμπεριφορά της τράπεζας στην περίπτωση οικονομικής δυσχέρειας του οφειλέτη

Σε περιπτώσεις οικονομικής δυσπραγίας του οφειλέτη, η πρακτική της τράπεζας να αρνείται να αναμορφώσει τους όρους του δανείου ή και ακόμη όταν αποδεχόμενη την αναμόρφωση, τη συνδυάζει με μία σειρά ενεργειών που κατατείνουν στη μεγαλύτερη εξασφάλισή της, είναι καταχρηστική ως αντικείμενη στην καλή πίστη. Έτσι, ζητά συχνά πρόσθετες ασφάλειες, όπως εγγυήσεις, προσημειώσεις, ενέχυρα επί εμπορευμάτων, εκχώρηση μελλοντικών απαιτήσεων του οφειλέτη ή και ακόμη άμεση συναινετική εκποίηση περιουσιακών στοιχείων του οφειλέτη πάνω στα οποία έχει εμπράγματη ασφάλεια, ώστε να ικανοποιήσει άμεσα μέρος των αξιώσεών της, χωρίς να αναμένει τα μακροχρόνια και αβέβαια αποτελέσματα μίας αναγκαστικής εκτέλεσης. Και μάλιστα για να προωθήσει γρήγορα αυτές τις εκποιήσεις υποδεικνύει και τρίτους αγοραστές, συνήθως πελάτες της, τους οποίους, καθώς τους θεωρεί επιχειρηματικά πετυχημένους, τους χρηματοδοτεί για να προβούν στις αγορές αυτές. Και βέβαια οι πράξεις αυτές φαίνονται να γίνονται αυτόβουλα από τον οφειλέτη, ενώ στην πραγματικότητα αυτός ενεργεί κάτω από μία οικονομική πίεση και προκειμένου να αποφύγει μία επαπειλούμενη αναγκαστική εκτέλεση ή τουλάχιστον να πετύχει μία ρύθμιση του χρέους του.

Επειδή στις περιπτώσεις αυτές ο οφειλέτης υφίσταται ζημία και οι ενέργειες αυτές της τράπεζας διαμορφώνουν επί της ουσίας το πλέγμα των οικονομικών και νομικών σχέσεων του πρώτου προς τρίτους, ευθύνεται η τράπεζα βάσει των ΑΚ 914, αλλά ιδίως 919 ΑΚ, και ΑΚ 288. Και στις δύο περιπτώσεις απαιτείται αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της συμπεριφοράς της τράπεζας και της ζημίας του οφειλέτη.

Για παράδειγμα, ο ΑΠ με την απόφασή του 925/91 και στηριζόμενος στα ακόλουθα πορίσματα του Εφετείου:

- (1) ότι η παράλειψη της δανείστριας τράπεζας να παραχωρήσει στη δανειολήπτρια διευκολύνσεις του είδους αναμορφώσεως της δανειακής σύμβασης ή άλλου, επαρκείς για την έξοδό της από την οικονομική κρίση,
- (2) η συμπεριφορά των εκπροσώπων της τράπεζας η σχετιζόμενη προς την ανάθεση της διαχείρισης περιουσιακών στοιχείων της οφειλέτριας και
- (3) η συμπεριφορά των εκπροσώπων της τράπεζας η σχετική με εκποίηση περιουσιακών στοιχείων της οφειλέτριας, ενώ δεν υπήρχε ληξιπρόθεσμη οφειλή και σχετική υπερημερία δανειολήπτριας.

Έκρινε ότι η συμφωνία της τράπεζας για πώληση και εκποίηση ορισμένων περιουσιακών στοιχείων της δανειολήπτριας δεν εμφανίζεται με αιτιώδη δυναμικότητα προκλήσεως της παραπάνω εκποίησης και επομένως ως πρόσφορη αιτία της, από την εκποίησή τους, ζημίας της δανειολήπτριας.

Τέλος, έκρινε ότι η παράλειψη της τράπεζας να χορηγήσει στη δανειολήπτρια πρόσθετες οικονομικές ευκολύνσεις που να παρέχουν δυνατότητα εξόδων της από την αναφερόμενη κρίση, δεν αποτελούσε συμπεριφορά αντικείμενη στα χρηστά ήθη και το ίδιο ισχύει για το γεγονός ότι η τράπεζα χρηματοδότησε τους τρίτους που αγόρασαν τα περιουσιακά στοιχεία της δανειολήπτριας.

4. Επίσπευση πλειστηριασμού – κήρυξη σε πτώχευση – ΑΚ 479

Τέλος, αντίθετη προς τα χρηστά ήθη είναι και η από την τράπεζα επίσπευση πλειστηριασμού επί ενός ιδιαίτερα αναγκαίου για τον πιστολήπτη αντικειμένου, όπως η οικία του, για ένα δυσανάλογα μικρό χρέος.

Το ίδιο ισχύει και για αίτηση για κήρυξη σε πτώχευση από τράπεζα που είναι πλήρως εξασφαλισμένη, που μπορεί να θεωρηθεί καταχρηστική ή να μη δικαιολογεί έννομο συμφέρον για την υποβολή της²⁶⁵.

Ακόμα, σε περίπτωση μεταβίβασης επιχείρησης προς τράπεζα για την εξασφάλιση απαιτήσεών της κατά του πιστολήπτη μπορεί να προκύψει ευθύνη της έναντι των δανειστών της επιχείρησης κατά την ΑΚ 479.

²⁶⁵ Βλ. Εφ. Δωδ. 66/96, Επισκ ΕΔ 1997, 138, η οποία όμως αναιρέθηκε με την ΑΠ 1120/97, ΔΕΕ 1997, 1178.

5. Τραπεζικός τρέχων ή ανοικτός ή αλληλόχρεος λογαριασμός

Το πρόβλημα του ανατοκισμού (ΕισΝΑΚ 112)

Τόσο στη θεωρία όσο και στη νομολογία υπάρχει διχογνωμία σχετικά με το ζήτημα αν ο τραπεζικός ανοικτός λογαριασμός αποτελεί στην πραγματικότητα μία γνήσια μορφή αλληλόχρεου λογαριασμού – άρθρα 874 ΑΚ και 112 ΕισΝΑΚ – ή αν πρόκειται για ένα διαφορετικό και ξεχωριστό είδος συμβατικής μορφής με κοινά απλώς ορισμένα χαρακτηριστικά.

Χωρίς ενδοιασμό η ελληνική νομολογία και επιστήμη, με ελάχιστες εξαιρέσεις, ταύτισαν εννοιολογικά τον ανοικτό λογαριασμό με τον αλληλόχρεο, με αποτέλεσμα οι τράπεζες να προβαίνουν σε ανατοκισμό του άρθ. 112 ΕισΝΑΚ σε ανοικτούς και τρέχοντες λογαριασμούς.

Ο Έλληνας νομοθέτης θέλησε αναμφισβήτητα να αποδώσει στην ΕισΝΑΚ 112, τη διάταξη της παραγράφου 355 του γερμανικού εμπορικού κώδικα (HGB), η οποία αναφερόμενη στον «τρέχοντα λογαριασμό» (laufende Rechnung, Kontokorrent) απαιτεί σαν προϋπόθεση των περιοδικών ανατοκισμών την αμοιβαιότητα των απαιτήσεων και των παροχών, συμπεριλαμβανομένων και των τόκων, και, επιπλέον, τον συμψηφισμό τους και την αναγνώρισή του υπέρ του ενός ή του άλλου προκύπτοντος καταλοίπου. Καθώς όμως ο όρος «τρέχων λογαριασμός» είχε ήδη εισαχθεί στην ελληνική τραπεζική νομοθεσία και πρακτική στο πεδίο των καταθέσεων – κυρίως ως «τρεχούμενος λογαριασμός» - προτιμήθηκε ο όρος «αλληλόχρεος» που περικλείει και την έννοια της αμοιβαιότητας, στην οποία ρητά η γερμανική διάταξη επικεντρώνεται προκειμένου να επιτρέψει τον ανατοκισμό. Κατά 112 ΕισΝΑΚ, επομένως, «αλληλόχρεος» λογαριασμός είναι ο λογαριασμός όπου καταχωρούνται «χρέη» (οφειλές) αλλήλων, δηλαδή και των δύο μερών. Άρα απαιτείται αμοιβαιότητα των απαιτήσεων για τον αλληλόχρεο λογαριασμό της 112 ΕισΝΑΚ και δεν αρκεί ένας απλός «τρέχων» λογαριασμός, ούτε ένας απλός «ανοικτός» λογαριασμός, τον οποίο συναντά κανείς ως έννοια στο ν.δ. της 17-7-1923 ή στο άρθρο 1 του ν. 5638/1932 περί καταθέσεως σε κοινό λογαριασμό. Μάλιστα, επί αλληλόχρεου λογαριασμού η αμοιβαιότητα των απαιτήσεων συνεπάγεται και αμοιβαιότητα του ανατοκισμού τόσο ως προς την χρεωστική όσο και ως προς την πιστωτική στήλη του λογαριασμού.

Αντίθετα, ο συμβληθείς σε τρέχοντα λογαριασμό, υποχρεούμενος μόνο σε καταβολές έναντι των μοναδικών απαιτήσεων του άλλου μέρους, θα τύχει της προστατευτικής εφαρμογής των άρθρων 296 ΑΚ και 111 ΕισΝΑΚ. Έτσι, στις τραπεζικές συναλλαγές μόνο η περίπτωση συνδυασμού συμβάσεων ανοίγματος πιστώσεως ή γύρου προσφέρεται σε ανάπτυξη με αλληλόχρεο λογαριασμό, καθώς έτσι δημιουργούνται αμοιβαίες απαιτήσεις (η τράπεζα παρέχει στον πελάτη της πάσης φύσεως πιστώσεις και ταυτόχρονα διακινεί τον όγκο των πληρωμών και εισπράξεων του από τρίτους, δανειζόμενη στον ίδιο λογαριασμό και τις καταθέσεις του) που δικαιολογούν τον χαρακτηρισμό του εν λόγω λογαριασμού ως αλληλόχρεου και κατ' ακολουθίαν την εφαρμογή της 112 ΕισΝΑΚ.

Τα στοιχεία που διαφοροποιούν τον ανοικτό ή τρέχοντα λογαριασμό από τον αλληλόχρεο, κατά Ψυχομάνη, είναι:

- 1) εμπορική ιδιότητα του ενός ή και των δύο μερών,
- 2) αμοιβαιότητα των απαιτήσεων,
- 3) αναγνώριση του υπολοίπου, που έχει συμπεριλάβει τόκους προορισμένους για ανατοκισμό.

Κατά βάση η λειτουργία και αυτού του λογαριασμού είναι όμοια με εκείνη του αλληλόχρεου, πλην της δυνατότητας ανατοκισμού, όπου στους τρεχούμενους λογαριασμούς καταθέσεων εφαρμόζεται η διάταξη της §2 του άρθρου 296 ΑΚ, και στους τρεχούμενους πιστωτικούς μπορεί, βάσει του άρθρου 12 του Ν. 2601/1998, να συμφωνείται ανατοκισμός ανά εξάμηνο ή για μεγαλύτερα χρονικά διαστήματα. «Ανοικτός» δηλαδή είναι ο λογαριασμός όπου καταχωρούνται οι απαιτήσεις του ενός πάντα μέρους, καθιστάμενες κονδύλια του λογαριασμού, που παραμένουν, ωστόσο, ανοικτά, χωρίς ανάγκη καταβολών και συμψηφισμών, έως ότου να εξαντληθεί το συνολικό ποσό των απαιτήσεων, που οφείλει να εξοφλήσει μερικά ή ολικά το άλλο μέρος (για παράδειγμα, οι συνήθεις λογαριασμοί των μικροπωλητών και μικρεμπόρων). Έτσι, ο ανοικτός λογαριασμός μπορεί να διαμορφωθεί ως τρέχων και αντίστροφα, ενώ δεν μπορούν αυτοί οι δύο να καταστούν αλληλόχρεοι, αφού λείπει το στοιχείο της αμοιβαιότητας.

Συμπέρασμα

Συμπερασματικά, επί του τραπεζικού ανοικτού λογαριασμού εφαρμόζονται όλες οι διατάξεις και λειτουργίες του αλληλόχρεου λογαριασμού, πλην του αυτοδίκαιου ανατοκισμού της 112 ΕισΝΑΚ. Επιτρεπτός είναι μόνο ο συμβατικός ανατοκισμός, βάσει του άρθρου 12 §1 του Ν. 2601/98, επί οριστικών καταλοίπων οπωσδήποτε, επί προσωρινών δε μόνο ο λογαριασμός είναι πράγματι αλληλόχρεος – ή απλός τρέχων, αλλά αντισυμβαλλόμενος της τράπεζας είναι έμπορος, με δυνατότητα ενδεχομένως διαπραγμάτευσης ή διάκρισης των τεχνικών επιβάρυνσης με τόκους τόκων.

Η εμμονή μίας τράπεζας σε επιβολή ανατοκισμού επί τρεχόντων λογαριασμών κατά το διάστημα της κίνησής τους αδιακρίτως μπορεί να προσκρούει και στην ΑΚ 281, όταν ιδίως οι αντισυμβαλλόμενοι πελάτες δεν είναι έμποροι – όπως π.χ. είναι οι απλοί χρήστες πιστωτικών καρτών – που αδυνατούν πλήρως να αντιληφθούν ή να παρακολουθούν τις ποικίλες επιβαρύνσεις των λογαριασμών τους.

Το ζήτημα της σχέσης του ανοικτού λογαριασμού με τον αλληλόχρεο αποτελεί ακανθώδες ζήτημα που έδωσε και δίνει έναυσμα για πολλές συζητήσεις και για διατύπωση αντικρουόμενων μεταξύ τους απόψεων. Νομολογία και τραπεζική πρακτική παγίως ταυτίζουν τον ανοικτό με τον αλληλόχρεο λογαριασμό ως προς τη νομική φύση, τις λειτουργίες και τα αποτελέσματα. Στη θεωρία υπάρχει έντονη διχογνωμία, αλλά η πλειοψηφία αυτής δέχεται πως ο ανοικτός λογαριασμός αποτελεί γνήσια και αληθή μορφή του αλληλόχρεου λογαριασμού με ίδιες λειτουργίες και αποτελέσματα. Δυστυχώς, η διχογνωμία που παρατηρούμε στη θεωρία και σε μέρος της νομολογίας οφείλεται στην προσκόλλησή τους σε καθαρά εννοιοκρατικές και τυπικές παρωχημένες αντιλήψεις και στεγανά που δεν μπορούν να αφουγκραστούν και να αποδώσουν τη δυναμικότητα του θεσμού και τις τρέχουσες ανάγκες των συναλλαγών ανάγοντάς τον τελικά σε ένα απόλυτο μυστήριο! Η εμμονή μέρους της θεωρίας και νομολογίας στο νομικό μόρφωμα που έχουν κατασκευάσει για τον αλληλόχρεο, χωρίς να μπαίνουν καν στον κόπο να το προσαρμόσουν στις ανάγκες των συναλλαγών, την εξυπηρέτηση των δοσοληψιών και την επίτευξη των στόχων του αλληλόχρεου λογαριασμού, δεν αποδίδει τη χρησιμότητα του θεσμού, καθώς εθελotuφλούν μπροστά στη διαπλαστικότητα του οικονομικού βίου.

Η αναγνώριση του καταλοίπου

Συχνά το ένα ή το άλλο μέρος σε μία σύμβαση αλληλόχρεου ή τρέχοντος ή ανοικτού λογαριασμού προβαίνει σε αναγνώριση του ενδιάμεσου ή οριστικού ή του διαδοχικού σε οποιαδήποτε στιγμή υπολοίπου. Στην τραπεζική δε πρακτική, η τράπεζα απευθύνει έντυπη επιστολή με συμπληρωμένο το ποσό του χρεωστικού υπολοίπου του λογαριασμού του πελάτη κατά τακτά χρονικά διαστήματα (συνήθως ανά τρίμηνο) που ο τελευταίος επιστρέφει υπογραμμένη.

Αμφισβητείται αν η αναγνώριση αυτή έχει απλά βεβαιωτικό χαρακτήρα ή δημιουργεί νέα αιτία ενοχής (αφηρημένη υπόσχεση ή αναγνώριση χρέους, ΑΚ 873). Η κρατούσα στη νομολογία άποψη δέχεται ότι καταρτίζεται σύμβαση αφηρημένης υποσχέσεως χρέους (ακολουθώντας τη γερμανική θεωρία) που όμως δημιουργεί ανυπέρβλητα εμπόδια στην ομαλή λειτουργία του λογαριασμού: θέτει σε αμφισβήτηση τη διατήρηση των ασφαλειών (αυτοδικαιοαπόσβεσή τους) των επιμέρους απαιτήσεων υπέρ του τελικού καταλοίπου, ακόμη η αφηρημένη ενοχή αδυνατεί να στηρίξει τη συνέχιση της κίνησης του λογαριασμού επ' αυτής μέχρι του οριστικού κλεισίματός του.

Για τους λόγους αυτούς πρέπει να γίνει δεκτό ότι αφηρημένη υπόσχεση και αναγνώριση χρέους μπορεί να γίνει δεκτή μόνο αν τα μέρη συμφώνησαν ρητά στο θέμα αυτό. Αλλιώς, η καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη συνηγορούν υπέρ των βεβαιωτικών απλώς αποτελεσμάτων (κλασική γαλλική θεωρία), που εξυπηρετούν καλύτερα το σκοπό και τη λειτουργία του λογαριασμού. Υπέρ της άποψης αυτής συνηγορεί και το γεγονός ότι ουδέποτε τα μέρη προέβαιναν σε καταβολή του αναλογικού τέλους χαρτοσήμου ή του ΕΦΤΕ, προτού καταργηθεί σε τέτοιες συμβάσεις, όπως θα 'πρεπε να κάνουν αν αυτές συνιστούσαν νέα ενοχή.

Το τεκμήριο σιωπηρής αναγνώρισης του καταλοίπου

Αμφίβολης ορθότητας και χρησιμότητας είναι η συμβατική ρήτρα περί τεκμηρίου σιωπηρής αναγνώρισης του καταλοίπου αλληλόχρεου λογαριασμού αν ο πιστολήπτης δεν το αμφισβητήσει μέσα στην προβλεπόμενη προθεσμία από της έγγραφης ειδοποίησής του περί του οριστικού κλεισίματος του λογαριασμού, του υπολοίπου του και της κινήσεώς του.

Οπωσδήποτε το τεκμήριο δεν ισχύει, όταν ο πιστολήπτης δεν έλαβε πράγματι γνώση του περιεχομένου της ειδοποίησης. Αλλά και όταν λαμβάνει γνώση, η ισχύς του τεκμηρίου κινείται στα όρια της καταχρηστικότητας με βάση τα άρθ. 2 § 6 του ν. 2251/94 και ΑΚ 281, αφού ούτε η σιωπή ενός υπερήμερου πιστολήπτη μπορεί να θεωρηθεί από τα συναλλακτικά και χρηστά ήθη ως δήλωση βουλήσεως σε βάρος του, ούτε η καλή πίστη φαίνεται να επιτρέπει τις επιβαρυντικές συνέπειες μίας συμφωνίας που είχε καταρτιστεί σε ανύποπτη στιγμή, ούτε και η ισορροπία δικαιωμάτων και υποχρεώσεων στη σύμβαση διατηρείται. Εξάλλου, η σιωπηρή δήλωση βουλήσεως του πιστολήπτη μπορεί μιν να θεωρηθεί ως σύμβαση αναγνώρισεως χρέους (ΑΚ 874), ωστόσο στερείται η τράπεζα του απαραίτητου για την έκδοση διαταγής πληρωμής εγγράφου κατά την ΚΠολ Δ. 623. Σε κάθε περίπτωση πάντως που η σύμβαση αυτή ήθελε θεωρηθεί ισχυρή, γεννάται ο παραπάνω προβληματισμός περί του βεβαιωτικού ή αναιτιώδους χαρακτήρα της. Στη βεβαιωτική σύμβαση επέρχεται απλά αναστροφή του βάρους απόδειξης, ενώ στην αναιτιώδη υπάρχει ανάγκη προσφυγής στις ΑΚ 904 επ.

Η απόσβεση των παρασχεθεισών ασφαλειών

Η ασφάλεια – συχνά εγγύηση – που παρέχεται χάριν του μελλοντικού οριστικού υπολοίπου του αλληλόχρεου λογαριασμού δεν γεννά προβλήματα.

Τροποποιήσεις όμως της βασικής σχέσεως, μεταγενέστερες της παροχής ασφάλειας, που δημιουργούν δυνατότητα να προκύψει χρεωστικό υπόλοιπο μεγαλύτερο από το αναμενόμενο κατά το χρόνο παροχής της ασφάλειας, όπως γίνεται στις περιπτώσεις ιδίως της μεταγενέστερης αύξησης του αρχικά συμφωνηθέντος πιστοδοτικού ορίου, δεν υποχρεώνουν αυτόν που έδωσε την ασφάλεια.

Αλλά και για τις ασφάλειες, που παρασχέθηκαν χάριν μεμονωμένων απαιτήσεων που εισήλθαν στο λογαριασμό, γίνεται δεκτό ότι αυτές διατηρούνται υπέρ του τελικού υπολοίπου, στο οποίο συγχωνεύονται – όπως ειπώθηκε – όλες οι απαιτήσεις, αδιάφορα αν παραχωρήθηκαν από τον ίδιο τον οφειλέτη ή από τρίτο. Όμως ορθότερο είναι να δεχθεί κανείς ότι οι ασφάλειες διατηρούνται υπέρ του τελικού υπολοίπου μόνον όταν – και στην

έκταση που – οι κατ' ιδίαν ασφαλιζόμενες απαιτήσεις δεν αποσβήστηκαν με τους διαδοχικούς συμψηφισμούς μέχρι το κλείσιμο του λογαριασμού.

Ο αλληλόχρεος λογαριασμός και οι παρόμοιοι, τρέχοντες και ανοικτοί λογαριασμοί της τραπεζικής πρακτικής καθιερώθηκαν ως μέσα εξυπηρέτησης των συναλλασσομένων. Το να δεχθεί κανείς ευθύνη του έχοντος παράσχει ασφάλεια για μεμονωμένη απαίτηση – χρεωστικό κονδύλιο του λογαριασμού, για το οριστικό υπόλοιπο του λογαριασμού φαίνεται να συνιστά καθαρά εννοιοκρατική διαστροφή. Σ' αυτή την ευθύνη ουδείς απέβλεψε. Αυτός έχει αναλάβει την ευθύνη μόνο για συγκεκριμένη απαίτηση και μέχρις ασφαλώς της ικανοποίησής της από τον πρωτοφειλέτη. Κατά συνέπεια, παύει να ευθύνεται, μερικά ή ολικά, όταν η ασφαλισμένη απαίτηση δεν υφίσταται πλέον εν όλω ή εν μέρει ως κονδύλιο του λογαριασμού, αλλά μειώθηκε ή μηδενίστηκε κατά την κίνησή του. Κατά συνέπεια, η ασφάλεια ακολουθεί την τύχη του ασφαλισμένου κονδυλίου. Αν το κονδύλιο μειωθεί, λόγω των συμψηφισμών, η ασφάλεια καλύπτει πλέον το μειωμένο μόνο ποσό. Αν το κονδύλιο μηδενισθεί, αποσβήνεται και η ασφάλεια. Αν ουδείς συμψηφισμός λάβει χώρα μετά την καταχώρηση του ασφαλισμένου κονδυλίου, η ασφάλεια εξακολουθεί να υφίσταται καλύπτουσα και το δυνάμενο να προκύψει οριστικό υπόλοιπο του λογαριασμού, στο ύψος όμως μόνον του ασφαλισμένου κονδυλίου που συμπεριλαμβάνεται με τον τρόπο αυτό στο προκύπτον υπόλοιπο.

Η ευθύνη του εξελθόντος από την εταιρία ομορρύθμου εταίρου

Ο αλληλόχρεος ανοικτός λογαριασμός ιδρύει μία διαρκή έννομη σχέση μεταξύ των μερών²⁶⁶. Η σχέση αυτή έχει ως αποτέλεσμα τη δημιουργία απαίτησης μόνο για το κατάλοιπο, αποτελεί όμως και κατά τη διάρκεια της λειτουργίας του λογαριασμού ένα οικονομικό μέγεθος που καταλογίζεται κάθε στιγμή στο ενεργητικό ή στο παθητικό της περιουσίας των μερών. Αν π.χ. κάποια στιγμή γίνει απογραφή της περιουσίας ενός προσώπου που τηρεί αλληλόχρεους λογαριασμούς, υπολογίζονται στο ενεργητικό ή στο παθητικό του και οι απαιτήσεις ή τα χρέη των λογαριασμών αυτών, έστω και αν ακόμη δεν έχουν κλειστεί. Αυτή την πραγματικότητα, ότι δηλαδή ο αλληλόχρεος

²⁶⁶ Κ. Παμπούκης, όπ.π., σελ. 520.

λογαριασμός αποτελεί κάθε στιγμή οικονομικό μέγεθος που περιλαμβάνεται στην περιουσία των μερών, δεν μπορεί να την αγνοήσει ο ερμηνευτής του δικαίου, όταν ερευνά αν ορισμένα γεγονότα που συμβαίνουν κατά τη διάρκεια λειτουργίας του λογαριασμού επάγονται ή όχι έννομες συνέπειες. Αυτό αφορά κυρίως την έξοδο ομορρύθμου εταίρου από προσωπική εταιρία που τηρεί αλληλόχρεους λογαριασμούς με τρίτους (Τράπεζες ή ιδιώτες).

Παγίως γίνεται δεκτό ότι ο εξερχόμενος από προσωπική εταιρία ομόρρυθμός εταίρος ευθύνεται απεριόριστα για τα κατά τη στιγμή της εξόδου του χρέη, όχι όμως βέβαια και για χρέη της εταιρίας μελλοντικά.

Έτσι, ο ομόρρυθμος εταίρος που αποχωρεί από Ο.Ε. τηρώντας τις νόμιμες διατυπώσεις του άρθρου 44 ΕΝ, ευθύνεται για τα χρέη που υπάρχουν μέχρι την έξοδό του²⁶⁷.

Παλιότερα, η νομολογία²⁶⁸ δεχόταν ότι ο ομόρρυθμος εταίρος, ο οποίος έχει αποχωρήσει από την Ο.Ε., τηρώντας όλες τις νόμιμες διατυπώσεις δημοσιότητας, δεν ευθύνεται για το κατάλοιπο που θα προκύψει σε βάρος της εταιρίας από το οριστικό κλείσιμο αλληλόχρεων λογαριασμών, σε περίπτωση κατά την οποία το κλείσιμο θα γίνει μετά την οριστική αποχώρησή του. Τούτο εξηγείται από το ότι πριν από το κλείσιμο του λογαριασμού δεν υπήρχε εκκαθαρισμένο και απαιτητό χρέος της εταιρίας προς τον τρίτο, με τον οποίο διατηρούσε τέτοιου είδους λογαριασμό.

Η νομολογία αυτή, παραβλέπouσα την ιδιότητα του λογαριασμού ως διαρκούς έννομης σχέσης, που έχει κάθε στιγμή οικονομική αξία και περιλαμβάνεται στην περιουσία των μερών, δεν είναι ορθή.

Όμως η νομολογία αυτή δεν επικυρώθηκε και ήδη, προεξάρχοντος του ΑΠ²⁶⁹ η νομολογία και η θεωρία²⁷⁰ δέχεται ότι ο ομόρρυθμος εταίρος που εξέρχεται από την εταιρία ευθύνεται **προσωπικά** για το κατάλοιπο, οποτεδήποτε κλείσει ο λογαριασμός, εφόσον όμως δεν υπερβαίνει το κατά τη στιγμή της εξόδου παθητικό σε βάρος της εταιρίας υπόλοιπο του λογαριασμού και **εις ολόκληρον** μέχρι το ύψος του παθητικού αυτού υπολοίπου. Και αυτό γιατί, παρότι η γένεση της αξίωσης πληρωμής, του καταλοίπου γίνεται μετά

²⁶⁷ ΕφΑθ 1883/1974.

²⁶⁸ ΑΠ 1355/1979, ΕφΘεσ 3449/1988, Εφ/Θεσ 2582/1990, Εφ/Λαρ 439/1994.

²⁶⁹ ΑΠ 917/1999, ΑΠ 792/1994, ΑΠ 793/1994, ΑΠ 1106/1994, ΑΠ 31/1997 αναιρεί την Εφ. Λαρ. 439/94.

²⁷⁰ Έτσι, Κιάνου-Παμπούκη, Μάζης, Κονδύλης.

την αποχώρηση του ομορρύθμου εταίρου, τα δημιουργικά της αξίωσης περιστατικά προϋπάρχουν αυτής και ο λογαριασμός αποτελεί έκτοτε στοιχείο του παθητικού της περιουσίας της εταιρίας²⁷¹. Δηλαδή η απεριόριστη εις ολόκληρο προσωπική ευθύνη του εταίρου με το νομικό πρόσωπο της εταιρίας εξακολουθεί να υπάρχει και μετά την αποχώρησή του από την εταιρία για τα εταιρικά χρέη πριν από την αποχώρησή του. Με τη σωστή αυτή μεταστροφή της νομολογίας τάσσονται οι Βελέντζας και Κονδύλης.

Υπάρχει ωστόσο και η αντίθετη άποψη που συμφωνεί με την παλαιότερη νομολογία²⁷² με τα εξής επιχειρήματα:

- 1) Στο επιχείρημα ότι η σύμβαση ανοικτού λογαριασμού είναι ένα οικονομικό μέγεθος που καταλογίζεται κάθε στιγμή στο ενεργητικό ή στο παθητικό της περιουσίας των μερών, αντιτάσσεται ότι: οικονομικό μέγεθος είναι κάθε σύμβαση Ιδιωτικού Δικαίου με περιουσιακό αντικείμενο, ακόμα και απλά δικαιώματα προσδοκίας, χωρίς αυτό να σημαίνει ότι αυτά εξ' αυτού του λόγου μετατρέπονται από δικαιώματα προσδοκίας σε τελειωμένα δικαιώματα.
- 2) Το άρθρ. 22 Εμπ προϋποθέτει οφειλή της εταιρίας κατά την αποχώρηση του ομορρύθμου εταίρου από αυτήν, όμως τέτοια οφειλή δεν υπάρχει πριν από το οριστικό κλείσιμο του αλληλόχρεου λογαριασμού. Εξάλλου, από τη φύση και το περιεχόμενο της σύμβασης αλληλόχρεου λογαριασμού υφίσταται η νομική δυνατότητα οφειλέτης κατά το οριστικό κλείσιμο του αλληλόχρεου λογαριασμού να είναι είτε το ένα είτε το άλλο από τα συμβαλλόμενα μέρη.

Με τέτοια ερμηνεία ανταποκρίνεται απολύτως και στο γράμμα και στο πνεύμα της εν λόγω διάταξης και στη νομική φύση και λειτουργία του αλληλόχρεου λογαριασμού²⁷³.

Ακόμα, ορθότερη, φαίνεται η άποψη που έρχεται σ' αντίθεση με την κρατούσα, ότι η ευθύνη του ομορρύθμου Εταίρου μπορεί να μειωθεί ή να μηδενιστεί, εφόσον κατά την έξοδο ή το θάνατο του εταίρου εξαχθεί ενδιάμεσα μικρότερο ή μηδενικό υπόλοιπο σε ένα από τα ενδιάμεσα ή στο τελικό κλείσιμο του λογαριασμού. Αντίθετα, σε καμία περίπτωση δεν προσαυξάνει η

²⁷¹ ΑΠ 917/1999 ΕΤρ Αξ Χρ Δ 2000.468.

²⁷² Δωρής, Απόφ. ΑΠ 31/1997, ΝοΜ Β, τόμος 46, σελ. 193.

²⁷³ Δωρής.

ευθύνη αυτή, έστω και αν μεταγενέστερα αυξηθεί το υπόλοιπο σε βάρος της εταιρίας.

Τέλος, αν ένα πρόσωπο εισέλθει ως ομόρρυθμο μέλος σε εταιρία που έχει ήδη καταρτίσει αλληλόχρεο λογαριασμό και παραμένει σ' αυτή μέχρι το κλείσιμο, θα ευθύνεται για ολόκληρο το κατάλοιπο – ανεξάρτητα δηλ. αν αυτό είναι μεγαλύτερο από εκείνο που θα ανέκυπτε αν το κλείσιμο γινόταν κατά το χρόνο της εισόδου του και αυτό με βάση τόσο την αρχή που γίνεται και εδώ τελευταία δεκτή από τη νομολογία, ότι ο ομόρρυθμος εταίρος ευθύνεται και για τα χρέη της εταιρίας που συνάφθηκαν πριν από την εισδοχή του, όσο και την αρχή του ενιαίου της απαίτησης που προκύπτει από το κατάλοιπο.

Η ευθύνη του εγγυητή επί αύξησης του πιστωτικού ορίου

Ζήτημα έχει δημιουργηθεί σχετικά με το μείζον θέμα της έκτασης της ευθύνης του εγγυητή σε περίπτωση αύξησης του αρχικού ποσού της πίστωσης μέσου της υπογραφής πρόσθετων πράξεων – συμβάσεων μεταξύ της Τράπεζας και του πιστολήπτη πελάτη. Η κρατούσα και ορθή άποψη δέχεται τα εξής: Το άρθρ. 851 ΑΚ καθορίζει το μέγεθος της ευθύνης του εγγυητή, σύμφωνα δε με αυτήν ο εγγυητής ευθύνεται μόνο για την έκταση που έχει κάθε φορά η κύρια οφειλή, στην τελευταία δεν συνυπολογίζονται ιδίως οι συνέπειες του πταίσματος ή της υπερημερίας του πρωτοφειλέτη. Έτσι, γίνεται δεκτό, τόσο από τη θεωρία όσο και τη νομολογία, ότι το όριο της ευθύνης του εγγυητή περιορίζεται καταρχήν μέχρι το ύψος που ο ίδιος ανέλαβε σε σχέση με τη μέλλουσα οφειλή του πρωτοφειλέτη. Ειδικότερα, το ανώτατο ύψος της εγγυητικής ευθύνης δεν μπορεί να υπερβεί το ανώτατο συνομολογούμενο, μεταξύ Τράπεζας και πιστούχου – πρωτοφειλέτη, πιστωτικό όριο, εκτός βέβαια, αν, πράγμα σπάνιο πρακτικά, δεν έχει τεθεί παρόμοιο όριο ή αν ο εγγυητής ανέλαβε ρητά την ευθύνη κάλυψης της κύριας οφειλής κατά τρόπο ανεξάρτητο από την έκταση που μπορεί να λάβει η τελευταία ή αντίθετα στην περίπτωση που τέθηκε ρητά περιοριστικό όριο κατώτερο του ανώτατου πιστωτικού ορίου, δεδομένου ότι άρθρο 851 ΑΚ συνιστά ενδοτικό δίκαιο²⁷⁴.

²⁷⁴ Σχετικές είναι η απόφαση Πολ. Πρωτ. Βόλου 259/1986, που δέχτηκε ότι η εγγύηση που παρέχεται για χορήγηση πιστώσεως με ανοικτό λογαριασμό περιλαμβάνει και κάθε αναγνώριση του καταλοίπου που γίνεται από τον πρωτοφειλέτη και πάντως μέχρι το ανώτατο όριο ευθύνης του εγγυητή. Επίσης οι Εφ Αθ 181/83, Εφ Αθ 3579/82.

Δηλαδή ο εγγυητής ευθύνεται με τους όρους του άρθρ. 439 ΑΚ μέχρι το ποσό της εγγύησης, στο οποίο συμπεριλαμβάνονται και οι τόκοι και τα έξοδα της πίστωσης που χορηγήθηκε. Η ρήτρα στην εγγυητική σύμβαση για παροχή εγγύησης μέχρι ορισμένο ποσό έχει την έννοια της παροχής εγγύησης μέχρι το ποσό που ορίστηκε, πέρα από το οποίο ο εγγυητής δεν φέρει καμία ευθύνη²⁷⁵. Ο εγγυητής δεν δεσμεύεται από μεταγενέστερες συμφωνίες της εγγύησης μεταξύ δανειστή και πρωτοφειλέτη, με τις οποίες η ενοχή υφίσταται μεταβολή κατά τρόπο που να γίνεται επαχθέστερη η θέση του εγγυητή, ο οποίος συνεπώς ευθύνεται κατά το περιεχόμενο της ενοχής για την οποία και μόνο εγγυήθηκε²⁷⁶.

Κατά συνέπεια, η κίνηση του λογαριασμού πέρα από την πίστωση για την οποία δόθηκε η εγγύηση καθιστά χειρότερη τη θέση του εγγυητή, γιατί έτσι αυξάνονται οι χρεώσεις λόγω καταλογισμού των πιστώσεων και στα ποσά που χρεώνονται, πέρα από τις εγγυήσεις και όχι μέχρι το ποσό της εγγύησης, με αποτέλεσμα να εμφανίζεται το κατάλοιπο του αλληλόχρεου λογαριασμού, που κλείστηκε, υπέρτερο από σωστό που πραγματικά εγγυήθηκε ο εγγυητής, έστω και αν συμφώνησε να υποχρεούται ως αυτοφειλέτης. Ως εγγυητής ευθύνεται παρεπόμενα προς τον πρωτοφειλέτη με αποτέλεσμα, ακόμη και μετά από αυτή τη ρήτρα της αυτοφειλής του εγγυητή η ευθύνη του ρυθμίζεται από το άρθρο 851 ΑΚ²⁷⁷.

Στην πρακτική, σε περίπτωση σύμβασης παροχής πίστωσης εκ μέρους Τράπεζας με αλληλόχρεο (ανοικτό) λογαριασμό, επειδή η σύμβαση αυτή είναι διαρκής²⁷⁸ και δεν λύεται με την εξάντληση του ποσού της πίστωσης, αλλά ο πιστολήπτης δικαιούται σε επανειλημμένη χρήση του ποσού εφόσον, με τις καταβολές που κάνει κάθε φορά, το ποσό της πίστωσης αναφέρεται στο κατάλοιπο της αρχικής πιστωτικής σύμβασης, παύει να ισχύει όταν, με μεταγενέστερες συμβάσεις που δεν εγγυήθηκε ο εγγυητής, αυξήθηκε το ποσό της πίστωσης, γιατί επέρχεται νομική συγχώνευση των κατ' ιδίων κονδυλίων στον αλληλόχρεο λογαριασμό²⁷⁹. Σχετική είναι και η απόφαση υπό αριθμόν ΑΠ 874/1997, που δέχτηκε ότι, σε περίπτωση σύμβασης αυξήσεως του ορίου

²⁷⁵ ΑΠ 136/1962.

²⁷⁶ Εφ Θεσ 418/1999, ΕΤρΑξ ΧρΔ, σελ. 807 επ.

²⁷⁷ Ιδιαίτερη περίπτωση στέρησης της ένστασης διζήσεως είναι αυτή του άρθρου 857 περ. 1 ΑΚ, κατά την οποία ο εγγυητής εγγυήθηκε ως αυτοφειλέτη.

²⁷⁸ ΑΠ 792/1994.

της πιστώσεως για το οποίο είχε εγγυηθεί ο εγγυητής, δεν ευθύνεται αυτός, αν δεν παρέσχε συμπληρωματική εγγύηση για το νέο αυτό όριο. Ευθύνη του εγγυητή μέχρι του ορίου του καταλοίπου που είχε εγγυηθεί, έστω και αν συνέπεια της αυξήσεως του ορίου της πιστώσεως εισήλθαν στο λογαριασμό και μη ασφαλιζόμενες ενδεχομένως με την εγγύηση απαιτήσεις, εκτός αν η Τράπεζα, με συμφωνία των μερών τήρησε χωριστό λογαριασμό για τις ασφαλιζόμενες με την εγγύηση απαιτήσεις²⁸⁰.

Ελευθέρωση του εγγυητή

Ο εγγυητής ελευθερώνεται, δηλ. αποσβήνεται η εγγύηση και παύει η ευθύνη του, με τους εξής τρόπους:

- 1) Αν παρέχει εγγύηση για ορισμένο χρόνο, μετά την πάροδο του χρόνου αυτού (866 ΑΚ)
- 2) Αν από πταίσμα του δανειστή έγινε αδύνατη η ικανοποίησή του από τον οφειλέτη (862). Προϋποθέσεις εφαρμογής της ΑΚ 862 είναι:
 - υποκείμενη αδυναμία ικανοποίησης του δανειστή από τον πρωτοφειλέτη,
 - υπαίτια συμπεριφορά του δανειστή, που μπορεί να είναι δόλος ή βαριά ή ελαφρά αμέλεια. Την ύπαρξη πταίσματος οφείλει να επικαλεστεί και να αποδείξει ο εγγυητής, που ενάγεται για την πληρωμή του χρέους,
 - ως βαριά αμέλεια μπορεί να θεωρηθεί η παράλειψη του δανειστή να κλείσει το λογαριασμό όταν ήταν ακόμη φερέγγυος ο πρωτοφειλέτης και να επιδιώξει την ικανοποίησή του, η παράλειψη ή αδιαφορία ή αδράνεια του δανειστή για μακρό χρονικό διάστημα να εισπράξει την απαίτησή του, όταν ο δανειστής δεν αναγγέλλεται στην πτώχευση του πρωτοφειλέτη, ή αμελεί τη διεξαγωγή δίκης ή αναγκαστικής εκτέλεσης εναντίον του.
- 3) Τέλος, ο εγγυητής ελευθερώνεται εφόσον ο δανειστής παραιτήθηκε από ασφάλειές του που υπήρχαν αποκλειστικά για την απαίτησή του, για την οποία είχε δοθεί εγγύηση με αποτέλεσμα να ζημιωθεί ο εγγυητής (863 ΑΚ). Σχετική είναι και η απόφαση υπ' αριθμ. 326/1995 του Πολ. Πρωτ. Καβάλας, που ορίζει ότι ο εγγυητής ελευθερώνεται, αν

²⁷⁹ Μον Πρωτ. Λαρίσης 858/1988.

ο δανειστής παραιτηθεί από ασφάλιση που δόθηκε αποκλειστικά για την εγγύηση έστω και αν έχει παραιτηθεί από την ένσταση διζήσεως, εφόσον διατηρεί το δικαίωμα αναγωγής κατά του πρωτοφειλέτη.

Το «οποτεδήποτε» κλείσιμο του λογαριασμού

Σημαντική είναι η προβληματική που δημιουργείται από το κλείσιμο του ανοικτού λογαριασμού εκ μέρους της πιστώτριας Τράπεζας, σε συνάρτηση με τα χρηστά ήθη και την κατάχρηση δικαιώματος.

Αντικείμενο διερεύνησης αποτελεί η εκτίμηση της συμπεριφοράς της Τράπεζας στην ενδοσυμβατική σχέση εμπιστοσύνης που την συνδέει με τον οφειλέτη-πελάτη της.

Ανάμεσα σ' αυτή και τον πελάτη της δημιουργείται μία συμβατική σχέση, που είναι σχέση εμπιστοσύνης. Από αυτήν την σχέση εμπιστοσύνης απορρέουν θεμελιώδεις, μείζονος σημασίας υποχρεώσεις της Τράπεζας:

- 1) Υποχρέωση πίστης της Τράπεζας προς τον πελάτη της
- 2) Υποχρέωση τήρησης εχεμύθειας απόλυτης ως προς τις συναλλακτικές και τραπεζικές του εργασίες (Τραπεζικό απόρρητο)
- 3) Υποχρέωση προώθησης και τήρησης των συναλλακτικών της δεσμεύσεων έναντι του πελάτη της.
- 4) Υποχρέωση να μην θέσει σε κίνδυνο, χωρίς σοβαρό λόγο, τα συμφέροντα του πελάτη της. Αυτό μπορεί να συμβεί κατ' εξοχήν στην περίπτωση της άκαιρης και καταχρηστικής καταγγελίας της πιστοδοτούμενης σχέσης.

Η Τράπεζα μπορεί, βάσει αρθ. 47 του ν.δ. της 17.7.1923 να κλείσει **οποτεδήποτε θελήσει** τη σύμβαση ανοίγματος πίστωσης με ανοικτό λογαριασμό. Η νομολογία έχει κρίνει άκυρο τον όρο ότι η Τράπεζα μπορεί να κλείνει την πιστοδοτούμενη σχέση ανά πάσα στιγμή και κατά την απόλυτη κρίση της²⁸¹ από την σκοπιά της καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος (ΑΚ 281) και λαμβάνοντας υπόψη την ανισότητα διαπραγματευτικής ισχύος μεταξύ Τράπεζας και ιδιώτη κατά την σύναψη τραπεζικών συμβάσεων (που

²⁸⁰ Ομοιες είναι και οι ΑΠ 862 και 863/1997.

²⁸¹ Σχετικές οι ΑΠ 1153/1976, ΕφΑθ 2624/1975.

εμπεριέχουν συνήθως τυποποιημένους ΓΟΣ προδιατυπωμένους εκ μέρους της Τράπεζας, ώστε να αποτελούν συμβάσεις προσχωρήσεως).

Για παράδειγμα η άσκηση, εκ μέρους της Τράπεζας, του δικαιώματος της, που απορρέει από τη σύμβαση που έχει συνάψει με τον πελάτη της, να προβεί στο κλείσιμο του λογαριασμού μετά την παροχή προς τον πελάτη της μέρους μόνο της πίστωσης που συμφωνήθηκε, απαιτώντας ταυτόχρονα την καταβολή και εξόφληση του καταλοίπου που οφείλεται μέχρι το κλείσιμό του και με τόκους, προμήθειες κλπ. χωρίς να έχουν γίνει ακόμα απαιτητά, γίνεται χωρίς συμφέρον της και αυτό καταφαίνεται από το γεγονός ότι δεν έχει ικανοποιήσει τις «απαιτήσεις» της, και με σημαντική ζημιά για τον πελάτη του, ο οποίος αν δε του δημιουργήσει προβλήματα η Τράπεζα, με το ξαφνικό κι αναίτιο κλείσιμο των λογαριασμών του, κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων, θα εξοφλήσει μερικά ή και ολικά τις υποχρεώσεις του. Με την αντισυναλλακτική αυτή συμπεριφορά της η Τράπεζα θίγει τα συμφέροντα του πελάτη της, λ.χ. μίας επιχείρησης, που έχει κάνει έναν προγραμματισμό λειτουργίας και μελλοντικών επενδύσεων της εταιρείας με βάση το ποσό της πίστωσης που συμφώνησε με την Τράπεζα και έτσι όχι μόνο δεν μπορεί να πραγματοποιήσει τα μελλοντικά σχέδια ανάπτυξης της επιχείρησης αλλά βρίσκεται και σε αδυναμία εκπλήρωσης των οικονομικών υποχρεώσεών της και σε ενδεχόμενη αθέτηση των δεσμεύσεών της έναντι τρίτων, χάνοντας έτσι την πίστη που έχει δημιουργήσει στην αγορά, την εμπιστοσύνη και το κύρος της.

Η καταγγελία αυτή εκ μέρους της Τράπεζας είναι καταχρηστική βάσει ΑΚ 281, ως αποτέλεσμα αδικαιολόγητης και αντισυμβατικής συμπεριφοράς.

Εξάλλου, το άρθρ. 372 ΑΚ, κατά το οποίο σύμβαση στην οποία ο προσδιορισμός των παροχών ανατίθεται στην απόλυτη κρίση ενός από τους συμβαλλομένους είναι άκυρη, εφαρμόζεται στην περίπτωση του αρθ. 47 §2 νδ της 17.7.1923. Χαρακτηριστική είναι και η απόφαση υπ' αριθμόν 434/1985 Πρωτοδ. Ξάνθης, όπου με βάση παρατηρήσεις Γ. Καρακώστα, είναι αξιοπρόσεκτη και πρωτοποριακή για την Ελλην. Νομολογία η εφαρμογή των ΑΚ 371 και 372 σε σύμβαση Τραπεζικής πιστώσεως με ανοιχτό αλληλόχρεο λογαριασμό, η οποία και ανήκει στην ευρύτερη κατηγορία των συμβάσεων με

Γενικούς όρους συναλλαγών²⁸². Η καταγγελία θεωρήθηκε άκυρη όχι μόνο διότι συνιστά κατάχρηση δικαιώματος (ΑΚ 281) αλλά και διότι το «απόλυτον δικαίωμα» της Τράπεζας να περιορίζει ή να κλείνει οποτεδήποτε, κατά την κρίση της, την πίστωση, ειδοποιώντας τον πιστούχο με αποστολή απλής επιστολής, προσκρούει στα άρθρα 371 και 372 ΑΚ²⁸³.

Ο ρόλος της Τράπεζας ως χρηματοδοτικού, πιστωτικού οργανισμού είναι αποφασιστικός και καθοριστικός για την ανάπτυξη και λειτουργία μίας επιχείρησης και, κατ' επέκταση, για την ομαλή λειτουργία της εθνικής οικονομίας. Αυτό συνεπάγεται αυξημένη ευθύνη και μέριμνα για τα συμφέροντα της χρηματοδοτούμενης οικονομικής μονάδας.

Από τη σχέση εμπιστοσύνης της Τράπεζας με τον πελάτη της απορρέουν οι αρχές της καλής πίστης και των χρηστών ηθών.

Εξάλλου, με βάση το άρθρο 919 ΑΚ, όποιος με πρόθεση ζημίωσε άλλον κατά τρόπο αντίθετο στα χρηστά ήθη, έχει υποχρέωση να τον αποζημιώσει.

Τέλος, στο εν λόγω ζήτημα τυγχάνουν εφαρμογής οι διατάξεις 2 §6 και 2 §7 του ν. 2251/1994 για την προστασία του καταναλωτή, καθώς, ενόψει του γεγονότος ότι οι Τραπεζικές συμβάσεις είναι συμβάσεις προσχωρήσεως με α priori διατυπωμένους όρους της Τράπεζας (ΓΟΣ), πρέπει να ελέγχεται η καταχρηστικότητα ή μη των ΓΟΣ αυτών, η εκμετάλλευση εκ μέρους της Τράπεζας της υπεροχής της έναντι του πελάτη και η διατάραξη της ισορροπίας των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων της Τράπεζας σε βάρος του πελάτη – καταναλωτή, ζητήματα στα οποία η νομολογία έχει ενσκήψει με ευαισθησία με πληθώρα αποφάσεων²⁸⁴.

²⁸² ΓΟΣ

²⁸³ Διατάξεις που μπορούν να χρησιμοποιηθούν για το δικαστικό έλεγχο της ισχύος των ΓΟΣ είναι η ΑΚ 178, 179, 281 σε συνδυασμό με την ΑΚ 174, 288 και 371 – 372 ΑΚ.

²⁸⁴ ΑΠ 1153/1976, Μον.Πρωτ.Ξανθ. 434/1925, ΑΠ 214/1972, ΕφΑθ 2624/1975, Πολ.Πρ.Αθ. 4776/1972.

6. Καταναλωτική πίστη - καταστρατηγήσεις

Η καταναλωτική πίστη είναι ένα πεδίο, στο οποίο οι τράπεζες έχουν αναπτύξει έντονο ανταγωνισμό. Οι χρησιμοποιούμενες μέθοδοι προσέλκυσης πελατείας και τόνωσης της κατανάλωσης είναι ποικίλες. «Νέα προϊόντα», κατά την τραπεζική ορολογία, προσφέρονται στην αγορά με στόχο την κάμψη της αντίστασης και του πιο δύσπιστου ακόμα καταναλωτή να αποκτήσει το αγαθό ή την υπηρεσία της αρεσκείας του, ανεξάρτητα από την οικονομική του ευχέρεια ή τη μελλοντική του δυνατότητα επιστροφής της πίστωσης ή – το χειρότερο – ανεξάρτητα από την πραγματική ή μη χρεία κάλυψης επείγουσας βιοτικής του ανάγκης. Ιδίως στις μέρες μας που καταργήθηκαν τα όρια στα προσωπικά, καταναλωτικά δάνεια και στις πιστωτικές κάρτες, οι τράπεζες εκμεταλλεύονται τους πελάτες τους και απ' αυτούς «αλιεύουν» τους καλούς πελάτες προσφέροντας έξτρα χρηματοδότηση. Πέρα από την απελευθέρωση της καταναλωτικής πίστης, είναι πλέον δυνατή και η αναχρηματοδότηση παλαιών οφειλών. Οι κίνδυνοι που ελλοχεύουν είναι πολλοί λόγω και του ότι δεν έχει προχωρήσει ουσιαστικά η λειτουργία της «λευκής λίστας του» του «Τειρεσία» που θα έδινε εικόνα για το συνολικό δανεισμό των υποψήφιων δανειοληπτών και τη συναλλακτική συμπεριφορά τους (δεν υπάρχει ένα σύστημα ανταλλαγής πληροφοριών για τους καλούς και κακούς πελάτες κάθε τράπεζας), με αποτέλεσμα να είναι υπαρκτοί οι φόβοι για υπερχρέωση ορισμένων πελατών. Την όλη διαδικασία καθυστερεί και εμποδίζει απόφαση της αρχής προστασίας προσωπικών δεδομένων, που απαιτεί τη σύμφωνη γνώμη του δανειολήπτη για άντληση στοιχείων. Σε άλλες ευρωπαϊκές χώρες, όπως είναι η Γαλλία και Γερμανία, οι εμπορικές τράπεζες ενημερώνουν την κεντρική τράπεζα για τα δάνεια που βρίσκονται σε καθυστέρηση και στη συνέχεια η κεντρική τράπεζα ενημερώνει τις άλλες εμπορικές τράπεζες για τους κακοπληρωτές.

Επειδή στη χώρα μας η υπερκατανάλωση συνιστά αληθή κοινωνική και οικονομική μάστιγα, οι περιορισμοί στην καταναλωτική πίστη είναι μάλλον επιβεβλημένοι και μπορούν να τίθενται ελεύθερα από την Τράπεζα της Ελλάδας στα πλαίσια της νομοθετικής εξουσιοδότησης που της έχει παράσχει το ν.δ. 588/48 «περί ελέγχου της πίστωσης». Οι υφιστάμενοι σήμερα – ελάχιστοι, ομολογουμένως – περιορισμοί έχουν τεθεί ιδίως με την ΠΔ/ΤΕ

2286/22.1.94, όπως τροποποιήθηκε και συμπληρώθηκε από τις ΠΔ/ΤΕ 2360/30.5.95 και 2391/4.6.96, όσον αφορά τα δάνεια αποκτήσεως αγαθών διαρκείας και λήψεως υπηρεσιών τις ΠΔ/ΤΕ 1286/22.1.94 και 2391/4.6.96, για τα προσωπικά δάνεια ύψους 1.000.000 δρχ., την απόφαση ΕΝ/ΠΘ/ΤΕ 519/5.2.93, για τις υπεραναλήψεις από τρεχούμενο λογαριασμό καταθέσεων του δανειολήπτη μέχρι του ορίου των 300.000 δρχ., την απόφαση ΕΝ/ΠΘ/ΤΕ 5712/28.2.96 όσον αφορά την άντληση μετρητών μέσω χρήσης πιστωτικών καρτών.

Οι παραβιάσεις της κείμενης αυτής νομοθεσίας, ιδίως δε οι υπερβάσεις των τεθέντων πιστωτικών ορίων, δεν συνεπάγονται ακυρότητα της πίστωσης, αφού αυτό δεν εξυπηρετεί αντικειμενικά το γενικό συμφέρον και επιφέρει αναστάτωση στις συναλλαγές, χωρίς όμως να επιτυγχάνει και τον επιθυμητό περιορισμό στην κατανάλωση, ούτε, τέλος, παρέχει ουσιαστική προστασία στον καταναλωτή, ο οποίος θα κληθεί ενδεχομένως να επιστρέψει το δάνεισμα πρόωρα ως αδικαιολόγητο πλουτισμό και θα εξαναγκασθεί πιεζόμενος να βρει άλλη – συνήθως, επαχθέστερη – πηγή άντλησης πίστωσης.

Οι παραβιάσεις επιτρέπουν την επιβολή των προβλεπόμενων διοικητικών κυρώσεων από την Τράπεζα της Ελλάδος.

Το πρόβλημα, όμως, με τις διατάξεις για την καταναλωτική πίστη δεν είναι η ευθεία παράβασή τους, αλλά η καταστρατήγησή τους. Η παράκαμψή τους, δηλαδή, μέσω άλλων ρυθμισμένων ή μη μορφών πίστωσης, μη υποκειμένων μεν σε ποσοτικούς περιορισμούς, προοριζόμενων όμως να εξυπηρετούν επιχειρηματικούς, μη καταναλωτικούς σκοπούς, όπως η πρακτορεία επιχειρηματικών απαιτήσεων και η χρηματοδοτική μίσθωση, ή μέσω παροχής πλειόνων πιστωτικών καρτών ή καταναλωτικών δανείων από περισσότερες τράπεζες.

Χορήγηση περισσότερων πιστωτικών καρτών και καταναλωτικών δανείων στον ίδιο πιστολήπτη

Είναι γνωστή η πρακτική πολλών καταναλωτών να απευθύνονται σε πολλές τράπεζες ζητώντας όμοια ή διαφορετικά καταναλωτικά δάνεια ή κάρτες, τα οποία οι τράπεζες, ανταγωνιζόμενες η μία την άλλη, συνήθως παρέχουν σε συντομότατο χρονικό διάστημα διαφημίζοντας, μάλιστα, τις

σχετικές επιδόσεις τους. Σοβαρά εμπόδια στην πρακτική αυτή δεν φαίνεται να υπάρχουν. Ο καταναλωτής υποχρεούται μονάχα σε υποβολή της υπεύθυνης δήλωσης του άρθρου 8 του ν. 1599/86, ότι δεν υφίσταται υπόλοιπο οφειλής του από προσωπικό δάνειο άλλης τράπεζας. Η άντληση μετρητών με χρήση πιστωτικής κάρτας για ποσά άνω των 1.000 ευρώ το μήνα και κατά τράπεζα²⁸⁵. Τα αντληθέντα ποσά συνυπολογίζονται στο όριο χρηματοδότησης μέσω πιστωτικής κάρτας του συγκεκριμένου πελάτη-καταναλωτή²⁸⁶.

Είναι προφανές, πως τα περιοριστικά αυτά μέτρα είναι ανεπαρκή. Ο συνεχής μάλιστα βομβαρδισμός του καταναλωτή με οχληρές – συχνά άμεσες, τηλεφωνικές ή ταχυδρομικές – διαφημίσεις προσφορών καταναλωτικών δανείων, αμβλύνουν κάθε αίσθηση αυτοσυγκράτησης, ωθώντας τον στον υπερδανεισμό και την υπερκατανάλωση, με άσχημες συνέπειες για τον ίδιο και την οικονομία της χώρας.

Οι περιορισμοί όμως υπάρχουν. Οι τράπεζες, συνεπώς, είναι υποχρεωμένες να τους λαμβάνουν υπόψη. Οι περιοριστικές διατάξεις της καταναλωτικής πίστης θα πρέπει να τίθενται υπόψη του καταναλωτή σε κάθε διαφήμιση ή πρόταση για κατάρτιση αντίστοιχης σύμβασης και να εξασφαλίζεται, επίσης, η δυνατότητα ελέγχου της ειλικρίνειας της οποιασδήποτε υπεύθυνης δήλωσης του καταναλωτή. Πρακτικά, αυτό μπορεί να επιτευχθεί με την έγγραφη συναίνεση του υποψηφίου δανειολήπτη προς την τράπεζα να δίνει αυτή πληροφορίες σε άλλες τράπεζες για την κατάσταση δανεισμού του και με την έγγραφη, επίσης, εξουσιοδότηση προς αυτήν να ζητά παρόμοιες πληροφορίες από τις άλλες τράπεζες, ακόμη και μέσω της «Τειρεσίας ΑΕ».

Ωστόσο, οι τράπεζες αποφεύγουν κάθε ανάμειξη στο θέμα, γιατί η χωρίς περιορισμούς καταναλωτική πίστη φαίνεται ότι αποτελεί ένα σίγουρο εργαλείο επίτευξης υπερκερδών, έτσι που αποτελεί ευθεία παράβαση της γενικής υποχρέωσης των τραπεζών να τηρούν τις κατευθύνσεις της πιστωτικής λειτουργίας που χαράσσει η εποπτική αρχή, η Τράπεζα της Ελλάδος, για τη στήριξη της γενικής οικονομικής πολιτικής της εκάστοτε

²⁸⁵ Βλ. ΠΔ/ΤΕ 2360/30.5.95 και ΕΝ/ΠΘ/ΤΕ 569/5.1.96, Θέμα 3.

²⁸⁶ Βλ. ΕΝ/ΠΘ/ΤΕ 5712/28.2.96, Θέμα 7.

κυβέρνησης και τη διασφάλιση της σταθερότητας του γενικού επιπέδου τιμών²⁸⁷.

Με άλλα λόγια, οι τράπεζες είναι υποχρεωμένες να βρουν τον κατάλληλο τρόπο τήρησης των επιβαλλόμενων περιορισμών στην πιστωτική λειτουργία τους. Διαφορετικά, είναι υπόλογες απέναντι στην Τράπεζα της Ελλάδος, που μπορεί μάλλον να επέμβει και κυρωτικά.

Εύλογο βέβαια ερώτημα που τίθεται: η Τράπεζα της Ελλάδος έχει τα στελέχη και τα προγράμματα να διενεργήσουν αυτούς τους αποτελεσματικούς ελέγχους στις εμπορικές τράπεζες; Η Τράπεζα της Ελλάδος πρέπει να ρίξει το βάρος της στην επεξεργασία και εφαρμογή μοντέρνων μεθόδων ελέγχου των εμπορικών τραπεζών σε θέματα ποιότητα χαρτοφυλακίου και δανειακής πολιτικής.

Γενικά συνοψίζοντας πρέπει να ειπωθεί ότι ελεύθερη τραπεζική αγορά σαν αυτή που διαμορφώνεται τώρα στην Ελλάδα δε σημαίνει μόνο έναν άκρατο ανταγωνισμό, όπου κάθε τράπεζα για να πάρει μεγαλύτερο μερίδιο αγοράς προσφέρει νέα προϊόντα με χαμηλότερα επιτόκια. Αυτή η πλευρά πρέπει να συμπληρώνεται από την ταυτόχρονη δημιουργία θεσμών και υποδομών που εγγυώνται έναν ασφαλή για την υγεία του τραπεζικού συστήματος ανταγωνισμού, η οποία και ενδιαφέρει ίσως περισσότερο μετόχους και καταθέτες αλλά και ολόκληρη την εθνική οικονομία.

²⁸⁷ Βλ. άρθρα 1-2 και 8 ν. 2548/97.

7. Παροχή επενδυτικών συμβουλών από τις τράπεζες

Την τελευταία δεκαετία σημειώθηκε αναντίρρητα εντυπωσιακή ανάπτυξη της ελληνικής κεφαλαιαγοράς λόγω της αύξησης των τιμών των μετοχών, του όγκου των συναλλαγών, του αριθμού και της συνολικής κεφαλαιοποίησης των εισηγμένων στο Χρηματιστήριο εταιριών, της ανάλογης αύξησης του αριθμού και του συνολικού ενεργητικού των αμοιβαίων κεφαλαίων και των επενδυτικών επιλογών που προσφέρονται μέσω αυτών, της εισόδου πολλών επενδυτών – κυρίως ιδιωτών – στο Χρηματιστήριο και, τέλος, της αναβάθμισης της εποπτείας της κεφαλαιαγοράς με την ίδρυση ειδικού οργάνου, της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς.

Άλλωστε, εκτιμάται από έγκυρους οικονομικούς αναλυτές της κεφαλαιαγοράς ότι η πρόσφατη ολοκλήρωση της νομισματικής ενοποίησης των χωρών της ευρω-ζώνης και η ταυτόχρονη καθιέρωση του κοινού ευρωπαϊκού νομίσματος (ευρώ) θα επιφέρουν πολλαπλασιασμό των επενδυτικών ευκαιριών και θα καταστήσουν τον ρόλο των ΕΠΕΥ ακόμη σπουδαιότερο.

Η δυναμική ανάπτυξη της επενδυτικής πραγματικότητας είχε ως συνέπεια τη δημιουργία μίας νέας τραπεζικής εργασίας, της παροχής επενδυτικών συμβουλών. Πλέον η παροχή υπηρεσιών εκ μέρους των πιστωτικών ιδρυμάτων δεν περιορίζεται απλά στις παραδοσιακές τραπεζικές εργασίες, στην εμπορία χρήματος (commercial banking)²⁸⁸, αλλά επεκτείνεται στον τομέα παροχής επενδυτικών υπηρεσιών (investment banking ή i-banking), δηλ. τις συναλλαγές σε επενδυτικά προϊόντα (κινητές αξίες), παράγωγα καθώς και την αναδοχή έκδοσης τίτλων. Υιοθετείται δηλ. το λεγόμενο καθολικό τραπεζικό σύστημα, με αποτέλεσμα η παροχή επενδυτικών συμβουλών να αποτελεί τραπεζική εργασία εξαιρετικής σημασίας και με μεγάλη συχνότητα παροχής²⁸⁹.

²⁸⁸ Κλασικές τραπεζικές εργασίες είναι ως επί το πλείστον η αποδοχή καταθέσεων ή άλλων επιστρεπτέων κεφαλαίων καθώς και η χορήγηση πιστώσεων.

²⁸⁹ Το αντίθετο του καθολικού τραπεζικού συστήματος είναι το σύστημα του διαχωρισμού του commercial banking, το οποίο παρέχεται αποκλειστικά από τις παραδοσιακές τράπεζες, από το investment banking το οποίο παρέχεται αποκλειστικά από τράπεζες επενδύσεων και ίσχυε μέχρι το 1999 στις ΗΠΑ. Οι επιφυλάξεις που είχαν εκφρασθεί παλιότερα, ότι δηλ. η εφαρμογή του καθολικού συστήματος ενέχει κινδύνους για τους καταθέτες και τους επενδυτές, παραμερίσθηκαν ενόψει των οικονομικών πλεονεκτημάτων που προσφέρει το καθολικό τραπεζικό σύστημα.

Η παροχή εξειδικευμένων συμβουλών από τις τράπεζες στους πελάτες τους για ιδιαίτερα πολύπλοκες συναλλαγές και η εισαγωγή πολλών καινοτομιών στον τραπεζικό χώρο δημιούργησε ποικίλα προβλήματα με αποκορύφωμα το εφιαλτικό για τους μικρομετόχους καλοκαίρι του 2000 με την ουσιαστική κατάρρευση του Χρηματιστηρίου. Το ειδικό νομοθετικό πλαίσιο για την παροχή επενδυτικών συμβουλών (ν. 2396/1996, Οδηγία 93/92/ΕΟΚ, Κώδικας Δεοντολογίας των ΕΠΕΥ), παρότι διασφαλίζει επαρκώς τη θεσμική προστασία του επενδυτή, αφήνει αρρύθμιστο το ζήτημα της δικαστικής προστασίας τούτου σε περίπτωση ζημίας του από την πλημμελή παροχή των επενδυτικών υπηρεσιών εκ μέρους του επενδυτικού συμβούλου, όταν δηλαδή η τράπεζα παρέσχε ελαττωματική επενδυτική συμβουλή με συνέπεια την αποτυχία της επένδυσης και την απώλεια των χρημάτων του επενδυτή²⁹⁰.

Πρέπει να επισημάνουμε ότι για αστική ευθύνη της τράπεζας ως ΕΠΕΥ μπορεί να γίνει λόγος μόνο όταν οι παρεχόμενες επενδυτικές συμβουλές δεν είναι ορθές, πλήρεις και σαφείς ως προς την επισήμανση των κινδύνων που αναλαμβάνει ο πελάτης της. Οι τράπεζες αποτελούν πρωτίστως κερδοσκοπικούς οργανισμούς με μεσολαβητικό ρόλο τη διακίνηση του χρήματος και των κεφαλαίων, με εξειδικευμένη τεχνογνωσία και με ισχυρή οργανωτική – λειτουργική υποδομή, ενώ η δραστηριότητά τους διέπεται από τον σκοπό επίτευξης κέρδους. Αυτό σημαίνει ότι κατά την άσκηση της συγκεκριμένης δραστηριότητάς τους δεν αναλαμβάνουν «εγγυητική ευθύνη» για τις επενδυτικές πρωτοβουλίες των πελατών τους. Από την άλλη όμως πλευρά δεν πρέπει να ξεχνάμε την ιδιαίτερη σχέση εμπιστοσύνης που υφίσταται μεταξύ της τράπεζας και του πελάτη της, που εμφανίζεται εντονότερη στην προκειμένη περίπτωση, επειδή ο πελάτης προσβλέπει ακριβώς στην τεχνογνωσία και την υποδομή της τράπεζας για τη λήψη της επενδυτικής του απόφασης, η οποία πρόκειται να επηρεάσει άμεσα τα οικονομικά του συμφέροντα και πολλές φορές ολόκληρη την περιουσία του.

Τα πιστωτικά ιδρύματα ως φορείς παροχής επενδυτικών υπηρεσιών

²⁹⁰ Η πρόσφατη οδυνηρή εμπειρία του ελληνικού Χρηματιστηρίου με τις σημαντικές περιουσιακές διαθέσεις, τις προσδοκίες κερδών αλλά και τα πολυάριθμα προσωπικά δράματα κατεστραμμένων επενδυτών κατέστησε ακόμα πιο εμφανή και επείγουσα την ανάγκη διερεύνησης της δικαστικής προστασίας του επενδυτή.

Το άρθρο 21 § 1, εδ. α' του ν. 2396/1996 δίνει τη δυνατότητα στα πιστωτικά ιδρύματα (αρθ. 2 § 1 του ν. 2076/1992) που εδρεύουν στην Ελλάδα να παρέχουν όλες τις κύριες και παρεπόμενες επενδυτικές υπηρεσίες του αρθ. 2 § 1-2 του ν. 2396/1996, δηλαδή να λειτουργούν ως ΕΠΕΥ. Απαιτείται ωστόσο σχετική άδεια από την τράπεζα της Ελλάδος²⁹¹.

Η σύμβαση παροχής επενδυτικών συμβουλών ως δημιούργημα της ελευθερίας των συμβάσεων (ΑΚ 361)

Η αναγνωριζόμενη στο νόμο (ΑΚ) συμβατική ελευθερία αποτελεί το πιο ικανό μέσο προσαρμογής στις συνεχώς μεταβαλλόμενες συνθήκες – τις οποίες ο νομοθέτης μόνο ασθμαίνοντας μπορεί να παρακολουθήσει – μέσω της διαμόρφωσης νέων συμβατικών μορφών που εξυπηρετούν τις ανάγκες των συναλλασσομένων. Η σύμβαση παροχής επενδυτικών συμβουλών αποτελεί κατεξοχήν έκφανση της ιδιωτικής αυτονομίας και απόρροια της ανάγκης εξυπηρέτησης των σύγχρονων συναλλαγών, δεν είναι ωστόσο απεριορίστη, αφού δεν πρέπει να προσκρούει στο νόμο (ΑΚ 3, 174) ή στα χρηστά ήθη (ΑΚ 178, 281).

Σχέση εμπιστοσύνης – παρεπόμενες υποχρεώσεις της τράπεζας

Όπως προείπαμε, μεταξύ της τράπεζας και των πελατών της δημιουργείται κατά κανόνα μία διαρκής σχέση με έντονο το προσωπικό στοιχείο της **εμπιστοσύνης**, δηλαδή της δικαιολογημένης προσδοκίας του κάθε μέρους, ιδίως του πελάτη της τράπεζας, ότι η επένβαση στην περιουσιακή του σφαίρα θα γίνεται με επιμέλεια και φροντίδα προς αποφυγή ζημιολογώνων πράξεων. Η τράπεζα οφείλει να επιδείξει κατά την άσκηση των τραπεζικών εργασιών που της ανατίθενται εξειδικευμένη γνώση, διακριτικότητα, εχεμύθεια και αυξημένη επιμέλεια.

Από την ιδιαίτερη αυτή σχέση εμπιστοσύνης απορρέουν παρεπόμενες υποχρεώσεις της τράπεζας: υποχρεώσεις διαφώτισης, προειδοποίησης, ελέγχου, παροχής συμβουλών, έρευνας για το αντικείμενο της επένδυσης (να χρησιμοποιεί η τράπεζα έγκυρες και αντικειμενικές πηγές πληροφόρησης).

²⁹¹ Υποστηρίζεται πάντως και η άποψη ότι δεν απαιτείται τέτοια άδεια και αρκεί αυτή που έχει ήδη χορηγηθεί στα πιστωτικά ιδρύματα για τη λειτουργία τους, έτσι Παπαντώνη, σελ. 27 και

Ευθύνη της τράπεζας

Η θεμελίωση της ευθύνης της τράπεζας κατά την παροχή επενδυτικών συμβουλών και τραπεζικο-οικονομικών πληροφοριών βασίζεται είτε στις διατάξεις του ΑΚ είτε στο ν. 2251/94, που τυγχάνει εφαρμογής.

Διατάξεις του ΑΚ

Η ευθύνη της τράπεζας μπορεί να είναι:

1. ευθύνη εκ των διαπραγματεύσεων (ΑΚ 197-198) – προσυμβατική,
2. ενδοσυμβατική (ΑΚ 729). Ειδικότερα, μία τράπεζα μπορεί να αναλάβει έναντι του πελάτη της συμβατική υποχρέωση προς παροχή συμβουλών ή/και πληροφοριών, παράβαση της οποίας οδηγεί σε συμβατική ευθύνη της. Η υποχρέωση αυτή μπορεί να αποτελεί:
 - είτε το κύριο περιεχόμενο **αυτοτελούς σύμβασης**, οπότε:
 - A. αν αυτή έχει συμφωνηθεί να παρέχεται επ' αμοιβή, θα πρόκειται είτε για σύμβαση έργου (ΑΚ 681 επ.) είτε για σύμβαση εργασίας (ΑΚ 648 επ.),
 - B. αν παρέχεται χωρίς αμοιβή, θα πρόκειται για σύμβαση *sui generis* κατά τον Καράλη, για εντολή κατά τον Καποδίστρια.
 - είτε περιεχόμενο παρεπόμενης συμφωνίας στο πλαίσιο μίας άλλης, με διαφορετικό κύριο περιεχόμενο, συμβάσεως.
3. προκύπτουσα από τις διατάξεις των ΑΚ 200 & 288, λόγω των υποχρεώσεων πίστης απέναντι στον αντισυμβαλλόμενο πελάτη που βαρύνουν την τράπεζα, καθώς και των υποχρεώσεων προστασίας των έννομων αγαθών του. Ζήτημα ανακύπτει στην περίπτωση που συντρέχει ίδιο συμφέρον της τράπεζας που δικαιολογεί τη μη εκπλήρωση των παραπάνω υποχρεώσεων. Βρισκόμαστε δηλ. μπροστά σε μία κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, όπως θα δούμε στη συνέχεια,
4. αδικοπρακτική, ως αντικείμενη στα χρηστά ήθη (ΑΚ 919).

Προτού προχωρήσουμε στην εξέταση της υπό (3) περίπτωσης για τις συγκρούσεις συμφερόντων που ανακύπτουν, κρίνουμε σκόπιμο να παραθέσουμε σε γενικές γραμμές τη θεμελιώδη απόφαση του γερμανικού

Μούζουλα, ΕνΒ 4/1994, 487.

ακυρωτικού (BGH) της 6.7.1993²⁹². Η απόφαση αυτή κωδικοποίησε τα πορίσματα της προγενέστερης νομολογίας διατυπώνοντας με σαφήνεια τα κυριότερα καθήκοντα των επενδυτικών συμβούλων και διατύπωσε για πρώτη φορά συστηματικά τη θεμελιώδη υποχρέωση παροχής συμβουλών και πληροφοριών που ανταποκρίνονται στο πρόσωπο του επενδυτή και στο αντικείμενο της επένδυσης.

Πραγματικά περιστατικά

Ένα ζευγάρι Γερμανών ήταν για πάνω από 20 χρόνια πελάτες μίας τράπεζας και τοποθετούσαν τις αποταμιεύσεις τους όλο αυτό το διάστημα μόνο σε ασφαλείς μορφές επένδυσης, όπως σε λογαριασμούς ταμιευτηρίου. Το Μάρτιο του 1989, μία από τις επιμέρους συμβάσεις αποταμίευσης έληξε με κέρδος 20.000 DM. Ακολούθησε συζήτηση με τον επενδυτικό σύμβουλο της τράπεζας για την επανεπένδυση του ποσού αυτού. Αυτός τους παρουσίασε ένα κατάλογο προτάσεων από το επενδυτικό πρόγραμμα της τράπεζας, στο οποίο περιλαμβανόταν και το ομολογιακό δάνειο σε DM του αυστραλιακού ομίλου επιχειρήσεων Bond, έκδοσης 1988.

Λίγο πριν από την επενδυτική αυτή συζήτηση το ομολογιακό δάνειο είχε λάβει άδεια εισαγωγής στο Χρηματιστήριο της Φρανκφούρτης και η τράπεζα είχε στα χέρια της την έγκριση αυτή μαζί με το ενημερωτικό φυλλάδιο που την συνόδευε. Εν τω μεταξύ όμως, ήδη από τον Ιούλιο του 1988 ως και το Νοέμβριο του ίδιου έτους είχαν δημοσιευτεί, τόσο στην επίσημη εφημερίδα του Χρηματιστηρίου όσο και σε άλλες έγκριτες οικονομικές εφημερίδες, όπως στους Financial Times και στην Frankfurter Allgemeine Zeitung, αναλύσεις οικονομολόγων που εφιστούσαν την προσοχή στην κακή οικονομική κατάσταση του ομίλου Bond. Επιπλέον, το μεγαλύτερο πρακτορείο εκτίμησης φερεγγυότητας της Αυστραλίας (Australian Ratings Agency) είχε χαρακτηρίσει ήδη τον Ιούνιο του 1988 το δάνειο ως BB, δηλ. ως ριψοκίνδυνο με κάλυψη κάτω του μέσου όρου. Το Δεκέμβριο του 1988 το δάνειο είχε εκτιμηθεί ως B, δηλ. ως υψηλού κινδύνου με μικρή εξασφάλιση του κεφαλαίου, ενώ στις αρχές

²⁹² Σχετικό το άρθρο της Αγγέλικας Γκούσκου: Η έκταση της υποχρέωσης τράπεζας προς παροχή επενδυτικών συμβουλών – η υπό κρίση περίπτωση: ομολογιακό δάνειο εξωτερικού σε γερμανικά μάρκα – DM, BGH, Απόφαση της 6/7/1993 – XI ZR 12/93 (ΕΕμπΔ 1995, σελ. 37).

Μαρτίου 1989 ως CCC, σύμβολο που σημαίνει ότι υπάρχει κίνδυνος πτώχευσης του εκδότη!

Κανένα από τα προειδοποιητικά στοιχεία δεν αναφέρθηκαν στους πελάτες. Μάλιστα, η τράπεζα ισχυρίστηκε αργότερα ότι δεν γνώριζε την ύπαρξη των αρνητικών rating. Αντίθετα, σε ερώτηση των επενδυτών, αν η επένδυση είναι επικίνδυνη, ο επενδυτικός σύμβουλος απάντησε με τη διαβεβαίωση ότι «δεν υπάρχει κανένας κίνδυνος από τη διακύμανση των τιμών». Κατόπιν τούτου, το ζευγάρι αγόρασε από την τράπεζα στις 16 Μαρτίου 1989 ομολογίες Bond²⁹³ ονομαστικής αξίας 20.000 γερμανικών μάρκων. Το αποτέλεσμα ήταν ότι ο όμιλος Bond κηρύχθηκε σε πτώχευση και οι ομολογίες όχι μόνο δεν απέδωσαν τόκο, αλλά έχασαν και σχεδόν όλη την αξία τους.

Το ζευγάρι προσέφυγε στο δικαστήριο, ζητώντας αποζημίωση από την τράπεζα για παραβίαση των υποχρεώσεων πληροφόρησης και συμβουλής της. Το Πρωτοδικείο απέρριψε την αγωγή, όμως το Εφετείο²⁹⁴ τους δικαίωσε. Τελικά η υπόθεση έφτασε στο Γερμανικό Ακυρωτικό.

Η απόφαση του δικαστηρίου

Το δικαστήριο δέχθηκε ορθά ότι με την έναρξη της επενδυτικής συζήτησης, ανεξαρτήτως του ποιος είχε την πρωτοβουλία γι' αυτήν, καταρτίστηκε σιωπηρά σύμβαση παροχής επενδυτικών συμβουλών. Στη συνέχεια, προέβη σε μία αναλυτική παράθεση των καθηκόντων των ΕΠΕΥ στο πλαίσιο της σύμβασης αυτής, για να καταλήξει στο ότι η τράπεζα παραβίασε, και μάλιστα με πολλαπλό τρόπο, τις σχετικές υποχρεώσεις της. Ειδικότερα:

(α) Η ΕΠΕΥ υποχρεούται να συμβουλεύει τον πελάτη ορθά, με σαφήνεια και πληρότητα. Οφείλει να τον ενημερώνει εγκαίρως για όλα τα περιστατικά που έχουν σημασία για την επενδυτική απόφαση. Αν της λείπουν οι σχετικές γνώσεις, πρέπει να ενημερώσει γι' αυτό τον πελάτη και να τον πληροφορήσει ότι δεν είναι σε θέση να τον συμβουλευτεί, για παράδειγμα για τους συγκεκριμένους κινδύνους μίας επένδυσης, λόγω του ότι δεν διαθέτει

²⁹³ Γι' αυτό η απόφαση αυτή του Γερμανικού Ακυρωτικού είναι γνωστή ως «απόφαση Bond» (Bond-Urteil).

²⁹⁴ OLG Celle, WM 1993, 191.

ίδιες πληροφορίες γι' αυτή. Δεν επιτρέπεται ακόμη να του απαντά παραπλανητικά στις ερωτήσεις που της θέτει.

(β) Το ειδικότερο περιεχόμενο των υποχρεώσεων εξαρτάται αφενός από το *πρόσωπο* του πελάτη και αφετέρου από το *αντικείμενο* της επένδυσης. Γι' αυτό, κρίνεται *ad hoc*.

(γ) Η ΕΠΕΥ υποχρεούται να αντλεί τις πλέον επίκαιρες πληροφορίες για το αντικείμενο της επένδυσης, αξιοποιώντας και τα δημοσιεύματα του οικονομικού τύπου, ημεδαπού και αλλοδαπού. Οι υποχρεώσεις έρευνας γίνονται οξύτερες, όταν πρόκειται για αλλοδαπούς τίτλους, όπως εδώ, οπότε η πρόσβαση του υποψηφίου επενδυτή σε πηγές πληροφόρησης είναι ιδιαίτερα δύσκολη. Περαιτέρω επίταση των υποχρεώσεων επέρχεται, όταν η προτεινόμενη επένδυση εντάσσεται, όπως εδώ, στο επενδυτικό πρόγραμμα της τράπεζας, κάτι που δίνει στους επενδυτές την εντύπωση ότι η τράπεζα έχει προβεί σε ίδιο έλεγχο των επενδύσεων αυτών και τις θεωρεί «καλές». Κατά τη συγκέντρωση των σχετικών πληροφοριών η τράπεζα δεν δικαιούται να αρκестεί στην άδεια εισαγωγής των προτεινόμενων τίτλων στο χρηματιστήριο και στο ενημερωτικό φυλλάδιο που τη συνοδεύει, διότι η αρμόδια χρηματιστηριακή αρχή δεν προβαίνει σε έλεγχο της φερεγγυότητας του εκδότη. Αντίθετα, η ΕΠΕΥ οφείλει να ελέγξει η ίδια τον κίνδυνο της επένδυσης στη συγκεκριμένη περίπτωση το κατά πόσο ο εκδότης ομολογιακού δανείου είναι φερέγγυος.

2. Η παραβίαση των υποχρεώσεων στη συγκεκριμένη περίπτωση: Το δικαστήριο καταδίκασε την τράπεζα-ΕΠΕΥ να αποζημιώσει τους επενδυτές, διότι διαπίστωσε τις ακόλουθες παραβάσεις:

(α) Η τράπεζα παραβίασε την υποχρέωση σαφήνειας. Συγκεκριμένα, η απάντηση που έδωσε ο επενδυτικός σύμβουλος στο ερώτημα των επενδυτών σχετικά με τον κίνδυνο της επένδυσης, ότι δηλαδή δεν υπάρχει κίνδυνος από τη διακύμανση των χρηματιστηριακών τιμών, ήταν παραπλανητική. Κι αυτό διότι, ακόμα κι αν αυτή εννοούσε, όπως ισχυρίστηκε, τον κίνδυνο από τη διακύμανση των συναλλαγματικών ισοτιμιών, το γεγονός είναι ένα: Ο βασικός κίνδυνος ενός ομολογιακού δανείου είναι άλλος, δηλαδή η *πιθανή αφερεγγυότητα του εκδότη του*, που μπορεί να επιφέρει, σε περίπτωση επέλευσής του, απώλεια όχι μόνο των κερδών, δηλαδή των τόκων που θα

απέφερε το δάνειο, αλλά και του ίδιου του επενδυθέντος κεφαλαίου. Κάτι τέτοιο δεν αναφέρθηκε από την τράπεζα.

(β) Η τράπεζα δεν ενημέρωσε επαρκώς τους πελάτες για το αντικείμενο της επένδυσης. Όπως είδαμε, δεν τους πληροφόρησε για το βασικό κίνδυνο που παρουσιάζει αυτό το είδος επένδυσης (πιθανή αφερεγγυότητα του εκδότη) και τις συνέπειές του και κυρίως τους απέκρυψε τις προειδοποιητικές ενδείξεις (δημοσιεύματα στον οικονομικό τύπο)²⁹⁵ για τον κίνδυνο πτώχευσης του εκδότη του συγκεκριμένου ομολογιακού δανείου που σχεδίαζαν να αποκτήσουν. Το αν γνώριζε τις ενδείξεις αυτές και παρέλειψε να τις αναφέρει ή δεν τις γνώριζε λόγω οργανωτικών της αδυναμιών, δεν έχει σημασία.

(γ) Η τράπεζα παραβίασε και τις υποχρεώσεις έρευνας για το αντικείμενο της επένδυσης. Πέρα από τη χρηματιστηριακή έγκριση εισαγωγής και το σχετικό ενημερωτικό φυλλάδιο, στοιχεία, όπως είδαμε, ανεπαρκή, η τράπεζα δεν διέθετε καμία άλλη πληροφορία που θα της επέτρεπε να εκτιμήσει τη φερεγγυότητα του εκδότη του δανείου. Δεν είχε προβεί σε κανένα δικό της έλεγχο και δεν είχε λάβει υπόψη της τα προειδοποιητικά δημοσιεύματα του οικονομικού τύπου. Μάλιστα, από το ίδιο το ενημερωτικό φυλλάδιο εισαγωγής προέκυπτε υπερχρέωση της εκδότριας επιχείρησης! Ταυτόχρονα, η τράπεζα παρέλειψε να επιστήση την προσοχή των πελατών στο ότι δεν διέθετε επαρκή στοιχεία για να κρίνει τη φερεγγυότητα του εκδότη.

(δ) Η συμβουλή της τράπεζας για την απόκτηση του ομολογιακού δανείου Bond ήταν ακατάλληλη για τους συγκεκριμένους επενδυτές. Η τράπεζα γνώριζε, από τις μακροχρόνιες συναλλακτικές σχέσεις της μαζί τους, ότι αυτοί επέλεγαν ως τώρα αποκλειστικά ασφαλείς μορφές επένδυσης. Επιπλέον, δεν είχαν καμία πείρα στις συναλλαγές με ομολογίες ή άλλους παρόμοιους τίτλους. Επίσης, επρόκειτο να επενδύσουν σημαντικό τμήμα των οικονομιών τους. Το συγκεκριμένο ομολογιακό δάνειο, που παρουσίαζε υψηλό κίνδυνο λόγω της κακής οικονομικής κατάστασης της εκδότριας επιχείρησης, δεν ήταν επομένως κατάλληλο για το πρόσωπό τους.

Συμπεράσματα:

²⁹⁵ Το Γερμανικό Ακυρωτικό δεν πήρε θέση στο αν το rating ανήκει στις πληροφορίες εκείνες που πρέπει να ανακοινώνονται οπωσδήποτε στον επενδυτή. Ούτε το Εφετείο πήρε θέση, τονίζοντας ωστόσο τη σπουδαιότητα του rating (WM 1993, 193).

1. Η τράπεζα, που παρέχει επενδυτικές συμβουλές, είναι υποχρεωμένη να λαμβάνει υπόψη της, πριν επενδύσει στο συμφωνημένο χρηματιστηριακό προϊόν, το επίπεδο γνώσης του πελάτη της καθώς και κατά πόσο επιθυμεί αυτός να διακινδυνεύσει («η αρμόζουσα προς τον επενδυτή συμβουλή»).
2. Η τράπεζα που έχει περιλάβει στο επενδυτικό πρόγραμμά της αξιόγραφα του εξωτερικού, πρέπει να τα αξιολογεί πριν την πρότασή της στους πελάτες της ως επένδυση. Δεν μπορεί να αρκείται στην αίτηση εισαγωγής στο Χρηματιστήριο και στο φάκελο των οικονομικών στοιχείων που συνοδεύει την αίτηση αυτή.

Συγκρούσεις συμφερόντων κατά την παροχή επενδυτικών συμβουλών (μεταξύ τράπεζας και πελάτη)

Κατά το στάδιο παροχής επενδυτικών συμβουλών από μία ΕΠΕΥ σε πελάτες της ενδέχεται να δημιουργηθεί σύγκρουση συμφερόντων. Για παράδειγμα, έστω ότι μία τράπεζα έχει αναλάβει τη διαμεσολάβηση κατά τη διάθεση των τίτλων της εκδότριας εταιρίας προς τους επενδυτές (αναδοχή έκδοσης κινητών αξιών). Στην περίπτωση αυτή διακυβεύονται ουσιώδη οικονομικά συμφέροντα της τράπεζας, καθώς είτε πρόκειται για εγγυητική αναδοχή – όπου η τράπεζα αναλαμβάνει έναντι του εκδότη τον κίνδυνο να καλύψει αυτή το μέρος των τίτλων που ενδεχομένως δεν θα αναλάβει τελικά το επενδυτικό κοινό – πράγμα που είναι το συνηθέστερο, είτε πολύ περισσότερο για σταθερή αναδοχή – όπου η τράπεζα αγοράζει πρώτα η ίδια από τον εκδότη τους νεοεκδιδόμενους τίτλους και τους διαθέτει στη συνέχεια στο επενδυτικό κοινό – είναι φανερό ότι μεγάλο μέρος του κινδύνου μη διάθεσης των νεοεκδιδόμενων τίτλων μετατίθεται στην ανάδοχο τράπεζα. Αλλά ακόμη και αν ο οικονομικός κίνδυνος παραμένει εξ' ολοκλήρου στον εκδότη, πράγμα πολύ σπάνιο (best-efforts underwriting), πάλι η ανάδοχος τράπεζα ενδιαφέρεται να αποδείξει ότι το οργανωτικό της δίκτυο εγγυάται την επιτυχή διάθεση των τίτλων. Εξάλλου, είναι προφανές και το συμφέρον του εκδότη για την προώθηση της έκδοσής του. Για τους παραπάνω λόγους η ανάδοχος τράπεζα είναι πολύ πιθανό να συστήσει στον πελάτη της να αποκτήσει αυτούς τους τίτλους αντί για κάποιους άλλους, καταλληλότερους γι'

αυτόν. Επίσης, μπορεί να συστήσει στον πελάτη της την απόκτηση ορισμένων τίτλων έναντι άλλων, που ανταποκρίνονται καλύτερα στις ανάγκες του, διότι οι πρώτοι θα της προσφέρουν, στην περίπτωση διαβίβασης εντολής απόκτησής τους, μεγαλύτερη προμήθεια.

Η βασική αρχή που διέπει τις περιπτώσεις αυτές και αίρει τη σύγκρουση συμφερόντων είναι η απόλυτη προτεραιότητα του συμφέροντος του πελάτη. Η τράπεζα υποχρεούται σε παροχή πλήρους, ορθής, σαφούς και κατάλληλης επενδυτικής συμβουλής. Μόνο στο βαθμό που δε διακυβεύεται αυτό το συμφέρον του πελάτη έχει δικαίωμα η τράπεζα να επηρεαστεί από τα δικά της συμφέροντα κατά την παροχή της επενδυτικής συμβουλής. Έτσι για παράδειγμα μπορεί η τράπεζα να συστήσει στον πελάτη τη δική της μετοχή ή τη μετοχή για την οποία λειτουργεί ως ανάδοχος, έναντι κάποιας άλλης, μόνο στην περίπτωση που και οι δύο μετοχές εμφανίζονται εξίσου κατάλληλες γι' αυτόν. Όμοια, η σύστασή της για την απόκτηση ή εκποίηση ορισμένων τίτλων πρέπει να διαμορφώνεται αποκλειστικά με βάση το συμφέρον του πελάτη να προβεί στη συγκεκριμένη συναλλαγή, έναντι του οποίου υποχωρεί το δικό της συμφέρον για άνοδο ή πτώση της τιμής ορισμένων τίτλων ή για απόληψη μεγαλύτερης προμήθειας.

Η αρχή αυτή προκύπτει, άμεσα ή έμμεσα, και από τον ΚΔ των ΕΠΕΥ: οι ΕΠΕΥ οφείλουν να εξυπηρετούν με τον καλύτερο δυνατό τρόπο τα συμφέροντα των πελατών τους, να τηρούν τις αρχές της επιμέλειας, της πίστης προς τον πελάτη, της αντικειμενικότητας και της αμεροληψίας και να συνιστούν στους πελάτες τους μόνο συναλλαγές που εξυπηρετούν απτά οικονομικά ή άλλα συμφέροντα.

Επίσης, θεσπίζεται η υποχρέωση των ΕΠΕΥ να πληροφορούν τον πελάτη για την πρόθεσή τους να προβούν σε πράξη που θα έχει άμεσες αρνητικές επιπτώσεις στα συμφέροντά του. Τέλος, σημαντική είναι η ρύθμιση για το στάδιο εκτέλεσης των εντολών, όπου ορίζεται ότι η εκτέλεση εντολών πελατών προηγείται αυτών που παρέχονται για λογαριασμό των ίδιων των ΕΠΕΥ ή συνδεδεμένων με αυτές προσώπων (αρθ. 9 §1 εδ. γ' ΚΔΕΠΕΥ).

Συμπεριφορές αντίθετες στην αρχή της προτεραιότητας του συμφέροντος του πελάτη

1. churning: Αποτελεί τη σύσταση υπερβολικά μεγάλου αριθμού συναλλαγών από την ΕΠΕΥ, οι οποίες δεν έχουν οικονομικό νόημα για τον πελάτη, μόνο και μόνο για να εισπράττει η εταιρία αυτή τις σχετικές προμήθειες, σε βάρος βέβαια του χαρτοφυλακίου του πελάτη. Το άρθρο 8 §4 εδ. β' ΚΔΕΠΕΥ απαγορεύει αβίαστα το churning.
2. scalping: Πρόκειται για τη χειραγώγηση τιμών προς ίδιο όφελος μέσω επενδυτικών συμβουλών.

Ο scalper δρα βάσει οργανωμένου και προαποφασισμένου ήδη από την πρώτη του πράξη σχεδίου: Αγοράζει ορισμένους τίτλους, στη συνέχεια συνιστά σε ευρύ κύκλο ατόμων, πολλές φορές και μέσω των ΜΜΕ, την απόκτηση των τίτλων αυτών. Και μόλις οι τιμές τους ανέβουν τους πωλεί, αποκομίζοντας το σχετικό όφελος, αλλά και προκαλώντας βλάβη στους πελάτες του και τους λοιπούς αποδέκτες της επενδυτικής συμβουλής, αφού η τιμή των τίτλων κατόπιν αναπόφευκτα θα υποχωρήσει. Εκτός από την αντίθεσή της στην αρχή της προτεραιότητας του συμφέροντος των πελατών, η συμπεριφορά της ΕΠΕΥ-scalper ενδέχεται να προσκρούει στις διατάξεις των άρθρων 34^α του ν. 3632/1928 και 72 §§ 1, 2 του ν. 1969/1991, αλλά και στις απαγορεύσεις του π.δ. 53/1992. Αμφισβητούμενο είναι, ωστόσο, το αν η συμπεριφορά της ΕΠΕΥ συνιστά αθέμιτο scalping ακόμα και όταν η επενδυτική συμβουλή εμφανίζεται ορθή κατά το χρόνο παροχής της.

Υποχρέωση αποκάλυψης της σύγκρουσης συμφερόντων: Αντίθετα, δεν υφίσταται ομοφωνία ως προς το αν η ΕΠΕΥ υποχρεούται να αποκαλύψει στον πελάτη την υπάρχουσα σύγκρουση συμφερόντων. Η κρατούσα γνώμη φρονεί ότι ο επενδυτής εμπιστεύεται την ΕΠΕΥ ακριβώς λόγω της κατά τεκμήριο ουδετερότητάς της. Γι' αυτό, αν η ουδετερότητα αυτή τίθεται εν αμφιβόλω, η εταιρία υποχρεούται να του ανακοινώσει την υπάρχουσα σύγκρουση συμφερόντων, τουλάχιστον όταν αυτή δεν του είναι εμφανής, ώστε αυτός να αναζητήσει, αν το κρίνει σκόπιμο, άλλη, αντικειμενικότερη ΕΠΕΥ για να τον συμβουλευσει. Εμφανής είναι, για παράδειγμα, η σύγκρουση όταν πρόκειται για τίτλους έκδοσης της ίδιας της ΕΠΕΥ. Αντίθετα, ο πελάτης δεν μπορεί να γνωρίζει π.χ. τις μακροχρόνιες σχέσεις της ΕΠΕΥ με μία

επιχείρηση ή τους τίτλους που η ΕΠΕΥ έχει στο χαρτοφυλάκιό της. Η αντίθετη γνώμη υποστηρίζει ότι, αφού έτσι κι αλλιώς η αποκάλυψη της σύγκρουσης συμφερόντων δεν απαλλάσσει την ΕΠΕΥ από την υποχρέωση τήρησης της προτεραιότητας του συμφέροντος του πελάτη, δεν έχει νόημα η επιπρόσθετη επισήμανση του κινδύνου.

Αρνηση παροχής υπηρεσιών: Τέλος, παραμένει βέβαια η ευχέρεια της ΕΠΕΥ, όταν διαβλέπει ότι λόγω της σύγκρουσης των συμφερόντων δεν θα μπορέσει να εξυπηρετήσει αποτελεσματικά τα συμφέροντα του επενδυτή, να αρνηθεί την κατάρτιση σύμβασης παροχής επενδυτικών συμβουλών με αυτόν, καθώς η αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων (ΑΚ 361) ισχύει και γι' αυτήν. Η δυνατότητα αυτή αναγνωρίζεται και από την πρόταση CESR²⁹⁶.

Ειδικά το πρόβλημα των εμπιστευτικών ή απόρρητων πληροφοριών

1. *Το πρόβλημα:* Συνήθης είναι η περίπτωση, μία τράπεζα να είναι λόγω του ρόλου της ως αναδόχου εκδόσεως κινητών αξιών μίας επιχείρησης αυτής ή ακόμη λόγω των συναλλακτικών σχέσεων με αυτή – κάτοχος οικονομικών πληροφοριών, ευμενών (π.χ. αύξηση κεφαλαίου) ή δυσμενών (π.χ. επικείμενη παύση πληρωμών) σχετικά με την επιχείρηση αυτή, οι οποίες δεν έχουν γίνει ακόμα γνωστές στο κοινό. Αυτές οι πληροφορίες είναι ουσιώδεις για την εκτίμηση της μελλοντικής πορείας της επιχείρησης.

Ερωτάται λοιπόν ποια πρέπει να είναι η στάση που οφείλει να τηρήσει μία ΕΠΕΥ, όταν ένας επενδυτής ζητά τη συμβουλή της για να αποκτήσει ή να μεταβιβάσει τους τίτλους της επιχείρησης αυτής. Από τη μία, η τράπεζα υποχρεούται να μεταδώσει στον επενδυτή όλες τις πληροφορίες που είναι απαραίτητες για τη διαμόρφωση της επενδυτικής του απόφασης, υπέχει υποχρέωση πίστης προς αυτόν και οφείλει να εξυπηρετεί με τον καλύτερο δυνατό τρόπο τα συμφέροντά του. Ταυτόχρονα όμως, υπέχει υποχρέωση πίστης και προς τον εκδότη των τίτλων πελάτη της, που εκφράζεται με την υποχρέωση εχεμύθειας (επαγγελματικό απόρρητο), ενώ υπόκειται και στην απαγόρευση κατάχρησης εμπιστευτικών πληροφοριών (π.δ. 53/1992).

2. *Η απαγόρευση κατάχρησης εμπιστευτικών πληροφοριών:* Γίνεται δεκτό ότι το χρηματιστηριακό δίκαιο οφείλει να εξασφαλίζει ισότητα ευκαιριών

²⁹⁶ Άρθρ. 7 πρότασης CESR.

πρόσβασης στις κρίσιμες οικονομικές πληροφορίες για τους εισηγμένους στο χρηματιστήριο τίτλους, οι οποίες (πληροφορίες) αφορούν τον κίνδυνο και τις προοπτικές κερδών των τίτλων αυτών, για όλους τους επενδυτές. Αυτό σημαίνει ότι θεμιτό είναι μόνο το προβάδισμα που οφείλεται στην καλύτερη αξιολόγηση των προσιτών σε όλους πληροφοριών. Αντίθετα, αθέμιτη είναι η λεγόμενη καταχρηστική εκμετάλλευση εμπιστευτικών πληροφοριών από τους «μυημένους» (Insiders), οι οποίοι πληροφορούνται πρώτοι ορισμένα κρίσιμα οικονομικά στοιχεία για τις εκδότριες επιχειρήσεις ή τους τίτλους τους λόγω της ιδιαίτερης σχέσης που έχουν με τις επιχειρήσεις αυτές: Τα άτομα αυτά «ξεφορτώνονται» εγκαίρως τίτλους επιχειρήσεων που βρίσκονται στα πρόθυρα κατάρρευσης ή αποκτούν στην πιο συμφέρουσα τιμή τίτλους που σύντομα θα ακολουθήσουν ανοδική πορεία, με αποτέλεσμα τη στρέβλωση της αγοράς, τη ζημία των υπολοίπων (μη μυημένων) επενδυτών και την απώλεια της εμπιστοσύνης των τελευταίων στην ακρίβεια και την πιστότητα των τιμών του χρηματιστηρίου.

Για τους λόγους αυτούς και με κύριο γνώμονα τη διαφάνεια των χρηματιστηριακών συναλλαγών εκδόθηκε η Οδηγία 89/592/ΕΟΚ, η οποία ενσωματώθηκε στο ελληνικό δίκαιο με το π.δ. 53/1992²⁹⁷, κατά το οποίο εμπιστευτική είναι η πληροφορία που α) δεν έχει γίνει γνωστή στο κοινό, β) είναι συγκεκριμένη, γ) αφορά έναν ή περισσότερους εκδότες κινητών αξιών ή μία ή περισσότερες κινητές αξίες και δ) αν γινόταν γνωστή στο κοινό, θα μπορούσε να επηρεάσει αισθητά την τιμή αυτής ή αυτών των κινητών αξιών. Το άρθρο 3 του π.δ. 53/1992 αναφέρεται σε ορισμένα πρόσωπα (insiders), τα οποία είναι κάτοχοι εμπιστευτικών πληροφοριών λόγω α) της ιδιότητάς τους ως μελών των διοικητικών, διευθυντικών, ελεγκτικών και εποπτικών οργάνων του εκδότη, β) της συμμετοχής τους στο κεφάλαιο του εκδότη, γ) της πρόσβασης που έχουν στις πληροφορίες αυτές λόγω του επαγγέλματός τους ή δ) της επαφής τους με τα υπό α, β και γ πρόσωπα. Στα πρόσωπα αυτά

²⁹⁷ Ας σημειωθεί εδώ ότι από τις 30.5.2001 έχει υποβληθεί πρόταση Οδηγίας για την αντιμετώπιση των καταχρηστικών πρακτικών στην αγορά (COM/2001/281), στις οποίες περιλαμβάνονται τόσο η εκμετάλλευση εμπιστευτικών πληροφοριών όσο και η διενέργεια συναλλαγών ή (και) διάδοση ψευδών πληροφοριών που αποσκοπούν στην στρέβλωση του μηχανισμού διαμόρφωσης των τιμών. Στο πεδίο των εμπιστευτικών πληροφοριών επιχειρείται – με διατήρηση των βασικών σημείων – μία «επικαιροποίηση» της Οδηγίας 89/592 (π.χ. αντικατάσταση του όρου «κινητές αξίες» με τον όρο «χρηματοπιστωτικά μέσα», για να καλυφθούν και τα νέα προϊόντα). Εφόσον η πρόταση Οδηγίας τελικά υιοθετηθεί, θα αντικαταστήσει την Οδηγία 89/592 (βλ. *Μιχαλόπουλο*, ΧρίΔ 2002, 13).

απαγορεύεται να αποκτούν ή να εκχωρούν κινητές αξίες, για δικό τους λογαριασμό αλλά και για λογαριασμό των πελατών τους, εκμεταλλευόμενες τις πληροφορίες αυτές, β) να ανακοινώνουν στους πελάτες τους τις εμπιστευτικές αυτές πληροφορίες και γ) να τους συνιστούν, χωρίς να τους τις ανακοινώσουν, αλλά βάσει των εμπιστευτικών αυτών πληροφοριών να αποκτήσουν ή εκχωρήσουν κινητές αξίες.

Το ερώτημα όμως παραμένει αμείλικτο: Είναι δυνατόν να απαιτηθεί από την τράπεζα που υπέχει υποχρέωση πίστης προς τον επενδυτή, ο οποίος επιθυμεί να αποκτήσει ή κατέχει ήδη μετοχές μίας επιχείρησης που σημείωσε, για παράδειγμα, δραστική μείωση κερδών, να τον παρακολουθήσει αμέτοχη να οδεύει προς την οικονομική του καταστροφή; Υπό την πίεση αυτού του αδιέξοδου υποστηρίχθηκε από τη γερμανική θεωρία η κάμψη της απαγόρευσης όταν η ΕΠΕΥ διαβλέπει ότι τον επενδυτή απειλούν βαριές οικονομικές ζημίες, όταν η τιμή των τίτλων ήδη χειραγωγείται αθέμιτα ή όταν την εκδότρια επιχείρηση απειλούν από την αποκάλυψη των πληροφοριών μη ουσιώδεις ζημίες.

Ωστόσο, η απαγόρευση του π.δ. 53/1992 είναι απόλυτη. Με άλλα λόγια, κατά την αξιολόγηση του χρηματιστηριακού μας δικαίου η διατήρηση της διαφάνειας στις χρηματιστηριακές συναλλαγές και η προστασία του επενδυτικού κοινού στο σύνολό του έχουν το προβάδισμα έναντι της προστασίας του ατομικού συμφέροντος του επενδυτή-πελάτη της ΕΠΕΥ. Γι' αυτό, η σύγκρουση λύνεται υπέρ της απαγόρευσης κατάχρησης εμπιστευτικών πληροφοριών. Αυτό σημαίνει ότι η τράπεζα δικαιούται και υποχρεούται να χρησιμοποιήσει εμπιστευτικές πληροφορίες κατά την παροχή επενδυτικής συμβουλής, μόνο στο μέτρο που δεν παραβαίνει το γράμμα και το πνεύμα του π.δ. 53/1992. Έτσι, η προτροπή προς απόκτηση ή η απόκτηση ενός τίτλου για τον οποίο υφίστανται θετικές²⁹⁸ εμπιστευτικές πληροφορίες επί τη βάσει των πληροφοριών αυτών απαγορεύεται, διότι προσκρούει στα άρθρα 3 § 1 και 4β του π.δ. 53/1992 και οδηγεί σε άνιση μεταχείριση των επενδυτών. Όσον αφορά δε τις αρνητικές πληροφορίες, στις οποίες η σύγκρουση είναι οξύτερη λόγω του κινδύνου που υποδηλώνει η ύπαρξή τους για τα

²⁹⁸ Βλ. Τριανταφυλλάκη, ΧρΙΔ 2001, 26.

συμφέροντα των επενδυτών-πελατών, ο επενδυτής δεν μένει τελείως απροστάτευτος.

Καταρχάς, γίνεται γενικά δεκτό ότι το π.δ. 53/1992 απαγορεύει την απόκτηση ή εκχώρηση και τη σύσταση προς εκχώρηση ή απόκτηση, όχι όμως και την απλή παράλειψη συναλλαγής²⁹⁹, εφόσον αυτή δεν ασκεί καμία επίδραση, τουλάχιστον άμεση, στην κεφαλαιαγορά και δεν ζημιώνει τους υπόλοιπους επενδυτές. Αυτό σημαίνει ότι η ΕΠΕΥ μπορεί και πρέπει να απέχει από τη σύσταση προς απόκτηση των επίμαχων επικίνδυνων τίτλων και να προτείνει στον επενδυτή που ζητά τη συμβουλή της την απόκτηση άλλων (ανταποκρινόμενων βέβαια στις ανάγκες του) χωρίς να παραβιάζει το π.δ. 53/1992. Αν η ΕΠΕΥ, εν γνώσει τη αρνητικής εμπιστευτικής πληροφορίας, του συστήσει να αγοράσει τους εν λόγω τίτλους, παραβιάζει την υποχρέωση παροχής ορθής, πλήρους και κατάλληλης επενδυτικής συμβουλής.

Εξάλλου, παραμένει πάντα η δυνατότητα της ΕΠΕΥ να αρνηθεί την κατάρτιση σύμβασης παροχής επενδυτικών συμβουλών ή να προειδοποιήσει τον πελάτη ότι υφίσταται σύγκρουση συμφερόντων ή ότι απαγορευτικές νομοθετικές διατάξεις δεν της επιτρέπουν να προβεί σε πλήρη διαφώτισή του. Αν όμως, παρά την προειδοποίηση αυτή, ο πελάτης επιμένει να δεχθεί τη συμβουλή της, η ΕΠΕΥ οφείλει κατά τα ανωτέρω να συμμορφωθεί στις υποχρεώσεις της από το π.δ. 53/1992, δηλαδή να τον συμβουλευτεί – στις περιπτώσεις που καλύπτονται από την απαγόρευση του νόμου – σαν να μη γνώριζε την εμπιστευτική πληροφορία.

Το επαγγελματικό απόρρητο: Ακόμα και αν ξεπεραστεί ο σκόπελος του π.δ. 53/1992 ως προς μία πληροφορία ή, ακόμη και αν αυτή η πληροφορία δεν συγκεντρώνει όλες τις προϋποθέσεις του π.δ. 53/1992 (π.χ. δεν είναι ικανή να επηρεάσει αισθητά τις τιμές των κινητών αξιών), παραμένει το εμπόδιο του επαγγελματικού απορρήτου³⁰⁰. Το επαγγελματικό απόρρητο των πιστωτικών ιδρυμάτων χαρακτηρίζεται ως (γενικό) τραπεζικό απόρρητο και

²⁹⁹ Απολύτως κρατούσα γνώμη (Τριανταφυλλάκης, ΧρΙΔ 2001, 27-28, Ζέκος, ΔΕΕ 8, 40, Λ. και Ν. Γεωργακόπουλος, ΝοΒ 47, 1395, Cahn, ZHR 1998, 44, Οικονομου, σ. 141, Τσιμπής, Η δημόσια πρόταση, σ. 188, Assmann, WM 1996, 1352). Αντίθετη η Παπαντώνη, ΕΕμπΔ 1999, 272.

³⁰⁰ Ως επαγγελματικό απόρρητο χαρακτηρίζεται το απόρρητο που ένας τρίτος εμπιστεύεται σε έναν επαγγελματία, του οποίου το επάγγελμα χαρακτηρίζεται από μία ιδιαίτερη σχέση εμπιστοσύνης (Κουτσούκης, σ. 8).

συνίσταται στην υποχρέωση του πιστωτικού ιδρύματος να μην παρέχει σε τρίτους πληροφορίες για τις οικονομικές σχέσεις ή άλλα γεγονότα του πελάτη που αυτός εμπιστεύτηκε στο πιστωτικό ίδρυμα ή των οποίων το ίδρυμα αυτό έλαβε γνώση κατά την άσκηση της επαγγελματικής του δραστηριότητας. Υποχρέωση τήρησης του επαγγελματικού απορρήτου καθιερώνει για όλες τις ΕΠΕΥ, τράπεζες και μη, και ο ΚΔΕΠΕΥ.

8. Σύμβαση φύλαξης και διαχείρισης κινητών αξιών

Η σύμβαση φύλαξης και διαχείρισης κινητών αξιών από τις τράπεζες παρουσιάζει σήμερα εξαιρετικό ενδιαφέρον, καθώς σχετίζεται με τη φύλαξη και διαχείριση από την τράπεζα τίτλων της κεφαλαιαγοράς, μέσω των οποίων πραγματοποιούνται πλέον οι περισσότερες συναλλαγές. Ιδιαίτερα σημαντικό είναι το δεύτερο σκέλος της σύμβασης αυτής, δηλ. οι διαχειριστικές πράξεις εκ μέρους της τράπεζας, γιατί ενδέχεται να συνίσταται και στην περαιτέρω επένδυση των κινητών αυτών αξιών, οπότε οι τράπεζες καθίστανται κινητήριοι μοχλός στο χώρο των επενδύσεων και εν γένει της κεφαλαιαγοράς.

Η έννοια των κινητών αξιών

Λέγοντας κινητές αξίες εννοούμε τις μετοχές, τις ομολογίες και άλλους χρεωστικούς τίτλους που τίθενται υπό διαπραγμάτευση στην αγορά, όπως και κάθε τίτλο γενικά ο οποίος μπορεί να τύχει αντικείμενο διαπραγμάτευσης παρέχοντας δικαίωμα απόκτησης άλλης κινητής αξίας μέσω εγγραφής ή ανταλλαγής (αρθ. 2 §6 του ν. 2396/1996). Πρόκειται για αξιόγραφα επενδυτικού χαρακτήρα, τίτλους της κεφαλαιαγοράς, τα οποία εκδίδονται σε μεγάλους αριθμούς με στόχο την εξεύρεση κεφαλαίου από τους εκδότες τους και βρίσκονται στην κατοχή περισσότερων ατόμων. Τέτοια έγγραφα είναι:

1. οι μετοχές ΑΕ, κοινές ή προνομιούχες,
2. οι ομολογίες, δηλ. τα αξιόγραφα που εκδίδονται ως τμήματα ενός ομολογιακού δανείου και στα οποία ενσωματώνεται έντοκη απαίτηση κατά του εκδότη τους,
3. τίτλοι εκδιδόμενοι από το κράτος, τους ΟΤΑ και τα νπδδ, όπως είναι τα έντοκα γραμμάτια του ελληνικού δημοσίου,
4. άλλοι τίτλοι, όπως τίτλοι παραστατικοί μετοχών καθώς και τα πιστοποιητικά καταθέσεων,
5. τα μερίδια αμοιβαίου κεφαλαίου, δηλ. ομάδα περιουσίας που αποτελείται από κινητές αξίες και μετρητά, τα οποία ανήκουν εξ' αδιαιρέτου σε περισσότερα πρόσωπα.

Γενικά η σύμβαση φύλαξης και διαχείρισης κινητών αξιών

Στην Ελλάδα η σύμβαση αυτή δε ρυθμίζεται με ειδικό νόμο³⁰¹.

Ως προς τη νομική φύση της αποτελεί σύμβαση (απλής) παρακαταθήκης ή σύμβαση φύλαξης κινητών αξιών βάσει των ΑΚ 822 επομ., κατά την οποία η τράπεζα, κατόπιν σχετικής συμφωνίας με άλλον, τον παρακαταθέτη (τον πελάτη της τράπεζας), παραλαμβάνει από αυτόν κινητές αξίες για να τις φυλάει με την υποχρέωση να τις αποδώσει όταν της ζητηθεί. Η εν λόγω κατάθεση κινητών αξιών στην τράπεζα είτε δημιουργεί υποχρέωση απόδοσης των φυλασσομένων αξιών είτε γεννά συμβατική ή αδικοπρακτική ευθύνη της τράπεζας για πλημμελή φύλαξη, χωρίς σε καμία περίπτωση να συνιστά χρηματοδότηση της τράπεζας, καθώς αυτή δεν έχει εξουσία χρήσης ή εκμετάλλευσης των περιουσιακών αυτών στοιχείων.

Ως προς το σκέλος της διαχείρισης κινητών αξιών, αυτή περιλαμβάνει την εκτέλεση από την τράπεζα σχετικών με τις κινητές αξίες εντολών των πελατών της (απλή διαχείριση) ή (και) την ανάληψη της τρέχουσας διοίκησής τους (σύνθετη διαχείριση), καθώς και την παροχή συμβουλών στον πελάτη. Στο πλαίσιο της τρέχουσας διαχείρισης συχνά εξουσιοδοτείται η τράπεζα να ασκεί όλα ή έστω κάποια από τα δικαιώματα που απορρέουν από τις κινητές αξίες. Τέτοια δικαιώματα είναι το δικαίωμα ψήφου, συμμετοχής σε συνελεύσεις, είσπραξης τοκομεριδίων και μερισματογράφων ή κεφαλαίου, προτίμησης, τροπής σε άλλα χρεόγραφα, ανάληψης νέων μετοχών ακόμη και πώλησης των τίτλων κατόπιν εντολής του πελάτη ή αγοράς και στη συνέχεια φύλαξης των τίτλων.

Από τα παραπάνω είναι πρόδηλο ότι η τράπεζα με την εν λόγω σύμβαση αναλαμβάνει σημαντικές πρωτοβουλίες και κατέχει εξουσίες εξαιρετικής σημασίας που αφορούν στη διαχείριση της ξένης περιουσίας, με αποτέλεσμα και η ευθύνη της, αλλά και οι υποχρεώσεις της να πρέπει να είναι αυξημένες. Ωστόσο στην πράξη απέχει η κατάσταση μακράν τούτου σε σημείο που τις περισσότερες φορές συμβαίνει το ακριβώς αντίθετο, δηλ. περιορίζεται εξαιρετικά η ευθύνη της τράπεζας σε περίπτωση πλημμελούς φύλαξης και διαχείρισης.

Σύμβαση προσχώρησης

³⁰¹ Αντίθετα, σ' άλλες έννομες τάξεις υπάρχει ειδική νομοθετική πρόβλεψη, για παράδειγμα στη Γερμανία, ο γερμανικός Depotgesetz.

Επειδή η εν λόγω σύμβαση διαμορφώνεται ως επί το πλείστον ως σύμβαση προσχώρησης με προδιατυπωμένους από την τράπεζα όρους (μονομερής διαμόρφωση από την τράπεζα), τίθεται ζήτημα προστασίας του καταναλωτή, ο οποίος δε συμμετέχει στη διαμόρφωση των όρων και είτε τους δέχεται παθητικά είτε υποχωρεί από τη σύναψη της σύμβασης.

Εφαρμογή του ν. 2251/94

Είναι δυνατή η εφαρμογή του νόμου για τον καταναλωτή, καθώς ο ορισμός της έννοιας του «καταναλωτή» είναι εξαιρετικά ευρύς και αφορά στον τελικό αποδέκτη των (τραπεζικών) υπηρεσιών και προϊόντων.

Το κύριο πρόβλημα που υπάρχει εντοπίζεται στη διατάραξη της διαπραγματευτικής ισορροπίας των μερών που επιφέρει μία σειρά όρων-ρητρών που τίθενται στη σύμβαση:

1. περιορισμένη ευθύνη της τράπεζας σε περίπτωση πλημμελούς φύλαξης των κινητών αξιών,
2. μειωμένη ευθύνη ή και απαλλαγή της τράπεζας σε περίπτωση παροχής ακατάλληλων συμβουλών ή γενικότερα παροχής λανθασμένων ή ανεπαρκών διαχειριστικών υπηρεσιών,
3. συνήθως προβλέπεται υψηλή αμοιβή της τράπεζας, γεγονός που καθιστά ακόμα πιο δυσχερή τη θέση του καταναλωτή.

Οι όροι αυτοί ελέγχονται ως καταχρηστικοί βάσει του άρθ. 2 §7 του ν. 2251/94 και 2 §8 που ορίζει ότι η τράπεζα δε μπορεί να επικαλεστεί την ακυρότητα ολόκληρης της σύμβασης για το λόγο ότι ένας ή περισσότεροι όροι αυτής είναι άκυροι ως καταχρηστικοί, καθόσον σε μία τέτοια περίπτωση θα τιμωρούνταν ο καταναλωτής που δε θα μπορούσε να επωφεληθεί από την υπηρεσία στην οποία απέβλεπε με την κατάρτιση της σύμβασης. Επίσης, το άρθ. 8 του ν. 2251 προσδιορίζει την ευθύνη της τράπεζας ως νόθο αντικειμενική, με αποτέλεσμα την αντιστροφή του βάρους απόδειξης για τις ζημίες που η τράπεζα προκάλεσε υπαίτια κατά την εκτέλεση της σύμβασης, αφού συνεκτιμηθούν η ευλόγως προσδοκώμενη ασφάλεια και οι ειδικότερες συνθήκες της εκάστοτε παρεχόμενης υπηρεσίας. Κυρίως λαμβάνονται υπόψη οι τυχόν διαβεβαιώσεις που έδωσε η τράπεζα στον πελάτη της για την ασφάλεια της εδώ παρεχόμενης υπηρεσίας και την εγκυρότητα των συμβουλών της. Έτσι και εδώ η καλή πίστη παίζει πολύ σημαντικό ρόλο, αφού επιφορτίζει την τράπεζα με εκτεταμένες υποχρεώσεις προνοίας και

ασφαλείας και επιτείνει την ευθύνη της πέρα από τα συμβατικά πλαίσια και συχνά καταργώντας τα, όταν συνιστούν καταχρηστική άσκηση της συμβατικής ελευθερίας.

Τέλος, ας μην ξεχνάμε ότι η τράπεζα με την παραπάνω σύμβαση καθίσταται ΕΠΕΥ, αφού αναλαμβάνει επενδυτικές πρωτοβουλίες και αποφάσεις που αφορούν στην περιουσία τρίτου (ξένου), και ο ρόλος της είναι μείζονος σημασίας (διαχείριση και λήψη επενδυτικών αποφάσεων για ξένη περιουσία, επέμβαση στην περιουσιακή σφαίρα τρίτου) μ' αποτέλεσμα τα ρίσκα (venture risk) και η κατανομή των ευθυνών να πρέπει να είναι δίκαιη και ανάλογη των ρόλων που επιτελεί η τράπεζα: πολλές εξουσίες – πρωτοβουλίες από μέρους της πάνω στην ξένη περιουσία συνεπάγεται κατ' αντιστοιχίαν, αναλογικά και πολλές, αυξημένες υποχρεώσεις και ευθύνες της. Άλλωστε, ας μη λησμονούμε ότι η σχέση που αναπτύσσεται μεταξύ της τράπεζας και του πελάτη της γενικά αλλά και κατεξοχήν σ' αυτή τη σύμβαση είναι σχέση απόλυτης εμπιστοσύνης.

9. Η ευθύνη της τράπεζας στην περίπτωση της εκμίσθωσης θυρίδας θησαυροφυλακίου

Γενικά

Έναυσμα για την εξέταση της υπό κρίσης περίπτωσης έδωσε η διάρρηξη θυρίδων θησαυροφυλακίου ελληνικής τράπεζας στην Αθήνα πριν από μερικά χρόνια από τοιχωρύχους (ριφιφι)³⁰². Στην εν λόγω περίπτωση οι πελάτες της τράπεζας έγειραν αγωγή εναντίον της, ζητώντας την αποκατάσταση της ζημίας τους από την απώλεια πολύτιμων πραγμάτων τους που φυλάσσονταν σε θυρίδα του παραβιασθέντος θησαυροφυλακίου της τράπεζας. Στη συζήτηση που ακολούθησε ακούστηκαν επιχειρήματα περί παντελούς έλλειψης οποιασδήποτε ευθύνης προς αποζημίωση των μισθωτών των θυρίδων ή περί ευθύνης μεν, αλλά με δυνατότητα απαλλαγής στη βάση απαλλακτικών ρητρών για ελαφρά αμέλεια της τράπεζας ή για οποιοδήποτε πταίσμα – ακόμα δηλαδή και για δόλο ή βαριά αμέλεια – των προστηθέντων της. Αξιοπρόσεκτο επίσης γεγονός είναι ότι στην προκειμένη περίπτωση τη ζημία από τη διάρρηξη των θυρίδων επικαλείται και τρίτο πρόσωπο που δεν είχε υπογράψει μεν την επίμαχη σύμβαση, αλλά όμως προσηκόντως εξουσιοδοτημένο από τον μισθωτή να κάνει χρήση της μισθωμένης θυρίδας, όπως επίσης και το γεγονός ότι η τράπεζα έσπευσε αμέσως μετά τη διάρρηξη να προσφέρει στους ζημιωθέντες πελάτες της το συνολικό ποσό των 1.000.000.000 δραχμών προκειμένου να χωρήσει μερική ικανοποίηση των προβληθεισών αξιώσεων κατ' ίσα μέρη.

Το πρόβλημα που ανακύπτει εδώ σχετίζεται με το κύρος των σχετικών απαλλακτικών ρητρών που αφορούν στην ευθύνη της τράπεζας.

1. Το πρόβλημα στη σχέση τράπεζας και μισθωτή της θυρίδας ως ζήτημα αντιθέσεως μεταξύ προστατευτικού σκοπού και φύσεως της σύμβασης.

Υποστηρίζεται ότι η αναγκαιότητα τέτοιων απαλλακτικών ρητρών στη σύμβαση εκμίσθωσης θυρίδας υπαγορεύεται από την φύση του μετακυλιόμενου μέσω αυτής στον πελάτη της τράπεζας συμβατικού κινδύνου. Η τράπεζα δεν μπορεί να γνωρίζει το περιεχόμενο της θυρίδας, κατά συνέπεια δε και την αξία των εκτιθέμενων σ' αυτήν πραγμάτων, ώστε να είναι σε θέση

³⁰² Βλ. σχετικά Παπανικολάου, Η συναλλακτική ρήτρα για την ευθύνη της τράπεζας στην υπόθεση του μεγάλου ριφιφι, 1995.

να εκτιμήσει και το μέγεθος του κινδύνου που θα σήμαινε γι' αυτήν η ανάληψη της ευθύνης για την τυχόν βλάβη. Η απώλειά τους και έτσι ο κίνδυνος αυτός παραμένει κατ' ανάγκη έξω από την προσδοκία και τον υπολογισμό των κινδύνων της τράπεζας.

Από την άλλη όμως πλευρά ο πελάτης που καταρτίζει με την τράπεζα την εν λόγω σύμβαση δικαιούται κατά τη συναλλακτική αντίληψη να προσδοκά ότι η τραπεζική θυρίδα στην οποία θα φυλάξει τα πολύτιμα πράγματά του του παρέχει όλα τα ενέγγυα ασφαλούς φυλάξεως, διαφορετικά δε θα είχε λόγο να προβεί στη σύναψη της εν λόγω σύμβασης, από τη στιγμή μάλιστα που καταβάλλει και αντάλλαγμα (έστω και υποτυπώδες).

Βρισκόμαστε λοιπόν μπροστά σε μία σύγκρουση συμφερόντων, καθώς η φύση της σύμβασης από τη μία και ο προστατευτικός σκοπός της από την άλλη φαίνεται να υπαγορεύουν διαφορετική το καθένα λύση. Για την ορθή προσέγγιση της προβληματικής αυτής είναι επιτακτική η διερεύνηση της ακριβούς νομικής φύσης της σύμβασης μισθώσεως θυρίδας θησαυροφυλακίου, γιατί από αυτήν θα οριοθετήσουμε τις υποχρεώσεις της τράπεζας εν προκειμένω και θα κρίνουμε και την ισχύ των απαλλακτικών ρητρών, ιδίως όταν αυτές αποτελούν ΓΟΣ, οπότε και χωρεί εφαρμογή του ν. 2251/94.

Συσταλτική ερμηνεία της σχετικής απαλλακτικής ρήτρας

Σαν δογματικό εργαλείο για την άρση της υφιστάμενης σύγκρουσης συμφερόντων έχει προταθεί η συσταλτική ερμηνεία της σχετικής περί απαλλαγής ρήτρας. Ως εκ τούτου πρέπει να θεωρηθεί ότι η επίμαχη ρήτρα δεν καταλαμβάνει και τον απίθανο πράγματι κίνδυνο της κλοπής των φυλασσομένων στη θυρίδα πραγμάτων συνεπεία διαρρήξεως του θησαυροφυλακίου της τράπεζας³⁰³.

Κριτική της συσταλτικής ερμηνείας: Η επιλογή της ως άνω ερμηνευτικής οδού για τον παραμερισμό της απαλλακτικής ρήτρας θα αποτελούσε εν προκειμένω αναμφίβολα σφάλμα, διότι η γενικότητα της διατύπωσης της απαλλακτικής ρήτρας δεν αφήνει από μόνη της περιθώρια για ασάφεια ή αμφισημία του σχετικού όρου της συμβάσεως, μ' αποτέλεσμα να μην είναι δυνατή η ερμηνεία βάσει ΑΚ 173 και 200. Εξάλλου, η τακτική

³⁰³ Την οδό αυτή ακολούθησε η ΠολΠρΑθ 6158/1995, με ελάχιστη πειστική αιτιολογία.

αυτή αποτελεί στην ουσία έναν συγκεκαλυμμένο και ως εκ τούτου ελάχιστα αξιόπιστο δικαστικό έλεγχο του περιεχομένου της ρήτηρας³⁰⁴. Άλλωστε, και αν ακόμη υποθεθεί ότι είναι αναγκαία η σχετική ερμηνευτική οδός, ο ερμηνευτής εύκολα θα συνήγε ως κανονιστικό περιεχόμενο της τιθέμενης μ' αυτόν τον όρο απαλλακτικής ρήτηρας και τον αποκλεισμό ή έστω ποσοτικό περιορισμό της ευθύνης της τράπεζας στην περίπτωση του ριφιφί, διότι η διάγνωση αυτή – παρά το απροσδόκητο του σχετικού κινδύνου – θα υπαγορευόταν από την ίδια τη φύση της συμβάσεως και την παγιωμένη διεθνώς σχετική συναλλακτική συνήθεια.

Το πρόβλημα στη σχέση τράπεζας και τρίτου κυρίου των φυλασσομένων στη θυρίδα πραγμάτων ως ζήτημα εντάξεως του τρίτου στο προστατευτικό πεδίο της σύμβασης

Έστω ότι τρίτος, στενά συνδεδεμένος με το πρόσωπο του μισθωτή της θυρίδας, έχει ορισθεί από αυτόν – βάσει ειδικής έγγραφης πληρεξουσιοδότησεως που απευθύνθηκε προς την τράπεζα – πληρεξουσίου του με τη δυνατότητα να χρησιμοποιεί και ο ίδιος την θυρίδα για να τοποθετεί σ' αυτήν και δικά του πράγματα, να ανανεώνει τη μίσθωση καθώς και να την λύει. Το ερώτημα που εύλογα τίθεται, στην περίπτωση της διάρρηξης του θησαυροφυλακίου της τράπεζας, είναι αν η σχετική απαλλακτική της ευθύνης ρήτρα ισχύει και για την ευθύνη της τράπεζας έναντι του τρίτου. Ανάλογο ερώτημα αναφύεται και στην περίπτωση που ο ίδιος ο μισθωτής της θυρίδας τοποθέτησε σ' αυτήν πράγματα που ανήκουν σε τρίτον.

Ευθύνη της τράπεζας εν προκειμένω υπάρχει μόνο όταν η πρόκληση της ζημίας στον τρίτο οφείλεται σε παράνομη παράλειψη της τράπεζας να λάβει τα προσήκοντα μέτρα ασφαλούς φρονήσεως του θησαυροφυλακίου της, διότι μόνο η προσβολή απολύτου δικαιώματος όπως είναι εδώ η κυριότητα του τρίτου ζημιωθέντος πάνω στα πράγματα που φύλασσε στη θυρίδα, όταν γίνεται δια παραλείψεως, δεν αρκεί για να καταστήσει την παράλειψη παράνομη βάσει ΑΚ 914. Επομένως, για τη θεμελίωση του παράνομου χαρακτήρα μίας τέτοιας παράλειψης απαιτείται άλλη βάση και αυτή δεν είναι

³⁰⁴ Για το γενικότερο ζήτημα της παρέμβασης του δικαστή στη συμβατική ελευθερία βλ. παραπάνω, όπως επίσης και Παπανικολάου, Περί των ορίων... σελ. 364 επ.

άλλη από την ένταξη του τρίτου και των αγαθών του στο προστατευτικό πεδίο της συμβάσεως μισθώσεως της θυρίδας.

Νομική φύση της σύμβασης

Σύμφωνα με την κρατούσα και ορθότερη άποψη, η εκμίσθωση θυρίδας θησαυροφυλακίου αποτελεί μία ιδιαζόντως διασκευασμένη μίσθωση πράγματος (της θυρίδας), διεπόμενη βασικά από τις διατάξεις των άρθρων 574 επ. ΑΚ, καθώς εμπεριέχει όλα τα ουσιώδη στοιχεία (*essentialia negotii*) του τύπου της μίσθωσης πράγματος ως επώνυμης κατά τον ΑΚ σύμβασης³⁰⁵. Το ιδιαίτερο χαρακτηριστικό της συγκεκριμένης μίσθωσης είναι η ανάληψη ιδιαίτερα αυξημένης ευθύνης της τράπεζας στα πλαίσια των ΑΚ 288 και 575 σε θέματα ασφάλειας του μισθωμένου χώρου κατά πυρός και κλοπής.

Απαλλακτικές ρήτρες

Το μίσθωμα της θυρίδας συμφωνείται συνήθως σε χαμηλά επίπεδα τιμών (χαμηλό κόστος) και η παροχή αυτής της ασφάλειας εκ μέρους της τράπεζας συνιστά κύρια, ουσιώδη συμβατική υποχρέωσή της αλλά και υποχρέωση συνάμα από την καλή πίστη (ΑΚ 288), που συνεπάγεται και τον αποκλεισμό θέσπισης απαλλακτικών ρητρών ακόμα και για ελαφρά αμέλεια της τράπεζας.

Υποστηρίζεται όμως ότι ο αποκλεισμός θέσπισης τέτοιων απαλλακτικών ρητρών δε συνάδει προς το στοιχείο της αδυναμίας γνώσεως του περιεχομένου της θυρίδας εκ μέρους της τράπεζας, που καθίσταται έτσι αυτό βασικό αξιολογικό κριτήριο οριοθέτησεως της ευθύνης της. Σύμφωνα με την άποψη αυτή³⁰⁶, επειδή η παροχή της τράπεζας συνίσταται στο ότι θέτει στη διάθεση του πελάτη της έναντι ανταλλάγματος και για όσο χρόνο διαρκεί η σύμβαση την ειδικά διασκευασμένη θυρίδα του θησαυροφυλακίου της χωρίς να γνωρίζει αν και ποια αντικείμενα βρίσκονται σε μία δεδομένη χρονική στιγμή στη θυρίδα, θα πρέπει να τεθούν όρια και φραγμοί στην ευθύνη της

³⁰⁵ Οι επώνυμες συμβάσεις είναι συμβάσεις ρυθμισμένες σε νομικό κείμενο, στον ΑΚ ή άλλο νόμο, των οποίων τα ουσιώδη στοιχεία προσδιορίζονται από το νομοθέτη και αποτελούν «τύπους», έτσι Απ. Γεωργιάδης, Νέες Μορφές Συμβάσεων της σύγχρονης οικονομίας.

³⁰⁶ Παπανικολάου, όπ.π., σελ. 25 επ.

τράπεζας (όχι πλήρης και απεριόριστη), οπότε και είναι έγκυρες καταρχήν οι σχετικές απαλλακτικές ρήτρες.

Υπάρχει ωστόσο και η ορθότερη αντίθετη άποψη³⁰⁷: Η εκμίσθωση θυρίδας αποτελεί ειδική προνομιακή τραπεζική εργασία που σημαίνει ότι μόνο οι τράπεζες μπορούν και πρέπει να παρέχουν την αυτονόητη πλήρη και απόλυτη ασφάλεια που έχουν ανάγκη οι προσφεύγοντες στην υπηρεσία αυτή πελάτες. Συνεπώς, απαλλακτικές ρήτρες που αφορούν είτε την ίδια ευθύνη είτε την ευθύνη για πταίσμα του προστηθέντος είναι άκυρες βάσει των ΑΚ 178, 179, 281, 288 ή ΑΚ 332 §2 και 334 §2. Εξάλλου, επειδή συνήθως οι εν λόγω απαλλακτικές ρήτρες επιβάλλονται στον ασθενέστερο συμβαλλόμενο κατά κατάχρηση της ισχύος της τράπεζας, είναι άκυρες βάσει του άρθ. 2 §§6-7 του ν. 2251/1994. Είναι άκυρη και καταχρηστική η πρακτική υιοθέτησης από την τράπεζα όρων που μετακυλίνουν πλήρως τους κινδύνους κλοπής και πυρός στον πελάτη τους.

Θα μπορούσε ενδεχομένως να ισχυρισθεί κανείς ότι ο μισθωτής διατηρεί το δικαίωμα της κατάρτισης ιδιαίτερης ασφαλιστικής σύμβασης, ώστε να υπάρχει ασφαλιστική κάλυψή του για τις περιπτώσεις καταστροφής από πυρκαϊά ή κλοπής των πραγμάτων της μισθωμένης θυρίδας και να αποκλείεται εκ του λόγου αυτού το επιχείρημα της δυνατότητας εκμετάλλευσής του από την ισχυρότερη κατά τη θέση τράπεζα. Το γεγονός, ωστόσο, ότι η τραπεζική θυρίδα θησαυροφυλακίου προσφέρει αφ' εαυτής φθηνή και απόλυτη ασφάλεια, κατά τα ανωτέρω, καθιστά αυτονόητη την επιλογή της μίσθωσης από τον αντισυμβαλλόμενο πελάτη ως υποκατάστατο της σύμβασης ασφάλισης.

Αδυναμία απαλλαγής από την ευθύνη

Η ευθύνη, λοιπόν, της τράπεζας, κατά την άσκηση της δραστηριότητας της εκμίσθωσης θυρίδος θησαυροφυλακίου της, είναι πλήρης, για κάθε πταίσμα της ίδιας ή των προστηθέντων της. Η ιδιαίτερη συμφωνία περί απαλλαγής της από ελαφρά αμέλεια και από οποιοδήποτε πταίσμα των υπαλλήλων της (απαλλακτική ρήτρα) θα είναι, επομένως, άκυρη είτε κατά την ΑΚ 288, που αποκλείει την ανέντιμη στρέβλωση του ουσιώδους περιεχομένου

³⁰⁷ Ψυχομάνης, όπ.π., σελ. 183.

μίας δικαιοπραξίας, είτε κατά την ΑΚ 281, που απαγορεύει στις τράπεζες την άσκηση του παραχωρηθέντος προνομίου της εκμίσθωσης θυρίδος αντίθετα προς τον οικονομικό και κοινωνικό σκοπό του, αντίθετα, δηλαδή, προς την επιδίωξη παροχής φθηνής και πλήρους ασφάλειας του μισθωμένου προς φύλαξη πραγμάτων χώρου, είτε, τέλος, κατά το γενικότερο πνεύμα των διατάξεων του ΑΚ, κατά τα ανωτέρω, που δεν ανέχεται απαλλακτικές συμφωνίες επιβαλλόμενες από θέση ισχύος και σε αντίθεση προς τις κρατούσες στις συναλλαγές αντιλήψεις.

Η τράπεζα, συνεπώς, υποχρεούται να αποζημιώνει τον πελάτη της σε κάθε περίπτωση ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής, από την οποία προκύπτει ζημία του μισθωτή της θυρίδας, με εφαρμογή, ιδίως, των άρθρων 577 και 382 ΑΚ. Από την υποχρέωση αυτή δεν την απαλλάσσει το επιχείρημα ότι στερείται της δυνατότητας ανταποδείξεως της ζημίας, επειδή δεν λαμβάνει συνήθως γνώση του περιεχομένου της θυρίδας. Ο λόγος είναι μάλλον προφανής. Η αδυναμία αυτή δεν αναφέρεται πουθενά στο δίκαιό μας – ως γενικός μάλιστα λόγος – απαλλαγής από ευθύνη. Το βάρος αποδείξεως της ζημίας έχει ασφαλώς ο ζημιωθείς, μισθωτής της θυρίδας. Η τράπεζα μπορεί να στηρίξει την ανταπόδειξη στα παρεχόμενα δεδομένα ή σε περιστατικά των οποίων έλαβε η ίδια γνώση παντοιοτρόπως. Άλλωστε, τίποτα δεν εμποδίζει τις τράπεζες να ζητούν και να λαμβάνουν γνώση του περιεχομένου της θυρίδας. Για τους ίδιους, επομένως, λόγους αποδεικνύεται αβάσιμος και ο ισχυρισμός, ότι οι τράπεζες, εξαιτίας της παραπάνω αδυναμίας τους, μπορούν τουλάχιστον να συνομολογούν έγκυρα απαλλακτικές ρήτρες για την ευθύνη τους από ελαφρά αμέλεια ή για την ευθύνη τους από πταίσμα προστηθέντος³⁰⁸. Αλλά και τα λοιπά επιχειρήματα υπέρ του κύρους των απαλλακτικών ρητρών, όπως το περί κινδύνου οικονομικής κατάρρευσης μίας τράπεζας λόγω της μαζικότητας του αναλαμβανόμενου κινδύνου και της αδυναμίας ασφάλισής του ή το περί μακροχρόνιας διεθνούς συνήθειας συνομολογήσεως απαλλακτικών ρητρών ή το περί αδυναμίας εκτιμήσεως του μεγέθους του κινδύνου³⁰⁹, δεν φαίνονται πειστικά.

³⁰⁸ Έτσι, ωστόσο, Π. Παπανικολάου, Η απαλλακτική ρήτρα για την ευθύνη της τράπεζας στην υπόθεση του μεγάλου ριφιφί, 1995, σελ. 65 επ. – Βλ., επίσης, *Canaris*, Bankvertragsrecht, 1981, Αημ. 2226 – Πρβλ. Ι. Σχινά, Σχόλια ΕΕμπΔ 12, σελ. 310 – Ι. Βελέντζας, Τραπεζικό δίκαιο, 1992, σελ. 199.

³⁰⁹ Βλ. Π. Παπανικολάου, όπ.π., σελ. 65 επ. και 91.

Πράγματι, ο κίνδυνος οικονομικής κατάρρευσης δεν μπορεί να καταλογίζεται στη συγκεκριμένη τραπεζική εργασία, την οποία μία τράπεζα έχει ασφαλώς τη δυνατότητα να αποφύγει. Ιστορικά, εξάλλου, ο κίνδυνος αυτός ουδέποτε προέκυψε, ούτε μπορεί να προέλθει από την οποιαδήποτε επέλευση ζημίας των θυρίδων και του περιεχομένου τους, αλλά από την απώλεια αυτών τούτων των περιουσιακών στοιχείων της τράπεζας, που φυλάσσει ως κόρην οφθαλμού στο θησαυροφυλάκιό της. Αλλά και η πολυδιάσπαση των θυρίδων σε χώρους των πολλών τραπεζικών καταστημάτων, αποκλείει το σχετικό κίνδυνο.

Από το άλλο μέρος, η διαπίστωση μακροχρόνιας διεθνούς τραπεζικής συνήθειας να συνομολογούνται απαλλακτικές ρήτρες, δεν αίρει τον αθέμιτο χαρακτήρα τους. Επιβεβαιώνει, αντίθετα, το αδιέξοδο του πελάτη, που αναζητά την μίσθωση θυρίδας με το ουσιώδες περιεχόμενο που επικράτησε εξ αρχής στις συναλλαγές και αποτελεί επίσης περιεχόμενο του παραχωρηθέντος προνομίου στις τράπεζες, της φθηνής δηλαδή μίσθωσης χώρου προς απόλυτα ασφαλή φύλαξη περιουσιακών ή άλλων αντικειμένων. Αυτό, ακριβώς, το αδιέξοδο υποδηλώνει εκμετάλλευση της διαπραγματευτικής αδυναμίας του πελάτη και υπαγωγή της περιπτώσεως στις διατάξεις περί ακυρότητας των απαλλακτικών ρητρών.

Τέλος, και το επιχείρημα περί αδυναμίας εκτιμήσεως του μεγέθους του κινδύνου, που αναλαμβάνει η τράπεζα, φαίνεται εξίσου αμφίβολης ορθότητας. Η αδυναμία, πράγματι, αυτή αφορά την οργανωτική δομή και τη βούληση της τράπεζας να την άρει. Άλλωστε, αν τη θεωρεί κρίσιμο στοιχείο της παρεχόμενης υπηρεσίας, μπορεί απλούστατα να αποφύγει την παροχή της. Δεν είναι όμως σύμφωνη με την απαιτούμενη στις συναλλαγές ευθύτητα και εντιμότητα, την καλή πίστη, η παροχή της υπηρεσίας αυτής, της εκμίσθωσης, δηλαδή, θυρίδος θησαυροφυλακίου, αποψιλωμένης από κινδύνους για την τράπεζα, η οποία μπορεί έτσι να απολαμβάνει μόνον τα οφέλη από τη συναλλαγή.

Δυνατότητα ποσοτικού περιορισμού της ευθύνης

Η τράπεζα φαίνεται ότι μπορεί τουλάχιστον να την περιορίσει κατ' έκταση, θέτουσα στις σχετικές συμβάσεις ρήτρα ποσοτικού απλώς

περιορισμού της οφειλόμενης αποζημίωσης. Βέβαια, και οι ρήτρες αυτές αντιμετωπίζονται παραδοσιακά μέχρι σήμερα κυρίως ως απαλλακτικές, ώστε η εγκυρότητά τους να κρίνεται με βάση τις προηγηθείσες αναφορές ως προς τις ρήτρες αποκλεισμού και ευθύνης³¹⁰.

Υπάρχει, ωστόσο, μεταξύ τους μία ουσιώδης διαφορά. Οι περιοριστικές ρήτρες είναι και απαλλακτικές, μόνον όταν περιορίζουν τόσο πολύ την έκταση της οφειλόμενης αποζημίωσης, ώστε να απαλλάσσουν ουσιαστικά από την ευθύνη τον ζημιώσαντα. Αντίθετα, όταν αυτές προβλέπουν έλλογους περιορισμούς, θεμελιωμένους στο έννομο συμφέρον του συντάκτη τους να γνωρίζει το ύψος των ζημιών που οφείλει να αποκαταστήσει με βάση την ευθύνη του, και ταυτόχρονα λειτουργούν ως ρυθμιστικοί της συμπεριφοράς του αντισυμβαλλόμενου όροι, μπορούν αναμφίβολα να ισχύσουν διέποντας καταλυτικά τη σχέση, όταν τουλάχιστον η ευθύνη στηρίζεται σε ελαφρά μόνο αμέλεια. Πράγματι, ρήτρες σε συμβάσεις μίσθωσης θυρίδων, που περιορίζουν την ευθύνη αποζημίωσης επί ελαφράς αμέλειας σε ένα υπολογίσιμο ποσό, π.χ. 3.000 ευρώ, υποκινώντας τον μισθωτή σε καταμερισμό των προς φύλαξη πραγμάτων σε πλείονες μισθωμένες θυρίδες, αναλόγως της αξίας τους, δεν μπορούν να αντιμετωπισθούν πλήρως ως απαλλακτικές. Θα ήταν πράγματι αντίθετο προς την καλή πίστη να δεχθεί κανείς ακυρότητα τέτοιων συμφωνιών, που στην ουσία τους εξυπηρετούν επαρκώς τον ασθενέστερο συμβαλλόμενο αναγνωρίζοντάς του ένα εύλογο, ανεκτό μερίδιο ευθύνης. Συνιστούν, έτσι, νόμιμες ρήτρες στα πλαίσια της συμβατικής ελευθερίας και της καλόπιστης συναλλαγής (ΑΚ 200, 288). Οπωσδήποτε δε, η τυχόν επίκληση της ακυρότητάς τους στη βάση των διατάξεων που προαναφέρθηκαν για τις απαλλακτικές ρήτρες, μπορεί ευχερώς να αποκρουσθεί ως καταχρηστική στα πλαίσια της ΑΚ 281³¹¹. Ωστόσο, αν η ευθύνη της τράπεζας αφορά δόλο ή βαρεία αμέλεια της ίδιας ή των υπαλλήλων της, η συμφωνία περί του ποσοτικού περιορισμού της ευθύνης της θα είναι άκυρη, κατά ρητή αναφορά επ' αυτού της ΑΚ 332 § 1.

³¹⁰ Βλ. Αθ. Κοτζάμπαση, Οι απαλλακτικές ρήτρες στους γενικούς όρους συναλλαγών, 2001, σελ. 193 επ., ιδίως υποσ. 338.

³¹¹ Βλ. και παρατηρήσεις Π. Παπανικολάου (όπ.π., σελ. 70, υποσ. 181) ως προς την εγκυρότητα της ρήτρας ποσοτικού περιορισμού της ευθύνης στο γαλλικό και αγγλικό δίκαιο.

Η εξαιρετική ρύθμιση του άρθρου 8 § 6 ν. 2251/94

Με βάση το αρθ. 8 § 6 του ν. 2251/94 είναι πλέον αναμφισβήτητη η ακυρότητα των απαλλακτικών ρητρών, που θέτουν οι τράπεζες σε συμβάσεις μίσθωσης θυρίδων θησαυροφυλακίου, τόσο για την δική τους ευθύνη, όσο και για την ευθύνη τους από πταίσμα προστηθέντος.

Ωστόσο, οι παραπάνω αναφερθείσες αξιολογικές κρίσεις ως προς την υπό όρους εγκυρότητα της ρήτρας ποσοτικού περιορισμού της ευθύνης θα μπορούσαν ενδεχομένως να στηρίξουν τη συσταλτική ερμηνεία των διατάξεων του νόμου 2251/94, ώστε άκυρες να είναι μάλλον οι ρήτρες που συνιστούν στη συγκεκριμένη περίπτωση ουσιαστική απαλλαγή της τράπεζας από κάθε ευθύνη και όχι εκείνες που εξισορροπούν μάλλον τα αντιτιθέμενα συμφέροντα, παρέχοντας στη μεν τράπεζα τη δυνατότητα διάγνωσης του μείζονος κινδύνου που μπορεί να προκύψει από την εκμίσθωση, στον δε πελάτη τη δυνατότητα κάλυψης των κινδύνων με τον επιμερισμό τους σε πλείονες θυρίδες, αντίστοιχες προς το λόγο της συνολικής αξίας των φυλασσόμενων πραγμάτων με την κατά ποσό αποτιμώμενη στη σύμβαση ευθύνη της τράπεζας ανά θυρίδα. Στην ερμηνεία, άλλωστε, αυτή ωθεί και η διαζευκτική αναφορά – στην § 12 του άρθρου 6 του ν. 2251/94 – των άκυρων συμφωνιών περιορισμού ή απαλλαγής από την ευθύνη. Η διάζευξη υπονοεί μάλλον την ουσιαστική κατά περιεχόμενο ταυτότητα των αντικειμένων που αφορά. Έτσι, η συμφωνία περιορισμού είναι πράγματι άκυρη, αν οδηγεί στην πράξη σε απαλλαγή από την ευθύνη.

Όμως, και η κατά γράμμα ερμηνεία της διάταξης αυτής, δεν αποκλείει την ισχύ της ρήτρας περιορισμού της ευθύνης, όταν στη συγκεκριμένη περίπτωση η επίκληση της ακυρότητάς της, ενόψει των εξυπηρετούμενων συμφερόντων των μερών και της ευχέρειας επιλογής του πελάτη-μισθωτή, παρίσταται ως καταχρηστική με την έννοια της ΑΚ 281, όπως και παραπάνω αναφέρθηκε.

10. Νέες μορφές συμβάσεων της σύγχρονης οικονομίας

Οι τράπεζες έχουν επεκτείνει σήμερα τον κύκλο των εργασιών τους πέρα από τις συνήθεις και κλασικές τραπεζικές δραστηριότητες και σε άλλες συναλλαγές/πρακτικές, τις λεγόμενες νέες μορφές συμβάσεων της σύγχρονης οικονομίας.

Γενικά

Με τον όρο νέες μορφές συμβάσεων της σύγχρονης οικονομίας χαρακτηρίζουμε σήμερα μία σειρά συμβατικών τύπων, όπως τη σύμβαση leasing (=σύμβαση χρηματοδοτικής μίσθωσης κατά το ν. 1665/1986), τις συμβάσεις factoring και forfaiting (=πρακτορεία επιχειρηματικών απαιτήσεων κατά το ν. 1905/90), τη σύμβαση franchising (=δικαιόχρηση ή δικαιοχρησία), τη σύμβαση know-how (=σύμβαση παραχώρησης τεχνογνωσίας), τη σύμβαση merchandising (=εμπορική εκμετάλλευση της φήμης προσώπων ή έργων του πνεύματος), τη σύμβαση management (=διοίκηση μίας επιχείρησης), τη σύμβαση consulting (=παροχή επαγγελματικών ή επιχειρηματικών συμβουλών), τη σύμβαση computer software (=λογισμικό ηλεκτρονικών υπολογιστών), τη σύμβαση πιστωτικής κάρτας (=credit card), τη σύμβαση pool ή pooling (=πολυμερής ανταλλαγή που έχει ως σκοπό τη δημιουργία κοινωνίας είτε σε ένα πράγμα είτε, συνηθέστερα, σε ομάδες πραγμάτων), τη σύμβαση joint-venture (=συμφωνία για επιχειρησιακή σύμπραξη)³¹². Οι παραπάνω συμβατικοί τύποι αποτελούν συνέπεια, απόρροια της συμβατικής ελευθερίας (της ελευθερίας των συμβάσεων) και της αρχής της αυτονομίας της ιδιωτικής βούλησης.

Προβλήματα που αναφύονται από τα νέα συμβατικά μορφώματα

Η θεμελιώδης αρχή της αυτονομίας της ιδιωτικής βούλησης συντελεί στο να υπερκεράσει τα εμπόδια που δημιουργούν η φυσική αδυναμία του νομοθέτη να ανταποκρίνεται κάθε φορά με την απαιτούμενη ταχύτητα και ευελιξία στις δυναμικές επιταγές της σύγχρονης οικονομίας και η δύσκαμπτη

³¹² Ο κατάλογος δεν είναι εξαντλητικός, απλά οι παραπάνω είναι οι συνηθέστερες και γνωστότερες συμβάσεις που συναντώνται σήμερα στη διεθνή συναλλακτική και οικονομική ζωή.

νομοθετική διαδικασία, καθώς θέτει σε κίνηση έναν μηχανισμό αέναης και δημιουργικής ανανέωσης, ικανό να «απαντήσει» στις ανάγκες της σύγχρονης οικονομικής και συναλλακτικής ζωής.

Ωστόσο η αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων έχει γίνει επανειλημμένα αντικείμενο κριτικής, κυρίως στο θέμα των ορίων της συμβατικής ελευθερίας. Πράγματι, η δημιουργία νέων συμβατικών μορφών συνδέεται με σοβαρά ρυθμιστικά και λειτουργικά προβλήματα, τα οποία γίνονται αντιληπτά το αργότερο στις περιπτώσεις παθολογικής εξέλιξης της ενοχής. Πρόκειται αφενός για πρακτικά προβλήματα και αφετέρου για ζητήματα οριοθέτησης και ελέγχου της άσκησης της συμβατικής ελευθερίας.

Από πρακτικής πλευράς, ελλείπει νομοθετικώς ή έστω νομολογιακώς κατοχυρωμένων ρυθμίσεων δημιουργείται ανασφάλεια, αβεβαιότητα και κίνδυνος συγχύσεως για τους συναλλασσομένους. Αυτό με τη σειρά του συνεπάγεται 2 οδούς:

1. είτε την αντιμετώπιση των αναφευομένων ζητημάτων με εκ των προτέρων διαπραγμάτευση και συμφωνία των συμβαλλομένων, κάτι που είναι δύσκολο λόγω του σημαντικού οικονομικού κόστους και της χρονοτριβής ή της απροθυμίας ενδεχομένως των μερών να μεριμνήσουν για τη λεπτομερή ρύθμιση όλων των επιμέρους ζητημάτων της σύμβασης,
2. είτε την προσφυγή σε τυποποιημένους συμβατικούς όρους (ΓΟΣ), οι οποίοι αποτελούν συνήθως δημιούργημα και πρωτοβουλία της οικονομικά ισχυρότερης πλευράς. Βέβαια η οδός αυτή, παρά τις ευκολίες, ενέχει πολλούς κινδύνους καταχρήσεων και καταστρατηγήσεων σε βάρος του άλλου αντισυμβαλλομένου, του ασθενέστερου και άπειρου καταναλωτή συνήθως, ο οποίος, είτε από λόγους ανάγκης είτε για λόγους ταχύτητας και ορθολογισμού, αποδέχεται – πολλές φορές εξ' ανάγκης και παρά τη θέλησή του – τους προσυνταγμένους όρους του αντισυμβαλλομένου του.

Η σκιαγράφηση των παραπάνω προβλημάτων που επιφέρουν τα νέα αυτά συμβατικά μορφώματα καθιστά σαφή την αναγκαιότητα επιλογής ή διατύπωσης κανόνων για τη ρύθμισή τους. Όταν ιδίως γίνεται χρήση τυποποιημένων συμβατικών όρων, είναι επιτακτική η ανάγκη προστασίας των συναλλασσομένων από φαινόμενα άμετρης ή καταχρηστικής άσκησης της

συμβατικής ελευθερίας. Επομένως, πρέπει να γίνει προσεκτική εξισορρόπηση και στάθμιση δύο στόχων: αφενός της προαγωγής και επιβοήθησης της επιχειρηματικής δραστηριότητας και αφετέρου της προστασίας των συναλλασσομένων από φαινόμενα εκμετάλλευσης, ώστε να ικανοποιείται η ιδέα τόσο της εξισωτικής όσο και της διανεμητικής δικαιοσύνης. Και φυσικά όρια ελέγχου της συμβατικής ελευθερίας συνιστούν τα άρθρα ΑΚ 3, 174 και 178.

Συμβάσεις προσχωρήσεως

Χαρακτηριστικό των παραπάνω συμβάσεων είναι ότι καταρτίζονται κατά το πλείστον είτε βάσει προσυνταγμένων εντύπων ως συμβάσεις προσχωρήσεως είτε με προδιατυπωμένους γενικούς όρους συναλλαγών, στοιχείο που καταδεικνύει τη διαπραγματευτική ανισορροπία μεταξύ των συμβαλλομένων. Πρόκειται για μαζικές συμβάσεις, στις οποίες ο οικονομικά ισχυρότερος, δηλ. η τράπεζα προδιατυπώνει τους όρους της σύμβασης και η μόνη δυνατότητα που απομένει στον πελάτη της τράπεζας είναι απλώς να προσχωρήσει ή όχι. Αυτό ισχύει κατεξοχήν στις συμβάσεις leasing, factoring, franchising, καθώς και στη σύμβαση management, λόγω του μαζικού χαρακτήρα τους και της χρησιμοποίησης του ηλεκτρονικού υπολογιστή³¹³.

Συμπερασματικά, οι νέες αυτές συμβάσεις ενέχουν κινδύνους άμετρης ή καταχρηστικής άσκησης της συμβατικής ελευθερίας και της ιδιωτικής αυτονομίας κυρίως μέσω των επαχθών ή ανεπιεικών όρων τους, οι οποίοι και είναι ελεγκτέοι από τις γενικές ρήτρες του ΑΚ περί καταχρηστικότητας και το άρθρ. 2 ν. 2251/94 για τους καταχρηστικούς ΓΟΣ.

Λόγω έλλειψης πλήρους ή τουλάχιστον επαρκούς νομοθετικής ρύθμισης, προβλήματα αναφέρονται και σε περίπτωση παθολογικής εξέλιξής τους, αφού τίθενται ζητήματα ερμηνείας με βάση την καλή πίστη, τα χρηστά ήθη, τα συναλλακτικά ήθη (γεν. ρήτρες ΑΚ)³¹⁴.

³¹³ Για παράδειγμα, οι συμβάσεις factoring και πιστωτικής κάρτας που εμπεριέχουν στο περιεχόμενό τους τις εργασίες λογιστικής απεικόνισης και συστηματικής παρακολούθησης των απαιτήσεων, είναι αδύνατον να πραγματοποιηθούν χωρίς τη χρησιμοποίηση Η/Υ.

³¹⁴ Για παράδειγμα, φωτεινή περίπτωση τέτοιου είδους είναι το θέμα της επίδρασης που ασκούν τα τυχόν πραγματικά ελαττώματα του αντικειμένου leasing στο πλαίσιο της σύμβασης leasing, καθότι εγείρονται καίρια ερωτήματα: αν το πράγμα που αγοράζει η εταιρία leasing από τον προμηθευτή για να το παραχωρήσει με τη μορφή χρηματοδοτικής μίσθωσης στο μισθωτή παρουσιάσει ελάττωμα, απαλλάσσεται ο μισθωτής από την συμβατική υποχρέωσή

Δημιουργήματα του αγγλοαμερικανικού δικαίου

Δυσκολίες γεννώνται και λόγω της αγγλοαμερικανικής καταγωγής των νέων συμβάσεων. Με βάση την αγγλοαμερικανική νομική σκέψη, ο αγγλοσάξωνας νομικός δε θεωρεί αναγκαίο να προσδιορίσει τη νομική φύση των συμβάσεων αυτών ή να τις εντάξει σε κάποια κατηγορία των ήδη υφιστάμενων συμβάσεων. Αντίθετα, ο Έλληνας νομικός προσκολλάται στη συμβατική τυπολογία του ρωμαϊκού δικαίου και εδώ ακριβώς καταδεικνύεται η αντίθεση μεταξύ του αγγλοαμερικανικού common law και του ηπειρωτικού ευρωπαϊκού αστικού δικαίου. Ωστόσο η αντίθεση αυτή αμβλύνεται συνεχώς καθώς:

(1) Το γραπτό δίκαιο της ηπειρωτικής Ευρώπης υπερφαλαγγίζεται ολοένα περισσότερο από πλήθος αποφάσεων ανώτατων δικαστηρίων, που δεν ερμηνεύουν απλώς το νόμο, αλλά προχωρούν σε γνήσια διαμόρφωση δικαίου, ώστε εξοπλίζονται με μεγάλη δημιουργική δύναμη.

(2) Στο αγγλοαμερικανικό δίκαιο όλο και περισσότερο γίνεται αισθητή η ανάγκη το case law (=περιπτωσιολογικό δίκαιο), που βασίζεται σε προηγούμενες δικαστικές αποφάσεις, να συμπληρωθεί από νόμους και τα αξιώματα που αναπτύσσονται στη νομολογία να διατυπωθούν σε γραπτές διατάξεις.

Η εναρμόνιση των δικαίων των ευρωπαϊκών κρατών αποτελεί αναγκαιότητα για την ευρωπαϊκή ολοκλήρωση και η παγκοσμιότητα της οικονομίας ανοίγει το δρόμο προς μία νομική επιστήμη με παγκόσμιο χαρακτήρα. Το δίκαιο δεν μπορεί παρά να δίνει τις ίδιες λύσεις για παρόμοια προβλήματα που ανακύπτουν στις διάφορες έννομες τάξεις (οικουμενικότητα του δικαίου)³¹⁵.

του να καταβάλλει στην εταιρία το μίσθωμα; Αν όχι, πώς μπορεί αυτός να στραφεί κατά του πωλητή – προμηθευτή, αφού δεν τους συνδέει καμία συμβατική σχέση; Και έστω ότι εκχωρεί η εταιρία leasing στο μισθωτή τα δικαιώματά της έναντι του προμηθευτή από τη σύμβαση πώλησης, τότε ερωτάται: ποια είναι η επίδραση της εκχώρησης αυτής στην περαιτέρω εξέλιξη της σύμβασης; Απαλλάσσεται ολοκληρωτικά η εταιρία leasing; Και αν ο μισθωτής ασκήσει τα δικαιώματα από την πώληση μετά την εκχώρηση από την εταιρία leasing και ο προμηθευτής αποδειχθεί φερέγγυος, τι γίνεται τότε; Και φυσικά οι απαντήσεις πρέπει να συνάδουν με τις αρχές της καλής πίστης, των χρηστών ηθών και να μην εμπερικλείουν καταχρηστικότητα.

³¹⁵ Βλ. Γεωργιάδη, Η εναρμόνιση του ιδιωτικού δικαίου στην Ευρώπη, ΝοΒ 42, σελ. 321 επ.

Αντανάκλαση της καλής πίστης και περιπτώσεις καταχρηστικότητας στις επιμέρους νέες συμβάσεις

Από τις προαναφερθείσες νέες μορφές συμβάσεων της σύγχρονης οικονομίας, η τράπεζα αναλαμβάνει συνήθως εργασίες leasing και factoring. Λόγω του περιεχομένου τους, δεν συνάπτει και δεν αναλαμβάνει η τράπεζα την εκτέλεση εργασιών franchising, management ή know-how³¹⁶.

Σύμβαση Leasing: Περιπτωσιολογία

Φορείς χρηματοδοτικής μίσθωσης

Καταρχήν θα πρέπει να διερευνήσουμε αν οι τράπεζες δύνανται να εκτελούν εργασίες leasing.

Στο άρθρο 2 του ν. 1665/1986 ορίζεται ότι μόνο ανώνυμες εταιρίες με ελάχιστο καταβεβλημένο κεφάλαιο ορισμένου ύψους και με αποκλειστικό σκοπό τη σύναψη, με την ιδιότητα του εκμισθωτή, συμβάσεων χρηματοδοτικής μίσθωσης μπορούν να λάβουν την αναγκαία άδεια λειτουργίας. Συγκεκριμένα:

1. Το ελάχιστο μετοχικό κεφάλαιο των εταιριών leasing ανέρχεται σήμερα σε δύο δισεκατομμύρια δραχμές, ποσό που αντιστοιχεί στο ήμισυ του ελαχίστου μετοχικού κεφαλαίου που απαιτείται για τη σύσταση ανώνυμων τραπεζικών εταιριών, το οποίο ανέρχεται σε τέσσερα δισεκατομμύρια δραχμές³¹⁷.
2. Η εταιρία χρηματοδοτικής μίσθωσης ορίζεται στο νόμο ως εταιρία αποκλειστικού σκοπού. Ο νομοθέτης επιφύλαξε τον ρόλο του εκμισθωτή σε συμβάσεις leasing αποκλειστικά σε ειδικές ανώνυμες εταιρίες³¹⁸. Είναι η προστασία του κοινού από αφερέγγυους εκμισθωτές³¹⁹.

³¹⁶ Η σύμβαση consulting θα μπορούσε να ενταχθεί στην έννοια της παροχής επενδυτικών συμβουλών, δραστηριότητα που εντάσσεται στο συνήθη κύκλο εργασιών των τραπεζών.

³¹⁷ Αρχικά το κείμενο του ν. 1665/1986 απαιτούσε μετοχικό κεφάλαιο ίσο με το ελάχιστο απαιτούμενο μετοχικό κεφάλαιο για την ίδρυση τραπεζικών ΑΕ.

³¹⁸ Απόκλιση από τα παραπάνω εμπεριέχει ο ν. 2469/97 στο άρθρο 8, δυνάμει του οποίου επιτρέπεται να συνάπτουν συμβάσεις leasing και δημόσιοι οργανισμοί, ασφαλιστικοί φορείς και νπδδ.

³¹⁹ Λόγω της χρηματοδοτικής λειτουργίας της σύμβασης leasing, οι επιχειρήσεις που αναλαμβάνουν την εν λόγω επιχειρηματική δραστηριότητα θα πρέπει να παρέχουν ενέγγυα ασφάλειας για την απρόσκοπτη διεξαγωγή των εργασιών τους και συνεπώς δεν πρέπει να εμπλέκονται σε άλλου είδους κερδοσκοπικές δραστηριότητες που ενέχουν περαιτέρω επιχειρηματική διακινδύνευση της περιουσίας τους.

Ωστόσο, δεν πρέπει να γίνει στενή κατά γράμμα ερμηνεία της σχετικής διάταξης, λόγω της αυστηρά περιοριστικής διατύπωσης του νόμου. Βάσει της κατά γράμμα διατύπωσης, οι εταιρείες leasing δεν μπορούν να αναλάβουν καμία άλλη εργασία ή πράξη, πλην της υπογραφής συμβάσεων leasing. Όμως δεν είναι δυνατό, λόγω της στενής διατύπωσης του νόμου, να αποκλειστούν μία σειρά απαραίτητων βοηθητικών εργασιών, δηλ.: αγορά ή μίσθωση γραφείων για τη στέγαση της διοίκησης, σύναψη δανειακών συμβάσεων ώστε ν' ανταποκριθεί η εταιρία στις υποχρεώσεις και τα λειτουργικά έξοδά της. Αυτό που εννοεί ο νομοθέτης με τη στενή αυτή αποδοχή του κειμένου του νόμου είναι ότι οι εταιρίες leasing δεν επιτρέπεται να αναπτύξουν παράλληλα με τη σύναψη χρηματοδοτικών μισθώσεων και άλλη επιχειρηματική δραστηριότητα, διενεργώντας εργασίες άλλου είδους όπως π.χ. εργασίες factoring, επενδυτικές ή χρηματοδοτικές υπηρεσίες κτλ. Αντιθέτως, μπορούν να συνάπτουν δικαιопπραξίες που απαιτούνται για την προώθηση του σκοπού τους (π.χ. σύναψη πιστωτικών συμβάσεων με πιστωτικά ιδρύματα, σύναψη αγοράς κινητών ή ακινήτων τα οποία θα εκμισθώσουν χρηματοδοτικά κτλ.).

Με βάση τα παραπάνω, συμπεραίνουμε ότι ο ν. 1665/86 δεν επιτρέπει στις τράπεζες εργασίες leasing, καθώς δεν είναι εταιρίες ειδικού, αποκλειστικού σκοπού. Ωστόσο, αυτό έρχεται σε αντίθεση με την κοινοτική οδηγία που επιτρέπει και στις τράπεζες την άσκηση εργασιών leasing, οπότε και ο Έλληνας νομοθέτης θα πρέπει, προκειμένου να αποφευχθεί αντίστροφη άνιση μεταχείριση εις βάρος των ελληνικών τραπεζών, να επιτρέψει την άσκηση εργασιών leasing και από ελληνικά τραπεζικά ιδρύματα (αρθ. 14 ν. 2076/92). Πάντως, στην πράξη οι ελληνικές τράπεζες ασκούν «εμμέσως» δραστηριότητες leasing, ιδρύοντας δηλαδή θυγατρικές εταιρίες leasing. Προχωράμε στην εξέταση των προβλημάτων που ανακύπτουν στην πράξη.

Ως προς το μέρος των συμβάσεων leasing που συνάπτονται από μη εταιρίες ειδικού σκοπού (εταιρίες leasing), έχουν υποστηριχθεί δύο απόψεις:

1. Οι συμβάσεις αυτές είναι άκυρες βάσει ΑΚ 174, με δυνατότητα αναζήτησης των καταβληθέντων βάσει ΑΚ 904 επομ.³²⁰

³²⁰ Έτσι Μάζης και Μαστροκώστας.

2. (ορθότερη άποψη) Δεν επέρχεται απόλυτη ακυρότητα, αλλά μόνο σχετική υπέρ του μισθωτή, ο οποίος θα δικαιούται, μετά τη στάθμιση των συμφερόντων του, να συνεχίσει ή να λύσει τη σύμβαση³²¹ και επιβάλλονται μόνο διοικητικές κυρώσεις.

Το Leasing ως εργαλείο της καταναλωτικής πίστης – καταστρατήγηση στην τραπεζική πρακτική

Ο οικονομικός σκοπός της σύμβασης leasing και ο δικαιολογητικός λόγος εφαρμογής των κανόνων του και ιδίως εκείνων, που αφορούν φορολογικές ελαφρύνσεις και άλλα πλεονεκτήματα (άρθρο 6), δεν είναι η παροχή απλώς της δυνατότητας σε μία επιχείρηση ή έναν επαγγελματία να αποκτήσει κινητό ή ακίνητο, αλλά η παροχή της δυνατότητας απόκτησης εκείνου μόνον του αγαθού, το οποίο η επιχείρηση έχει ανάγκη για την ανάπτυξη των εργασιών της. Με άλλα λόγια, το leasing δεν διαμορφώθηκε στην πράξη, ούτε θεσπίστηκε νομοθετικά για να αποκτήσει ο φορέας της επιχείρησης ή ο επαγγελματίας πολυτελή εξοχική κατοικία ή αυτοκίνητα ή έπιπλα ή άλλα αντιπαραγωγικά, καταναλωτικά αγαθά, αλλά για να μπορέσει μία επιχείρηση να αποκτήσει πάγιο μηχανολογικό εξοπλισμό και ακίνητα για επαγγελματική χρήση, πάγια δηλαδή στοιχεία συνδεδεμένα με τον οικονομικό σκοπό της συγκεκριμένης επιχείρησης και τις ανάγκες εξυπηρέτησης και προαγωγής του.

Η αποσύνδεση του στόχου αυτού από τη μέσω leasing χρηματοδότηση, την καθιστά χωρίς ουσιαστικό περιεχόμενο, την απογυμνώνει δηλαδή από τον λόγο της καθιερώσεώς της ως ειδικής τραπεζικής εργασίας και την εντάσσει στις καταναλωτικές απλώς πιστώσεις για την απόκτηση αγαθών διαρκείας. Συγκεκριμένα, μία σύμβαση leasing, με την οποία δεν εξυπηρετείται ευθέως η επιχειρηματική δραστηριότητα, συνιστά κατ' ουσίαν μέθοδο καταστρατήγησης των διατάξεων της ΠΔ/ΤΕ 2286/94, όπως ισχύει, και ως τέτοια αποτελεί ασφαλώς ανεπίτρεπτη παράβαση νόμου, που επισύρει, κατά τα ανωτέρω, την κυρωτική επέμβαση της Τράπεζας της Ελλάδος, ενώ για τον «μισθωτή» σημαίνει ενδεχομένως τη δυνατότητα επίκλησης των προστατευτικών για τον καταναλωτή διατάξεων έναντι της

³²¹ Έτσι Γεωργιάδης, Τσιμπανούλης και Παπαρσενίου.

εταιρίας leasing ή της τράπεζας, που παρέσχε τη χρηματοδότηση, με τους αντίθετους προς την ουσία του leasing όρους.

Κατανομή των κινδύνων στη σύμβαση leasing εις βάρος του μισθωτή-ασθενέστερου αντισυμβαλλομένου

Η σύμβαση leasing ενέχει πολλούς κινδύνους για το μισθωτή, καθώς με τους όρους που εμπεριέχει αυτή μετακυλίζει σ' αυτόν το βάρος της ευθύνης και των κινδύνων σε περίπτωση ανώμαλης εξέλιξής της.

Επειδή ο μισθωτής παίρνει την επενδυτική απόφαση της αγοράς, κατόπιν δικής του επιλογής, του αντικειμένου leasing, αναλαμβάνει ο ίδιος και τα επενδυτικά ρίσκα και τα βάρη και τις ευθύνες αυτής της αγοράς. Συνήθως με ΓΟΣ αποκλείεται οποιαδήποτε ευθύνη της εκμισθώτριας τράπεζας για ελαττώματα του πράγματος ή έλλειψη συμφωνημένων ιδιοτήτων, για μη εκπλήρωση, υπερημερία ή πλημμελή εκπλήρωση της παροχής. Ως αντιστάθμισμα η εκμισθώτρια τράπεζα εκχωρεί στο μισθωτή όλα τα δικαιώματά της από τη σύμβαση πώλησης κατά του προμηθευτή (Ακόμα και αν δεν έχει συνομολογηθεί ρητά η εκχώρηση αυτή, συνάγεται σαφώς από την ΑΚ 288 και θεωρείται δεδομένη).

Ο μισθωτής λοιπόν φέρει τον κίνδυνο της τυχαίας καταστροφής, απώλειας, κλοπής ή βλάβης του πράγματος και συνεπώς αυτός υποχρεούται να το αντικαταστήσει με άλλο ίσης αξίας ή να πληρώσει (εκτός από τις ληξιπρόθεσμες και) τις άληκτες δόσεις του μισθώματος ή να το επιδιορθώσει με δικά του έξοδα. Φέρει δηλαδή όλους τους κινδύνους που προσήκουν στον κύριο του πράγματος. Η μόνη ευθύνη που βαρύνει την εταιρία leasing είναι ο κίνδυνος της ενδεχόμενης αφερεγγυότητας του μισθωτή.

Επιπρόσθετα γίνεται δεκτό, στο πλαίσιο της κάλυψης του επιχειρηματικού κινδύνου ολοκληρωτικά από τον μισθωτή σε κάθε περίπτωση, ότι είναι έγκυρη η συμφωνία πως, για κάθε περίπτωση καθυστέρησης καταβολής μισθωμάτων, η τράπεζα-εταιρία leasing δικαιούται να ασκεί σωρευτικά την αξίωση καταβολής μελλοντικών μισθωμάτων, πέραν των ήδη ληξιπρόθεσμων, και απόδοσης του μισθίου³²².

³²² Βέβαια ο σχετικός όρος θα πρέπει να θεωρηθεί ποινική ρήτρα και ως τέτοιος υπόκειται στον έλεγχο του άρθρου 409 ΑΚ.

Έτσι, παρότι ο μισθωτής δεν είναι ο νομικός-τυπικός κύριος του πράγματος, έχει την οικονομική κυριότητα αυτού, αφού φέρει και επωμίζεται όλα τα βάρη, τις δαπάνες και τους κινδύνους: υποχρεούται να διατηρεί το μίσθιο κατάλληλο για τη συμφωνημένη χρήση καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης, φέρει όλες τις σχετικές δαπάνες και τον κίνδυνο τυχαίας βλάβης ή καταστροφής, απώλειας και κλοπής του πράγματος, ενώ ταυτόχρονα δεν απαλλάσσεται από την βασική υποχρέωσή του για καταβολή του μισθώματος στην εταιρία leasing, πέρα από την υποχρέωση επιδιόρθωσης, αντικατάστασης κτλ. του πράγματος.

Ωστόσο, στην περίπτωση νομικών ελαττωμάτων του αντικειμένου leasing που αποκλείουν τη συμφωνημένη χρήση, πρέπει να γίνει δεκτή η απαλλαγή του μισθωτή από την υποχρέωση καταβολής του μισθώματος στην εταιρία leasing και ενδεχόμενη αξίωση τέτοιου είδους εκ μέρους της πρέπει να θεωρηθεί καταχρηστική (ΑΚ 281). Το ίδιο ισχύει και στην περίπτωση της μη παράδοσης ή καθυστερημένης παράδοσης του πράγματος σ' αυτόν, ανεξάρτητα από την εκχώρηση σ' αυτόν από την εταιρία leasing των σχετικών αξιώσεων της κατά του προμηθευτή, οπότε και απαλλάσσεται από την καταβολή του μισθώματος για όσο διάστημα αδυνατεί να κάνει τη συμφωνημένη χρήση. Αντίθετα, στην περίπτωση των πραγματικών ελαττωμάτων και στην έλλειψη συμφωνημένων ιδιοτήτων, η υποχρέωση του μισθωτή για καταβολή του μισθώματος παραμένει ακέραια.

Λόγω των παραπάνω κινδύνων που ελλοχεύουν στη σύμβαση leasing για το μισθωτή – ασθενέστερο αντισυμβαλλόμενο, κρίνεται αναγκαία και δυνατή η εφαρμογή σ' αυτήν του ν. 2251/94. Το χρηματοπιστωτικό ίδρυμα βρίσκεται σε θέση διαπραγματευτικής υπεροπλίας απέναντι στον αντισυμβαλλόμενό του και πρέπει ως εκ τούτου να θεωρηθεί «προμηθευτής» κατά το άρθρο 1 § 4 ν. 2251/94 και ο μισθωτής ως «καταναλωτής». Επομένως, οι σχετικές απαλλακτικές ρήτρες ελέγχονται ως καταχρηστικές βάσει των αρθ. 2 §§ 6-7 ν. 2251/94. Ας μη ξεχνάμε όμως ότι αυτό ισχύει μόνο στην περίπτωση που μισθωτής είναι κάποιος ασθενέστερος αντισυμβαλλόμενος (π.χ. ιδιώτης), γιατί αν μισθωτής είναι μία μεγάλη εταιρία με τεράστια οικονομική και διαπραγματευτική δύναμη, δε συντρέχει λόγος προάσπισής της έναντι της εταιρίας leasing και είναι άσκοπη μία τέτοιου

είδους επεκτατική εφαρμογή του νόμου περί καταναλωτή, γιατί τότε χάνει την εξαιρετική προστατευτική του λειτουργία.

Σύμβαση factoring

Έννοια

Ο νόμος 1905/1990 ονομάζει το factoring πρακτορεία επιχειρηματικών απαιτήσεων. Πρόκειται για μία σύμβαση μεταξύ αφενός του factor ή πράκτορα (που είναι συνήθως τράπεζα ή θυγατρική τράπεζας) και αφετέρου μίας επιχείρησης ή ενός εμπόρου φυσικού προσώπου (προμηθευτής), δυνάμει της οποίας ο πρώτος αναλαμβάνει την είσπραξη όλων των απαιτήσεων της δεύτερης που γεννώνται από την πώληση προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών. Οι υπηρεσίες του factor συνίστανται στη συλλογή πληροφοριών για την οικονομική κατάσταση και φερεγγυότητα των πελατών του προμηθευτή, στη λογιστική παρακολούθηση των απαιτήσεων, στην όχληση των οφειλετών και ενδεχομένως τη δικαστική επιδίωξη της εισπράξεως.

Σύμβαση προσχωρήσεως

Η σύμβαση factoring καταρτίζεται βάσει προδιατυπωμένου εγγράφου του factor, οι όροι του οποίου δεν είναι συνήθως διαπραγματεύσιμοι. Το γεγονός αυτό ενέχει κινδύνους για τον προμηθευτή, γι' αυτό και προβάλλει έντονη η ανάγκη προστασίας του από ενδεχόμενες καταδυναστευτικές διαθέσεις του πράκτορα.

Προστασία του προμηθευτή δεν είναι δυνατή βάσει της κοινής Υ.Α. Φ1-983/7.3.1991 περί καταναλωτικής πίστης, καθώς σ' αυτήν καταναλωτής ορίζεται μόνο το πρόσωπο που συναλλάσσεται εκτός της επαγγελματικής δραστηριότητάς του.

Όμως στο ν. 2251/1994 η έννοια του καταναλωτή είναι ευρύτερη και έτσι ο προμηθευτής υπάγεται στην προστατευτική ρύθμιση του ν. 2251/94 και άρα οι όροι της σύμβασης factoring ελέγχονται ως καταχρηστικοί βάσει του άρθρου 2 του νόμου αυτού.

Οι εταιρίες factoring είναι μεγάλες κεφαλαιουχικές εταιρίες, συνήθως θυγατρικές τραπεζών, με τεράστια διαπραγματευτική δύναμη. Αντίστοιχα οι πελάτες των factors είναι συνήθως επιχειρήσεις μικρού ή μεσαίου μεγέθους

που καταφεύγουν στην εκχώρηση των απαιτήσεών τους μέσω του factoring, προκειμένου κυρίως να αυξήσουν τη ρευστότητά τους και να ανταποκριθούν σε υποχρεώσεις απέναντι στους προμηθευτές τους. Επομένως, υφίσταται οικονομική ανισότητα μεταξύ τους.

Όμως, ακόμα και αν δεν υφίσταται τέτοια ανισότητα μεταξύ τους, ο πελάτης δεν έχει μεγάλα περιθώρια επιλογής διότι οι όροι που προσφέρεται το factoring δεν έχουν μεγάλη διαφορά μεταξύ των εταιριών του κλάδου. Τέτοιοι όροι είναι συνήθως:

1. η ρήτρα αποκλειστικότητας που απαγορεύει στον πελάτη τη σύναψη συμβάσεως factoring και με άλλους πράκτορες,
2. η υποχρέωση του πελάτη να δέχεται οποιαδήποτε στιγμή έλεγχο των βιβλίων της επιχειρήσεώς του από υπαλλήλους ή εντολοδόχους του factor,
3. το δικαίωμα του factor να μεταβάλλει το ύψος της αμοιβής του για τις παρεχόμενες υπηρεσίες καθώς και να περιορίζει τα περιθώρια αναδοχής απαιτήσεων κατά οφειλετών του πελάτη,
4. η αόριστη παραπομπή στους ΓΟΣ του factor, οι οποίοι καθίστανται αναπόσπαστο τμήμα της συμβάσεως και κατά πλάσμα συνομολογείται ότι ο πελάτης τους γνωρίζει,
5. η ευχέρεια του factor να συμψηφίζει οφειλή του που προκύπτει από έναν αλληλόχρεο λογαριασμό, π.χ. για απαιτήσεις των οποίων η εταιρία έχει αναλάβει μόνο την είσπραξη με αντίστοιχη απαίτηση του πελάτη από άλλον λογαριασμό, όπως είναι ο δεσμευμένος λογαριασμός από παρακρατούμενα περιθώρια για την κάλυψη επισφαλών απαιτήσεων, ενώ τέτοια δυνατότητα αποκλείεται για τον πελάτη,
6. ο ορισμός των δικαστηρίων της έδρας του factor ως αποκλειστικά αρμοδίων για την επίλυση των μεταξύ τους διαφορών.

Για τους όρους αυτούς εφαρμοστέο είναι το αρθ. 2 §§ 6-7 του ν. 2251/94 για την καταχρηστικότητα. Βέβαια επειδή ο factor είναι επαγγελματίας, ο οποίος κατά τεκμήριο διαθέτει αυξημένες ικανότητες πείρας και γνώσης των συναλλαγών, οφείλει να δείξει την απαιτούμενη προσοχή, να ψάξει και να πληροφορηθεί την ύπαρξη ανταγωνιστικών όρων, να

συμβουλευθεί τεχνικούς συμβούλους και να σταθμίσει γενικά τα υπέρ και τα κατά πριν την υπογραφή της σύμβασης.

Καταρχήν ισχύει το αξίωμα *pacta sunt servanda*. Οι ανεπιεικείς συνέπειες από την αυστηρή τήρηση των υπεσχημένων μπορούν σε πρώτη φάση να μετριασθούν με την υιοθέτηση ενδιάμεσων λύσεων, δηλ. με την επιβολή ορισμένων επιπλέον προϋποθέσεων και προκειμένου να εξακριβωθεί ότι ο πελάτης-προμηθευτής αποδέχθηκε πράγματι τους γενικούς όρους συναλλαγής του *factor*. Απαιτείται πραγματική γνώση του περιεχομένου των όρων και δεν αρκεί η παραπομπή σ' αυτούς από τη σύμβαση. Ακόμη είναι απαραίτητη η ρητή αναφορά και η ρητή αποδοχή εκ μέρους του αντισυμβαλλομένου πελάτη.

Σε δεύτερη φάση ο έλεγχος των όρων συναλλαγής του *factor* θα γίνει με τη μέθοδο της ερμηνείας. Αποφασιστικό όμως κριτήριο δεν είναι η βούληση των συμβαλλομένων, αλλά το αντικειμενικό νόημα της δηλώσεως σύμφωνα με τις αρχές της καλής πίστεως και των συναλλακτικών ηθών.

Μάλιστα η προσφυγή στη μέθοδο της ερμηνείας γίνεται ακόμη και σε περιπτώσεις που δεν υπάρχει ασάφεια ως προς το νόημα κάποιας ρήτρας, προκειμένου να αποφευχθούν άδικες συμβατικές ρυθμίσεις και συγχρόνως να μην τροποποιηθεί ή να καταργηθεί ευθέως η σύμβαση. Σχετικά έχουν αναπτυχθεί μερικές ειδικότερες αρχές που συγκεκριμενοποιούν τους κανόνες των άρθρ. 173 και 201 ΑΚ. Μία τέτοια ορίζει ότι, οι γενικοί όροι ερμηνεύονται στενώς και εις βάρος εκείνου που τους διατυπώνει άλλη ότι, οι ειδικοί υπερισχύουν των γενικών και οι χειρόγραφοι είναι επικρατέστεροι των εντύπων Κ.Ο.Κ.³²³

Τέλος σε ένα τρίτο στάδιο, εφόσον με τους ωσάνω τρόπους ερμηνείας δεν μπορούν να τεθούν εκποδών κάποιες άδικες³²⁴ συμβατικές ρήτρες, ο εφαρμοστής του δικαίου μπορεί να προσφύγει στις γενικές διατάξεις που αποτελούν φραγμό στην ελευθερία διαπλάσεως του περιεχομένου των

³²³ Πρβλ. ΕφΠειρ 64/1988, ΝοΒ 37, 103, ΕφΑθ 7110/1979 ΝοΒ 27, 1650, ΠολΠρΘεσ 4288/1983 Αρμ 1985/24, Δελούκας, όπ.π., σ. 268 επ. – Παπανικολάου, Περί των ορίων... σ. 364 επ., Σημαντήρας Γ., Αρχ., αρ. 659, Σούρλας, ΕρμΑΚ Εισαγ. Άρθρ. 361-373 αρ. 62, Σταθόπουλος, Γεωργιάδης-Σταθόπουλος, Εισαγ. Άρθρο 361-373 αρ. 12.

³²⁴ Πρβλ. Παπανικολάου, Περί των ορίων..., σ. 381 κατά τον οποίο υπάρχει ανεπιεικής επιβάρυνση του υποβαλλόμενου στους ΓΟΣ συμβαλλόμενου, όταν η περιεχόμενη στη συμβατική ρύθμιση κατανομή βασικών δικαιωμάτων και υποχρεώσεων που απορρέουν από τη φύση μίας τέτοιας συμβάσεως οδηγεί σε διακινδύνευση του σκοπού της συμβάσεως.

συμβάσεων, όπως αυτές που κηρύσσουν ως άκυρες τις συμβάσεις που αντιβαίνουν στα χρηστά ήθη (178 ΑΚ) και τις καταπλεονεκτικές δικαιοπραξίες (179 ΑΚ), τη διάταξη του άρθρου 281 ΑΚ που απαγορεύει την κατάχρηση δικαιώματος τις ΑΚ 288, 388, αλλά και των άρθρων 371 και 372 ΑΚ.³²⁵ Έτσι για παράδειγμα μπορεί να θεωρηθεί άκυρη ως καταχρηστική η ρήτρα που απαγορεύει στον προμηθευτή το συμψηφισμό απαιτήσεως από έναν αλληλόχρεο λογαριασμό με υποχρέωση του factor από άλλο λογαριασμό, παρόλο που στον τελευταίο αναγνωρίζεται αυτή η ευχέρεια, η ρήτρα αποκλειστικής διεθνούς δικαιοδοσίας, η ρήτρα που δίνει την ευχέρεια στο factor να μεταβάλλει το ύψος της αμοιβής του ή να περιορίζει το ποσό μέχρι το οποίο έχει συμφωνηθεί να αναδέχεται απαιτήσεις κατά συγκεκριμένων οφειλετών³²⁶, εφόσον τούτο δεν γίνεται κατά δίκαιη κρίση (371 και 372 ΑΚ), η ρήτρα που επιτρέπει στο factor να έχει οποτεδήποτε πρόσβαση στα βιβλία της επιχειρήσεως του πελάτη, όταν υπάρχει κίνδυνος να κοινολογηθούν επιχειρηματικά του μυστικά και δεν δικαιολογείται από αντίστοιχο συμφέρον του factor (288 ΑΚ) κ.ο.κ.

Όπως γίνεται φανερό η αξιολόγηση της ισχύος ενός εκάστου από τους πιο πάνω όρους θα γίνεται ειδικά για κάθε συγκεκριμένη περίπτωση και θα πρέπει να δικαιολογείται από τις περιστάσεις και τα πραγματικά περιστατικά που τίθενται υπόψη του εφαρμοστή του δικαίου. Συγχρόνως γίνεται δεκτό³²⁷ ότι η ακυρότητα είναι σχετική υπέρ του αντισυμβαλλομένου του διατυπώσαντος τους γενικούς όρους factor και μερική. Η εφαρμογή της διατάξεως του άρθρου 181 ΑΚ πρέπει να αποκλεισθεί με το αιτιολογικό ότι, η ολική ακυρότητα θα ματαίωνε τον προστατευτικό σκοπό των διατάξεων των ΑΚ 281, 288, 174 και 179 αφού δεν εξυπηρετεί τα συμφέροντα του προστατευτέου προμηθευτή ο οποίος θα επιθυμεί την ισχύ της συμβάσεως

³²⁵ ΜονΠρωτΞάνθης, 434/1985 ΝοΒ 34, 700, όπου κηρύσσεται άκυρη η ρήτρα συμβάσεως πιστώσεως με την οποία ο καθορισμός του ύψους της χορηγούμενης πιστώσεως επαφίεται στην απόλυτη κρίση της πιστώτριας τράπεζας με σχόλιο *Καρακώστα*, ΕφΘεσ 2622.1982 Αρμ. 1986, 327, κατά την οποία ρήτρα που αποκλείει στον οφειλέτη την αμφισβήτηση λογαριασμού ισοδυναμεί με τη συμφωνία που αναθέτει τον προσδιορισμό της παροχής στην ανέλεγκτη κρίση του δανειστή και είναι άκυρη, *Σταθόπουλος*, Γεωργιάδης-Σταθόπουλος, Εισαγ. άρθρ. 361-373 αρ. 11.

³²⁶ Πρβλ. ΜονΠρωτΞάνθης 434/1985, ΝοΒ 34, 700.

³²⁷ *Λιτζερόπουλος*, Μερική ακυρότης της δικαιοπραξίας κατ' αποκλεισμόν της ολικής Εράνιον προς Γεώργιον Μαριδάκην (Συμπλήρωμα), σ. 364 επ. αρ. 42-47 και σ. 415 αρ. 63, *Παπανικολάου*, Οι καταπλεονεκτικές δικαιοπραξίες, 1983, σ. 258 επ. με περαιτέρω

χωρίς το άκυρο μέρος. Στην αντίθετη περίπτωση θα ετίθετο προ του διλήμματος ή να ανεχθεί την ισχύ της ανεπιεικούς ρήτρας ή να στερηθεί εξ ολοκλήρου τα πλεονεκτήματα της συμβάσεως.

παραπομπές, ο *ίδιος* Κατάχρηση... σ. 105 επ., ο *ίδιος*, Περί των ορίων... σ. 319 και 392, *Δωρής*, Περιορισμοί, σ. 170 επ., *Δελούκας*, όπ.π., σ. 340.

11. Ξέπλυμα βρώμικου χρήματος: το φαινόμενο της νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες στον τραπεζικό τομέα.

Γενικά

Η κεντρική θέση και ο ρόλος των πιστωτικών (τραπεζικών) ιδρυμάτων μέσα στην οικονομική ζωή είναι σήμερα αδιαμφισβήτητος. Συγκεντρώνουν κεφάλαια υπό μορφή καταθέσεων, των οποίων το μεγαλύτερό τους μέρος δανείζουν στη συνέχεια σε έναν ευρύ κύκλο ενδιαφερομένων. Δεν εκπλήσσει συνεπώς το γεγονός ότι, μια τέτοια συγκέντρωση περιουσιακών στοιχείων και η οικονομική δύναμη που αυτά συνεπάγονται, γίνονται καθημερινά αντικείμενο εγκληματικών ενεργειών.

Οι τράπεζες μέσα στα πλαίσια *«...του οικονομικού ρόλου τους ως μεσίτες της διακίνησης χρήματος, πιστώσεων και κεφαλαίων...»* είναι λόγω της φύσεως των δικαιιοπραξιών τους, ιδιαίτερα ευάλωτες τόσο στις δραστηριότητες του οργανωμένου εγκλήματος όσο και στην οικονομική εγκληματικότητα και για τον λόγο αυτό βρίσκονται συχνά στο επίκεντρο δημόσιας κριτικής.

Η συνήθης ταξινόμηση των πιθανών τρόπων έκφρασης εγκληματικών συμπεριφορών στις τρεις συνήθεις κατηγορίες: “η τράπεζα ως όργανο διάπραξης”, “η τράπεζα ως θύμα” και “η τράπεζα ως στάδιο διάπραξης”, δεν ικανοποιεί, αφού πρόκειται στο σύνολο τους μάλλον για παραβίαση ειδικών ποινικών νόμων και κανονιστικών διατάξεων που αποσκοπούν αποκλειστικά – ή τουλάχιστον κυρίως – στην προστασία των τραπεζικών ιδρυμάτων και στην τήρηση γενικών ποινικών κανόνων.

Επιμέρους οικονομικά εγκλήματα

Ως “οικονομικά εγκλήματα” μπορούν να χαρακτηρισθούν (α) οι προσβολές των διατάξεων ειδικών νόμων που αφορούν τον τραπεζικό και ευρύτερα τον χρηματοπιστωτικό τομέα, εφόσον αυτές αποκτούν κατά περίπτωση αυξημένο βάρος ή αντιμετωπίζουν φαινόμενα μαζικών προσβολών, (β) οι αξιόποινες πράξεις των τραπεζικών στελεχών κατά της τράπεζας, με τη προσβολή γενικών διατάξεων του Ποινικού Κώδικα, ως συνέπεια της βαρύτητας ή της συχνότητας της διάπραξης τους, (γ) οι

αξιόποινες πράξεις κατά τρίτων, κατά την τέλεση των οποίων χρησιμοποιείται η τράπεζα ως “όργανο διάπραξης” όπως λ.χ. η κατάχρηση εμπιστευτικών πληροφοριών³²⁸, όπως ειπώθηκε προηγουμένως η δόλια παροχή λανθασμένων επενδυτικών συμβουλών, η παράβαση διατάξεων περί συναλλάγματος, κ.ο.κ., (γ) οι αξιόποινες πράξεις κατά της τράπεζας και των σε αυτή συγκεντρωμένων περιουσιακών στοιχείων, εφόσον αυτές εμπεριέχουν ιδιαίτερη βαρύτητα και τελέσθηκαν μέσω της καθημερινής τραπεζικής συναλλακτικής πρακτικής, όπως με πλαστογραφία παραστατικών, παράνομη διάθεση ενεργητικού τραπεζικών λογαριασμών ή αξιόγραφων.

Νομοθετικό Πλαίσιο

Επειδή απαραίτητη προϋπόθεση για τη λειτουργία της σύγχρονης κοινοβουλευτικής δημοκρατίας είναι η λειτουργία των χρηματοπιστωτικών ιδρυμάτων και οργανισμών και των επιχειρηματικών μονάδων, σύμφωνα με τις αρχές της διαφάνειας και της αποτελεσματικότητας, τόσο στο οικονομικό όσο και στο κοινωνικό επίπεδο, θεσπίστηκε ο ν. 2331/95 “για την πρόληψη και καταστολή της νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες” – ως διάδοχος του μάλλον ατυχούς άρθρου 394^A Π.Κ. – για έναν προβληματισμό και μια αναζήτηση σχετικά με τον καθοριστικό ρόλο των χρηματοπιστωτικών ιδρυμάτων στην οριοθέτηση των ορίων μεταξύ της σφαίρας των αυστηρά ιδιωτικών συμφερόντων και εκείνης του δημόσιου συμφέροντος, αλλά κυρίως στην εκτίμηση της μελλοντικής συνεισφοράς τους στην υπεράσπιση της κοινωνίας και της δημοκρατίας από το οργανωμένο έγκλημα.

Σε διεθνές επίπεδο, οι κανονιστικές παρεμβάσεις, όπως το πρόγραμμα της F.A.T.F., η Οδηγία 91/308/ΕΟΚ καθώς και οι νομοθετικές εξελίξεις στις Η.Π.Α. συνιστούν μια έντονη προσπάθεια αντιμετώπισης του φαινομένου αυτού.

Οι τράπεζες μεταξύ νομιμότητας και παρανομίας

Η ύπαρξη των τραπεζών είναι αλληλένδετη με την παραγωγή κερδών και οι τραπεζικές εργασίες εξαρτώνται από την εμπιστοσύνη των καταθετών

³²⁸ “insider information”.

στην ακεραιότητα των τραπεζικών ιδρυμάτων και στην ικανότητα τους να εξασφαλίζουν και να διαχειρίζονται αποτελεσματικά τα κεφάλαια. Παρά τα συστήματα εγγυήσεως καταθέσεων, η πρόβλεψη των πιθανών αιτίων μείωσης ή ολικής απόσυρσης της εμπιστοσύνης του κοινού θεωρείται καταρχήν δύσκολη. Γι' αυτό τον λόγο, τα τραπεζικά ιδρύματα δικαιολογημένα εμφανίζονται πολύ προσεκτικά αναφορικά με τις ενδεχόμενες αντιδράσεις των υφισταμένων ή των υποψηφίων πελατών σε περίπτωση διαρροής πληροφοριών που άπτονται των συναλλαγών τους.

Η έννοια της *καλής φήμης ενός χρηματο-οικονομικού κέντρου* αποτελεί ένα θέμα το οποίο σπάνια προσφέρεται για μια λεπτομερή ανάλυση από τους τραπεζικούς κύκλους και εμπεριέχει σίγουρα τον παράγοντα τραπεζικό απόρρητο, συνοδευόμενο από την επαγγελματική διακριτικότητα και εχεμύθεια. Η απαιτούμενη δε αυτή μυστικότητα δεν προστατεύει κατ' ανάγκη αποκλειστικά το κύκλωμα όπλων και ναρκωτικών, αλλά αφορά και ενδιαφέρει ένα ευρύτατο κύκλο πελατών, από τους οποίους άλλοι θέλουν να προφυλάξουν τα κεφάλαια τους λ.χ. από επίδοξους κληρονόμους ή από πιστωτές τους, ενώ οι περισσότεροι επιθυμούν να τα αποκρύψουν για λόγους φορολογικούς κ.ο.κ.

Γεγονός πάντως παραμένει, ότι πολλοί επίδοξοι δράστες νομιμοποίησης εγκληματικών εσόδων δεν προσποούνται ότι οι στόχοι τους είναι νόμιμοι, αλλά αντίθετα προβάλλουν έναν (κοινωνικά) αποδεκτό και άκρως εμπιστευτικό χαρακτήρα της παράνομης δραστηριότητας τους (φοροδιαφυγή κ.ο.κ.), σκοπεύοντας τελικά στη πραγμάτωση μη αποδεκτών παράνομων πράξεων (νομιμοποίηση εσόδων από εμπόριο ναρκωτικών κοκ). Έτσι παραμένει για τα πιστωτικά ιδρύματα πάντα υπαρκτός ο κίνδυνος να αποδεχθούν με ευκολία την εμπιστευτική πληροφορία – “βιτρίνα”, δηλαδή ότι πρόκειται “απλά” για προσπάθεια λ.χ. φοροδιαφυγής ή παράνομης εξαγωγής συναλλάγματος.

Εύλογα προβάλλει το ερώτημα για το εάν και κατά πόσο “συμφέρει” ή όχι τα χρηματοπιστωτικά ιδρύματα μια τέτοια ακούσια ή εκούσια νομιμοποίηση εσόδων από εγκληματική δραστηριότητα.

Πρόκειται για ένα μάλλον “αδιάκριτο” ερώτημα στο οποίο δεν πρέπει να δοθεί οπωσδήποτε μια συγκεκριμένη απάντηση. Η άνευ ετέρου παραδοχή της άποψης, ότι κάθε περίπτωση νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματικές

δραστηριότητες μέσω ενός πιστωτικού ιδρύματος – πέραν της δυσφήμισης και της βλάβης της πίστης του έναντι του κοινού (συστημικός κίνδυνος) – αποτελεί μια καθαρά ζημιογόνο συναλλαγή, γίνεται θεωρητικά εύκολα αποδεκτή, αλλά δεν λαμβάνει υπόψη της τόσο την επαγγελματική νοοτροπία όσο και τον χαρακτήρα του πιστωτικού ιδρύματος ή του χρηματοπιστωτικού οργανισμού ως καθαρά κερδοσκοπικών νομικών προσώπων, παραγνωρίζοντας ταυτόχρονα τα αδιαμφισβήτητα άμεσα οικονομικά οφέλη που συνεπάγεται η διαχείριση μεγάλων κεφαλαίων. Θα ήμασταν λοιπόν πολύ πιο κοντά στη πραγματικότητα εάν ισχυριζόμασταν, ότι δεν αποτελεί ζημιογόνο συναλλαγή κάθε περίπτωση νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματική δραστηριότητα, αλλά οι δημοσιοποιούμενες περιπτώσεις νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματική δραστηριότητα και μάλιστα όχι όλες³²⁹.

Αποτελεί κατά συνέπεια, συμφέρον κάθε τράπεζας η δημοσιοποίηση όσον το δυνατόν λιγότερων περιπτώσεων νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες, χωρίς φυσικά σε καμία περίπτωση αυτό να σημαίνει ότι βρίσκονται σε γνώση όλων αυτών των περιπτώσεων και ότι υπάρχει ένα είδος “ανίερης συμμαχίας” μεταξύ τραπεζικών ιδρυμάτων και δραστών. Άλλωστε συχνά τα όρια μεταξύ “παροχής υπηρεσίας για τη μεταφορά χρήματος” και “νομιμοποίησης εγκληματικών εσόδων” είναι ιδιαίτερα δυσδιάκριτα, τουλάχιστον από την οπτική γωνία ενός τραπεζίτη, ο οποίος θέλει να προχωρήσει στη συναλλαγή, δεδομένου ότι η παροχή υπηρεσιών σε πελάτες αποτελεί τη πηγή του τραπεζικού κέρδους.

Αποτελεσματικότητα της ρύθμισης του ν. 2331/95

Η αποτελεσματικότητα της νομοθετικής ρύθμισης για την αντιμετώπιση και την καταστολή της νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες θα κριθεί τελικά από τον βαθμό που θα γίνει δυνατό να συμπίσουν τα συμφέροντα της κοινωνίας, με την έννοια της μεγιστοποίησης του διαθέσιμου όγκου πληροφοριών των εποπτικών και διωκτικών αρχών, με αυτά των τραπεζικών ιδρυμάτων. Και αυτό λαμβάνοντας σοβαρά υπόψη το

³²⁹ Οι επιπτώσεις στην εικόνα (image) ενός πιστωτικού ιδρύματος θα είναι - τις περισσότερες φορές - ανεξάρτητες από το εάν και κατά πόσο ήταν σε θέση κάτω από τις συγκεκριμένες

σύγχρονο ανταγωνιστικό εθνικό και διεθνές περιβάλλον, το οποίο αποτελεί και την αιτία για την ύπαρξη μιας σειράς παραγόντων που επηρεάζουν την αρμονική συνύπαρξη τους.

- τη μόνιμη τάση ορισμένων τραπεζών να μεγιστοποιούν την εμπιστοσύνη και την εχεμύθεια στον χειρισμό υποθέσεων πελατών τους, ακόμα και σε περιπτώσεις κατά τις οποίες οι εποπτικές και διωκτικές αρχές έχουν τη πεποίθηση ότι και οι τράπεζες, όπως και οι πολίτες, έχουν την ηθική υποχρέωση να παράσχουν κάθε δυνατή πληροφορία που αφορά την πρόληψη και την αποκάλυψη εγκλημάτων,
- τη νοοτροπία και τα εμπορικά συμφέροντα των τραπεζών εξαρτώνται τόσο από μία διαφορετική αξιολόγηση των ευαισθησιών απέναντι στα εγκλήματα όσο και από τις αξίες και προσδοκίες των πελατών τους,
- την ερμηνεία του νομοθετικού πλαισίου σχετικά με το πότε έχουν τη δυνατότητα ή την υποχρέωση παροχής πληροφοριών στις αρμόδιες αρχές,
- τον επηρεασμό των νομοθετικών πλαισίων από τις πολιτικο-οικονομικές επιλογές και προτεραιότητες των κυβερνήσεων με στόχο την προσέλκυση κεφαλαίων³³⁰ ή τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό άλλων διεθνών οικονομικών κέντρων,
- τη σύγκρουση των εποπτικών και διωκτικών αρχών σχετικά με τον τρόπο επικοινωνίας με τα τραπεζικά ιδρύματα και οι δυσκολίες κατανόησης των εσωτερικών οργανωτικών δυσχερειών που προέρχονται κατά κύριο λόγο από την ελλιπή ή την ανύπαρκτη εκπαίδευση και
- τις απρόβλεπτες αντιδράσεις του ανθρώπινου παράγοντα που μπορούν να εκφραστούν ως απροθυμία για συνεργασία ορισμένων τραπεζικών στελεχών ή υπαλλήλων, οι οποίοι είτε λόγω αντικειμενικών προσωπικών ή οργανωτικών δυσκολιών είτε λόγω ελλιπούς επιμόρφωσης και εκπαίδευσης οδηγούνται στην

συνθήκες να αντιδράσει με βάση τις πληροφορίες που διαθέτετε.

³³⁰ Αναφέρεται σε χώρες με υψηλά δημόσια ελλείμματα και υπέρογκο δημόσιο χρέος.

ανασφάλεια ή στην αδυναμία κατανόησης των πραγματικών διαστάσεων του προβλήματος.

Τέλος, η επιτυχία της προσπάθειας για την αντιμετώπιση της νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες θα κριθεί από την αξιοπιστία και τη πολιτική βούληση της πολιτείας να εφαρμόσει το ήδη υπερεπάρκεις νομοθετικό πλαίσιο.

Τεχνικές νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες

Διακρίνουμε τρία στάδια: τοποθέτηση (placement), συσσώρευση (layering) και ολοκλήρωση (integration):

(1). Τοποθέτηση (Placement)

- Μέθοδος του μυρμηγκιού (Smurfing)
- Συνέργια από το εσωτερικό κάποιου χρηματοπιστωτικού οργανισμού (υπαλλήλου ή στελέχους οι οποίοι κάνουν αποδεκτές καταθέσεις μεγάλων ποσών χωρίς να εκπληρώνουν τις υποχρεώσεις τους όπως αυτές προκύπτουν από το νομοθετικό πλαίσιο λ.χ. άρνηση διεκπεραίωσης συναλλαγής, μη υποβολή αναφορών κ.ο.κ.)
- Εσφαλμένη παρουσίαση της πραγματικής προέλευσης, των δικαιούχων και χρησιμοποίηση για τον σκοπό αυτό εταιριών – βιτρίνα, διατραπεζικές συναλλαγές και εξαιρέσεις από την υποχρέωση αναφοράς και εξακρίβωσης ταυτότητας.
- Απόκτηση υλικών αντικειμένων (αυτοκίνητα, πλοία, αεροπλάνα, ακίνητα, πολύτιμα μέταλλα) ή χρηματο-οικονομικών εργαλείων (μετοχές, ταξιδιωτικές επιταγές, τραπεζικές επιταγές, μετοχές)
- Διασυνοριακή λαθραία φυσική μεταφορά χρημάτων μέσω πλοίων, αεροπλάνων, απεσταλμένων συσκευασμένα ως εμπορεύματα.

(2). Συσσώρευση (Layering)

- Ηλεκτρονική μεταφορά κεφαλαίων
- Μετατροπή σε άλλες μορφές χρηματοοικονομικών εργαλείων
- Πώληση ή εξαγωγή περιουσιακών στοιχείων
- Παραποίηση εξαγωγικών / εισαγωγικών εγγράφων

(3). Ολοκλήρωση (Integration)

- Εταιρίες σφραγίδα και εταιρίες βιτρίνα
- Συνέργια αλλοδαπής τράπεζας
- Απόκτηση περιουσιακών στοιχείων

A. Άμεση διοχέτευση των εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες

1. Λαθραία φυσική μεταφορά του χρήματος

Η λαθραία φυσική μεταφορά εγκληματικών εσόδων θεωρείται³³¹ η πιο πρωτόγνωρη μέθοδος τοποθέτησης (placement), κατά την οποία ο “ταχυδρόμος” είτε γεμίζει βαλίτσες με χαρτονομίσματα ή τα κρύβει σε φορτία, είτε τα αποστέλλει στον προορισμό τους με ιδιωτικό ταχυδρομείο. Με αυτό τον τρόπο επιτυγχάνεται η φυσική μεταφορά του χρήματος σε κάποιο φορολογικό παράδεισο ή υπεράκτιο χρηματοπιστωτικό κέντρο και πάντως σε χώρα χωρίς συναλλαγματικούς περιορισμούς, διαθέτουμε αυστηρή νομοθεσία τραπεζικού απορρήτου, όπου θα κατατεθεί σε κάποιο χρηματοπιστωτικό ίδρυμα ή οργανισμό, από την οποία μπορεί με ευκολία να επανεξαχθεί χωρίς να έχει αφήσει ίχνη για τις εποπτικές και διωκτικές αρχές.

2. Η μέθοδος του μυρμηγκιού

Η “μέθοδος του μυρμηγκιού”³³² πρόκειται για μια ευρέως διαδεδομένη πρακτική³³³, με την οποία διοχετεύεται “το βρώμικο χρήμα” στο νόμιμο χρηματοπιστωτικό σύστημα κατακερματίζοντας τον όγκο των χρημάτων σε πολλές συναλλαγές κάτω από το όριο αναφοράς (δήλωσης) ή αναγνώρισης. Στη μέθοδο αυτή, οι “απεσταλμένοι”³³⁴ - οι οποίοι είναι κατά κανόνα πρόσωπα τα οποία δεν κινούν υποψίες ή τη προσοχή στο τραπεζικό περιβάλλον – είτε προβαίνουν απευθείας σε καταθέσεις σε τραπεζικούς λογαριασμούς, είτε μετατρέπουν τα ποσά σε ταχυδρομικές και τραπεζικές επιταγές, τις οποίες στη συνέχεια προωθούν σε μεσάζοντες, οι οποίοι με τη σειρά τους τις επαναπροωθούν σε άλλες τράπεζες (εσωτερικού ή εξωτερικού) όπου κατατίθενται στους λογαριασμούς των “δικαιούχων”.

³³¹ “Currency smuggling”.

³³² “smurfing”.

³³³ Το “smurfing” αναφέρεται συχνά και ως “structuring”.

³³⁴ runners / smurfs / strawmen

3. Η συστηματική μεθόδευση συναλλαγών

Η “συστηματική μεθόδευση συναλλαγών”, η οποία περιλαμβάνει τη “μέθοδο του μερμηγκιού”, όπως και άλλες μεθόδους νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες, χαρακτηρίζει την οργανωμένη και επαναλαμβανόμενη κατάθεση σε τραπεζικό λογαριασμό χρηματικών ποσών, κάτω από το όριο αναφοράς ή αναγνώρισης ταυτότητας. Η ειδοποιός διαφορά είναι, ότι στην παραλλαγή αυτή απαραίτητη προϋπόθεση για την επιτυχία είναι η οποιασδήποτε μορφής ενεργητική ή παθητική συνέργια από την πλευρά του τραπεζικού ιδρύματος.

4. Η διαφθορά των τραπεζικών υπαλλήλων και ο έλεγχος χρηματοπιστωτικών ιδρυμάτων από παράνομα συμφέροντα

Ο πιο “απλός” και συνήθης τρόπος για την κατοχύρωση ενός “ειδικού καθεστώτος” σχετικά με τις υποχρεώσεις δήλωσης και αναγνώρισης του πραγματικού δικαιούχου είναι η δωροδοκία, (σπανιότερα) ο εκβιασμός, καθώς και η εκμετάλλευση μίας δύσκολης οικονομικής κατάστασης του χρηματοπιστωτικού ιδρύματος³³⁵.

Στα πλαίσια της επιχείρησης “Polar Cup” οι διωκτικές υπηρεσίες των Η.Π.Α. αποκάλυψαν τον ενεργό ρόλο της τράπεζας Banco del Occidente σε ένα τεράστιο δίκτυο νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες, με κέντρο μία ομάδα αρμενίων χρυσοχόων οι οποίοι νομιμοποιούσαν τεράστια ποσά με τη κάλυψη του εμπορίου χρυσού. Πρόκειται για μία χαρακτηριστική περίπτωση εφαρμογής του συστήματος “αλυσιδωτών εμβασμάτων” (chain transfers) κατά την οποία τοποθετήθηκε το εξωλογιστικό χρήμα σε 754 τραπεζικούς λογαριασμούς σε είκοσι τρεις χώρες και το οποίο στη συνέχεια εμβάσθηκε σε τραπεζικούς λογαριασμούς του

³³⁵ Μία τράπεζα αντιμετώπιζε σοβαρά προβλήματα. Σε αντάλλαγμα προσφερθείσας γενναιοδωρης οικονομικής ενίσχυσης ο πρόεδρος της τράπεζας συμφώνησε να παράσχει διευκολύνσεις ξεπλύματος βρώμικου χρήματος σε ένα καρτέλ ναρκωτικών. Κανόνισε μία σειρά εξερχόμενων και εισερχομένων ηλεκτρονικών μεταφορών χρημάτων (wire transfers) για μία σειρά επιχειρήσεων, χρησιμοποιώντας τις δανειακές συμβάσεις που είχαν αυτές συνάψει με την τράπεζα. Δεδομένης της κάλυψης του προέδρου της τράπεζας κανείς δεν υποπτεύθηκε τίποτα. Μετά από μεγάλο χρονικό διάστημα εφαρμογής του σχεδίου ο πρόεδρος μην αντέχοντας στη ψυχολογική πίεση ήλθε σε επαφή με τις αρχές προσφέροντας τη συνεργασία του. Καταστρώθηκε, με τη συνεργασία του, σχέδιο με στόχο την σύλληψη όσο το δυνατόν μεγαλύτερων ποσών. Τελικά κατασχέθηκε ένα συνολικό ποσό ύψους 53 εκατομμυρίων δολαρίων ΗΠΑ αποκαλύπτοντας συγχρόνως την ανάμιξη 17 τραπεζών και τουλάχιστον 21 επιχειρήσεων και 44 ατόμων. Oord R.K., ό.α.π. (1992), σ. 4

Παναμά, της Ουρουγουάης, της Κολομβίας, της Αρούμπα, της Γαλλίας, του Λουξεμβούργου, της Ισπανίας, της Ελβετίας και της Γερμανίας³³⁶.

Β. Έμμεση διοχέτευση των εσόδων

Το παράνομο χρηματοπιστωτικό σύστημα

Πρόκειται για τα παρατραπεζικά δίκτυα (parallel-banking-systems).

Δεδομένου ότι κατά κανόνα ο “τραπεζίτης” (hawala-banker) είναι γνωστή επιχειρηματική προσωπικότητα, έμπορος μεγάλης επιφάνειας και διακεκριμένο μέλος της τοπικής κοινωνίας μεταφέρονται, διασυννοριακά χωρίς λογιστικές εγγραφές και μέσω κωδικοποιημένων μηνυμάτων (chiti), μεγάλα ποσά πάνω στη βάση αμοιβαίας εμπιστοσύνης και με τη χρήση ενός ανεπίσημου αλλά πολύ αποτελεσματικού συστήματος (βίαιων) “κυρώσεων”.

Πρόκειται ουσιαστικά για ένα σύστημα εκατέρωθεν καταβολής αποζημιώσεων (compensations), με το οποίο αποφεύγονται οι κίνδυνοι της φυσικής διασυννοριακής μεταφοράς του χρήματος.

Το νόμιμο χρηματοπιστωτικό σύστημα

Σύμφωνα με την έννομη τάξη της συντριπτικής πλειοψηφίας των δυτικών χωρών, τα νόμιμα χρηματοπιστωτικά ιδρύματα δεν δέχονται καταθέσεις χρημάτων ή άλλων περιουσιακών στοιχείων, χωρίς να γίνεται προηγουμένως αναγνώριση του πελάτη ή του δικαιούχου. Αυτό αποτελεί σαφώς ένα σοβαρό εμπόδιο για τους δράστες της νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες, οι οποίοι μπορούν πλέον να επιτύχουν τη διατήρηση ανωνυμίας κατά την αρχική κατάθεση (primary deposit) των εσόδων αυτών, είτε ελέγχοντας το χρηματοπιστωτικό ίδρυμα, είτε δωροδοκώντας υπαλλήλους, είτε εκμεταλλευόμενοι τυχόν κενά ή ατέλειες του νομοθετικού πλαισίου ή τελικά καταφεύγοντας σε χώρες που δεν έχουν θεσπίσει σχετικές υποχρεώσεις.

Πολλές φορές οι δράστες χρησιμοποιούν τοπικής εμβέλειας τράπεζες για να μετατρέψουν τα εγκληματικά έσοδα σε ταξιδιωτικές επιταγές (traveller's checks), κρατικά ομόλογα, εγγυητικές επιστολές κ.ο.κ., τις οποίες στη

³³⁶ Πρόκειται για την επιχείρηση με την κωδική ονομασία «La Mina».

συνέχεια επαναμετατρέπουν σε χρήματα μέσω των υποκαταστημάτων μεγάλων τραπεζών, στους λεγόμενους “φορολογικούς παραδείσους” (taxhaven countries).

Άλλη μέθοδος είναι η χρησιμοποίηση “αχυράνθρωπων”.

Επίσης, άλλη τεχνική είναι η διοχέτευση σε υπεράκτια χρηματοοικονομικά κέντρα που χαρακτηρίζονται από την παροχή ενός άκρως φιλελεύθερου περιβάλλοντος για τον τραπεζικό και επιχειρηματικό τομέα, τόσο σχετικά με την φορολόγηση των δραστηριοτήτων και των συναλλαγών, όσο και σχετικά με το κανονιστικό πλαίσιο. Φυσική συνέπεια είναι η προσέλκυση πελατείας που έχει σχέση με φοροδιαφυγή και νομιμοποίηση εσόδων από κάθε είδους εγκληματικές δραστηριότητες.

Ηλεκτρονικό σύστημα διατραπεζικών συναλλαγών

Η χρησιμοποίηση των συστημάτων πληρωμών (payment systems), η επέκταση της χρήσης των ηλεκτρονικών τραπεζικών συναλλαγών και ιδιαίτερα της διεκπεραίωσης συναλλαγών μέσω δικτύων ή ακόμη και τηλεφώνου καθιστούν στην πράξη την ανίχνευση τους πολύ δύσκολη, αφού δεν υπάρχει η ανάμιξη ανθρώπινου παράγοντα. Οποιοσδήποτε πελάτης μπορεί μέσω του προσωπικού του υπολογιστή να δώσει εντολή μεταφοράς χρήματος (Electronic Banking Transfers – E.F.T.) από τον λογαριασμό του σε άλλο λογαριασμό του εσωτερικού ή του εξωτερικού και μέσω του κεντρικού υπολογιστή να εκτελεσθούν οι εντολές του κατά γράμμα (home banking).

Πέραν τούτου έχουν διατυπωθεί επανειλημμένες περιπτώσεις μεταφοράς κεφαλαίων από τράπεζες φορολογικών παραδείσων σε ευρωπαϊκά πιστωτικά ιδρύματα στα οποία οι αποστολείς δεν διαθέτουν λογαριασμούς. Τα κεφάλαια αυτά κρατούνται κατά συνέπεια για σύντομο χρονικό διάστημα σε ειδικούς συμψηφιστικούς λογαριασμούς (“clearing accounts”) από τους οποίους είτε μπορούν να εισπραχθούν τα χρήματα είτε να αποσταλούν κατόπιν σχετικής εντολής σε άλλο πιστωτικό ίδρυμα (συνήθως άλλου φορολογικού παραδείσου).

Ως συχνότερες μεθόδους που χρησιμοποιούνται κατά κόρο στην ολοκλήρωση της διαδικασίας νομιμοποίησης και τελικά στην ενσωμάτωση των παράνομων κεφαλαίων στο νόμιμο χρηματοπιστωτικό σύστημα,

μπορούμε να εντοπίσουμε *τους ενδιάμεσους λογαριασμούς πληρωμών* και την *μέθοδο επαναδανεισμού*.

Οι ενδιάμεσοι λογαριασμοί πληρωμών είναι μεγάλοι ανταποκριτικοί τραπεζικοί λογαριασμοί που ανοίγονται στις τράπεζες των Η.Π.Α. από αλλοδαπές τράπεζες (master account holder), μέσω των οποίων οι πελάτες της αλλοδαπής τράπεζας διεκπεραιώνουν έναντι ορισμένης αμοιβής, τραπεζικές συναλλαγές στις Η.Π.Α. Αυτοί οι – πολλές φορές εκατοντάδες – υποδικαιούχοι των λογαριασμών (sub-account holders) έχουν το δικαίωμα να εκδίδουν επιταγές, να κάνουν καταθέσεις και αναλήψεις και να μεταφέρουν χρήματα – ηλεκτρονικά – σαν να είναι οι ίδιοι άμεσοι πελάτες της αμερικανικής τράπεζας, χωρίς αυτή να έχει την υποχρέωση ή τη δυνατότητα, είτε της πιστοποίησης οιασδήποτε πληροφορίας σχετικά με το πρόσωπο των τελικών πελατών, είτε της εφαρμογής της διαδικασίας “γνώρισε τον πελάτη σου” (know your customer).

Η μέθοδος επαναδανεισμού

Η μέθοδος αυτή χρησιμοποιείται ευρέως κατά την ανακύκλωση (recycling) και την επαναφορά των χρημάτων που μεταφέρθηκαν στο εξωτερικό, στη χώρα προέλευσης, έτσι ώστε να γίνει δυνατή η επένδυση τους στο νόμιμο εθνικό πιστωτικό σύστημα.

Έχοντας επιτύχει να καταθέσουν σε κάποιο τραπεζικό λογαριασμό της αλλοδαπής κεφάλαια που προέρχονται από τη διάπραξη εγκλημάτων, οι δράστες αποφασίζουν να προχωρήσουν σε κάποια επένδυση της οποίας ένα μικρό μέρος καλύπτουν αρχικά με νόμιμα κεφάλαια. Για να καλύψουν τις υποχρεώσεις τους, λαμβάνουν ένα δάνειο από τη τράπεζα στην οποία έχουν κατατεθειμένα τα παράνομα κεφάλαια. Με τη καταβολή του δανείου οι δράστες διαθέτουν πλέον νόμιμο χρήμα προερχόμενο από τραπεζικό δάνειο. Το δάνειο αυτό εξοφλείται με τα παράνομα κεφάλαια, τα οποία και νομιμοποιούνται. Τέτοιου είδους συναλλαγές διεκπεραιώνονται κατά κανόνα μέσω υπεράκτιων εταιριών, οι οποίες έχουν συσταθεί γι’ αυτό αποκλειστικά το σκοπό.

Η ιδιαιτερότητα αυτού του λεγόμενου “προφασιζόμενου επαναδανεισμού” έγκειται στο γεγονός, ότι τα παράνομα περιουσιακά στοιχεία

δεν χρειάζεται να μεταφερθούν στο εξωτερικό, αλλά ούτε και να λάβει χώρα στο εξωτερικό κάποια ενέργεια για τη νομιμοποίηση τους: ο δράστης έχοντας ιδρύσει μια σειρά εταιριών – βιτρίνα στο εσωτερικό και το εξωτερικό, συνάπτει εικονικές συμβάσεις δανείων μεταξύ τους με στόχο να εξηγήσει στο εσωτερικό την προέλευση των τραπεζικών καταθέσεων των εταιριών του. Δεδομένου ότι η ίδρυση εταιριών – βιτρίνα (front companies) δεν παρουσιάζει διεθνώς ιδιαίτερο πρόβλημα, οι δράστες διαθέτοντας έναν μεγάλο αριθμό τέτοιων εταιριών αλλά και τραπεζών, τις χρησιμοποιούν, έτσι ώστε να εμφανίζουν “διαδοχικές δανειοδοτήσεις” (chain loan) ή “εκατέρωθεν δανειοδοτήσεις” (parallel loan) της μιας προς την άλλη.

Συναλλαγές μέσω του κυβερνοχώρου

Σήμερα τα ηλεκτρονικά συστήματα συμψηφισμού και διακανονισμού τελειοποιούν τα ηλεκτρονικά νέα μέσα πληρωμών (αυτόματες μεταφορές κεφαλαίων, αυτόματες τραπεζικές θυρίδες, κάρτες πληρωμών). Οι συναλλαγές μικρών ή μεγάλων ποσών, τοπικές ή παγκόσμιες, καθώς και οι νέες νομισματικές μορφές είναι ουσιαστικά ηλεκτρονικές. Οι τραπεζικές συναλλαγές μπορούν πλέον να διεκπεραιώνονται από παντού, χωρίς τη μεσολάβηση πιστωτικού ιδρύματος, απλοποιώντας την έννοια του νομίσματος και επαναθέτοντας το ζήτημα των σχέσεων μεταξύ νομίσματος, τραπεζών και πελατών τους.

Το ηλεκτρονικό ρευστό χρήμα (E-cash) σηματοδοτεί την έναρξη μιας διαδικασίας παγκόσμιας νομισματικής ενοποίησης, δίνοντας τη δυνατότητα να χρησιμοποιηθεί τόσο από ιδιώτες, όσο και από εταιρίες για οποιουδήποτε είδους συναλλαγή, με λιγότερο κόστος και περισσότερη διακριτικότητα.

Παρά την απεριόριστη πρόσβαση στο δίκτυο και την ταχύτατη διασπορά πληροφοριών – χαρακτηριστικό το οποίο από μόνο του θα έδινε τη δυνατότητα άσκησης ελέγχων από τις αρμόδιες αρχές – οι εξελιγμένες τεχνικές κρυπτογράφησης (encryption techniques) καθιστούν εφικτή τη διατήρηση του απόλυτου προσωπικού απορρήτου, εξουδετερώνοντας κάθε δυνατότητα των αρχών να αποκωδικοποιούν τα αποστελλόμενα μηνύματα στις περιπτώσεις υπονοιών για τέλεση εγκληματικών πράξεων. Ως επακόλουθο αυτών των εξελίξεων, έκαναν την εμφάνισή τους στην ορολογία

οι όροι «ηλεκτρονικά μετρητά» (E-cash), «τραπεζική του κυβερνοχώρου» (cyberspace banking) και «νομιμοποίηση εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες μέσω του κυβερνοχώρου» (cyberspace money laundering).

Οι τράπεζες του κυβερνοχώρου δεν υπόκεινται στον κανονιστικό και εποπτικό ομοσπονδιακό ή πολιτειακό πλαίσιο, διαφέροντας ριζικά από τα συμβατικά τραπεζικά ιδρύματα των ΗΠΑ, δεδομένου ότι προσδιορίζουν διαφορετικά την έννοια των τραπεζικών συναλλαγών, δεν διαθέτουν καταστατικά ιδρύσεως και δεν υπόκεινται σε καθεστώς εγγύησης των καταθέσεων.

Οι τραπεζικές υπηρεσίες του κυβερνοχώρου (cyberbanking) αφορούν κυρίως πληρωμές για αγορές προϊόντων ή υπηρεσιών μέσω της συνεχώς αυξανόμενης αγοράς του Internet, ενώ οι τράπεζες του κυβερνοχώρου έχοντας ένα ευρύτατο πεδίο δραστηριοποίησης, ασχολούνται όλο και πιο έντονα με τον ρόλο του διαμεσολαβητή σε συναλλαγές που αφορούν αγοραπωλησίες αγαθών, λογισμικού, οικονομικών υπηρεσιών και πληροφοριών, με αποκορύφωμα την έναρξη αποδοχής καταθέσεων (deposit taking), δραστηριότητα την οποία διαφημίζουν ήδη μέσω του δικτύου.

Οι τράπεζες του κυβερνοχώρου δίνουν στους δράστες της νομιμοποίησης παρανόμων εσόδων τη δυνατότητα να μεταφέρουν τεράστια ποσά μετρητών χρημάτων (E-cash) ή τίτλους κυριότητας πολύτιμων περιουσιακών στοιχείων με ταχύτητα, ασφάλεια και μυστικότητα ή αδιαφάνεια. Ενώ οι τραπεζικές υπηρεσίες που προσφέρονται στον κυβερνοχώρο δεν παρουσιάζουν εποπτικά προβλήματα όσο αυτές αφορούν πρόσβαση και συναλλαγές σε τραπεζικούς λογαριασμούς νομίμως λειτουργούντων χρηματοπιστωτικών ιδρυμάτων, οι ανησυχίες σχετίζονται με υπεράκτιες τράπεζες ή μη τραπεζικά οικονομικά ή άλλα ιδρύματα και επιχειρήσεις του κυβερνοχώρου, τα οποία μπορούν να αποδέχονται και να μεταφέρουν περιουσιακά στοιχεία με μορφή κεφαλαίων ή εμπορικών αξιών χωρίς να υπόκεινται στις νόμιμες διαδικασίες ελέγχου και εποπτείας.

ΜΕΡΟΣ ΤΡΙΤΟ. ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ – ΣΗΜΑΝΤΙΚΕΣ ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΕΡΙ ΚΑΤΑΧΡΗΣΤΙΚΩΝ ΤΡΑΠΕΖΙΚΩΝ ΠΡΑΚΤΙΚΩΝ ΚΑΙ ΟΡΩΝ

Παρακάτω θεώρησα σκόπιμο και χρήσιμο να παραθέσω κάποιες αποφάσεις – σταθμούς των Ελληνικών δικαστηρίων στο ζήτημα της καταχρηστικότητας τραπεζικών πρακτικών και όρων, αφού σ' αυτές διαφαίνεται και αποκρυσταλλώνεται στην πράξη η μεταστροφή των δικαστηρίων (από την αρχική διστακτική τους θέση) και παίρνουν ουσία και αξία οι θεωρητικές αρχές της καλής πίστης, των χρηστών ηθών και της απαγόρευσης της καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος (ΑΚ 281) και εν γένει της κατάχρησης της συμβατικής ελευθερίας.

1. Απόφ. 1208/98 του ΠολΠρΑθ. και 6291/2000 του ΕφΑθ: Με την απόφαση αυτή που εκδόθηκε επί της από 9.2.1998 συλλογικής αγωγής του μη κερδοσκοπικού σωματείου με την επωνυμία «ένωση καταναλωτών η ποιότητα ζωής» (ΕΚΠΟΙΖΩ) κατά τράπεζας (Citibank) κρίθηκε ότι δεν ασκεί έννομη επιρροή ο ισχυρισμός της εναγόμενης τράπεζας ότι «το περιεχόμενο των έντυπων γενικών όρων χορήγησης πιστωτικών καρτών και ο τρόπος εκτύπωσής τους έχει τροποποιηθεί κατά το χρόνο συζήτησης της αγωγής», διότι κρίσιμος χρόνος κατά τον οποίο ο καταναλωτής είχε την δυνατότητα να λάβει πραγματική γνώση του περιεχομένου των γενικών όρων συναλλαγών κατά τρόπο αξιόσιμο, είναι ο χρόνος συνομολόγησής τους και όχι μεταγενέστερος (άρθρο 2 παρ. 1 ν. 2251/1994). Απορριπτέος, επίσης, κρίθηκε και ο άλλος ισχυρισμός της, ότι «ο έλεγχος της καταχρηστικότητας γενικών όρων συναλλαγών, που συνάπτουν προμηθευτές χρηματοπιστωτικών υπηρεσιών είναι απαγορευμένος από το άρθρο 2 του παραρτήματος της οδηγίας 93/13/5.4.1993 ΕΟΚ, με το σκεπτικό ότι «δυνάμει του άρθρου 8 της εν λόγω οδηγίας παρέχεται η ευχέρεια στον εθνικό νομοθέτη να θεσπίζει αυστηρότερες διατάξεις προς το σκοπό μεγαλύτερης προστασίας του καταναλωτή, ο δ ν. 2251/1994 έκανε ακριβώς χρήση αυτής της ευχέρειας».

Περαιτέρω έκρινε ως καταχρηστικούς (βάσει του αρθ. 2 παρ. 7 ν. 2251/1994) και άρα άκυρους τους εξής γενικούς όρους που περιείχοντο σε

ειδικά έντυπα (συμβάσεις καταθέσεων) και σε συμβάσεις χορήγησης πιστωτικών καρτών. Συγκεκριμένα: 1) Ο όρος κατά τον οποίο «η Τράπεζα CITIBANK μπορεί κατά την κρίση της να επιβάλλει έξοδα κίνησης σε κάθε λογαριασμό για την περίπτωση που δεν παρουσιάζει υπόλοιπο ανώτερο από το κατώτερο όριο που κάθε φορά θα καθορίζει για το αντίστοιχο είδος λογαριασμού», κατά παράβαση του άρθρου 2 παράγραφος 7 περίπτωση ε' ω. 2251/1994. 2) Ο όρος που υποχρεώνει τον καταναλωτή να αποδείξει ότι έλαβε τον μηνιαίο λογαριασμό του, διότι αντιστρέφεται το βάρος απόδειξης σε βάρος του και περιορίζει υπέρμετρα την προθεσμία μέσα στην οποία έχει δικαίωμα να διατυπώσει τα παράπονά του ή να ασκήσει την αξίωσή του κατά της Τράπεζας (προμηθευτή) κατά παράβαση του άρθρου 2 παρ. 7 περίπτωση κζ' και κη' ν. 2251/1994, αντίστοιχα. 3) Ο όρος με τον οποίο «αν ο κάτοχος της κάρτας δεν πληρώσει άμεσα τον μηνιαίο λογαριασμό του θα επιβαρύνεται με τόκους υπερημερίας το ύψος του οποίου καθορίζει η τράπεζα». Ο όρος αυτός αποκτά χαρακτήρα συμβατικής ποινής σε βάρος του κατόχου (καταναλωτή) για μη εκπλήρωση κατά παράβαση της παραγράφου 7 του άρθρου 2 περίπτωση λ' ν. 2251/1994. 4) Ο όρος με τον οποίο «για τη χορήγηση της κάρτας ο κάτοχος επιβαρύνεται με την εκάστοτε ισχύουσα ετήσια συνδρομή η οποία υπόκειται σε αναπροσαρμογή εκ μέρους της Τράπεζας», δεδομένου ότι το ύψος της επιβάρυνσης δεν προσδιορίζεται με κριτήρια ειδικά καθορισμένα στη σύμβαση και εύλογα για τον καταναλωτή (αντίθετος στο άρθρο 2 παρ. 7 περ. ια' ν. 2251/1994). 5) Ο γενικός όρος, ο οποίος παρέχει στην Τράπεζα το δικαίωμα να καταγγείλει τη σύμβαση αορίστου χρόνου οποτεδήποτε και χωρίς καταγγελία ή αιτιολόγηση, διότι είναι αντίθετος με το άρθρο 2 παρ. 7 περίπτωση ε' ν. 2251/1994, το οποίο απαιτεί την ύπαρξη ορισμένου ειδικού και σπουδαίου λόγου. Είναι επίσης, καταχρηστικός ο ίδιος όρος και κατά το άρθρο 2 παρ. 7 περίπτωση στ' του νόμου, που απαγορεύει την καταγγελία της σύμβασης αόριστης διάρκειας χωρίς εύλογη προθεσμία. 6) Ο γενικός όρος, που παρέχει στην Τράπεζα το δικαίωμα να απαγορεύει στον κάτοχο οποιαδήποτε χρήση της κάρτας οποτεδήποτε και χωρίς προειδοποίηση ή καταγγελία διότι είναι αντίθετος με το άρθρο 2 παρ. 7 περιπτώσεις η' και ι' του ίδιου νόμου, οι οποίες απαγορεύουν στον προμηθευτή να κρίνει μονομερώς τον χρόνο εκπλήρωσης

της παροχής του ή να μην εκτελέσει τις υποχρεώσεις του χωρίς σπουδαίο λόγο (αντίστοιχα).

Η παραπάνω υπόθεση, μετά από αντίθετες εφέσεις, κρίθηκε σε δεύτερο βαθμό, από το Εφετείο Αθηνών, το οποίο με την 6291/2000 απόφασή του, δέχθηκε ως καταχρηστικούς και, συνεπώς, άκυρους τους εξής γενικούς όρους:

«Η τράπεζα μπορεί κατά την κρίση της να επιβάλλει οποτεδήποτε έξοδα κίνησης σε κάθε λογαριασμό για την περίπτωση που δεν παρουσιάζει υπόλοιπα ανώτερα από το κατώτατο όριο, που θα καθορίζει κάθε φορά η Citibank Ελλάδας για το αντίστοιχο είδος λογαριασμού», διότι είναι αντίθετος με το άρθρο 2 παρ. 7 περιπτώσεις ε' και στ' του ω. 2251/1994, έστω και αν η επιβολή της χρέωσης έγινε κατόπιν ενημέρωσης των καταθετών της.

2. «Η προμήθεια ανάληψης μετρητών ανέρχεται σήμερα στο 3% επί του ποσού της ανάληψης, με ελάχιστο ποσό προμήθειας 500 δρχ.». Ο όρος αυτός κρίθηκε καταχρηστικός, διότι διαταράσσει την ισορροπία των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων των συμβαλλομένων σε βάρος του καταναλωτή (άρθρο 2 παρ. 6 ν. 2251/1994) αλλά και διότι είναι αντίθετος με την διάταξη του άρθρου 1 της 1969/1991 πράξης του Διοικητή της Τράπεζα της Ελλάδος, που εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση του ν. 1266/1982 (ΦΕΚ Α' 131/29.8.1991), κατά την οποία «απαγορεύεται η είσπραξη προμήθειας στα δάνεια, των οποίων το επιτόκιο ορίζεται ελεύθερα στα πιστωτικά ιδρύματα».
3. Η Τράπεζα έχει το δικαίωμα να τροποποιεί μονομερώς οποιονδήποτε όρο της παρούσας σύμβασης και «να καταγγέλλει οποτεδήποτε, χωρίς προειδοποίηση ή αιτιολόγηση της αορίστου χρόνου σύμβασης πίστωσης με τον κάτοχο της κάρτας», διότι είναι αντίθετος με το άρθρο 2 παρ. 7 περ. ε' και στ' αντίστοιχα του ν. 2251/1994.

Η αποφ. 6291/2000 του ΕφΑθ σηματοδότησε τη στροφή της νομολογίας και επιβεβαίωσε τα διδάγματα της θεωρίας όταν η τελευταία προσπαθούσε να εξετάσει τους συνήθεις τραπεζικούς ΓΟΣ με βάση τα νέα δεδομένα που εισήγαγε ο ν. 2251/1994. Από πλευράς διατακτικού η απόφαση δεν προβαίνει σε καινοτομίες, ούτε αφίσταται της θεωρίας. Χαρακτηριστική και ουσιαστική συμβολή της αποτελεί το γεγονός ότι πρώτη αυτή δεν περιορίζεται

από τη συμφωνία των μερών αλλά έρχεται και εξετάζει το γενικό πλαίσιο στο οποίο αυτή συνήφθη και αποφαίνεται ουσιαστικά επί του περιεχομένου της.

2) Απόφ 1198/1995 ΕφΠειρ και ΑΠ 558/1996: Το Εφετείο Πειραιώς με την 1198/1995 απόφασή του³³⁷, δέχθηκε ότι, ο όρος της σύμβασης ανοικτού (αλληλόχρεου) λογαριασμού, σύμφωνα με τον οποίο «... το απόσπασμα των βιβλίων της Τράπεζας (Καρτέλα χορηγήσεως), αποτελεί πλήρη απόδειξη της απαίτησής της κατά του οφειλέτου, ο οποίος δεν δικαιούται σε καμία απολύτως αμφισβήτησή της», είναι συμφωνία έγκυρη. Ο πιστούχος όμως, μπορεί κατά το άρθρο 448 παρ. 1 του ΚΠολΔ σε συνδυασμό με το άρθρο 47 παρ. 4 του ν.δ. 1771/13.8.1923 «περί ειδικών διατάξεων επί ανωνύμων εταιριών» να προσκομίσει ανταπόδειξη κατά του αποσπάσματος του βιβλίου της πιστώτριας Τράπεζας και να αναφέρει το κατάλοιπο του λογαριασμού που προκύπτει από αυτό, χωρίς να δεσμεύεται γι' αυτό από την παραπάνω συμφωνία. Είναι, όμως, υποχρεωμένος να αποδείξει τους ισχυρισμούς του, που πρέπει να είναι συγκεκριμένοι και να έχουν ως αποτέλεσμα την αλλοίωση του κατάλοιπου του λογαριασμού. Δεν αρκεί γενική και αόριστη αμφισβήτηση της ακρίβειας του λογαριασμού αυτού».

Για το ίδιο θέμα, ο Άρειος Πάγος με την 558/1996 απόφασή του, δέχθηκε ότι «η περιλαμβανόμενη σε σύμβαση περί παροχής πιστώσεως με ανοικτό (αλληλόχρεο) λογαριασμό ειδική συμφωνία ότι η οφειλή θα αποδεικνύεται και από το απόσπασμα των εμπορικών βιβλίων της πιστώτριας παρόλο ότι δεν προβλέπεται από τις διατάξεις των άρθρων 444 παρ. 1 και 448 παρ. 1 ΚΠολΔ ή από άλλη διάταξη νόμου, είναι, ως δικονομική σύμβαση, έγκυρη. Το εν λόγω απόσπασμα, εφόσον υπάρξει τέτοια συμφωνία, αναγορεύεται σε μέσο αποδείξεως με ισχύ ιδιωτικού εγγράφου, είναι δε είδος αντιγράφου και ως εκ τούτου, για να έχει αποδεικτική δύναμη, πρέπει να βεβαιώνεται η ακρίβεια του από αρμόδια αρχή ή δικηγόρο (άρθρα 449 παρ. 1 ΚΠολΔ, 52 του ν.δ. 3026/1954, 14 του ν. 1599/1986). Η έκδοση ή η βεβαίωση της ακρίβειας του αποσπάσματος αυτού από υπάλληλο ή υπαλλήλους της πιστώτριας Τράπεζας δεν αρκεί για να προσδώσει σ' αυτό αποδεικτική δύναμη...».

3) Αποφ. 1219/2001 ΑΠ: Η απόφαση αυτή, που εκδόθηκε κατόπιν αναιρέσεων τόσο από την τράπεζα όσο και από την ΕΚΠΟΙΖΩ κατά της προαναφερθείσας ΕφΑθ 6291/2000, είναι η χαρακτηριστικότερη περίπτωση δικαστικά κατ' ουσίαν ελέγχου του περιεχομένου ΓΟΣ τραπεζικών συμβάσεων και η συλλογιστική της ξεφεύγει από τα πλαίσια της υπό κρίση περίπτωσης και επεκτείνεται σε γενικότερα ζητήματα καταχρηστικότητας ρητρών. Εξάλλου, η εν λόγω απόφαση παράγει μια ιδιότυπη δεσμευτικότητα έναντι πάντων βάσει αυτής: Η παρ. 6 του άρθρου 2 ω. 2251/1994 αποτελεί εξειδίκευση του βασικού κανόνα της ΑΚ 281. Η ενδεικτική απαρίθμηση του άρθρου 2 παρ. 7 ω. 2251/94 περιέχει «per se» καταχρηστικές ρήτρες.

Ως καταχρηστικοί κρίνονται οι εξής όροι:

- 1) Ο ΓΟΣ που προβλέπει τη δυνατότητα τράπεζας να επιβάλλει έξοδα κίνησης σε λογαριασμούς που παρουσιάζουν υπόλοιπο κατώτερο ενός ορισμένου ορίου.
- 2) Δεν βρίσκει εφαρμογή εξαίρεση της Οδηγίας 93/13/ΕΟΚ, καθώς η οδηγία έχει χαρακτήρα διασφάλισης minimum προστασίας και τα κράτη – μέλη μπορούν να εξασφαλίζουν με αυστηρότερες διατάξεις μεγαλύτερη προστασία του καταναλωτή.
- 3) Ο ΓΟΣ που προβλέπει την προμήθεια ανάληψης μετρητών μέσω πιστωτικής κάρτας είναι άκυρος λόγω αντιθέσεώς του προς το άρθρο 1 της ΠΔ/ΤΕ 1969/1991 κατ' εφαρμογή προδήλως του άρθρου 178 ΑΚ όσο και λόγω αντιθέσεως στο άρθρο 2 παρ. 6 Ν. 2251/1994.
- 4) Είναι καταχρηστικοί γενικοί όροι χορήγησης πιστωτικής κάρτας που μετακυλίνουν στον κάτοχο την ευθύνη για τη ζημία που υπέστη η τράπεζα από παράνομη χρήση της κάρτας εξαιτίας κλοπής ή απώλειας καθόσον δεν εξαρτούν την ευθύνη αυτή από υπαιτιότητα.
- 5) Συμφωνία στις τραπεζικές συναλλαγές για επιτόκιο που υπερβαίνει τα ανώτατα όρια έξω τραπεζικών επιτοκίων απαγορεύεται από την ΑΚ 281.

³³⁷ ΔΕΕ 1996 σελ. 173 με παραπομπές στις ΑΠ 316/1990 Επιθ.Εμπ.Δικαίου 1991 σελ 610 και ΑΠ 717/1989 ΝοΒ 23 σελ. 46.

- 6) ΓΟΣ που επιτρέπει στην τράπεζα να καθορίζει τον εκάστοτε συμβατικό τόκο χωρίς να καθορίζονται κριτήρια ειδικά εκ των προτέρων και εύλογα για τον καταναλωτή – πελάτη είναι καταχρηστικός.
- 7) Καταχρηστικοί οι ΓΟΣ που ορίζουν για τις διαφορές που ανακύπτουν ως αποκλειστικά αρμόδια τα δικαστήρια της έδρας της τράπεζας, ή δημιουργούν με την πάροδο ορισμένης προθεσμίας από τη λήψη του λογαριασμού πλάσμα οφειλής και αποκλείουν στον πελάτη τη δυνατότητα ανταποδείξεως, ή δημιουργούν πλάσμα περιέλευσης του λογαριασμού στον πελάτη με την πάροδο ορισμένης προθεσμίας, ή προβλέπουν τη δυνατότητα αναπροσαρμογής της ετήσιας συνδρομής χωρίς ενημέρωση του κατόχου της πιστωτικής κάρτας.
- 8) Ανεπαρκής η αιτιολογία του Εφετείου το οποίο έκρινε νόμιμο όρο που ορίζει ότι ο κάτοχος της κάρτας δεν έχει το δικαίωμα να προβάλλει κατά της τράπεζας ενστάσεις που τυχόν έχει έναντι των επιχειρήσεων.
- 9) Είναι καταχρηστικός ο ΓΟΣ σύμφωνα με τον οποίο η καθυστέρηση μιας και μόνο δόσης από τις πολλές που συμφωνήθηκαν συνεπάγεται το ληξιπρόθεσμο ολόκληρου του υπολειπόμενου ποσού δανείου.

Από την άλλη πλευρά έκρινε ως μη καταχρηστικούς τους όρους:

- 1) Δεν είναι καταχρηστικός ο ΓΟΣ που προβλέπει το ληξιπρόθεσμο με την καθυστέρηση τεσσάρων δόσεων.
- 2) Ο ΓΟΣ που προβλέπει την επιβολή εφ' άπαξ ποσοστού επιβάρυνσης επί του ποσού υπερανάληψης υπόκειται σε έλεγχο καταχρηστικότητας, δεν είναι καταχρηστικός όμως ο ΓΟΣ με προβλεπόμενη τέτοια επιβάρυνση 5%.
- 3) Δεν είναι καταχρηστικός ο ΓΟΣ που προβλέπει πρόσθετη επιβάρυνση 1,5% για συναλλαγές στο εξωτερικό.

Ακόμη δέχθηκε ότι η χρηματική ικανοποίηση που επιδικάζεται επί συλλογικής αγωγής επέχει χαρακτήρα αστικής κύρωσης (punitive damages). Και ότι ο σκοπός προστασίας του καταναλωτικού κοινού επιβάλλει επί συλλογικής αγωγής (αντίθετα απ' ό,τι ισχύει επί ατομικής αγωγής) το περιεχόμενο του ΓΟΣ να ερμηνεύεται σε βάρος του πελάτη προκειμένου ο σχετικός όρος να κριθεί άκυρος και έτσι η παρεχόμενη προστασία να είναι μεγαλύτερη.

Σε κάποια σημεία της απόφασης διαφαίνεται η τάση του δικαστηρίου να προκρίνει την λεγόμενη **«αρχή της διαφάνειας»** (transparenzgebot), η οποία έχει διαμορφωθεί από τη νομολογία του Ανωτάτου Ακυρωτικού στη Γερμανία (BGH), σύμφωνα με την οποία εκείνος που χρησιμοποιεί ΓΟΣ υποχρεούται, κατά την καλή πίστη και τα χρηστά ήθη να χρησιμοποιεί μόνο τέτοιους όρους, στους οποίους τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις του αντισυμβαλλομένου αναφέρονται κατά το δυνατόν ξεκάθαρα και με σαφήνεια. Κριτήριο για το κατά πόσο ένας όρος είναι επαρκώς σαφής αποτελεί η δυνατότητα κατανόησής του από τον μέσο πελάτη. Η αρχή αυτή διατυπώθηκε κατεξοχήν σε σχέση με τις παρεπόμενες ρήτρες που αφορούν τα πρόσθετα ποσά που συνυπολογίζονται για τη διαμόρφωση της συνολικής αντιπαροχής του πελάτη (τόκοι, προμήθειες, έξοδα).

Τέλος, κάποια σημεία της απόφασης δεν είναι επαρκώς αιτιολογημένα και η επιχειρηματολογία είναι μη πειστική:

A. Στην απόφαση κρίνεται ως καταχρηστικός όρος με τον οποίο επιβάλλεται ορισμένο χρηματικό ποσό κατά μήνα ως έξοδα κίνησης / τήρησης σε λογαριασμούς οι οποίοι παρουσιάζουν υπόλοιπο κατώτερο από ορισμένο χρηματικό ποσό που καθορίζει κατά την κρίση της η τράπεζα (εν προκειμένω το όριο ήταν 5 εκ. δρχ.).

Στο σκεπτικό χαρακτηρισμού του ως άνω όρου ως καταχρηστικού περιλαμβάνεται και η ακόλουθη φράση: «επιβάλλεται ως εκ του σκοπού (των πιστωτικών ιδρυμάτων) να είναι δυνατή η ελεύθερη πρόσβαση σε αυτά όλων των καταναλωτών που επιθυμούν να συναλλάγουν με συγκεκριμένη τράπεζα και να μην αποκλείεται κάθε φορά έστω και εμμέσως ορισμένη κατηγορία πελατών (στη συγκεκριμένη περίπτωση καταθετών που ο λογαριασμός τους παρουσιάζει υπόλοιπο κάτω των 5 εκ. δρχ.)...».

Στο ως άνω σημείο θίγεται το γενικότερο ζήτημα της καταχρηστικής άρνησης συνάψεως της συμβάσεως που δεν σχετίζεται ειδικά με την προβληματική της καταχρηστικότητας των ΓΟΣ αλλά με την κατάχρηση της συμβατικής ελευθερίας.

Στοιχείο τη συμβατικής ελευθερίας (ΑΚ 361) αποτελεί τόσο η ελευθερία διαπλάσεως του περιεχομένου της σύμβασης όσο και η ελευθερία συνάψεως

(θετική) ή άρνησης συνάψεως (αποθετική ελευθερία συνάψεως)³³⁸. Συνεπώς η άρνηση σύναψης της σύμβασης είναι καταρχήν επιτρεπτή. Η άρνηση σύναψης της σύμβασης δεν θα πρέπει να επιτρέπεται, μόνο όταν αυτή γίνεται καταχρηστικά.

Η άρνηση συνάψεως της σύμβασης μπορεί να είναι καταχρηστική σε περιπτώσεις, όπως αναφέρει ο Παπανικολάου «μονοπωλιακής ... προσφοράς αγαθών και υπηρεσιών στο καταναλωτικό κοινό, όπου θα πρέπει να διασφαλισθεί κυρίως η δυνατότητα συμμετοχής του ενδιαφερόμενου στην απόλαυση κάποιων βασικών, κυρίως, αγαθών ή υπηρεσιών».

Στην περίπτωση της CITIBANK δεν φαίνεται να συντρέχουν οι ανωτέρω λόγοι, καθώς η CITIBANK δεν παρέχει μονοπωλιακά τραπεζικές υπηρεσίες στο καταναλωτικό κοινό. Αν κάποιος στερηθεί τις υπηρεσίες αυτές από την συγκεκριμένη τράπεζα, έχει τη δυνατότητα να επιλέξει οποιαδήποτε άλλη από τις τράπεζες που λειτουργούν στην Ελλάδα για τις συναλλαγές του. Συνεπώς η άρνηση σύναψης σύμβασης από πλευράς της CITIBANK με πελάτες που θέλουν να διατηρούν λογαριασμούς με υπόλοιπα κάτω των 5 εκατ. δρχ. δεν μπορεί να θεωρηθεί καταχρηστική.

Ενδιαφέρον παρουσιάζει το ζήτημα, κατά πόσον θα πρέπει να θεωρηθεί καταχρηστική η (κατά τα άλλα επιτρεπτή) άρνηση συνάψεως της σύμβασης, όταν αυτή περιέχεται σε ΓΟΣ. Θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι εν προκειμένω το πρόβλημα δεν είναι καθεαυτή η άρνηση παροχής υπηρεσιών σε καταθέτες που ο λογαριασμός τους παρουσιάζει υπόλοιπο κάτω των 5 εκατ. δρχ., αλλά το γεγονός ότι η άρνηση αυτή δεν διατυπώνεται εξ αρχής σε όποιον προσέρχεται στην τράπεζα για να καταθέσει τα χρήματά του, παρά επιχειρείται στη συνέχεια (και ενώ η κατάθεσή του έχει καταρχήν γίνει δεκτή), μέσω των ΓΟΣ, να εξαναγκασθεί αυτός εμμέσως να αυξήσει το ποσό της κατάθεσης, προκειμένου να αποφύγει τα επιβαλλόμενα με τους ΓΟΣ έξοδα. Ωστόσο, στην σχολιαζόμενη απόφαση δεν διευκρινίζεται το σημείο αυτό επαρκώς.

Β. Σε σχέση με τη ρήτρα η οποία μετακυλίζει τον κίνδυνο παράνομης χρήσης πιστωτικής κάρτας από τρίτο μη εξουσιοδοτημένο πρόσωπο (π.χ. επί απώλειας, κλοπής) στον κάτοχο της κάρτας, εφόσον αυτός δεν ειδοποίησε

³³⁸ Βλ. Παπανικολάου, Περὶ των ορίων της προστατευτικής παρεμβάσεως του δικαστή στη

αμέσως την τράπεζα για την κλοπή ή απώλεια, και πάντως βαρύνεται με υπαιτιότητα για την μη άμεση ειδοποίηση, και η οποία κρίθηκε νόμιμη από το δικαστήριο, κρίνουμε χρήσιμο να αναφέρουμε τα εξής: Σύμφωνα με την ΥΑΕθνΟικΑνΔικ Ζ1-178 (ΦΕΚ Β' 255/9.3.2001) (σκοπός της οποίας είναι η εναρμόνιση προς τις διατάξεις της Σύστασης 97/489/ΕΚ της Επιτροπής της 30ής Ιουλίου 1997 «Σχετικά με τις συναλλαγές που γίνονται με μέσα ηλεκτρονικής πληρωμής και ιδίως όσον αφορά τις σχέσεις μεταξύ του εκδότη και του κατόχου» και η προσαρμογή της Κοινής Υπουργικής Απόφασης Φ1-983/1991 για την καταναλωτική πίστη (ΦΕΚ Β' 172), όπως ισχύει, προς τις διατάξεις της Οδηγίας 98/7/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 16^{ης} Φεβρουαρίου 1998 «Σχετικά με την τροποποίηση της Οδηγίας 87/102/ΕΟΚ για την προσέγγιση των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών που διέπουν την καταναλωτική πίστη»), ο κάτοχος πιστωτικής κάρτας πρέπει:

α) να χρησιμοποιεί την κάρτα σύμφωνα με τους όρους που διέπουν την έκδοση και χρήση της και να λαμβάνει όλα τα προσήκοντα μέτρα για την ασφαλή φύλαξη της κάρτας και των μέσων (προσωπικού αριθμού αναγνώρισης ταυτότητας ή άλλου κωδικού αριθμού) που επιτρέπουν τη χρησιμοποίησή της.

β) να ειδοποιεί χωρίς καθυστέρηση τον εκδότη (ή τον φορέα που αυτός έχει ορίσει) μόλις αντιληφθεί:

- την απώλεια ή κλοπή της κάρτας ή των μέσων που επιτρέπουν τη χρησιμοποίησή της,
- τον καταλογισμό στον λογαριασμό του οποιασδήποτε συναλλαγής που έγινε παρά τη βούλησή του,
- τυχόν σφάλμα ή άλλη ανωμαλία στην τήρηση του λογαριασμού του από τον εκδότη,

γ) να μην καταγράφει τον προσωπικό του αριθμό αναγνώρισης ταυτότητας ή άλλο κωδικό αριθμό υπό ευχερώς αναγνωρίσιμη μορφή, ιδιαίτερα επί της κάρτας ή άλλου αντικειμένου που φυλάσσει ή μεταφέρει μαζί με την κάρτα.

Μέχρι τη γνωστοποίηση στον εκδότη, ο κάτοχος ευθύνεται για τις ζημιές που έχει υποστεί συνέπεια της απώλειας ή κλοπής της κάρτας μέχρι ενός ορίου που δεν μπορεί να υπερβαίνει τα 150 ευρώ, εκτός εάν από βαριά αμέλεια δεν έχει τηρήσει τις ως άνω διατάξεις της απόφασης ή έχει ενεργήσει με δόλο, οπότε δεν εφαρμόζεται το ανωτέρω όριο. Από το χρόνο της γνωστοποίησης στον εκδότη (ή στο φορέα που έχει ορίσει ο τελευταίος) κατά τα προβλεπόμενα στην απόφαση, ο κάτοχος δεν φέρει πλέον ευθύνη για τις ζημιές από την απώλεια ή την κλοπή της κάρτας εκτός να έχει ενεργήσει με δόλο. Κατά παρέκκλιση από τις διατάξεις αυτές, ο κάτοχος δεν ευθύνεται για τις συναλλαγές για τις οποίες η αναγνώριση ταυτότητας περιορίζεται στη χρησιμοποίηση εμπιστευτικού κωδικού αριθμού ή άλλης παρόμοιας απόδειξης ταυτότητας, χωρίς να απαιτείται επίδειξη ή ηλεκτρονική αναγνώριση της κάρτας.

4) Αποφ. ΠολΠρΑθ 1119/2002: Η σχολιαζόμενη απόφαση έκρινε σειρά ΓΟΣ σε συμβάσεις στεγαστικών δανείων. Συγκεκριμένα, εξετάσθηκαν δεκαπέντε ΓΟΣ με εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 2 του ν. 2251/1994, αλλά και με εφαρμογή διατάξεων που ρυθμίζουν τη λειτουργία των πιστωτικών ιδρυμάτων. Η απόφαση αυτή έκρινε τα εξής:

1. Ο ΓΟΣ που επιβάλλει έξοδα χρηματοδότησης και προμήθεια φακέλου είναι καταχρηστικός, ως αντικείμενος στην ΠΔ/ΤΕ 1969/1991 και διότι προσκρούει στην αρχή της διαφάνειας και στο άρθρο 2 παρ. 6 του ν. 2251/94, αφού διαταράσσει την ισορροπία των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλόμενων μερών σε βάρος του καταναλωτή.
2. Ο ΓΟΣ με τον οποίο συμφωνείται μετακύλιση της εισφοράς του ν. 128/1975 στον καταναλωτή είναι καταχρηστικός όχι βάσει του αρθ. 2 ν. 2251/94 αλλά βάσει των κανόνων που ρυθμίζουν την πιστωτική λειτουργία (ν. 128/1975).
3. Ο ΓΟΣ που προβλέπει τη μονομερή μεταβολή του επιτοκίου χωρίς ειδικό και σπουδαίο λόγο και το δικαίωμα καταγγελίας σε περίπτωση που ο οφειλέτης δεν συμφωνήσει είναι καταχρηστικός. Ο υπό κρίση ΓΟΣ παρουσιάζει αοριστία και αδιαφάνεια (αόριστη αντιπαροχή του καταναλωτή, αντίκειται στο αρθ. 371 ΑΚ, στην οδηγία 93/13/ΕΟΚ, στον κώδικα Δεοντολογίας τραπεζών παραγρ. 35 εδ. ιβ') και προσκρούει στο αρθ. 2 παρ. 6, 7 εδάφ. ε' του ν. 2251/94.

4. Ο ΓΟΣ που προβλέπει τον καταλογισμό των καταβολών σε τόκους προμηθειών και τόκους τόκων προμηθειών προσκρούει στην ΠΔ/ΤΕ 1969/1991.
5. Ο ΓΟΣ που προβλέπει το δικαίωμα της τράπεζας να καταγγέλλει τη σύμβαση σε περίπτωση καθυστέρησης πληρωμής οποιασδήποτε δόσης και ότι το σύνολο του ανεξόφλητου ποσού καθίσταται ληξιπρόθεσμο είναι καταχρηστικός ως «ρήτρα αντιδίκαιης έκπτωσης» (clause de decheance) και αντίκειται στο άρθ. 2 παρ. 6, 7 του ν. 2251/94 καθώς δημιουργεί σημαντική ανισορροπία ή δυσαρμονία (desequilibre significatif) και συνεπάγεται υπέρμετρη οικονομική επιβάρυνση για τον καταναλωτή (αρθ. 2 παρ. 7 εδ. λ').
6. Ο ΓΟΣ που προβλέπει την υποχρέωση εκχώρησης και μεταβίβασης στην τράπεζα των μισθωμάτων του ακίνητου είναι καταχρηστικός αφού αποτελεί υπέρμετρη εγγύηση, ελεγκτέα βάσει ΑΚ 288 (υπερασφάλιση της τράπεζας).
7. Ο ΓΟΣ που προβλέπει το δικαίωμα της τράπεζας να καταγγέλλει τη σύμβαση σε περίπτωση παράβασης οποιουδήποτε όρου της σύμβασης, οι οποίοι συμφωνούνται όλοι ουσιώδεις δεν είναι καταχρηστικός. Η εν λόγω αιτιολογία είναι εσφαλμένη και ελλιπής αφού όλοι συμβατικοί όροι προβλέπονται ως ουσιώδεις (ανεξαιρέτως) και αντίκεινται στο άρθ. 2 παρ. 7 εδ. ε' ν. 2251/94.
8. Ο ΓΟΣ που προβλέπει το ζήτημα της κατανομής του βάρους απόδειξης των εγγράφων που προκύπτουν από αποσπάσματα των βιβλίων της τράπεζας είναι καταχρηστικός αφού δεν συνιστά υπέρμετρη δέσμευση του καταναλωτή όχι μόνο ο αποκλεισμός του δικαιώματος αμφισβήτησης του αποδεικτικού αυτού (ειδική συμφωνία) μέσου, αλλά και η μετακύλιση του βάρους απόδειξης. Η ειδική αυτή συμφωνία πλήττεται έτσι στον πυρήνα της.
9. Ο ΓΟΣ με τον οποίο έχει συμφωνηθεί ο εγγυητής να παραιτηθεί από την ένσταση της δίζησης δεν είναι καταχρηστικός, ενώ η άγνοια του εγγυητή δεν μπορεί να θεωρηθεί ανυπαίτια. Δεν αντίκειται στην υποχρέωση διαφάνειας και σαφήνειας.
10. Αντίθετα, οι ΓΟΣ με τους οποίους έχει συμφωνηθεί να παραιτηθεί ο εγγυητής από τις ενστάσεις των άρθρων 862 – 868 ΑΚ είναι

καταχρηστικοί. Με αυτούς τους ΓΟΣ παρατηρείται επιβολή στον καταναλωτή της συμβατικής τάξης της τράπεζας. Η τράπεζα είναι ήδη πλήρως εξασφαλισμένη με τις λοιπές ασφάλειες και δε χρειάζεται τις πρόσθετες αυτές ασφάλειες που βρίσκονται εκτός των ορίων της θεμιτής παροχής ασφαλειών προς το πιστωτικό ίδρυμα (αρθ. 2 παρ. 7 εδ. κοτ' ν. 2251/94).

11. Ο ΓΟΣ που προβλέπει την έκταση ευθύνης του εγγυητή δεν είναι καταχρηστικός αφού συνάδει με τα άρθρα 851 και 857 παρ. 1 ΑΚ.

12. Ο ΓΟΣ που προβλέπει την επιβολή αποζημίωσης στην τράπεζα λόγω πρόωρης αποπληρωμής του δανείου είναι καταχρηστικός διότι δεν προσδιορίζεται σε τι υφίσταται η ζημία της τράπεζας που μπορεί ευχερώς να επαναχορηγήσει το επιστραφέν πρόωρα ποσό στην αγορά είτε στην καταναλωτική είτε στην στεγαστική πίστη (αντίκειται στο αρθ. 2 παρ. 6, 7 εδ. ια' ν. 2251/94 και όχι στο εδάφιο κοτ' που ισχυριζόταν η ενάγουσα ένωση καταναλωτών).

Αίσθηση δημιουργεί η συνεχιζόμενη και από την σχολιαζόμενη απόφαση διασύνδεσης της Αρχής της Διαφάνειας των ΓΟΣ με την ομαλή λειτουργία του ανταγωνισμού μεταξύ των πιστωτικών ιδρυμάτων. Στη μείζονα σκέψη της απόφασης αυτής συναντάται η επίκληση της ομαλής λειτουργίας του ανταγωνισμού ως εξής:

«Με τον τρόπο αυτό δημιουργείται αδιαφάνεια, μη συγκρισιμότητα με αντίστοιχες παροχές άλλων Τραπεζών και μη ομαλή λειτουργία του ανταγωνισμού, σε βάρος φυσικά των καταναλωτών (...)».

Η αναφορά της υπό σχολιασμό απόφασης στην ομαλή λειτουργία του ανταγωνισμού συνεχίζει τη συζήτηση για τη διασύνδεση του ρυθμιστικού πλαισίου της προστασίας του καταναλωτή (εδώ καταχρηστικοί ΓΟΣ) με το πλαίσιο της προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού και τον περιορισμό του αθέμιτου ανταγωνισμού σε δύο ιδίως επίπεδα. Αφενός, στο επίπεδο του ελεύθερου ανταγωνισμού. Η ύπαρξη αδιαφανούς ΓΟΣ, γενικώς εφαρμοζόμενου από όλους ή εν πάσει περιπτώσει τους κύριους ανταγωνιστές της σχετικής αγοράς (εδώ πιστωτικά ιδρύματα), δεν αποτελεί νομιμοποιητικό λόγο αυτών. Τέτοιες περιπτώσεις ομοιόμορφης από τους ανταγωνιστές χρήσης καταχρηστικών ΓΟΣ θέτουν τον καταναλωτή σε «έλλειμμα εναλλακτικών λύσεων». Η καταχρηστικότητα αυτών δεν αίρεται εξαιτίας της

καθολικής εφαρμογής. Η αντίθετη άποψη υπονοεί ότι ο ανταγωνιστής, που δεν κάνει χρήση του αδιαφανούς και ως τέτοιου καταχρηστικού ΓΟΣ βρίσκεται σε ανταγωνιστικό έλλειμμα. Η άποψη που θεωρεί την καθολική χρήση καταχρηστικών ΓΟΣ ως στρέβλωση του ανταγωνισμού εμφανίζεται εύλογη³³⁹, ενώ δεν αποκλείεται το ενδεχόμενο να ενεργοποιούνται οι διατάξεις του άρθρου 1 του Ν 703/1977.

Από την άλλη, η διασύνδεση της αρχής της διαφάνειας, που αποτελεί κριτήριο της κάθετης ρύθμισης της οικονομίας της αγοράς (προστασία των καταναλωτών), δύναται να χρησιμεύσει ως βάση επίκλησης από τον ανταγωνιστή, που δεν κάνει χρήση του αδιαφανούς ΓΟΣ, της γενικής ρήτρας του άρθρου 1 του Ν. 146/1914. Η ενεργοποίηση της γενικής ρήτρας υλοποιείται μέσω του επιχειρήματος ότι ο ανταγωνιστής, που κάνει χρήση του ΓΟΣ προσβάλλει εξωανταγωνιστική διάταξη (διάταξη του Ν. 2251/1994) «ηθικώς ουδέτερη», που του προσδίδει αδικαιολόγητο ανταγωνιστικό προβάδισμα ή «ηθικώς φορτισμένη» και ως εκ τούτου αντίκειται στα χρηστά ήθη. Η άποψη αυτή, ωστόσο έχει περισσότερο θεωρητική παρά πρακτική εφαρμογή, αφού είναι αναμενόμενο ότι ο ανταγωνιστής, που δεν κάνει χρήση καταχρηστικών ΓΟΣ στις συμβάσεις, που προδιατυπώνει για τους καταναλωτές, για να αντιμετωπίσει το ανταγωνιστικό του έλλειμμα, προτιμά να προσχωρήσει στην πρακτική των λοιπών ανταγωνιστών, παρά να στραφεί κατ' αυτών με αξίωση θεμελιούμενη στη γενική ρήτρα της διάταξης του άρθρου 1 Ν. 146/1914.

Στα ζητήματα των κανόνων του ανταγωνισμού στον τραπεζικό τομέα υπάρχει εξάλλου ένα ενδιαφέρον άρθρο του Γ. Καρύδη, σύμφωνα με το οποίο οι τραπεζικές δραστηριότητες υπάγονται στους κοινοτικούς κανόνες περί ανταγωνισμού (άρθρα 81 και 89 της ΣυνθΕΚ) και συγκεκριμένα: Στην υπόθεση *Zuchner V. Bayerische Vereins bank*³⁴⁰ το ΔΕΚ δέχθηκε ότι το άρθρο 81 της ΣυνθΕΚ πρέπει να εφαρμόζεται στην περίπτωση του διατραπεζικού καθορισμού των επιτοκίων, έστω και αν οι σχετικές

³³⁹ Βλ. όμως ΔΕΚ απόφαση της 21.1.1999 C-215, 216/1996 ΕΕμπΔ 1999, σελ. 622, στην οποία κρίθηκε ότι η χρήση ενοποιημένων τραπεζικών όρων (ΕΤΟ) από τα πιστωτικά ιδρύματα δεν έχει ως αποτέλεσμα ή αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού σε σχέση μάλιστα με το δικαίωμα αναπροσαρμογής των επιτοκίων στα πλαίσια συμβάσεων σχετικά με το άνοιγμα πίστωσης αλληλόχρεου λογαριασμού.

³⁴⁰ Απόφαση ΔΕΚ, 14-7-1981, υποθ. 172/80, Συλλ. 1981, 2021, σχετική και η απόφαση επί Επιτροπής 25-3-1992, *Eurocheque*, ΕΕ 1 95/9-4-1992).

διατραπεζικές συμφωνίες επιτρέπονται, εγκρίνονται ή ενισχύονται από την εθνική νομοθεσία. Οι μόνες περιπτώσεις που θα μπορούσαν να εκφεύγουν της εφαρμογής του άρθρου 81 είναι η περίπτωση του μονομερούς και ατομικού καθορισμού από την κάθε τράπεζα των επιτοκίων που εφαρμόζει καθώς και η περίπτωση που τα επιτόκια καθορίζονται άμεσα με πράξη της Δημόσιας Αρχής. Η ίδια θέση επιβεβαιώθηκε και στην νεώτερη απόφαση Van Eyscke³⁴¹ με την εξής διάκριση: τα κρατικά μέτρα καθορισμού των επιτοκίων εκφεύγουν της εφαρμογής του άρθρου 81 μόνο όταν διαπιστωθεί ότι επιβάλλουν υποχρεωτικά μια συγκεκριμένη συμπεριφορά στις τραπεζικές επιχειρήσεις. Όταν όμως καταλείπεται πεδίο αυτόνομης δράσης στις τράπεζες, τα δε κρατικά μέτρα στην πραγματικότητα νομιμοποιούν, ενισχύουν ή ευνοούν τις τραπεζικές περιοριστικές πρακτικές, τότε η δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 81 δεν θα πρέπει να αμφισβητείται.

Τέλος, οι κανόνες του κοινοτικού δικαίου περί ανταγωνισμού πρέπει να τύχουν εφαρμογής και στις διασυνοριακές μεταφορές πίστωσης για τη διασφάλιση της διαφάνειας, σταθερότητας και αποτελεσματικότητας των διασυνοριακών συστημάτων πληρωμών. Απαραίτητη προϋπόθεση είναι η διασφάλιση της δυνατότητας πρόσβασης σε τρίτα χρηματοπιστωτικά ιδρύματα ιδίως όταν το σύστημα διασυνοριακών μεταφορών πίστωσης παρέχει «βασική υπηρεσία» (essential facility), δηλ. όταν οι τράπεζες υποχρεούνται (κυρίως οι νέοι ανταγωνιστές που δε διαθέτουν εναλλακτική δυνατότητα συμμετοχής σε άλλο σύστημα) να προσχωρήσουν σ' αυτό για να έχουν πρόσβαση στη σχετική αγορά. Οι σχετικές συμφωνίες μεταξύ των τραπεζών δεν πρέπει να οδηγούν στην επιβολή απαιτήσεων αποκλειστικότητας που σημαίνει ότι οι πελάτες θα πρέπει να είναι ελεύθεροι να μεταφέρουν τους λογαριασμούς τους σ' άλλη τράπεζα ή να διενεργούν εργασίες με πολλές τράπεζες ταυτόχρονα. Κλείνοντας, ιδιαίτερο ενδιαφέρον είναι το θέμα της τιμολόγησης των εν λόγω υπηρεσιών, γιατί όταν οι συμφωνίες μεταξύ των τραπεζών, για καθορισμό ενιαίου ποσοστού προμήθειας ή άλλων ενιαίων όρων συναλλαγής, δεν περιορίζονται στις σχέσεις μεταξύ των τραπεζών, αλλά επεκτείνονται και στις σχέσεις των

³⁴¹ Αποφ ΔΕΚ 21-9-1988, υποθ. 267/86. Συλλ 1988, σελ. 4786.

τραπεζών με τους πελάτες τους, τότε η δυνατότητα απαλλαγής είναι εξαιρετικά περιορισμένη.

- 5) Αποφ. 2589/03 Ειρηνοδ. Αθηνών: Οι τράπεζες που χρεώνουν ποσά σε καταθέσεις πελατών τους ως έξοδα διαχείρισης ασκούν καταχρηστικό δικαίωμα, αφού ένας τέτοιος όρος επιφυλάσσει στον προμηθευτή (τράπεζα) το δικαίωμα μονομερούς τροποποίησης χωρίς ορισμένο ειδικό και σπουδαίο λόγο, αφήνοντας παράλληλα το τίμημα (έξοδα κίνησης) αόριστο και δεν επιτρέπει τον προσδιορισμό του με κριτήρια ειδικά καθορισμένα στη σύμβαση και εύλογα για τον καταναλωτή.
- 6) Αποφ. 5253/03 Εφετείου Αθηνών: Με αυτή, κρίθηκαν καταχρηστικοί οι εξής όροι και πρακτικές:
- i. Είσπραξη εξόδων χρηματοδότησης ύψους 1% επί του ποσού του δανείου από την τράπεζα.
 - ii. Η είσπραξη εξόδων φακέλου
 - iii. Η καταβολή της εισφοράς του νόμου 128/75 από το δανειολήπτη και όχι από την τράπεζα
 - iv. Η αξίωση της τράπεζας να καταβάλλει ο πελάτης ποσό 2,5 επί του ποσού που αφορά η πρόωρη προεξόφληση σε δάνεια με κυμαινόμενο επιτόκιο σε περίπτωση πρόωρης εξόφλησης
 - v. Η ρήτρα μονομερούς προσαρμογής των επιτοκίων από την τράπεζα, χωρίς αυτή να γίνεται σε συνάρτηση με κάποιο εύλογο κριτήριο
 - vi. Η δυνατότητα της οποτεδήποτε καταγγελίας της σύμβασης σε περίπτωση καθυστέρησης πληρωμής οποιασδήποτε δόσης
 - vii. Η επιφύλαξη της δυνατότητας είσπραξης από την τράπεζα προμήθειας κατά τη διάρκεια του δανείου
 - viii. όροι περί παραιτήσεως του εγγυητή από τις ενστάσεις των αρθ. 862 – 868 ΑΚ

Η απόφαση παράγει τα αποτελέσματά της έναντι πάντων και προβλέπει χρηματική ποινή ύψους 3.000 ευρώ για κάθε παράβασή της.

- 7) Αποφ. Μον Πρ. Πειρ. 3020/2002 (Καταχρηστική άσκηση αναγκαστικής εκτέλεσης): Δεν αποκλείεται η καταχρηστική άσκηση δικαιώματος στα πλαίσια της αναγκαστικής εκτέλεσης, όταν το δικαίωμα για την ικανοποίηση του οποίου επισπεύδεται η αναγκ. εκτέλεση έχει ήδη αποδυναμωθεί ή η άσκησή του γίνεται κατά τρόπο αντίθετο προς την καλή πίστη ή τα χρηστά ήθη και με προφανή υπέρβαση των ορίων που επιβάλλονται από τις εν λόγω αρχές. Όταν η καταχρηστικότητα οφείλεται σε επιχείρηση πράξης εκτέλεσης κατά τρόπο αντίθετο προς το σκοπό της ή τα χρηστά ήθη ή την καλή πίστη, τότε υπάρχει παράβαση του αρθ. 159 ΚΠολΔ (δικονομική ακυρότητα της πράξης). Αν όμως αφορά σε καταχρηστική άσκηση της ονομαστικής αξίωσης, τότε συντρέχει λόγος προσβολής με την ανακοπή του αρθ. 933 ΚΠολΔ. Αν η άσκηση του ουσιαστικού δικαιώματος της διαδικασίας αναγκαστικής εκτέλεσης αποτελεί κατάχρηση δικαιώματος (ΑΚ 281), πρέπει να λαμβάνεται υπόψη, εφόσον προβάλλεται με την ανακοπή για στήριξη αντίστοιχης ένστασης και η προηγούμενη συμπεριφορά του επιτάσσοντος.
- 8) Αποφ. 328/2003 του Μον ΠρΗρ: Στη “συνολική” κατά το αρθ. 30 ν. 2789/2000 οφειλή περιλαμβάνονται και δεν προαφαιρούνται από την εκ τόκων οφειλή το κεφάλαιο, κάθε είδους τόκοι, φόροι, εισφορές, προμήθειες κτλ. Η κάθε τράπεζα, αρνούμενη χωρίς τιμολόγιο να προβεί ακόμη και στη διαπίστωση της συνδρομής των προϋποθέσεων που αφορούν τη ρύθμιση της αποπληρωμής με δόσεις της νομίμως προσδιορισμένης οφειλής της αιτούσας, επισπεύδει με την προσβαλλόμενη επιταγή αναγκαστική εκτέλεση για είσπραξη της ως άνω οφειλής, ενεργεί καθ’ υπέρβαση των ορίων της καλής πίστης, των συναλλακτικών ηθών και του κοινωνικού ή οικονομικού σκοπού του δικαιώματος της αναγκαστικής εκτέλεσης.

ΕΠΙΛΟΓΟΣ - ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Η έννοια της καταχρηστικότητας είναι έννοια διφορούμενη, δύσκολα διαγνώσιμη και αποδείξιμη, αφού δεν πρόκειται για περίπτωση προφανούς παρανομίας. Μία συμπεριφορά είναι καταχρηστική όταν κινείται μεν στα νόμιμα τυπικά όρια, βρίσκεται ωστόσο, λόγω της άσκησής της με βάση τις χρονικές ή ουσιαστικές συνθήκες, στα άκρα όρια της νομιμότητας ώστε ν' αγγίζει την παρανομία και το δίκαιο να μην μπορεί ν' ανεχθεί μία τέτοια συμπεριφορά.

Ωστόσο, τα ελληνικά δικαστήρια υπήρξαν μέχρι πρότινος διστακτικά στην κατάφαση καταχρηστικότητας στις τραπεζικές συναλλαγές, στις επιμέρους τραπεζικές πρακτικές και όρους, θεωρώντας ότι οι εν λόγω όροι και πρακτικές αποτελούν μόρφωμα της θεμελιώδους συμβατικής ελευθερίας, οπότε και τα δικαστήρια δεν μπορούν να αντικαταστήσουν το συμβατικό δίκαιο, γιατί τότε παύει να υπάρχει στην ουσία συμβατική ελευθερία και μένει κενό γράμμα. Ωστόσο, η διστακτικότητα αυτή ήρθη σε πρόσφατες αποφάσεις σηματοδοτώντας ένα καίριο πλήγμα στις αθέμιτες τραπεζικές πρακτικές και στον αθέμιτο, άκρατο ανταγωνισμό των τραπεζών που οδηγούσε σε εναρμονισμένες πρακτικές και εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης τους έναντι του απλού καταναλωτή (ν. 146/15 και ν. 703/77).

Η μεταστροφή αυτή είναι ένα απλό βήμα στην προσπάθεια για την εξυγίανση του τραπεζικού συστήματος και κατά συνέπεια και ολόκληρης της εθνικής οικονομίας από φαινόμενα υπερχρέωσης των καταναλωτών, καταδυνάστευσής τους, αποστέρησής τους από την οικονομική ελευθερία και υπερεξασφάλισης των τραπεζών. Μένουν ακόμα πολλά να γίνουν.

Η αναγωγή σε υπερνομοθετικές και διαχρονικές αρχές και εγγυήσεις πέραν και πάνω από ευκαιριακές συγκυρίες αποτελούν έκφραση του συναλλακτικού δικαίου στο πλαίσιο της συνταγματικής και κοινωνικής έννομης τάξης. Οι αρχές αυτές που εκφράζονται πλέον σε διατάξεις νομοθετημάτων σε όλα τα επίπεδα καθιστούν εφικτό τον ουσιαστικό και αποτελεσματικό δικαστικό έλεγχο των τραπεζικών συμβάσεων, ωστόσο για να μετουσιωθούν αυτές σε πραγματικά χρήσιμο εργαλείο πάταξης των τραπεζικών πρακτικών αμφισβητήσιμης νομιμότητας πρέπει ο ερμηνευτής του δικαίου να ξεφύγει από τα στενά τυπολατρικά όρια να μην περιχαρακωθεί σε γραμματικά και

σημασιολογικά στεγανά ή σε παλαιότερες πρακτικές ανοχής που έγιναν καθεστωτικές καταστάσεις λόγω αυτής της ανοχής. Στη νέα πραγματικότητα διαχρονικές αξίες και δικαιώματα αμφισβητούνται, ήδη εκμαυλίζονται. Η οικονομική επιστήμη έχει το προβάδισμα, ενώ το δίκαιο αλώνεται από εισαγόμενους οικονομικούς θεσμούς και θεωρίες, επικίνδυνες συχνά για το κράτος δικαίου.

Απερίσκεπτες οικονομικές αντιλήψεις και πρακτικές βασισμένες σε αξιωματικά αδήριτες κατ' αυτές οικονομικές αναγκαιότητες αδιαφορούν πεισματικά για το δίκαιο και την ηθική, τους στυλοβάτες της κοινωνικής συνοχής, ειρήνης και ευημερίας.

Στο πλαίσιο αυτό, οι τράπεζες πρωτοστατούν και συμπορεύονται στη διαμόρφωση του νέου κλίματος, διερχόμενες από ένα στάδιο αχαλίνωτης αυταρέσκειας, που τις εμποδίζει να διακρίνουν ευχερώς το θεμιτό από το αθέμιτο, το μακροπρόθεσμα από το βραχυπρόθεσμα συμφέρον, την κοινωνική εν γένει αποστολή τους.

Μιλάμε για το πόσο σημαντική είναι η έννοια της δεοντολογίας των τραπεζών, όμως αυτή μένει κενό γράμμα. Ο κώδικας τραπεζικής δεοντολογίας, συνταχθείς από την ένωση ελληνικών τραπεζών, αντί να εισάγει μία προχωρημένη και ουσιαστική αυτοδέσμευση των τραπεζών, αναλύσκεται σε αφηρημένες εξειδικεύσεις γενικών αρχών του δικαίου, ελλειμματικές καταγραφές κανόνων αναγκαστικού δικαίου και σε μία εντυπωσιακά παράλογη – ει μη τι άλλο για «δεοντολογία τραπεζών» - εισαγωγή κανόνων δεοντολογίας «πελατών». Αντίστοιχα και ο τραπεζικός μεσολαβητής, αντί να θεσπισθεί και να λειτουργήσει με κατοχυρωμένη θεσμική ανεξαρτησία, με σκοπό την ταχεία επίλυση διαφορών μεταξύ τραπεζών και πελατών στη βάση των ισχυόντων κανόνων δικαίου και της ηθικής, δημιουργήθηκε ως όργανο της ένωσης ελληνικών τραπεζών για προώθηση της φιλικής απλώς διευθέτησης διαφορών.

Όπως φαίνεται, το ελληνικό τραπεζικό σύστημα πάσχει πάνω απ' όλα από έλλειψη ουσιαστικής εποπτείας, αφού η αρμόδια προς τούτο Τράπεζα της Ελλάδος την ασκεί με υπερβολική διστακτικότητα και ελαστικότητα, αδικαιολόγητη μπροστά στην επιτακτική ανάγκη διαφύλαξης και προστασίας του γενικού συμφέροντος. Χρειάζεται αναδιοργάνωση και εγκαθίδρυση ενός συστήματος πραγματικής εποπτείας σε συνεργασία και με το Υπουργείο

Ανάπτυξης, την Επιτροπή Ανταγωνισμού, την Επιτροπή Κεφαλαιαγοράς και τους δικηγορικούς συλλόγους.

Κλείνω με τον αξιοσημείωτο λόγο του κ. Α. Μανιτάκη, που αποδίδει σε όλο του το μέγεθος το σημερινό πρόβλημα και καταδεικνύει την ανάγκη λήψης μέτρων και απόδοσης ευθυνών για την προστασία του πολίτη-καταναλωτή: «Σε συνθήκες άγριου και ανεξέλεγκτου παγκόσμιου καπιταλιστικού ανταγωνισμού – με τους νόμους της αγοράς να επικρατούν και το χωρίς πατρίδα χρηματοπιστωτικό κεφάλαιο να κινείται πλανητικά, χωρίς να υπόκειται σε νόμους ή σε διεθνείς και κρατικούς κανόνες, με τις πολυεθνικές εταιρίες να επιβάλλουν τη θέλησή τους και να επιδιώκουν το κέρδος πάση θυσία αδιαφορώντας για τις κοινωνικές συνέπειες των ενεργειών και αποφάσεών τους – ο παραμερισμός ή η περιφρόνηση των κρατικών οντοτήτων και η ουσιαστική κατάργηση της κρατικής κυριαρχίας των περισσότερων κρατών ισοδυναμεί με την πλήρη επικράτηση της βαρβαρότητας και ανισότητας σε εθνικό και παγκόσμιο επίπεδο. Ο πολίτης της παγκοσμιοποιημένης κοινωνίας μοιάζει γυμνός και αθωράκιστος, χαμένος στο πέλαγος ανεξέλεγκτων και ακυβέρνητων δυνάμεων, απροστάτευτος και αβοήθητος όσο ποτέ, ναυαγός με σωσίβιο, ένα κέλυφος χωρίς έρμα...».

ΜΕΡΟΣ ΤΕΤΑΡΤΟ

ΠΡΟΣΦΑΤΕΣ ΚΟΙΝΟΤΙΚΕΣ ΡΥΘΜΙΣΕΙΣ

Η ΤΕΤΑΡΤΗ ΚΟΙΝΟΤΙΚΗ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑ>ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΤΩΝ ΚΑΤΑΝΑΛΩΤΩΝ

Η ολοκλήρωση της εσωτερικής αγοράς και κυρίως η υλοποίηση της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων αρχικά ,αλλά και των υπηρεσιών στη συνέχεια,δεν θα μπορούσαν να μη συγκρουσθούν με την ανάγκη για προστασία των συμφερόντων των καταναλωτών,όπως άλλωστε αναγνώρισε και το ΔΕΚ,είτε στο πλαίσιο των εξαιρέσεων που ορίζει το άρθρο36 για λόγους προστασίας της υγείας και της ζωής των πολιτών ή πιο ξεκάθαρα ακόμη στο πλαίσιο της απόφασης Cassis de dijion,δεχόμενο ότι η προστασία των συμφερόντων των καταναλωτών θεωρείται μια επιτακτική ανάγκη γενικού συμφέροντος.Εύλογα έχει ειπωθεί επομένως ότι πρόκειται για μια τέταρτη κοινοτική ελευθερία,δηλαδή την ελευθερία επιλογής του καταναλωτή εκείνη που επιτρέπει την παροχή υπηρεσιών ,συμπεριλαμβανομένων και των χρηματοοικονομικών,χωρίς διακρίσεις που να βασίζονται στην ιθαγένεια ή στον τόπο κατοικίας μέσα στην κοινότητα ,η οποία ελευθερία παίρνει σιγά -σιγά θέση στον κατάλογο των αρχών που θέτει το ΔΕΚ.

Βέβαια ο χαρακτηρισμός "τέταρτη κοινοτική ελευθερία" αμφισβητείται έντονα από πολλούς λόγω της ελλιπούς και συχνά αποσπασματικής ρύθμισης των καταναλωτικών ζητημάτων από την κοινότητα και για τον επιπρόσθετο λόγο ότι το δικαίωμα από τον καταναλωτή να απολαμβάνει διασυνοριακών υπηρεσιών ,ιδίως χρηματοοικονομικών,χωρίς εμπόδια ή περιορισμούς οφειλόμενους στον τόπο εγκατάστασής του δε μπορεί να θεωρηθεί καταρχήν σαν μια ρητά αναγνωριζόμενη τέταρτη κοινοτική ελευθερία,η οποία μπορεί να λειτουργήσει σαν αντίποδας των άλλων τριών ελευθεριών,οι οποίες αφορούν άλλωστε κατά κύριο λόγο τις επιχειρήσεις.Τα πρακτικά εμπόδια που εμφανίζονται ακόμη στις καθημερινές τραπεζικές συναλλαγές καθιστούν απαραίτητη τη λήψη ακόμη πιο δραστικών κοινοτικών μέτρων,τουλάχιστον όσον αφορά τον ιδιωτικό τομέα.Αυτή όμως είναι μια πρωτοβουλία που δύσκολα μπορεί να ληφθεί από την κοινότητα και αντίστοιχα δύσκολα να γίνει αποδεκτή από τα κράτη-μέλη.

Η εγκαθίδρυση μιας ενιαίας αγοράς τραπεζικών υπηρεσιών δεν μπορεί να πραγματοποιηθεί μόνο με τις διατάξεις που επιτρέπουν στους επαγγελματίες να αναπτύσσονται όσο το δυνατόν πιο ελεύθερα μέσα στην κοινότητα.Δεν θα πραγματοποιηθεί ολοκληρωτικά παρά μόνον αν σε όλα τα στάδια διασφαλίζεται η προαγωγή των συμφερόντων των καταναλωτών.Γι'αυτό και είναι αναγκαία η αναγνώριση αυτής της "τέταρτης κοινοτικής ελευθερίας",η οποία θα δίνει σε κάθε καταναλωτή το δικαίωμα να αξιώνει την πρόσβασή του στον τραπεζικό τομέα και επιπλέον την παροχή τραπεζικών υπηρεσιών σε ένα όσο το δυνατόν υψηλότερο επίπεδο,χωρίς να βλάπτονται τα συμφέροντά του.Στο πλαίσιο αυτό εντάσσεται και η Πράσινη Βίβλος της κοινότητας ,που αποτελεί καταγραφή του συνόλου των προβλημάτων πρόσβασης των καταναλωτών στη δικαιοσύνη για τους καταναλωτές στα κράτη-μέλη,αλλά αποτελεί επίσης και καταγραφή των λύσεων αλλά και των αρχών επίλυσης που υιοθετήθηκαν για τα προβλήματα αυτά στα κράτη -μέλη.Με αφορμή όμως αυτή την Πράσινη Βίβλο λαμβάνουμε γνώση για το σύνολο σχεδόν των προβλημάτων και των δυσκολιών που αντιμετωπίζουν οι καταναλωτές,όχι μόνο όταν επιχειρούν να προσφύγουν στη δικαιοσύνη.αλλά και στα προγενέστερα στάδια,μιας που ο δρόμος της δικαιοσύνης είναι πλέον το τέλος μιας μακράς διαδικασίας.

ΟΔΗΓΙΑ ΓΙΑ ΤΙΣ ΚΑΤΑΧΡΗΣΤΙΚΕΣ ΠΡΑΚΤΙΚΕΣ ΣΤΗΝ ΑΓΟΡΑ(MARKET ABUSE)

Στις 3 δεκεμβρίου του 2002 υιοθετήθηκε από την ευρωπαϊκή κεντρική τράπεζα οδηγία για τις καταχρηστικές πρακτικές στα πλαίσια των προσπαθειών δημιουργίας μιας ενιαίας κοινοτικής αγοράς χρηματοοικονομικών υπηρεσιών. Η οδηγία αυτή έρχεται να συμπληρώσει την ελλιπή προστασία που παρέχει η οδηγία 89/592/ΕΟΚ περί καταχρηστικής αξιοποίησης εμπιστευτικών πληροφοριών στο βαθμό που οι μέθοδοι χειραγώγησης της αγοράς δεν ρυθμίζονται σε κοινοτικό, αλλά σε εθνικό επίπεδο μέσω πληθώρας διαφορετικών, από ουσιαστική και δικαιοπολιτική άποψη, νομικών ρυθμίσεων.

Αυτή καλύπτει τόσο την καταχρηστική αξιοποίηση εμπιστευτικών πληροφοριών όσο και την χειραγώγηση της αγοράς.³⁴² Κυρίως αφορά στην εφαρμογή αποτελεσματικότερων πρακτικών στους τομείς της εισαγωγής των επιχειρήσεων στο χρηματιστήριο, διενέργειας διασυννοριακών χρηματοοικονομικών πράξεων και προστασίας των καταναλωτών και των επενδυτών κατά την παροχή επενδυτικών υπηρεσιών και αδιαβλήτου της αγοράς.

Οι διατάξεις της οδηγίας μπορούν να κατηγοριοποιηθούν σε πέντε ομάδες: διατάξεις για τις πράξεις κατόχων εμπιστευτικών πληροφοριών, διατάξεις για την δημοσιοποίηση πληροφοριών, διατάξεις αφορούσες την χειραγώγηση της αγοράς, κοινές διατάξεις για τις καταχρηστικές πρακτικές στην αγορά και διατάξεις σχετικά με τις εθνικές εποπτικές αρχές και την ενίσχυση της μεταξύ τους συνεργασίας σε υπερεθνικό επίπεδο.

Η οδηγία απαγορεύει σε φ.π και ν.π, κατοχους εμπιστευτικών πληροφοριών, να εκμεταλλεύονται αυτές για να αποκτήσουν ή να εκχωρήσουν για δικό τους λογαριασμό ή λογαριασμό τρίτων, άμεσα ή έμμεσα, χρηματοπιστωτικά μέσα που αφορούν οι πληροφορίες αυτές. Μάλιστα διευρύνει τον κύκλο των πρωτογενών κατόχων εμπιστευτικών πληροφοριών.

Επίσης η οδηγία απαγορεύει ρητά και απόλυτα σε κάθε φ.π η ν.π να χειραγωγεί την αγορά. Διακρίνει 4 πρακτικές χειραγώγησης: πράξεις που προορίζονται να δημιουργήσουν εσφαλμένη εντύπωση συναλλακτικής δραστηριότητας, πράξεις που μπορεί να προκαλέσουν στενότητα στην αγορά, μέθοδοι χειραγώγησης της αγοράς με βάση το χρόνο διενέργειας των συναλλαγών και μέθοδοι χειραγώγησης βασισμένες σε πληροφορίες. Μάλιστα αφαιρείται το στοιχείο της πρόθεσης και υιοθετείται το βρετανικό μοντέλο κατά το οποίο κεντρικό στοιχείο της ευθύνης είναι το αποτέλεσμα των πράξεων-συναλλαγών και όχι η πρόθεση του υποτιθέμενου χειραγωγού. (effect-oriented approach). Περαιτέρω προβλέπει τον ορισμό μιας και μόνο εποπτικής αρχής σε εθνικό επίπεδο για την εφαρμογή των διατάξεών της και εισάγει διατάξεις για την τήρηση του επαγγελματικού απορρήτου από πρόσωπα που εργάζονται ή έχουν εργασθεί στην αρμόδια αρχή, προσδιορίζοντας τις εξουσίες ελέγχου και έρευνας των εποπτικών αρχών

ΕΘΕΛΟΝΤΙΚΟΣ ΚΩΔΙΚΑΣ ΣΥΜΠΕΡΙΦΟΡΑΣ ΚΑΤΑ ΤΗΝ ΠΡΟΣΥΜΒΑΤΙΚΗ ΕΝΗΜΕΡΩΣΗ ΓΙΑ ΣΤΕΓΑΣΤΙΚΑ ΔΑΝΕΙΑ

Η ΕΕΤ με γνώμονα την ενίσχυση της διαφάνειας της συγκρισιμότητας, της άρτιας ενημέρωσης και της προστασίας του συναλλακτικού κοινού στον τομέα της στεγαστικής πίστης προώθησε στα μέλη της την υιοθέτηση του πανευρωπαϊκού κώδικα συμπεριφοράς κατά την προσυμβατική ενημέρωση για στεγαστικά δάνεια. Ο κώδικας ήταν αποτέλεσμα συμφωνίας μεταξύ των ευρωπαϊκών ενώσεων πιστωτικού τομέα και καταναλωτών, επικυρώθηκε με τη σύσταση 2001/193/ΕΚ της

³⁴² Βλέπε σχετικά το Δελτίο ΕΕΤ, τεύχος 30

Ευρωπαϊκής Επιτροπής και περιέχει λεπτομερείς ρυθμίσεις για την ενημέρωση που πρέπει να παρέχεται στους καταναλωτές πριν από τη σύναψη σύμβασης στεγαστικού δανείου. Τα πιστωτικά ιδρύματα που έχουν προσχωρήσει στον κώδικα παρέχουν στον καταναλωτή: *γενικές πληροφορίες για τα στεγαστικά δάνεια που χορηγούν *εξατομικευμένες πληροφορίες που παρέχονται με τη μορφή ενός τυποποιημένου ευρωπαϊκού δελτίου πληροφοριών

Τα μέλη της ΕΕΤ που χορηγούν στεγαστικά δάνεια έχουν ήδη προσχωρήσει στον κώδικα και έχουν αρχίσει να τον εφαρμόζουν.

ΑΝΑΘΕΩΡΗΣΗ ΤΗΣ ΟΔΗΓΙΑΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΚΑΤΑΝΑΛΩΤΙΚΗ ΠΙΣΤΗ

Στις 11 Σεπτεμβρίου του 2002 υποβλήθηκε από την επιτροπή πρόταση οδηγίας του ευρωπαϊκού κοινοβουλίου και του συμβουλίου για την εναρμόνιση των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων που διέπουν τις πιστώσεις που χορηγούνται στους καταναλωτές. Η αναθεώρηση κρίνεται επιβεβλημένη λόγω της ανεπάρκειας της κοινοτικής οδηγίας 87/102/ΕΟΚ να ανταποκριθεί στη σημερινή πραγματικότητα της αγοράς της καταναλωτικής πίστης.

1. Διευρύνεται το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας ώστε να καλύπτονται εκτός από τις συμβάσεις πίστωσης και οι συμβάσεις εγγύησης που συνάπτονται από καταναλωτές, ενώ παραμένουν εκτός οι συμβάσεις που αφορούν στη χορήγηση πίστωσης για την απόκτηση ή μετατροπή ακινήτων.
2. Εισάγονται νέες έννοιες: μεσίτης πιστώσεων, συνολικό χρεωστικό επιτόκιο, υπολειμματική αξία κτλ
3. Εισάγονται περαιτέρω υποχρεώσεις πληροφόρησης πχ εξατομικευμένη πληροφόρηση του μεσίτη προς τον καταναλωτή πριν τη σύναψη της σύμβασης πίστωσης
4. Ορίζεται ότι τα προσωπικά δεδομένα δεν πρέπει να υποβάλλονται σε επεξεργασία για άλλο σκοπό πλην της εκτίμησης του κινδύνου μη εκτέλεσης της σύμβασης και της δυνατότητας του καταναλωτή και του εγγυητή για εξόφληση της πίστωσης.
5. Περιέχει ρήτρες που θεωρούνται καταχρηστικές αν περιληφθούν στη σύμβαση πίστωσης ή εγγύησης.
6. Νέες ρυθμίσεις για την όχληση και απαίτηση οφειλών, την τυχόν υπέρβαση του ποσού της πίστωσης και τις σιωπηρές υπερεναλήψεις
7. Τέλος, καθιερώνεται η αρχή της μέγιστης εναρμόνισης και ο επιτακτικός χαρακτήρας των διατάξεων της οδηγίας, η προώθηση της εξωδικαστικής επίλυσης των καταναλωτικών διαφορών και το βάρος απόδειξης.

ΠΡΑΣΙΝΗ ΒΙΒΛΟΣ

Αναμφίβολα,ο τομέας των τραπεζικών υπηρεσιών εντάσσεται στη γενικότερη ρύθμιση των άρθρων 59-61 της Συνθήκης,στο μέτρο βέβαια που αυτή συνάδει με την ιδιαιτερότητα που παρουσιάζει αυτός.Η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι τα άρθρα 59 και 60 αποσκοπούν στην άμεση κατάργηση των περιορισμών στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών.Κατά πάγια νομολογία του ΔΕΚ ,οι διατάξεις αυτές έχουν άμεσο αποτέλεσμα και παρέχουν στους ιδιώτες δικαιώματα που τα εθνικά δίκαια οφείλουν να προστατεύουν.

Στα πλαίσια των κοινοτικών πρωτοβουλιών για την προστασία των καταναλωτών εντάσσεται και η Πράσινη Βίβλος που εξέδωσε η Επιτροπή στις 16.11.1993 σχετικά με την πρόσβαση των καταναλωτών στη δικαιοσύνη και τη ρύθμιση των διαφορών κατανάλωσης στην ενιαία αγορά.Η πρόσβαση στην δικαιοσύνη είναι ευρεία έννοια.Επομένως η κοινοτική πολιτική προστασίας των καταναλωτών θα πρέπει να περιλαμβάνει τόσο την πρόσβαση των καταναλωτών στο ΔΕΚ όσο και στο πρωτοδικείο των ΕΚ ,καθώς και στα εθνικά δικαστήρια.

Η Πράσινη Βίβλος που εξέδωσε η Επιτροπή αποτελεί σημαντικό σταθμό.Τα συμπεράσματα στα οποία καταλήγει η Επιτροπή σ αυτήν μπορούν να συνοψισθούν στα εξής:

- 1.εξέταση του πλέον κατάλληλου νομικού μέσου για τη θέση σε εφαρμογή του άρθ.24 της σύμβασης των Βρυξελλών,όσον αφορά ιδίως τις αγωγές επί παραλείπει οι οποίες μπορούν ν ασκηθούν από τις δημόσιες αρχές και τις οργανώσεις καταναλωτών,καθώς επίσης από τους επαγγελματικούς οργανισμούς,κατά διασυνοριακών αθέμιτων πρακτικών.
- 2.Πρόβλεψη κατάλληλων χρηματοδοτικών μέσων ,κατά τρόπο ώστε οι προαναφερόμενες οργανώσεις να μπορούν να αντιμετωπίσουν το κόστος των διασυνοριακών διαδικασιών
- 3.Δημιουργία ενός παρατηρητηρίου των διασυνοριακών προσφυγών ,με σκοπό την καταγραφή των προβλημάτων που αντιμετωπίζονται στην πράξη.
- 4.Προώθηση κωδίκων συμπεριφοράς σε κοινοτικό επίπεδο,τα ελάχιστα κριτήρια των οποίων θα μπορούσαν να αποτελέσουν αντικείμενο σύστασης της Επιτροπής ,με σκοπό να βελτιωθεί η λειτουργία και η διαφάνεια των συστημάτων των Διαμεσολαβητών ,που είναι επιφορτισμένοι με την αντιμετώπιση των διαφορών κατανάλωσης
- 5.Εντατικοποίηση των επαφών μεταξύ των διάφορων οργανισμών διαιτησίας στον τομέα της κατανάλωσης.
- 6.Παγίωση των υφιστάμενων πρωτοβουλιών διασυνοριακής συνεργασίας,ώστε να εξασφαλιστεί η κάλυψη όλων των ΚΜ, σε συνδυασμό με την εφαρμογή άλλων πειραματικών σχεδίων,για να προωθηθεί ο διάλογος μεταξύ καταναλωτών-επαγγελματιών.

ΟΔΗΓΙΑ 91/308/ΕΟΚ

Η εξάπλωση της νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματική δραστηριότητα (ΞΕΠΛΥΜΑ ΒΡΩΜΙΚΟΥ ΧΡΗΜΑΤΟΣ) ευνοήθηκε προπαντός από τους λεγόμενους φορολογικούς παραδείσους(tax heavens) και τις υπεράκτιες εταιρίες(off-shore companies).Δε θα ήταν μάλιστα υπερβολή να πούμε ότι μαζί με την προελαύνουσα παγκοσμιοποίηση έρχεται και μια παράλληλη παγκοσμιοποίηση του εγκλήματος.Στην προσπάθεια για την πάταξη του φαινομένου αυτού η Κοινότητα υιοθέτησε την οδηγία 91/308/ΕΟΚ σχετικά με την πρόληψη της χρησιμοποίησης του χρηματοπιστωτικού συστήματος για τη νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες.

Η οδηγία επιβάλλει στα κράτη-μέλη και στο χρηματοπιστωτικό τους τομέα τον έλεγχο των στοιχείων ταυτότητας των συναλλασσόμενων επιχειρηματιών, αλλά και κάθε συναλλασσόμενου πελάτη για ποσό άνω των 15.000EURO για μία ή περισσότερες πράξεις που φαίνονται να σχετίζονται ,αναγνωρίζοντας μόνο επιμέρους εξαιρέσεις.

Επίσης επιβάλλει στις τράπεζες την επίδειξη ιδιαίτερης προσοχής σε σχέση με κάθε συναλλαγή,που μπορεί να συνδέεται με νομιμοποίηση παράνομων κεφαλαίων.Ακόμα, επιβάλλει την πλήρη συνεργασία σε όλα τα επίπεδα των χρηματοπιστωτικών ιδρυμάτων και κυρίως την ανταλλαγή χρησίων πληροφοριών,κατοχυρώνοντας το απόρρητο των πληροφοριών αυτών και την υποχρέωση εχεμύθειας..Τέλος, ιδρύεται Ειδική Επιτροπή επαφών αποτελούμενη από εκπροσώπους των ΚΜ και αντιπροσώπους της Επιτροπής ΕΕ για την εν γένει παρακολούθηση των παραμέτρων του προβλήματος αυτού.

Προς προσαρμογή στην κοινοτική οδηγία, το ελληνικό δίκαιο θέσπισε τον ν.2145/93,το394Α ΠΚ,το π.δ 401/96 και την ΠΔΤΕ 2181/1993,επίσης στον Κώδικα τραπεζικής δεοντολογίας,άρθρα12και 13.

Η οδηγία τροποποιήθηκε με την 2001/97/ΕΚ οδηγία για να εκσυγχρονιστεί το σύστημα προστασίας και αφετέρου για τη διεύρυνση του πεδίου εφαρμογής και στις ασφαλιστικές εταιρίες και επιχειρήσεις επενδύσεων,καθώς και για τη διεύρυνση της έννοιας της παράνομης δραστηριότητας.

Τέλος, η υποχρέωση αυτή επεκτείνεται και σε οικονομικούς ελεγκτές, φορολογικούς συμβούλους , κτηματομεσίτες, συμβολαιογράφους και νομικούς που αναμειγνύονται με οικονομική διαχείριση περιουσιακών στοιχείων των πελατών τους, καθώς και σε καζίνα.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

Αθανασούλης Π., Βουτσάς Αλ.: Πιστωτικές κάρτες και προστασία του καταναλωτή στην Ελλάδα, 1994.

Αλεξανδρίδου Ελίζα: Δίκαιο προστασίας του καταναλωτή, 1996.

Αλεξανδρίδου Ελίζα: Αθέμιτος ανταγωνισμός και προστασία του καταναλωτή, 4^η έκδοση, 1992.

Αλεξανδρίδου Ελίζα: Η πρόταση οδηγίας της ΕΕ για το ηλεκτρονικό εμπόριο και η προστασία του καταναλωτή, ΔΕΕ 2000, σελ. 113-125.

Αυγουστιανάκης Μιχαήλ: ΚοινΑστΔι, 1995.

Βελέντζας Γιάννης: Τραπεζικές πιστώσεις και προστασία του καταναλωτή – πελάτη τράπεζας, ΕΕμπΔ 1997, σελ. 400-408.

Γαζέτας Κων/νος: Γενικοί όροι συναλλαγών και καταναλωτής – Δικαστική προστασία, 3^η έκδοση, 1999.

Γεωργακόπουλος Λεωνίδας: Χρηματιστηριακό και τραπεζικό δίκαιο και οικονομία – Π.Ν. Σάκκουλας, 1999.

Γεωργιάδης Απόστολος: Νέες μορφές συμβάσεων της σύγχρονης οικονομίας, 4^η έκδοση, 2000.

Γεωργιάδης – Σταθόπουλος: Αστικός κώδιξ, ερμηνεία κατ' άρθρο, Αθήνα 1978-1998.

Γκούσκου Αγγέλικα: Ζητήματα νομικής προστασίας καταναλωτών – πελατών τραπεζών ΔΕΕ 1997, σελ. 660-669.

Δέλλιος Γεώργιος: Η προστασία του καταναλωτή και το σύστημα ιδιωτικού δικαίου, 2001.

Δωρής Φίλιππος: Η εξειδίκευση της καλής πίστης στο άρθρ. 2 Ν. 2251/1994 για την προστασία των καταναλωτών και η σημασία της στο κοινό Αστικό Δίκαιο, ΝοΒ 48 (2000), σελ. 737-766.

Δωρής Φίλιππος: Σημείωση στην ΠΠρΑθ 3356/1997, ΝοΒ 1998, σελ. 844-845.

Δωρής Φίλιππος: Περιορισμοί της συμβατικής ελευθερίας στις ρήτρες αποκλειστικής διεθνούς δικαιοδοσίας, 1988.

Καλαμπούκα-Γιαννοπούλου Πόπη: Η προστασία του καταναλωτή στην παροχή χρηματοπιστωτικών υπηρεσιών, ΔΕΕ 2000, σελ. 12-18.

Καράκωστας Ιωάννης: Σημείωση στην ΕφΑθ 6291/2000, ΔΕΕ 2000, σελ. 1130-1134.

Καράκωστας Ιωάννης: Γενικοί όροι των συναλλαγών και ερμηνεία τους υπό το φως των συνταγματικών και κοινοτικών διατάξεων, ΔΕΕ 1998, σελ. 443-447.

Κλαβανίδου Δέσποινα: Καταναλωτικά δάνεια, 1997.

Κλαμαρής Νικόλαος: Η καταχρηστική άσκησης δικαιώματος εν τω αστικώ δικονομικώ δικαίω, 1980, τομ. Α, Β.

Κοκκομέλης Κώστας: Retail Banking, 1995.

Κοτσίρης Λάμπρος: Πρόβλημα αστικής ευθύνης έναντι τρίτων κατά την άσκηση της πιστωτικής λειτουργίας, Αρμενόπουλος 1984, σελ. 601-614.

Λαδάς Παναγιώτης: Η προστασία του οφειλέτη στις τραπεζικές συναλλαγές εις: Δίκαιο των μαζικών συναλλαγών, ENDIBE, τεύχ. 19, 1993, σελ. 13-29.

Λιακόπουλος Θανάσης: Βιομηχανική Ιδιοκτησία, τόμ. II, 2000.

Μεντής Γιώργος: ΓΟΣ σε καταναλωτικές και εμπορικές συμβάσεις, 2000.

Μπαλής: Γεν. Αρχές του Αστικού Δικαίου, 1961.

Παμπούκης Κων/νος: Οι ΓΟΣ και η προστασία των καταναλωτών, Αρμ. 1985, σελ. 445-447.

Παπαϊωάννου Γεώργιος: Η αστική ευθύνη κατά την ανάληψη από τραπεζικό λογαριασμό από μη δικαιούχο, ΔΕΕ 2001, σελ. 828-835.

Παπανικολάου Παναγιώτης: Η ευθύνη της τράπεζας ως αναδόχου εκδόσεως κινητών αξιών, 1998.

Παπανικολάου Παναγιώτης: Η απαλλακτική ρήτρα για την ευθύνη της τράπεζας στην υπόθεση του «μεγάλου ΡΙΦΙΦΙ», 1995.

Παπανικολάου Παναγιώτης: Περί των ορίων της προστατευτικής παρεμβάσεως του δικαστή στη σύμβαση, 1991.

Παπανικολάου Παναγιώτης: Κατάχρηση της συμβατικής ελευθερίας, Αθήνα-Κομοτηνή 1986.

Παπανικολάου Παναγιώτης: Οι καταπλεονεκτικές δικαιοπραξίες, 1983.

Πατεράκης Στυλιανός: Η χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης, 1995.

Πυροβέτσης Μιχαήλ: Προστασία του καταναλωτή: Γενικοί όροι – γενικοί καταχρηστικοί όροι των συναλλαγών με τους καταναλωτές, Αρμεν. 1996, σελ. 299-309.

Σκουλαρίκη Καλλιόπη: Παρατηρήσεις στην ΠΠρΠερ 1091/1995, ΔΕΕ 1996, σελ. 513-515.

Σταθόπουλος Μιχάλης: Η αρχή της ισότητας στο δίκαιο των συμβάσεων, ΚριτΕ 1999/1, σελ. 13-53.

Τριανταφυλλάκης Γεώργιος: Σχόλιο στην ΠΠρΑθ 6521/1995, ΔΕΕ 1996, σελ. 952-957.

Χριστιανός Βασίλειος: Κοινοτικό δίκαιο προστασίας του καταναλωτή, 1997.

Ψυχομάνης Σπύρος: Τραπεζικό δίκαιο, Δίκαιο τραπεζικών συμβάσεων Ι, 5^η έκδοση, 2001.

Ψυχομάνης Σπύρος: Τα τραπεζικά επιτόκια, ΝοΒ 1995, σελ. 5-25.

Ψυχομάνης Σπύρος: Τραπεζικές δραστηριότητες αμφισβητήσιμης νομιμότητας, 2002.