



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
Εθνικόν και Καποδιστριακόν
Πανεπιστήμιον Αθηνών
— ΙΔΡΥΘΕΝ ΤΟ 1837 —

ΝΟΜΙΚΗ ΣΧΟΛΗ

Π.Μ.Σ.: ΑΣΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

ΕΙΔΙΚΕΥΣΗ: ΓΕΝΙΚΟ ΑΣΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΕΤΟΣ: 2022-2023

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

του

Χρήστου-Γεώργιου Παπαθανασίου

A.M.: 7340112201020

Οι έννομες συνέπειες της καταχρηστικότητας Γενικών Όρων Συναλλαγών»

« The consequences of the unfairness of terms in standard contracts»

Επιβλέποντες καθηγητές

κ. Γεώργιος Μεντής

κ. Κωνσταντίνος Χριστοδούλου

κ. Γεώργιος Λιανός

Αθήνα, 15-10-2023

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

1. Εισαγωγή.....	5
1.1 Η έννοια των Γ.Ο.Σ.- Έλεγχος περιεχομένου με βάση τη γενική ρήτρα του άρθρου 2 παρ. 6 του Ν.2251/1994.....	5
1.2 Οι έννομες συνέπειες της καταχρηστικότητας γενικών όρων συναλλαγών – Τα ανακύπτοντα ζητήματα.....	8
2. Ο αυτεπάγγελτος έλεγχος της καταχρηστικότητας γενικών όρων συναλλαγών	9
2.1 Γενικά- ο αυτεπάγγελτος έλεγχος της καταχρηστικότητας Γ.Ο.Σ.-Η συνάρτηση με την αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας	9
2.2 Η αντιμετώπιση του ζητήματος του αυτεπάγγελτου ελέγχου από τα ελληνικά δικαστήρια (κρατούσα άποψη).....	10
2.3 Επιχειρήματα υπέρ του αυτεπάγγελτου ελέγχου της καταχρηστικότητας γενικών όρων συναλλαγών.....	12
2.4 Ελληνική νομολογία- Μεμονωμένες αποφάσεις στις οποίες έγινε δεκτός αυτεπάγγελτος έλεγχος	14
2.5 Η παραίτηση από την προστασία που παρέχει η Οδηγία- Το ζήτημα της ιδιωτικής αυτονομίας	16
3. Ex tunc ή ex nunc ακυρότητα των γενικών όρων συναλλαγών	17
4. Το ζήτημα της μερικής ακυρότητας του όρου- Η ερμηνευτική συστολή του άκυρου όρου ...	20
5. Η επίδραση της καταχρηστικότητας συγκεκριμένων όρων στο κύρος της όλης σύμβασης.....	27
5.1 Γενικά- Η επίδραση της καταχρηστικότητας συγκεκριμένων όρων στο κύρος της όλης σύμβασης.....	27
5.2 Η εθνική νομολογία επί της ολικής ακυρότητας- Το παράδειγμα της ανακοπής κατά διαταγής πληρωμής.....	29
6. Η φύση της ακυρότητας ως σχετικής ή απόλυτης.....	32
6.1 Γενικά- Η φύση της ακυρότητας ως σχετικής ή απόλυτης.....	32
6.2 Η θέση περί σχετικής ακυρότητας του όρου.....	34

6.3 Η φύση της σχετικής ακυρότητας και η συνάρτηση της με το ζήτημα του αυτεπάγγελτου ελέγχου.....	35
7. Η πλήρωση των κενών της ρύθμισης που αφήνουν οι άκυροι όροι.....	40
8. Η πρόσθετη ευθύνη του προμηθευτή για αποζημίωση.....	43
9. Επίλογος-Συμπεράσματα.....	46
Βιβλιογραφία.....	49

Χρήστος-Γεώργιος Παπαθανασίου, 2023

Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος. All rights reserved.

Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας εργασίας, εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η ανατύπωση, αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και να διατηρείται το παρόν μήνυμα.

Οι απόψεις και θέσεις που περιέχονται σε αυτήν την εργασία εκφράζουν τον συγγραφέα και δεν πρέπει να ερμηνευθεί ότι αντιπροσωπεύουν τις επίσημες θέσεις του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών.

1.1| Εισαγωγικά- Η έννοια των Γ.Ο.Σ.- Έλεγχος περιεχομένου με βάση τη γενική ρήτρα του άρθρου 2 παρ. 6 του Ν.2251/1994

Ο ορισμός των γενικών όρων συναλλαγών προκύπτει ήδη ρητά από το άρθρο 2 του Ν.2251/1994, κατά το οποίο γενικοί όροι συναλλαγών αποτελούν οι προδιατυπωμένοι και γραπτοί όροι (2 παρ. 2), οι οποίοι προορίζονται για χρήση σε μελλοντικές συμβάσεις μεταξύ προμηθευτή και καταναλωτών. Οι όροι αυτοί είναι δυνατόν να ρυθμίζουν ζητήματα ουσιαστικού ή δικονομικού δικαίου που αφορούν στην εν λόγω σύμβαση.¹ Ο Έλληνας νομοθέτης εγκατέλειψε τον προηγούμενο αρχικό ορισμό που απαιτούσε να προορίζονται οι γενικοί όροι συναλλαγών για απροσδιόριστο αριθμό συμβάσεων και αρκέστηκε (με το ν. 3587/2007) στο να αφορούν απλώς μελλοντικές συμβάσεις (επομένως τουλάχιστον 3). Ωστόσο, το άρθρο θα πρέπει να ερμηνεύεται υπό το φως της Οδηγίας 93/13, η οποία αρκείται στην απουσία αντικειμενικής διαπραγμάτευσης μεταξύ προμηθευτή και καταναλωτή.² Έτσι, όσον αφορά τυποποιημένες ρήτρες, θα τεκμαίρεται τρόπον τινά η πρόθεση του προμηθευτή να κάνει χρήση των συγκεκριμένων όρων και σε άλλες συμβάσεις στο μέλλον. Εξ αντιδιαστολής προκύπτει ότι όταν ο όρος αποτέλεσε αντικείμενο ατομικής διαπραγμάτευσης βρίσκεται εκτός του πεδίου εφαρμογής της Οδηγίας.³ Η διαπραγμάτευση πρέπει σε κάθε περίπτωση να είναι ουσιαστική, στο πλαίσιο ενός βάσιμου διαλόγου που εξασφαλίζει τη δυνατότητα του καταναλωτή να επηρεάσει το περιεχόμενο των όρων της σύμβασης. Σε περίπτωση που συγκεκριμένος μόνο όρος αποτέλεσε αντικείμενο ατομικής διαπραγμάτευσης, ο νόμος εφαρμόζεται για τους υπόλοιπους όρους της σύμβασης υπό την προϋπόθεση ότι αυτή διατηρεί το χαρακτήρα της ως σύμβασης προσχώρησης (άρθρο 2 παρ. 9 εδ. Δ'). Υπό τις προϋπέθεσες του ίδιου άρθρου επεκτείνεται το πεδίο εφαρμογής του νόμου και σε όρους που δεν αποτέλεσαν αντικείμενο ατομικής διαπραγμάτευσης, ενώ καθιερώνεται μαχητό τεκμήριο υπέρ του καταναλωτή ότι όρος, το περιεχόμενο του οποίου δεν επηρεάστηκε από τον καταναλωτή δεν αποτέλεσε αντικείμενο ατομικής διαπραγμάτευσης.

Κατά τη γενική ρήτρα του άρθρου 2 παρ. 6 του Ν. 2251/1994, ως έχει κατόπιν τροποποιήσεων, γενικοί όροι συναλλαγών που έχουν ως αποτέλεσμα τη σημαντική διατάραξη δικαιωμάτων και υποχρεώσεων σε βάρος του καταναλωτή είναι άκυροι ως καταχρηστικοί. Με την υιοθέτηση της διατύπωσης αυτής ο νομοθέτης απομακρύνθηκε από την αρχική διστακτική διατύπωση που απαιτούσε υπέρμετρη διατάραξη της ισορροπίας δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, θέση που συνιστά επακόλουθο του συσχετισμού της γενικής ρήτρας του εν λόγω άρθρου με το άρθρο 281 Α.Κ. που απαιτεί προφανή υπέρβαση των ορίων που επιβάλλουν η καλή πίστη ή τα χρηστά ήθη ή ο κοινωνικός ή οικονομικός σκοπός του δικαιώματος. Κατά την εξειδίκευση της ισορροπίας αυτής

¹ Γ. Μεντής, «Γενικοί όροι συναλλαγών σε καταναλωτικές και εμπορικές συμβάσεις», 2020, Έκδοση 2η σελ 111.

² Οδηγία 93/13, Άρθρο 3 παρ. 1: «Ρήτρα σύμβασης που δεν αποτέλεσε αντικείμενο ατομικής διαπραγμάτευσης θεωρείται καταχρηστική όταν ...»

³ Βλ. Εφ Αθ 369/2023, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ: «Ως ΓΟΣ νοούνται εκείνοι οι συμβατικοί όροι, που ένα από τα συμβαλλόμενα μέρη καθορίζει εκ των προτέρων κατά τρόπο γενικό και ενιαίο, με σκοπό να αποτελέσουν το ομοιόμορφο περιεχόμενο ενός αόριστου αριθμού συμβάσεων. Κύριο χαρακτηριστικό των ΓΟΣ είναι η μονομερής προδιατύπωση, με την έννοια ότι ο αντισυμβαλλόμενος εκείνου που τις προδιατύπωσε δεν μετείχε στη διαμόρφωσή τους. Αυτό το χαρακτηριστικό όμως δεν αρκεί. Απαιτείται, περαιτέρω, να μην υφίστατο κατά την κατάρτιση της σύμβασης δυνατότητα ατομικής διαπραγμάτευσης ως προς το περιεχόμενο των όρων. Αντίποδας αυτών (ΓΟΣ) είναι οι ειδικοί όροι, που συμφωνήθηκαν για τη συγκεκριμένη περίπτωση ύστερα από διαπραγμάτευση, επί των οποίων δεν εφαρμόζονται οι προστατευτικές υπέρ του καταναλωτή διατάξεις.»

δικαιωμάτων και υποχρεώσεων λαμβάνεται ιδίως υπόψη ο βαθμός απόκλισης από τις διατάξεις ενδοτικού δικαίου που επιτελούν καθοδηγητική λειτουργία στο πλαίσιο πραγμάτωσης της εξισωτικής δικαιοσύνης.⁴ Την ακυρότητα ως έννομη συνέπεια, θέσπιζε στην ουσία και η προηγούμενη διατύπωση του νόμου (ν.1961/1991), η οποία ονόμαζε τους καταχρηστικούς όρους ως ανίσχυρους.⁵ Κατ' άλλη άποψη που έχει υποστηριχθεί στη θεωρία, η επιλογή αυτή του νομοθέτη περί ανίσχυρου ήταν σκόπιμη, καθώς εκφράζει μια γενικότερη μορφή ανενέργειας της δικαιοπραξίας, ήδη γνωστή στο νομοθέτη, καθώς προβλέπεται και σε άλλες διατάξεις του Α.Κ..⁶ Η ακυρότητα αυτή, γινόταν και τότε δεκτό παρά την έλλειψη ρητής ρύθμισης (ως προβλέπει σήμερα το άρθρο 2 παρ. 8 του ν.2251/1994) ότι είναι ανεξαιρέτως μερική, κρίση που πηγάζει από τελεολογικά επιχειρήματα που εστιάζουν στην αποτελεσματική προστασία του καταναλωτή.

Ωστόσο, επισημαίνεται ότι συχνά ο μέσος καταναλωτής θα έχει περιορισμένη ή και μηδαμινή γνώση του ενδοτικού δικαίου και ,επομένως, θα πρέπει να προκριθούν άλλα κριτήρια για την εξειδίκευση της ισορροπίας των εκατέρωθεν συμφερόντων και συγκεκριμένα ο σκοπός της σύμβασης και η εύλογη προσδοκία των μερών για δίκαιη κατανομή των κινδύνων.⁷ Η εύλογη αυτή προσδοκία των μερών θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι πηγάζει ήδη από την έννοια της καλής πίστης, η οποία ωστόσο φαίνεται περισσότερο προσανατολισμένη στην εκπλήρωση της παροχής και όχι στη διαμόρφωση των όρων της σύμβασης. Σε κάθε περίπτωση η καλή πίστη, ως αντικειμενικά δικαιολογημένη προσδοκία του καταναλωτή, θα επιτελεί σημαντικό ρόλο στην εξειδίκευση της γενικής ρήτρας, ενώ από μέρος της θεωρίας έχει προταθεί μεταξύ των συνυπολογιζόμενων κριτηρίων η αρχή της διαφάνειας, όπως αυτή διατρέχει και τα 3 στάδια ελέγχου των Γ.Ο.Σ. (ένταξη, ερμηνεία και δικαστικό έλεγχο).⁸ Παράλληλα, ορίζονται στο νόμο ενδεικτικά ορισμένα κριτήρια που λαμβάνονται υπόψη προκειμένου να κριθεί μια συμπεριφορά ως καταχρηστική. Τέτοια κριτήρια αποτελούν: α) το είδος των παρεχόμενων αγαθών ή υπηρεσιών, θα απαιτείται έτσι αυξημένος βαθμός επιμέλειας από την πλευρά του προμηθευτή όταν η υπηρεσία αφορά ζωτικά έννομα αγαθά για τον καταναλωτή όπως η υγεία, β) ο σκοπός της σύμβασης, ο οποίος δεν θα πρέπει να καταστρατηγείται ή και να ματαιούται π.χ. με τη θέσπιση ειδικών εξαιρέσεων που καθιστούν άνευ αντικειμένου την παρεχόμενη υπηρεσία (βλ. ιδίως σε ασφαλιστικές συμβάσεις, Εφ Αθ 6120/2003), έλεγχος που θα στηρίζεται συχνά στην αρχή της

⁴ Η πάγια νομολογία του Αρείου Πάγου εκκινεί από το κριτήριο του ενδοτικού δικαίου , βλ. ενδεικτικά ΑΠ 561/2014, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, με αναφορά σε προηγούμενες αποφάσεις του ΑΠ: «Με τους ΓΟΣ είτε επιχειρείται απόκλιση από ρυθμίσεις του ενδοτικού δικαίου είτε ρυθμίζονται πρόσθετα στοιχεία που δεν αντιμετωπίζονται από διατάξεις ενδοτικού δικαίου. Δεν απαγορεύεται όμως η απόκλιση από οποιαδήποτε διάταξη του ενδοτικού δικαίου αλλά (μόνο από εκείνες που φέρουν καθοδηγητικό χαρακτήρα ή σε περίπτωση άτυπων συναλλακτικών μορφών, από τα ουσιώδη, για την επίτευξη του σκοπού και της διατήρησης της φύσης της σύμβασης, δικαιώματα και υποχρεώσεις των μερών που απηχούν πράγματι δικαιολογημένες προσδοκίες του πελάτη για το συγκεκριμένο είδος συναλλαγής. Καταχρηστικός και συνεπώς άκυρος είναι κάθε ΓΟΣ, ο οποίος χωρίς επαρκή και εύλογη αιτία αποκλίνει από ουσιώδεις βασικές αξιολογήσεις του ενδοτικού δικαίου, δηλαδή από τυπικές και συναλλακτικά δικαιολογημένες προσδοκίες του πελάτη. Η καθοδηγητική λειτουργία διαταράσσεται όταν με το περιεχόμενο του Γ.Ο.Σ αλλάζει η εικόνα που έχει διαμορφωθεί με βάση τους κανόνες του ενδοτικού δικαίου για τη συγκεκριμένη συμβατική μορφή. Ελέγχεται, επίσης, για καταχρηστικότητα η ρύθμιση ενός ΓΟΣ, με τον οποίο επέρχεται περιορισμός θεμελιωδών δικαιωμάτων και υποχρεώσεων που προκύπτουν από τη φύση της σύμβασης κατά τέτοιο τρόπο, ώστε να απειλείται η ματαίωση του σκοπού της.»

⁵ Μ. Καραάσης, «Γενικοί όροι συναλλαγών», 1992, σελ. 135.

⁶ Κ. Γαζετάς, «Γενικοί όροι συναλλαγών, Δικαστική προστασία», έκδοση 4^η, 2001, σελ. 120.

⁷ Γ. Μεντής, ο.π., σελ 236.

⁸ Μ. Σταθόπουλος, ΧρΙΔ Ι/2010 σελ. 500-501.

διαφάνειας, γ) οι ειδικές συνθήκες που συνοδεύουν την κατάρτιση της σύμβασης, εδώ εμπίπτουν ιδίως διευκρινίσεις που μπορεί να έχουν παρασχεθεί προφορικά από τον προμηθευτή και εξειδικεύουν τους επίμαχους όρους διασώζοντας τους από την καταχρηστικότητα. Παρατηρείται, ωστόσο, ότι όταν η ασάφεια αποτελεί τον κανόνα και χρήζει κάθε φορά διευκρινίσεων τέτοιοι όροι θα πρέπει να κρίνονται καταχρηστικοί ως αδιαφανείς με βάση την αρχή της προβλεψιμότητας.⁹ Λαμβάνονται ακόμα υπόψιν: δ) τα συμφέροντα των μερών και οι λοιπές ρήτρες της σύμβασης, ιδίως όσες αφορούν το τίμημα με την έννοια ότι η εύλογη προσδοκία του καταναλωτή επηρεάζεται άμεσα από το ύψος του τιμήματος, το οποίο πρέπει να δικαιολογείται από την ποιότητα του παρεχόμενου αγαθού ή υπηρεσίας.

Τέλος, προβλέπονται στο άρθρο 2 παρ. 7 του ν.2251/1994 ορισμένες περιπτώσεις καταχρηστικών γενικών όρων συναλλαγών, οι οποίοι θεωρούνται κατά αμάχητο τεκμήριο ,*per se*, ως καταχρηστικοί και κατά συνέπεια άκυροι. Για τις εν λόγω καταχρηστικές ρήτρες , επομένως, δεν ερευνάται η συνδρομή των προϋποθέσεων της γενικής ρήτρας της παραγράφου 6.¹⁰ Πρόκειται για ενδεικτική απαρίθμηση που αποσκοπεί στη διευκόλυνση του έργου του δικαστή όσον αφορά στη διαπίστωση της καταχρηστικότητας των εν λόγω όρων, ενώ παράλληλα επιτυγχάνεται και ο σκοπός της προβλεψιμότητας.¹¹ Κατά τη νομολογία, δεν θα πρέπει να αποκλειστεί η σωρευτική εφαρμογή των παραγράφων 6 και 7 του άρθρου 2, δεδομένου ότι η επίκληση του γενικού αξιολογικού κριτηρίου της διατάραξης της ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων σε βάρος του καταναλωτή ενέχει αξία και χρησιμότητα για την εξειδίκευση των αόριστων νομικών εννοιών και αόριστων αξιολογικών κριτηρίων που χρησιμοποιεί ο νόμος στις επί μέρους περιπτώσεις του ενδεικτικού καταλόγου.¹² Αντιστρόφως, οι ειδικά αναφερόμενες περιπτώσεις της παραγράφου 7, επιτελούν καθοδηγητική λειτουργία όσον αφορά στην ερμηνεία και την εξειδίκευση της γενικής ρήτρας της παραγράφου 6 περί διατάραξης της συμβατικής ισορροπίας. Σημειώνεται, τέλος, από δικαιοσυγκριτική σκοπιά ότι ορισμένα κράτη-μέλη υιοθέτησαν το σκεπτικό της πρότασης Οδηγίας του 2008 (COM/2008/614-COD/2008/0196) προβλέποντας ορισμένες περιπτώσεις που περιλαμβάνονται στο λεγόμενο «γκρίζο κατάλογο». Η διαφορά έγκειται σε δικονομικό επίπεδο και συγκεκριμένα στο βάρος απόδειξης, υπό την έννοια ότι ο προμηθευτής βαρύνεται να αποδείξει τη μη διατάραξη της ισορροπίας και κατ' επέκταση τη μη καταχρηστικότητα των όρων που περιλαμβάνονται στο «γκρίζο κατάλογο». Διαφοροποιείται τόσο από τις περιπτώσεις του «μαύρου καταλόγου» που περιέχει όρους κατ' αμάχητο τεκμήριο καταχρηστικούς (άρα δεν τίθεται και ζήτημα βάρους απόδειξης), όσο και από τη γενική ρήτρα του εθνικού μας δικαίου (άρθρο 2 παρ. 6), όπου το βάρος απόδειξης φέρει καταρχήν ο καταναλωτής που ωφελείται από την ακυρότητα.¹³ Το μοντέλο αυτό υιοθέτησε ,επί παραδείγματι, ο Γαλλικός

⁹ Γ. Μεντής, ο.π., σελ 241.

¹⁰ ΑΠ 1369 / 2022, <https://www.areiospagos.gr/>

¹¹ Γ. Μεντής, ο.π., σελ 244.

¹² Έτσι, πρόσφατη νομολογία βλ. ΜΠρ Λαμ 15/2023, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, όπου υιοθετείται το σκεπτικό της Ολομέλειας του ΑΠ, βλ. ΟΛΑΠ 15/2007, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ .

¹³ Κ. Χριστοδούλου «Η πρόταση Οδηγίας για τα δικαιώματα των καταναλωτών», Εφ ΑΔ 1/2010,σελ.16 επ.. Ομοίως και το μεγαλύτερο μέρος της νομολογίας που θεωρεί τον ισχυρισμό γνήσια ένσταση προβαλλόμενη από τον καταναλωτή, ζήτημα για το οποίο γίνεται αναφορά κατωτέρω.

Καταναλωτικός Κώδικας του 2016, ο οποίος κατανέμει το βάρος απόδειξης του ευλόγου των ρητρών του γκριζου καταλόγου στον προμηθευτή.¹⁴

1.2| Οι έννομες συνέπειες της καταχρηστικότητας γενικών όρων συναλλαγών – Τα ανακύπτοντα ζητήματα

Ως προαναφέρθηκε εισαγωγικά, στη γενική ρήτρα του άρθρου 2 παρ. 6 του ν.2251/1994, διακηρύσσεται ως έννομη συνέπεια της καταχρηστικότητας γενικών όρων συναλλαγών η ακυρότητα. Όμοια νομική αντιμετώπιση προσήκει και στις *per se* καταχρηστικές ρήτρες που περιλαμβάνονται στον ενδεικτικό κατάλογο της παραγράφου 7. Η έννομη αυτή συνέπεια προκύπτει συνδυαστικά με την εφαρμογή του άρθρου 174 Α.Κ., το οποίο ορίζει ότι δικαιοπραξία που αντιβαίνει σε απαγορευτική διάταξη του νόμου, είναι καταρχήν άκυρη.¹⁵ Δεδομένου ότι το άρθρο 6 της Οδηγίας αρκείται στη πρόβλεψη της μη δεσμευτικότητας των καταχρηστικών ρητρών, παραπέμποντας στην ουσία στα κράτη-μέλη τη ρύθμιση των έννομων συνεπειών, τέθηκαν ποικίλα ερμηνευτικά ζητήματα όσον αφορά στις έννομες συνέπειες της καταχρηστικότητας γενικών όρων συναλλαγών. Η ελευθερία των κρατών-μελών, ωστόσο, δεν είναι απόλυτη αλλά πρέπει να σέβεται το ενωσιακό δίκαιο και συγκεκριμένα την αρχή της αποτελεσματικότητας και ισοδυναμίας, καθώς και τους σκοπούς που επιδιώκει η θέσπιση της Οδηγίας. Η *ratio* της Οδηγίας εντοπίζεται στην ουσιαστική προστασία του καταναλωτή, ούτως ώστε αυτός να βρίσκεται στην ίδια νομική και πραγματική κατάσταση που θα βρισκόταν χωρίς τη συνομολόγηση της καταχρηστικής ρήτρας, στην εξασφάλιση της εύρυθμης λειτουργίας της αγοράς της ΕΕ και στην πραγμάτωση του αποτρεπτικού αποτελέσματος στο οποίο αποσκοπεί ο ενωσιακός νομοθέτης. Χρήσιμα συμπεράσματα μπορούν να εξαχθούν και από την ανακοίνωση της Επιτροπής (2019) στην οποία καταγράφονται κατευθυντήριες γραμμές για την ερμηνεία και την εφαρμογή της οδηγίας 93/13.

Λόγω της αφηρημένης αυτής διατύπωσης της οδηγίας, τα ανακύπτοντα ερμηνευτικά ζητήματα επιλύθηκαν κατά κύριο λόγο από τη νομολογία του ΔΕΕ, το οποίο εξειδίκευσε τα άρθρα 6 και 7 της οδηγίας με απώτερο σκοπό την επίτευξη κατά το δυνατόν ομοιομορφίας όσον αφορά στη νομοθεσία των κρατών-μελών. Πρόκειται, άλλωστε, για διατάξεις αναγκαστικού δικαίου, υπό την έννοια ότι ο καταναλωτής δεν μπορεί να παραιτηθεί εκ των προτέρων από την προστασία της Οδηγίας. Στην παρούσα διπλωματική εργασία εξετάζονται τα ακόλουθα ζητήματα: α) κατά πόσο τα εθνικά δικαστήρια έχουν τη δυνατότητα ή/και την υποχρέωση να προβαίνουν σε αυτεπάγγελτο έλεγχο της καταχρηστικότητας γενικών όρων συναλλαγών, β) η φύση της ακυρότητας ως μερικής ή ολικής (σε επίπεδο του συγκεκριμένου όρου και σχετικά με την όλη σύμβαση), γ) η φύση της ακυρότητας ως σχετικής ή απόλυτης, ζήτημα που συναρτάται άμεσα με το αυτεπάγγελτο ή μη του ελέγχου και το βάρος επίκλησης του ισχυρισμού, δ) το ζήτημα της αναδρομικότητας ή μη της

¹⁴ Γ. Μεντής, ο.π., σελ 245.

¹⁵ Γ. Μεντής, ο.π., σελ 553.

έννομης συνέπειας της ακυρότητας (ex nunc ή ex tunc) , ε) το ζήτημα της κάλυψης του κενού που προκύπτει από την αναγνώριση της ακυρότητας συγκεκριμένου όρου της σύμβασης και στ) το ζήτημα της ενδεχόμενης πρόσθετης ευθύνης του προμηθευτή για αποζημίωση κατόπιν αναγνώρισης της ακυρότητας της σύμβασης λόγω συμπερίληψης καταχρηστικής ρήτρας.

2.1 | Το ζήτημα του αυτεπάγγελτου ελέγχου της καταχρηστικότητας γενικών όρων συναλλαγών – Η συνάρτηση με την αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας

Το ζήτημα του αυτεπάγγελτου ελέγχου της καταχρηστικότητας (ακυρότητας) των γενικών όρων συναλλαγών απασχόλησε το ΔΕΕ ήδη στις πρώτες αποφάσεις που κλήθηκε να λάβει για την ερμηνεία της Οδηγίας 93/13. Αφορμή στάθηκε η σύναψη σύμβασης πώλησης εγκυκλοπαιδειών, η οποία καταρτίστηκε μεταξύ της πωλήτριας εταιρίας με έδρα τη Βαρκελώνη και των αγοραστών, οι οποίοι ήταν μεν κάτοικοι Ισπανίας, αλλά σε διαφορετική πόλη.¹⁶ Στην πρώιμη μορφή του το ερμηνευτικό ζήτημα ήταν το κατά πόσο τα εθνικά δικαστήρια έχουν τη δυνατότητα να λάβουν υπόψη και αυτεπαγγέλτως την ακυρότητα μιας τέτοιας ρήτρας παρέκτασης που απονέμει αποκλειστική αρμοδιότητα στο δικαστήριο που εντοπίζεται η έδρα του επαγγελματία.¹⁷ Η καταχρηστικότητα εν προκειμένω συνίσταται στην υποβολή του καταναλωτή σε μειονεκτική θέση όσον αφορά στην υπεράσπιση του ή ακόμα και στην παράστασή του, δεδομένου ότι αυτομάτως πολλαπλασιάζονται τα έξοδα λόγω αποστάσεως, ενώ η οφειλή μπορεί να αφορά πολλές φορές και σε ένα ασήμαντο ποσό αποθαρρύνοντας τον από την άσκηση του δικαιώματος του σε δικαστική προστασία.¹⁸ Αντίστοιχα, διευκολύνεται η άσκηση του δικαιώματος δικαστικής προστασίας του επαγγελματία, ο οποίος συγκεντρώνει το σύνολο των ένδικων διαφορών που θα προκύψουν από τις εν λόγω συμβάσεις στην περιφέρεια της έδρας του. Παρατηρείται, ωστόσο, ότι η εύρεση νομικού ερείσματος για τη στήριξη του αυτεπάγγελτου ελέγχου, σε γενικές αρχές του ενωσιακού δικαίου, όπως εν προκειμένω η αποτελεσματική δικαστική προστασία κατ' άρθρο 47 ΧΘΔΕΕ και 6 της ΕΣΔΑ, καθιστά περισσότερο ασαφή την εικόνα για τον εθνικό δικαστή, ενώ καθιστά δυσχερέστερη και την ομοιομορφία του δικαίου των κρατών-μελών. Προτιμητέα κρίνεται ,κατά την άποψη αυτή, η στήριξη της υποχρέωσης αυτεπάγγελτου ελέγχου στο άρθρο 6 της Οδηγίας, κατά μεταφορά των ερμηνευτικών αξιολογήσεων του ουσιαστικού δικαίου και στο δικονομικό επίπεδο.¹⁹ Ανάλογα ζητήματα αυτεπάγγελτου ελέγχου μπορούν να προκύψουν, λόγω δικονομικών περιορισμών που δυσχεραίνουν ουσιαστικά την προστασία του καταναλωτή, όπως επί παραδείγματι, η πρόβλεψη αποκλειστικής προθεσμίας για την επίκληση της καταχρηστικότητας του συγκεκριμένου όρου, ο θεσμός του δεδικασμένου κ.α..

¹⁶ ΔΕΚ αποφάσεις C-240/98-C-244/98, κατόπιν συνεκδίκασης υποθέσεων.

¹⁷ Ως προς την υποχρέωση αυτεπάγγελτου ελέγχου βλ. κατωτέρω.

¹⁸ Α. Κιτσαράς ΧρΙΔ Α/2001,σελ.140, έτσι και Γ. Μεντής ,ο.π. σελ 561.

¹⁹ Β. Hess, «Ευρωπαϊκό δικονομικό δίκαιο καταναλωτή», ΕΠολΔ 1/2018, σελ. 6.

Ως προς το νομικό καθεστώς, αξίζει να σημειωθεί ότι η μόνη ρητή αναφορά στον αυτεπάγγελτο έλεγχο της καταχρηστικότητας γενικών όρων συναλλαγών εντοπίζεται στην έκθεση της Επιτροπής για την εφαρμογή της οδηγίας 93/13/ΕΟΚ²⁰, ενώ τα άρθρα 6 και 7 της οδηγίας περιορίζονται στη διαπίστωση ότι οι καταχρηστικοί όροι δεν δεσμεύουν τους καταναλωτές και στη θέσπιση της υποχρέωσης λήψης αποτελεσματικών μέτρων για την επίτευξη του σκοπού αυτού αντίστοιχα. Παρατηρείται, ακόμα, στην εν λόγω έκθεση ότι συχνά οι εθνικοί δικαστές είναι διστακτικοί στον αυτεπάγγελτο έλεγχο των όρων, με τα ακυρωτικά δικαστήρια συχνά να ανατρέπουν τέτοιες αποφάσεις.²¹ Ελλείψει ρητής κανονιστικής ρύθμισης, το κατά πόσο η εθνική ρύθμιση συμβαδίζει με το ενωσιακό δίκαιο θα κριθεί με βάση την αρχή της ισοδυναμίας και την αρχή της αποτελεσματικότητας. Υπό την έννοια αυτή, εναπόκειται στα κράτη μέλη να προβλέψουν τις διαδικαστικές προϋποθέσεις, υπό τον όρο ότι οι νομοθετικές αυτές επιλογές δεν είναι λιγότερο ευνοϊκές από τη ρύθμιση παρόμοιου ζητήματος στην εσωτερική έννομη τάξη (αρχή της ισοδυναμίας) και δεν καθιστούν αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την προστασία που παρέχει στον καταναλωτή το ενωσιακό δίκαιο (αρχή της αποτελεσματικότητας). Ο αυτεπάγγελτος έλεγχος αποτελεί, επομένως, το κατάλληλο μέσο για την επίτευξη των σκοπών του άρθρου 6 και 7 της Οδηγίας, ήτοι της μη δεσμευτικότητας καταχρηστικών όρων, σκοποί που δεν θα μπορούσαν να επιτευχθούν αν το βάρος επίκλησης επαφίετο στον καταναλωτή.

2.2|Η αντιμετώπιση του ζητήματος του αυτεπάγγελτου ελέγχου από τα ελληνικά δικαστήρια (κρατούσα άποψη)

Κατά την κρατούσα στην νομολογία άποψη, το άρθρο 2 παρ. 6 που διακηρύσσει την ακυρότητα καταχρηστικών γενικών όρων συναλλαγών συνιστά εξειδίκευση του άρθρου 281²² του Αστικού Κώδικα το οποίο σε συνδυασμό με το άρθρο 174 του Αστικού Κώδικα επισύρει την ακυρότητα του σχετικού όρου.²³ Παρατηρείται εν προκειμένω ότι το μεν άρθρο 281 Α.Κ. αφορά στην καταχρηστική άσκηση δικαιώματος, ενώ με το άρθρο 2 του ν.2251/1994 ελέγχεται η καταχρηστική άσκηση της συμβατικής ελευθερίας. Ελλείψει ειδικότερης ρύθμισης θα εφαρμοστεί

²⁰ Απόσπασμα εκ της Εκθέσεως της Επιτροπής για την εφαρμογή της οδηγίας 93/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 5 Απριλίου 1993 σχετικά με τις καταχρηστικές ρήτρες των συμβάσεων που συνάπτονται με καταναλωτές: «ο δικαστής πρέπει να είναι σε θέση να διαγνώσει αυτεπάγγελα τον καταχρηστικό χαρακτήρα μιας συμβατικής ρήτρας, στο βαθμό που αυτό είναι απαραίτητο για την απόφασή του.»

²¹ Απόσπασμα εκ της Εκθέσεως της Επιτροπής για την εφαρμογή της οδηγίας 93/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 5 Απριλίου 1993 σχετικά με τις καταχρηστικές ρήτρες των συμβάσεων που συνάπτονται με καταναλωτές: «Για παράδειγμα το γαλλικό Ανώτατο Ακυρωτικό Δικαστήριο, ύστερα από προσφυγή ακύρωσε, λόγω διαδικαστικής πλημμέλειας, απόφαση δικαστηρίου που εκτίμησε αυτεπάγγελα τον καταχρηστικό χαρακτήρα μιας συμβατικής ρήτρας (Cass. civ. 16/02/94 - INC n° 3326 - Clab fr000524).»

²² ΟΛΑΠ 15/2007, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ: «οι διατάξεις των παραγράφων 6 και 7 του άρθρου 2 του ν. 2251/1994 αποτελούν εξειδίκευση του βασικού κανόνα του άρθρου 281 του ΑΚ, ενσωματώνουν κατ' ανάγκη και το πνεύμα του άρθρου 19 ΕισΝΑΚ, που ορίζει ότι η διάταξη του άρθρου 281 του ΑΚ εφαρμόζεται και σε γεγονότα και σχέσεις προγενέστερες από την εισαγωγή του ΑΚ.», Έτσι και στη θεωρία, βλ. ενδεικτικά: Π. Λαδάς, «Γενικές αρχές αστικού δικαίου», Τόμος 2, 2009, σελ. 340, Γ.Δέλλιος, «Γενικοί Όροι Συναλλαγών, Ατομική και συλλογική προστασία των καταναλωτών από την έλλειψη ουσιαστικής διαπραγμάτευσης των όρων της σύμβασης», 2η έκδοση, 2013, σελ. 345.

²³ Γ.Δέλλιος, ο.π., σελ. 346.

και για την άσκηση της συμβατικής ελευθερίας η Α.Κ. 281, χωρίς ,όμως, η ερμηνευτική αυτή εκδοχή να προδικάζει και την κρίση για το αν προσήκει όμοια δικονομική μεταχείριση για τις δύο περιπτώσεις. Επομένως, δεδομένου ότι η νομολογία θεωρεί τις διατάξεις του άρθρου 2 παρ.6 και παρ.7 του ν.2251/1994 ως εξειδίκευση του άρθρου 281 κρίνεται σκόπιμη η σύντομη ανασκόπηση της νομολογίας των ελληνικών δικαστηρίων ως προς τη φύση της ένστασης του άρθρου 281 Α.Κ. ως γνήσιας ή καταχρηστικής.

Ήδη από την απόφαση υπ' αριθμόν 472/1983 της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου είχε κριθεί ότι η ένσταση καταχρήσεως δικαιώματος κατά Α.Κ. 281 συνιστά γνήσια ένσταση, θέση που ακολουθούν τόσο τα δικαστήρια της ουσίας όσο και ο Άρειος Πάγος ως σήμερα χωρίς σημαντικές αποκλίσεις. Συνεπώς, πέρα από την απαίτηση για εμπρόθεσμη εισφορά των πραγματικών περιστατικών, απαιτείται και η ρητή επίκληση της καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος και κατ' επέκταση η υποβολή αιτήματος για την απόρριψη της αγωγής για την αιτία αυτή. Τυχόν μεταγενέστερη επίκληση που δεν πληροί τις προϋποθέσεις του συγκεντρωτικού συστήματος που ισχύει στην πολιτική δίκη κρίνεται ως απαράδεκτη.²⁴ Έτι περαιτέρω, δεν θα μπορεί να εξεταστεί ο εν λόγω ισχυρισμός, όταν προβλήθηκε το πρώτον στο δευτεροβάθμιο δικαστήριο,²⁵ ενώ η καταχρηστικότητα του όρου δεν θα ληφθεί υπόψη αυτεπαγγέλτως αν δεν προτάθηκε με σχετικό λόγο έφεσης από τον καταναλωτή. Ομοίως, καθόσον δεν πρόκειται για κανόνα δημοσίας τάξης δεν θα μπορεί να προβληθεί το πρώτον στον Άρειο Πάγο κατ' άρθρο 562 παρ. 2 ΚπολΔ.²⁶

Υποστηρίζεται σχετικά με το ζήτημα του χαρακτηρισμού της ένστασης του Α.Κ. 281 ως γνήσιας ή καταχρηστικής, ότι δεν προσήκει ενιαία κρίση, δεδομένης της ποικιλομορφίας που συναντάται όσον αφορά στην καταχρηστική συμπεριφορά, αλλά και από άποψη έννομων συνεπειών ουσιαστικού δικαίου.²⁷ Επί παραδείγματι, όσον αφορά στην κακόπιστη συμπεριφορά, είτε με τη μορφή διάψευσης της εμπιστοσύνης ενός εκ των συμβαλλομένων, είτε με την μορφή της προφανούς δυσαναλογίας βλάβης-οφέλους που οδηγεί σε καταδυνάστευση, υποστηρίζεται ότι η προσβολή που προκαλείται από την καταχρηστική συμπεριφορά θα πρέπει να συσχετισθεί με το πρόσωπο του συγκεκριμένου οφειλέτη. Αφορά, κατά το ως άνω σκεπτικό, την ιδιωτική έννομη σφαίρα του με συνέπεια την απαίτηση επίκλησης των πραγματικών περιστατικών και προβολής του ισχυρισμού από τον ίδιο το θιγόμενο. Καθοριστικό κριτήριο για το αυτεπάγγελτο ή μη του ελέγχου είναι το τελεολογικό. Αναζητείται ο αντικειμενικός σκοπός της αποδοκιμασίας της καταχρηστικής συμπεριφοράς και εφόσον αφορά αμιγώς την προστασία της ιδιωτικής έννομης σφαίρας του θιγόμενου θα πρόκειται για γνήσια ένσταση, ενώ σε περίπτωση που αφορά στη δημόσια τάξη (συμπεριλαμβανομένου και του κοινοτικού δημοσίου συμφέροντος που ενδιαφέρει

²⁴ ΚπολΔ 269 παρ. 2: «Μέσα επίθεσης και άμυνας μπορεί να προβληθούν παραδεκτά έως και τη συζήτηση με προτάσεις ή και προφορικά: α) αν το δικαστήριο κρίνει ότι δεν προβλήθηκαν εγκαίρως με τις προτάσεις από δικαιολογημένη αιτία αυτό ισχύει και για την ένσταση κατάχρησης δικαιώματος, β) αν προέκυψαν για πρώτη φορά μεταγενέστερα και γ) αν αποδεικνύονται εγγράφως ή με δικαστική ομολογία του αντιδίκου.»

²⁵ ΚπολΔ 527 παρ. 3: «Είναι απαράδεκτη η προβολή στην κατ' έφεση δίκη πραγματικών ισχυρισμών που δεν προτάθηκαν στην πρωτόδικη δίκη, εκτός αν: «3) λαμβάνονται υπόψη αυτεπαγγέλτως ή μπορούν να προταθούν σε κάθε στάση της δίκης»

²⁶ Γ. Μεντής, ο.π., σελ. 562.

²⁷ Ε. Ποδηματά, «Η δικονομική μεταχείριση του ισχυρισμού από το αρθρ. ΑΚ 281. Αποτίμηση ορισμένων νομολογιακών θέσεων ιδίως σε αναφορά με τον έλεγχο καταχρηστικότητας ΓΟΣ κατ' αρθρ.2 παρ. 6 ν.2251/1994», ΧρΙΔ Η/2008, σελ. 674.

εν προκειμένω) θα γίνεται δεκτός αυτεπάγγελτος έλεγχος της καταχρηστικότητας. Τα ελληνικά δικαστήρια πάγια απορρίπτουν τον αυτεπάγγελτο έλεγχο των καταχρηστικών όρων συναλλαγών, είτε επαναλαμβάνοντας το σκεπτικό περί εξειδίκευσης της Α.Κ. 281 που συνιστά γνήσια ένσταση, είτε με την αιτιολογία ότι αφορούν στην ιδιωτική έννομη σφαίρα του συγκεκριμένου καταναλωτή και άρα πρόκειται για σχετική ακυρότητα, η οποία δεν αφορά στο δημόσιο συμφέρον υπό στενή έννοια.²⁸

2.3|Επιχειρήματα υπέρ του αυτεπάγγελτου ελέγχου της καταχρηστικότητας γενικών όρων συναλλαγών

Κατά την κρατούσα στη θεωρία άποψη ο αυτεπάγγελτος έλεγχος των γενικών όρων συναλλαγών κρίνεται επιβεβλημένος, είτε με αιτιολογία την υιοθέτηση της θέσης περί απόλυτης ακυρότητας των καταχρηστικών Γ.Ο.Σ., είτε με βάση επιχειρήματα τελεολογικής φύσης που επικεντρώνονται στον προστατευτικό σκοπό του Ν.2251/1994. Με την κατάχρηση της συμβατικής ελευθερίας, δεν προσβάλλεται μόνο η ιδιωτική έννομη σφαίρα του καταναλωτή, αλλά πρωτίστως το κοινοτικό δημόσιο συμφέρον. Η προσβολή του κοινοτικού δημοσίου συμφέροντος συνίσταται στη στρέβλωση του ανταγωνισμού και τη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς. Η ικανοποίηση του ευρύτερου αυτού σκοπού δεν μπορεί να εξαρτάται αποκλειστικά από την επίκληση ή μη της καταχρηστικότητας από τον καταναλωτή, ιδίως αν ληφθεί υπόψη ότι συχνά ο καταναλωτής δεν θα διαθέτει το νομικό υπόβαθρο για να επικαλεστεί την ακυρότητα εμπρόθεσμα υπό τις προϋποθέσεις του συγκεντρωτικού συστήματος (ΚπολΔ 269).²⁹ Άλλωστε, η σύμφωνη με το ενωσιακό δίκαιο ερμηνεία περιλαμβάνει σε κάθε περίπτωση και τη νομολογία του ΔΕΕ, το οποίο πάγια κρίνει ότι ο αυτεπάγγελτος έλεγχος αποτελεί το κατάλληλο και αποτελεσματικό μέσο για την ουσιαστική προστασία του καταναλωτή και τη μη δεσμευτικότητα καταχρηστικών όρων.³⁰ Τα εθνικά δικαστήρια έχουν, επομένως, υποχρέωση να τηρούν την αρχή της αποτελεσματικότητας και νομοθεσία που δυσχεραίνει την προστασία του καταναλωτή, είτε με την πρόβλεψη

²⁸ Βλ. ΕφΛαμ 32/2022, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ: «ακυρότητα των προαναφερθέντων ΓΟΣ που οι ανακόπτοντες επικαλούνται ως καταχρηστικούς στην επίδικη δανειακή σύμβαση, είναι σχετική, ως αντιτιθέμενη σε κανόνες δημόσιας τάξης του ουσιαστικού ιδιωτικού δικαίου, που αφορούν στο ιδιωτικό συμφέρον των ιδίων ως συγκεκριμένων καταναλωτών (με την έννοια ότι, η προβολή της καταχρηστικότητας αυτής ανάγεται στην ιδιωτική σφαίρα προστασίας των τελευταίων, εναπόκειται, δηλαδή, αποκλειστικά στην αυτονομία της βούλησής τους και στην εξουσία διαθέσεώς τους), καθώς μόνο αυτοί έχουν και εξαρτούν έννομο συμφέρον να προβάλλουν την καταχρηστικότητα των συγκεκριμένων ΓΟΣ, και δεν αφορούν (οι συγκεκριμένοι ΓΟΣ) στο (δημόσιο) δικονομικό δίκαιο, ούτε οι κανόνες δικαίου στους οποίους αυτοί (ΓΟΣ) αντιτίθενται, ανήκουν στην κατηγορία των κανόνων δημόσιας τάξης με την στενότερη έννοια, που πρόσθετα προστατεύουν και το δημόσιο συμφέρον. Επομένως, σύμφωνα με όσα ανωτέρω αναφέρονται, η τυχόν ακυρότητα αυτών, δεν είναι απόλυτη και αυτοδίκαιη και δεν λαμβάνεται υπόψη αυτεπαγγέλτως από τον Δικαστή.», Ομοίως ΕφΑΘ 223/2022, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΕφΑΘ 4815/2022, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

²⁹ Γ. Δέλλιος, ο.π., σελ. 350.

³⁰ Ήδη από τις προαναφερθείσες αποφάσεις του ΔΕΚ: C-240/98-C-244/98 ως σήμερα: C-6/22 της 16ης Μαρτίου 2023

αποκλειστικής προθεσμίας για την επίκληση της καταχρηστικότητας³¹, είτε απαιτεί να έχει προβληθεί η ακυρότητα κατά τη διαιτητική διαδικασία³² κρίνεται ως μη συμβατή με το ενωσιακό δίκαιο. Ο απώτερος αυτός σκοπός του κοινοτικού δημοσίου συμφέροντος κατά τη νομολογία του ΔΕΕ μπορεί να οδηγήσει ακόμα και σε παράκαμψη του θεσμού του δεδικασμένου (που καταρχήν υπόκειται στη δικονομική αυτονομία των κρατών-μελών), αν δεν εξασφαλίζεται επαρκής προστασία του καταναλωτή.³³ Πέραν τούτων, δεν πρέπει να παραγνωρίζεται και ο γενικοπροληπτικός αντίκτυπος του αυτεπάγγελτου ελέγχου, υπό την έννοια ότι οι επαγγελματίες-συντάκτες των όρων, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ότι τα εθνικά δικαστήρια θα προβούν ούτως ή άλλως (ανεξάρτητα δηλαδή από την επίκληση από τον καταναλωτή) σε έλεγχο της καταχρηστικότητας των όρων.³⁴ Θα λειτουργεί κατ' επέκταση αποτρεπτικά αλλά και καθοδηγητικά για αυτούς, προτρέποντας τους να χρησιμοποιούν όρους που θα σέβονται την ισορροπία συμφερόντων στη σύμβαση μεταξύ επαγγελματία-καταναλωτή.

Από την ίδια αφετηρία εκκινούν και όσοι θεμελιώνουν τον αυτεπάγγελο έλεγχο της καταχρηστικότητας Γ.Ο.Σ. στην απόλυτη ακυρότητα που αυτή συνεπάγεται, δεδομένου ότι πρόκειται για κανόνα δημοσίας τάξης κατά ΑΚ 33, ο οποίος δεν προστατεύει αποκλειστικά το ατομικό συμφέρον του καταναλωτή, αλλά το συμφέρον των καταναλωτών ως συνόλου. Λόγω της σπουδαιότητας του ζητήματος περί σχετικής ή απόλυτης ακυρότητας, το ζήτημα αναπτύσσεται σε χωριστή ενότητα. Εδώ αρκεί να αναφερθεί, ότι σε περίπτωση που υιοθετηθεί η θέση περί σχετικής ακυρότητας, στηριζόμενη στο γεγονός ότι ο νόμος αποσκοπεί στην προστασία του συγκεκριμένου ασθενέστερου συμβαλλομένου που διατηρεί, όμως, συμφέρον να απολαύσει την πραγματική παροχή, οδηγούμαστε στο μη αυτεπάγγελο του ελέγχου.³⁵ Υποστηρίζεται, άλλωστε, εύλογα στη θεωρία ότι η κρίση περί σχετικής ή απόλυτης ακυρότητας δεν θα πρέπει να επηρεάζει το αυτεπάγγελο ή μη του ελέγχου ενόψει της πάγιας νομολογίας του ΔΕΕ που απαιτεί αποτελεσματική προστασία του καταναλωτή, η οποία δεν μπορεί να θίγεται από εθνικούς δικονομικούς κανόνες που απαιτούν εν προκειμένω την επίκληση της σχετικής ακυρότητας από τον καταναλωτή υπέρ του οποίου κηρύσσεται η ακυρότητα.³⁶ Επιπροσθέτως, αξίζει να σημειωθεί

³¹ C-473/2000

³² C-168/2005

³³ Βλ. C-40/08 που αφορούσε δεδικασμένο από διαιτητική απόφαση, στηριζόμενο σε καταχρηστική συμφωνία περί διαιτησίας, Το ΔΕΕ δέχτηκε αυτεπάγγελο έλεγχο παρά το δεδικασμένο της απόφασης:

52 «Δεδομένης της φύσεως και της σημασίας του δημοσίου συμφέροντος επί του οποίου στηρίζεται η προστασία την οποία παρέχει η οδηγία στους καταναλωτές, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι το άρθρο 6 της εν λόγω οδηγίας πρέπει να θεωρηθεί ως ισοδύναμο προς τους εθνικούς κανόνες δημοσίας τάξεως της ίδιας βαθμίδας στο πλαίσιο της εσωτερικής εννόμου τάξεως.»

53 «Εξ αυτού συνάγεται ότι, όταν ο δικαστής που επιλαμβάνεται εκδόσεως απογράφου μιας περιβληθείσας την ισχύ του δεδικασμένου διαιτητικής αποφάσεως, πρέπει να εξετάσει αυτεπαγγέλτως, σύμφωνα με τους εσωτερικούς δικονομικούς κανόνες, αν μια ρήτρα διαιτησίας αντιβαίνει προς τους εθνικούς κανόνες δημοσίας τάξεως, είναι επίσης υποχρεωμένος να εξετάσει αυτεπαγγέλτως τον καταχρηστικό χαρακτήρα μιας ρήτρας διαιτησίας έναντι του άρθρου 6 της οδηγίας, όταν διαθέτει τα αναγκαία προς τούτο νομικά και πραγματικά στοιχεία (βλ. επ' αυτού απόφαση *Rannon GSM*, προαναφερθείσα, σκέψη 32).»

³⁴ Κ. Ζέζιου, «Το αυτεπάγγελο ή μη του δικαστικού ελέγχου των ΓΟΣ στις καταναλωτικές συμβάσεις,» Αρμενόπουλος, 2012, σελ. 2015.

³⁵ Π. «Παπανικολάου, *Περί των ορίων της προστατευτικής παρεμβάσεως του δικαστή στη σύμβαση*», 1991, σελ. 392.

³⁶ Γ. Δέλλιος, ο.π., σελ. 351.

ότι ο αυτεπάγγελτος έλεγχος αποτελεί ,καταρχήν, αρμοδιότητα των εθνικών δικαστηρίων.³⁷ Το ΔΕΕ περιορίζεται στον έλεγχο καταχρηστικότητας που αφορά αποκλειστικά το άρθρο 3 της Οδηγίας 93/13, δεν προσφεύγει ,επομένως, στα κριτήρια του άρθρου 4 και του Παραρτήματος , κατά τα οποία λαμβάνονται υπόψη οι περιστάσεις που συνέτρεξαν κατά τη σύναψη της σύμβασης, καθώς και άλλοι παράγοντες όπως η φύση των αγαθών και υπηρεσιών που παρέχονται.³⁸

2.4|Ελληνική νομολογία- Μεμονωμένες αποφάσεις στις οποίες έγινε δεκτός αυτεπάγγελτος έλεγχος

Ενόψει της ανωτέρω αναλυθείσας πάγιας νομολογίας του ΔΕΕ περί υποχρέωσης των εθνικών δικαστηρίων να προβαίνουν σε αυτεπάγγελο έλεγχο της καταχρηστικότητας γενικών όρων συναλλαγών, κρίνεται σκόπιμο να παρουσιαστούν ορισμένες (μεμονωμένες σε κάθε περίπτωση) αποφάσεις των ελληνικών δικαστηρίων στις οποίες έγινε δεκτός ο αυτεπάγγελτος έλεγχος. Οι αποφάσεις αυτές στην ουσία συμμορφώνονται με την αρχή της αποτελεσματικότητας και ισοδυναμίας που καθιερώνει το ενωσιακό δίκαιο και επιτάσσει τον εθνικό νομοθέτη να μην θεσπίζει δικονομικούς κανόνες που καθιστούν αδύνατη ή ιδιαιτέρως δυσχερή την προστασία του καταναλωτή. Συνιστούν παρόλα αυτά ως και σήμερα την εξαίρεση του κανόνα.

Στην απόφαση υπ' αριθμόν 9350/2014 του Ειρηνοδικείου Αθηνών κρίθηκε αυτεπαγγέλτως καταχρηστικός όρος σε σύμβαση δανείου που προέβλεπε τον διορισμό ως αντικλήτου, προσώπου αγνώστου προς τους δανειολήπτες. Κατ' εφαρμογή του συγκεκριμένου όρου η ανώνυμη τραπεζική εταιρία προέβη σε επίδοση στον διορισθέντα με βάση σχετικό όρο της σύμβασης αντίκλητο, προκειμένου να προβεί σε ασφαλιστικά μέτρα νομής, ως ορίζει η προδικασία κατά ΚπολΔ 734. Το δικαστήριο στη μείζονα πρόταση προέβη στη διάκριση μεταξύ κανόνων δημόσιας τάξης που αφορούν το ιδιωτικό εξατομικευμένο συμφέρον του καταναλωτή και κατ' επέκταση εναπόκειται στην αυτονομία βούλησης η επίκληση της σχετικής ακυρότητας και ανάμεσα στους κανόνες δημόσιας τάξης υπό στενή έννοια που συμπεριλαμβάνονται στο δημόσιο δικονομικό δίκαιο, η παραβίαση των οποίων οδηγεί σε απόλυτη ακυρότητα και στην αυτεπάγγελη λήψη από το δικαστήριο ακόμα και ερήμην του καθ' ου η αίτηση. Εν προκειμένω, το δικαστήριο ενέταξε τον συγκεκριμένο όρο στους κανόνες δημόσιας τάξης υπό στενή έννοια, θεμελιώνοντας το σκεπτικό του στο συνταγματικά κατοχυρωμένο δικαίωμα σε δίκαιη δίκη, το οποίο προσβάλλεται όταν ο καθ' ου η αίτηση δεν λαμβάνει καν γνώση της σχετικής διαδικασίας, αλλά διεξάγεται απλώς μια «εικονική δίκη» στην οποία ο καθ' ου δεν έχει ούτε τη δυνατότητα να παραστεί, ούτε να υπερασπιστεί τα έννομα συμφέροντα του. Προέβη δε στην ερμηνεία αυτή κατ' εφαρμογή της γενικής ρήτρας του άρθρου 2 παρ. 6 του ν.2251/1994 και κατόπιν αυτεπάγγελης εξέτασης του συγκεκριμένου όρου, δεδομένης και της ερημοδικίας του καθ' ου η αίτηση, ακύρωσε τον συγκεκριμένο όρο ως αντικείμενο σε διάταξη νόμου κατά Α.Κ. 174. Στο ίδιο πνεύμα, όμοια

³⁷ Γ. Μεντής, ο.π., σελ. 560.

³⁸ Πάγια διατύπωση νομολογίας του ΔΕΕ: « το Δικαστήριο, κατά την άσκηση της αρμοδιότητας για την ερμηνεία του κοινοτικού δικαίου, η οποία του ανατίθεται από το άρθρο 234 ΕΚ, μπορεί να ερμηνεύσει τα γενικά κριτήρια που έθεσε ο κοινοτικός νομοθέτης για τον καθορισμό της έννοιας της καταχρηστικής ρήτρας. Αντιθέτως, δεν μπορεί να αποφανθεί επί της εφαρμογής των γενικών κριτηρίων σε συγκεκριμένη ρήτρα, η οποία πρέπει να εξεταστεί σε συνάρτηση με τις κατά περίπτωση περιστάσεις.»

αντιμετώπιση προσήκει και σε ρήτρες που περιλαμβάνονταν σε παλαιότερες ιδίως δανειακές συμβάσεις που προέβλεπαν τη δυνατότητα της ανώνυμης τραπεζικής εταιρίας να προβεί σε επίδοση της αγωγής ή αντιγράφου εξ απογράφου κατόπιν έκδοσης διαταγής πληρωμής στη γραμματεία του αρμόδιου κατά παρέκταση δικαστηρίου.

Την απόλυτη ακυρότητα γενικού όρου συναλλαγών κατ' άρθρο 2 παρ. 6 του ν.2251/1994 και κατ' επέκταση τον αυτεπάγγελτο έλεγχο υιοθέτησε το δικαστήριο και στην υπ' αριθμόν 524/2018 απόφαση του ΠΠρΠατρών εξετάζοντας το ζήτημα ως *obiter dictum*. Ομοίως και στην υπ' αριθμόν 2386/2006 απόφαση του Εφετείου Αθηνών υιοθετήθηκε ο αυτεπάγγελτος έλεγχος των Γ.Ο.Σ., θέση η οποία θεμελιώθηκε στον προστατευτικό σκοπό που επιτελεί η οδηγία για τον καταναλωτή. Και σε αυτή την περίπτωση, όμως, το δικαστήριο δεν προέβη πράγματι σε αυτεπάγγελτο έλεγχο, αλλά περιορίστηκε στην αναφορά της συγκεκριμένης θέσης στη μείζονα πρόταση. Αναφορά στον αυτεπάγγελτο έλεγχο Γ.Ο.Σ. μπορεί να ανιχνευθεί και στην υπ' αριθμόν 763/2017 απόφαση του Αρείου Πάγου, στην οποία κρίθηκε παραδεκτός αναιρετικός λόγος που αφορούσε ισχυρισμό που δεν προτάθηκε στα δικαστήρια ουσίας από τον αναιρεσείοντα, αλλά παρόλα αυτά ελήφθη υπόψη αυτεπαγγέλτως από το Εφετείο στο πλαίσιο του ΚπολΔ 527 περ. 3.³⁹

Συμπερασματικά, παρά την πάγια νομολογία του ΔΕΕ, την αρχή της αποτελεσματικότητας και ισοδυναμίας που διέπουν το ενωσιακό δίκαιο, αλλά και την κρατούσα στην ελληνική θεωρία άποψη περί αυτεπάγγελτου ελέγχου της καταχρηστικότητας γενικών όρων συναλλαγών, τα εθνικά δικαστήρια εμφανίζονται διστακτικά στην υιοθέτησή του, ενώ ακόμα και στις περιπτώσεις που γίνεται δεκτός, η παραδοχή αυτή περιορίζεται σε μια αναφορά στη μείζονα πρόταση, χωρίς να επηρεάζει την έκβαση της δίκης. Η αιτιολογία πίσω από αυτή την πάγια κρίση της νομολογίας εντοπίζεται στη σχετική ακυρότητα που προκαλείται όταν διαταράσσεται η ισορροπία δικαιωμάτων και υποχρεώσεων μεταξύ των συμβαλλομένων κατ' άρθρο 2 παρ. 6 του ν.2251/1994, η οποία αποτελεί κατά τη νομολογία εξειδίκευση της ένστασης καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος κατά Α.Κ. 281. Κατά μεταφορά, επομένως, του σκεπτικού αυτού και στην κατάχρηση της συμβατικής ελευθερίας, τα εθνικά δικαστήρια απορρίπτουν τον αυτεπάγγελτο έλεγχο Γ.Ο.Σ.. Δεδομένης, σε κάθε περίπτωση, της υπέρτερης τυπικής ισχύος των κανόνων ενωσιακού δικαίου οι οποίοι εν προκειμένω επιτάσσουν να μη καθίσταται αδύνατη ή υπέρμετρα δυσχερής η προστασία του καταναλωτή, κρίνεται αναγκαία η αναθεώρηση της συγκεκριμένης θέσης της νομολογίας προκειμένου να καταστεί αυτή συμβατή με το ενωσιακό δίκαιο. Άλλωστε το ζήτημα του συσχετισμού του αυτεπάγγελτου ελέγχου με το σχετικό ή απόλυτο της ακυρότητας, μπορεί να επιλυθεί και με την υιοθέτηση μια ενδιάμεσης άποψης, για την οποία θα ακολουθήσει χωριστή ανάλυση κατωτέρω.

Πέραν τούτων, ενόψει της δικονομικής αυτονομίας των κρατών-μελών, η οποία εν πολλοίς έχει οδηγήσει σε ανομοιομορφία όσον αφορά στον αυτεπάγγελτο έλεγχο των καταχρηστικών ρητρών, έχει προταθεί *de lege ferenda* η νομοθετική κατοχύρωση του αυτεπάγγελτου ελέγχου.⁴⁰

³⁹ «Σχετικά δε με το ζήτημα της καταχρηστικότητας του ανωτέρω όρου και της αρχής της διαφάνειας αυτού, το Εφετείο, κατά την ανέλεγκτη των πραγμάτων κρίση του, δέχθηκε ότι από τα αποδεικτικά μέσα που μνημονεύει, αποδείχθηκαν, εκτός όσων εκτίθενται στην έρευνα του πρώτου λόγου της αναιρέσης, και τα ακόλουθα: "Ούτε εξάλλου, ο όρος της ασφαλιστικής σύμβασης, με τον οποίο τίθενται οι προαναφερόμενες προδιαγραφές προς χαρακτηρισμό ενός νοσηλευτικού ιδρύματος ως νοσοκομείου, κατά τα ισχυριζόμενα με τις προτάσεις του το πρώτον μεν στην παρούσα δίκη από τον ενάγοντα, εξεταζόμενος όμως τούτου και αυτεπαγγέλτως, μπορεί να θεωρηθεί ενδεχομένως καταχρηστικός και εκ τούτου άκυρος, ελεγχόμενος υπό το πρίσμα των διατάξεων της παρ. 6 του άρθρου 2 ν. 2251/1994»

⁴⁰ B. Hess, «Ευρωπαϊκό δικονομικό δίκαιο καταναλωτή», ΕΠολΔ 1/2018, σελ. 10.

Ήδη μπορούν, άλλωστε, να εντοπιστούν ορισμένα κράτη-μέλη που έχουν τροποποιήσει τη νομοθεσία τους, βασιζόμενα στην πάγια νομολογία του ΔΕΕ και έχουν προβλέψει ρητώς την υποχρέωση του δικαστή να λαμβάνει υπόψη αυτεπαγγέλτως την καταχρηστικότητα των γενικών όρων συναλλαγών.⁴¹ Στο ίδιο πνεύμα, νομοθετικά θα πρέπει να επιλυθεί και το ζήτημα του αυτεπάγγελτου ελέγχου στο πρώιμο στάδιο που γεννάται η διαφορά (ιδίως κατά την έκδοση διαταγής πληρωμής), δεδομένου ότι όσον αφορά τουλάχιστον στο εθνικό μας δίκαιο, ο καθ'ού η διαταγή πληρωμής μπορεί να προβάλλει το πρώτον την καταχρηστικότητα του όρου μόνο με άσκηση ανακοπής του ΚΠολΔ 632 που στρέφεται κατά του κύρους της διαταγής πληρωμής. Υφίσταται, επομένως, ανάγκη να προστατευθούν τα συμφέροντα των καταναλωτών, με την ρητή κατοχύρωση της υποχρέωσης του δικαστή να προβαίνει σε αυτεπάγγελο έλεγχο της καταχρηστικότητας των Γ.Ο.Σ. στους οποίους στηρίζεται η απαίτηση, ήδη στο χρονικό σημείο εξέτασης της αίτησης για την έκδοση διαταγής πληρωμής. Ομοίως, ο αυτεπάγγελος έλεγχος της καταχρηστικότητας Γ.Ο.Σ. *de lege ferenda* θα πρέπει να εξασφαλίζεται και σε επίπεδο αναγκαστικής εκτέλεσης, όταν ο καταναλωτής δεν είχε ως το χρονικό αυτό σημείο τη δυνατότητα να προβάλλει την καταχρηστικότητα και δεν είχε μεσολαβήσει κρίση του δικαστηρίου. Επί παραδείγματι, προστασία μέσω του αυτεπάγγελτου ελέγχου θα πρέπει να παρέχεται στον καταναλωτή, όταν η απαίτηση βασίζεται σε συμβολαιογραφικό έγγραφο, το οποίο αποτελεί εκτελεστό τίτλο κατ' άρθρο 904 ΚΠολΔ, ή στην περίπτωση των υποθηκικών δανείων για τα οποία έχει προβλεφθεί νομοθετικά ότι δεν χρειάζεται η έκδοση διαταγής πληρωμής για να επισπευστεί αναγκαστική εκτέλεση. Σε αμφότερες τις περιπτώσεις δεν παρεμβάλλεται κρίση του δικαστηρίου, επομένως θα πρέπει να μπορεί να εξεταστεί η καταχρηστικότητα Γ.Ο.Σ. το πρώτο στη δίκη που αφορά επίσπευση αναγκαστικής εκτέλεσης. Οι προτάσεις αυτές αποσκοπούν στην άμβλυνση της έντονης διαφοροποίησης που παρατηρείται σε επίπεδο εθνικού δικαίου των κρατών-μελών, όσον αφορά στο επίπεδο προστασίας που παρέχεται στον καταναλωτή στο πλαίσιο της δικονομικής αυτονομίας. Δεν έχουν, επομένως, σκοπό να καταστήσουν άνευ αντικειμένου την Οδηγία 93/13, αλλά αντιθέτως να λειτουργήσουν υπομνηστικά για το δικαστή και να γίνει σαφέστερη η υποχρέωση του να προβεί σε αυτεπάγγελο έλεγχο της καταχρηστικότητας Γ.Ο.Σ., καθώς και να καθοριστούν οι προϋποθέσεις για το εγχείρημα αυτό.⁴²

2.5|Η παραίτηση από την προστασία που παρέχει η Οδηγία- Το ζήτημα της ιδιωτικής αυτονομίας

Όρια στον αυτεπάγγελο έλεγχο θέτει η ίδια η ιδιωτική αυτονομία του καταναλωτή, υπό την έννοια ότι ο καταναλωτής μπορεί να προβεί σε ελεύθερη και εν επίγνωση συναίνεση για τη χρήση της συγκεκριμένης ρήτρας που κρίθηκε από το δικαστήριο αυτεπαγγέλτως ως καταχρηστική.⁴³

⁴¹ *B. Hess, ο.π., σελ. 7*, αναφερόμενος στα παραδείγματα του γαλλικού και ισπανικού δικαίου.

⁴² *B.Hess, ο.π., σελ. 10*.

⁴³ C-6/2022 σκέψη 38, με αναφορά σε προηγούμενες αποφάσεις του ΔΕΕ, όπως C-19/20 και C:2021:341

Προϋπόθεση για τη συναίνεση αυτή από πλευράς καταναλωτή είναι η με βάση τους δικονομικούς κανόνες κάθε κράτους-μέλους λεπτομερής ενημέρωσή του σχετικά με τις έννομες συνέπειες που συνεπάγεται η κατάργηση της καταχρηστικής ρήτρας και τούτο, μάλιστα, ανεξάρτητα από το γεγονός της παράστασής του με δικηγόρο. Καθοριστική είναι εν προκειμένω η βούληση του καταναλωτή, ακόμα και όταν αυτός ζητά τη μη πράγματι συμφέρουσα για εκείνον ολική ακυρότητα της σύμβασης, δεδομένου ότι συνήθως στο εθνικό δίκαιο των κρατών-μελών θα προβλέπεται κάποια αξίωση επιστροφής των παροχών που έχουν εκπληρωθεί. Εν προκειμένω, στο εθνικό μας δίκαιο νομική βάση για την αναζήτηση των εκπληρωμένων παροχών θα μπορούσαν να αποτελέσουν οι διατάξεις του αδικαιολόγητου πλουτισμού κατά Α.Κ. 904 επ.. Επί παραδείγματι, σε μια σύμβαση δανείου μεταξύ τραπεζικού ιδρύματος και καταναλωτή, η ολική ακυρότητα της σύμβασης θα συνεπαγόταν σημαντικούς κινδύνους για τον καταναλωτή στο βαθμό που θα κληθεί να επιστρέψει το σύνολο του κεφαλαίου, ενώ στερείται και τη χρηματική ρευστότητα που αποτέλεσε το κίνητρό του για την κατάρτιση της σύμβασης. Το δικαστήριο οφείλει να επισημάνει στον καταναλωτή τον κίνδυνο της ολικής ακυρότητας της σύμβασης και μόνο αν αυτός παραιτείται από την προστασία της Οδηγίας κηρύσσεται η ακυρότητα της σύμβασης.⁴⁴

Εν προκειμένω, στην απόφαση C-6/2022 είχε υποβληθεί αίτημα του καταναλωτή για κήρυξη της ολικής ακυρότητας της σύμβασης. Το ΔΕΕ προέβη στην ερμηνεία ότι παρά την κρίση του εθνικού δικαστηρίου, ότι η κήρυξη της ολικής ακυρότητας θα είχε καταστροφικές οικονομικές συνέπειες για τον καταναλωτή, δεν νομιμοποιείται αυτό να λάβει αυτεπαγγέλτως υπόψη την περιουσιακή κατάσταση του καταναλωτή και τη μη δυνατότητα του να ανταποκριθεί στις υποχρεώσεις από την κήρυξη της ολικής ακυρότητας της σύμβασης. Στο δίκαιο μας το ζήτημα κρίνεται ως μειωμένης σημασίας λόγω της πάγιας νομολογίας των ελληνικών δικαστηρίων να απορρίπτουν τον αυτεπάγγελο έλεγχο της καταχρηστικότητας γενικών όρων συναλλαγών.

3. | Ex tunc ή ex nunc ακυρότητα των γενικών όρων συναλλαγών

Το ζήτημα της ex nunc ή ex tunc ακυρότητας παρουσιάζεται ως μειωμένης αξίας όσον αφορά στο εθνικό μας δίκαιο, δεδομένου ότι κατά τις επιταγές του άρθρου 180 Α.Κ. «Η άκυρη δικαιοπραξία θεωρείται σαν να μην έγινε.». Ως εκ τούτου τα ελληνικά δικαστήρια δεν κηρύσσουν την ακυρότητα, αλλά απλώς αναγνωρίζουν την αυτοδίκαιη ακυρότητα, η οποία λειτουργεί

⁴⁴ ο.π. σκέψεις 40 «Η πληροφόρηση αυτή είναι ιδιαίτερος σημαντική ιδίως όταν η μη εφαρμογή της καταχρηστικής ρήτρας μπορεί να έχει ως συνέπεια την κήρυξη της σύμβασης ως άκυρης στο σύνολό της, με αποτέλεσμα την ενδεχόμενη έκθεση του καταναλωτή σε αξιώσεις περί επιστροφής (απόφαση της 29ης Απριλίου 2021, Bank BPH, C-19/20, EU:C:2021:341, σκέψη 98).»

⁴¹ «Εντούτοις, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι, για την εκτίμηση των συνεπειών που έχει επί της καταστάσεως του καταναλωτή η κήρυξη σύμβασης ως άκυρης στο σύνολό της, καθοριστική σημασία έχει η βούληση που εξέφρασε συναφώς ο καταναλωτής (απόφαση της 3ης Οκτωβρίου 2019, Dziubak, C-260/18, EU:C:2019:819, σκέψη 56).»

⁴³ «Κατά συνέπεια, εφόσον το αιτούν δικαστήριο ενημέρωσε τους καταναλωτές κατά τρόπο αντικειμενικό και εξαντλητικό για τις έννομες συνέπειες καθώς και για τις ιδιαίτερες επιζήμιες οικονομικές συνέπειες που ενδέχεται να έχει ως προς αυτούς η ακύρωση της σύμβασης, δεν μπορεί, αφού λάβει υπόψη τη βούλησή τους να κηρυχθεί η ακυρότητα της σύμβασης, να μη δεχθεί την παραίτησή τους από την προστασία που τους παρέχει η οδηγία.»

αναδρομικά, ενώ το ίδιο θα ισχύσει και για τις ακυρώσιμες δικαιοπραξίες, οι οποίες μετά την ακύρωσή τους εξομοιώνονται με τις εξαρχής άκυρες.⁴⁵ Το ζήτημα έχει απασχολήσει παρόλα αυτά εντόνως τη νομολογία του ΔΕΕ με αφορμή τη ρήτρα κατώτατου επιτοκίου που προβλεπόταν σε δανειακές συμβάσεις μεταξύ ισπανικών τραπεζικών ιδρυμάτων και καταναλωτών. Λόγω της έκτασης που έλαβε το συγκεκριμένο ζήτημα, αλλά και λόγω της εξειδίκευσης των άρθρων 6 και 7 της Οδηγίας 93/13 στην οποία οδήγησε η ερμηνεία του εν λόγω ζητήματος, αξίζει μια προσεκτικότερη ματιά.

Οι ρήτρες αυτές, περιεχόμενες σε γενικούς όρους συναλλαγών, προέβλεπαν ελάχιστο συντελεστή, κάτω του οποίου δεν ήταν δυνατό να υποχωρήσει το επιτόκιο. Το ζήτημα επηρέασε κατά περιόδους και τα δάνεια σε ελβετικό φράγκο, στα οποία συχνά περιλαμβανόταν ρήτρα που περιόριζε το επιτοκιακό όφελος των δανειοληπτών, όταν το επιτόκιο βάσης (LIBOR) κινείτο σε αρνητικά επίπεδα. Έτσι, πτώση του επιτοκίου βάσης κάτω του μηδενός δεν λαμβάνεται υπόψη, αλλά τίθεται ως κατώτατο όριο το μηδέν, με αντίστοιχη ζημία του καταναλωτή. Η εν λόγω ρήτρα κατώτατου επιτοκίου κρίθηκε από το ανώτατο δικαστήριο της Ισπανίας (Tribunal Supremo) καταχρηστική ως αδιαφανής. Στο ισπανικό δίκαιο ισχύει επίσης ως κανόνας η αναδρομικότητα της ακυρότητας, η οποία, όμως, κατά το ισπανικό ανώτατο δικαστήριο πρέπει να συσχετιστεί με γενικές αρχές του δικαίου, όπως η ασφάλεια του δικαίου. Ομοίως, από πλευράς οικονομικής ανάλυσης του δικαίου εκφράστηκε η άποψη ότι τυχόν αποδοχή της ερμηνευτικής εκδοχής περί αναδρομικής ακυρότητας θα είχε ως αποτέλεσμα την πλήρη αδυναμία του τραπεζικού ιδρύματος να ανταποκριθεί στις οικονομικές του υποχρεώσεις, γεγονός που αν εξετασθεί ωφελιμιστικά ή σε κάθε περίπτωση μακροπρόθεσμα θα απέβαινε εις βάρος των καταναλωτών και της ισπανικής αγοράς εν γένει. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με τα στατιστικά της Ισπανικής Κεντρικής Τράπεζας, οι αξιώσεις των δανειοληπτών για αχρεωστήτως καταβληθείσες παροχές ανέρχονται σε 4 δισεκατομμύρια ευρώ, ενώ η συγκεκριμένη ρήτρα κατώτατου επιτοκίου έχει συμπεριληφθεί σε περισσότερες από 1.4 εκατομμύρια συμβάσεις ενυπόθηκου δανείου. Κατά συνέπεια, η ικανοποίηση του αιτήματος των καταναλωτών, το οποίο προβλήθηκε δικαστικώς τόσο ατομικά όσο και συλλογικά, θα επέφερε καταστροφικές οικονομικές συνέπειες για το ισπανικό τραπεζικό σύστημα εν γένει.

Κατόπιν των ανωτέρω το δικαστήριο, περιόρισε χρονικά τα αποτελέσματα της ακυρότητας μόνο από την έκδοση της απόφασης και ύστερα, μη αποδεχόμενο την αναδρομικότητα της ακυρότητας. Η κρίση αυτή που ελήφθη αρχικά σε επίπεδο συλλογικής αγωγής, επεκτάθηκε αργότερα και σε ατομική δίκη που αφορούσε συγκεκριμένο καταναλωτή. Πρωτίστως, επισημαίνεται ότι δεν προβλέπεται ρητή ρύθμιση, ούτε στην Οδηγία 93/13, ούτε στο ν.2251/1994 που να επιλύει το ζήτημα της αναδρομικότητας της ακυρότητας. Ως εκ τούτου το ζήτημα αναλύεται από το ΔΕΕ στο πλαίσιο της υποχρέωσης των κρατών-μελών να λαμβάνουν αναγκαία και κατάλληλα μέτρα για την αποτελεσματική προστασία των καταναλωτών και την επίτευξη των σκοπών της οδηγίας.⁴⁶

⁴⁵ Υπό την επιφύλαξη του Α.Κ. 184 «Η ακυρώσιμη δικαιοπραξία μετά την ακύρωσή της εξομοιώνεται με την εξαρχής άκυρη, με την επιφύλαξη των διατάξεων που αφορούν εμπράγματα δικαιώματα που τρίτος απέκτησε από σύμβαση που ακυρώθηκε.», Βλ. και Α.Κ. 1204

⁴⁶ Γ. Μεντής, ο.π., σελ.564.

Κατά τις επιταγές του άρθρου 6 της Οδηγίας καταχρηστικές ρήτρες της σύμβασης δεν δεσμεύουν τον καταναλωτή, ενώ όπως προκύπτει από τα πορίσματα της νομολογίας του ΔΕΕ⁴⁷ τέτοια καταχρηστική ρήτρα πρέπει να θεωρείται ως ουδέποτε υπάρξασα, ενώ πρέπει η κήρυξη της ακυρότητας αυτής να συνεπάγεται την αποκατάσταση της νομικής και πραγματικής κατάστασης στην οποία θα βρισκόταν ο καταναλωτής χωρίς τη συμπερίληψη της συγκεκριμένης καταχρηστικής ρήτρας. Συνεπώς, ως προς το ζήτημα που εξετάζεται εν προκειμένω, ο καταναλωτής για να βρίσκεται σε όμοια νομική και πραγματική κατάσταση με αυτή που θα ήταν χωρίς την πρόβλεψη της καταχρηστικής ρήτρας, θα πρέπει να μπορεί να αναζητήσει τις αχρεωστήτως καταβληθείσες παροχές ήδη από το χρόνο της σύναψης της σύμβασης και όχι από τη δημοσίευση της απόφασης και ύστερα. Η αιτιολόγηση του ΔΕΕ, όπως και στον αυτεπάγγελτο έλεγχο, επικεντρώνεται σε τελεολογικές αξιολογήσεις και συγκεκριμένα στον αποτρεπτικό χαρακτήρα που εγκολπώνουν τα άρθρα 6 και 7 της Οδηγίας.⁴⁸ Αν ο επαγγελματίας-συντάκτης των όρων, γνώριζε εκ των προτέρων ότι στη χειρότερη δυνατή περίπτωση ο καταχρηστικός όρος της σύμβασης θα καθίστατο άκυρος μόνο για το μέλλον (ex nunc) δεν θα είχε κανένα απολύτως συμφέρον να συμμορφωθεί με τις επιταγές της Οδηγίας και να επιμεληθεί την πρόβλεψη δίκαιων όρων. Τούτο δεν σημαίνει ότι η προστασία του καταναλωτή από την Οδηγία είναι απόλυτη, δεδομένου ότι η νομολογία του ΔΕΕ έχει δεχτεί περιορισμό αυτής σε ορισμένες περιπτώσεις που εθνικοί δικονομικοί κανόνες πράγματι τη δικαιολογούν (βλ. θεσμός δεδικοσμένου).⁴⁹

Εν συνεχεία, κατόπιν έκδοσης των ως άνω αναφερόμενων αποφάσεων του ΔΕΕ, τα εθνικά δικαστήρια της Ισπανίας υιοθέτησαν το σκεπτικό του ΔΕΕ και έκριναν άκυρες αναδρομικά τις αδιαφανείς ρήτρες επιτοκίων. Το ζήτημα, λόγω της καταλυτικής του σημασίας για την ισπανική οικονομία, επιλύθηκε εν κατακλείδι νομοθετικά, κατόπιν της έκδοσης του υπ' αριθμόν 1/2017 Βασιλικού Διατάγματος.⁵⁰ Στο διάταγμα αυτό προβλέπεται συγκεκριμένη διαδικασία για την επιστροφή των αχρεωστήτως καταβληθέντων ποσών, η οποία βαρύνει οικονομικά τις τράπεζες και εμφορείται από τη ratio της αποσυμφόρησης των εθνικών δικαστηρίων και της επιτάχυνσης της διαδικασίας. Ειδικότερα, τα τραπεζικά ιδρύματα υποχρεούνται εντός 3 μηνών από τη δημοσίευση το διατάγματος να προβούν σε εξωδικαστική συμφωνία με τον καταναλωτή, είτε προτείνοντας την απόδοση συγκεκριμένου ποσού, είτε προτείνοντας ευνοϊκότερους δανειακούς όρους. Ο καταναλωτής έχει το δικαίωμα να αποκρούσει αυτή την προσφορά, ακολουθώντας τη δικαστική οδό, ενώ το τραπεζικό ίδρυμα θα βαρύνεται με τη δικαστική δαπάνη μόνο στην περίπτωση που το δικαστήριο επιδικάσει ποσό μεγαλύτερο από αυτό που προτάθηκε κατά τη διαδικασία της εξωδικαστικής ρύθμισης. Η δυνατότητα των τραπεζών να προτείνουν ως προσφορά ευνοϊκότερους δανειακούς όρους, θα πρέπει να αντιμετωπίζεται με επιφυλακτικότητα ενόψει της απαίτησης του ΔΕΕ οι καταχρηστικοί όροι να μη δεσμεύουν τον καταναλωτή και να μπορεί να αποκατασταθεί η νομική και πραγματική κατάσταση στην οποία θα βρισκόταν ο

⁴⁷ C-154/2015, C-307/2015, C-318/2015

⁴⁸ Χ. Χασάπης, Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου ΙΖ/2017, σελ. 287.

⁴⁹ C-40/2008, σκέψη 37: «Κατά συνέπεια, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, το κοινοτικό δίκαιο δεν επιβάλλει στα εθνικά δικαστήρια να μη λαμβάνουν υπόψη εσωτερικούς δικονομικούς κανόνες περιβάλλοντες με την ισχύ του δεδικοσμένου μια απόφαση, ακόμη και αν έτσι θα μπορούσε να αποτραπεί παράβαση, λόγω αυτής της απόφασης, διατάξεως του κοινοτικού δικαίου, ανεξαρτήτως της φύσεως αυτής (βλ., ιδίως, αποφάσεις της 1ης Ιουνίου 1999, C-126/97, Eco Swiss, Συλλογή 1999, σ. I-3055, σκέψεις 47 και 48, Kapferer, προαναφερθείσα, σκέψη 21, καθώς και Fallimento Olimpiclub, προαναφερθείσα, σκέψη 23).»

⁵⁰ Χ. Χασάπης, ο.π., σελ. 292

οφειλέτης χωρίς τη συμπερίληψη του συγκεκριμένου καταχρηστικού όρου. Η δυνατότητα αυτή του επαγγελματία να αναπροσαρμόζει απλώς εκ των υστέρων τους όρους της σύμβασης, δεν φαίνεται να συμπλέει με τον αποτρεπτικό σκοπό που επιτελούν τα άρθρα 6 και 7 της Οδηγίας.

Συγκεφαλαιώνοντας, τα άρθρα 6 και 7 της Οδηγίας κατά το ΔΕΕ έχουν την έννοια ότι δεν είναι συμβατή με το ενωσιακό δίκαιο εθνική ρύθμιση που περιορίζει χρονικά τα έννομα αποτελέσματα απορρίπτοντας την *ex tunc* ακυρότητα της καταχρηστικής ρήτρας. Και τούτο γιατί ματαιώνεται η αποτρεπτική για τον επαγγελματία λειτουργία της Οδηγίας, ενώ δεν συνιστά κατάλληλο και αποτελεσματικό μέσο σύμφωνα με τις επιταγές του άρθρου 7 που επιτάσσει ο καταναλωτής να βρίσκεται ,κατόπιν κήρυξης της ακυρότητας, στην πραγματική και νομική κατάσταση που θα ήταν χωρίς τη συνομολόγηση της ρήτρας αυτής. Η προστασία του καταναλωτή δεν είναι απόλυτη, αλλά μπορεί να περιοριστεί από εθνικούς δικονομικούς κανόνες όπως το δεδικασμένο που έχουν καταλυτική σημασία για την ασφάλεια δικαίου στην εθνική έννομη τάξη.

4. Το ζήτημα της μερικής ακυρότητας του όρου- Η ερμηνευτική συστολή του άκυρου όρου

Τη νομολογία του ΔΕΕ, αλλά και τη θεωρία, απασχόλησε το ζήτημα του κατά πόσο η ακυρότητα μιας συγκεκριμένης ρήτρας είναι μερική ή ολική σε επίπεδο όρου. Με άλλα λόγια το ερευνητέο ζήτημα αφορά στο κατά πόσο είναι δυνατή η ερμηνευτική συστολή ενός άκυρου όρου, ούτως ώστε να παραμένει έγκυρος μόνο ο πυρήνας του. Ως παραδείγματα από το εθνικό μας δίκαιο θα μπορούσαν να αναφερθούν: είτε α) μια υπέρμετρη ποινική ρήτρα, η οποία συνομολογήθηκε ως γενικός όρος συναλλαγών και προτείνεται ο περιορισμός της στο ανάλογο μέτρο που επιτάσσει το άρθρο 409 Α.Κ.⁵¹, είτε β) μια συμφωνία παρέκτασης αρμοδιότητας που έχει συμφωνηθεί ως αποκλειστική, να καταστεί κατά μετατροπή σε συντρέχουσα κατόπιν αναγνώρισης της μερικής ακυρότητας του όρου.⁵² Το πρώτο παράδειγμα αποτέλεσε, άλλωστε, την αφορμή για να προβεί το ΔΕΕ σε ερμηνεία των άρθρων 6 και 7 της οδηγίας από τη συγκεκριμένη σκοπιά, αντλώντας επιχειρήματα τόσο από το γραμματικό όσο και από το τελεολογικό κριτήριο.⁵³ Με την εν λόγω απόφαση το ΔΕΕ στην ουσία μεταφέρει τα τελεολογικά πορίσματα του που είχε εκφράσει μέχρι τότε σε δικονομικό επίπεδο (στο πλαίσιο του αυτεπάγγελτου ελέγχου καταχρηστικών ρητρών) και σε επίπεδο ουσιαστικού δικαίου και συγκεκριμένα στις έννομες συνέπειες της καταχρηστικότητας που εν προκειμένω συνίστανται κατά το ΔΕΕ στην ολική ακυρότητα του όρου.⁵⁴

⁵¹ Γ. Μεντής, ο.π., σελ. 554.

⁵² Γ. Δέλλιος, ο.π., σελ. 356.

⁵³ C-488/11- Abseek Brusse και de Man Garabito κατά Jahani BV.

⁵⁴ Χ. Χασιάης, Το ζήτημα της μερικής ακυρότητας των καταχρηστικών γενικών όρων συναλλαγών, ΧρΙΔ 2014, σελ.336.

Τόσο στην ελληνική όσο και στη γερμανική θεωρία κρατεί η άποψη της ολικής ακυρότητας του καταχρηστικού όρου, ενώ καταρχήν ούτε η μετατροπή του άκυρου όρου σε έγκυρη είναι δυνατή.⁵⁵ Η αιτιολόγηση της θέσης αυτής πηγάζει κατά κύριο λόγο από επιχειρήματα τελεολογικού χαρακτήρα και ιδίως από την ανάγκη εδραίωσης του αποτρεπτικού αποτελέσματος στο οποίο αποσκοπεί η Οδηγία και κατ' επέκταση η εθνική μας νομοθεσία. Εν άλλους λόγους, το δίκαιο των γενικών όρων συναλλαγών εξ ορισμού διακατέχει γενικοπροληπτικό και κυρωτικό χαρακτήρα επιβάλλοντας στον επαγγελματία-συντάκτη των όρων την υποχρέωση να επιμεληθεί την κατάστρωση της σύμβασης κατά τρόπο που να επιτυγχάνεται μια δίκαιη ισορροπία δικαιωμάτων και υποχρεώσεων. Σε διαφορετική περίπτωση οι καταχρηστικοί όροι θα διαιωνίζονταν, δεδομένου, ότι οι επαγγελματίες δεν θα είχαν κανένα απολύτως συμφέρον να συμμορφωθούν προς τις αρχές της καλής πίστης, καθώς στο χειρότερο για αυτούς σενάριο θα επιφορτιζόταν το δικαστήριο με τη διάσωση του συγκεκριμένου όρου ή τον περιορισμό του στο ανάλογο μέτρο, καταργώντας έτσι κάθε κίνητρο συμμόρφωσης απευθυνόμενο στο συντάκτη των όρων.⁵⁶ Η ανάγκη αυτή υφίσταται κατά την κρατούσα στη θεωρία άποψη τόσο σε επίπεδο ατομικής όσο και συλλογικής δίκης.

Αντίστοιχα, όσον αφορά στην καταρχήν αδυναμία μετατροπής του άκυρου όρου σε έγκυρο κατ' εφαρμογή του άρθρου 182 Α.Κ. αυτή δικαιολογείται από την έλλειψη της εικαζόμενης βούλησης του καταναλωτή, ο οποίος κατ' ουσία προσχωρεί στη σύμβαση ως έχει ήδη διαμορφωθεί από το συντάκτη («take it or leave it»), χωρίς να παρέχεται η δυνατότητα διαπραγμάτευσης και επηρεασμού του περιεχομένου της σύμβασης.⁵⁷ Δεν λείπουν, ωστόσο, ως προς το ζήτημα της μετατροπής, οι αντίθετες φωνές στη θεωρία. Χαρακτηριστικά, αναφέρεται ότι παρόλο που οι προϋποθέσεις του άρθρου 182 Α.Κ. θα είναι δύσκολο να συντρέχουν, ιδίως η εικαζόμενη και ανεπηρέαστη βούληση του καταναλωτή για μετατροπή της καταχρηστικής ρήτρας, μια τέτοια δυνατότητα δεν θα πρέπει να αποκλειστεί όταν η μετατροπή αυτή κρίνεται ευνοϊκή για τα συμφέροντα του καταναλωτή.⁵⁸ Ως παράδειγμα τέτοιας ευνοϊκής μετατροπής ενός ολικά άκυρου όρου αναφέρεται στη θεωρία η συνομολόγηση ενός δανείου σε ελβετικό φράγκο. Άκυρη ως αδιαφανής είναι, κατ' αυτήν την άποψη, τόσο η έκφραση της οφειλής σε συνάλλαγμα όσο και το επιτόκιο που συναρτάται με αυτή. Ωστόσο, η ανάγκη του καταναλωτή για χρηματική ρευστότητα εξακολουθεί να υφίσταται, χρειάζεται επομένως η μετατροπή του συμβατικού όρου με βάση την εικαζόμενη βούληση του καταναλωτή και του παρέχοντος υπηρεσίες επαγγελματία σε δάνειο εκφρασμένο σε ευρώ. Η εικαζόμενη βούληση από τη πλευρά του προμηθευτή τείνει προς την ως άνω κατεύθυνση, καθώς σε περίπτωση αναγνώρισης ολικής ακυρότητας του όρου και μη μετατροπής αυτού, κινδυνεύει από την προβολή της ένστασης μη σωζόμενου πλουτισμού κατ' άρθρο 909 Α.Κ..⁵⁹

⁵⁵ Έτσι, Γ. Δέλλιος, Γ. Μεντής, Ι. Καρακώστας, Α. Κοτζάμπαση.

⁵⁶ Ομοίως κρίνει και η νομολογία του ΔΕΕ για την οποία βλ. κατωτέρω.

⁵⁷ Γ. Δέλλιος, ο.π., σελ. 356.

⁵⁸ Μ. Σταθόπουλος, «Καταχρηστικές ρήτρες στις καταναλωτικές συμβάσεις- Ισχύς της απόφασης επί συλλογικής αγωγής», ΧρΙΔ Ι/2010, σελ/502.

⁵⁹ Γ. Μεντής, ο.π., σελ.267 και 555.

Από την ίδια σκοπιά εκκινεί και η νομολογία του ΔΕΕ, υπογραμμίζοντας σε πρώτη φάση με βάση το γραμματικό κριτήριο ότι το άρθρο 6 παρ. 1 της Οδηγίας προβλέπει τη διάσωση του κύρους της όλης σύμβασης, μόνο αν αυτή μπορεί να εξακολουθήσει να υφίσταται χωρίς τις καταχρηστικές ρήτρες.⁶⁰ Από τη διατύπωση αυτή αντλείται το επιχείρημα ότι το εθνικό δικαστήριο οφείλει να μην εφαρμόσει τη καταχρηστική ρήτρα, ούτως ώστε αυτή να μην παράγει δεσμευτικά αποτελέσματα τόσο νομικά όσο και πραγματικά, χωρίς να υφίσταται η δυνατότητα τροποποίησης της συγκεκριμένης ρήτρας, κατά τρόπο ώστε να διασωθεί έστω ο ελάχιστος πυρήνας της.⁶¹ Αντιπαραβάλλεται εν προκειμένω το επιχείρημα ότι το άρθρο 6 της Οδηγίας απλώς επιτάσσει τη μη δεσμευτικότητα της καταχρηστικής ρήτρας, ενώ επαφίεται στον εθνικό νομοθέτη να προβλέψει τα μέσα για την επίτευξη του αποτελέσματος αυτού.⁶² Συνιστά κατά τη θέση αυτή μορφή μη δεσμευτικότητας και η μερική ακυρότητα του όρου, επομένως η γραμματική ερμηνεία δεν επαρκεί για την επίλυση του ζητήματος και χρειάζεται και με βάση το δίκαιο της ΕΕ, η προσφυγή σε επιχειρήματα εκπορευόμενα από τη ratio της Οδηγίας προκειμένου να εξεταστεί αν εξασφαλίζεται η αποτελεσματική και ουσιαστική προστασία του καταναλωτή με την αναγνώριση ή κήρυξη μερικής μόνο ακυρότητας της ρήτρας.⁶³

Υποστηρίζεται, επιπλέον, ότι και σε επίπεδο εθνικής νομοθεσίας, δεν μπορεί να εξαχθεί κάποια αναμφισβήτητη λύση με βάση αμιγώς την ερμηνεία του γράμματος. Ειδικότερα, το άρθρο 2 παρ. 8⁶⁴ ρυθμίζει απλώς τη δυνατότητα επίκλησης της ακυρότητας της όλης σύμβασης σε περίπτωση καταχρηστικότητας ορισμένου όρου, χωρίς να ρυθμίζει, ωστόσο, το εύρος της ακυρότητας σε επίπεδο του συγκεκριμένου όρου, αν αυτή θα είναι δηλαδή μερική ή ολική. Αντίστοιχα, παρατηρείται ότι και η γενική ρήτρα του άρθρου 2 παρ. 6 απλώς διακηρύσσει την ακυρότητα των καταχρηστικών όρων, αφήνοντας ανοικτές παραπάνω ερμηνευτικές εκδοχές ως προς το αν αυτή η ακυρότητα σε επίπεδο όρου είναι μερική ή ολική. Εν άλλους λόγους, εφόσον ο νόμος δεν διακρίνει, δεν μπορεί να διακρίνει και ο ερμηνευτής, με αποτέλεσμα να καθίσταται αναγκαία η προσφυγή στο συστηματικό και τελεολογικό κριτήριο.

Ως προς τελεολογικό κριτήριο, η νομολογία του ΔΕΕ στην ουσία υιοθέτησε την κρατούσα στη γερμανική θεωρία άποψη περί ολικής ακυρότητας του όρου, στηριζόμενη στο επιχείρημα ότι η ματαίωση του αποτρεπτικού και γενικοπροληπτικού αποτελέσματος θα έθετε σε κίνδυνο την επίτευξη του μακροπρόθεσμου σκοπού του άρθρου 7 της Οδηγίας, ήτοι στην παύση της χρήσης καταχρηστικών ρητρών στις συμβάσεις μεταξύ επαγγελματία και καταναλωτή. Η αναγνώριση ή κήρυξη της μερικής ακυρότητας κατά το ως άνω σκεπτικό δεν επαρκεί για την αποτελεσματική προστασία του καταναλωτή, καθώς ως προαναφέρθηκε δεν ασκείται κανένας μοχλός πίεσης στον συντάκτη των όρων για τη συμπερίληψη δίκαιων όρων, καθώς στο χειρότερο για αυτόν σενάριο

⁶⁰ Βλ. C-618/10, C488/11.

⁶¹ Χ. Χασάπης, Το ζήτημα της μερικής ακυρότητας των καταχρηστικών γενικών όρων συναλλαγών, ΧρΙΔ 2014, σελ.329

⁶² Άρθρο 6 παρ. 1 Οδηγίας 93/13 «τηρουμένων των σχετικών όρων της εθνικής νομοθεσίας».

⁶³ Χ. Χασάπης, ο.π., σελ 333.

⁶⁴ Άρθρο 2 παρ. 8 ν.2251/1994 «Ο προμηθευτής δεν μπορεί να επικαλεσθεί την ακυρότητα ολόκληρης της σύμβασης, για το λόγο ότι ένας ή περισσότεροι γενικοί όροι είναι άκυροι ως καταχρηστικοί.»

ο όρος θα θεωρηθεί μερικά άκυρος και η μόνη απώλεια του προμηθευτή θα υφίσταται μόνο ως προς το υπερβάλλον μέρος που διαταράσσει την ισορροπία.

Ωστόσο, και η τελεολογική αυτή θεώρηση δεν είναι ανεπίδεκτη αντιλόγου. Υποστηρίζεται εν προκειμένω ότι η διάγνωση της καταχρηστικότητας των ρητρών δεν είναι πάντα δεδομένη για τον προμηθευτή, δεδομένου ότι η νομολογία μεταβάλλεται και όσον αφορά συγκεκριμένα το γερμανικό παράδειγμα, καθίσταται όλο και αυστηρότερος ο δικαστικός έλεγχος των γενικών όρων συναλλαγών. Κατά την άποψη αυτή, η καλή πίστη επιβάλλει να συνυπολογίζεται και το συμφέρον του προμηθευτή, ιδίως όταν αυτός έχει επιδείξει την προσήκουσα επιμέλεια για την κατάρτιση της σύμβασης συμμορφούμενος με την υπάρχουσα ως τότε νομολογία του Ακυρωτικού, δεδομένου ότι «*Impossibilium nulla est obligatio*».⁶⁵ Αντίστοιχα, επισημαίνεται ότι με βάση την αρχή της ελάχιστης δυνατής επέμβασης του δικαστή στη συμβατική ρύθμιση, αρχή η οποία πηγάζει από την καίρια θέση που καταλαμβάνει η αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας στο αστικό δίκαιο, η ακυρότητα θα πρέπει να περιορίζεται στο «προβληματικό» μέρος της σύμβασης, ενώ το υπόλοιπο τμήμα παραμένει δεσμευτικό υπό την προϋπόθεση ότι εξακολουθεί να αναπαριστά την αληθινή βούληση των μερών. Εξασφαλίζεται εν άλλους λόγους, η ελάχιστη επέμβαση του δικαστή στη συμβατική ελευθερία υπό τον όρο ότι το υπόλοιπο μέρος εξακολουθεί να συνιστά μια κατανοητή και νόμιμη ρύθμιση. Πρόκειται για τη λεγομένη θεωρία του «blue pencil test», η οποία έχει αναπτυχθεί σε επίπεδο αγγλοσαξονικού δικαίου.⁶⁶

Ως παράδειγμα από τη δεξαμενή του εθνικού μας δικαίου θα μπορούσε να αντληθεί η πρόβλεψη σε σύμβαση μεταξύ προμηθευτή και καταναλωτή μιας απαλλακτικής ρήτρας του προμηθευτή «από κάθε ευθύνη». Μια τέτοια ρήτρα θα ήταν άκυρη, τόσο σε επίπεδο δικαίου των γενικών όρων συναλλαγών (άρθρο 2 παρ. 7 περιπτώσεις β και γ), όσο και επίπεδο αστικού κώδικα με βάση το άρθρο 332 Α.Κ., καθώς περιορίζει την ευθύνη του προμηθευτή ακόμα και για δόλο και βαριά αμέλεια. Με βάση την ως άνω θεώρηση, μια τέτοια ρήτρα θα παρέμεινε έγκυρη όσον αφορά την απαλλαγή του προμηθευτή από την ευθύνη για ελαφρά αμέλεια, ρύθμιση η οποία κρίνεται νόμιμη από το δίκαιο των Γ.Ο.Σ. όσο και από τον Αστικό Κώδικα και είναι σύμφωνη με τη βούληση των μερών, αφού έχουν συμφωνήσει το μείζον, ήτοι την απαλλαγή από κάθε ευθύνη. Η ερμηνευτική αυτή εκδοχή γίνεται δεκτή σε ορισμένα εθνικά δίκαια, όπως στο ελβετικό (κρατούσα άποψη σε νομολογία και θεωρία), υπό την έννοια ότι η ακυρότητα καλύπτει μόνο το μέρος της ρήτρας που αντίκειται στον απαγορευτικό κανόνα δικαίου.⁶⁷ Η θέση αυτή δοκιμάζεται ενόψει της προαναφερθείσας νομολογίας του ΔΕΕ, κατά την οποία δεν επιτρέπεται στον εθνικό δικαστή να συμπληρώσει τη σύμβαση αναθεωρώντας το περιεχόμενο της ρήτρας, θέση η οποία παραμένει πάγια ως σήμερα.⁶⁸ Έτσι, στα εθνικά δίκαια που κρατεί η θέση περί ολικής ακυρότητας

⁶⁵ Χ. Χασάπης, «Το ζήτημα της μερικής ακυρότητας των καταχρηστικών γενικών όρων συναλλαγών», ΧρΠΔ 2014, σελ.331, με αναφορά σε γερμανική θεωρία, ιδίως Uffman.

⁶⁶ Χ. Χασάπης, ο.π., σελ.332.

⁶⁷ Α. Κοτζάμπαση, Οι απαλλακτικές ρήτρες στους γενικούς όρους συναλλαγών, 2001, σελ. 255 επ., η οποία τάσσει πάντως υπέρ της ολικής ακυρότητας της ρήτρας βασιζόμενη σε επιχειρήματα τελεολογικού χαρακτήρα για τα οποία βλ. ανωτέρω.

⁶⁸ Βλ. **C 705/21** της 27ης Απριλίου 2023, σκέψη 40: «όπως έχει επισημάνει το Δικαστήριο, εάν το εθνικό δικαστήριο είχε την εξουσία να αναθεωρεί το περιεχόμενο των καταχρηστικών ρητρών που περιέχονται σε σύμβαση που συνάπτεται μεταξύ καταναλωτή και επαγγελματία, η ευχέρεια αυτή θα καθιστούσε ενδεχομένως δυσχερέστερη την επίτευξη του μακροπρόθεσμου σκοπού του άρθρου 7 της οδηγίας 93/13, ο οποίος συνίσταται στην παύση της χρήσης καταχρηστικών ρητρών σε τέτοιες συμβάσεις. Η ευχέρεια αυτή θα συνέτεινε στην εκμηδένιση του αποτρεπτικού αποτελέσματος που ασκεί στους επαγγελματίες η πλήρης απαγόρευση εφαρμογής τέτοιων καταχρηστικών ρητρών έναντι των καταναλωτών, στο

της ρήτηρας (βλ. ελληνικό και γερμανικό δίκαιο), η απαλλακτική ρήτρα θα κριθεί ως άκυρη ακόμα και όσον αφορά στην ελαφρά αμέλεια, μολονότι μια τέτοια ρύθμιση θα ήταν καταρχήν έγκυρη αν είχε συμφωνηθεί με το περιεχόμενο αυτό. Και τούτο με το σκεπτικό ότι τον κίνδυνο της ακυρότητας της ρήτηρας οφείλει να το φέρει ο συντάκτης των όρων, ο οποίος αποκομίζει και τα σχετικά οφέλη.⁶⁹

Αξίζει να σημειωθεί ότι ακόμα και οι υποστηρικτές της θεωρίας της μερικής ακυρότητας της συγκεκριμένης ρήτηρας δέχονται σε επίπεδο συλλογικής αγωγής την ολική ακυρότητα του όρου, λόγω του έντονου γενικοπροληπτικού και κυρωτικού χαρακτήρα του εν λόγω θεσμού. Επόμενο του γενικοπροληπτικού αυτού σκοπού συνιστά η επέκταση των έννομων συνεπειών της απόφασης επί συλλογικής αγωγής έναντι πάντων, ήτοι ακόμα και επί ατομικών δικών των καταναλωτών.⁷⁰ Τούτο παρά την πάγια τακτική των εθνικών δικαστηρίων να παραβλέπουν το γράμμα της διάταξης εμμένοντας στα υποκειμενικά όρια του δεδικασμένου ως αυτά ορίζονται κατά ΚπολΔ 325.⁷¹ Με βάση τις ανωτέρω σταθμίσεις υποστηρίζεται ότι η συστηματική ερμηνεία επιβάλλει την όμοια αντιμετώπιση συλλογικής και ατομικής δίκης προκειμένου να αποφευχθεί η αξιολογική αντινομία στην οποία οδηγείται η αντίθετη άποψη. Η εικαζόμενη βούληση του καταναλωτή είναι κοινή τόσο σε επίπεδο ατομικής δίκης όσο και συλλογικής και συνίσταται στην απόκρουση του ανεπίληπτου αλλά εξίσου ασύμφορου για τον καταναλωτή μέρους της ρήτηρας. Για το λόγο αυτό, άλλωστε επεκτείνονται τα έννομα αποτελέσματα της απόφασης επί συλλογικής αγωγής και στις ατομικές δίκες καταναλωτών.⁷²

Από την άλλη πλευρά, υποστηρίζεται από μέρος της θεωρίας ότι η αξιολογική ομοιότητα των δύο αυτών περιπτώσεων δεν πρέπει να θεωρείται δεδομένη, ώστε να δικαιολογείται η κοινή αντιμετώπισή τους από πλευράς έννομων συνεπειών. Ο νομοθέτης αντιμετώπιζει, έστω σε ένα βαθμό, διαφορετικά την ατομική από τη συλλογική δίκη. Προς απόδειξη του εν λόγω ισχυρισμού οι υπέρμαχοι της εν λόγω άποψης αναφέρουν ως παράδειγμα τη διαφορετική αντιμετώπιση της ερμηνείας γενικών όρων συναλλαγών σε επίπεδο ατομικής ή συλλογικής αγωγής. Έτσι, επισημαίνεται ότι σε επίπεδο ατομικής δίκης οι γενικοί όροι συναλλαγών ερμηνεύονται εν αμφιβολία υπέρ του καταναλωτή κατ' άρθρο 2 παρ. 4 του ν.2251/1996, ενώ ο κανόνας αυτός αντιστρέφεται σε συλλογικό επίπεδο όταν η ερμηνευτική εκδοχή οδηγεί σε απαγόρευση διατύπωσης και χρήσης του σχετικού όρου.⁷³ Επιχείρημα θα μπορούσε να αντληθεί και από την κυρωτικού χαρακτήρα ικανοποίηση για ηθική βλάβη, η οποία αποσκοπεί στη γενική και ειδική

μέτρο που οι επαγγελματίες θα εξακολουθούσαν να υπόκεινται στον πειρασμό να χρησιμοποιούν τέτοιες ρήτρες, γνωρίζοντας ότι, ακόμη και εάν αυτές κηρύσσονταν άκυρες, η σύμβαση θα μπορούσε παρά ταύτα να συμπληρωθεί, κατά το αναγκαίο μέτρο, από το εθνικό δικαστήριο ώστε να εξασφαλισθεί το συμφέρον των εν λόγω επαγγελματιών».

⁶⁹ Α. Κοτζάμπαση, ο.π., σελ. 255.

⁷⁰ Άρθρο 10 παρ. 20 ν.2251/1994 : «Οι έννομες συνέπειες που προκύπτουν από την απόφαση αυτή ισχύουν έναντι πάντων, και αν δεν ήταν διάδικοι. Το δεδικασμένο απόφασης που δέχεται εν όλω ή εν μέρει αγωγή της περίπτωσης δ' της παραγράφου 16 ισχύει και υπέρ των ζημιωθέντων καταναλωτών, έστω και αν αυτοί δεν είχαν συμμετάσχει στη σχετική δίκη.», έτσι και στη θεωρία: βλ. ενδεικτικά Μ. Σταθόπουλος, «Καταχρηστικές ρήτρες στις καταναλωτικές συμβάσεις- Ισχύς της απόφασης επί συλλογικής αγωγής», ΧρΙΔ Ι/2010, σελ. 503.

⁷¹ Βλ. ενδεικτικά ΕφΑθ 133/2022, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

⁷² Γ. Δέλλιος, ο.π., σελ. 358.

⁷³ Χ. Χασάπης, ο.π., σελ 333.

πρόληψη, δίχως το δικαστήριο να ερευνά αν υπέστησαν ηθική βλάβη οι καταναλωτές αορίστως.⁷⁴ Ο κυρωτικός αυτός χαρακτήρας, αναγνωρίστηκε πλέον ρητώς από το νομοθέτη με την πρόσφατη τροποποίηση που επήλθε με το Ν. 5019/2023.⁷⁵ Και στην περίπτωση αυτή, επομένως, επιφυλάσσεται διαφορετική μεταχείριση μεταξύ ατομικής και συλλογικής δίκης με αποτέλεσμα να αμφισβητείται το κατά πόσο προσήκει η όμοια αντιμετώπιση των δύο θεσμών και σε επίπεδο ακυρότητας. Κατά την κρίση του γράφοντος, παρά τις ως άνω διαπιστώσεις, οδηγό για την ερμηνεία θα πρέπει να αποτελέσει ο σκοπός που εξαγγέλλεται με την οδηγία 93/13, ήτοι η ουσιαστική και αποτελεσματική προστασία του καταναλωτή και η επίτευξη ενός αποτρεπτικού για παραβάσεις αποτελέσματος. Ο σκοπός αυτός εξακολουθεί να συντρέχει και σε επίπεδο ατομικής δίκης, επιβάλλεται, επομένως, η υιοθέτηση της άποψης περί ολικής ακυρότητας με τη δυνατότητα μετατροπής να υφίσταται μόνο εφόσον συμπλέει με το συμφέρον του καταναλωτή ως αναλύθηκε ανωτέρω.

Στην αποδόμηση της θεωρίας περί ολικής ακυρότητας αποσκοπεί και ο συσχετισμός με την αρχή της αναλογικότητας, η οποία κατά την τριτενέργεια της (Σ25) στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών, επιβάλλει κατά τη θεώρηση αυτή τη στάθμιση συμφερόντων μεταξύ καταναλωτή και προμηθευτή *in concreto*. Η αναλογικότητα συνιστά γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου και χαράσσει τα όρια άσκησης της συμβατικής ελευθερίας προκειμένου να εξασφαλιστεί η συμβατική ισορροπία.⁷⁶ Με άλλα λόγια το αν μια ρήτρα σέβεται την αρχή της αναλογικότητας θα εξαρτηθεί από το σκοπό που επιδιώκει η συγκεκριμένη ρήτρα και από το αν πραγματώνεται πράγματι η εξισορρόπηση συμφερόντων μεταξύ προμηθευτή και καταναλωτή.⁷⁷ Ως γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου έχει αναγνωριστεί η αναλογικότητα, άλλωστε, ρητώς και από τη νομολογία του ΔΕΕ, η οποία διακηρύσσει ότι η ερμηνεία των Οδηγιών δεν μπορεί να έρχεται σε αντίθεση με την αρχή της αναλογικότητας.⁷⁸

Κατά τη θεώρηση αυτή που έχει υποστηριχτεί και στην ελληνική θεωρία⁷⁹ και ανάγεται στον *Canaris*, η αρχή της πρόληψης στην οποία βασίζονται τα τελεολογικά επιχειρήματα υπέρ της

⁷⁴ Βλ. ΑΠ 589/2001, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

⁷⁵ Άρθρο 10ι παρ.4: «Στις εγχώριες αντιπροσωπευτικές αγωγές ο νομιμοποιούμενος φορέας δύναται με την αγωγή για λήψη μέτρου για την παύση ή την απαγόρευση της συμπεριφοράς ενός προμηθευτή να αιτηθεί επιπρόσθετα, ως κύρωση, την καταβολή αποζημίωσης ως αστικής κύρωσης για την επιδειχθείσα αντικαταναλωτική συμπεριφορά»

⁷⁶ Α. Τασίκας, «Στάθμιση και καταχρηστικότητα στη σύμβαση», 2022, σελ. 201.

⁷⁷ Α. Κοτζάμπαση, ο.π., σελ. 199-200., Κ. Χριστοδούλου «Επαθλο σε τηλεπαιγνίδι γνώσεων Στοιχείμα ή *justum pretium*; Σκέψεις με αφορμή την ΑΠ 1636/2008, ΔιΜΕΕ 1/2009, σελ.20: Φαίνεται να εκκινεί από την ίδια θέση, δεχόμενος τον περιορισμό απλώς του επάθλου στο προσήκον μέτρο, όπως υποδεικνύει η καλή πίστη και αρνούμενος την αναζήτηση ολόκληρου του επάθλου. Τάσσεται, έτσι, υπέρ της μερικής ακυρότητας του όρου που προέβλεπε ρήτρα εξαίρεσης με σκοπό την προστασία των συμφερόντων του προμηθευτή.

⁷⁸ Βλ. Ενδεικτικά C-275/06 Σκ. 68: «Ως εκ τούτου, τα κράτη μέλη οφείλουν, κατά τη μεταφορά των προαναφερθεισών οδηγιών στο εσωτερικό δίκαιο, να μεριμνούν ώστε να βασίζονται σε ερμηνεία των οδηγιών αυτών που καθιστά δυνατή τη διασφάλιση της ορθής ισορροπίας μεταξύ των διαφόρων θεμελιωδών δικαιωμάτων που προστατεύει η κοινοτική έννομη τάξη. Περαιτέρω, κατά την εφαρμογή των μέτρων μεταφοράς των οδηγιών αυτών στο εσωτερικό δίκαιο, οι αρχές και τα δικαστήρια των κρατών μελών οφείλουν όχι μόνο να ερμηνεύουν το εθνικό τους δίκαιο κατά τρόπο σύμφωνο προς τις εν λόγω οδηγίες, αλλά και να μεριμνούν ώστε να μη βασίζονται σε ερμηνεία αυτών που θα μπορούσε να έλθει σε σύγκρουση με τα εν λόγω θεμελιώδη δικαιώματα ή με τις λοιπές γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου, όπως η αρχή της αναλογικότητας.»

⁷⁹ Χ. Χασάπης, ο.π., σελ 335.

ολικής ακυρότητας, οδηγεί σε δίκαια αποτελέσματα μόνο κατόπιν περιορισμού και διόρθωσης της από την αρχή της αναλογικότητας. Κατά την άποψη αυτή δεν θα πρέπει να υποτιμάται το συμφέρον του προμηθευτή, ο οποίος λόγω ακριβώς της μαζικότητας των συναλλαγών και της ταχύτητας που απαιτείται για τη διεκπεραίωση του έργου αυτού, έχει εύλογο συμφέρον να διαμορφώνει τους όρους της σύμβασης στο πλαίσιο «take it or leave it». Η ατομική διαπραγμάτευση σε τέτοιου τύπου συναλλαγές κρίνεται δυσχερής, ενώ σε κάθε περίπτωση θα πρέπει να συνεκτιμηθεί το δικαίωμα του επαγγελματία στην οικονομική ζωή στο πλαίσιο της πρακτικής εναρμόνισης συγκρουόμενων ατομικών ελευθεριών και δικαιωμάτων. Η οικονομική δραστηριότητα των προμηθευτών, άλλωστε, συνιστά άσκηση της επιχειρηματικής τους ελευθερίας, η οποία κατοχυρώνεται από το άρθρο 16 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ενώ στο Χάρτη (άρθρο 52) νομικό έρεισμα βρίσκει και η αρχή της αναλογικότητας ως γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου. Κατά την άποψη αυτή και δεδομένης της παραδοχής της νομολογίας του ΔΕΕ, ότι σκοπός του άρθρου 6 της Οδηγίας είναι η αντικατάσταση της τυπικής ισότητας των συμβαλλομένων μερών από μια ουσιαστική ισότητα που λαμβάνει υπόψη τα συμφέροντα και των δύο συμβαλλομένων, υποστηρίζεται ότι η αναγνώριση/κήρυξη της ολικής ακυρότητας δεν συνιστά ανάλογο μέτρο, δεδομένου ότι παραβιάζει την έκφραση της αναγκαιότητας. Η αναγνώριση της ολικής ακυρότητας δεν συνιστά, εν άλλους λόγους, το λιγότερο επαχθές μέσο για την πραγμάτωση του συγκεκριμένου σκοπού, προϋπόθεση που θα πληρούταν με την υιοθέτηση της θέσης περί μερικής ακυρότητας.⁸⁰ Προς επίρρωση του ως άνω σκεπτικού παρατηρείται ότι για την κρίση του συμβατού της ολικής ακυρότητας ως έννομης συνέπειας με την αρχή της αναλογικότητας πρέπει να συνυπολογιστεί η δυσχέρεια εξειδίκευσης της γενικής ρήτρας του άρθρου 2 παρ. 6, η οποία προσθέτει στον προμηθευτή το βάρος να προβεί σε μια πρόγνωση της νομολογίας που πολλές φορές δεν είναι δυνατή. Κρίνεται, επομένως, κατ' αποτέλεσμα ως υπέρ το δέον αυστηρός ο εν λόγω δικαστικός έλεγχος. Στη θέση αυτή περί αναλογικότητας αντιπαραβάλλεται στη θεωρία ότι με τον τρόπο αυτό παραγνωρίζεται κατά τη στάθμιση των συμφερόντων των μερών, ότι όσον αφορά στη συμβατική ελευθερία του καταναλωτή αυτή έχει de facto αφαιρεθεί με αποτέλεσμα το έλλειμμα αυτό να μπορεί να συγχωρεθεί μόνο μέσω της ολικής ακυρότητας της ρήτρας ως έννομης συνέπειας.⁸¹

Παρατηρείται, επιπροσθέτως, από τους υποστηρικτές της άποψης της ολικής ακυρότητας της καταχρηστικής ακυρότητας, ότι ακόμα και στην περίπτωση που η ολική ακυρότητα γίνει δεκτή, το προκύπτον κενό θα καλυφθεί καταρχήν με την εφαρμογή του ενδοτικού δικαίου, το οποίο στην ουσία πραγματώνει μια δίκαιη στάθμιση συμφερόντων στο πλαίσιο της εξισωτικής δικαιοσύνης. Σε περίπτωση, όμως, που ενδοτικό δίκαιο για τη συγκεκριμένη περίπτωση δεν υφίσταται (όπως επί παραδείγματι στις μικτές και άτυπες συμβάσεις), ο δικαστής θα προβεί σε συμπληρωτική ερμηνεία της σύμβασης κατ' άρθρο 200 Α.Κ., δηλαδή σε ερμηνεία με βάση την καλή πίστη. Κατά την ερμηνεία αυτή επισημαίνεται ότι ο δικαστής δεσμεύεται να λάβει υπόψη το συμφέρον και των δύο συμβαλλόμενων μερών προκειμένου να προβεί σε μια δίκαιη και σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας στάθμιση. Εφόσον, επομένως, λαμβάνεται υπόψη και το συμφέρον του προμηθευτή υποστηρίζεται ότι κατά συνέπεια οδηγούμαστε στο ίδιο αποτέλεσμα που θα επερχόταν και με την μερική ακυρότητα της ρήτρας και τη διάσωση του πυρήνα αυτής. Στο παράδειγμα της ποινικής ρήτρας που αναλύθηκε ανωτέρω, ο περιορισμός στο ανάλογο μέτρο

⁸⁰ Χ. Χασιάκης, ο.π., σελ 338.

⁸¹ Γ. Μεντής, ο.π., σελ.267 και 555.

υποστηρίζεται θα μπορούσε να επέλθει ήδη από το στάδιο της αναγνώρισης της ακυρότητας, χωρίς προσφυγή στην υποθετική βούληση των μερών. Από τις παρατηρήσεις αυτές εξάγεται δε το συμπέρασμα ότι πρώτιστη σημασία, τουλάχιστον σε επίπεδο ατομικής δίκης έχει η ουσιαστική συμβατική ισορροπία και όχι κίνητρα προληπτικού ή κυρωτικού χαρακτήρα.⁸² Την προσφυγή στη συμπληρωτική ερμηνεία σε περίπτωση διαπίστωσης κενού δέχονται τόσο η ελληνική νομολογία όσο και η θεωρία. Το ζήτημα λόγω της κρισιμότητας του θα αναπτυχθεί σε χωριστή ενότητα, αρκεί εδώ να αναφερθεί ότι λόγω ακριβώς της ασθενέστερης διαπραγματευτικής θέσης του καταναλωτή και της de facto αφαίρεσης της συμβατικής του ελευθερίας θα χρησιμοποιηθούν κατά την αξιολόγηση αντικειμενικά κριτήρια και όχι τόσο υποκειμενικά,⁸³ όπως η υποκειμενική καλή πίστη του προμηθευτή που καθιστά δυσχερή την πρόγνωση του νόμιμου ή μη της ρήτηρας, όπως αυτό θα κριθεί στο μέλλον από τη νομολογία.

Συγκεκριλαιώνοντας, η κρατούσα άποψη στην ελληνική αλλά και γερμανική νομολογία και θεωρία τάσσεται υπέρ της ολικής ακυρότητας της καταχρηστικής ρήτηρας, αρνούμενη τη δυνατότητα μετατροπής της ρήτηρας ή της «διάσωσης» του έγκυρου πυρήνα της. Η άποψη αυτή στηρίζεται κατά κύριο λόγο σε τελεολογικά επιχειρήματα που πηγάζουν από την ανάγκη αποτελεσματικής και ουσιαστικής προστασίας του καταναλωτή, καθώς και την επίτευξη αποτρεπτικού-γενικοπροληπτικού αποτελέσματος όσον αφορά στην κατάστρωση της σύμβασης από τον επαγγελματία. Η άποψη αυτή που έχει επικρατήσει και στη νομολογία του ΔΕΕ και συνδράμει κατά την κρίση του στην επίτευξη του μακροπρόθεσμου στόχου του άρθρου 7 της Οδηγίας, έχει επικριθεί από μέρος της θεωρίας, η οποία προβάλλει ως επιχειρήματα υπέρ της μερικής ακυρότητας τη ρήτηρας: α) το συσχετισμό συμφερόντων καταναλωτή προμηθευτή με βάση την καλή πίστη προς επίτευξη μιας ουσιαστικής ισορροπίας, β) την αρχή της αναλογικότητας, ιδίως την έκφραση της αναγκαιότητας του χρησιμοποιημένου μέσου για την επίτευξη του σκοπού, γ) το γεγονός ότι σε όμοια αποτελέσματα οδηγεί εμμέσως και η άποψη περί ολικής ακυρότητας, απλώς τα έννομα αποτελέσματα επέρχονται σε διαφορετικό στάδιο, ήτοι κατά την κάλυψη του κενού μέσω της συμπληρωτικής ερμηνείας δ) το γεγονός ότι στην ουσία και η μερική ακυρότητα συνιστά μορφή μη δεσμευτικότητας του όρου και επομένως πρόκειται για ερμηνευτική εκδοχή που παραμένει ανοιχτή από το γράμμα της Οδηγία, εναπόκειται δε στα κράτη-μέλη να υιοθετήσουν είτε την ολική είτε τη μερική ακυρότητα και ε) το αποτρεπτικό αποτέλεσμα έχει πράγματι νόημα στο πλαίσιο μιας συλλογικής δίκης και όχι ατομικής όπου θεμελιώδης είναι η επίτευξη ουσιαστικής ισορροπίας δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων μερών.

5.1|Η επίδραση της καταχρηστικότητας συγκεκριμένων όρων στο κύρος της όλης σύμβασης

Τίθεται εν προκειμένω το ζήτημα του κατά πόσο η καταχρηστικότητα ορισμένου όρου της σύμβασης είναι ικανή να συμπαρασύρει σε ακυρότητα την όλη σύμβαση, καθώς και αν θα έχουν

⁸² Χ. Χασάπης, ο.π., σελ 337.

⁸³ Γ. Δέλλιος, ο.π., σελ. 355.

όλα τα συμβαλλόμενα μέρη τη δυνατότητα επίκλησης της ακυρότητας της όλης σύμβασης. Εν πρώτοις, αξίζει να σημειωθεί πως αφητηρία της αντίστοιχης ρύθμισης του Αστικού Κώδικα αποτελεί κατά το άρθρο 181 Α.Κ. η μερική ακυρότητα της δικαιοπραξίας.⁸⁴ Με την εν λόγω διάταξη θεσπίζεται στην ουσία ερμηνευτικός κανόνας, σύμφωνα με τον οποίο, η ολική ακυρότητα της σύμβασης θα αποτελεί την εξαίρεση και η μερική τον κανόνα. Για την εξαγωγή του συμπεράσματος περί ολικής ακυρότητας απαιτείται η προσφυγή στην υποθετική βούληση αμφοτέρων των συμβαλλομένων, προκειμένου να εξεταστεί το κατά πόσο θα είχαν προβεί στην κατάρτιση της σύμβασης και χωρίς τη συμπερίληψη του συγκεκριμένου καταχρηστικού όρου. Το βάρος απόδειξης της υποθετικής αυτής βούλησης φέρει όποιος επικαλείται την ολική ακυρότητα της σύμβασης.⁸⁵ Επιπλέον, η εφαρμογή της συγκεκριμένης διάταξης προϋποθέτει ότι τα μέρη αγνοούσαν την ακυρότητα του μέρους της συμβάσης.⁸⁶ Παρατηρείται, ωστόσο, στη θεωρία ότι σε ορισμένες συμβάσεις, όπως κατεξοχήν στις συμβάσεις προσχώρησης, είναι αδύνατη η αποκάλυψη της υποθετικής βούλησης και των δύο μερών, δεδομένου ότι αποκλειστικά ο προμηθευτής έχει προβεί στην κατάστρωση των όρων.⁸⁷

Σε επίπεδο καταναλωτικής σύμβασης, ωστόσο, παρατηρείται ότι η υποθετική βούληση καταναλωτή και επαγγελματία κατά κανόνα δεν θα συμβαδίζει.⁸⁸ Ο παρέχων τα αγαθά-υπηρεσίες θα έχει συμφέρον να αναγνωριστεί η ολική ακυρότητα της σύμβασης προκειμένου να αναζητήσει την παροχή του με τις διατάξεις του αδικαιολόγητου πλουτισμού και να παράσχει εν συνεχεία τις υπηρεσίες του σε κάποιον άλλον καταναλωτή (π.χ. επί σύμβασης δανείου θα χορηγήσει εκ νέου το χρηματικό ποσό σε άλλον καταναλωτή). Ο μόνος κίνδυνος που στην ουσία αναγκάζεται να δοκιμάσει είναι αυτός του μη διασωθέντος πλουτισμού κατά Α.Κ. 909. Αντιθέτως, ο καταναλωτής κατά κανόνα θα εξακολουθεί να έχει συμφέρον στην εκπλήρωση της υπόλοιπης σύμβασης, δεδομένου ότι εξακολουθεί να χρειάζεται τα αγαθά ή τις υπηρεσίες που αποτέλεσαν το δικαιοπρακτικό του θεμέλιο. Επί μιας σύμβασης δανείου για παράδειγμα που περιέχει αδιαφανείς όρους (π.χ. παράνομες χρεώσεις), ο καταναλωτής εξακολουθεί να έχει ανάγκη για ρευστότητα, ενώ ενδέχεται να έχει επενδύσει βάσει αυτής. Καθίσταται, επομένως, ζωτικής σημασίας για αυτόν η διατήρηση τους κύρους της υπόλοιπης σύμβασης, η οποία μπορεί να έχει υπόσταση χωρίς τους αδιαφανείς και άρα άκυρους όρους.

Ως προς τη δυνατότητα επίκλησης, επισημαίνεται ότι η προβολή της ακυρότητας της όλης σύμβασης από τον επαγγελματία καταναλωτή θα κρινόταν κατά βάση ως καταχρηστική και στο πλαίσιο του άρθρου 281 Α.Κ., δεδομένου ότι συντάκτης των όρων αποτελεί αποκλειστικά ο επαγγελματίας, ενώ η διαπραγματευτική ισχύ του καταναλωτή κρίνεται έως και μηδαμινή. Επομένως, θα συνιστούσε με βάση το ως άνω σκεπτικό αντιφατική συμπεριφορά για τον προμηθευτή η επίκληση της ολικής ακυρότητας της σύμβασης.⁸⁹ Η μερική ακυρότητα αποτελεί τον κανόνα και στο γερμανικό δίκαιο (βλ. παρ. 306 γερμανικού Αστικού Κώδικα). Ολική

⁸⁴ «Η ακυρότητα μέρους συνεπιφέρει την ακυρότητα ολόκληρης της δικαιοπραξίας, αν συνάγεται ότι δεν θα είχε επιχειρηθεί χωρίς το άκυρο μέρος.»

⁸⁵ Γ. Δέλλιος, ο.π., σελ. 358.

⁸⁶ Βλ. ενδεικτικά ΑΠ 1395/2021, ΤΜΠ ΝΟΜΟΣ.

⁸⁷ Μ. Αυγουστιανάκης, «Η ακυρότητα της δικαιοπραξίας : συνέπειες της ακυρότητας (ΑΚ 180-183)», 2016, σελ. 86.

⁸⁸ Γ. Δέλλιος, ο.π., σελ. 359.

⁸⁹ Γ. Δέλλιος, ο.π., σελ. 359.

ακυρότητα γίνεται κατ' εξαίρεση δεκτή μόνο στην περίπτωση που η διατήρηση της σύμβασης κρίνεται ανεπιεικής για ένα εκ των συμβαλλόμενων μερών.⁹⁰ Από τη θέση αυτή δεν απομακρύνθηκε και ο εθνικός νομοθέτης, ο οποίος προέβλεψε στο άρθρο 2 παρ. 8 του ν.2251/1994 ότι δεν υφίσταται δυνατότητα επίκλησης της ακυρότητας ολόκληρης της σύμβασης από τον προμηθευτή. Καθιερώνεται, έτσι, σχετική ακυρότητα υπέρ του καταναλωτή, επιχείρημα που πηγάζει εξ αντιδιαστολής από τη διατύπωση της ως άνω διάταξης. Πράγματι, γίνεται ομόφωνα δεκτό στη θεωρία⁹¹ ότι την ολική ακυρότητα μπορεί να την επικαλεστεί ο καταναλωτής όταν αυτή κατ' εξαίρεση τον ωφελεί αντικειμενικά. Ως προαναφέρθηκε, αυτό δεν θα είναι το συνήθως συμβαίνον, δεδομένου ότι θα εξακολουθεί να έχει ανάγκη το παρεχόμενο αγαθό ή υπηρεσία παρά την καταχρηστικότητα ορισμένου όρου. Τη δυνατότητα αναγνώρισης ή κήρυξης ακυρότητας της όλης σύμβασης δέχεται άλλωστε και η πρόσφατη νομολογία του ΔΕΕ⁹², εφόσον αυτή δεν αφήνει έκθετο τον καταναλωτή σε ιδιαιτέρως δυσμενείς έννομες συνέπειες για τα συμφέροντα του. Αξίζει, ακόμη, να σημειωθεί ότι η ρύθμιση του άρθρου 2 παρ. 8 του ν.2251 αποτελεί διάταξη αναγκαστικού δικαίου με αποτέλεσμα ρήτρες που περιλαμβάνονται στη σύμβαση παρέχοντας στον προμηθευτή το δικαίωμα να προβάλει την ακυρότητα της όλης σύμβασης να θεωρούνται άκυρες.⁹³ Ομοίως, ως άκυρες θα αντιμετωπίζονται και ρήτρες με τις οποίες ο καταναλωτής παραιτείται από το δικαίωμα επίκλησης της ακυρότητας της όλης σύμβασης όταν συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 181 Α.Κ.⁹⁴ Επισημαίνεται, τέλος, ότι η ακυρότητα μέρους της δικαιοπραξίας μπορεί να επηρεάσει το κύρος της όλης σύμβασης κατά τα ανωτέρω, πλην όμως δεν μπορεί να οδηγήσει σε ακυρότητα άλλου μέρους της δικαιοπραξίας, εκτός και αν μπορεί να εξαχθεί το συμπέρασμα πως τα δύο αυτά μέρη είναι ενιαία.⁹⁵

5.2|Η εθνική νομολογία επί της ολικής ακυρότητας- Το παράδειγμα της ανακοπής κατά διαταγής πληρωμής

Πρωτίστως, αξίζει να σημειωθεί πως κατά πάγια νομολογία τόσο των δικαστηρίων ουσίας όσο και του Αρείου Πάγου, προϋπόθεση εφαρμογής του άρθρου 181 Α.Κ. είναι είτε η διαιρετότητα της δικαιοπραξίας σε δύο ή περισσότερα διακριτά μέρη είτε αντίστοιχα η κατάρτιση μια

⁹⁰ Γ. Μεντής, ο.π., σελ.267 και 555.

⁹¹ Βλ. Ι. Καρακώστας, «Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή», 3^η έκδοση, 2016, σελ. 144,

⁹² C 705/21: «από τη νομολογία προκύπτει εντούτοις ότι, όταν η επίμαχη σύμβαση δανείου πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της μετά την απάλειψη καταχρηστικής ρήτρας της, όπως εν προκειμένω, μια τέτοια ρήτρα μπορεί, κατ' εξαίρεση, να απαλειφθεί και να αντικατασταθεί από εθνική διάταξη ενδοτικού δικαίου ή από διάταξη που εφαρμόζεται σε περίπτωση συμφωνίας των μερών. Μια τέτοια δυνατότητα περιορίζεται στις περιπτώσεις όπου η ακύρωση της σύμβασης στο σύνολό της εκθέτει με τον τρόπο αυτόν τον καταναλωτή σε ιδιαιτέρως επιζήμιες συνέπειες, περιάγοντάς τον σε δυσμενή θέση». Για το ζήτημα της αυτεπάγγελτης λήψης υπόψη του συγκεκριμένου κινδύνου για την περιουσία του καταναλωτή βλ. αναλυτικά ανωτέρω.

⁹³ Γ. Δέλλιος, ο.π., σελ. 360.

⁹⁴ Μ. Σταθόπουλος, «Καταχρηστικές ρήτρες στις καταναλωτικές συμβάσεις- Ισχύς της απόφασης επί συλλογικής αγωγής», ΧρΙΔ Ι/2010, σελ. 502.

⁹⁵ Μ. Αυγουστιανάκης, «Η ακυρότητα της δικαιοπραξίας : συνέπειες της ακυρότητας (ΑΚ 180-183)», 2016, σελ. 85. Έτσι και στη νομολογία, βλ. ΕφΑθ 3327/1999, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

εξωτερικά ενιαίας δικαιοπραξίας, η οποία αποτελείται από περισσότερες αυτοτελείς δικαιοπραξίες και λόγω του κοινού σκοπού τους συνιστούν μια ενιαία οικονομική ενότητα τελώντας σε συνεξάρτηση.⁹⁶ Κλασικό παράδειγμα σε νομολογίακο επίπεδο που παρουσιάζει έντονο ενδιαφέρον λόγω της συχνής απασχόλησης των εθνικών δικαστηρίων με τέτοια ζητήματα, συνιστά η μερική ακυρότητα της διαταγής πληρωμής, όταν ορισμένοι γενικοί όροι συναλλαγών κρίνονται ως καταχρηστικοί. Το ανακύπτον ζήτημα μπορεί να εμφανισθεί με τις ακόλουθες εκφάνσεις. Πρώτη περίπτωση συνιστά η επίκληση της καταχρηστικότητας ορισμένων γενικών όρων συναλλαγών, οι οποίοι, ωστόσο, δεν προσβάλλουν ορισμένο κονδύλι της οφειλής, δεν θίγουν το βέβαιο και εκκαθαρισμένο της απαίτησης, με αποτέλεσμα οι συγκεκριμένοι λόγοι ανακοπής να απορρίπτονται ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι. Ως παραδείγματα τέτοιων όρων που δεν επιδρούν στο ύψος της οφειλής θα μπορούσαν να αναφερθούν είτε οι ρήτρες παρέκτασης αρμοδιότητας, όταν αυτές θεμελιώνουν αποκλειστική αρμοδιότητα, είτε ο όρος περί αποκλεισμού του δικαιώματος συμψηφισμού, το οποίο όμως ουδέποτε ασκήθηκε καθώς ο δανειολήπτης δεν είχε ανταπαίτηση κατά του πιστωτικού ιδρύματος.⁹⁷ Στις περιπτώσεις αυτές και δεδομένου ότι ο ερμηνευτικός κανόνας του άρθρου 181 Α.Κ. εκκινεί από την μερική ακυρότητα, το αποτέλεσμα ενδέχεται να κριθεί ως ανεπιεικές για τον καταναλωτή και αντίστοιχα μη κυρωτικό για τον προμηθευτή-συντάκτη των όρων, καθώς στην ουσία η καταχρηστικότητα του όρου δεν παράγει ουδεμία έννομη συνέπεια ουσιαστικού δικαίου. Ο μόνος τρόπος ουσιαστικής προστασίας του καταναλωτή στην αναλυόμενη περίπτωση είναι η αναγνώριση της ολικής ακυρότητας της σύμβασης,⁹⁸ χωρίς και η συνέπεια αυτή να είναι απόλυτα συμφέρουσα για αυτόν ως προαναφέρθηκε.

Η δεύτερη έκφανση συνίσταται στην προβολή λόγων ανακοπής, οι οποίοι αμφισβητούν ορισμένα κονδύλια της οφειλής (π.χ. υπολογισμός του έτους σε 360 ημέρες με συνέπεια την αύξηση των τόκων) και συνιστούν παραδεκτούς λόγους για την ακύρωση της διαταγής πληρωμής, υπό την προϋπόθεση ότι θα κριθούν και βάσιμοι. Κατά πάγια νομολογία τόσο των δικαστηρίων ουσίας όσο και του Αρείου Πάγου δεν αρκεί η γενική αμφισβήτηση της ορθότητας του λογαριασμού προκειμένου να πληρούται η προϋπόθεση του ορισμένου, αλλά απαιτείται να προσβάλλονται συγκεκριμένα κονδύλια, δεδομένου ότι η διαταγή πληρωμής αυτή δεν είναι άκυρη στο σύνολό της, αλλά μόνον κατά το μέρος κατά το οποίο ευδοκμεί η ανακοπή και κατά το οποίο πρέπει να μειωθεί η οφειλή του ανακόπτοντος.⁹⁹ Άλλωστε, γίνεται δεκτό τόσο στη θεωρία όσο και στη νομολογία ότι για το ορισμένο της ανακοπής και κατά την επίκληση της καταχρηστικότητας ορισμένων γενικών όρων συναλλαγών απαιτείται να εκτίθεται το ακριβές περιεχόμενο του όρου προκειμένου να μπορεί να εξεταστεί το αν υφίσταται τυπική διατάραξη ως απόκλιση από το ενδοτικό δίκαιο, καθώς και ο βαθμός έντασης της απόκλισης αυτής. Για την κρίση της καταχρηστικότητας θα πρέπει παράλληλα να αναφέρονται οι ειδικές συνθήκες που συνέτρεχαν κατά την κατάρτιση της σύμβασης, καθώς και γεγονότα από τα οποία να προκύπτει η

⁹⁶ Βλ. ενδεικτικά ΑΠ 67 / 2022, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

⁹⁷ Γ. Μεντής, ο.π., σελ. 557.

⁹⁸ Γ. Μεντής ο.π.

⁹⁹ ΑΠ 1772/2022, www.areiospagos.gr, ΕΦ ΛΑΜ 5/2022, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΕΦ ΠΑΤΡ 69/2022, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 196/2020, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 368/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1349/2013, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

τήρηση ή μη της αρχής της διαφάνειας.¹⁰⁰ Ενόψει της παγιωμένης ανωτέρω αναλυθείσας νομολογίας, υποστηρίζεται στη θεωρία ότι είναι ανεπιεικές να φέρει ο καταναλωτής εν προκειμένω το βάρος απόδειξης, δεδομένου ότι πρόκειται για έναν άκρως δυσχερή υπολογισμό, καθώς συχνά μεσολαβεί τοκισμός, ανατοκισμός, εκ νέου ρυθμίσεις του χρέους, νέες καταβολές, συμψηφισμός απαιτήσεων κ.ο.κ.. Η κατανομή του βάρους απόδειξης κατά τέτοιο τρόπο δοκιμάζεται ακόμα και ως προς τη συμβατότητα της με το συνταγματικά κατοχυρωμένο (Σ. αρ. 20) δικαίωμα στη δικαστική προστασία, δεδομένου ότι ως επί το πλείστον οδηγεί στην απόρριψη των ανακοπών ως αόριστων, ενώ η καταχρηστικότητα του όρου παραμένει στην ουσία χωρίς έννομα αποτελέσματα.¹⁰¹

Προς αντιμετώπιση των ως άνω ανεπιεικών αποτελεσμάτων ο εθνικός δικαστής έχει στη διάθεση του τις ακόλουθες δικονομικές δυνατότητες: α) να διατάξει λογιστική πραγματογνωμοσύνη κατά ΚπολΔ 368, στην περίπτωση που δεν μπορεί να οδηγηθεί σε πλήρη δικανική πεποίθηση με βάση τους ισχυρισμούς αμφοτέρων των διαδίκων,¹⁰² β) να ζητήσει ήδη κατά τη συζήτηση της ανακοπής να προσκομιστούν διασαφηνίσεις από το πιστωτικό ίδρυμα προκειμένου να ανευρεθεί το ύψος της οφειλής, χωρίς το συνυπολογισμό του κονδυλίου που προκύπτει από την καταχρηστική ρήτρα, γ) να προβεί σε ακύρωση της διαταγής πληρωμής, θεωρώντας την απαίτηση ως μη βέβαια και εκκαθαρισμένη, στην περίπτωση που προκύπτουν αμφιβολίες ως προς το ύψος της παράνομης χρέωσης.¹⁰³ Κοινός παρονομαστής στις περιπτώσεις αυτές αποτελεί η κατανομή του βάρους απόδειξης με βάση τη θεωρία των σφαιρών ευθύνης. Κρίνεται εύλογο κατά την άποψη αυτή το βάρος απόδειξης της συνολικής οφειλής κατόπιν αφαίρεσης της παράνομης χρέωσης να το φέρει το πιστωτικό ίδρυμα, το οποίο εκ των πραγμάτων διαθέτει όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, καθώς και την απαραίτητη τεχνογνωσία για να προβεί σε μια τέτοια λογιστικοοικονομική ανάλυση.¹⁰⁴ Πρόκειται στην ουσία για τις περιπτώσεις που για λόγους επιείκειας θεωρία και νομολογία επιλέγουν να αποκλίνουν από το καταρχήν κριτήριο κατανομής του βάρους απόδειξης, ήτοι τη διάκριση κανόνων σε βασικούς και εξαιρετικούς. Κατά τον κανόνα αυτόν κάθε διάδικος φέρει το βάρος να αποδείξει τα γεγονότα που είναι αναγκαία για τη θεμελίωση του αιτήματος του και αντίστοιχα ο αντίδικος φέρει το βάρος να επικαλεστεί κάποιον εξαιρετικό κανόνα δικαίου υπό τη μορφή ενστάσεως.¹⁰⁵ Η αφετηρία αυτή μολοντί εξασφαλίζει σε ένα βαθμό την ασφάλεια δικαίου, ενδέχεται να οδηγεί σε ανεπιεική αποτελέσματα όταν τα αποδεικτέα γεγονότα βρίσκονται στη σφαίρα επιρροής του αντιδίκου. Για το λόγο αυτό έχει αναπτυχθεί (κυρίως στη γερμανική θεωρία και νομολογία) η θεωρία των περιοχών κινδύνου

¹⁰⁰ Σ. Πανταζόπουλος, «Η ανακοπή κατά διαταγής πληρωμής», 4^η έκδοση, 2019, σελ. 252, με αναφορά στη νομολογία του ΑΠ 15/2007.

¹⁰¹ Γ. Μεντής, ο.π., 557.

¹⁰² Στην πράξη ωστόσο το δικαστήριο συνήθως απορρίπτει το συγκεκριμένο αίτημα, βλ. ενδεικτικά: ΜΠΡ ΠΑΤΡ 343/2022, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ : «*Εν προκειμένω, η ανακόπτουσα αμφισβητεί εν συνόλω το ύψος της απαίτησης, όπως αυτή αποδεικνύεται από τα προσαγόμενα αποσπάσματα εκ των εμπορικών βιβλίων της τράπεζας και εκ του λόγου αυτού αιτείται τη διενέργεια λογιστικής πραγματογνωμοσύνης προς απόδειξη των ισχυρισμών της και προς διακρίβωση του ακριβούς ύψους της απαίτησής της, αίτημα το οποίο τυγχάνει απορριπτέο ως μη νόμιμο, δοθέντος ότι η ανακόπτουσα είναι αυτή η οποία φέρει το βάρος της απόδειξης των ισχυρισμών της.*»

¹⁰³ Σ. Πανταζόπουλος, ο.π.

¹⁰⁴ Γ. Μεντής, ο.π., σελ.558.

¹⁰⁵ Ν. Νίκας, «Εγχειρίδιο πολιτικής δικονομίας», 2^η έκδοση, 2016, σελ. 507.

κατά την οποία κάθε διάδικος φέρει το βάρος απόδειξης των γεγονότων που βρίσκονται στη δική του σφαίρα επιρροής και στο χώρο εξουσίας του. Σε επίπεδο γενικών όρων συναλλαγών τούτο είναι εύλογο να συμβαίνει από τη στιγμή της έλλειψης οποιασδήποτε διαπραγματευτικής ισχύος του καταναλωτή, με τον επαγγελματία να καθορίζει μονομερώς τους όρους, απολαμβάνοντας και τα αντίστοιχα οφέλη. Εξάλλου, η αντιστροφή του βάρους απόδειξης δεν ήταν άγνωστη στον εθνικό νομοθέτη που ρητά την προέβλεψε όσον αφορά στην αδικοπρακτική ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες, ο οποίος φέρει το βάρος να αποδείξει την έλλειψη παρανομίας και υπαιτιότητας του.¹⁰⁶ Ομοίως, το βάρος απόδειξης των γεγονότων από τα οποία προκύπτει ότι κατά την κατάρτιση των όρων της σύμβασης μεσολάβησε διαπραγμάτευση το φέρει ο προμηθευτής, καθώς η έλλειψη διαπραγματεύσεως τεκμαίρεται.¹⁰⁷ Θα μπορούσε, επομένως, με βάση τη συστηματική ερμηνεία να αντληθεί επιχείρημα υπέρ της αντιστροφής του βάρους απόδειξης με βάση τη θεωρία περιοχών κινδύνου, με τη νομολογία, ωστόσο, να παραμένει πάγια και αρνητική στην υιοθέτηση της εν λόγω θεωρίας ως αναφέρθηκε ανωτέρω.

6.1|Η φύση της ακυρότητας ως σχετικής ή απόλυτης

Έντονη διχογνωμία, ιδίως πριν τη παγίωση της νομολογίας του ΔΕΕ, υπήρξε σχετικά με τη φύση της ακυρότητας καταχρηστικού όρου γενικών όρων συναλλαγών ως απόλυτης ή σχετικής. Το ζήτημα αναφέρεται στην ακυρότητα επί μέρους όρου και όχι του συνόλου της σύμβασης, καθώς ως αναφέρθηκε η ολική ακυρότητα της σύμβασης είναι εκ του νόμου σχετική υπέρ του καταναλωτή, ενώ σε κάθε περίπτωση θα κρινόταν και ως καταχρηστική η επίκλησή της από τον συντάκτη-προμηθευτή.¹⁰⁸ Πρωτίστως, αξίζει να σημειωθεί πως κατά μία άποψη ο ενωσιακός νομοθέτης δεν προκρίνει εκ των προτέρων ως προσήκον το ένα ή το άλλο είδος ακυρότητας, αρκούμενος στη διακήρυξη της μη δεσμευτικότητας του συγκεκριμένου όρου. Εναπόκειται, σύμφωνα με το σκεπτικό αυτό, στα κράτη-μέλη να ρυθμίσουν τη φύση της ακυρότητας ως απόλυτης ή σχετικής, ή ακόμα και αν θα κριθεί ο όρος ως ανυπόστατος.¹⁰⁹

Η μάλλον κρατούσα στη θεωρία άποψη τάσσεται υπέρ της απόλυτης ακυρότητας του συγκεκριμένου όρου,¹¹⁰ ενώ η ελληνική νομολογία αποφεύγει το χαρακτηρισμό της ακυρότητας

¹⁰⁶ Άρθρο 8 παρ. 4 ν. 2251/1994: «Ο παρέχων υπηρεσίες φέρει το βάρος της απόδειξης για την έλλειψη παρανομίας και υπαιτιότητας του.»

¹⁰⁷ Ν. Κ Κλαμαρής, Πολιτική δικονομία, 3^η έκδοση, 2016, σελ. 697. + άρθρο 2 παρ. 9 ν.2251/1994: « Ο προμηθευτής φέρει το βάρος απόδειξης ότι υπήρξε ατομική διαπραγμάτευση ενώ ο αντισυμβαλλόμενος του προμηθευτή φέρει το βάρος απόδειξης ότι πληροί τις προϋποθέσεις των περιπτώσεων β' και γ' που προβλέπονται στο πρώτο εδάφιο της παρούσας παραγράφου.»

¹⁰⁸ Για το ζήτημα βλ. αναλυτικότερα ανωτέρω, σελ. 38.

¹⁰⁹ Β. Χριστιανός, «Κοινοτικό δίκαιο προστασίας καταναλωτή», 1999, σελ. 94.

¹¹⁰ Βλ. Ι. Καρακώστας, ο.π., σελ. 144, Α. Κιτσαράς ΧρΙΔ Α/2001 σελ. 140, Μ. Σταθόπουλος, Καταχρηστικές ρήτρες στις καταναλωτικές συμβάσεις- Ισχύς της απόφασης επί συλλογικής αγωγής, ΧρΙΔ Ι/2010, σελ. 502, Α. Γεωργιάδης, «Γενικές αρχές αστικού δικαίου», 4^η έκδοση, 2012, σελ.479.

ως απόλυτης ή σχετικής, αρκούμενη απλώς στην αναγνώριση της.¹¹¹ Προς υποστήριξη της εν λόγω θέσης οι υπέρμαχοι της απόλυτης ακυρότητας επικαλούνται επιχειρήματα εκπορευόμενα από τη νομολογία του ΔΕΕ, με το κυριότερο εξ αυτών να συνίσταται στην πάγια νομολογία, κατά την οποία επιβάλλεται να λαμβάνεται υπόψη αυτεπαγγέλτως η μη δεσμευτικότητα του όρου.¹¹² Παρόλο δηλαδή που εκ πρώτης όψεως θα κρινόταν εύλογο να θεωρηθεί η ακυρότητα ως σχετική, δεδομένου ότι έχει ταχθεί υπέρ του καταναλωτή, η αυτεπάγγελτη λήψη υπόψη της προκρίνει τελικά κατ' ανάγκην ως σύμφωνη με το νόμο λύση την απόλυτη ακυρότητα του όρου.¹¹³ Άμεση συνέπεια τούτου είναι ότι την απόλυτη ακυρότητα μπορεί να την επικαλεστεί πέρα από τον καταναλωτή, κάθε τρίτος που αποδεικνύει έννομο συμφέρον, καθώς και το δικαστήριο αυτεπαγγέλτως. Η ερμηνεία αυτή στην οποία προέβη το ΔΕΕ πηγάζει, ως προαναφέρθηκε, από την ανάγκη για εξασφάλιση ουσιαστικής προστασίας του καταναλωτή, η οποία δεν εξασφαλίζεται όταν η επίκληση ή μη της ακυρότητας του όρου εξαρτάται αποκλειστικά από τη δική του επιμέλεια, χωρίς τη δυνατότητα και αυτεπάγγελτης εξέτασης από το δικαστήριο. Ανάλογα επιχειρήματα τελεολογικού χαρακτήρα έχουν εκφραστεί και αναφορικά με την εξυπηρέτηση του κοινοτικού δημοσίου συμφέροντος (αποφυγή στρέβλωσης ανταγωνισμού), η προστασία του οποίου δεν μπορεί να εξαρτάται αποκλειστικά από την επίκληση ή μη της ακυρότητας από τον καταναλωτή. Σε επίπεδο εθνικού δικαίου, η υιοθέτηση της άποψης περί απόλυτης ακυρότητας στηρίζεται από μέρος της θεωρίας στη διαπίστωση ότι δεδομένου ότι οι παρ. 6 και 7 του άρθρου 2 του ν.2251/1994 αποτελούν εξειδίκευση του κανόνα δημοσίας τάξης του άρθρου 281 Α.Κ., προσήκει η όμοια αντιμετώπιση τους και σε επίπεδο ακυρότητας, με το ζήτημα να τέμνεται υπέρ της απόλυτης ακυρότητας.¹¹⁴

Η νομολογία του Αρείου Πάγου δεν παίρνει σαφή θέση για το απόλυτο ή μη της ακυρότητας, παρά αρκείται στην αναγνώριση της ακυρότητας. Ωστόσο, όπως παρατηρείται, θα μπορούσε να εξαχθεί ως γενικός κανόνας το απόλυτο της ακυρότητας και επομένως να γίνει εμμέσως δεκτό ότι εφόσον ο νόμος δεν διακρίνει ειδικά για τη φύση της ακυρότητας γενικών όρων συναλλαγών, θα πρέπει να γίνει και εδώ δεκτή απόλυτη ακυρότητα.¹¹⁵ Τον κανόνα αυτό διακηρύσσει άλλωστε ρητά και η Ολομέλεια του Αρείου Πάγου στο πλαίσιο ερμηνείας των άρθρων 154-155 και 180 Α.Κ..¹¹⁶ Τα δικαστήρια ουσίας, αντίστοιχα, προβαίνουν στην ακόλουθη διάκριση προκειμένου να κριθεί αν η ακυρότητα είναι απόλυτη και άρα αυτεπαγγέλτως λαμβανόμενη υπόψη ή σχετική: α) σε καταχρηστικούς γενικούς όρους συναλλαγών που αφορούν στο ιδιωτικό έννομο συμφέρον

¹¹¹ Γ. Δέλλιος, ο.π., σελ. 352: Την απόλυτη ακυρότητα ή ακόμα και το ανυπόστατο του καταχρηστικού γενικού όρου συναλλαγών έχουν θεσπίσει αρκετά κράτη, όπως η Εσθονία, Πορτογαλία, Ιρλανδία, Ρουμανία, Σλοβακία, Σλοβενία, Ισπανία, Βουλγαρία, Λουξεμβούργο, Γαλλία. Αντίθετα σχετική ακυρότητα ή ακυρωσία συναντάμε στις Κάτω Χώρες και στο δίκαιο της Λετονίας.

¹¹² Σ. Ιωακειμίδης, « Η σχετική ακυρότητα της δικαιοπραξίας », 2012, σελ. 236.

¹¹³ Μ. Σταθόπουλος, « Καταχρηστικές ρήτρες στις καταναλωτικές συμβάσεις - Ισχύς της απόφασης επί συλλογικής αγωγής », ΧρΠΔ Ι/2010, σελ. 502.

¹¹⁴ Α. Κιτσαράς ΧρΠΔ Α/2001 σελ. 140

¹¹⁵ Σ. Ιωακειμίδης, ο.π., σελ. 236.

¹¹⁶ Ολ.Απ 18/2005, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ: « Οι λόγοι της ακυρότητας προβλέπονται άμεσα ή έμμεσα αλλά σαφώς στο νόμο. Η ακυρότητα είναι κατά κανόνα απόλυτη, υπό την έννοια ότι δύναται να την επικαλεστεί όχι μόνο εκείνος που συνήψε τη μονομερή δικαιοπραξία ή τη σύμβαση και, γενικότερα, την πολυμερή δικαιοπραξία, αλλά και οποιοσδήποτε άλλος. Κατ' εξαίρεση ωστόσο είναι σχετική, συμβαίνει δε τούτο όταν δύνανται να την επικαλεστούν ορισμένα μόνο πρόσωπα, στα οποία και μόνο αναγνωρίζεται το σχετικό δικαίωμα άμεσα ή έμμεσα αλλά σαφώς στο νόμο. »

συγκεκριμένου καταναλωτή στο πλαίσιο της ιδιωτικής αυτονομίας, περίπτωση που την ακυρότητα πρέπει να την προβάλλει ο θιγόμενος καταναλωτής και β) σε καταχρηστικούς γενικούς όρους συναλλαγών που αφορούν το δημόσιο δικονομικό δίκαιο και ανήκουν στους κανόνες δημοσίας τάξης, περίπτωση που η ακυρότητα κρίνεται ως απόλυτη και αυτεπαγγέλτως λαμβανόμενη υπόψη.¹¹⁷

6.2|Η θέση περί σχετικής ακυρότητας του όρου

Υποστηρίζεται ολοένα και περισσότερο στη θεωρία ότι η ακυρότητα επί μέρους όρου της σύμβασης είναι σχετική υπέρ του καταναλωτή, καθώς έχει θεσπιστεί για την προστασία του ιδιωτικού συμφέροντος του καταναλωτή. Άμεση συνέπεια της υιοθέτησης της θέσης περί σχετικής ακυρότητας κατά την κρατούσα άποψη είναι ότι η σύμβαση παράγει κανονικά όλα τα έννομα αποτελέσματα της, μέχρι να προβληθεί η ακυρότητα δικαστικώς ή εξωδίκως από τον καταναλωτή, ενώ ο προμηθευτής δεν έχει δικαίωμα επίκλησης της.¹¹⁸ Εύλογο κρίνεται, ο συντάκτης της καταχρηστικής ρήτρας από την οποία απολαμβάνει τα σχετικά οφέλη να φέρει και τον κίνδυνο αναγνώρισης της ακυρότητας, χωρίς να έχει τη δυνατότητα όμως να την επικαλεστεί εκφράζοντας κατά κάποιο τρόπο τη μεταμέλεια του.¹¹⁹ Η θέση αυτή στηρίζεται κατ' άλλη άποψη στην αναλογική εφαρμογή του άρθρου 2 παρ. 8 του ν.2251/1994, δεδομένου ότι: α) πρόκειται για αρρυθμιστο από το νόμο ζήτημα και β) πρόκειται για αξιολογικά όμοιες περιπτώσεις, δεδομένου ότι ο προστατευτικός σκοπός του Ν.2251 συντρέχει και σε επίπεδο συγκεκριμένου όρου και σε επίπεδο συνολικό για τη σύμβαση.¹²⁰ Ο προστατευτικός αυτός σκοπός που διέπει το νόμο στο σύνολο του και οδηγεί στη σχετική ακυρότητα του όρου δικαιολογείται από τη μειονεκτική θέση του συμβαλλόμενου καταναλωτή, ο οποίος είναι ο οικονομικά και οργανωτικά ασθενέστερος συμβαλλόμενος, μη δυνάμενος να συμμετέχει σε οποιεσδήποτε διαπραγματεύσεις για το περιεχόμενο του όρου.¹²¹ Επιχείρημα υπέρ της σχετικής ακυρότητας θα μπορούσε να εξαχθεί και με βάση τη συστηματική ερμηνεία, δεδομένου ότι ο νομοθέτης στο Ν.2251 κατονόμασε ρητά ως σχετική υπέρ του καταναλωτή την ακυρότητα τόσο των συμβάσεων εκτός εμπορικού καταστήματος, όσο και των εξ αποστάσεως καταρτιζόμενων συμβάσεων.¹²² Τη φύση της

¹¹⁷ Βλ. ΕφΛαμ 32/2022, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ και ΕιρΑθ 9350/2014, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, όπου κρίθηκε απολύτως άκυρος όρος περί διορισμού ως αντικλήτου προσώπου εντελώς αγνώστου στους δανειολήπτες.

¹¹⁸ Α. Γεωργιάδης, ο.π., σελ.552.

¹¹⁹ Γ. Μεντής, ο.π., 558.

¹²⁰ Γ. Δέλλιος, ο.π., σελ. 362.

¹²¹ Π. Παπανικολάου, ο.π., σελ. 392, τασσόμενος επίσης υπέρ της σχετικής ακυρότητας του καταχρηστικού όρου. Ομοίως και Κ. Ρήγας, «Κύρος των ρητρών αποκλεισμού και περιορισμού της ευθύνης κατά το αστικό κώδικα και το Ν. 2251/1994 για την προστασία των καταναλωτών», 2012. Δέχεται τη σχετική ακυρότητα απαλλακτικής ρήτρας στο πλαίσιο εξέτασης της ευθύνης του παρέχοντος υπηρεσίες. Έτσι και Μ. Καραλής, «Γενικοί όροι συναλλαγών», 1992, σελ. 136, δικαιολογώντας τη θέση του περί σχετικής ακυρότητας στον προστατευτικό σκοπό του νόμου.

¹²² Άρθρο 3γ παρ. 5 και Άρθρο 3δ παρ. 10 Ν.2251/1994 αντίστοιχα.

ακυρότητας ως σχετικής στηρίζει μέρος της θεωρίας στην ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την προσβολή των καταχρηστικών γενικών όρων συναλλαγών, συμφέρον το οποίο διατηρούν κατά την άποψη αυτή μόνο οι καταναλωτές και οι ενώσεις καταναλωτών.¹²³

Σε νομολογιακό επίπεδο, δεν λείπουν αποφάσεις των εθνικών δικαστηρίων ουσίας που κατονομάζουν ρητά την ακυρότητα ως σχετική,¹²⁴ ενώ σε άλλες περιπτώσεις το συμπέρασμα αυτό συνάγεται εμμέσως με την απόρριψη του ισχυρισμού του προμηθευτή περί ακυρότητας ως καταχρηστικώς προβαλλόμενου.¹²⁵ Αντίστοιχα, σε επίπεδο ενωσιακού δικαίου εκφράζεται η άποψη από ορισμένους συγγραφείς¹²⁶ πως το ΔΕΕ λαμβάνει θέση εμμέσως υπέρ της σχετικής ακυρότητας του επί μέρους όρου. Η θέση αυτή δικαιολογείται με το σκεπτικό ότι ο καταναλωτής μπορεί κατόπιν ενημέρωσης από τον εθνικό δικαστή για την καταχρηστικότητα του όρου, να προβάλει την ακυρότητα του συγκεκριμένου όρου, είτε να συναινέσει στην επίμαχη ρήτρα με την ακυρότητα να θεραπεύεται.¹²⁷ Τούτο προϋποθέτει, ωστόσο, την υιοθέτηση της άποψης περί αποσύνδεσης συσχετισμού του ζητήματος της φύσης της ακυρότητας ως σχετικής ή απόλυτης από τον αυτεπάγγελτο έλεγχο αυτής, ζήτημα που αναπτύσσεται αμέσως κατωτέρω.

6.3|Η φύση της σχετικής ακυρότητας και η συνάρτηση της με το ζήτημα του αυτεπάγγελτου ελέγχου

Η διάκριση μεταξύ σχετικής και απόλυτης ακυρότητας, η οποία υφίστατο ήδη από την εποχή των Πανδεκτών, συσχετίζεται άμεσα με τη δυνατότητα επίκλησης της ακυρότητας από ορισμένα πρόσωπα υπέρ των οποίων έχει θεσπιστεί η ακυρότητα (σχετική ακυρότητα), είτε οποιουδήποτε τρίτου αποδεικνύει έννομο συμφέρον (απόλυτη ακυρότητα). Στην τελευταία μόνο περίπτωση κατά την κρατούσα σε νομολογία και θεωρία υπόψη το δικαστήριο μπορεί να λάβει υπόψη και αυτεπαγγέλτως την ακυρότητα.¹²⁸ Τη σχετική ακυρότητα μπορούν να προβάλλουν ακόμη και οι δανειστές του δικαιούχου προσώπου κατ' άρθρο 72 ΚπολΔ.¹²⁹

Για τη διάκριση ανάμεσα σε απόλυτη και σχετική ακυρότητα κρίσιμη διαφαίνεται η εξυπηρέτηση είτε του δημοσίου συμφέροντος (στην πρώτη περίπτωση), είτε πρωτίστως ιδιωτικών συμφερόντων (στη δεύτερη). Τη διάκριση αυτή υιοθετεί ο ίδιος ο νόμος, ο οποίος ορισμένες φορές

¹²³ Κ. Γαζέτας, «Γενικοί όροι συναλλαγών, Δικαστική προστασία», έκδοση 4η, 2001, σελ. 121.

¹²⁴ Βλ. Ενδεικτικά ΜΠρ Ευρ 14/2021, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΕφΘεσ 2613/2017, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ: «εφόσον καταφάσκει περίπτωση ακυρότητας γενικού όρου ή όρων των συναλλαγών, επέρχεται σχετική ακυρότητα του αντιστοίχου ή των αντιστοίχων όρων, χωρίς, κατ' αρχάς, τούτο να συμπαρασύρει σε ακυρότητα και την υπόλοιπη σύμβαση».

¹²⁵ Βλ. ΕιρΑθ 1065/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, στην απόφαση γίνεται λόγος για κατάχρηση δικονομικής δυνατότητας εκ μέρους του προμηθευτή.

¹²⁶ Γ. Δέλλιος, ο.π., σελ. 362.

¹²⁷ Βλ. C-6/2022: «Ωστόσο, το σύστημα προστασίας δεν έχει εφαρμογή αν ο καταναλωτής αντιτίθεται σε αυτό. Ο καταναλωτής μπορεί, αφού ενημερωθεί από τον εθνικό δικαστή, να μην προβάλει τον καταχρηστικό και μη δεσμευτικό χαρακτήρα ρήτρας, δίνοντας επομένως ελεύθερη και εν επιγνώσει συναίνεση για την επίμαχη ρήτρα.»

¹²⁸ Σ. Ιωακειμίδης, ο.π., σελ. 136-137.

¹²⁹ Α. Γεωργιάδης, ο.π., σελ.552.

διατρανώνει ρητώς τη ratio που επιτελεί. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί ο ν.2251, ο οποίος προβλέπει χαρακτηριστικά ότι σκοπός του νόμου είναι η προάσπιση των δικαιωμάτων των καταναλωτών, η πληροφόρηση και η επιμόρφωσή τους, καθώς και η οργάνωση τους σε ενώσεις.¹³⁰ Συνεπώς εκ πρώτης όψεως θα οδηγείτο κανείς στην υιοθέτηση της άποψης περί σχετικής ακυρότητας με βάση τη ratio του νόμου.¹³¹ Ο σκοπός που επιτελεί ο νόμος, όμως, δεν είναι μονοσήμαντος. Δεν λείπουν φωνές στη θεωρία που επικεντρώνονται στη νομολογία του ΔΕΕ και τονίζουν ότι παράλληλα με την ιδιωτική αυτονομία προστατεύεται και το κοινοτικό δημόσιο συμφέρον που συνίσταται στη μη στρέβλωση του ανταγωνισμού και τη υγιή λειτουργία της εσωτερικής αγοράς. Κατά συνέπεια η εξυπηρέτηση του κοινοτικού δημοσίου συμφέροντος δεν μπορεί να εξαρτάται αποκλειστικά από την ιδιωτική αυτονομία και τις νομικές γνώσεις του καταναλωτή ή του συνηγόρου του, αλλά θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψη αυτεπαγγέλτως από το δικαστή, με αποτέλεσμα να οδηγούμαστε σε απόλυτη ακυρότητα με βάση την κρατούσα άποψη. Σε κάθε περίπτωση, επομένως, πρόκειται για ένα ρευστό κριτήριο, με αποτέλεσμα πολλές φορές να προκύπτουν διαφωνίες στη θεωρία αναφορικά με το αν η ακυρότητα που θεσπίζει μια συγκεκριμένη διάταξη είναι σχετική ή απόλυτη.¹³² Κριτήριο διαφοροποίησης, συμπερασματικά, είναι το τελεολογικό και με βάση το σκοπό της ακυρωτικής διάταξης θα προκριθεί το ένα ή το άλλο είδος ακυρότητας. Επισημαίνεται, ακόμα, ότι δεν υφίσταται κάποιο άλλο είδος ακυρότητας ανάμεσα στα δύο αυτά μορφώματα. Η ακυρότητα ή θα είναι σχετική ή απόλυτη.¹³³

Υποστηρίζεται, επιπροσθέτως, σε θεωρία και νομολογία, ότι εν αμφιβολία η ακυρότητα θα πρέπει να θεωρείται κατά τεκμήριο ως απόλυτη.¹³⁴ Η άποψη αυτή στηρίζεται στο συλλογισμό ότι κατά κανόνα ο νομοθέτης στις περιπτώσεις που θέλησε να ορίσει ως έννομη συνέπεια τη σχετική ακυρότητα, το όρισε ρητώς. Αλλά και στατιστικά ιδωμένου του ζητήματος, παρατηρείται ότι οι περιπτώσεις σχετικής ακυρότητας τόσο στον Αστικό Κώδικα όσο και σε ειδικά νομοθετήματα κρίνονται ως μειοψηφία.¹³⁵ Η άποψη αυτή, η οποία κατά κύριο λόγο έχει υποστηριχτεί στο γαλλικό δίκαιο, τείνει να εγκαταλειφθεί ως μη δογματικά ορθή. Επικρίνεται, πρώτον εξαιτίας της έλλειψης οποιουδήποτε νομικού ερείσματος και δεύτερον εξαιτίας της παραδοχής θεωρίας και νομολογίας ότι αποκλειστικό κριτήριο για το είδος της ακυρότητας είναι ο σκοπός που επιτελεί ο ακυρωτικός κανόνας δικαίου, ο οποίος οδηγεί σε *in concreto* κρίση με βάση το τελεολογικό κριτήριο, ενώ ένα μαχητό τεκμήριο απόλυτης ακυρότητας προϋποθέτει μια περισσότερο αφηρημένη αξιολόγηση.¹³⁶

Ομοίως, ως γενικευμένη, κρίνεται απορριπτέα η άποψη που εξαρτά την κρίση περί απόλυτης ή σχετικής ακυρότητας από το αν ο κανόνας δικαίου είναι δημόσιας τάξης ή όχι κατά την έννοια του άρθρου 3 Α.Κ.. Το γεγονός ότι ένας κανόνας δικαίου είναι δημόσιας τάξης δεν οδηγεί άνευ ετέρου σε απόλυτη ακυρότητα, καθώς και εν προκειμένω κρίσιμη είναι η *in concreto* τελεολογική

¹³⁰ Άρθρο 1 παρ. 3 ν.2251/1994.

¹³¹ Βλ. C-453/10, Προτάσεις γενικής Εισαγγελέα αρ. 49: «Κατά τη διάταξη αυτή (6 παρ. 1 Οδηγίας), τα κράτη μέλη δεσμεύονται να προβλέψουν στις έννομες τάξεις τους ότι οι ρήτρες αυτές σε συμβάσεις που συνάπτει επαγγελματίας με καταναλωτή «δεν δεσμεύουν τους καταναλωτές». Και μόνον από το γράμμα της εν λόγω διατάξεως καθίσταται φανερό ότι η επιτασσόμενη από τον νομοθέτη της οδηγίας έννομη συνέπεια της ακυρότητας ενεργεί μόνον υπέρ του καταναλωτή, ενώ η χαρακτηριζόμενη ως καταχρηστική συμβατική ρήτρα δεν χάνει τη δεσμευτικότητά της για τον επαγγελματία.»

¹³² Βλ. π.χ. Εικονικότητα ως καταρχήν απόλυτη ακυρότητα, ενώ για τους συναλλαχθέντες τρίτους κρίνεται ως σχετική.

¹³³ Σ. Ιωακειμίδης, ο.π., σελ. 139.

¹³⁴ Ως προς τη θεωρία βλ. ενδεικτικά Μπαλής, Γενικά Αρχαί, ως προς τη νομολογία ανωτέρω απόφαση της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου 18/2005.

¹³⁵ Βλ. Μ. Σταθόπουλος, «Η παραίτηση από τη νόμιμη μοίρα», Ελλ Δνη 2011, ο οποίος υποστηρίζει ότι η σχετική ακυρότητα πρέπει να αναφέρεται ρητώς στο νόμο.

¹³⁶ Σ. Ιωακειμίδης, ο.π., σελ. 142, με περαιτέρω παραπομπές στη θεωρία που έχει αναπτυχθεί στο γαλλικό δίκαιο.

κατεύθυνση αυτού. Χρήσιμη για την κατανόηση του ζητήματος είναι η διάκριση, η οποία αναπτύχθηκε στο γαλλικό δίκαιο, των κανόνων δημόσιας τάξης σε κανόνες πολιτικής δημόσιας τάξης (ή δημόσιας τάξης υπό στενή εννοία) και κανόνες οικονομικής δημόσιας τάξης. Σε απόλυτη ακυρότητα οδηγούν μόνο οι κανόνες της πρώτης κατηγορίας, οι οποίοι επιτελούν κάποιον υπερατομικό σκοπό (π.χ. ποινικοί νόμοι, νόμοι που σχετίζονται με την οικονομική πολιτική του κράτους, την προστασία ενός υγιούς ανταγωνισμού στη λειτουργία της αγοράς κλπ), ενώ σε σχετική ακυρότητα οδηγούν οι κανόνες οικονομικής δημόσιας τάξης, οι οποίοι αφορούν το οικονομικό-συναλλακτικό δίκαιο και προστατεύουν ατομικά συμφέροντα με βάση την αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας.¹³⁷

Παρατηρείται, καταρχάς, ότι στην περίπτωση της σχετικής ακυρότητας, ο προστατευόμενος από τον ακυρωτικό κανόνα συναλασσόμενος θα επικαλεστεί αυτονοήτως την ακυρότητα όταν αυτή είναι προς το συμφέρον του. Η ανάγκη επίκλησής της, όμως, δημιουργεί το εξής παράδοξο: η δικαιοπραξία με βάση το άρθρο 180 του Α.Κ. θεωρείται σαν να μην έγινε, αλλά η ενέργειά της εξαρτάται από την επίκληση ή μη της ακυρότητας αυτής από τον προστατευόμενο συναλασσόμενο.¹³⁸ Το γεγονός, μάλιστα, της εξάρτησης του κύρους της σύμβασης αποκλειστικά από την επίκλησή της από τον προστατευόμενο, ενδέχεται να οδηγεί σε ανεπιεική αποτελέσματα όταν εκείνος είτε αγνοεί τη νομοθεσία είτε δεν διαθέτει τα οικονομικά μέσα για τη δικαστική επιδίωξη της αναγνώρισης της ακυρότητας.¹³⁹ Στις περιπτώσεις αυτές, η καθιέρωση της δυνατότητας αυτεπάγγελτης λήψης υπόψη της ακυρότητας μπορεί να είναι σωτήρια για τα συμφέροντα του καταναλωτή, ενώ, αντιθέτως με την αυστηρή τήρηση του βάρους επίκλησης, η σχετική ακυρότητα που έχει προβλεφθεί υπέρ συγκεκριμένου κύκλου προσώπων καταλήγει να είναι ακόμα και επιβλαβής για αυτόν, δεδομένου ότι θεραπεύεται η ακυρότητα αν δεν την επικαλεστεί. Η επιλογή του νομοθέτη για την καθιέρωση της σχετικής ακυρότητας, ωστόσο, είναι συνειδητή και δικαιολογείται από την προσφορά στο προστατευόμενο μέρος της δυνατότητας να εμμένει στην εκτέλεση της σύμβασης παρά την ύπαρξη της ακυρότητας, ιδίως όταν τα αγαθά ή οι υπηρεσίες που του προσφέρονται ως παροχή αφορούν ζωτικές ανάγκες του. Το προνόμιο του προστατευόμενου μέρους συνίσταται, επομένως, στη δυνατότητα του να καθορίσει μονομερώς την τύχη της σύμβασης στο πλαίσιο άσκησης της ιδιωτικής του αυτονομίας, προνόμιο που του παρέχεται εν προκειμένω όσον αφορά στους καταναλωτές, λόγω της ελλιπούς πληροφόρησής του και της παραγκωνισμένης διαπραγματευτικής του δύναμης.

Ως προαναφέρθηκε το δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, μολονότι διακηρύσσει κατά την ερμηνεία του άρθρου 6 της Οδηγίας 93/13 ότι σκοπός είναι η προστασία του καταναλωτή (διακήρυξη στην οποία προβαίνει και ο εθνικός νομοθέτης στο ν.2251/1994), επιτάσσει τον αυτεπάγγελο έλεγχο της καταχρηστικότητας γενικών όρων συναλλαγών, καθώς η αναγνώριση ή η κήρυξη (σε άλλα κράτη-μέλη) της ακυρότητας δεν μπορεί να εξαρτάται αποκλειστικά από τους συμβαλλόμενους. Για την αποτελεσματική προστασία του καταναλωτή που αποτελεί και τον απώτερο σκοπό της Οδηγίας πρέπει το δικαστήριο να έχει τη δυνατότητα να εξετάσει την ακυρότητα. Με βάση την κλασική διδασκαλία, επομένως, η λύση αυτή του ΔΕΕ περί αυτεπάγγελου ελέγχου μας προκαταλαμβάνει και ως προς την υιοθέτηση της άποψης περί

¹³⁷ Σ. Ιωακειμίδης, ο.π., σελ. 143-144.

¹³⁸ Έτσι, Α. Γεωργιάδης κατά τον οποίο με την επίκληση της ακυρότητας αίρεται αναδρομικά η ισχύς της δικαιοπραξίας, η οποία μέχρι τότε αναπτύσσει κανονικά αποτελέσματα, πρόκειται επομένως για συγγενή θεσμό με αυτόν της ακυρωσίας, εν είδη άσκησης διαπλαστικού δικαιώματος επίκλησης της ακυρότητας. Κατ' άλλες απόψεις που έχουν εκφραστεί στη θεωρία (Μ. Σταθόπουλος), η δικαιοπραξία τελεί σε μια μετέωρη κατάσταση μέχρι την επίκληση της ακυρότητας, κατά την οποία δεν είναι ούτε έγκυρη ούτε άκυρη, ενώ κατά μια τρίτη άποψη (Λαδάς) πρόκειται για μια εξαρχής άκυρη δικαιοπραξία, η οποία φαινομενικά μόνο αναπτύσσει τα έννομα αποτελέσματά της. Τέλος, κατ' άλλη άποψη, η οποία ωστόσο δεν βρίσκει έρεισμα στο νόμο, η δικαιοπραξία είναι ανίσχυρη για ορισμένα πρόσωπα (τον προστατευόμενο), ισχυρή δε για όλους τους υπόλοιπους (π.χ. σε περίπτωση εκ νέου μεταβίβασης του πωληθέντος πράγματος).

¹³⁹ Σ. Ιωακειμίδης ο.π.

απόλυτης ακυρότητας του συγκεκριμένου καταχρηστικού όρου.¹⁴⁰ Το ΔΕΕ δεν παίρνει ρητά θέση σχετικά με τη φύση της ακυρότητας ως σχετικής ή απόλυτης, παρόλα αυτά φαίνεται ότι διακηρύσσοντας ότι ratio της Οδηγίας είναι η προστασία του καταναλωτή και ότι η μη δεσμευτικότητα ενεργεί μόνο υπέρ αυτού τάσσεται υπέρ της σχετικής ακυρότητας (με βάση τη προαναφερθείσα θέση που προστρέχει στο τελεολογικό κριτήριο). Παράλληλα το ΔΕΕ φαίνεται να απορρίπτει το συσχετισμό της φύσης της ακυρότητάς ως σχετικής ή απόλυτης με το ζήτημα του αυτεπάγγελτου ελέγχου της καταχρηστικότητας του όρου, δεχόμενο τον αυτεπάγγελο έλεγχο προκειμένου να εξασφαλιστεί η ουσιαστική και αποτελεσματική προστασία του καταναλωτή και να μην εξαρτάται η διάγνωση της ακυρότητας αποκλειστικά από την επιμέλειά του. Η ιδιωτική αυτονομία του καταναλωτή δεν εκμηδενίζεται σε αυτή την περίπτωση, αλλά παραμένει σεβαστή, δεδομένου ότι ο καταναλωτής μπορεί να προβεί σε ελεύθερη και εν επίγνωση συναίνεση για τη χρήση της συγκεκριμένης ρήτρας που κρίθηκε από το δικαστήριο αυτεπαγγέλτως ως καταχρηστική, κατόπιν λεπτομερούς ενημέρωσης του για τις προβλεπόμενες έννομες συνέπειες.¹⁴¹

Η άποψη αυτή που συνδυάζει τη σχετική ακυρότητα με τον αυτεπάγγελο έλεγχο της καταχρηστικότητας γενικών όρων συναλλαγών κερδίζει όλο και περισσότερους υποστηρικτές και στην ελληνική θεωρία. Η άποψη αυτή έχει υποστηριχτεί προκειμένου να μετριαστεί η ένταση μεταξύ δύο αντίρροπων δυνάμεων: α) η νομολογία του ΔΕΕ που επιτάσσει τον αυτεπάγγελο έλεγχο και είναι δεσμευτική για τα εθνικά δικαστήρια δυνάμει του άρθρου 19 ΣΕΕ και 267 ΣΛΕΕ με αποτέλεσμα να οδηγεί και σε απόλυτη ακυρότητα του όρου και β) την τελεολογική προσέγγιση της διάταξης που αποσκοπεί στην προστασία αποκλειστικά των συμφερόντων του καταναλωτή, θέση η οποία οδηγεί στην υιοθέτηση της άποψης περί σχετικής ακυρότητας. Προτείνεται προς αντιμετώπιση του ως άνω ζητήματος η κατ' εξαίρεση αυτεπάγγελη εξέταση της σχετικής ακυρότητας γενικών όρων συναλλαγών, θέση που συνάδει με τη νομολογία του ΔΕΕ και δικαιολογείται από τη διαπίστωση ότι η αποκλειστικότητα του δικαιώματος επίκλησης της σχετικής ακυρότητας στον προστατευόμενο και η απόδοση απόλυτου σεβασμού στην ιδιωτική του αυτονομία, ενδέχεται σε οριακές περιπτώσεις να είναι επιβλαβής για αυτόν.¹⁴² Εν άλλοι λόγοι, κρίνεται ανεπιεικές η έννομη τάξη να αντιμετωπίζει από τη μια τη δικαιοπραξία ως μηδέποτε υπάρξασα κατά Α.Κ.180 και από την άλλη να μην παρέχει τη δυνατότητα στο δικαστήριο να εξετάσει αυτεπαγγέλτως την ακυρότητα αυτή, όταν ο προστατευόμενος δεν διαθέτει τα οικονομικά μέσα ή ο συνήγορος του τις νομικές γνώσεις προκειμένου να επικαλεστεί την ακυρότητα. Κατ' αυτόν τον τρόπο καταστρατηγείται ο προστατευτικός για το συμβαλλόμενο αυτό μέρος σκοπός, η πραγμάτωση του οποίου μένει μετέωρη για λόγο που δεν αφορά την άσκηση της ιδιωτικής του αυτονομίας, αλλά την πρόσβαση του στη δικαστική προστασία.¹⁴³ Για να προβεί στην κρίση αυτή περί αυτεπάγγελτου ελέγχου του όρου το δικαστήριο θα λάβει υπόψη τους ισχυρισμούς που έχει ήδη προβάλλει το προστατευόμενο μέρος ως αμυνόμενος, είτε τη δικονομική του απουσία (ερημοδικία), σε συνδυασμό με τις συνθήκες που συνοδεύουν τη σύναψη

¹⁴⁰ Βλ. όμως διατύπωση γενικής Εισαγγελέα στην υπόθεση C 453/10, η οποία φαίνεται να χαρακτηρίζει σχετική την ακυρότητα παρά τον αυτεπάγγελο έλεγχο: «Και μόνον από το γράμμα της εν λόγω διατάξεως καθίσταται φανερό ότι η επιτασόμενη από τον νομοθέτη της οδηγίας έννομη συνέπεια της ακυρότητας ενεργεί μόνον υπέρ του καταναλωτή, ενώ η χαρακτηριζόμενη ως καταχρηστική συμβατική ρήτρα δεν χάνει τη δεσμευτικότητά της για τον επαγγελματία.»

¹⁴¹ Βλ. C-6/2022 Σκέψη 39 και ανωτέρω ανάλυση: «Συναφώς, προκειμένου ο καταναλωτής να μπορεί να δώσει ελεύθερη και εν επίγνωση συναίνεση, εναπόκειται στο εθνικό δικαστήριο να υποδείξει στους διαδίκους κατά τρόπο αντικειμενικό και εξαντλητικό, στο πλαίσιο των εθνικών δικονομικών κανόνων και υπό το πρίσμα της αρχής της ισότητας στις αστικές διαδικασίες, τις έννομες συνέπειες που μπορεί να επιφέρει η κατάργηση της καταχρηστικής ρήτρας, τούτο δε ανεξαρτήτως του αν οι εν λόγω διάδικοι εκπροσωπούνται ή όχι από επαγγελματία δικαστικό πληρεξούσιο ή όχι.»

¹⁴² Σ. Ιωακειμίδης, ο.π., σελ. 160.

¹⁴³ Σ. Ιωακειμίδης, ο.π., σελ. 161, ο οποίος κάνει λόγο για έλλειμμα δικαστικής προστασίας κατ' άρθρο 6 της Ε.Σ.Δ.Α. και 20 του Συντάγματος.

της σύμβασης, την εξισορρόπηση των αντιτιθέμενων συμφερόντων των μερών και τις έννομες συνέπειες που θα έχει για αυτόν η αναγνώριση της ακυρότητας. Με βάση τα κριτήρια αυτά δηλαδή το δικαστήριο θα εξιχνιάσει τη ρητά ή συμπερασματικά συναγόμενη βούληση του οφειλέτη, σχετικά με τον αν επιθυμεί την εκτέλεση της έστω άκυρης σύμβασης ή την αναγνώριση της ακυρότητας.¹⁴⁴

Δεν πρέπει, ωστόσο, να αγνοηθούν και τα αντεπιχειρήματα που έχουν διατυπωθεί από τη συντακτική επιτροπή του Α.Κ., η οποία ωστόσο κατά παραδοχή της άφησε την έννοια της σχετικής ακυρότητας να εξειδικευτεί από τη νομολογία και την επιστήμη. Υποστηρίζεται, καταρχήν ότι ο αυτεπάγγελτος έλεγχος της σχετικής ακυρότητας δεν έχει κάποιο νομοθετικό έρεισμα (ούτε βέβαια υπάρχει απαγορευτική διάταξη αυτού όπως αντιπαρατηρείται), αλλά και με βάση την ιστορική ερμηνεία ο νομοθέτης δεν είχε υπόψη του τον αυτεπάγγελο έλεγχο της ακυρότητας αυτής. Επιπροσθέτως, με την υιοθέτηση της θέσης αυτής συγχέονται τα όρια μεταξύ σχετικής και απόλυτης ακυρότητας, καθώς σε κάθε περίπτωση το δικαστήριο μπορεί να εξετάσει αυτεπαγγέλτως την ακυρότητα άσχετα από το αν έχει δικαίωμα μόνο συγκεκριμένο προστατευόμενο μέρος ή όποιος εξαρτά έννομο συμφέρον, συνέπεια που καθιστά τη διάκριση άνευ σημασίας. Επισημαίνεται, τέλος, ότι με τον αυτεπάγγελο έλεγχο και στη σχετική ακυρότητα καθίσταται υπέρ το δέον προνομιακό το νομικό καθεστώς προς τον προστατευόμενο από τον ακυρωτικό κανόνα, καθώς δεν λαμβάνονται υπόψη και τα συμφέροντα του ετέρου μέρους στο πλαίσιο άσκησης της συμβατικής του ελευθερίας, ενώ και τα κριτήρια που θα χρησιμοποιήσει το δικαστήριο προκειμένου να εξεύρει την υπάρχουσα ή μη βούληση για εμμονή στην εκτέλεση της άκυρης δικαιοπραξίας κρίνονται ως εγγενώς αφηρημένα. Πρόκειται σε κάθε περίπτωση για βάσιμες παρατηρήσεις, οι οποίες, ωστόσο, κατά την κρίση του γράφοντος πρέπει να υποχωρήσουν ενόψει της ratio του ακυρωτικού κανόνα δικαίου, η οποία συνίσταται στην εξασφάλιση αποτελεσματικής προστασίας του υπέρ ου η θέσπιση σχετικής ακυρότητας και στην καθιέρωση ενός προνομίου για αυτόν που εντοπίζεται στη δυνατότητα επιλογής του ως προς το αν θα εμμένει στην εκτέλεση της σύμβασης παρά την ακυρότητα. Εγγύτερη προς την αξιολόγηση αυτή του νομοθέτη είναι η αποδοχή του αυτεπάγγελλου ελέγχου όταν ο προστατευόμενος δεν επικαλεστεί την ακυρότητα για λόγους που δεν ανάγονται στη βούλησή του, καθώς μόνο έτσι εξασφαλίζεται η αποτελεσματική προστασία του.

Ιδίως, σε επίπεδο γενικών όρων συναλλαγών η ανάγκη αυτή προστασίας του καταναλωτή κρίνεται έτι περαιτέρω μείζων, δεδομένου ότι προστατεύεται το ασθενέστερο μέρος το οποίο και βρίσκεται σε μια κατάσταση διαπραγματευτικής ανισοσθένειας, η οποία οφείλεται είτε σε οικονομική αδυναμία, είτε σε απειρία, είτε σε οργανωτική ανεπάρκεια, εν αντιθέσει με τον πεπειραμένο συντάκτη των όρων προμηθευτή, ο οποίος καθορίζει μονομερώς το περιεχόμενο της σύμβασης. Πέραν του σκοπού αυτού εξυπηρετείται και ένας ευρύτερος στόχος που συνίσταται στην πρόληψη της κατάρρευσης της αγοράς των γενικών όρων συναλλαγών, υπό την έννοια του ελέγχου ποιότητας αυτών ούτως ώστε να διατηρείται μια δίκαιη ισορροπία των συμφερόντων καταναλωτή-προμηθευτή.¹⁴⁵ Η διαπίστωση αυτή σε συνδυασμό με την πάγια νομολογία του ΔΕΕ που αποσκοπεί στην εξασφάλιση της τήρησης της αρχής της ισοδυναμίας και αποτελεσματικότητας φαίνεται να δικαιολογούν εν προκειμένω τον κατ' εξαίρεση αυτεπάγγελο έλεγχο της σχετικής ακυρότητας.¹⁴⁶ Εξάλλου δεν πρόκειται για ένα ξένο νομικά θεσμό, δεδομένου

¹⁴⁴ Σ. Ιωακειμίδης, Σωτήριος ο.π. σελ. 162.

¹⁴⁵ Α. Καραμπατζός, «Ιδιωτική αυτονομία και προστασία του καταναλωτή», 2016, σελ. 321-322.

¹⁴⁶ Βλ. και Γ. Μεντής, ο.π., σελ. 558, ο οποίος υιοθετεί τη θέση περί κατ' εξαίρεση αυτεπάγγελλου ελέγχου της σχετικής ακυρότητας όταν ο καταναλωτής αδρανεί.

ότι η αυτεπαγγέλτως λαμβανόμενη υπόψη προστατευτική υπέρ του καταναλωτή ακυρότητα έχει υιοθετηθεί από ορισμένα κράτη-μέλη κατά την ενσωμάτωση της Οδηγίας.¹⁴⁷

Τον κατ' εξαίρεση αυτεπάγγελτο έλεγχο της σχετικής ακυρότητας δέχεται μέρος της θεωρίας υπό αυστηρότερες προϋποθέσεις. Ενώ κατά την άποψη αυτή κρίνεται δυνατή η αυτεπάγγελτη λήψη της σχετικής ακυρότητας, όταν η ανάγκη αυτή υπέρμετρης προστασίας του υπέρ ου η διακήρυξη της ακυρότητας δικαιολογείται από τη ratio της διάταξης, παρατηρείται ότι αυτή η πατερναλιστική και περιοριστική της ιδιωτικής αυτονομίας του λειτουργία του δικαστηρίου ενδέχεται να μην εξυπηρετεί τα συμφέροντά του. Προτείνεται, έτσι, να τεθεί μεν κάποιος χρονικός περιορισμός ως προς τη δυνατότητα επίκλησης της σχετικής ακυρότητας, προκειμένου να διασφαλιστεί η ασφάλεια δικαίου και επιπλέον ο αυτεπάγγελτος έλεγχος να γίνει δεκτός μόνο στην περίπτωση που ,παράλληλα με τον προστατευτικό σκοπό που κατευθύνεται στην προστασία του συγκεκριμένου συμβαλλόμενου ,εξυπηρετείται και το δημόσιο συμφέρον.¹⁴⁸

7|Η πλήρωση των κενών της ρύθμισης που αφήνουν οι άκυροι όροι

Η ακυρότητα του συγκεκριμένου όρου, ως έννομη συνέπεια της καταχρηστικότητας του γενικού όρου συναλλαγών, έχει ως λογικό επόμενο τη δημιουργία κενού στη σύμβαση, το οποίο πρέπει να πληρωθεί προκειμένου να αποκατασταθεί η ισορροπία συμφερόντων καταναλωτή-προμηθευτή. Κατά την απολύτως κρατούσα σε θεωρία και νομολογία άποψη, για την πλήρωση του κενού το προβάδισμα αποδίδεται στο ενδοτικό δίκαιο.¹⁴⁹ Εφαρμόζεται δηλαδή η διάταξη ενδοτικού δικαίου που τέθηκε εκ ποδών με τη ρύθμιση των άκυρων γενικών όρων συναλλαγών. Το ενδοτικό δίκαιο αναπαριστά μια δίκαιη αφηρημένη στάθμιση συμφερόντων των συμβαλλόμενων στην οποία έχει προβεί ο νομοθέτης και επιτελεί καθοδηγητική λειτουργία για τα μέρη. Αυτονόητη προϋπόθεση για την εφαρμογή του ενδοτικού δικαίου είναι το ρυθμιζόμενο στη σύμβαση ζήτημα να είναι συγγενές και να εμπίπτει στο πραγματικό της συγκεκριμένης διάταξης, την οποία τα μέρη επέλεξαν να παρακάμψουν με δική τους συμφωνία χάριν της ιδιωτικής αυτονομίας. Δεν αποκλείεται, ωστόσο, να μην υφίσταται ένας έτοιμος κανόνας ενδοτικού δικαίου προς εφαρμογή, φαινόμενο σύνηθες όσον αφορά τις άτυπες και τις μικτές συμβάσεις.¹⁵⁰ Τη θέση αυτή υιοθετεί παγίως και η νομολογία των εθνικών δικαστηρίων, ενώ διαφορετικό είναι το ζήτημα του κατά πόσο η ρύθμιση της σύμβασης επαναλαμβάνει στην ουσία το ενδοτικό δίκαιο (κατά μείζονα λόγο και το αναγκαστικό δίκαιο), περίπτωση η οποία εκφεύγει του δικαστικού ελέγχου καταχρηστικότητας, καθώς κατά το άρθρο 1 παρ. 2 της Οδηγίας βρίσκονται εκτός του πεδίου εφαρμογής της Οδηγίας.¹⁵¹ Το ζήτημα έχει απασχολήσει και τα εθνικά δικαστήρια ιδίως κατά την

¹⁴⁷ Βλ. Γ. Δέλλιος, ο.π., σελ. 351, ο οποίος κάνει αναφορά στο Κώδικα Καταναλωτών της Ιταλίας (άρθρο 36 παρ. 3), ο οποίος κατοχυρώνει την αυτεπάγγελτη εξέταση της σχετικής ακυρότητας.

¹⁴⁸ Μ. Σταθόπουλος, «Μορφές ανισχύρου δικαιοπραξιών- διαφοροποίηση βάσει εννοιών ή βάσει εννόμων συνεπειών», ΧρΙΔ 2013, σελ. 329-330, ο οποίος παρόλα αυτά δέχεται τον αυτεπάγγελτο έλεγχο των καταχρηστικών γενικών όρων συναλλαγών.

¹⁴⁹ Γ. Δέλλιος, ο.π., σελ. 351, Γ. Μεντής ο.π. σελ 565, Π. Παπανικολάου, ο.π., σελ.394, Ι. Καρακόστας ο.π. σελ. 145, Μ. Σταθόπουλος, ΧρΙΔ Ι/2010, σελ. 502. Α. Γεωργιάδης ο.π. σελ. 481.

¹⁵⁰ Γ. Δέλλιος ο.π.

¹⁵¹ Έτσι και ΑΠ 534/2022/ www.areiospagos.gr, : «συμβατικοί όροι οι οποίοι απηγούν, δηλαδή επαναλαμβάνουν νοηματικά ή ταυτίζονται με, διατάξεις μιας χώρας-μέλους εξ' ορισμού δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας και επομένως δεν υπόκεινται σε έλεγχο καταχρηστικότητας ως γενικοί όροι συναλλαγών, αφού αυτό που προβλέπεται ως συμβατικός όρος θα ίσχυε έτσι και αλλιώς, ακόμη και αν δεν υπήρχε η επίμαχη ρήτρα. Αιτιολογία του αποκλεισμού

εκδίκαση αγωγών ή ανακοπών που αφορούν απαιτήσεις που απορρέουν από συμβάσεις δανείου, οι οποίες περιλαμβάνουν όρο για τη χορήγηση του εκταμιευθέντος ποσού σε ελβετικά φράγκα, προβλέποντας παράλληλα ότι το επιτόκιο θα παρακολουθεί το δείκτη Libor. Τα δικαστήρια της ουσίας που έκριναν άκυρους ως αδιαφανείς τους συγκεκριμένους όρους που προβλέπουν οφειλή σε ξένο νόμισμα δεν προέβαιναν σε εφαρμογή του ενδοτικού δικαίου και συγκεκριμένα του άρθρου 291 του Α.Κ., δεδομένου ότι πρόκειται για διαφορετικό πραγματικό που σκοπό έχει να θεσπίσει δικαίωμα και όχι υποχρέωση για το δανειολήπτη, ο οποίος έχει απλώς διαζευκτική ευχέρεια να καταβάλλει στο ημεδαπό νόμισμα με βάση την εκάστοτε ισοτιμία. Κατέφευγαν, έτσι, στη συμπληρωτική ερμηνεία της σύμβασης κατ' άρθρο 200 του Α.Κ., προκειμένου να αποκατασταθεί η ισορροπία στη σύμβαση με βάση αντικειμενικά κριτήρια (καλή πίστη και συναλλακτικά ήθη) που εν προκειμένω οδηγούν στην έκφραση της οφειλής εξ αρχής σε ευρώ με βάση την ισοτιμία που ίσχυσε κατά την εκταμίευση του χορηγηθέντος ποσού.¹⁵² Κατ' άλλους συγγραφείς, η μη ύπαρξη συγκεκριμένης διάταξης που να εμπίπτει στο πραγματικό του ρυθμιζόμενου στη σύμβαση ζητήματος, δεν οδηγεί άνευ ετέρου στην πλήρωση του κενού με συμπληρωτική ερμηνεία, αλλά ενδέχεται να καταφύγει το δικαστήριο στην αναλογική εφαρμογή διάταξης που παρουσιάζει αξιολογική ομοιότητα με την κρινόμενη περίπτωση.¹⁵³

Το προβάδισμα στον καθοδηγητικό ρόλο του ενδοτικού δικαίου αποδίδει και η νομολογία του ΔΕΕ, το οποίο κατά την ακριβή διατύπωση του αποτελεί αντικείμενο ειδικής εκτίμησης του εθνικού νομοθέτη με σκοπό την εξισορρόπηση δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων μερών. Δεν αρκούν, έτσι, διατάξεις γενικού χαρακτήρα, αλλά πρέπει να εξασφαλίζεται η μη δεσμευτικότητα του όρου προκειμένου και ο επαγγελματίας να έχει κίνητρο για τη μη συμπερίληψη καταχρηστικών ρητρών στις συμβάσεις που συνάπτει.¹⁵⁴ Υπογραμμίζεται, άλλωστε, σε πληθώρα αποφάσεων του ΔΕΕ ότι σκοπός της Οδηγίας, είναι να εξασφαλίσει τη μη δεσμευτικότητα των καταχρηστικών όρων και όχι να υπαγορεύσει ενιαίες λύσεις ως προς τις έννομες συνέπειες τις οποίες πρέπει να υιοθετήσουν τα κράτη-μέλη. Η ανάγκη για αποτελεσματική προστασία του καταναλωτή επιτάσσει κατά το ΔΕΕ τον εθνικό δικαστή να λάβει όλα τα αναγκαία μέτρα στο πλαίσιο του εσωτερικού δικαίου προκειμένου να αποκατασταθεί

αυτού είναι το γεγονός ότι οι εθνικές διατάξεις εξ ορισμού δεν περιέχουν καταχρηστικές ρήτρες, αφού ο εθνικός νομοθέτης ήδη προέβη σε στάθμιση συμφερόντων των μερών και μία τέτοια νομοθετική στάθμιση δεν μπορεί να είναι καταχρηστική.»

¹⁵² Βλ. ΤρΕφΛαρ 115/2018: «Η ακυρότητα αυτή δεν επιδρά στο κύρος ολόκληρης της σύμβασης, αλλά είναι μερική, με αποτέλεσμα να καταλείπεται κενό σ' αυτή, το οποίο θα πρέπει να καλυφθεί με το άρθρο 200 ΑΚ και όχι με το άρθρο 291 ΑΚ, διότι οι επίμαχοι όροι δεν είναι δηλωτικοί υπό την έννοια ότι επαναλαμβάνουν στην ουσία διάταξη ενδοτικού δικαίου, τη διάταξη του άρθρου 291 ΑΚ. Ειδικότερα δεν προέκυψε ότι οι επίμαχοι όροι επαναλαμβάνουν το περιεχόμενο της διάταξης του άρθρου 291 ΑΚ, καθόσον δεν συνταυτίζονται γραμματικά με αυτό, δεν γίνεται αναφορά στη σύμβαση ότι είναι όροι δηλωτικοί της ως άνω διάταξης, καθόσον αυτή προϋποθέτει συννομολογημένη οφειλή σταθερή, δηλ. προκαθορισμένο ύψος δόσεων, στο πλαίσιο μιας διαρκούς σύμβασης, ενώ η επίδικη συμβατική οφειλή συναρτάται και με το ύψος του εκάστοτε επιτοκίου του ελβετικού νομίσματος και δεν ρυθμίζουν τον τρόπο αποπληρωμής της οφειλής σε συνάλλαγμα, αλλά αφορούν κατ' αρχήν οφειλή σε ημεδαπό νόμισμα, στην οποία το ελβετικό φράγκο χρησιμοποιείται ως νόμισμα υπολογισμού. Το επίδικο δάνειο εκταμιεύθηκε μεν σε ελβετικό φράγκο, πλην όμως μετά την εκταμίευση μετατράπηκε σε ευρώ από την εναγομένη, με βάση την μεταξύ των δύο νομισμάτων ισοτιμία κατά την ημέρα εκταμίευσής του.... Με τους επίμαχους ΓΟΣ αλλοιώθηκε ο σκοπός και η λειτουργία της δανειακής σύμβασης, εφόσον αυτοί δεν επιτελούν καθαρά δανειακούς σκοπούς, αλλά εμπεριέχουν και επενδυτικής φύσεως αποτελέσματα και οικονομικές συνέπειες, οι δε ενάγοντες συμμετέχουν εμμέσως πλην σαφώς στην επενδυτική αγορά συναλλάγματος.... Το κενό που προκαλείται στη σύμβαση πρέπει να πληρωθεί με συμπληρωματική ερμηνεία κατ' άρθρο 200 ΑΚ, ώστε οι ενάγοντες να πραγματοποιούν τις μηνιαίες καταβολές τους προς εξόφληση του δανείου σε ευρώ, με βάση την ισοτιμία που ίσχυε κατά το χρόνο εκταμίευσης του δανείου.», η οποία απόφαση αναρρέθηκε με την υπ' αρ. **1071/2022** απόφαση του Αρείου Πάγου, η οποία έκρινε τον όρο ως δηλωτικό και κατ' επέκταση εκτός του πεδίου εφαρμογής της Οδηγίας. Στο ίδιο πνεύμα και οι **ΑΠ 998/2022** και **ΑΠ 534/2022**, www.areiospagos.gr

¹⁵³ Π. Παπανικολάου, ο.π., σελ.394, ο οποίος κάνει λόγο για αναλογική εφαρμογή των διατάξεων περί μισθώσεως, όταν προκύψει κενό κατόπιν αναγνώρισης της ακυρότητας στη σύμβαση leasing.

¹⁵⁴ C-269/2019 Σκέψεις 35,38.

η συμβατική ισορροπία και τούτο μάλιστα ιδίως στην περίπτωση που η σύμβαση δεν μπορεί να συνεχιστεί χωρίς τον άκυρο όρο και δεν υφίσταται διάταξη ενδοτικού δικαίου, η οποία κρίνεται εφαρμοστέα. Η ανάγκη αυτή είναι έτι περαιτέρω επιτακτική όταν η αναγνώριση-κήρυξη της ακυρότητας της όλης σύμβασης προβλέπεται να είναι ιδιαίτερα επιζήμια για τον καταναλωτή.

Στο πλαίσιο αυτό ως προκριτέα λύση για το ΔΕΕ προτείνεται η κλήση των μερών για να συμμετέχουν σε ουσιαστικές διαπραγματεύσεις για την από κοινού διαμόρφωση του κριθέντος ως καταχρηστικού όρου, με απώτερο σκοπό την αποκατάσταση της συμβατικής ισορροπίας και την προστασία του καταναλωτή ως αρχής που διαπνέει την Οδηγία.¹⁵⁵ Ωστόσο, επισημαίνεται ότι η εξουσία αυτή του δικαστή δεν είναι απεριόριστη, αλλά μπορεί να λάβει μόνο τα αναγκαία μέτρα με βάση το εσωτερικό δίκαιο προκειμένου να αποφευχθούν ιδιαίτερες επιζήμιες συνέπειες που μπορούν να προκύψουν για τον καταναλωτή από την ακύρωση της σύμβασης.

Σε περίπτωση που δεν υφίσταται κανόνας ενδοτικού δικαίου τον οποίο τα συμβαλλόμενα μέρη έχουν αποκλείσει με αντίθετη συμφωνία τους, το δικαστήριο καταφεύγει σε συμπληρωτική ερμηνεία της σύμβασης κατ' άρθρο 200 Α.Κ.. Αφετηρία, επομένως, αποτελούν αντικειμενικές αξιολογήσεις με βάση την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη. Υποστηρίζεται, ωστόσο, από μέρος της θεωρίας¹⁵⁶, ότι ο ερμηνευτής θα λάβει υπόψη και υποκειμενικές αξιολογήσεις κατ' επιταγήν του άρθρου 173 Α.Κ., όταν μπορεί να συναχθεί κοινή κατεύθυνση στην εικαζόμενη βούληση των συμβαλλόμενων μερών. Επισημαίνεται, επιπρόσθετα, στη θεωρία πως όταν η δήλωση βούλησης απευθύνεται σε ευρύ κύκλο προσώπων, όπως κατεξοχήν συμβαίνει στους γενικούς όρους συναλλαγών, αναζητείται ένα γενικότερο νόημα με βάση μια αντικειμενική ερμηνεία. Η ερμηνεία αυτή δεν εξαρτάται από την αντιληπτική ικανότητα του συγκεκριμένου αποδέκτη, αλλά επιβάλλεται να είναι ενιαία και να αφορά στον μέσο εκπρόσωπο του συγκεκριμένου κύκλου προσώπων. Μόνο με τον τρόπο αυτό, δύναται να διασωθεί η ασφάλεια δικαίου και να εξασφαλιστεί η ίση μεταχείριση των καταναλωτών.¹⁵⁷ Επιπροσθέτως, ζήτημα τίθεται και για τη συμβατότητα της παραδοσιακής αυτής μεθόδου πλήρωσης των ανακυπτόντων στη σύμβαση κενών με τη νομολογία του ΔΕΕ. Το προβάδισμα αποδίδεται ως προαναφέρθηκε στο ενδοτικό δίκαιο, ενώ το ΔΕΕ μοιάζει επιφυλακτικό ως προς τη δυνατότητα παρέμβασης του εθνικού δικαστή στο περιεχόμενο της σύμβασης βάσει αφηρημένων κριτηρίων. Μάλιστα, τη στάση αυτή διατηρεί και όσον αφορά το ζήτημα της μερικής ακυρότητας του όρου και τη δυνατότητα διάσωσης ενός ελάχιστου έγκυρου πυρήνα του όρου αυτού.¹⁵⁸ Παρατηρείται ότι ενώ το ΔΕΕ από τη μια δέχεται τη δυνατότητα του δικαστή να λάβει τα αναγκαία μέτρα λαμβάνοντας υπόψη το σύνολο του εσωτερικού δικαίου (επομένως συμπεριλαμβανόμενης και της ερμηνείας των δηλώσεων βούλησης με βάση τα αντικειμενικά κριτήρια του Α.Κ. 200 και τα υποκειμενικά του Α.Κ. 173), εν τούτοις δεν του επιτρέπεται να τροποποιεί ή να μετριάξει ελεύθερα το περιεχόμενο των καταχρηστικών ρητρών, καθώς διακυβεύεται η πραγμάτωση των εξαγγελόμενων στην Οδηγία σκοπών. Ενόψει των ανωτέρω, είναι αμφίβολο το κατά πόσο κρίνεται επιτρεπτή η προσφυγή του εθνικού δικαστή στα ερμηνευτικά εργαλεία των άρθρων 173 και 200 του Α.Κ., δεδομένου ότι το ΔΕΕ δέχεται παράλληλα ότι δεν αρκούν εθνικές διατάξεις γενικού χαρακτήρα, οι οποίες δεν αποτέλεσαν αντικείμενο ειδικής εκτίμησης του νομοθέτη.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Έτσι και στην C-6/2022 με παραπομπές στη C-269/2019.

¹⁵⁶ Γ. Δέλλιος, ο.π., σελ. 353

¹⁵⁷ 11. Μ. Σταθόπουλος, Μελέτες Ι, «Γενική θεωρία του δικαίου, Ανθρώπινα δικαιώματα, Δικαστική Εξουσία και Σύνταγμα», 2007, σελ. 231-232.

¹⁵⁸ Για το ζήτημα βλ. αναλυτικά ανωτέρω.

¹⁵⁹ C-6/2022, σκέψη 56: «Ωστόσο, το Δικαστήριο έχει επίσης κρίνει ότι το άρθρο 6, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/13 αντιτίθεται στην πλήρωση των κενών της σύμβασης που προκύπτουν από την ατάλειψη των καταχρηστικών της ρητρών αποκλειστικώς και μόνον βάσει εθνικών διατάξεων γενικού χαρακτήρα που δεν έχουν αποτελέσει το αντικείμενο ειδικής εκτίμησης του νομοθέτη προς επίτευξη της ισορροπίας μεταξύ του συνόλου των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων και, επομένως, δεν καλύπτονται από το τεκμήριο μη καταχρηστικού χαρακτήρα, οι οποίες προβλέπουν ότι οι έννομες συνέπειες δικαιοπραξίας συμπληρώνονται, ιδίως, από τις έννομες

Αμφισβητούμενο παραμένει και το ζήτημα της πλήρωσης του κενού κατά δίκαιη κρίση σύμφωνα με το άρθρο 371 του Α.Κ.. Η θεωρία φαίνεται να είναι θετικά προσκείμενη στη δυνατότητα αυτή του δικαστή¹⁶⁰, ενώ η νομολογία κρίνεται ως κυμαινόμενη. Την εφαρμογή του άρθρου 371 Α.Κ. δέχθηκε ο Άρειος Πάγος στην υπ' αριθμόν 105/2019 απόφαση, η οποία υιοθετεί τη δυνατότητα εφαρμογής του εν λόγω άρθρου σχετικά με την πλήρωση του κενού που προκύπτει από την αναγνώριση της ακυρότητας αδιαφανούς όρου που σχετίζεται με την αναπροσαρμογή της οφειλής (εν προκειμένω αφορούσε το επιτόκιο δανειακής σύμβασης). Ο καθορισμός του επιτοκίου, κατόπιν της αναγνώρισης της ακυρότητας του επί μέρους όρου, συντελείται κατ' αυτή την άποψη κατά προβάδισμα από την ενδεχόμενη συμφωνία των μερών και σε περίπτωση αποτυχίας του σχετικού εγχειρήματος, κατόπιν διαπλαστικής απόφασης του δικαστηρίου που διαπνέεται από την ιδέα της δίκαιης κρίσης. Απώτερος σκοπός και στην περίπτωση αυτή είναι η αποκατάσταση της συμβατικής ισορροπίας. Υποστηρίζεται, ότι δεν συνιστά επαρκή λόγο αποκλεισμού εφαρμογής της συγκεκριμένης διάταξης η ανάγκη *in concreto* συγκεκριμενοποίησης της αόριστης νομικής έννοιας της δίκαιης κρίσης, η οποία δήθεν δεν συνάδει με τη μαζικότητα των συναλλαγών. Επιπλέον, το γεγονός, ότι, αρχικά είχε καταστρωθεί από το νομοθέτη προκειμένου να βρει εφαρμογή σε ατομικές δίκες, δεν αποκλείει άνευ ετέρου την αναλογική εφαρμογή της διάταξης.¹⁶¹

Αντίθετα είχε κρίνει προηγουμένως ο Άρειος Πάγος στην υπ' αριθμόν 1030/2001 απόφασή του και πάλι κατά την κρίση του δικαιώματος του προμηθευτή (εν προκειμένω ασφαλιστή) να αναπροσαρμόζει μονομερώς την παροχή. Κατά τα αναφερόμενα στη μείζονα πρόταση της εν λόγω απόφασης η συγκεκριμένη διάταξη δεν τυγχάνει εφαρμογής, καθώς αυτή εκτοπίζεται ως γενική από τη ρητά προβλεπόμενη στο ν.2251/1994 διάταξη του άρθρου 2 παρ. 7 περ. ε', η οποία προβλέπει ως άκυρο κατά αμάχητο τεκμήριο τον όρο που προβλέπει το δικαίωμα του προμηθευτή περί μονομερούς τροποποίησης της σύμβασης χωρίς ειδικό, ορισμένο και σπουδαίο λόγο, ο οποίος πρέπει να προβλέπεται στη σύμβαση. Υποστηρίζεται περαιτέρω, ότι ο νομοθέτης κατά την κατάστρωση του άρθρου 371 Α.Κ. είχε υπόψη του τη σύναψη μιας ατομικής σύμβασης, ενώ η αόριστη έννοια της δίκαιης κρίσης που χρήζει εξειδίκευσης *in concreto*, δεν παρέχει επαρκή προστασία για τα συμφέροντα του καταναλωτή.¹⁶²

8. Η πρόσθετη ευθύνη του προμηθευτή για αποζημίωση

Η αναγνώριση της ακυρότητας του όρου, ως αυτή προαναλύθηκε, σε πληθώρα περιπτώσεων δεν θα συνιστά τη μοναδική έννομη συνέπεια που προκύπτει από την καταχρηστικότητα του γενικού όρου συναλλαγών. Όπως πάγια διατρανώνει το ΔΕΕ, η Οδηγία 93/13 έχει ως σκοπό να εξασφαλιστεί η μη δεσμευτικότητα του όρου, επιφυλάσσοντας στον

συνέπειες που απορρέουν από την αρχή της επιείκειας ή από τα συναλλακτικά ήθη και οι οποίες δεν είναι διατάξεις ενδοτικού δικαίου ούτε διατάξεις που εφαρμόζονται σε περίπτωση συμφωνίας των συμβαλλομένων.»

¹⁶⁰ Έτσι, Γ. Δέλιος ο.π., Ι. Καρακώστας ο.π., Γ. Μεντής ο.π.

¹⁶¹ Κ. Ρήγας, «Κύρος των ρητρών αποκλεισμού και περιορισμού της ευθύνης κατά το αστικό κώδικα και το Ν. 2251/1994 για την προστασία των καταναλωτών», 2011

¹⁶² Την άποψη αυτή υιοθετούσαν και τα δικαστήρια της ουσία επαναλαμβάνοντας τη διατύπωση της ως αναφερθείσας απόφασης του Αρείου Πάγου. Βλ. ενδεικτικά ΕφΝαυπλ 457/2017, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ και ΕφΘεσ 1663/2018, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, Έτσι και μέρος της θεωρίας, βλ. Κ. Παντελίδου, «Οι καταχρηστικοί ΓΟΣ στις τραπεζικές συμβάσεις υπό το πρίσμα της οικονομικής κρίσης», 2021, σελ. 149.

εθνικό νομοθέτη να καθορίσει το γενικότερο πλαίσιο έννομων συνεπειών πέρα από τη μη δεσμευτικότητα, προβλέποντας παράλληλα εκατέρωθεν αξιώσεις στη σχέση προμηθευτή-καταναλωτή. Το minimum επίπεδο προστασίας που κατοχυρώνει η νομολογία του ΔΕΕ, συνίσταται στη δυνατότητα επιστροφής των αχρεωστήτως καταβληθεισών παροχών,¹⁶³ αξίωση που εν προκειμένω στο εθνικό μας δίκαιο θα τελεσφορήσει με το όχημα των διατάξεων του αδικαιολόγητου πλουτισμού. Η ελάχιστη προστασία επιβάλλεται από τον μακροπρόθεσμο στόχο του άρθρου 6 και 7 της Οδηγίας που δεν είναι άλλος από την αποτροπή των προμηθευτών να συμπεριλαμβάνουν καταχρηστικές ρήτρες.

Σε κάθε περίπτωση πρέπει, άλλωστε, να διασφαλίζεται η αποκατάσταση της νομικής και πραγματικής κατάστασης στην οποία θα βρισκόταν ο καταναλωτής χωρίς τη συνομολόγηση της καταχρηστικής ρήτρας. Ως προς τις αξιώσεις πέραν της επιστροφής των αχρεωστήτως καταβληθεισών παροχών, αρμόδιος για τη θέσπιση τους είναι ο εθνικός νομοθέτης δεδομένου ότι η Οδηγία σιωπά ως προς το εν λόγω ζήτημα, θεσπίζοντας κανόνες ελάχιστης εναρμόνισης κατά τις επιταγές του άρθρου 8. Στο ίδιο πνεύμα και η παλαιότερη νομολογία του ΔΕΕ, η οποία όσον αφορά στην εξωσυμβατική ευθύνη επισημαίνει ότι βρίσκεται εκτός του πεδίου εφαρμογής της Οδηγίας και επομένως άπτεται του εθνικού δικαίου.¹⁶⁴ Παρόλα αυτά στις προτάσεις του γενικού Εισαγγελέα της υπόθεσης C-520/2021 φαίνεται να ενθαρρύνεται η απόδοση στους καταναλωτές πέραν του δικαιώματος επιστροφής των αχρεωστήτως καταβληθεισών παροχών και πρόσθετων αξιώσεων, οι οποίες είναι σύμφυτες και επικουρούν τους διακηρυσσόμενους στην Οδηγία σκοπούς.¹⁶⁵

Αλλά και στο εθνικό μας δίκαιο μπορούν να ανιχνευθούν αποφάσεις που αναγνωρίζουν στον καταναλωτή πρόσθετες αξιώσεις πέραν της επιστροφής των αχρεωστήτως καταβληθεισών παροχών και την αναγνώριση της ακυρότητας της σύμβασης. Επί παραδείγματι, συναντώνται αποφάσεις που δέχθηκαν αγωγές για ικανοποίηση της ηθικής βλάβης που υπέστησαν οι καταναλωτές λόγω της συμπερίληψης καταχρηστικής ρήτρας από πλευράς του προμηθευτή. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η υπ' αριθμόν 8/2017 απόφαση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Ξάνθης, η οποία επιδίκασε ορισμένο ποσό ως ικανοποίηση για την ηθική βλάβη που υπέστησαν δανειολήπτες, η οποία συνίσταται κατά λέξη στην αναστάτωση που επήλθε στη ζωή των εναγόντων καταναλωτών με την ανατροπή του οικονομικού προγραμματισμού της οικογένειάς τους, λόγω των αυξημένων δόσεων που καλούνται να πληρώσουν εξαιτίας της απρόβλεπτης μεταβολής της ισοτιμίας ευρώ και ελβετικού φράγκου. Η εν λόγω απόφαση, ωστόσο, αναιρέθηκε εν συνεχεία από την υπ' αριθμόν 534 / 2022 απόφαση του Αρείου Πάγου,

¹⁶³ Έτσι C-520/2021 της 16.2.2023, σκέψη 39 και 40.

¹⁶⁴ Συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-349/18 έως C-351/18: Σκέψεις 72 και 73: « Όσον αφορά το ζήτημα αν, υπό περιστάσεις όπως οι επίμαχες στην κύρια δίκη, το αιτούν δικαστήριο θα μπορούσε να εφαρμόσει, επιπλέον, τις διατάξεις του εθνικού δικαίου περί εξωσυμβατικής ευθύνης, αρκεί η επισημάνση ότι η οδηγία 93/13 έχει ως αντικείμενο, σύμφωνα με το άρθρο 1, παράγραφος 1, αυτής, την προσέγγιση των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών οι οποίες αφορούν τις καταχρηστικές ρήτρες στις συμβάσεις που συνάπτονται μεταξύ επαγγελματία και καταναλωτή και ότι δεν περιέχει καμία διάταξη περί εξωσυμβατικής ευθύνης. Ως εκ τούτου, το ζήτημα αν περιστάσεις όπως οι επίμαχες στην κύρια δίκη ενδέχεται, επιπλέον, να εμπίπτουν στο δίκαιο της εξωσυμβατικής ευθύνης άπτεται όχι της οδηγίας 93/13, αλλά του εθνικού δικαίου.»

¹⁶⁵ Σκέψη 52: «Κατά τη γνώμη μου, η δυνατότητα που έχουν, κατά το εθνικό δίκαιο, οι δανειολήπτες να εγείρουν έναντι των χρηματοπιστωτικών ιδρυμάτων πρόσθετες αξιώσεις πέραν της επιστροφής των καταβληθεισών μηνιαίων δόσεων του δανείου και της καταβολής των νόμιμων τόκων υπερημερίας σε περίπτωση ακυρώσεως δανειακής σύμβασεως περιέχουσας καταχρηστικές ρήτρες, ουδόλως διακυβεύει την αποτελεσματικότητα της οδηγίας 93/13. Αντιθέτως, η δυνατότητα αυτή μπορεί να ενθαρρύνει τους δανειολήπτες να ασκήσουν τα δικαιώματα που αντλούν από την εν λόγω οδηγία ως καταναλωτές, αποτρέποντας παράλληλα τα χρηματοπιστωτικά ιδρύματα από τη συμπερίληψη καταχρηστικών ρητρών στις συμβάσεις τους.»

ο οποίος παγίως κρίνει τέτοιες ρήτρες ως δηλωτικές, υπό την έννοια ότι επαναλαμβάνουν τη διάταξη του Α.Κ. 291 και ως εκ τούτου εκ των πραγμάτων δεν θεωρούνται καταχρηστικές.

Η κρισιμότητα του ζητήματος προκύπτει κυρίως όσον αφορά στην επιδίκαση χρηματικής ικανοποίησης για ηθική βλάβη, η οποία και δεν δύναται να αποκατασταθεί σε επίπεδο ενδοσυμβατικής ευθύνης. Υποστηρίζεται στη θεωρία και γίνεται δεκτό και σε αποφάσεις της νομολογίας ότι πρωτογενής ευθύνη για αποζημίωση εκ του νόμου γεννάται και σε περίπτωση διάψευσης της πίστης του αντισυμβαλλόμενου στο κύρος της σύμβασης με βάση την αρχή της εμπιστοσύνης ως εξειδίκευση της καλής πίστης. Η εν λόγω αξίωση προκύπτει από τη συνδυαστική εφαρμογή των άρθρων 200,281,297, 298 και 914 του Αστικού Κώδικα, από την ερμηνεία των οποίων προκύπτει ότι παράνομη συμπεριφορά κατά την έννοια του Α.Κ. 914 συνιστά οποιαδήποτε πράξη τελείται από πταίσμα και εξέρχεται των ορίων που επιβάλλουν τα συναλλακτικά χρηστά ήθη.¹⁶⁶ Πρόκειται για πράξη που αντίκειται στον κοινωνικό και προστατευτικό του δικαίου των γενικών όρων συναλλαγών σε συνδυασμό με τις επιταγές του άρθρου 281 Α.Κ. και ιδίως την έκφραση της αντίθεσης στα χρηστά ήθη. Οι ατομικές αυτές αξιώσεις των καταναλωτών, οι οποίες εμμέσως αναγνωρίζονται και στο νόμο,¹⁶⁷ προϋποθέτουν την αντιμετώπιση της χρήσης καταχρηστικών Γ.Ο.Σ. ως παράνομης συμπεριφοράς αυτής καθεαυτής. Η προϋπόθεση αυτή σε συνδυασμό με την υπαιτιότητα (γενικά σε επίπεδο αδικοπραξίας ή με τη μορφή δόλου στο πλαίσιο του άρθρου 919 Α.Κ.) θα συντρέχει κατά κανόνα όταν έχει ήδη διαμορφωθεί ένα ρεύμα στη νομολογία υπέρ της καταχρηστικότητας του όρου, δεδομένου και ότι στην πληθώρα των περιπτώσεων οι προμηθευτές διαθέτουν οργανωμένες νομικές υπηρεσίες με επόμενο να συντρέχει τουλάχιστον η αμέλειά τους.¹⁶⁸ Μάλιστα, εφόσον η χρήση των καταχρηστικών ρητρών θεωρηθεί παράλληλα αθέμιτη εμπορική πρακτική υπό τις προϋποθέσεις του άρθρου 9^α και 9γ του ν.2251/1994, προβλέπεται η αντιστροφή του βάρους απόδειξης, προκειμένου να διευκολυνθεί η απόδειξη της ζημίας ή της ηθικής βλάβης του καταναλωτή σε δικονομικό επίπεδο.¹⁶⁹

Η ανάγκη αυτή ικανοποίησης είναι παρούσα τόσο σε επίπεδο ατομικής όσο και συλλογικής δίκης. Πρόκειται για αυτοτελές, άμεσο και προσωποπαγές δικαίωμα του καταναλωτή, το οποίο ασκείται ανεξάρτητα από τη συλλογικής μορφής προστασία που παρέχεται από το άρθρο 10 του ν.2251/1994. Στη συλλογική δίκη η διαφορά έγκειται στον εντόνως γενικοπροληπτικό χαρακτήρα των διατάξεων, ο οποίος και δικαιολογεί την κυρωτικού χαρακτήρα αποζημίωση που προβλέπεται στο άρθρο 10 με απώτερο σκοπό τη συνέτιση των προμηθευτών, ώστε να προβαίνουν στην κατάστροψη δίκαιων όρων στη σύμβαση. Ο κυρωτικός αυτός χαρακτήρας ως αναφέρθηκε και

¹⁶⁶ Έτσι, 2386/2006 ΕΦ ΑΘ, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, με παραπομπές σε παλαιότερες αποφάσεις του Αρείου Πάγου. Στην εν λόγω απόφαση επιδικάστηκε χρηματική ικανοποίηση στους ενάγοντες λόγω της διάψευσης της συναλλακτικής τους εμπιστοσύνης στο κύρος της σύμβασης. Η παράνομη συμπεριφορά των εναγόμενων συνίστατο στη συμπερίληψη καταχρηστικού όρου στη σύμβαση, ο οποίος προέβλεπε εξαίρεση από ασφαλιστική κάλυψη, την οποία δεν ήταν εύλογο να αναμένει ο ασφαλιζόμενος. Επικύρωσε έτσι την απόφαση του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου και δέχθηκε και αδικοπρακτική ευθύνη του προμηθευτή.

¹⁶⁷ Άρθρο 10 παρ.20 του ν.2251/1994: «Απαιτήσεις καταναλωτών που απορρέουν από την παράνομη συμπεριφορά, πέραν αυτών που ορίζονται στις περιπτώσεις α' έως και δ' της παραγράφου 16, δεν θίγονται. Το δικαίωμα άσκησης ατομικής αγωγής των καταναλωτών δεν επηρεάζεται από την απόρριψη του αιτήματος αγωγής της ένωσης καταναλωτών κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 16.»

¹⁶⁸ Γ. Μεντής, ο.π., σελ. 48, 580 και 594, με παραπομπή στην υπ' αρ. 4108/2012 απόφαση του Εφετείου Αθηνών, το οποίο δέχθηκε ότι συντρέχει η προϋπόθεση του παράνομου που συνίστατο στη χρήση καταχρηστικής ρήτρας που προέβλεπε την μονομερή αναπροσαρμογή του καταβαλλόμενου ασφαλιστρού, χωρίς να θέτει ειδικά και εύλογα κριτήρια για την αναπροσαρμογή αυτή. Επιδίκασε, έτσι, χρηματική ικανοποίηση για την ηθική βλάβη των εναγουσών.

¹⁶⁹ Άρθρο 9θ παρ. 3 ν.2251/1994: «Ο προμηθευτής στον οποίο αποδίδεται παράβαση των διατάξεων του παρόντος μέρους υποχρεούται να προσκομίζει στο Δικαστήριο αποδεικτικά στοιχεία σχετικά με την ακρίβεια των πραγματικών ισχυρισμών που αφορούν εμπορική πρακτική, εφόσον αυτό κριθεί αναγκαίο από το Δικαστήριο, εν όψει των δεδομένων της συγκεκριμένης περίπτωσης, λαμβανομένων υπόψη των έννομων συμφερόντων όλων των διαδίκων. Αν δεν προσκομισθούν τα στοιχεία αυτά ή κριθούν ανεπαρκή, οι ισχυρισμοί του ενάγοντος ή των εναγόντων καταναλωτών τεκμαίρονται αληθείς.»

ανωτέρω αναγνωρίστηκε πλέον ρητά από το νομοθέτη με το Ν.5019/2023, τέμνοντας το ζήτημα που είχε προκύψει στη θεωρία ως προς την ερμηνεία της εν λόγω διάταξης. Δεν συντρέχει κατά τα ανωτέρω κάποιος λόγος διαφοροποίησης ως προς τις παρεχόμενες στον καταναλωτή αξιώσεις σε επίπεδο ατομικής και συλλογικής δίκης και ως εκ τούτου μεταξύ των έννομων συνέπειων της καταχρηστικότητας γενικών όρων συναλλαγών πρέπει να συμπεριληφθεί και η αποκατάσταση της ηθικής του βλάβης όταν αυτός υπόκειται σε ψυχική δοκιμασία από τα πραγματικά ή νομικά αποτελέσματα της εν λόγω ρήτηρας.

9. |Επίλογος-Συμπεράσματα

Από την ανωτέρω ανάλυση μπορούν να εξαχθούν ορισμένα συμπεράσματα ως προς τις έννομες συνέπειες της καταχρηστικότητας γενικών όρων συναλλαγών σε επίπεδο εθνικό, αλλά και ενωσιακό βάσει των πορισμάτων του ΔΕΕ. Έννομη συνέπεια της καταχρηστικότητας των Γ.Ο.Σ. είναι η ακυρότητα, η οποία αναγνωρίζεται από το δικαστήριο (και δεν κηρύσσεται όπως σε άλλες έννομες τάξεις), η οποία υφίσταται εξ αρχής (ex tunc). Μόνο με τον τρόπο αυτό εξασφαλίζεται η αποτελεσματική προστασία των συμφερόντων του καταναλωτή και η εξασφάλιση του αποτρεπτικού αποτελέσματος που αφορά στην κατάστρωση των Γ.Ο.Σ. από τον προμηθευτή κατά δίκαιη κρίση. Οι δύο αυτές επιδιώξεις που διακηρύσσονται στην Οδηγία 93/13 αποτελούν τον ερμηνευτικό οδηγό και για τα άλλα ζητήματα που έχουν απασχολήσει το ΔΕΕ ως προς τις έννομες συνέπειες της καταχρηστικότητας Γ.Ο.Σ..

Συγκεκριμένα, οι επιδιώξεις αυτές του ενωσιακού νομοθέτη δικαιολογούν και τον αυτεπάγγελτο έλεγχο της καταχρηστικότητας, καθώς δεν μπορεί να εξαρτάται η διατήρηση σε ισχύ του όρου ή και της σύμβασης αποκλειστικά από την επίκληση ή μη της ακυρότητας από πλευράς καταναλωτή. Αυτός ενδέχεται να μην διαθέτει τα οικονομικά μέσα ή τις νομικές γνώσεις για να προβάλει το σχετικό ισχυρισμό. Σε κάθε περίπτωση, όμως, η ιδιωτική αυτονομία του πρέπει να γίνεται σεβαστή, κάτι που εξασφαλίζεται με την παροχή σε αυτόν της δυνατότητας να συναινέσει και να εμμείνει στη διατήρηση της ισχύος της σύμβασης κατόπιν λεπτομερούς ενημέρωσης από το δικαστή σχετικά με το νομικό καθεστώς που τη διέπει με βάση τους δικονομικούς κανόνες κάθε κράτους μέλους. Παρά τις διακηρύξεις αυτές του ΔΕΕ και της δεσμευτικότητας αυτών με βάση τα άρθρα 19 ΣΕΕ και 267 ΣΛΕΕ, τα ελληνικά δικαστήρια κρίνονται ως διστακτικά όσον αφορά την υιοθέτηση του αυτεπάγγελτου ελέγχου, καθώς είναι μεμονωμένες οι αποφάσεις στις οποίες έγινε δεκτό το αυτεπάγγελτο. Η κρίση αυτή των εθνικών μας δικαστηρίων πηγάζει από τη σχέση της γενικής ρήτηρας του άρθρου 2 παρ. 6 και των περιπτώσεων της παρ. 7 του ν.2251/1994 με το άρθρο 281 του Α.Κ.. Η νομολογία θεωρεί τις διατάξεις αυτές του ν.2251 ως εξειδίκευση της καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος παρά το γεγονός ότι εν προκειμένω πρόκειται για την καταχρηστική άσκηση της συμβατικής ελευθερίας. Προσθήκει, επομένως, κατά τη νομολογία όμοια δικονομική μεταχείριση, υπό την έννοια ότι καταλαμβάνει τη μορφή γνήσιας ένστασης για την οποία φέρει το βάρος επίκλησης ο ενιστάμενος, με τον αυτεπάγγελτο έλεγχο να αποκλείεται, καθώς θίγεται το ατομικό ιδιωτικό συμφέρον του καταναλωτή και όχι κανόνες δημόσιας τάξης.

Η υιοθέτηση ή μη του αυτεπάγγελτου ελέγχου της ακυρότητας συναρτάται άμεσα και με τη φύση της ακυρότητας αυτής ως σχετικής ή απόλυτης. Μολονότι εκ πρώτης όψεως φαίνεται οι διατάξεις του ν.2251 να έχουν τεθεί αποκλειστικά για το συμφέρον του καταναλωτή, παραδοχή που προσανατολίζει τον ερμηνευτή στη θεώρηση της ακυρότητας ως σχετικής, η δεσμευτική νομολογία του ΔΕΕ που επιτάσσει τον αυτεπάγγελτο έλεγχο, οδηγεί την πλειοψηφία των ερμηνευτών στην κρίση περί απόλυτης ακυρότητας των καταχρηστικών ρητρών. Προς αυτήν την

κατεύθυνση και τελεολογικά επιχειρήματα που αναγνωρίζουν στην Οδηγία 93/13 πέρα από τον πρωταρχικό σκοπό της προστασίας των καταναλωτών και την εύρυθμη λειτουργία της αγοράς της Ε.Ε. με την κατάστρωση δίκαιων όρων εκ μέρους των προμηθευτών και τη δραστηριοποίηση τους σε μια αγορά υγιούς ανταγωνισμού. Από την άλλη, ο νομοθέτης ρητά αναγνωρίζει ως σχετική υπέρ του καταναλωτή την ακυρότητα της όλης σύμβασης, δεδομένου ότι αποκλείει τον προμηθευτή από τη δυνατότητα επίκλησής της σύμφωνα με τις επιταγές του άρθρου 2 παρ. 8 του ν.2251/1994. Όμοια αντιμετώπιση προσήκει, επομένως, κατά μέρος της θεωρίας και όσον αφορά στην ακυρότητα του επί μέρους όρου, δεδομένου ότι οι διατάξεις αυτές έχουν προβλεφθεί προκειμένου να θωρακίσουν πρωτίστως τα συμφέροντα του καταναλωτή. Λύση στο ανακυπτόμενο αυτό ζήτημα, θα μπορούσε να αποτελέσει ο συνδυασμός της σχετικής υπέρ του καταναλωτή ακυρότητας, η οποία δύναται να λαμβάνεται υπόψη αυτεπαγγέλτως και να επισημαίνεται από το δικαστήριο στον καταναλωτή (ρύθμιση που ήδη εφαρμόζεται σε ορισμένες έννομες τάξεις). Μια τέτοια λύση, ωστόσο, στο πλαίσιο του εθνικού μας δικαίου μας παραμένει μια πρόταση *de lege ferenda*, δεδομένης της παγιωμένης αντίληψης θεωρίας και νομολογίας για τη σχετική ακυρότητα. Το ΔΕΕ σε κάθε περίπτωση δεν αποκλείει τη δυνατότητα αυτή συγκεκριμένου σχετικής ακυρότητας και αυτεπάγγελτου ελέγχου, αρκούμενο απλώς στη διακήρυξη της ανάγκης μη δεσμευτικότητας του καταχρηστικού όρου.

Η ακυρότητα του όρου δεν συμπαρασύρει καταρχήν σε ακυρότητα την όλη σύμβαση σύμφωνα με τις επιταγές του άρθρου 181 Α.Κ., εκτός αν συνάγεται ότι αυτή δεν θα είχε επιχειρηθεί χωρίς το άκυρο μέρος. Η επίκληση της ακυρότητας της όλης σύμβασης από πλευράς προμηθευτή θα κρινόταν σε κάθε περίπτωση καταχρηστική, λόγω της διαμόρφωσης του περιεχόμενου της σύμβασης αποκλειστικά από αυτόν, με το ν.2251/1994 να αποκλείει σε κάθε περίπτωση ρητά τη δυνατότητα αυτή. Η ρύθμιση αυτή του άρθρου 2 παρ. 8 αποτελεί αναγκαστικό δικαίωμα και κατά συνέπεια αντίθετες συμφωνίες που είτε αποκλείουν το δικαίωμα του καταναλωτή να επικαλεστεί την ακυρότητα της όλης σύμβασης, είτε παρέχουν το δικαίωμα αυτό και στον προμηθευτή κρίνονται ως άκυρες. Κανόνας παραμένει η μερική ακυρότητα, παρά την ασαφή μάλλον διατύπωση της Οδηγίας, η οποία φαίνεται να αντιστρέφει τον κανόνα αυτό. Η μερική αυτή ακυρότητα, ενδέχεται σε ορισμένες περιπτώσεις να κρίνεται ως υπέρ το δέον ανεπιεικής για τα συμφέροντα του καταναλωτή. Κλασικό νομολογιακό παράδειγμα αποτελεί η ανακοπή του καταναλωτή κατά διαταγής πληρωμής, με τα εθνικά δικαστήρια να απαιτούν την εξειδίκευση των κονδυλίων της οφειλής που αφορούν παράνομες χρεώσεις, με την ακύρωση της διαταγής πληρωμής να επέρχεται μόνο ως προς αυτά τα κονδύλια. Λόγω της ανεπιεικειας αυτής, έχει προταθεί σε επίπεδο θεωρίας η ανακατανομή του βάρους απόδειξης με βάση τη θεωρία των σφαιρών, δεδομένου ότι η προσφυγή στο αποδεικτικό μέσο της λογιστικής πραγματογνωμοσύνης δεν φαίνεται να επαρκεί.

Ως προς την ακυρότητα του επί μέρους όρου και τη δυνατότητα διάσωσης ενός ελάχιστου έγκυρου πυρήνα της ρήτρας αυτής, το ΔΕΕ έχει κρίνει επανειλημμένα πως η διάσωση του έγκυρου πυρήνα μιας ρήτρας (π.χ. περιορισμός της ποινικής ρήτρας στο ανάλογο μέτρο) δεν εξασφαλίζει το αναγκαίο αποτρεπτικό αποτέλεσμα στο οποίο αποσκοπεί η Οδηγία. Ο προμηθευτής δεν θα είχε κανένα οικονομικό ή έννομο συμφέρον να διαμορφώσει δίκαιους όρους, αν γνώριζε εκ των προτέρων ότι στην έσχατη περίπτωση θα απωλέσει απλώς το υπερβάλλον κέρδος λόγω της καταχρηστικότητας του όρου. Η θέση αυτή είναι κρατούσα σε ελληνική και γερμανική θεωρία και παρά τον αντίλογο που έχει εκφραστεί, η προληπτική αυτή λειτουργία έχει λόγο ύπαρξης τόσο σε επίπεδο συλλογικής, όσο και ατομικής δίκης. Ομοίως, λόγος για εικαζόμενη βούληση του άρθρου 182 Α.Κ. δεν μπορεί να γίνει εν προκειμένου λόγω της μονομερούς διαμόρφωσης του περιεχομένου της σύμβασης από πλευράς προμηθευτή. Ο αντίλογος που έχει εκφραστεί αντλεί τα επιχειρήματά του από την τριτενεργούσα αρχή της αναλογικότητας, η οποία επιτάσσει μια *in concreto* στάθμιση των συμφερόντων προμηθευτή-καταναλωτή και όχι μια εκ των προτέρων θεώρηση της ακυρότητας ως ολικής. Στο ίδιο πνεύμα προβάλλεται και το επιχείρημα ότι στο ίδιο αποτέλεσμα με τη διάσωση του όρου θα καταλήξει ο εθνικός δικαστής και κατά την πλήρωση του κενού στο πλαίσιο της συμπληρωτικής ερμηνείας κατά Α.Κ. 200 με βάση αντικειμενικά

αξιολογικά κριτήρια. Τα επιχειρήματα αυτά κατά την κρίση του γράφοντος υποχωρούν μπροστά στο τελεολογικό κριτήριο ερμηνείας, με βάση το οποίο η βαρύτητα αποδίδεται στην εξασφάλιση αποτελεσματικής προστασίας του καταναλωτή.

Ως προς την πλήρωση του ανακύπτοντος κενού, κατόπιν της αναγνώρισης της ακυρότητας της καταχρηστικής ρήτρας, αφετηρία αποτελεί η προσφυγή στον κανόνα ενδοτικού δικαίου, ο οποίος έχει τεθεί εκ ποδών με αντίθετη συμφωνία των μερών, έστω και με τη μορφή προσχώρησης. Το ενδοτικό δίκαιο αναπαριστά μια δίκαιη στάθμιση συμφερόντων των συμβαλλομένων εκ μέρους του νομοθέτη, χωρίς, ωστόσο να αποτελεί τη λύση σε κάθε περίπτωση, δεδομένης της ύπαρξης και μικτών και άτυπων συμβάσεων. Στις περιπτώσεις αυτές το κενό θα πληρωθεί με προσφυγή στη συμπληρωτική ερμηνεία με βάση αντικειμενικές κρίσεις κατ' άρθρο 200 Α.Κ., ενώ κατ' άλλη άποψη που επίσης υποστηρίζεται στη θεωρία δεν αποκλείεται κατ' εξαίρεση και η λήψη υπόψιν και υποκειμενικών κριτηρίων όταν μπορεί να ανιχνευθεί η βούληση των μερών, δεδομένης και της έλλειψης οποιασδήποτε διαπραγματεύσεως. Διχογνωμία επικρατεί, τέλος, ως προς τη δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 371 Α.Κ., ενόψει και του αρχικού προσανατολισμού του νομοθέτη, ο οποίος είχε υπόψη του την εφαρμογή της διάταξης στην ατομική δίκη.

Τέλος, όσον αφορά στις αξιώσεις του καταναλωτή κατά του προμηθευτή, κατόπιν της αναγνώρισης της ακυρότητας της σχετικής ρήτρας, το ΔΕΕ αρκείται στη διακήρυξη της ανάγκης μη δεσμευτικότητας του άκυρου όρου. Κατοχυρώνει σε κάθε περίπτωση την αναζήτηση των αχρεωστήτως καταβληθεισών παροχών, προκειμένου να διασφαλιστεί το αποτρεπτικό αποτέλεσμα και ο καταναλωτής να βρίσκεται στην ίδια νομική και πραγματική κατάσταση που θα βρισκόταν χωρίς τη συνυπόθεση του καταχρηστικού όρου. Ως προς περαιτέρω αξιώσεις του καταναλωτή, παραπέμπει στον εθνικό νομοθέτη να προβλέψει αξιώσεις που αφορούν επί παραδείγματι σε τόκους ή στην αξίωση του καταναλωτή για ικανοποίηση της ηθικής του βλάβης. Προϋπόθεση για τις αξιώσεις αυτές, είναι να γίνεται σεβαστή η αρχή της αναλογικότητας, υπό την έννοια ότι λαμβάνονται υπόψη και τα συμφέροντα του προμηθευτή. Στη νομολογία μας, μπορούν να ανιχνευθούν αποφάσεις που επιδικάζουν ικανοποίηση για ηθική βλάβη σε καταναλωτές, των οποίων η εμπιστοσύνη στη δίκαιη κατάσχεση της σύμβασης διαψεύστηκε. Κατόπιν όλων των ανωτέρω, έχουν αναπτυχθεί στην ελληνική και ξένη θεωρία προτάσεις σε επίπεδο *de lege ferenda*, οι οποίες αποσκοπούν στη νομοθετική κατοχύρωση ορισμένων πορισμάτων που έχουν προκύψει από τη νομολογία του ΔΕΕ. Αναγκαία κρίνεται σε αυτό το πνεύμα η θεσμοθέτηση του αυτεπάγγελτου ελέγχου της καταχρηστικότητας γενικών όρων συναλλαγών, ο οποίος χρειάζεται να αποσυνδεθεί από την προβληματική του ζητήματος του απολύτου ή του σχετικού της ακυρότητας. Οι προτάσεις αυτές, καθώς και τα πορίσματα της νομολογίας του ΔΕΕ που στηρίζονται στα ως άνω αναφερόμενα τελεολογικά επιχειρήματα, αποσκοπούν στην εξασφάλιση της κατά το δυνατόν ομοιομορφίας των δικαίων των κρατών-μελών ως προς την ενσωμάτωση και εφαρμογή της Οδηγίας 93/13, με απώτερο στόχο την ουσιαστική προστασία του καταναλωτή.

Βιβλιογραφία-Αρθρογραφία

1. *Μ. Αυγουστιανάκης*, «Η ακυρότητα της δικαιοπραξίας : συνέπειες της ακυρότητας (ΑΚ 180-183)», 2016.
2. *Κ. Γαζετάς*, «Γενικοί όροι συναλλαγών, Δικαστική προστασία», έκδοση 4η, 2001.
3. *Α. Γεωργιάδης*, «Γενικές αρχές αστικού δικαίου», 4^η έκδοση, 2012.
4. *Γ. Δέλλιος*, Γενικοί Όροι Συναλλαγών, Ατομική και συλλογική προστασία των καταναλωτών από την έλλειψη ουσιαστικής διαπραγματεύσεως των όρων της σύμβασης, 2^η έκδοση, 2013
5. *Κ. Ζέζιου*, Το αυτεπάγγελο ή μη του δικαστικού ελέγχου των ΓΟΣ στις καταναλωτικές συμβάσεις, Αρμενόπουλος, 2012.
6. *Ι. Καρακώστας*, «Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή», 3^η έκδοση, 2016.
7. *Α. Καραμπατζός*, «Ιδιωτική αυτονομία και προστασία του καταναλωτή», 2016.
8. *Μ. Καραάσης*, «Γενικοί όροι συναλλαγών», 1992.
9. *Λ. Κιτσαράς* ΧρΙΔ Α/2001.
10. *Ν. Κ Κλαμαρής*, Πολιτική δικονομία, 3^η έκδοση, 2016.
11. *Α. Κοτζάμπαση*, «Οι απαλλακτικές ρήτρες στους γενικούς όρους συναλλαγών», 2001.
12. *Π. Λαδάς*, «Γενικές αρχές αστικού δικαίου», Τόμος 2, 2009.
13. *Γ. Μεντής*, Γενικοί όροι συναλλαγών σε καταναλωτικές και εμπορικές συμβάσεις, 2η έκδοση, 2020.
14. *Ν. Νίκας*, Εγχειρίδιο πολιτικής δικονομίας, 2^η έκδοση, 2016.
15. *Σ. Πανταζόπουλος*, Η ανακοπή κατά διαταγής πληρωμής, 4^η έκδοση, 2019.
16. *Κ. Παντελίδου*, « Οι καταχρηστικοί ΓΟΣ στις τραπεζικές συμβάσεις υπό το πρίσμα της οικονομικής κρίσης», 2021.
17. *Π. Παπανικολάου*, Περί των ορίων της προστατευτικής παρεμβάσεως του δικαστή στη σύμβαση, 1991.
18. *Ε. Ποδηματά*, Η δικονομική μεταχείριση του ισχυρισμού από το αρθρ. ΑΚ 281. Αποτίμηση ορισμένων νομολογιακών θέσεων ιδίως σε αναφορά με τον έλεγχο καταχρηστικότητας ΓΟΣ κατ' αρθρ.2 παρ. 6 ν.2251/1994, ΧρΙΔ Η/2008.
19. *Μ. Σταθόπουλος*, «Η παραίτηση από τη νόμιμη μοίρα», Ελλ Δνη 2011
20. *Μ. Σταθόπουλος*, «Και πάλι η σχετική ακυρότητα και οι μορφές ανισχύρου- Σχολιασμός των απόψεων του Σ. Ιωακειμίδη», ΧρΙΔ 2014.
21. *Μ. Σταθόπουλος*, «Καταχρηστικές ρήτρες στις καταναλωτικές συμβάσεις- Ισχύς της απόφασης επί συλλογικής αγωγής», ΧρΙΔ Ι/2010.

22. *Μ. Σταθόπουλος*, «Μορφές ανισχύρου δικαιοπραξιών- διαφοροποίηση βάσει εννοιών ή βάσει εννόμων συνεπειών», ΧρΙΔ 2013.
23. *Μ. Σταθόπουλος*, Μελέτες Ι, «Γενική θεωρία του δικαίου, Ανθρώπινα δικαιώματα, Δικαστική Εξουσία και Σύνταγμα», 2007.
24. *Α. Τασίκας*, «Στάθμιση και καταχρηστικότητα στη σύμβαση», 2022.
25. *Χ. Χασάπης*, Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου ΙΖ/2017
26. *Χ. Χασάπης*, Το ζήτημα της μερικής ακυρότητας των καταχρηστικών γενικών όρων συναλλαγών, ΧρΙΔ 2014.
27. *Β. Χριστιανός*, «Κοινοτικό δίκαιο προστασίας καταναλωτή», 1999.
28. *Κ. Χριστοδούλου*, «Επαθλο σε τηλεπαιγνίδι γνώσεων Στοίχημα ή justum pretium; Σκέψεις με αφορμή την ΑΠ 1636/2008, ΔιΜΕΕ 1/2009.
29. *Κ. Χριστοδούλου* «Η πρόταση Οδηγίας για τα δικαιώματα των καταναλωτών», Εφ ΑΔ 1/2010.
30. *Β. Hess*, «Ευρωπαϊκό δικονομικό δίκαιο καταναλωτή», ΕΠολΔ 1/2018.

Διατριβές

- Σ. Ιωακειμίδης*, « Η σχετική ακυρότητα της δικαιοπραξίας», 2012
- Κ. Ρήγας*, «Κύρος των ρητρών αποκλεισμού και περιορισμού της ευθύνης κατά το αστικό κώδικα και το Ν. 2251/1994 για την προστασία των καταναλωτών», 2011»