

Αριθμός απόφασης:  
ΤΑΚΤΙΚΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ

237 /2018



ΤΟ  
ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ ΠΡΩΤΟΔΙΚΕΙΟ ΗΡΑΚΛΕΙΟΥ

Συγκροτήθηκε από τη Δικαστή [REDACTED] Πρωτοδίκη,  
που ορίστηκε από την Πρόεδρο του Πρωτοδικείου και από τη Γραμματέα  
[REDACTED]

Συνεδρίασε δημόσια και στο ακροατήριό του την 28<sup>η</sup> Φεβρουαρίου  
2018, για να δικάσει την επόμενη υπόθεση μεταξύ:

ΤΟΥ ΑΝΑΚΟΠΤΟΝΤΟΣ: [REDACTED] του [REDACTED] κατοίκου  
Ηρακλείου, ο οποίος παραστάθηκε μετά του πληρεξουσίου του Δικηγόρου  
Ιωάννη Βασιλάκη

ΤΗΣ ΚΑΘ'ΗΣ Η ΑΝΑΚΟΠΗ Ανωνύμου Τραπεζικής Εταιρείας με την  
επωνυμία [REDACTED] η οποία εδρεύει στην Αθήνα, ως  
εκπροσωπείται νόμιμα, η οποία παραστάθηκε διά της πληρεξουσίας της  
Δικηγόρου [REDACTED]

Ο ανακόπτων ζητά να γίνει δεκτή η υπ' αριθμ. καταθέσεως  
3352/ΑνΕ/107/2017 ανακοπή κατά Διαταγής Πληρωμής και επιπαγής προς  
εκτέλεση, η οποία προσδιορίστηκε για την παραπάνω δικάσιμο.

Κατά τη συζήτηση της υποθέσεως οι πληρεξούσιοι Δικηγόροι των  
διαδίκων ζήτησαν να γίνουν δεκτά όσα αναφέρονται στα πρακτικά και στις  
προτάσεις που κατέθεσαν.

ΑΦΟΥ ΜΕΛΕΤΗΣΕ ΤΗ ΔΙΚΟΓΡΑΦΙΑ  
ΣΚΕΦΤΗΚΕ ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΟ ΝΟΜΟ

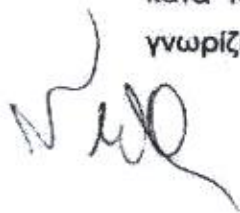
Με την υπό κρίση ανακοπή ο ανακόπτων για τους αναφερόμενους σε  
αυτή λόγους, ζητά να ακυρωθεί η με αριθμό 606/609/2017 διαταγή πληρωμής  
του Δικαστή του Δικαστηρίου τούτου και η συνημμένη στο αντίγραφο εξ  
απογράφου της ανωτέρω διαταγής πληρωμής και με ημερομηνία 18-10-2017

επιταγή προς εκτέλεση, με την οποία επιτάχθηκε να καταβάλει στην καθ' ης η ανακοπή, για απαίτηση προερχόμενη από την αναφερόμενη στην ανακοπή σύμβαση χορήγησης δανείου, τα ποσά που αναφέρονται στο δικόγραφο και να καταδικασθεί η καθ' ης στη δικαστική του δαπάνη. Με το ως άνω περιεχόμενο η ανακοπή, κατά το μέρος που στρέφεται κατά της ως άνω Διαταγής Πληρωμής του Δικαστή του Δικαστηρίου τούτου, παραδεκτως εισάγεται για να δικασθεί στο Δικαστήριο αυτό, το οποίο είναι αρμόδιο καθ' ύλη και κατά τόπο (632 παρ. 1 εδ. 1 ΚΠολΔ), εκδικαζόμενη κατά την ειδική διαδικασία των περιουσιακών διαφορών. Κατά το μέρος που στρέφεται κατά πράξεων εκτέλεσης, επίσης παραδεκτως εισάγεται για να δικασθεί στο Δικαστήριο αυτό, το οποίο είναι αρμόδιο καθ' ύλη και κατά τόπο (632 παρ. 1 εδ. 1 ΚΠολΔ), εκδικαζόμενη κατά την ειδική διαδικασία των περιουσιακών διαφορών, είναι νόμιμη στηριζόμενη στο άρθρο 933 ΚΠολΔ και έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα κατ' άρθρα 934 παρ. 1 περ. α', 144 παρ. 1, 2, 3 και 147 παρ. 2 ΚΠολΔ. Παραδεκτως, δε, σωρεύονται στο ίδιο δικόγραφο, ανακοπή κατά διαταγής πληρωμής και ανακοπή κατά της εκτέλεσης (άρθρο 218 ΚΠολΔ), δεδομένου ότι και οι δύο υπάγονται στην αρμοδιότητα του παρόντος Δικαστηρίου και στο ίδιο είδος διαδικασίας, ενώ δεν υφίσταται κίνδυνος σύγχυσης από τη σύγχρονη εκδίκασή τους (ΑΠ 337/2006 ΤΝΠ Νόμος). Πρέπει, επομένως, να γίνει δεκτή κατά το τυπικό της μέρος και να ερευνηθεί η νομική και ουσιαστική βασιμότητα των λόγων της.

Στο άρθρο 1 παρ. 4 του ν. 2251/1994 ορίζεται ότι, καταναλωτής είναι κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο, για το οποίο προορίζονται τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες που προσφέρονται στην αγορά ή το οποίο κάνει χρήση τέτοιων προϊόντων ή υπηρεσιών, εφόσον αποτελεί τελικό αποδέκτη τους. Αναγκαία προϋπόθεση προκειμένου να θεωρηθεί ως καταναλωτής το πρόσωπο που επιζητεί την προστασία του νόμου είναι να πρόκειται για προϊόντα ή υπηρεσίες που προσφέρονται στην αγορά και ο προμηθευόμενος τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες να είναι ο τελικός αποδέκτης τους. Καταναλωτής, άλλωστε, θεωρείται ο τελικός οικονομικός αποδέκτης των ανωτέρω προϊόντων και υπηρεσιών, που προσφέρονται στην αγορά, ανεξαρτήτως αν αποβλέπουν στην ικανοποίηση μη επαγγελματικών αναγκών (ΑΠ 1343/2012, ΑΠ 733/2011 ΤΝΠ Νόμος), όπως απαιτούσε το προηγούμενο δίκαιο (άρθρο 2 αρ. 1 ν. 1961/1991). Καταναλωτής, επομένως, θεωρείται και ο έμπορος που λαμβάνει

πίστωση από Τράπεζα για να καλύψει τις χρηματικές ανάγκες του ως τελικός αποδέκτης υπηρεσιών για να τις καταναλώσει και όχι να τις προσφέρει περαιτέρω με αντάλλαγμα και όταν συνάπτει συναλλαγές που είναι βοηθητικές για τη συγκεκριμένη εμπορική του δραστηριότητα, ενώ σύμφωνα με την ανωτέρω διάταξη (όπως αυτή τροποποιήθηκε με την παρ. 5 του άρθρου 1 του ν. 3587/2007) κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο που εγγυάται υπέρ καταναλωτή, εφόσον δεν ενεργεί στο πλαίσιο της επαγγελματικής ή επιχειρηματικής δραστηριότητάς του, είναι, καταναλωτής. Συνεπώς, ο εγγυητής υπέρ πιστούχου, υπό τις παραπάνω προϋποθέσεις, είναι καταναλωτής, διότι η εγγύηση είναι παρεπόμενη της πιστώσεως σύμβαση και η Τράπεζα δεν θα είχε καταρτίσει τη σύμβαση πιστώσεως, εάν η εγγύηση δεν είχε προσλάβει το περιεχόμενο το οποίο η Τράπεζα επιθυμεί, οπότε θα ήταν αντιφατικό να μην έχει και ο εγγυητής την ιδιότητα του καταναλωτή (βλ. ΕφΘεσ 1034/2013, ΕφΘεσ 459/2011, ΤΝΠ Νόμος). Περαιτέρω κατά το άρθρο 2 παρ.6 του ως άνω νόμου "περί προστασίας των καταναλωτών", οι γενικοί όροι συναλλαγών (ΓΟΣ), δηλαδή οι όροι που έχουν διατυπωθεί εκ των προτέρων για απροσδιόριστο αριθμό μελλοντικών συμβάσεων, απαγορεύονται και είναι άκυροι αν έχουν ως αποτέλεσμα τη διατάραξη της ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων μερών εις βάρος του καταναλωτή. Ο καταχρηστικός χαρακτήρας τέτοιου γενικού όρου κρίνεται αφού ληφθούν υπόψη η φύση των αγαθών ή υπηρεσιών που αφορά η σύμβαση, το σύνολο των ειδικών συνθηκών κατά τη σύναψή της και όλες οι υπόλοιπες ρήτρες της σύμβασης ή άλλης σύμβασης από την οποία εξαρτάται. Κατά δε την παρ. 7 του ίδιου πιο πάνω άρθρου, καταχρηστικοί, ενδεικτικά, είναι οι ΓΟΣ, που, μεταξύ άλλων, ε) επιφυλάσσουν στον προμηθευτή το δικαίωμα μονομερούς λύσης ή τροποποίησης της σύμβασης χωρίς ορισμένο ειδικό και σπουδαίο λόγο ια) χωρίς σπουδαίο λόγο αφήνουν το τίμημα αόριστο και δεν επιτρέπουν τον προσδιορισμό του με κριτήρια ειδικά καθορισμένα στη σύμβαση και εύλογα για τον καταναλωτή ... ιγ) αποκλείουν ή περιορίζουν υπέρμετρα την ευθύνη του προμηθευτή ... κατ) επιτρέπουν στον προμηθευτή να απαιτήσει από τον καταναλωτή υπέρμετρες εγγυήσεις ... κζ) αναστρέφουν το βάρος απόδειξης σε βάρος του καταναλωτή ή περιορίζουν υπέρμετρα τα αποδεικτικά του μέσα ... λ) επιβάλλουν στον καταναλωτή, σε περίπτωση μη εκπλήρωσης της παροχής του, υπέρμετρη

οικονομική επιβάρυνση. Οι πιο πάνω αναφερόμενες ενδεικτικά περιπτώσεις γενικών όρων θεωρούνται, άνευ ετέρου, από το νόμο, ως καταχρηστικοί, χωρίς να χρειάζεται ως προς αυτούς και η συνδρομή των προϋποθέσεων της γενικής ρήτηρας της παρ. 6 του άρθρου 2 του Ν. 2251/1994. Κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, οι οποίες ως προς τον έλεγχο των ΓΟΣ αποτελούν εξειδίκευση του γενικού κανόνα του άρθρου 281 του ΑΚ με τα αναφερόμενα σ' αυτές κριτήρια, για την κρίση της ακυρότητας ή μη ως καταχρηστικών των όρων αυτών λαμβάνεται υπόψη κατά κύριο λόγο το συμφέρον του καταναλωτή με συνεκτίμηση όμως της φύσης των αγαθών ή υπηρεσιών που αφορά η σχετική σύμβαση καθώς και του σκοπού της, πάντοτε δε στα πλαίσια επίτευξης σχετικής ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλόμενων μερών. Ως μέτρο ελέγχου της διατάραξης της ισορροπίας αυτής χρησιμεύει κάθε φορά το ενδοτικό δίκαιο που ισχύει για τη συγκεκριμένη σύμβαση. Τα συμφέροντα, η διατάραξη της ισορροπίας των οποίων εις βάρος του καταναλωτή μπορεί να χαρακτηρίσει έναν γενικό όρο άκυρο ως καταχρηστικό, πρέπει να είναι ουσιώδη, η διατάραξη δε αυτή πρέπει να είναι ιδιαίτερα σημαντική σύμφωνα με τις αρχές της καλής πίστης. Προς τούτο λαμβάνονται υπόψη τα συμφέροντα των συμβαλλόμενων στη συγκεκριμένη σύμβαση μερών και εξετάζεται ποιο είναι το συμφέρον του προμηθευτή για διατήρηση του όρου που ελέγχεται και ποιο είναι εκείνο του καταναλωτή για κατάργησή του. Δηλαδή ερευνάται ποιες συνέπειες θα έχει η διατήρηση ή κατάργηση του όρου για κάθε πλευρά, πώς θα μπορούσε κάθε μέρος να εμποδίσει την επέλευση του κινδύνου που θέλει να αποτρέψει ο συγκεκριμένος γενικός όρος και πώς μπορεί κάθε μέρος να προστατευθεί από τις συνέπειες της επέλευσης του κινδύνου με δικές του ενέργειες. Οι Γενικοί Όροι Συναλλαγών, τέλος, πρέπει, σύμφωνα με την αρχή της διαφάνειας, να παρουσιάζουν τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των μερών κατά τρόπο ορισμένο, ορθό και σαφή. Ο υπολογισμός του τόκου με βάση το έτος 360 ημερών προσκρούει στην αρχή της διαφάνειας, που επιτάσσει το άρθρο 2 § 6 του ν. 2251/1994, διότι οι γενικοί όροι συναλλαγών των συμβάσεων πρέπει να είναι διατυπωμένοι κατά τρόπο ορισμένο, ορθό και σαφή, ώστε ο απρόσεκτος ως προς την ενημέρωσή του, αλλά διαθέτων τη μέση αντίληψη, κατά το σχηματισμό της δικαιοπρακτικής του βουλήσεως καταναλωτής, να γνωρίζει τις συμβατικές δεσμεύσεις που αναλαμβάνει, ιδίως όσον αφορά τη



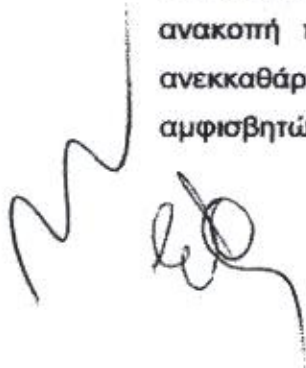
σχέση παροχής και αντιπαροχής. Με το να υπολογίζεται το επιτόκιο σε έτος 360 ημερών, ο καταναλωτής δεν πληροφορείται το (πραγματικό) ετήσιο επιτόκιο, όπως αυτό θα έπρεπε να προσδιορίζεται σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 243 § 3 ΑΚ. Η δανειστρία τράπεζα διασπά, με τον εν λόγω όρο, εντελώς τεχνητά και κατ' απόκλιση των δικαιολογημένων προσδοκιών του καταναλωτή, το χρονικό διάστημα (το έτος), στο οποίο όφειλε να αναφέρεται το επιτόκιο, δημιουργώντας έτσι μια πρόσθετη επιβάρυνση του καταναλωτή - δανειολήπτη, ο οποίος, δοθέντος του ότι το επιτόκιο της μιας ημέρας προσδιορίζεται με βάση έτος 360 ημερών, επιβαρύνεται για κάθε ημέρα με τόκους μεγαλύτερους κατά 1,3889%, αφού το επιτόκιο υποδιαιρείται για τον προσδιορισμό του τόκου προς 360 ημέρες, χωρίς αυτή η μεγαλύτερη επιβάρυνση του να μπορεί να δικαιολογηθεί με την επίκληση κάποιου σύνθετου χαρακτήρα της παρεχόμενης υπηρεσίας ή από κάποιους εύλογους για τον καταναλωτή λόγους ή από κάποιο δικαιολογημένο ενδιαφέρον της τράπεζας, ιδίως μάλιστα στη σύγχρονη εποχή, όπου τα ηλεκτρονικά μέσα προσφέρουν χωρίς καμία πρόσθετη δυσχέρεια τη δυνατότητα για τον επακριβή υπολογισμό των τόκων με έτος 365 ημερών. Άλλωστε, το έτος των 365 ημερών ισχύει και εφαρμόζεται σήμερα στην καταναλωτική πίστη με τη στενή έννοια κατ' επιταγή α) της κοινοτικής οδηγίας 98/7/ΕΚ, που ενσωματώθηκε στο εθνικό μας δίκαιο με την Κ.Υ.Α. Ζ1-178/13.2.2001 (ΦΕΚ Β' 255/9.3.2001), β) της με αριθμό Ζ1-798/25.6.2008 (Β' 1353/11.7.2008) απόφασης του Υπουργού Ανάπτυξης κατ' εξουσιοδότηση της παρ. 21 του άρθρου 10 του ν. 2251/1994, όπως τροποποιήθηκε με το Ν. 3587/2007, με τον οποίο ενσωματώθηκε στην ελληνική έννομη τάξη η οδηγία 2005/29 «για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων προς τους καταναλωτές στην εσωτερική αγορά» (Βλ. ΣΤΕ 1210/2010 ΤΝΠ Νόμος) και γ) της κοινοτικής οδηγίας 2008/48/ΕΚ που ενσωματώθηκε στο εθνικό μας δίκαιο με την Κ.Υ.Α. Ζ1-699/23.6.2010 (ΦΕΚ Β' 917/23.6.2010), ρύθμιση που δείχνει τη σημασία που αποδίδει τόσο ο κοινοτικός όσο και ο εθνικός νομοθέτης για τον κατ' αυτό τον τρόπο ακριβή προσδιορισμό του επιτοκίου (ΑΠ 430/2005, ΕφΠειρ 711/2011, ΕφΠειρ 52/2011 ΤΝΠ Νόμος). Τα προαναφερόμενα που αφορούν τις σχέσεις τραπεζών με δανειολήπτες οι οποίοι έχουν την ιδιότητα του καταναλωτή κατά την έννοια του άρθρου 1 παρ.4 του ν. 2251/1994 ουδόλως αναιρούνται από τη διάταξη του άρθρου 3 παρ.1 ν. 2842/2000 (περί

αντικατάστασης της δραχμής με το ευρώ), σύμφωνα με την οποία οποιαδήποτε αναφορά στο διατραπεζικό επιτόκιο δανεισμού Αθηνών (Athibor) αντικαθίσταται αυτοδικαίως από αναφορά στο επιτόκιο Euribor, στο οποίο λαμβάνονται υπόψη ως βάση υπολογισμού των τόκων, οι πραγματικές ημέρες και το έτος 360 ημερών προσαρμοζόμενο κατά το λόγο 365 προς 360, αλλά ούτε και από την υπ' αριθμό 30/14-2000 (ΦΕΚΑ' 43/2000) πράξη του Συμβουλίου Νομισματικής Πολιτικής σύμφωνα με την οποία οι υποχρεωτικές καταθέσεις των πιστωτικών ιδρυμάτων στην Τράπεζα της Ελλάδας θα είναι έντοκες με βάση υπολογισμού των τόκων έτος 360 ημερών. Και τούτο διότι είναι εμφανές ότι οι ως άνω διατάξεις είναι άσχετες με την ανάγκη προστασίας των καταναλωτών ως ασθενέστερων διαπραγματευτικά μερών στα πλαίσια των συναλλαγών τους με τράπεζες, καθώς η πρώτη εκ των ως άνω διατάξεων αναφερόμενη στο επιτόκιο Euribor, το οποίο αποτελεί το μέσο όρο των επιτοκίων του διατραπεζικού δανεισμού στον χώρο της Ευρωζώνης, ο οποίος διαπιστώνεται ημερησίως από την ΕΚΤ επί τη βάση των ανακοινώσεων 57 επιλεγμένων τραπεζών, ορίζει ότι βάση υπολογισμού του εν λόγω επιτοκίου αναφοράς θα είναι το έτος 360 ημερών, ενώ η δεύτερη αναφερόμενη στις υποχρεωτικές καταθέσεις των ελληνικών πιστωτικών ιδρυμάτων στην Τράπεζα της Ελλάδας καταργώντας τη μέχρι τότε διάκριση μεταξύ εντόκου και ατόκου τιμήματος των εν λόγω καταθέσεων ορίζει ότι εφεξής αυτές θα είναι όλες έντοκες με επιτόκιο που θα καθορίζεται με πράξη του συμβουλίου Νομισματικής Πολιτικής και ότι οι τόκοι θα καταβάλλονται από την Τράπεζα της Ελλάδος στις καταθέτριες τράπεζες τη δεύτερη εργάσιμη ημέρα μετά το τέλος εκάστης περιόδου τήρησης υπολογιζόμενοι βάσει έτους 360 ημερών. Συνεπώς, στην τελευταία περίπτωση ο ως άνω υπολογισμός αφορά το επιτόκιο των υποχρεωτικών καταθέσεων των τραπεζών και συνεπάγεται την είσπραξη από τις τελευταίες περισσότερων τόκων από την Τράπεζα της Ελλάδας από ότι αν το επιτόκιο υπολογιζόταν βάσει έτους 365 ημερών. Πλην όμως, η Τράπεζα της Ελλάδας ως θεματοφύλακας των υποχρεωτικών καταθέσεων των ελληνικών τραπεζών και ως εποπτεύουσα αρχή των τελευταίων δεν μπορεί να εξομοιωθεί ούτε ως προς το θεσμικό της ρόλο ούτε ως προς τη διαπραγματευτική της ισχύ και θέση με τους καταναλωτές-πελάτες των τραπεζών, ώστε είτε να χρήζει της ειδικής προστασίας που έχουν ανάγκη οι τελευταίοι ως συναλλασσόμενοι και



τελικοί αποδέκτες των χρηματοπιστωτικών προϊόντων τους είτε αντιστρόφως οι καταναλωτές να υπόκεινται σε όμοιου περιεχομένου επιβαρύνσεις με αυτήν. Περαιτέρω, όταν με το λόγο της ανακοπής αμφισβητείται η ύπαρξη ή το ύψος της απαιτήσεως, ο λόγος αυτός έχει αρνητικό χαρακτήρα, αφού ο καθ' ου η ανακοπή, ο οποίος επέχει θέση ενάγοντος, έχει το υποκειμενικό βάρος, κατά το γενικό δικονομικό κανόνα του άρθρου 338 παρ. 1 ΚΠολΔ, για την απόδειξη με δημόσιο ή ιδιωτικό έγγραφο, της ύπαρξης και του ποσού της απαιτήσεως του (ΑΠ 1861/2011 ΤΝΠ Νόμος). Είναι δε επιτρεπτή η συμφωνία με την οποία η οφειλή του πιστούχου στην πιστώτρια τράπεζα, που θα προκύψει από το οριστικό κλείσιμο της πιστώσεως, θα αποδεικνύεται από τα αποσπάσματα των εμπορικών βιβλίων της τράπεζας. Με την εν λόγω συμφωνία προσδίδεται άνευ ετέρου σε ιδιωτικά έγγραφα πλήρης αποδεικτική ισχύς την οποία διαφορετικά θα είχαν μόνο υπό τη συνδρομή των προϋποθέσεων του άρθρου 448 ΚΠολΔ ελλείψει των οποίων θα περιέπιπταν σε απλά δικαστικά τεκμήρια (339 ΚΠολΔ), πλην όμως δεν αντιστρέφεται το βάρος απόδειξης, καθώς ο δανειολήπτης διατηρεί το δικαίωμα ανταπόδειξης, ακόμα και αν συμφωνηθεί το αντίθετο (ΑΠ 430/2005 ΤΝΠ Νόμος). Η δε ανταπόδειξη αντιδιαστέλλεται εννοιολογικά από την κύρια απόδειξη, δηλαδή από την αποδεικτική διαδικασία που διεξάγει ο διάδικος που φέρει το βάρος απόδειξης (βλ. Κ. Μπέη/ Πολιτική Δικονομία/ Ερμηνεία των άρθρων/ σελ 1568) και συνίσταται κατά περιεχόμενο στη δικονομική δυνατότητα του αντιδίκου να καταρρίψει την αποδεικτική αξία των αποδεικτικών μέσων που χρησιμοποιούνται από τον φέροντα το βάρος της κύριας απόδειξης διάδικο, καταδεικνύοντας την αναξιοπιστία τούτων, είτε καθ' αυτά είτε με την επίκληση και προσκόμιση ίδιων αποδεικτικών μέσων (βλ. Νικολόπουλο/ Δίκαιο Αποδείξεως/ Β' έκδοση/ σελ.151), χωρίς να χρειάζεται να πείσει το Δικαστή για την ανακρίβεια των αποδεικτέων ισχυρισμών παρά μόνο να δημιουργήσει αμφιβολία ως προς την αλήθεια τους, οπότε και θα απορριφθεί η εκκρεμής αίτηση ως αβάσιμη, αφού τον κίνδυνο αμφιβολίας ως προς τη συνδρομή των γεγονότων στα οποία στηρίζεται η επιδιωκόμενη έννομη συνέπεια φέρει ο έχων το κύριο βάρος απόδειξης και όχι ο αντίδικος του που διεξάγει την ανταπόδειξη. Επομένως, το εν λόγω δικονομικό δικαίωμα αντιδιαστέλλεται και ως προς την απόδειξη του αντιθέτου που καθιερώνει το άρθρο 338 παρ.2 ΚΠολΔ ως προς τα νόμιμα τεκμήρια, οπότε και ο αντίδικος του αιτούντος

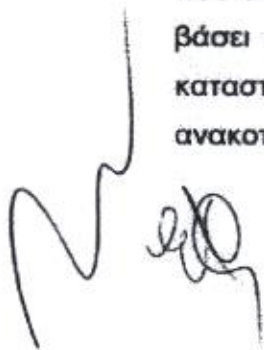
φέρει το βάρος της κύριας απόδειξης του αντιθέτου εκείνου που τεκμαίρει ο νόμος, της δημιουργίας δηλαδή πλήρους δικανικής πεποίθησης και όχι απλώς αμφιβολίας. Εκ των ως άνω προκύπτει ότι δεν υφίσταται βάρος παρά μόνο δικαίωμα ανταπόδειξης (βλ. Κ. Μπέη/ Πολιτική Δικονομία/ Ερμηνεία των άρθρων/ σελ 1568,1569). Τα ως άνω σχετικά με το βάρος αποδείξεως και τη δυνατότητα ανταποδείξεως ισχύουν και ως προς τις προϋποθέσεις εφαρμογής των δικονομικών κανόνων δικαίου, κάθε δε διάδικος φέρει το βάρος αποδείξεως των γεγονότων τα οποία στηρίζουν τα δικονομικά αιτήματά του (βλ. Κ. Μπέη/ Πολιτική Δικονομία/ Ερμηνεία των άρθρων/ σελ 1508,1509.1510). Προκειμένου δε να εκδοθεί η διαταγή πληρωμής απαιτείται η σωρευτική συνδρομή των θετικών προϋποθέσεων του άρθρου 623 ΚΠολΔ και των αρνητικών προϋποθέσεων του άρθρου 624 ΚΠολΔ. Αν ο λόγος ανακοπής στηρίζεται στην αμφισβήτηση των ως άνω προϋποθέσεων τότε ο δανειστής έχει υποχρέωση να αποδείξει τη συνδρομή τους, διότι οι προϋποθέσεις αυτές είναι απαραίτητες για την επέλευση της επιδιωκόμενης δια της σχετικής αιτήσεως του έννομης συνέπειας ήτοι της έκδοσης έγκυρης διαταγής πληρωμής (βλ. Κ. Μπέη/ Πολιτική Δικονομία/ Ερμηνεία των άρθρων/ Ειδικές Διαδικασίες/ σελ.244). Στην περίπτωση κατά την οποία κατόπιν άσκησης ανακοπής του άρθρου 632 ΚΠολΔ διαπιστωθεί ότι δεν συνέτρεχε μία εκ των ανωτέρω προϋποθέσεων η διαταγή πληρωμής θα ακυρωθεί διότι θα έχει αποδειχθεί ότι η αίτηση επί της οποίας εκδόθηκε ήταν δικονομικά ουσία αβάσιμη (βλ. για την έννοια της δικονομικά αβάσιμης διαδικαστικής πράξης σε Κ. Μπέη/ Πολιτική Δικονομία/ Ερμηνεία των άρθρων/ Εισαγωγή στη δικονομική σκέψη και γενικές διατάξεις 1-207/ σελ. 94). Αν κατά ενάσκηση του σχετικού δικαιώματος του ο οφειλέτης αμφισβητήσει με λόγο ανακοπής το εκκαθαρισμένο της απαίτησης για την οποία εκδόθηκε διαταγή πληρωμής δεν απαιτείται για το ορισμένο του λόγου αυτού να προσδιορίσει και το ύψος στο οποίο θα ανερχόταν η απαίτηση αν αυτή ήταν εκκαθαρισμένη (ΕφΠειρ 711/2011, ΕφΠειρ 5/2011 ΤΝΠ Νόμος), καθώς όπως προεκτέθηκε το βάρος της συνδρομής των θετικών και αρνητικών προϋποθέσεων έκδοσης διαταγής πληρωμής φέρει ο δανειστής. Ο ανακόπτων προκειμένου να ευδοκιμήσει η ανακοπή του δεν χρειάζεται να αποδείξει ούτε ότι η απαίτηση είναι ανεκκαθάριστη, ότι δηλαδή το ποσό της δεν είναι ορισμένο, αρκεί μόνο αμφισβητώντας την αρνητική αυτή προϋπόθεση στα πλαίσια της



ανταποδεικτικής του ευχέρειας να δημιουργήσει αμφιβολία στο Δικαστήριο σχετικά με τη συνδρομή της και περαιτέρω να μην επιτύχει ο καθ' ου η ανακοπή να άρει τη σχετική αμφιβολία παρότι φέρει τον κίνδυνό της ως έχων το υποκειμενικό και αντικειμενικό βάρος απόδειξής της. Όσο δε αφορά απαίτηση τράπεζας από σύμβαση δανείου η οποία κατά δικονομική συμφωνία των διαδίκων αποδεικνύεται πλήρως από τα αποσπάσματα των εμπορικών βιβλίων, στην περίπτωση κατά την οποία ο οφειλέτης σε βάρος του οποίου έχει εκδοθεί βάσει των αποσπασμάτων διαταγή πληρωμής επικαλεστεί με την ανακοπή του και αποδείξει ότι είναι άκυρος όρος του δανείου δυνάμει του οποίου έχει επιβαρυνθεί η εκ του δανείου οφειλή με επιπλέον χρηματικά ποσά πέραν του κεφαλαίου, όπως τόκους και έξοδα τα οποία έχουν ανατοκισθεί, κεφαλαιοποιηθεί και επανατοκισθεί με συνέπεια να καθίσταται ανέφικτος ο διαχωρισμός και η αφαίρεσή τους από τη συνολική απαίτηση με απλούς μαθηματικούς υπολογισμούς και ως εκ τούτου να μην αποδεικνύεται το ακριβές ύψος της από τα προσκομιζόμενα για την έκδοση διαταγής πληρωμής αποσπάσματα, αμφισβητεί όχι μόνο τη συνδρομή της αρνητικής προϋπόθεσης που σχετίζεται με το ορισμένο ποσό της απαίτησης, το να μην είναι δηλαδή αυτή ανεκκαθάριστη αλλά και της θετικής προϋπόθεσης της σχετικής με την έγγραφη απόδειξη του ακριβούς ύψους της. Η αντίθετη άποψη κατά την οποία ο ανακόπτων πρέπει όχι μόνο να επικαλεστεί το ανεκκαθάριστο της απαίτησης αλλά επιπλέον και να προσδιορίσει το ποσό κατά το οποίο είναι ανεκκαθάριστη η απαίτηση προκειμένου να είναι ορισμένος ο σχετικός λόγος ανακοπής συνεπάγεται την ανεπίτρεπτη κεκαλυμμένη αντιστροφή του βάρους απόδειξης αφού κατ' αυτόν τον τρόπο μετατίθεται στον ανακόπτονα η υποχρέωση του καθ' ου η ανακοπή και αιτούντος την έκδοση διαταγής πληρωμής να επικαλεστεί το ακριβές ύψος της απαίτησής του και να αποδείξει εγγράφως το βέβαιο και εκκαθαρισμένο αυτής. Όμως ο φέρων το βάρος απόδειξης φέρει και το βάρος επίκλησης των αποδεικτέων και ως εκ τούτου σε περίπτωση που ο ανακόπτων αμφισβητήσει και κατά μείζονα λόγο σε περίπτωση που αποδείξει το ανεκκαθάριστο της απαίτησης για την οποία εκδόθηκε η διαταγή πληρωμής ο καθ' ου είναι αυτός που θα πρέπει να επικαλεστεί και να αποδείξει μέχρι ποιου ύψους είναι εκκαθαρισμένη η απαίτησή του εφόσον βέβαια αυτό είναι εφικτό από τα προσκομιζόμενα με την αίτησή του έγγραφα άλλως η διαταγή πληρωμής είναι

ακυρωτέα στο σύνολο της λόγω μη συνδρομής της εν λόγω αρνητικής δικονομικής προϋπόθεσης για την έκδοσή της. Επίσης η άποψη κατά την οποία είναι μεν ορισμένος ο λόγος της ανακοπής με τον οποίο αμφισβητείται το εκκαθαρισμένο της απαίτησης πλην όμως αν δεν επικαλείται ο ανακόπτων το ποσό κατά το οποίο είναι ανεκκαθάριστη θα πρέπει να διατάσσεται λογιστική πραγματογνωμοσύνη προς ανεύρεσή του προκειμένου να ακυρωθεί κατά το αντίστοιχο μέρος της η διαταγή πληρωμής και όχι εν όλω, οδηγεί σε καταστρατήγηση των διατάξεων των άρθρων 623 και 624 ΚΠολΔ, καθώς η ανάγκη διενέργειας λογιστικής πραγματογνωμοσύνης προϋποθέτει ότι δεν είναι ορισμένο το ποσό της απαίτησης για το οποίο έχει εκδοθεί η διαταγή πληρωμής και δεν αποδεικνύεται το ακριβές ύψος της από τα προσκομιζόμενα έγγραφα. Η διαπίστωση όμως των ανωτέρω οδηγεί για τους προαναφερόμενους λόγους στην ακύρωση της διαταγής πληρωμής και όχι στην έκδοση απόφασης περί διενέργειας λογιστικής πραγματογνωμοσύνης, η οποία ενδεχομένως να ήταν η προσήκουσα αν επιδιωκόταν η επιδίκαση της απαίτησης εκ δανείου με αγωγή κατά την τακτική διαδικασία, στη δίκη όμως της ανακοπής όπου κρίνεται μεταξύ άλλων αν συνέτρεχαν οι δικονομικές προϋποθέσεις έγκυρης έκδοσης της διαταγής πληρωμής κατά το χρόνο υποβολής της αίτησης είναι ανεπίτρεπτη η εκ των υστέρων αναδρομική αναπλήρωση της διαπιστούμενης έλλειψης των ως άνω προϋποθέσεων και δη με αποδεικτικό μέσο το οποίο δεν είναι πρόσφορο για την έκδοση διαταγής πληρωμής καθώς δεν είναι έγγραφο κατά την έννοια του άρθρου 623 ΚΠολΔ. Τέλος η ανακοπή του άρθρου 632 ως ειδική μορφή της γενικής ανακοπής του άρθρου 583 ΚΠολΔ δεν είναι παρά μία μορφή διαπλαστικής αγωγής με ακυρωτικό αίτημα, (βλ. Κ. Μπέη/ Πολιτική Δικονομία/ Ερμηνεία των άρθρων/ Ένδικα μέσα και ανακοπές/ σελ. 2409) συνεπώς το αντικείμενό της δίκης δεν αποτιμάται σε χρήμα και τα δικαστικά έξοδα προσδιορίζονται υπό το δεδομένο αυτό.

Στην προκείμενη περίπτωση ο ανακόπτων με τον υπ' αριθμόν 4 λόγο ανακοπής του ισχυρίζεται ότι, δυνάμει άκυρου όρου της σύμβασης δανείου που υπέγραψαν με την καθ' ης, η τελευταία υπολόγιζε παράνομα το επιτόκιο βάσει έτους 360 ημερών αντί έτους 365 ημερών με συνεπεία αφενός να καταστεί ανεκκαθάριστη η ένδικη απαίτηση για την οποία εκδόθηκε η ανακοπτόμενη διαταγή πληρωμής καθώς με τον ως άνω υπολογισμό



επιβαρυνόταν παράνομα για κάθε μία ημέρα με 1,3889% περισσότερους τόκους, οι οποίοι κεφαλαιοποιούνταν και ανατοκίζονταν ανά εξάμηνο και αφετέρου να μην αποδεικνύεται από τα προσκομιζόμενα για την έκδοση της διαταγής πληρωμής έγγραφα το ακριβές ύψος της απαίτησης, λόγω της ενσωμάτωσης σε αυτήν των παράνομα υπολογισθέντων επιπλέον τόκων. Με το ως άνω περιεχόμενο ο ως άνω λόγος είναι σύμφωνα με τα προαναφερόμενα στη μείζονα σκέψη ορισμένος και νόμιμος παρά τους περί του αντιθέτου ισχυρισμούς της καθ' ης η ανακοπή και συνεπώς πρέπει να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσίαν.

Από την ένορκη ενώπιον του ακροατήριου κατάθεση του μάρτυρα του ανακόπτοντος και όλα τα έγγραφα που νόμιμα επικαλούνται και προσκομίζουν οι διάδικοι αποδεικνύονται τα ακόλουθα πραγματικά περιστατικά: Δυνάμει της σύμβασης με αριθμό 499/1/16-4-2008 και των πρόσθετων αυτής πράξεων που υπογράφηκε μεταξύ της αγροτικής τράπεζας και του ανακόπτοντος χορηγήθηκε στον τελευταίο πίστωση (κεφάλαιο κίνησης) μέχρι το ποσό των 55000 ευρώ. Λόγω μη εξυπηρέτησης του δανείου η καθ' ης στην οποία μεταβιβάστηκε συνολικά η έννομη σχέση γνωστοποίησε στον ανακόπτοντα την καταγγελία της σύμβασης δανείου και εν συνεχεία εκδόθηκε κατόπιν αίτησής της η προσβαλλόμενη διαταγή πληρωμής ύψους κεφαλαίου 117.250,99 ευρώ. Με τον υπ' αριθμό 3 όρο της ως άνω σύμβασης συμφωνήθηκε ότι οι τόκοι θα υπολογίζονται με βάση έτος 360 ημερών ενώ σαφώς με τον ίδιο τρόπο γινόταν και ο εκτοκισμός των οφειλών. Σύμφωνα με τα προαναφερόμενα στη μείζονα σκέψη ο ως άνω όρος είναι άκυρος δοθέντος ότι ο ανακόπτων φέρει την ιδιότητα του καταναλωτή. Συνεπώς αποδεικνύεται η επιβάρυνση της ένδικης απαίτησης η οποία επιδικάστηκε με την προσβαλλόμενη διαταγή πληρωμής με τόκους μεγαλύτερους κατά 1,3889% ανά ημέρα οι οποίοι κατά τη λειτουργία της σύμβασης κεφαλαιοποιούνταν και ανατοκίζονταν ανά εξάμηνο. Συνεπεία των ανωτέρω η απαίτηση κατέστη ανεκκαθάριστη λόγω της ενσωμάτωσης σε αυτήν των επιπλέον υπολογιζόμενων τόκων βάσει του ως άνω άκυρου συμβατικού όρου. Περαιτέρω από τα νομίμως επικαλούμενα και προσκομιζόμενα αποσπάσματα των εμπορικών βιβλίων της τράπεζας βάσει των οποίων εκδόθηκε η προσβαλλόμενη διαταγή πληρωμής είναι ανέφικτο να προκύψει με απλούς μαθηματικούς υπολογισμούς σε ποιο ποσό ανέρχονται οι επιπλέον

τόκοι με τους οποίους επιβαρύνθηκε η ένδικη απαίτηση λόγω του ως άνω παράνομου υπολογισμού τους. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω πρέπει να γίνει δεκτός ως κατ' ουσίαν βάσιμος ο ως άνω λόγος ανακοπής, να ακυρωθεί η με αριθμό 606/609/2017 διαταγή πληρωμής του Δικαστή του Δικαστηρίου τούτου και η συνημμένη στο αντίγραφο εξ απογράφου της ανωτέρω διαταγής πληρωμής και με ημερομηνία 18-10-2017 επιταγή προς εκτέλεση, παρελκούς της έρευνας των λοιπών λόγων ανακοπής. Τέλος, η καθ' ης ανακοπή πρέπει να καταδικαστεί λόγω της ήττας της στην πληρωμή των δικαστικών εξόδων του ανακόπτοντος, κατ' αποδοχή σχετικού αιτήματος των τελευταίου, σύμφωνα με τα άρθρα 176 ΚΠολΔ όπως ειδικότερα ορίζεται στο διατακτικό της παρούσας.

#### ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

ΔΙΚΑΖΕΙ κατ' αντιμολία των διαδίκων.

ΔΕΧΕΤΑΙ την ανακοπή τόσο κατά το μέρος που στρέφεται κατά της την υπ' αριθμόν 606/609/2017 διαταγής πληρωμής, όσο και κατά το μέρος που στρέφεται κατά της με ημερομηνία 18-10-2017 επιταγής προς πληρωμή

ΑΚΥΡΩΝΕΙ την υπ' αριθμό 606/609/2017 διαταγή πληρωμής του Δικαστή του Μονομελούς Πρωτοδικείου Ηρακλείου.

ΚΑΤΑΔΙΚΑΖΕΙ την καθ' ης η ανακοπή στα δικαστικά έξοδα του ανακόπτοντος, τα οποία ορίζει στο ποσό των 350 ευρώ.

ΚΡΙΘΗΚΕ, αποφασίσθηκε και δημοσιεύτηκε στο Ηράκλειο σε έκτακτη δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριό του στις 5-4-2018

Η ΔΙΚΑΣΤΗΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ