



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ



Πληροφορίες: Ανδρέας Μαντζουράνης
Ειδικός Επιστήμονας
Ηλεκτρον. Δ/νση: amantzouranis@synigoroskatanaloti.gr

Αθήνα, 1 Σεπτεμβρίου 2009
Αριθ. Πρωτ. : 3009

ΘΕΜΑ: «Αναφορές καταναλωτών σχετικά με την ορθότητα της χρέωσης κλήσεων σε λογαριασμούς παρόχων υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών»

1. Η Αρχή μας έχει γίνει αποδέκτης αναφορών καταναλωτών σχετικά με την αμφισβήτηση της ορθότητας των λογαριασμών που εκδίδουν οι πάροχοι δικτύων ηλεκτρονικών υπηρεσιών ή υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών (εφεξής πάροχοι), και ειδικότερα της ορθότητας της χρέωσης των αναγραφομένων σε αυτές κλήσεων. Οι αμφισβητήσεις αυτές αφορούν σε κλήσεις προς εθνικούς και διεθνείς προορισμούς αυξημένης και μη, χρέωσης, μέσω της τηλεφωνικής σύνδεσης και της σύνδεσης INTERNET.

Πιο συγκεκριμένα, οι καταναλωτές επικαλούνται ότι δεν έχουν οι ίδιοι πραγματοποιήσει τις χρεωθείσες κλήσεις προβάλλοντας διάφορους λόγους για την καταγραφή αυτών, οι οποίες διακρίνονται στις εξής κατηγορίες: α) αυθαίρετη χρέωση κλήσεων από τους παρόχους, οι οποίες δεν έχουν πραγματοποιηθεί β) αυθαίρετες κλήσεις από τρίτους είτε μέσω ενεργοποίησης προγραμμάτων λογισμικού (π.χ. dialers) είτε μέσω υποκλοπής μετά από επέμβαση στο δίκτυο είτε στο πεδίο ευθύνης του παρόχου είτε στο πεδίο ευθύνης του καταναλωτή (κοντά στο σημείο απόληξης του Δικτύου και πριν την τερματική διάταξη του καταναλωτή) γ) αυθαίρετες κλήσεις μετά από παραβιάσεις της οικίας ή κλήσεις από συνοίκους ή εργαζόμενους.

2. Σχετικά με τη βασιμότητα των ανωτέρω αξιώσεων των καταναλωτών ως κύριο θέμα αναδεικνύεται η απόδειξη της ύπαρξης ζημίας η οποία, ιδιαίτερα σύμφωνα με το ισχύον συμβατικό πλαίσιο, αποτελεί απαραίτητη προϋπόθεση για τον προσδιορισμό και την καταβολή της προσήκουσας οφειλής ή την αναζήτηση αχρεωστήτως καταβληθέντων ποσών (904 ΑΚ) ή την αξίωση αποζημίωσης από τον εκάστοτε πάροχο η οποία προϋποθέτει α) την ύπαρξη ζημίας, β) νόμιμο λόγο ευθύνης, δηλαδή

την υπαίτια παραβίαση κάποιας νόμιμης, συμβατικής ή συναλλακτικής υποχρέωσης από την εταιρεία πριν ή κατά την παροχή των υπηρεσιών της και γ) την ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ του νόμιμου λόγου και της ζημίας (βλ. 297 επ. ΑΚ περί των προϋποθέσεων της αποζημίωσης, 330, 380 επ και 914 ΑΚ).

Ζημία

Η διερεύνηση των θεμάτων του αντικειμένου, της ύπαρξης καθώς και του βάρους και των μέσων απόδειξης της ζημίας, αποτελούν ιδιαίτερα κρίσιμο θέμα στις υπό κρίση περιπτώσεις. Αυτό γιατί η ζημία, δηλαδή η ελάττωση της περιουσίας των καταναλωτών λόγω της χρέωσης σε αυτούς κλήσεων που δεν έχουν πραγματοποιηθεί ή λόγω της πραγματοποίησης κλήσεων από τρίτους, χωρίς τη ρητή ή σιωπηρή συναίνεση τους:

α) αποτελεί αντικείμενο του κύριου αποδεικτικού βάρους του καταναλωτή, σύμφωνα με τις ευνοϊκές για αυτόν διατάξεις του άρθρου 8 του ν. 2251/1994 Προστασία των Καταναλωτών ΦΕΚ 191 Α, όπως ισχύει, περί νόθου αντικειμενικής ευθύνης του προμηθευτή, (σε αντίθεση με τις διατάξεις για την αθέτηση συμβατικής ενοχής και την αδικοπράξια όπου ο καταναλωτής φέρει το βάρος της απόδειξης του παρανόμου - βλ. 336, 342 επ., 914 ΑΚ-, ο καταναλωτής οφείλει να αποδείξει τη ζημία και την αιτιώδη συνάφεια της ζημίας με την παροχή των υπηρεσιών, ενώ ο προμηθευτής οφείλει να αποδείξει την τήρηση των συναλλακτικών υποχρεώσεων ασφάλειας και πρόνοιας κατά την παροχή των υπηρεσιών), και

β) η ζημία δεν είναι άμεσα αποδεικτέα και, όπως προκύπτει, συχνά χρειάζεται η προσφυγή σε πραγματικά γεγονότα που αφορούν την ύπαρξη βλαπτικής πράξης τρίτου ή νόμιμου λόγου ευθύνης/παρανόμου των παρόχων προκειμένου να καταστεί σαφέστερη η απόδειξη της ζημίας.

Τα ανωτέρω θέματα καθορίζονται σε σημαντικό βαθμό από τις σχετικές συμβατικές ρυθμίσεις που διέπουν τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των μερών. Σύμφωνα με το τυπικό συμβατικό πλαίσιο που διέπει την παροχή τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών, οι συνδρομητές αναλαμβάνουν την υποχρέωση εξόφλησης του λογαριασμού που εκδίδεται από τους παρόχους, ο οποίος αποτελεί απόδειξη για την παροχή των υπηρεσιών και την πραγματοποίηση των κλήσεων από τον τερματικό τους εξοπλισμό. Παράλληλα, προβλέπεται το δικαίωμα των καταναλωτών να αμφισβητήσουν την ορθότητα του λογαριασμού μέσω της ανταπόδειξης ότι οι χρεωθείσες κλήσεις ουδέποτε πραγματοποιήθηκαν είτε ότι πραγματοποιήθηκαν από τρίτους αυθαίρετα.

Οι ανωτέρω όροι αναγορεύουν σε αποδεικτικά μέσα ιδιωτικά έγγραφα του προμηθευτή (λογαριασμούς), τα οποία, χωρίς τη σχετική ρήτρα, στερούνται αποδεικτικής δύναμης, θίγοντας έτσι εμμέσως την κατά νόμο κατανομή του βάρους της αποδείξεως (η απόδειξη βαρύνει τον επικαλούμενο το θετικό γεγονός της πραγματοποίησης της κλήσης) και δυσχεραίνοντας την δικονομική θέση του καταναλωτή. Για το λόγο αυτό, οι ανωτέρω όροι εντάσσονται καταρχήν στον έλεγχο του κύρους του περιεχομένου τους, σύμφωνα με τη γενική ρήτρα της παρ. 2 εδ. α' ή και την ειδική ρήτρα της παρ. 7 εδ. κζ' του άρθρου 2 του ν. 2251/1994 (ΦΕΚ 191 Α) του ν. 2251/1994, όπως ισχύει, περί καταχρηστικών γενικών όρων συναλλαγών. (βλ. Γ. Μεντής Γενικοί όροι συναλλαγών σε καταναλωτικές και εμπορικές συμβάσεις, 166 σελ., Γ.Ι. Δέλλιος, Ατομική και συλλογική προστασία των καταναλωτών από την έλλειψη ουσιαστικής διαπραγμάτευσης των όρων της σύμβασης, 2008, 244 σελ.). Ο έλεγχος αυτός, ο οποίος συνίσταται στην εξέταση της επίπτωσης των ανωτέρω όρων στη συμβατική σχέση και ιδιαίτερα στη σημαντική διατάραξη των νομίμων δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των μερών επιβάλλει τη συνεκτίμηση της φύσης των

τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών, το σκοπό της σύμβασης, το σύνολο των ειδικών συνθηκών κατά τη σύναψη της σύμβασης και τις λοιπές σχετικές ρήτρες της σύμβασης (το ίδιο άλλωστε ισχύει κατά την υπαγωγή της υπό κρίση περίπτωσης στην ειδική ρήτρα της παρ. 7 εδ. κζ', όπου απαιτείται η εξειδίκευση της αόριστης έννοιας του «υπέρμετρου» περιορισμού των αποδεικτικών μέσων, μετά από εξέταση και των ανωτέρω συνθηκών).

Όπως προκύπτει από τη συνήθη πρακτική στον τομέα των τηλεπικοινωνιών, η καταγραφή μιας κλήσης πραγματοποιείται από ειδικά μηχανήματα στο πεδίο ευθύνης του προμηθευτή και, με την προϋπόθεση φυσικά ότι αποτυπώνεται με ακρίβεια στο λογαριασμό, θεωρείται απόδειξη της πραγματοποίησης της κλήσης. Προκειμένου να κριθεί η νομιμότητα της ανωτέρω διαδικασίας, σε σχέση με τις προαναφερθείσες διατάξεις, είναι κρίσιμο να διερευνηθούν οι σχετικοί κανόνες της επιστήμης και της τέχνης τόσο σχετικά με τη δυνατότητα ύπαρξης πρόσθετων αποδεικτικών εγγράφων, πέραν του λογαριασμού, τα οποία σχετίζονται με την απόδειξη της πραγματοποίησης των κλήσεων όσο και με τη διερεύνηση της τεχνικής αξιοπιστίας και του αδιάβλητου της λειτουργίας των σχετικών μηχανημάτων.

Σύμφωνα με την ενημέρωση της Αρχής μας από την εταιρεία ΟΤΕ Α.Ε. η διαδικασία καταγραφής των κλήσεων γίνεται από ψηφιακά κέντρα υψηλής τεχνολογίας από οίκους εγνωσμένης αξιοπιστίας τα οποία χρησιμοποιούνται παγκοσμίως, ειδικότερα δε, η διαδικασία καταγραφής των κλήσεων, η μεταφορά τους σε κεντρικό σημείο, η επεξεργασία και αποτίμηση τους ελέγχονται από εσωτερικούς μηχανισμούς του ΟΤΕ αλλά και από τη διεθνή ελεγκτική Αρχή SOX.

Δεδομένων των ανωτέρω, με την επιφύλαξη νεότερων τεχνικών δεδομένων, και λαμβάνοντας κυρίως υπόψη α) τη μη ύπαρξη σχετικών διατάξεων στο οικείο κανονιστικό πλαίσιο, και άλλης ή αντίθετης ενημέρωσης τόσο από την Εθνική Επιτροπή Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων όσο και από τους παρόχους σχετικά με το περιεχόμενο και την τήρηση των κανόνων της επιστήμης και της τεχνικής του μέσου εκπροσώπου του υπό κρίση κλάδου και β) την κρατούσα γνώμη της νομολογίας των Ελληνικών δικαστηρίων, σύμφωνα με την οποία οι σχετικοί όροι διεύρυνσης των αποδεικτικών μέσων είναι κατ' αρχήν έγκυροι, εφόσον δεν αποκλείουν το δικαίωμα ανταπόδειξης του αντισυμβαλλομένου (βλ. Γ. Μεντής, ο.π., 167 σελ. ΑΠ 430/2005, 717/79, ΕφΑθ 776/2006), θεωρούμε ότι οι σχετικοί όροι μπορούν να κριθούν καταρχήν έγκυροι..

Κατά συνέπεια, με βάση το οικείο συμβατικό πλαίσιο, ο καταναλωτής, στις περιπτώσεις κατά τις οποίες διαφωνεί με την ορθότητα των χρεώσεων στο λογαριασμό του, έχει το δικαίωμα και ταυτόχρονα φέρει κατ' αρχήν το βάρος της ανταπόδειξης του γεγονότος ότι έχει υποστεί ζημία λόγω της χρέωσης σε αυτόν κλήσεων, οι οποίες δεν έχουν πραγματοποιηθεί ποτέ ή της απόδειξης ότι οι κλήσεις δεν έχουν γίνει από τον ίδιο ή με τη ρητή ή σιωπηρή συναίνεση του.

Η στοιχειοθέτηση των ανωτέρω αποδεικτικών ισχυρισμών του καταναλωτή είναι συνήθως έμμεση και βασίζεται κατά κύριο λόγο στα αποδεικτικά μέσα των μαρτύρων ή των δικαστικών τεκμηρίων (εγγράφων), καθώς η άμεση απόδειξη της αυθαίρετης χρέωσης, ή της χρησιμοποίησης λογισμικών αυθαιρέτων κλήσεων, ή της πραγματοποίησης των κλήσεων από τρίτους εντός και εκτός οικίας, δεν είναι ευχερώς διαπιστώσιμη και αποδείξιμη με τεχνικά μέσα.

Στην περίπτωση του ισχυρισμού περί αυθαίρετης χρέωσης κλήσεων από τον πάροχο, γίνεται επίκληση πραγματικών περιστατικών που κυρίως αφορούν στην αδυναμία ή στην μη ύπαρξη εύλογης αιτίας για την πραγματοποίηση των κλήσεων (απουσία του

συνδρομητή από την οικία κατά το διάστημα της κλήσης, την μη ύπαρξη σχέσης με τον δέκτη της κλήσης κ.λπ), περιστατικά τα οποία δεν αποκλείουν το ενδεχόμενο πραγματοποίησης των κλήσεων από τον καταναλωτή ή τρίτο. Η άμεση απόδειξη της μη πραγματοποίησης της κλήσης που αναγράφεται στο λογαριασμό δεν είναι εφικτή, καθώς σύμφωνα με την ενημέρωση της Αρχής μας, δεν υφίσταται δυνατότητα ύπαρξης πρόσθετων αποδεικτικών εγγράφων, πέραν του λογαριασμού, ή χρήσης ειδικών μηχανημάτων, τόσο από τους παρόχους όσο και από τον καταναλωτή, τα οποία να σχετίζονται με την απόδειξη της πραγματοποίησης των κλήσεων.

Στην περίπτωση του ισχυρισμού περί αυθαίρετων κλήσεων από τρίτους, οι αποδεικτικοί ισχυρισμοί διαφέρουν ανάλογα με την ταυτότητα του τρίτου και τις συνθήκες της αυθαίρετης παρέμβασης στον τερματικό εξοπλισμό ή και το δίκτυο, κυρίως όμως κατευθύνονται στην απόδειξη των προαναφερθέντων πραγματικών περιστατικών, με τα προβλήματα που αυτά συνεπάγονται. Η αδυναμία άμεσης απόδειξης ισχύει και για τις δύο ιδιαίτερα σημαντικές περιπτώσεις της αυθαίρετης ενεργοποίησης λογισμικών και της υποκλοπής των κλήσεων, αφού όπως προκύπτει από την ενημέρωση της Αρχής μας από την Ε.Ε.Τ.Τ. και τους παρόχους, η διαπίστωση αυτών σε μεταγενέστερο χρονικό διάστημα, δεν είναι τεχνικά εφικτή. Είναι δε χαρακτηριστικό ότι οι σχετικές με τις υποθέσεις αυθαίρετης ενεργοποίησης κυρωτικές αποφάσεις της Ε.Ε.Τ.Τ. βασίζονται σε στοιχεία σχετικά με την ταυτόχρονη αύξηση των κλήσεων προς συγκεκριμένους αριθμούς και όχι σε τεχνικά ευρήματα.

Νόμιμοι λόγοι ευθύνης και αιτιώδης συνάφεια

Οι αξιώσεις αποζημίωσης που προβάλλουν οι καταναλωτές έναντι των παρόχων τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών για τις ανωτέρω ζημίες καλύπτονται κατά το μέρος που τελούν σε αιτιώδη συνάφεια με κάποιο νόμιμο λόγο ευθύνης των παρόχων, την παραβίαση δηλαδή κάποιας νόμιμης, συμβατικής ή συναλλακτικής υποχρέωσης από την εταιρεία κατά την εκτέλεση των υπηρεσιών της. Η ύπαρξη υποχρέωσης προς αποζημίωση περιορίζεται στην κάλυψη της ζημίας, η οποία τελεί σε αιτιώδη συνάφεια με το ζημιόγONO γεγονός, την αθέτηση δηλαδή της υποχρέωσης η οποία ήταν ικανή και πρόσφορη κατά τη συνηθισμένη πορεία των πραγμάτων και την κοινή ανθρώπινη πείρα να επιφέρει τη ζημία που προξενήθηκε. (βλ. πρόσφορη αιτιότητα, Β. Βαθρακοκοίλη, 2004, ΕΡΝΟΜΑΚ, 288 σελ.).

Είναι λοιπόν, ιδιαίτερα σημαντικό, να διερευνηθεί η ταυτότητα, το περιεχόμενο η ενδεχόμενη παραβίαση των υποχρεώσεων των παρόχων, αλλά και η αιτιώδης συνάφεια αυτών με τις υπό κρίση ζημίες. Όπως προκύπτει από τη διερεύνηση της Αρχής μας, βάσιμους νόμιμους λόγους ευθύνης, σχετικούς με τις ανωτέρω αξιώσεις, δύναται να αποτελούν:

α) οι προφανείς περιπτώσεις αδικοπραξιών :

- i) η αυθαίρετη χρέωση κλήσεων από τους παρόχους
- ii) η πραγματοποίηση κλήσεων από υπαλλήλους των παρόχων, οι οποίοι έχουν πρόσβαση στο δίκτυο
- ii) η χρήση λογισμικών αυθαίρετης κλήσης από τους παρόχους υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών.

β) η μη τήρηση των υποχρεώσεων ασφάλειας και πρόνοιας των παρόχων, τα οποία διακρίνονται:

- i) σε τεχνικά μέτρα τόσο σχετικά με τους όρους πρόσβασης και διασύνδεσης στο δίκτυο άλλων παρόχων υπηρεσιών, με την προστασία του δικτύου από αυθαίρετη επέμβαση τρίτων καθώς και με την διενέργεια τεχνικών ελέγχων για την ύπαρξη αυθαίρετων παρεμβάσεων στο δίκτυο.

- ii) στη μη κατάλληλη ενημέρωση των καταναλωτών, αφενός σχετικά με τους κινδύνους που εγκυμονεί η παροχή των υπηρεσιών τηλεπικοινωνιών.
- iii) στην ειδικότερη περίπτωση της μη ενημέρωσης του καταναλωτή με ενδιάμεσο λογαριασμό για την ασυνήθιστη αύξηση του λογαριασμού του.

Σχετικά με την περίπτωση α) παρατηρούμε τα εξής:

Το παράνομο των ανωτέρω περιπτώσεων προφανώς δεν χρήζει ειδικής θεμελίωσης, όπως όμως έχουμε ήδη αναφέρει ανωτέρω, η απόδειξη της ζημίας είναι συνήθως τεχνικά ανέφικτη και αντίστροφα, η τήρηση των συμβατικών και συναλλακτικών υποχρεώσεων από τους παρόχους, ευχερής.

Σχετικά με τις περιπτώσεις β i) και ii) παρατηρούμε τα εξής:

i) Η υποχρέωση των παρόχων δικτύου και τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών για τη λήψη όλων των μέτρων σχετικά με την ασφάλεια, την ακεραιότητα και την προστασία του δικτύου και των υπηρεσιών τους, προκύπτει εύλογα και απορρέει τόσο από τις γενικές αρχές του δικαίου όσο και τις γενικές και ειδικές διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας, όπου γίνεται συχνά αναφορά στις έννοιες της ασφάλειας του δικτύου και της προστασίας του καταναλωτή (συμφωνίες διασύνδεσης σχετικά με την πρόσβαση παρόχων τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών στο δημόσιο δίκτυο βλ. RIO και RUO, ν. 3431/2006 περί Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών, Κανονισμός Γενικών Αδειών, Εθνικό Σχέδιο Αριθμοδότησης, Κανονισμός διαχείρισης και εκχώρησης αριθμών από το ΕΣΑ, Κανονισμός για τη Διασφάλιση του απορρήτου κατά την παροχή κινητών και σταθερών τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών).

Η εξειδίκευση όμως των εννοιών αυτών με συγκεκριμένα τεχνικά μέτρα δεν πραγματοποιείται στις ανωτέρω διατάξεις, με αποτέλεσμα, λόγω και της ιδιαίτερης τεχνικής φύσεως του υπό κρίση αντικειμένου, να μην καθίσταται δυνατός ο έλεγχος από την Αρχή μας τόσο του περιεχομένου όσο και της τήρησης των μέτρων που επιβάλλονται (ή θα έπρεπε να επιβάλλονται) από τους κανόνες της τεχνικής του οικείου κλάδου. Η Ε.Ε.Τ.Τ, προς την οποία κοινοποιείται κάθε σχετική αναφορά και η οποία είναι αρμόδια για τον έλεγχο της τήρησης του ανωτέρω ρυθμιστικού πλαισίου, δεν έχει ως τώρα διαπιστώσει σε σχετικές τις αποφάσεις την παραβίαση του ισχύοντος κανονιστικού πλαισίου, με εξαίρεση την υπόθεση στην οποία αναφέρεται η από 26 Ιουλίου 2007 απόφαση της Ολομέλειας. (βλ. <http://www.eett.gr/opencms/opencms/EETT/Consumer/Electronics/Information/>).

Σύμφωνα με ενημέρωση της Αρχής μας από την εταιρεία ΟΤΕ Α.Ε., για την ασφάλεια του τηλεπικοινωνιακού δικτύου ΟΤΕ λαμβάνεται ένας συνδυασμός μέτρων (ο οποίος ελέγχεται από ΑΔΑΕ και SOX) :

- Θέσπιση κατάλληλων πολιτικών και διαδικασιών ασφαλείας
- Μέτρα ελέγχου και προστασίας φυσικής πρόσβασης με:
 - Λειτουργία συστημάτων Access Control σε χώρους της εταιρείας
 - Φύλαξη των σημαντικότερων χώρων από προσωπικό
 - Κλείδωμα υπαίθριων κατασκευών και διάθεση κλειδιών μόνο σε εξουσιοδοτημένο προσωπικό
- Μέτρα ελέγχου και προστασίας λογικής πρόσβασης:
 - Λειτουργία συστημάτων πιστοποίησης και εξουσιοδότησης χρηστών
 - Λειτουργία συστημάτων ελέγχου/επιβολής ασφάλειας
- Καταγραφή ενεργειών χρηστών.

ii) Σύμφωνα με τις γενικές και ειδικές διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας, οι πάροχοι τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών έχουν υποχρέωση πλήρους και σαφούς ενημέρωσης

των καταναλωτών σχετικά με τις ιδιότητες και τη φύση των παρεχομένων υπηρεσιών, το κόστος αυτών καθώς και τους ενδεχόμενους κινδύνους που απορρέουν κατά την παροχή τους (άρθρα 4, 5, 8 και 9 του ν. 2251/1994, Κώδικες Δεοντολογίας για την παροχή υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών και την παροχή υπηρεσιών πολυμορφικής ενημέρωσης κ.α.).

Όπως προκύπτει από τη διερεύνηση της Αρχής μας, οι περιπτώσεις ελλιπούς ενημέρωσης του μέσου εκπροσώπου του οικείου κύκλου των καταναλωτών, οι οποίες δύναται να θεμελιώσουν βάσιμα αξιώση αποζημίωσης αφορούν στη δυνατότητα πρόσβασης και πραγματοποίησης κλήσεων από τρίτους σε ευάλωτα σημεία του δικτύου, καθώς και στα αντίστοιχα μέτρα προστασίας που μπορεί να λάβει ο ίδιος ο καταναλωτής, κυρίως κοντά στο σημείο απόληξης του δικτύου ως και την τερματική διάταξη.

Αντίθετα, σχετικά με την περίπτωση πραγματοποίησης αυθαίρετων κλήσεων μέσω λογισμικού, τόσο η εταιρεία ΟΤΕ Α.Ε. όσο και η Ε.Ε.Τ.Τ. έχουν προβεί σε κατάλληλη και εκτενή ενημέρωση των καταναλωτών τόσο για τα χαρακτηριστικά του φαινομένου όσο και για τις δυνατές μορφές προστασίας.

Σχετικά με την περίπτωση δ) παρατηρούμε τα εξής:

Σύμφωνα με το άρθρο 8 του ν. 2251/1994, ο προμηθευτής υποχρεούται στην τήρηση των συναλλακτικών υποχρεώσεων ασφάλειας και πρόνοιας όπως αυτές ορίζονται ή συνάγονται από το σύνολο της έννομης τάξης και ειδικότερα τις συνταγματικές (π.χ. αρ. 5 του Συντάγματος 1975), ποινικές και αστικού δικαίου διατάξεις, από τις ειδικές διατάξεις που ισχύουν στον οικείο κλάδο επαγγελματικής δραστηριότητας και από τις γενικές ρήτρες και αρχές του δικαίου (π.χ. 281, 288 ΑΚ), όπως αυτές συμπροσδιορίζονται από τις γενικές αρχές του δικαίου και τους δεοντολογικούς κανόνες που ισχύουν στον οικείο κύκλο συναλλακτικής δραστηριότητας.

Ιδιαίτερα, η αρχή της καλής πίστης δύναται να επιβάλλει, μετά την κατά περίπτωση συγκεκριμενοποίηση της με βάση τις αρχές και τα αξιολογικά κριτήρια που προβλέπονται στο Σύνταγμα και τους νόμους αλλά και τις κρατούσες στην κοινωνία αντιλήψεις, συγκεκριμένες υποχρεώσεις στα μέρη, πέραν ή και κατά παρέκκλιση όσων προβλέπονται στη σύμβαση ή το νόμο (βλ. Μ. Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 1998, 86 σελ.)

Η υποχρέωση ενημέρωσης του συνδρομητή από τον πάροχο, μέσω της έκδοσης ενδιάμεσου λογαριασμού, ότι το ύψος των τελών χρήσης από κλήσεις υπερβαίνει κατά πολύ τη συνήθη κίνηση του λογαριασμού του, ώστε αυτός να λάβει τα κατάλληλα μέτρα αναφέρεται:

-στην παρ. 15 του προοιμίου της Οδηγίας 2002/22 ΕΚ σχετικά με την καθολική υπηρεσία και τα δικαιώματα των χρηστών κατά την παροχή υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών, όπου τελικώς δεν θεσπίζεται αλλά προτείνεται η επανεξέταση της στο μέλλον. Η σχετική υποχρέωση, αν και αναφέρεται στο άρθρο 8 της σχετικής εισήγησης της Ε.Ε.Τ.Τ. προς τον Υπουργό Μεταφορών και Επικοινωνιών, δεν περιλαμβάνεται τελικώς στις διατάξεις των σχετικών Υπουργικών Αποφάσεων για τον καθορισμό του περιεχομένου της Καθολικής Υπηρεσίας (βλ. υπ' αριθ. 44035/1626 ΦΕΚ Β 1481/2007)

- στην υπ' αρ. 1126/2004 απόφαση του Εφετείου Θεσσαλονίκης.

- στη σύμβαση του ΟΤΕ ως δυνατότητα και όχι υποχρέωση.

Δεδομένων των ανωτέρω και με την προϋπόθεση ότι δεν απαιτείται ιδιαίτερο κόστος για την παροχή της υπό κρίση υπηρεσίας, η Αρχή μας θεωρεί ότι εύλογα εντάσσεται

στο πλαίσιο των συναλλακτικών υποχρεώσεων πρόνοιας και ασφάλειας των παρόχων, και θα πρέπει να τηρείται.

Σε κάθε περίπτωση, θα πρέπει να παρατηρήσουμε ότι η ζημία που συνδέεται αιτιωδώς με την παραβίαση της ανωτέρω υποχρέωσης περιορίζεται α) στις κλήσεις που αποδεικνύεται ότι δεν έγιναν με τη συναίνεση του καταναλωτή β) σε λογαριασμούς, οι οποίοι παρουσιάζουν σημαντική αύξηση σε σχέση με τη συνήθη χρήση (ενδεχομένως 50%) και γ) μόνο για διάστημα από το χρονικό σημείο όπου θα έπρεπε να παραληφθεί ο ενδιάμεσος λογαριασμός και ως το χρονικό σημείο όπου παραλαμβάνεται ο διμηνιαίος λογαριασμός, καθώς μετά τη σχετική ενημέρωση με τον ενδιάμεσο λογαριασμό, ο καταναλωτής οφείλει να λάβει όλα τα κατάλληλα μέτρα προστασίας (φραγές κλπ).

Τέλος, θα πρέπει να επισημάνουμε ότι στις ανωτέρω περιπτώσεις α) και αii) καθώς και στις περιπτώσεις κατά τις οποίες αποδεικνύεται ότι οι κλήσεις πραγματοποιήθηκαν από τρίτους σε σημείο του δικτύου εκτός του πεδίου ευθύνης του καταναλωτή (πέραν της εισόδου της πολυκατοικίας π.χ. ΚΑΦΑΟ), η αξίωση καταβολής του τιμήματος των κλήσεων από τον πάροχο προς τον καταναλωτή στερείται νόμιμης βάσης και σε περίπτωση καταβολής του αναζητείται και με τις διατάξεις για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό (904 επ. ΑΚ) χωρίς να απαιτείται η ύπαρξη νομίμου λόγου ευθύνης του παρόχου που εκδίδει το λογαριασμό.

Συντρέχον πταίσμα

Σχετικά με την ύπαρξη και την έκταση της υποχρέωσης προς αποζημίωση, εφόσον πληρούνται οι ανωτέρω προϋποθέσεις, θα πρέπει να εξετάζεται σε κάθε περίπτωση το ενδεχόμενο συντρέχοντος πταίσματος του ζημιωθέντος, δηλαδή η συνδρομή του καταναλωτή στη γένεση ή επέκταση της ζημίας λόγω μη τήρησης του μέτρου επιμέλειας, το οποίο οφείλει να επιδεικνύει ο μέσος συνετός καταναλωτής για την αποτροπή ενδεχόμενων ζημιών μέσω της λήψης όλων των απαιτούμενων μέτρων προστασίας σχετικά με την επέμβαση τρίτων στο μέρος του δικτύου το οποίο ανήκει στο πεδίο ευθύνης του ή την τερματική του διάταξη (μη ενεργοποίηση φραγών κλήσης, μη χρησιμοποίηση ειδικών λογισμικών προστασίας, μη επίβλεψη ανηλίκων ή τρίτων στην οικία κ.α.). Η ύπαρξη πταίσματος δύναται να οδηγήσει, μετά από στάθμιση του βαθμού πταίσματος των δύο μερών, στον περιορισμό ή τον αποκλεισμό της προς αποζημίωση υποχρέωσης (300 ΑΚ).

3. Συμπερασματικά, σχετικά με τη διερεύνηση της βασιμότητας των αξιώσεων των καταναλωτών και την θεμελίωση υποχρέωσης αποζημίωσης των παρόχων για τις υπό κρίση περιπτώσεις, με βάση το υφιστάμενο κανονιστικό και συμβατικό πλαίσιο καθώς και τα υπό εξέταση έγγραφα και τα εξ' αυτών εξεταζόμενα πραγματικά περιστατικά, παρατηρούμε τα ακόλουθα:

Η απόδειξη της ζημίας, του γεγονότος δηλαδή ότι ο καταναλωτής έχει χρεωθεί για κλήσεις, οι οποίες δεν πραγματοποιήθηκαν ή πραγματοποιήθηκαν χωρίς τη συναίνεση του είτε εντός είτε εκτός του πεδίου ευθύνης του, η οποία αποτελεί απαραίτητη προϋπόθεση για τον ανάλογο περιορισμό της προσήκουσας οφειλής ή τη γένεση αξιώσεων αποζημίωσης (297επ., 380 επ., 914, ή και 904 ΑΚ) είναι, όπως έχουμε ήδη αναφέρει σχετικά δυσχερής και δεν προκύπτει άμεσα.

Οι περιπτώσεις αυθαίρετης χρέωσης ή πραγματοποίησης κλήσεων από τους ίδιους τους παρόχους ή τρίτους από σημεία του δικτύου εκτός πεδίου ευθύνης των καταναλωτών ή χρήσης λογισμικών αυθαίρετης πραγματοποίησης κλήσεων

σχετίζονται άμεσα με το υφιστάμενο επίπεδο ασφάλειας και προστασίας της διαδικασίας καταγραφής των κλήσεων και της λειτουργίας του δικτύου, ζητήματα τα οποία χρήζουν γενικότερης όσο και κατά περίπτωση διερεύνησης. Σύμφωνα με την ως τώρα ενημέρωση της Αρχής μας, η επέλευση των ανωτέρω περιστατικών, με βάση τα ισχύοντα τεχνολογικά δεδομένα, δεν μπορεί να αποκλειστεί και συνεπώς δύναται να θεμελιώσει βάσιμες αξιώσεις αποζημίωσης ή τη μη καταβολή ή την επιστροφή της αξίας των σχετικών κλήσεων είτε κατά του παρόχου που επιχείρησε τη σχετική αδικοπραξία είτε κατά του παρόχου που εκδίδει το λογαριασμό (για τις τρεις πρώτες περιπτώσεις).

Στις περιπτώσεις της χρήσης λογισμικών αυθαιρέτων κλήσεων ή πραγματοποίησης αυθαίρετων κλήσεων από τρίτους από σημείο του δικτύου εντός του πεδίου ευθύνης των καταναλωτών, πέραν του υπαίτιου παρόχου ή τρίτου, οι καταναλωτές δύναται να αξιώσουν αποζημίωση και από τον πάροχο που εκδίδει το λογαριασμό λόγω μη ενημέρωσης με ενδιάμεσο λογαριασμό για την ασυνήθιστη αύξηση του λογαριασμού. Θα πρέπει όμως να σημειώσουμε ότι στις ανωτέρω περιπτώσεις εφαρμόζονται και οι διατάξεις περί συντρέχοντος πταίσματος του καταναλωτή, με ενδεχόμενη συνέπεια τον περιορισμό της αξίωσης.

Περαιτέρω, οι αξιώσεις των καταναλωτών δύναται να θεμελιωθούν, μετά από κατά περίπτωση διερεύνηση, στην έλλειψη ενημέρωσης του καταναλωτή από τον εκάστοτε πάροχο του δικτύου, σχετικά με τη δυνατότητα και τα μέτρα προστασίας από την επέμβαση τρίτων στο δίκτυο.

Τέλος, οι περιπτώσεις i) μη λήψης των απαιτούμενων τεχνικών μέτρων προστασίας από την επέμβαση τρίτων στο δίκτυο, ii) ελλειψών ελέγχων σχετικά με την καλή λειτουργία του δικτύου, χρήζουν περαιτέρω διερεύνησης σχετικά με το ακριβές περιεχόμενο και την τήρηση των υποχρεώσεων των παρόχων τόσο σύμφωνα με το υφιστάμενο κανονιστικό πλαίσιο όσο και σύμφωνα με τις επιταγές της καλής πίστης (βλ. 281, 288, 914 ΑΚ, άρθρο 8 ν. 2251/1994).

4. Στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων του, ο Συνήγορος του Καταναλωτή, διαβιβάζει τις αναφορές των καταναλωτών στους παρόχους υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών και στις αρμόδιες Αρχές, διεξάγοντας τη σχετική έρευνα. Ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων στοιχείων και ιδιαίτερα της τεχνικής φύσης της διαφοράς που είναι ανεπίδεκτη εκτίμησης στα πλαίσια αρμοδιότητας της Αρχής και του γεγονότος πως ο Συνήγορος του Καταναλωτή ως εξωδικαστικό όργανο φιλικής διευθέτησης των καταναλωτικών διαφορών δεν δύναται να διατάξει τη διενέργεια αποδείξεων για τη στοιχειοθέτηση των ισχυρισμών που προβάλλονται κατά τη διαδικασία της διαμεσολάβησης, η διαδικασία διερεύνησης κάθε αναφοράς περατώνεται μετά το στάδιο της συνάντησης στα γραφεία της Αρχής με σκοπό τη συμβιβαστική επίλυση της διαφοράς

Επιπλέον, σχετικά με τα υπό κρίση ζητήματα, ο Συνήγορος του Καταναλωτή, τόσο με την παρούσα όσο και κατά το στάδιο της διαδικασίας έρευνας κάθε αναφοράς καλεί:

i) τους παρόχους α) να προβαίνουν σε πρόταση για τη συμβιβαστική επίλυση των σχετικών διαφορών μέσω της επιστροφής προς τους καταναλωτές μέρους των χρηματικών ποσών που αντιστοιχούν σε κλήσεις για τις οποίες υπάρχουν βάσιμες ενδείξεις ότι δεν πραγματοποιήθηκαν ή πραγματοποιήθηκαν χωρίς τη συναίνεση του καταναλωτή από σημείο του δικτύου πέραν του πεδίου ευθύνης αυτού, καθώς και σε κλήσεις για τις οποίες υπάρχουν βάσιμες ενδείξεις ότι πραγματοποιήθηκαν χωρίς τη συναίνεση του καταναλωτή, τόσο φυσικά εκτός όσο και εντός του πεδίου ευθύνης του, χωρίς να υπάρξει η σχετική ενημέρωση του καταναλωτή για την ασυνήθιστη αύξηση στην κίνηση του λογαριασμού του και β) να

ενημερώσουν το καταναλωτικό κοινό και την Αρχή μας σχετικά με το επίπεδο ασφάλειας της διαδικασίας καταγραφής των κλήσεων και της προστασίας του δικτύου από αυθαίρετη επέμβαση τρίτων, την τήρηση των νομίμων υποχρεώσεων τους και τη δυνατότητα λήψης πρόσθετων μέτρων προστασίας από παρόχους και καταναλωτές,

ii) την Ε.Ε.Τ.Τ, να ενημερώνει το καταναλωτικό κοινό και την Αρχή σχετικά με το επίπεδο ασφάλειας της διαδικασίας καταγραφής των κλήσεων και της προστασίας του δικτύου από αυθαίρετη επέμβαση τρίτων, την τήρηση των νομίμων υποχρεώσεων των παρόχων και τη δυνατότητα λήψης πρόσθετων μέτρων από παρόχους και καταναλωτές,

iii) τους καταναλωτές να τηρούν το απαιτούμενο μέτρο επιμέλειας μέσω της συστηματικής ενημέρωσης και της λήψης όλων των απαιτούμενων μέτρων προστασίας σχετικά με την επέμβαση τρίτων στο μέρος του δικτύου, το οποίο εντάσσεται στο δικό τους πεδίο ευθύνης και στην τερματική τους διάταξη.

Ο ΣΥΝΗΓΟΡΟΣ ΤΟΥ ΚΑΤΑΝΑΛΩΤΗ

Ευάγγελος Ζερβέας