



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ



Αρμόδιος: Δημήτρης Μάρκου
Αναπληρωτής Συνήγορος του Καταναλωτή
Εισηγήτρια: Φωτεινή Μιστριώτη
Ειδική Επιστήμονας
e-mail: fmistrioti@synigoroskatanaloti.gr

Αθήνα, 29 Μαΐου 2013
Αριθ. Πρωτ. :13530

ΠΡΟΣ:

1. FORTHNET A.E.
Ατθίδων 4
176 71 Καλλιθέα
2. ...

ΣΥΣΤΑΣΗ - ΠΟΡΙΣΜΑ

(άρθρο 4 παρ. 5 του ν. 3297/2004 όπως ισχύει)

Ο Συνήγορος του Καταναλωτή έλαβε την υπ' αριθ. πρωτ. εισερχ. ... αναφορά του κυρίου ... κατά της εταιρείας FORTHNET A.E..

Με το υπ' αριθ. πρωτ. ... έγγραφο διαβιβάσαμε την αναφορά στην καταγγελλόμενη εταιρεία. Επί των αιτιάσεων του καταναλωτή λάβαμε την υπ' αριθ. πρωτ. εισερχ. ... απάντηση της εταιρείας. Κατόπιν ενδελεχούς ελέγχου των στοιχείων της υπόθεσης, με το υπ' αριθ. πρωτ. ... έγγραφο, καλέσαμε τα μέρη να παραστούν στα γραφεία μας, στις 20.12.12, για την επίτευξη συμβιβασμού και την κατάρτιση πρακτικού συμβιβαστικής επίλυσης της υπό κρίση διαφοράς. Κατά την ανωτέρω ημέρα προσήλθε στα γραφεία της Αρχής ο καταγγέλλων *αλλά δεν προσήλθαν οι εκπρόσωποι της εταιρείας*. Στη συνέχεια, με το υπ' αριθ. πρωτ. ... έγγραφο, καλέσαμε *εκ νέου* τα μέρη να παραστούν στα γραφεία μας στις 27.03.13, ημερομηνία κατά την οποία συζητήθηκε τελικώς η υπόθεση, παρουσία αμφοτέρων των μερών.

Η κρινόμενη διαφορά απορρέει από την άρνηση της εταιρείας FORTHNET να τηρήσει την συμβατικώς προβλεφθείσα υποχρέωσή της να καταβάλει στον καταγγέλλοντα χρηματικό ποσό, σύμφωνα με τεθείσα στη σύμβαση ποινική ρήτρα για μη εκπλήρωση ή μη προσήκουσα εκπλήρωση παροχής τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών. Ειδικότερα:

Κατά τα διαλαμβανόμενα στην αναφορά, η εταιρεία δεν παρείχε τηλεφωνικές υπηρεσίες και υπηρεσίες διαδικτύου στον καταναλωτή συνολικά για χρονικό διάστημα δεκαοκτώ (18) ημερών και συγκεκριμένα για τα χρονικά διαστήματα από 05.12.08 έως 14.12.08 και από

11.11.09 έως 20.11.09. Ο καταναλωτής αιτείται αποζημίωσης σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην παρ. 5.9 των όρων της από 07.06.07 αίτησης συνδρομής forthnet 2play.

Στο σχετικό χωρίο αναφέρονται τα ακόλουθα: “Ο Συνδρομητής δικαιούται αποζημίωσης, στην περίπτωση που η Forthnet μετά από σχετική γραπτή αιτιολογημένη αναφορά του Συνδρομητή στο Τμήμα Εξυπηρέτησης Πελατών επιβεβαιώσει, με βάση τα εσωτερικά τεχνικά στοιχεία, τη μη παροχή ή πλημμελή παροχή της υπηρεσίας σε σχέση με τα εκ του νόμου οριζόμενα ποιοτικά χαρακτηριστικά της. Η αποζημίωση περιορίζεται αποκλειστικά στα (3) Ευρώ για κάθε μία ολόκληρη ώρα διακοπής της υπηρεσίας πέραν των (24) συνεχών ωρών και σε ένα (1) Ευρώ για κάθε περιστατικό πλημμελούς παροχής. Η αποζημίωση αυτή πιστώνεται στο Συνδρομητή στο μεθεπόμενο λογαριασμό του ή σε αυτόν που εκδίδεται μετά την καταγγελία ή λήξη της παρούσας.”

Κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 404 ΑΚ “ο οφειλέτης μπορεί να υποσχεθεί στο δανειστή ως ποινή χρηματικό ποσό ή κάτι άλλο (ποινική ρήτρα), για την περίπτωση που δεν θα εκπλήρωνε ή που δεν θα εκπλήρωνε προσηκόντως την παροχή”. Η ποινική ρήτρα είναι σύμβαση υποσχετική πληρωμής χρηματικού ποσού (ή άλλου τινός) για τη μη εκπλήρωση ή την πλημμελή εκπλήρωση συμφωνημένης παροχής και έχει το χαρακτήρα αστικής ποινής. Εν προκειμένω, η τεθείσα ποινική ρήτρα είναι γνήσια ενισχυτική: Πρόκειται για ρήτρα εξασφαλιστική της κύριας ενοχής και η αξίωση για την καταβολή της ποινής συνιστά αξίωση υπό αναβλητική αίρεση, δηλαδή η ενοχή που προκύπτει από αυτήν εξαρτάται από την αίρεση της μη εκπλήρωσης ή μη προσήκουσας εκπλήρωσης της κύριας ενοχής.¹

Σύμφωνα με το άρθρο 405 παρ. 1 ΑΚ “η ποινή καταπίπτει αν ο οφειλέτης αδυνατεί υπαίτια να εκπληρώσει την παροχή ή αν περιέλθει σε υπερημερία”. Δεδομένου του ενδοτικού χαρακτήρα της διάταξης, είναι επιτρεπτή η συμφωνία κατάπτωσης της ποινής και **ανεξάρτητα από υπαιτιότητα του οφειλέτη**, οπότε η ποινική ρήτρα έχει εγγυητικό χαρακτήρα: Στην υπό κρίση σύμβαση, με την επίμαχη ρήτρα η FORTHNET εγγυάται στους καταναλωτές -ή τουλάχιστον, με αυτή τη διατύπωση, πείθει τους καταναλωτές ότι εγγυάται την καταβολή της ποινής σε κάθε περίπτωση επιβεβαιωμένης μη παροχής ή μη προσήκουσας παροχής. Επισημαίνουμε ότι “η κατάπτωση της ποινής επέρχεται και αν ακόμη ο δανειστής δεν έχει υποστεί καμιά ζημία” (άρθρο 405 παρ. 2). Συνεπώς, ο δανειστής δεν υποχρεούται να ισχυρισθεί και να αποδείξει ζημία, χωρίς η αξίωσή του για καταβολή της ποινής να προσκρούει στην απαγόρευση της ΑΚ 281.²

Περαιτέρω, στα άρθρα 406 παρ. 2 και 407 εδ. β', αναγνωρίζεται στο δανειστή δικαίωμα να απαιτήσει πέραν της καταβολής της ποινής και την επιπλέον αποδεικνύομενη ζημία του από τη μη εκπλήρωση ή από τη μη προσήκουσα εκπλήρωση. Η αξίωση αποζημίωσης μπορεί να ασκηθεί συγχρόνως με την αξίωση της ποινής ή και μεταγενέστερα μετά την απαίτηση ή και είσπραξη της ποινής³ (δεν έχουν προσκομισθεί στην Αρχή στοιχεία αποδεικτικά συγκεκριμένης ζημίας).

Όσον αφορά στην υπό εξέταση υπόθεση, ο καταγγέλλων έχει υποβάλει αίτημα συμψηφισμού οφειλής του προς την εταιρεία, για παροχή υπηρεσιών, με το ποσό που

¹ Β. Βαθρακοκοίλης / ΕΡΝΟΜΑΚ / Τόμος Β' / Γενικό Ενοχικό / 2003 / άρθρο 404 / σελ. 429 επ.

² Β. Βαθρακοκοίλης / ό.π. / άρθρο 405 / σελ. 435 επ.

³ ό.π. / άρθρα 406-407 / σελ. 439 επ.

υπολογίζεται ότι οφείλει να του καταβάλει η εταιρεία ως ποινή μη εκπλήρωσης της παροχής για διάστημα δεκαοκτώ ημερών (9 + 9). Συγκεκριμένα, υπολογίζεται ότι η εταιρεία οφείλει στον καταναλωτή ως ποινή ποσό ύψους 1152 € (αφαιρουμένων των δύο πρώτων 24ώρων/384 ώρες x 3 €), ενώ, στις 27.03.13 (ημερομηνία συζήτησης της υπόθεσης στα γραφεία της Αρχής) η οφειλή του καταναλωτή ανερχόταν σε ποσό ύψους 765,82 € (συμπεριλαμβανομένων δύο παγίων χρεωθέντων σε χρονικό διάστημα φραγής εξερχομένων κλήσεων λόγω οφειλής).

Κατά την ενώπιόν μας συζήτηση, η εκπρόσωπος της καταγγελλόμενης εταιρείας αμφισβήτησε προφορικά τον αριθμό των ημερών (συνολικά 18) που ισχυρίζεται ο καταναλωτής ότι δεν είχε υπηρεσίες, προσθέτοντας ότι δεν είναι εφικτό πλέον αυτό να διερευνηθεί τεχνικά. Ωστόσο, κατόπιν ενδελεχούς ελέγχου των στοιχείων του φακέλου, οι σχετικοί *οψιγενείς* ισχυρισμοί κρίνονται ως *αντιφατικοί* και *αλυσιτελείς* διότι: 1. Σύμφωνα με την αναφορά, ο καταγγέλλων είχε ενημερώσει την εταιρεία για “διαρκείς και αδικαιολόγητες διακοπές της σύνδεσής του” και είχε υποβάλει σχετικά αιτήματα ήδη από τον Μάρτιο του 2010. Επί των αιτημάτων του -γραπτών και προφορικών- η εταιρεία ουδέποτε απάντησε. Συνεπώς, συνάγεται από τον φάκελο ότι η καταγγελλόμενη είχε λάβει γνώση του προβλήματος σε χρόνο κατά τον οποίο εικάζεται ότι (εάν είχε αποκριθεί στον καταναλωτή και είχε προβεί εγκαίρως στις **οφειλόμενες** ενέργειες για τη διευθέτηση του ζητήματος) ήταν τεχνικά εφικτό να διαπιστώσει με ακρίβεια τη διάρκεια μη παροχής υπηρεσιών (και πιθανώς και άλλες τεχνικές λεπτομέρειες). 2. Στο υπ' αριθ. πρωτ. εισερχ. ... έγγραφο της εταιρείας (απάντηση στην Αρχή επί των αιτιάσεων του καταναλωτή) αναφέρονται τα ακόλουθα: “...Η εταιρεία προχώρησε, στα πλαίσια καλής συνεργασίας, σε πίστωση της πάγιας συνδρομής **για το σύνολο των 18 ημερών που ο συνδρομητής δεν είχε τη δυνατότητα χρήσης της υπηρεσίας** ... Σχετικά με την αποζημίωση την οποία αιτείται ο κ. ..., η εταιρεία είναι διατεθειμένη να εξετάσει την κάλυψη κάθε εύλογης δαπάνης στην οποία προέβη **εξαιτίας της αδυναμίας χρήσης των συμφωνημένων υπηρεσιών** (ενδεικτικά αναφερόμενων των δαπανών χρήσης του κινητού τηλεφώνου του **το επίμαχο χρονικό διάστημα**)...” Από τα διαλαμβανόμενα στο έγγραφο είναι προφανές ότι **η εταιρεία έχει επιβεβαιώσει σαφώς ενώπιόν μας τη χρονική διάρκεια μη παροχής υπηρεσιών**.

Πέραν των ως άνω, προφορικός ισχυρισμός ότι η υπό κρίση ποινική ρήτρα συνιστά επαχθή για την εταιρεία όρο της σύμβασης *προφανώς δεν μπορεί να γίνει δεκτός*: Και τούτο γιατί πρόκειται για *σύμβαση προσχώρησης*, της οποίας το περιεχόμενο έχει καθοριστεί από την ίδια την εταιρεία, δηλαδή από τον *ισχυρότερο συμβαλλόμενο* (κατ' απόκλιση από την αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων/361 ΑΚ) και *ο μόνος κίνδυνος που μπορεί να ελοχεύει σε μια τέτοια σύμβαση είναι ο περιορισμός (ή και αποκλεισμός) της δυνατότητας διαπραγματεύσεως του ασθενέστερου αντισυμβαλλόμενου (πελάτη)*, με αποτέλεσμα την υπέρμετρη επιβάρυνση της θέσης αυτού και πάντως όχι της εταιρείας που αναμφισβήτητα υπερέχει διαπραγματευτικά. Αντιθέτως, μάλιστα, η εγγυητική ρήτρα εδώ γεννά ζήτημα *ενδεχόμενης παραπλάνησης* του καταναλωτικού κοινού, το οποίο ευλόγως προσδοκά *εγγυημένα ορθή παροχή υπηρεσιών*.

ΚΑΤΟΠΙΝ ΤΩΝ ΑΝΩΤΕΡΩ

Ο ΣΥΝΗΓΟΡΟΣ ΤΟΥ ΚΑΤΑΝΑΛΩΤΗ

Λαμβάνοντας υπόψη την κείμενη νομοθεσία και εκτιμώντας τα στοιχεία του φακέλου:

ΔΙΑΤΥΠΩΝΕΙ ΤΗΝ ΠΑΡΟΥΣΑ ΣΥΣΤΑΣΗ

Συστήνει εν προκειμένω τον συμψηφισμό του *συνολικού* ποσού που φέρεται *σήμερα* ότι οφείλει στην εταιρεία ο καταναλωτής (έως 1152 €) με το ποσό που υπολογίζεται ότι οφείλει να του καταβάλει η εταιρεία ως ποινή μη εκπλήρωσης της παροχής για χρονικό διάστημα δεκαοκτώ ημερών (1152 €) και, *με σκοπό τη συμβιβαστική επίλυση της διαφοράς*, ο ΣτΚ προτείνει περαιτέρω την απαλοιφή του υπολοίπου που αναμένεται ότι θα προκύψει υπέρ του καταναλωτή, ώστε ουδεμία οικονομική εκκρεμότητα μεταξύ των μερών να υφίσταται πλέον από την ως άνω σύμβαση.

Καλεί τα μέρη να του γνωστοποιήσουν εγγράφως εάν αποδέχονται τη σύσταση, εντός δεκαπέντε (15) ημερών από τη λήψη αυτής. Σε περίπτωση παρέλευσης άπρακτης της ως άνω προθεσμίας ή/και στην περίπτωση που τα διαλαμβανόμενα στο παρόν έγγραφο δεν γίνουν αποδεκτά, ο Συνήγορος του Καταναλωτή “δύναται να δημοσιοποιήσει το γεγονός κοινοποιώντας καταλλήλως το πόρισμά του” (άρθρο 4 παρ. 5 εδ. δ' του ν. 3297/2004).

Ο ΣΥΝΗΓΟΡΟΣ ΤΟΥ ΚΑΤΑΝΑΛΩΤΗ

Ευάγγελος Π. Ζερβέας