

RELATÓRIO DA AUDIÊNCIA PRÉVIA E DA CONSULTA PÚBLICA

Sentido provável de decisão para a aplicação de medida corretiva relativa à prática de ativação automática de *plafonds* adicionais de comunicações sem solicitação ou consentimento prévios do utilizador final

VERSÃO ÚNICA

JULHO 2024

ANACOM

AUTORIDADE
NACIONAL
DE COMUNICAÇÃO

Índice

1.	Enquadramento.....	2
2.	Apreciação na generalidade	3
3.	Apreciação na especialidade	18
3.1.	Continuidade do serviço e conceito de serviço adicional <i>versus</i> consumo adicional de serviço contratado.....	18
3.2.	Direito de iniciativa económica privada e liberdade de oferta	24
3.3.	Do enquadramento legal da imposição de « <i>medidas corretivas</i> » por determinação da ANACOM	26
3.4.	Do (in)cumprimento da legislação aplicável e da competência da ANACOM para a supervisionar	32
3.5.	Da relevância do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça	56
3.6.	Propostas de medidas alternativas	58
4.	Conclusão	60

1. Enquadramento

O Conselho de Administração da Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM) aprovou, em 29.02.2024, o sentido provável de decisão (SPD) sobre a aplicação de medida corretiva relativa à prática de ativação automática de plafonds adicionais de comunicações sem solicitação ou consentimento prévios do utilizador final¹, bem como a sua submissão a audiência prévia das empresas prestadoras de serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público, que não serviços de transmissão utilizados para a prestação de serviços máquina a máquina, em cumprimento do disposto no n.º 1 do artigo 181.º da Lei das Comunicações Eletrónicas, aprovada pela Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto (LCE), e a consulta pública, nos termos da alínea d) do artigo 124.º do Código do Procedimento Administrativo. Em ambos os casos, foi fixado o prazo de 20 dias úteis contados após a publicação do projeto de decisão, em 04.03.2024, para os interessados se pronunciarem, por escrito e em língua portuguesa.

Na sequência de pedido de prorrogação do prazo para pronúncia em sede de audiência prévia apresentado pela NOS Comunicações, S.A. em 22.03.2024, esta Autoridade, por deliberação de 26.03.2024, decidiu prorrogar o prazo da audiência prévia concedido a todas as empresas notificadas, bem como o prazo da consulta pública, por um período adicional de 10 dias úteis, passando este a terminar, para todos os interessados, em 16.04.2024.

Foram recebidos, dentro do prazo, pronúncias das seguintes entidades:

- a) 10993 S.R.L.;
- b) Associação de Consumidores de Portugal (ACOP);
- c) Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor (DECO);
- d) Compatel Limited (Compatel);
- e) LIGUE - Telecomunicações, Lda. (Ligue);

¹ Disponível em <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1774189>.

- f) MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A. (MEO);
- g) MYSP - Consultoria e Serviços, Unipessoal, Lda. (MYSP);
- h) NOS Comunicações, S.A. (NOS);
- i) Numintec Comunicaciones, Lda. (NUMINTEC);
- j) SkyDSL Europe B.V. (SkyDSL);
- k) Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais, S.A. (Vodafone);
- l) WORLDVU, Unipessoal, Lda. (WORLDVU);
- m) Uma pessoa singular (Particular).

O presente relatório contém uma apreciação global das respostas recebidas, refletindo o entendimento da ANACOM sobre as mesmas e fundamentando as opções tomadas. A análise do presente documento não dispensa a consulta das versões integrais das pronúncias, que, salvaguardados os elementos fundamentadamente identificados como confidenciais, são disponibilizadas no sítio institucional desta Autoridade na Internet, em conjunto com o presente relatório.

O presente relatório constitui parte integrante da decisão para determinação da cessação ou adaptação da prática de ativação automática de *plafonds* adicionais de comunicações sem solicitação ou consentimento prévios do utilizador final.

2. Apreciação na generalidade

ACOP

A ACOP defende que não seja permitido qualquer custo (neste caso ativação automática de *plafonds*) sem consentimento prévio, nem solicitação por parte do consumidor.

DECO

A DECO congratula-se com o teor do SPD em causa, o qual vem ao encontro do que há muito tem sido defendido por esta associação nesta matéria em particular.

A DECO assinala a relevância das seguintes medidas: i) imposição da imediata cessação da prática de ativação automática de *plafonds* adicionais de dados móveis sem que o utilizador final tenha solicitado ou consentido imediatamente antes ou após o esgotamento do *plafond* incluído no tarifário; ii) possibilidade de aceitação ou recusa explícitas das cobranças automáticas no momento da celebração do contrato, desde que com a possibilidade de definir claramente os limites de dados e quantidade de *plafonds* a serem cobrados automaticamente; iii) barramento da opção de ativação automática de *plafonds* adicionais.

Na sua pronúncia, refere ainda a DECO que deixa de ser possível a assunção da aceitação da ativação automática de *plafonds* adicionais, com base na simples inclusão destas condições no texto do contrato, sem que a esta opção corresponda uma seleção autónoma do consumidor (e não somente a aceitação genérica dos termos do contrato).

MEO

A MEO refere não concordar com a análise efetuada pela ANACOM sobre esta matéria, referindo que o SPD não contém qualquer análise de outras possibilidades de intervenção, porventura porque o Regulador está convicto de que a prática de ativação automática de *plafonds* adicionais de dados móveis incumpe o disposto na legislação, conclusão que a MEO disputa.

Por outro lado, a MEO assinala o impacto da adaptação e desenvolvimento dos seus sistemas de informação e o esforço de revisão e comunicação das condições das ofertas, incluindo uma nova alteração dos respetivos suportes contratuais.

A MEO destaca ainda que «*a própria base de reclamações sobre as quais assenta o SPD indicia estarmos perante um problema que não é sentido pela vasta maioria dos clientes*» e que «*a alteração preconizada pela ANACOM para benefício de um número relativamente reduzido de consumidores, deveria ter sido ponderada também quanto ao impacto que terá sobre os clientes que estão satisfeitos com as atuais medidas de transparência e mecanismos automáticos de ativação de plafonds adicionais, há muito estabelecidos*». No entender da

MEO, verifica-se agora um «*ónus de consentimento expresso*» imposto a «*um conjunto muito mais alargado de clientes*» (que refere tratar-se, no seu entendimento, de um novo consentimento), face a um «*ónus de recusa expressa*» que é necessário contrapesar. Segundo a MEO, importa ainda salientar i) o cansaço e insatisfação dos clientes com as frequentes alterações das condições de oferta e ii) a deterioração da experiência de utilização do cliente por reação ao barramento de consumo de dados *extra-plafond* após esse barramento ocorrer, tendo a maioria dos utilizadores uma expectativa de comportamento de ativação.

No entender da MEO, o reforço de medidas de transparência, de controlo de saldos e de inibição por parte dos clientes do consumo de dados *extra-plafond* afigura-se como uma opção regulatória mais adequada, considerando-a não só minimizadora de custos impostos a todos os intervenientes, como uma opção que permite a continuidade da oferta com a qual os clientes estão familiarizados.

No entender da MEO, o SPD não segue as boas práticas regulatórias, nomeadamente, pela ausência de avaliação de impacto regulatório e revela uma «*inadequada ponderação dos vários interesses em presença*», não resultando do texto do SPD que «*a ANACOM tenha procedido à devida ponderação da proporcionalidade e adequação das novas alterações que pretende impor às condições comerciais do serviço de dados móveis*», não só no sentido clássico (custo-benefício) mas também quanto ao «*bem-estar geral*» dos clientes, tendo em conta os perfis de consumo e as preferências dominantes.

A MEO reconhece que existe «*espaço para melhoria da informação e dos meios colocados à disposição dos clientes para controlarem os seus consumos, pelo que elenca (...) as medidas que se propõe adotar com esse propósito*». Por fim, a MEO refere que espera, assim, que a sua pronúncia contribua para a reflexão da ANACOM sobre esta matéria e para a alteração do seu SPD.

NOS

A NOS considera que as medidas propostas pela ANACOM são excessivas e desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos, consubstanciando uma opção extrema com um impacto significativo no sector, e que devem ser equacionadas formas alternativas, e menos restritivas, para alcançar o mesmo desiderato, referindo, no entanto, que compreende a preocupação desta Autoridade em garantir que os utilizadores finais estejam

adequadamente informados sobre a ativação automática de dados móveis e em assegurar que exercem uma opção consciente e esclarecida sobre a ativação desta funcionalidade. A NOS afirma ainda que aceita que a ANACOM pretenda tornar fácil para os utilizadores finais a gestão e desativação dessa funcionalidade e, eventualmente, até impor limites ao número de vezes em que essa ativação ocorre.

A NOS refere também reconhecer essas preocupações da ANACOM, manifestando disponibilidade para colaborar na identificação de soluções que levem em conta todos esses aspectos, considerando que as mesmas não devem implicar a proibição destas práticas, mas sim o reforço das garantias oferecidas aos utilizadores. Afirma que é sua convicção que os utilizadores finais são bem informados sobre o funcionamento da ativação automática de dados móveis após o esgotamento do *plafond* inicial, tendo «*total capacidade de controlar os seus consumos*», não obstante de poderem ser robustecidos os seus procedimentos. Considera, assim, que os objetivos da ANACOM podem ser prosseguidos «*através de medidas menos drásticas*», com o intuito de reforçar a informação, a transparência e a capacidade de os clientes controlarem os seus consumos.

A este respeito a NOS menciona que deveriam ser estabelecidas medidas de aplicação uniforme e generalizada, visando: i) aumentar a visibilidade da informação sobre carregamentos automáticos no momento da contratação e imediatamente antes da ativação de *plafonds* adicionais de dados; ii) facilitar e tornar mais intuitivo para os utilizadores finais o controlo e a gestão do consumo de dados móveis, bem como a desativação imediata da funcionalidade; e iii) uniformizar entre os prestadores de serviços o modo de funcionamento desses *plafonds*.

A NOS assinala também a «*notória falta de fundamentação*» do SPD relacionada com i) a ausência de avaliação do impacto regulatório das medidas projetadas, referindo-se, concretamente, à exigência que resulta do n.º 4 do artigo 5.º da LCE; e ii) a amostra pouco representativa das reclamações dos utilizadores finais. A NOS acrescenta que as questões mencionadas nas reclamações, e referidas no SPD, não refletem a experiência dos clientes da NOS.

Relativamente à informação constante do SPD, a NOS refere que a ANACOM deve ser mais rigorosa e i) identificar o número exato de reclamações por prestador de serviços, bem como ii) os concretos processos de contratação e faturação de comunicações dos prestadores que

estão em causa, considerando fundamental que as decisões regulatórias sejam baseadas em dados precisos de modo a evitar consequências adversas para as empresas, para os utilizadores finais e para o sector.

VODAFONE

A Vodafone refere não concordar com a conclusão da ilicitude e desproporcionalidade da prática que a ANACOM extrai da análise apresentada no SPD.

Neste contexto, a Vodafone assinala que «*o presente SPD surge em resultado de uma análise efetuada pela ANACOM a “um conjunto de reclamações recebidas entre 1 de janeiro de 2021 e 30 de junho de 2023 visando vários prestadores de serviços de comunicações eletrónicas relativas à ativação, alegadamente sem prévia solicitação ou consentimento do utilizador final, de plafonds adicionais de dados móveis após o esgotamento do plafond inicial incluído no preço periódico do tarifário contratado”*», recuperando as alegações identificadas pelos reclamantes que são referidas pela ANACOM no respetivo SPD. A Vodafone considera que podem fazer parte do total de 4000 reclamações «*um conjunto de reclamações “instigadas” pelos Autores populares do Proc. 22640/18.1T8LSB.L1.S1*».

A Vodafone na sua pronúncia elenca vários aspectos associados: i) ao consentimento dos utilizadores finais ser dado no momento da celebração do contrato, a que se associa o facto de o automatismo na ativação de *plafonds* adicionais de comunicações ser uma das características do tarifário, cuja descrição é divulgada na página da Internet das empresas prestadoras de serviços de comunicações eletrónicas, destacando ainda a empresa a possibilidade de barramento prévio ou definição de limites e os diversos canais através dos quais podem ser solicitados; ii) ao facto de a medida preconizada no SPD se sustentar no facto de a ANACOM ter registado «*diversas*» reclamações; iii) à referência da ANACOM segundo a qual a conclusão da sua análise é independente de se encontrarem, ou não, cumpridas as exigências legais de transparência contratual e iv) ao facto de a ANACOM não ter competências para a supervisão do cumprimento das disposições do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro (Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais) ou da Lei n.º 24/96, de 31 de julho (Lei de Defesa do Consumidor), ambos na redação em vigor, referidas no SPD.

Outros contributos

Os restantes contributos referem-se aos seguintes aspetos:

- A **10993 S.R.L.** destaca o seu compromisso com a transparência e a clareza nas comunicações com os clientes, sendo «*princípio fundamental da política da empresa garantir que quaisquer serviços adicionais ou produtos pagos só sejam fornecidos com o consentimento explícito do cliente*», acrescentando que «*em todas as suas iniciativas e ofertas comerciais são adotados procedimentos rigorosos para garantir que o consentimento do cliente é obtido de forma transparente e inequívoca, incluindo a comunicação clara das condições de serviço, dos custos adicionais e das opções disponíveis aos clientes, permitindo-lhes fazer escolhas informadas*» e reconhecendo a importância do trabalho desenvolvido pela ANACOM no sentido de garantir a equidade e transparência no sector das telecomunicações;
- A **Compatel**, a **LIGUE** e a **WORLDVU** referem não estar, neste momento, a fornecer os serviços que possam enquadrar-se no SPD em causa (a Compatel refere prestar apenas SMS e a LIGUE e a WORLDVU referem não prestar serviços no mercado retalhista);
- A **MYSP** assinala que «*[q]ualquer plafond adicional não será ativado de forma automática, mas sim com o pedido e consentimento prévio do requerente*»;
- A **NUMINTEC** refere que os clientes são sempre informados «*sobre as condições do que assinam*» e que a empresa os avisa quando são esgotados os pacotes de dados, de modo a que, caso os clientes pretendam, seja «*processado um novo documento para que assinem um upgrade*», «*[t]udo com o seu pleno conhecimento e consentimento, antes de prosseguir*», referindo ainda compreender a necessidade da aplicação da decisão preconizada no SPD, que considera «*muito boa*»;
- A **SkyDSL** assinala entender que não se verifica nos seus tarifários com volume de dados qualquer ativação automática de volumes adicionais, esclarecendo que os seus clientes têm «*a possibilidade de modificar o limite de custo mensal através da sua área de cliente*» – ou seja, o cliente «*pode aumentar ou diminuir sempre que possível desde que não tenha ultrapasse o limite de custo previamente estabelecido*» – e

- questionando i) se esta medida pode ser aceite como consentimento para efeitos do SPD e ii) se, tendo em consideração que, no seu entender, não aplicam nenhuma ativação automática de volumes adicionais de comunicações, não é necessário implementar qualquer mecanismo de autorização prévia no processo de encomenda;
- O **Particular** comunicou a sua discordância em relação à *«forma como os operadores renovam qualquer plafond de comunicações automaticamente sem haver a confirmação prévia da empresa cliente a autorizar a mesma»*, considerando um *«abuso»*, e em relação à forma como é realizada a audiência prévia relativa ao SPD, *«através de um e-mail que poucas empresas terão conhecimento»*.

Entendimento da ANACOM

A ANACOM releva a participação dos interessados nesta consulta pública, registando a divergência de entendimentos entre alguns prestadores, por um lado, e as associações de proteção de consumidores e do Particular, por outro. Com efeito, regista-se que tanto a ACOP como a DECO confirmam as preocupações que estiveram na base no SPD em causa, manifestando a sua concordância com o sentido da medida em ponderação. O mesmo se diga da pronúncia do Particular, que referiu considerar abusiva a forma como as empresas procedem à renovação de *plafonds* de comunicações automaticamente e sem que haja confirmação prévia do cliente sobre essa ativação – tendo, porém, questionado a forma como é realizada a audiência prévia dos interessados relativamente ao SPD. Também as pronúncias da 10993 S.R.L. e da NUMINTEC assinalaram a importância da intervenção preconizada no SPD. Por seu lado, as empresas com maior quota de mercado que se pronunciaram em sede de audiência prévia consideram a intervenção desnecessária, desproporcional e pouco sustentada, alegando ainda que a mesma poderá gerar externalidades negativas relevantes.

Registam-se igualmente as pronúncias das empresas que assinalaram a inexistência de práticas de ativação automática de *plafonds* adicionais de comunicações baseadas exclusivamente na aceitação genérica das condições do tarifário aquando da contratação, deixando, assim, claro que se trata de prática que não é generalizada no sector.

Concretamente no que se refere à pronúncia da MEO, que assinala a ausência, no SPD, de uma análise de impacto regulatório, considerando não terem sido adequadamente

ponderados os vários interesses em presença, a proporcionalidade e adequação das «*novas alterações*», bem como o «*bem estar geral*» dos utilizadores finais, refira-se que a medida a adotar visa a cessação ou adaptação de uma prática, fundamentada no que se considera ser o incumprimento, pelas empresas que a ela recorrem, do enquadramento legal sectorial aplicável, bem como, cumulativamente, a qualificação da referida prática comercial como desproporcional.

Assim, com a medida a adotar, visa-se repor a legalidade no mercado, em benefício último de todos os utilizadores finais – confirmado, aliás, pelas associações de defesa de consumidores que se pronunciaram no âmbito da consulta e por algumas empresas –, pelo que os argumentos relacionados com o número de reclamações² considerado ou a ausência de uma avaliação de impacto regulatório – apresentados tanto pela MEO como pela NOS – não serão de acolher.

A ANACOM, por força dos respetivos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de março, encontra-se incumbida de, nomeadamente, verificar o cumprimento das leis, dos regulamentos e dos demais atos a que se encontram sujeitos os destinatários da sua atividade [cf. artigo 8.º, n.º 1, alínea g)] e fiscalizar o cumprimento das obrigações a que, nos termos da lei, regulamentos, demais normas aplicáveis e determinações por si emitidas, os destinatários da sua atividade se encontrem sujeitos [cf. artigo 8.º, n.º 1, alínea n)], emitindo, no exercício desses poderes, ordens, instruções e determinações ou formulando recomendações [cf. artigo 8.º, n.º 2, alínea b)].

Ora, tratando-se os poderes em causa de verdadeiros poderes-deveres, na medida em que o seu exercício não configura uma mera possibilidade cujo exercício se encontra à discricionariedade da ANACOM, antes se entendendo que esta Autoridade está, efetivamente, obrigada a exercê-los no contexto da prossecução das respetivas atribuições, caber-lhe-á a adoção de quaisquer medidas *necessárias* para a reposição da legalidade, sempre que identifique, fundamentadamente, uma situação irregular nos mercados que supervisiona, e sempre ponderando devidamente o princípio da proporcionalidade, a que se encontra sujeita em qualquer dimensão da sua atividade, nos termos do artigo 7.º do Código

² A este respeito, cfr. referido na nota de rodapé n.º 1 do SPD, nota-se que foram analisadas 437 reclamações recebidas entre 1 de janeiro de 2021 e 30 de junho de 2023, que se estima que sejam representativas de cerca de 4000 reclamações sobre este assunto, tendo por base a seguinte metodologia divulgada pela ANACOM em Metodologia e dicas – Portal do Consumidor (anacom-consumidor.pt).

do Procedimento Administrativo (CPA), não sendo de admitir que o legislador possa ter pretendido fazer depender intervenções corretivas destinadas à reposição da legalidade – como a medida em ponderação no SPD – de ponderações com base numa metodologia de avaliação de impacto regulatório.

Sem prejuízo, refira-se que foi, efetivamente, feita uma ponderação da proporcionalidade das concretas medidas a adotar com vista à reposição da legalidade no contexto da medida em ponderação, em cumprimento do princípio da proporcionalidade estabelecido no já referido artigo 7.º do CPA, tendo-se, inclusivamente, admitido que as empresas que disponibilizem ofertas como as objeto da medida possam proceder à respetiva adaptação, designadamente passando a apresentar a ativação automática de *plafonds* adicionais de comunicações como uma opção que pode ser livremente selecionada, de forma expressa e ativamente, pelos utilizadores finais aquando da celebração do contrato – ou do cumprimento da determinação a adotar, no caso de contratos em execução –, ao invés de uma possibilidade que estes terão que recusar expressamente de modo a evitar essa ativação e conseqüente cobrança. Esta opção permite às empresas manter as condições das respetivas ofertas praticamente inalteradas, ajustando, unicamente, o modo de adesão ao automatismo na ativação de *plafonds* adicionais de comunicações.

Neste contexto, não colhe também o argumento da MEO de que a medida em causa iria impactar negativamente «*os clientes que estão satisfeitos com as atuais medidas de transparência e mecanismos automáticos de ativação de plafonds adicionais, há muito estabelecidos*», na medida em que as empresas que o pretendam poderão, ao invés de cessar simplesmente a prática de ativação automática de *plafonds* adicionais de comunicações – deixando a decisão sobre a respetiva ativação para ser tomada pelos utilizadores finais numa base casuística –, proceder à sua adaptação em linha com o admitido na alínea a) ii) do ponto 3 do SPD. Nesse caso, os utilizadores finais que valorizem o automatismo em questão poderão, querendo, manter o seu tarifário em regime de ativação automática de *plafonds* adicionais, tendo apenas de confirmar, num único momento, ser essa, efetivamente, a sua opção. Acresce que, mesmo no que respeita a clientes que não selecionem previamente a opção de ativação automática de *plafonds* adicionais, reservando-se, assim, a possibilidade de adotar essa decisão caso a caso, nada impedirá as empresas de, tal como sucede em várias outras ofertas, disponibilizar aos utilizadores finais uma forma simples de procederem, ativamente, à subscrição de *plafonds* de comunicações adicionais, eventualmente dirigindo-

lhes uma mensagem com a informação sobre como proceder para o efeito quando o *plafond* em utilização esteja próximo do seu limite ou imediatamente após o seu esgotamento, podendo, dessa forma, recolher o seu consentimento para uma eventual nova ativação. De facto, não pode a ANACOM, de forma alguma, concordar com a caracterização negativa que a MEO faz da possibilidade de o utilizador final, ativamente, decidir se pretende, ou não, ativar – e pagar – *plafonds* adicionais de comunicações fora de um contexto de automatismo, qualificando-a como um «*ónus de consentimento expresso*» e, conseqüentemente, como um prejuízo para os utilizadores finais. Pelo contrário, a garantia do exercício livre da opção em causa é fundamental para assegurar o efetivo cumprimento da legislação aplicável e o respeito pelos interesses económicos dos utilizadores finais, bem como uma equilibrada relação contratual entre estes e os respetivos prestadores de serviços.

Refira-se ainda que, ao contrário do que considera a MEO, entendeu a ANACOM que o reforço de medidas de transparência, de controlo de saldos e de inibição por parte dos clientes do consumo de dados extra-*plafond* não seriam suficientes para endereçar os efeitos negativos da prática em causa, uma vez que esta se considera ilegal em si mesma e independentemente da maior ou menor transparência associada à forma como é contratada, em linha com a fundamentação exposta no SPD. A este respeito, salienta-se que se identificaram no SPD questões relevantes no que se refere à capacidade de os utilizadores finais garantirem um controlo perfeito dos seus consumos de modo a evitar uma ativação automática de *plafonds* adicionais imediatamente após o esgotamento dos seus *plafonds* de base – cenário que, mesmo que se admita, em abstrato, sempre implicaria que estes tivessem de cessar esses consumos antes de poderem esgotar totalmente esses *plafonds* de base –, bem como, no âmbito da análise de reclamações, dificuldades na utilização do mecanismo de barramento de consumos adicionais.

Os mesmos argumentos são válidos para resposta à NOS, que considera que os objetivos da ANACOM podem ser prosseguidos através de medidas menos drásticas, com o intuito de reforçar a informação, a transparência e a capacidade de os clientes controlarem os seus consumos. Esta empresa considera a medida em ponderação excessiva e desproporcionada, sendo, a esse respeito, de clarificar, uma vez mais, que a mesma não visa alterar o enquadramento jurídico vigente, mas apenas assegurar o seu efetivo cumprimento.

Sobre a alegada «*total capacidade* [dos utilizadores finais] *de controlar os seus consumos*», que a NOS refere sem, no entanto, substanciar a sua alegação, remete-se para a argumentação apresentada no SPD acerca da capacidade do utilizador de assegurar um controlo perfeito desses consumos. Concretamente sobre o consumo de dados de Internet, assinala-se que não está em causa a disponibilidade de mecanismos de controlo de consumos ou a sua maior ou menor fiabilidade, mas, do ponto de vista prático, a capacidade de os utilizadores finais calcularem, com rigor, em que é que se traduz um determinado volume de dados em termos de utilização – e.g. quantos minutos de navegação dispõem e de que forma esse tempo varia consoante o tipo de navegação em causa (*streaming* de vídeos, consulta de e-mail, navegação em redes sociais, etc.). Reforça-se ainda que, mesmo nesse cenário ideal – que se considera não corresponder à realidade de um utilizador final médio –, a prevenção de uma ativação automática de um *plafond* adicional implicaria, necessariamente, e considerando a informação de que a ANACOM dispõe e que não foi contestada no âmbito da audiência prévia dos interessados e da consulta pública, que o utilizador final assegurasse que não consumia integralmente o *plafond* contratado³. Com efeito, após o efetivo esgotamento desse *plafond*, a prática em causa no SPD pressupõe a ativação automática de um *plafond* adicional.

Neste contexto, sobre o entendimento da NOS, nos termos do qual a ANACOM deverá identificar o número exato de reclamações por prestador de serviços, não se identifica a necessidade de o fazer, não tendo também a empresa concretizado a utilidade dessa diligência. Note-se, a este propósito, que i) a medida em causa é, reitera-se, uma medida de reposição da legalidade, tendo a análise das reclamações a que se refere o SPD permitido à ANACOM identificar a prática objeto da medida nele preconizada e motivado a respetiva análise do ponto de vista da sua legalidade e proporcionalidade, ii) o número de reclamações identificadas não é relevante para a justificação da intervenção, uma vez que a análise realizada permitiu concluir pela existência de uma situação ilegal, e iii) as características da prática objeto do SPD são suficientemente descritas, permitindo às empresas, visadas ou não pelas reclamações recebidas pela ANACOM, avaliar se a prática em causa corresponde, ou não, a alguma prática por estas implementada no âmbito das respetivas ofertas.

³ Salvo nos casos de utilizadores finais de ofertas pré-pagas que não disponham de saldo suficiente, em que a ativação e dedução do preço dos *plafonds* adicionais não terá lugar unicamente em razão dessa insuficiência de saldo.

Também não foi substanciada pela NOS a necessidade de identificação dos concretos processos de contratação e faturação de comunicações das empresas que estão em causa, reforçando-se que a medida em ponderação respeita à conformidade da prática de ativação automática de *plafonds* em si mesma, independentemente no modo mais ou menos transparente como é contratada ou da forma como os *plafonds* adicionais são faturados, conforme mais à frente se detalha.

Relativamente à posição manifestada pela Vodafone, assinala-se que, em linha com a fundamentação do SPD em questão, a ANACOM não considera que o consentimento dado pelos utilizadores finais no momento da contratação do serviço para efeitos da ativação automática de (por vezes sucessivos) *plafonds* de comunicações adicionais após o esgotamento do *plafond* de base desses utilizadores, enquanto consentimento genérico relativo às condições gerais e específicas de prestação do serviço (ou seja, às características do tarifário), se afigure como um mecanismo que garanta adequadamente os direitos e interesses legalmente protegidos dos utilizadores finais, na medida em que em causa estão contratos de adesão relativamente a cujas condições esses utilizadores não dispõem de capacidade de negociação. De facto, o contrato de adesão, na sua forma pura, poderá definir-se como sendo aquele em que uma das partes, normalmente uma empresa com posição negocial relevante, formula unilateralmente cláusulas e a outra parte as aceita mediante a adesão ao modelo ou impresso que lhe é apresentado, não sendo possível modificar esse ordenamento negocial⁴ e, bem assim, resulta na impossibilidade de os utilizadores poderem negociar esses contratos.

Assim, se, pretendendo subscrever uma determinada oferta cujas condições, genericamente consideradas, o utilizador final considera vantajosas para o seu perfil de consumo – numa avaliação que, de um modo geral, se foca, principalmente, no preço e no volume de comunicações nele incluídas –, este for confrontado com a necessidade de aceitar, por defeito, a ativação automática de *plafonds* adicionais de comunicações imediatamente após o esgotamento do seu *plafond* de base que o colocarão, com suficiente probabilidade, em situação de vir a pagar, por período de faturação, um valor superior ao preço do tarifário que contrata, considera a ANACOM que se estará perante uma prática i) que não se coaduna

⁴ Em linha com jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, concretamente o acórdão daquele tribunal de 30.03.2017, processo n.º 4267/12.3TBBRG.G1.S1.

com o princípio geral de boa fé previsto no artigo 3.º da Lei n.º 23/96, de 26 de julho, na redação em vigor (Lei dos Serviços Públicos Essenciais), sendo também configurável como uma prática comercial desleal, nos termos do n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, na redação em vigor (Regime aplicável às Práticas Comerciais Desleais), proibida pelo artigo 4.º do mesmo diploma, e ii) lesiva dos interesses económicos desse utilizador final, por se tratar de automatismo que este terá de recusar ou desativar proativamente para ultrapassar, afigurando-se, nessa medida, desproporcional face à oferta disponibilizada no momento da celebração, renovação ou alteração do seu contrato, consoante o caso.

Consequentemente, a prática em causa merece intervenção por parte desta Autoridade ao abrigo do disposto, tanto na alínea a), como na alínea b) do n.º 3 do artigo 121.º da LCE. A este respeito, reitera-se que o fundamento da intervenção preconizada no SPD não se sustenta numa preocupação de transparência, sendo de assinalar que esta não é, nem deve ser, a única preocupação do regulador quando estejam em causa contratos de adesão. De facto, nessas situações, além da importância da transparência com que a informação é apresentada aos utilizadores finais, importa aferir também – e previamente – a proporcionalidade das cláusulas contratuais e a capacidade de esses utilizadores poderem, efetivamente e por defeito, consumir e pagar apenas os serviços ou o volume de comunicações de que necessitam ou que pretendem consumir e pagar, sem que, proactivamente, tenham de diligenciar para introduzir ajustamentos nas condições contratadas por defeito de modo a evitar cobranças indesejadas, juízo que se fez no SPD em causa.

A questão relacionada com a possibilidade de barramento prévio e definição de limites foi, também ela, endereçada no SPD, não se considerando que esta se afigure como um mecanismo suficiente para garantir proporcionalidade e adequação da prática em causa, atendendo, particularmente, ao facto de estas possibilidades serem colocadas à disposição dos utilizadores finais como forma de introduzirem ajustamentos nos seus tarifários de modo a não terem de pagar comunicações além das incluídas no seu *plafond* de base. De facto, no entendimento da ANACOM, a cobrança do *plafond* de base contratado, sem cobranças adicionais automáticas, deve corresponder à opção a aplicar por defeito a cada oferta, admitindo-se a possibilidade de cobranças automáticas apenas se e quando o utilizador final assim o solicite, não sendo necessário que este se limite a aceitar essas cobranças

automáticas por corresponderem a condições aplicadas ao seu tarifário por defeito. Foi nessa medida que, na determinação preconizada no SPD, se previu a possibilidade de se manterem os automatismos nas ofertas, caso seja essa a opção das empresas, desde que estes sejam ativados em regime de *opt-in* e não, como nas práticas analisadas, em regime de *opt-out*.

Ainda sobre a pronúncia da Vodafone, clarifica-se que a análise das reclamações a que se refere o SPD foi o mote da intervenção em ponderação, e não a sua fundamentação última. Dito de outro modo, a receção e análise do conjunto de reclamações referido no SPD permitiu à ANACOM identificar a prática objeto da medida nele preconizada, tendo motivado a respetiva análise do ponto de vista da sua legalidade e proporcionalidade. Essa análise e as respetivas conclusões são, contudo, independentes do número de utilizadores finais afetados – sendo, em qualquer caso, de assinalar que, como é do conhecimento das empresas, o número de reclamações recebido na ANACOM corresponde, de um modo geral, apenas a uma fração do número de utilizadores finais efetivamente afetados pelas práticas objeto dessas reclamações. Em conclusão, a intervenção prevista no SPD não tem como base ou fundamento único ou sequer principal a existência ou o volume de reclamações relativas à prática que dela é objeto, mas antes as conclusões que resultaram da análise da prática reportada pelos reclamantes à luz do enquadramento legal vigente.

Finalmente, relativamente à ausência de competências da ANACOM para a supervisão do cumprimento das disposições do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais e da Lei de Defesa do Consumidor mencionadas no SPD, não pode deixar de se assinalar que isso mesmo foi referido no próprio. Com efeito, e em linha com a fundamentação dele constante, a ponderação feita sobre o (in)cumprimento dos referidos regimes legais não visa sustentar, de forma direta, a intervenção em ponderação, tendo antes por objetivo auxiliar a análise relativa à proporcionalidade da prática, atendendo a que as disposições em causa dos referidos diplomas legais, sendo de aplicação transversal, visam acautelar o equilíbrio das relações contratuais de consumo – e, conseqüentemente, a proporcionalidade das cláusulas dos contratos com consumidores. Assim, e uma vez mais em linha com a fundamentação da determinação constante do SPD, a intervenção preconizada sustenta-se, não no incumprimento de disposições do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais e da Lei de Defesa do Consumidor, mas antes i) no incumprimento do artigo 4.º do Regime aplicável às Práticas Comerciais Desleais, conjugado com o n.º 1 do artigo 5.º do mesmo diploma, por

um lado – cabendo à ANACOM fiscalizar o cumprimento deste diploma –, bem como do artigo 3.º da Lei dos Serviços Públicos Essenciais, encontrando-se a ANACOM habilitada a intervir em razão dessa desconformidade nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 121.º da LCE, e ii) na desproporcionalidade da prática comercial em causa face à oferta disponibilizada no momento da celebração, renovação ou alteração de contratos, relativamente à qual a ANACOM se encontra habilitada a intervir nos termos da alínea b) do n.º 3 do artigo 121.º da LCE, na medida em que a prática em causa desequilibra, ainda mais, a relação contratual em favor da empresa que presta o serviço, desequilíbrio esse que, em linha com a argumentação constante do SPD, *«pode, desde logo, deduzir-se do facto de os contornos da prática em questão não se apresentarem conformes com o artigo 9.º-A da Lei de Defesa do Consumidor nem com os artigos 15.º e 16.º do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, conjugados com a al. d) do artigo 19.º do mesmo diploma»*.

Quanto à questão levantada pelo Particular sobre o modo como foi realizada a audiência prévia relativa ao SPD, *«através de um e-mail que poucas empresas terão conhecimento»*, refira-se que o SPD em causa foi submetido a audiência prévia das empresas prestadoras de serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público, que não serviços de transmissão utilizados para a prestação de serviços máquina a máquina, em cumprimento do disposto no n.º 1 do artigo 181.º da LCE – tendo, nesse contexto, as empresas em causa sido notificadas para os contactos por estas indicados para o efeito –, bem como a consulta pública, nos termos da alínea d) do artigo 124.º do Código do Procedimento Administrativo, tendo, assim, o SPD sido publicado no sítio institucional da ANACOM na Internet.

Finalmente, quanto à questão colocada pela SkyDSL, clarifica-se que as determinações preconizadas no SPD serão de implementar por todos os prestadores de serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público, que não serviços de transmissão utilizados para a prestação de serviços máquina a máquina, cujas ofertas prevejam práticas de ativação automática de *plafonds* adicionais de comunicações. Empresas que não tenham implementadas práticas com estes contornos não terão de introduzir ajustamentos nas respetivas ofertas com vista a adequá-las ao que se determinar na decisão final a adotar nesta matéria.

3. Apreciação na especialidade

3.1. Continuidade do serviço e conceito de serviço adicional *versus* consumo adicional de serviço contratado

MEO

A MEO refere que a contraprestação acordada relativamente à obrigação contratual principal do fornecedor de bens ou prestador de serviços já inclui o valor do *plafond* adicional, ainda que a sua cobrança seja eventual, nas condições específica e claramente acordadas com o cliente, tal como ocorre com qualquer chamada de voz ou comunicação por SMS que não seja abrangida pelo *plafond* inicial respetivo. Segundo a MEO não existe, em rigor, a prestação de qualquer serviço adicional, reportando-se os valores diários à possibilidade de continuação de utilização do serviço de Internet móvel, a qual tem um custo diário após ter sido ultrapassado o *plafond* inicial acordado, e que, naturalmente, se depreende ser pretendida pelo cliente, que contratou à MEO a prestação dos serviços por períodos renováveis de um mês, o qual se garante por esta via.

NOS

A NOS alega que, quando ativa automaticamente um volume pré-definido de dados móveis, não está a disponibilizar um novo serviço e que o *plafond* extra de dados faz parte integrante do pacote inicial contratado pelo cliente.

A NOS refere que decorre do artigo 5.º da Lei dos Serviços Públicos Essenciais a obrigação de garantir um fornecimento contínuo e ininterrupto do serviço de comunicações eletrónicas, sem constrangimentos ou interrupções, salvo casos de força maior. Neste sentido, a NOS questiona: i) como será cumprida esta obrigação caso a ANACOM determine a cessação da prática de ativação automática de dados móveis como proposto no SPD e ii) como será cumprido o dever de assegurar a continuidade do serviço caso o utilizador não dê o seu consentimento específico para ativar um novo *plafond* de dados móveis após o esgotamento do *plafond* inicial.

VODAFONE

A Vodafone refere não concordar com a qualificação da utilização de dados móveis após esgotado o *plafond* mensal como um «*serviço adicional*» e considera que a distinção entre ofertas pré-pagas e pós-pagas tem total relevância para a análise do tema em apreço, mencionando que a ANACOM trata o tema da Internet móvel no SPD como se de um «*serviço adicional*» se tratasse e como se o mesmo devesse ter um tratamento distinto da voz móvel. Refere a Vodafone que quando se refere cobrança de dados móveis após esgotado o *plafond* mensal inicial, não se está perante a prestação de um “serviço adicional”, mas sim da faturação de consumos efetuados fora do *plafond* inicial mensal.

Neste contexto, a Vodafone salienta que as ofertas pré-pagas se caracterizam pela existência de um pagamento antecipado (através de um sistema de carregamento disponibilizado pela empresa) pela prestação dos serviços, e que podem ter associado o pagamento de uma mensalidade ou a obrigatoriedade de fazer um carregamento de um valor mínimo mensal, enquanto as ofertas pós-pagas se caracterizam pelo pagamento dos consumos após estes terem sido efetuados.

Ademais, refere a Vodafone que o serviço pós-pago é um serviço que é prestado de forma contínua e ininterrupta e que é faturado mensalmente conforme e após o consumo existente e que se está perante o mesmo serviço de comunicações móveis que é prestado de forma contínua, com a possibilidade de o mesmo (na parte correspondente aos dados móveis incluídos no tarifário concreto contratado) comportar não apenas um *plafond* mínimo, mas uma continuidade na prestação do serviço. Segundo a Vodafone, na oferta pós-paga, o cliente tem direito a um volume de utilização de serviços, quer sejam de voz móvel, quer sejam de dados móveis, num determinado *plafond* mensal e é-lhe aplicada uma tarifa aos consumos posteriores (sejam de voz e/ou de dados) que sejam efetuados após esgotado o *plafond* mensal e que são faturados no final do mês. Por conseguinte, num tarifário pós-pago, ultrapassado o número de minutos de chamadas incluído no *plafond* inicial, não é, segundo a Vodafone, «defensável que um operador interrompa o acesso do cliente à realização de chamadas de voz» e «o utilizador de um serviço pós-pago deve poder manter um acesso contínuo à internet através do seu telefone, sendo esse acesso faturado nos termos definidos no contrato que celebrou». Acrescenta que é idêntica e contínua a prestação do serviço: «o “serviço” – quer seja na quantidade de dados ou de voz incluída no

plafond do tarifário concreto contratado, quer seja no consumo de dados ou de voz disponibilizados para além deste – é sempre o mesmo: o serviço de comunicações móveis, seja na modalidade de voz ou de acesso à internet».

Entendimento da ANACOM

No que se refere ao argumento de acordo com o qual o contrato já prevê a disponibilização de *plafonds* adicionais de comunicações, tratando-se assim esses *plafonds* adicionais de cobranças já abrangidas pelo tarifário contratado, refira-se que o modo como as empresas configuram, do ponto de vista estritamente formal, as cobranças em causa foi devidamente considerado no âmbito do SPD, tendo-se, contudo, considerado que essa construção não poderá ser determinante para a conclusão da análise quanto à legalidade e proporcionalidade da prática em causa, sob pena de dessa forma se contornar aquilo que se considera uma intenção clara do legislador – a de garantir que os utilizadores finais, em particular os de serviços públicos essenciais, não são levados a pagar por, no caso, disponibilidade de consumos que não pretenderam, em concreto, ativar, tendo-o feito apenas em razão do modo como os respetivos tarifários se encontram configurados. Importa, antes, considerar que as ofertas em causa têm um valor base que é cobrado por um determinado período, prevendo ainda a cobrança de valores adicionais sempre que – e automática e imediatamente quando – o *plafond* estabelecido para o valor base cobrado seja integralmente consumido. Refira-se que nenhuma irregularidade se aponta à cobrança de *plafonds* adicionais em si mesma, mas antes e apenas ao facto de estas serem feitas exclusivamente com base na aceitação genérica, pelo utilizador final, das condições gerais e/ou específicas do respetivo tarifário no momento em que o subscreve, considerando-se desproporcional que se retire dessa aceitação genérica uma autorização para cada específica cobrança adicional que venha a ser feita no decurso do contrato, num contexto em que o automatismo na ativação de *plafonds* adicionais se apresenta como a configuração por defeito das ofertas em causa.

De assinalar igualmente que as referências, no SPD, a «*serviços adicionais*» não pretendem referir-se, como facilmente se retira da análise nele apresentada, a serviços distintos daqueles que são objeto do contrato celebrado com o utilizador final, mas antes consumos adicionais – no sentido em que excedem o valor base contratado – dos serviços que são

efetivamente objeto do contrato. Ainda assim, será clarificada a redação da decisão final neste sentido.

Adicionalmente, reforça-se que a medida preconizada pretende abranger a ativação automática de *plafonds* adicionais de quaisquer serviços de comunicações eletrónicas (com exceção dos serviços de transmissão utilizados para a prestação de serviços máquina a máquina), e não apenas de dados móveis.

Refira-se ainda que, ao contrário do que considera a MEO, que assinala depreender-se ser intenção do cliente manter o serviço ativo pelo período de um mês, mesmo que excedendo o valor base contratado para o tarifário, a ANACOM considera que não se identificaram na sua análise nem foram apresentadas pelas empresas indícios de que assim seja para todos ou sequer para a generalidade dos utilizadores finais que subscrevem estes tarifários. De facto, perante a panóplia de ofertas disponíveis no mercado, os utilizadores finais que favoreçam tarifários de renovação mensal dispõem da possibilidade de contratar ofertas com essas características. Por sua vez, parece razoável considerar que os utilizadores finais que subscrevam ofertas cobradas por referência a *plafonds* de consumos por determinado período temporal terão estimado os seus consumos para o período de referência e assumido – com maior ou menor rigor – que os volumes contidos no *plafond* de base da oferta seriam suficientes para as suas necessidades. Não será, no entendimento da ANACOM, razoável assumir que será intenção da generalidade destes utilizadores finais serem cobrados por *plafonds* adicionais sucessivos para manterem o acesso ao serviço, atendendo ao facto de estes *plafonds* adicionais terem, em geral, um preço superior por unidade de consumo.

Em qualquer caso, reitera-se que a medida preconizada no SPD não implica, necessariamente, a cessação das ativações e consequentes cobranças automáticas de *plafonds* adicionais, admitindo-se, de forma expressa, na alínea a) ii) do respetivo ponto 3, e em linha com o n.º 3 do artigo 121.º da LCE, no qual se baseia a intervenção, que as ofertas em causa possam ser adaptadas pelas empresas, *«designadamente passando a apresentar-se a ativação automática de plafonds adicionais de comunicações como uma opção que pode ser livremente selecionada, de forma expressa e ativamente, pelos utilizadores finais aquando da celebração do contrato – ou do cumprimento da presente determinação, no caso de contratos em execução –, ao invés de uma possibilidade que estes terão que recusar expressamente de modo a evitar essa ativação e consequente cobrança, e desde que seja*

permitido ao utilizador final, de forma fácil e expedita, limitar o número e/ou volume dos plafonds adicionais a ativar, bem como barrar posteriormente essa possibilidade, se assim o desejar».

Assim, está unicamente em causa, no SPD, garantir que os utilizadores a quem são cobrados *plafonds* adicionais de comunicações pretendem, efetivamente, que a empresa que lhes presta o serviço ative esses *plafonds* de comunicações adicionais, seja por solicitarem ou aceitarem essa ativação numa base casuística ou por solicitarem, de forma expressa e ativa, a implementação de um automatismo nessa ativação assim que estes esgotem os seus *plafonds* de base, assegurando-se, em qualquer caso, que não aceitaram essa condição inadvertidamente ou em razão de enviesamentos de raciocínio e de comportamento como os que se referem no SPD.

Por outro lado, não se compreende o argumento da NOS, no sentido de que a interrupção de um serviço após consumido o *plafond* contratado configuraria uma violação da obrigação prevista no artigo 5.º da Lei dos Serviços Públicos Essenciais. Com efeito, a referida disposição legal estabelece regras relacionadas com a suspensão de serviços por iniciativa das empresas, com foco, em particular, nas situações de mora do utente. O n.º 1 do artigo 5.º do referido diploma legal não proíbe – como nunca o poderia fazer – a interrupção da prestação do serviço, antes estabelecendo unicamente a obrigatoriedade de aviso prévio adequado, salvo caso fortuito ou de força maior, quando esteja em causa uma interrupção da iniciativa da empresa.

No mesmo sentido, não se compreende a alegada confusão da NOS quanto ao modo como será cumprido o dever de assegurar a continuidade do serviço caso o utilizador não dê o seu consentimento específico para ativar um novo *plafond* de dados móveis após o esgotamento do *plafond* inicial. Efetivamente, e tal como sucede em diversos tarifários de comunicações pré-pagos, o esgotamento do *plafond* contratado, num contexto em que o utilizador final não tenha aderido de forma ativa à possibilidade de ativação automática de *plafonds* adicionais quando esta lhe seja oferecida, nem tenha solicitado ou aceite a ativação de um *plafond* adicional numa base casuística, determinará a interrupção do serviço, nos termos contratados, sem que tal envolva, em princípio e salvo melhor análise de situações concretas tendo em consideração os seus específicos contornos, o incumprimento de disposições legais, em concreto do disposto no artigo 5.º da Lei dos Serviços Públicos Essenciais, na

medida em que está unicamente em causa o pontual cumprimento do estabelecido no contrato.

Finalmente, e na sequência da pronúncia da Vodafone a este respeito, que assinala a importância da distinção entre tarifários pré e pós-pagos para efeitos da aplicação da medida prevista no SPD, é entendimento da ANACOM que as considerações que sustentam o SPD são válidas tanto para tarifários pré-pagos como para tarifários pós-pagos, assinalando-se, uma vez mais, que o cumprimento da determinação a adotar poderá resultar, unicamente, em passar a adesão, pelo utilizador final, a um automatismo na ativação de *plafonds* adicionais de comunicações de um formato *opt-out* para um formato *opt-in*, mantendo-se inalteradas todas as características materiais das ofertas. Adicionalmente, refira-se que o modo de faturação das ofertas analisadas pela ANACOM – e visadas nas reclamações analisadas – é semelhante nas ofertas pré e pós-pagas, no que para a análise em questão releva, prevendo-se a cobrança de *plafonds* adicionais de comunicações de forma automática após o esgotamento do *plafond* de base. A única diferença entre ambas as modalidades respeita, assim, ao momento do pagamento – imediato, com dedução do saldo, nos tarifários pré-pagos e diferido, na fatura (geralmente) mensal, nos tarifários pós-pagos – , não se considerando esta diferença relevante na ponderação que suporta o SPD, de acordo com a qual não será legal nem proporcional assumir que o utilizador final pretenderá ativar pacotes de disponibilidade/capacidade adicional do serviço após o esgotamento do seu *plafond* de base unicamente com base na aceitação das condições gerais ou específicas associadas a contratos de adesão. A confirmar isto mesmo, refira-se que uma parte relevante das reclamações sobre esta prática objeto de análise na ANACOM versava, efetivamente, sobre tarifários pós-pagos.

Neste contexto, e endereçando o argumento da Vodafone segundo o qual não será defensável que um prestador de serviços interrompa o acesso de um cliente de um tarifário pós-pago ao serviço contratado, assinala-se que não se vê razão legal ou sequer comercial para que assim seja, quando seja essa a opção do utilizador final. De facto, a prestação de serviços de comunicações eletrónicas deverá, em última análise, respeitar as opções livres e informadas dos utilizadores finais que utilizam e pagam esses serviços, sem prejuízo da liberdade de definição das ofertas que assiste às empresas. Com a determinação em ponderação pretende-se, precisamente, assegurar essa efetiva (e não apenas teórica) liberdade de opção dos utilizadores finais quanto aos serviços que pretendem ativar e,

consequentemente, pagar, seja qual for a modalidade de faturação escolhida (pré ou pós paga).

3.2. Direito de iniciativa económica privada e liberdade de oferta

VODAFONE

A Vodafone sublinha a relevância da diversidade e a liberdade de desenhar a sua oferta comercial. Neste sentido, a Vodafone considera que a posição da ANACOM no SPD é violadora desde logo do direito de iniciativa económica privada previsto no artigo 61.º da Constituição da República Portuguesa, bem como da liberdade de oferta prevista no artigo 16.º da LCE.

Segundo a Vodafone, os operadores económicos privados podem *«reivindicar um espaço para o exercício da sua atividade, não podendo a lei suprimi-lo ou reduzi-lo em termos de remeter o sector de atividade económica privada para uma posição insignificante, nem podendo impor-lhe condicionamentos ou restrições que tornem o seu exercício particularmente oneroso»*. Resulta ainda do n.º 1 do artigo 16.º da LCE – nos termos do qual é garantida a todas as pessoas singulares ou coletivas a liberdade de oferta de redes e serviços de comunicações eletrónicas – que *«os operadores podem desenhar a sua oferta comercial de modo a ir ao encontro das necessidades, expectativas e evolução do mercado»*.

Refere a Vodafone que, para além da diversidade na oferta comercial da Vodafone, os consumidores sempre tiveram à sua disposição a diversidade de oferta comercial existente nos outros prestadores de serviços que operam no mercado. De acordo com a Vodafone, os seus clientes podem escolher na oferta RED a opção de tarifário sem limites *«com a contrapartida de um valor de mensalidade pouco superior ao cobrado nos restantes tarifários RED»*, outras opções com maior ou menor volume de dados móveis incluído no *plafond* mensal, e podem decidir sobre o volume de tráfego que pretendem efetuar após esgotado o *plafond* de dados incluídos nos tarifários com limite.

A estas opções acrescem ainda, segundo a Vodafone, todos os mecanismos de controlo e bloqueio de utilização de dados móveis.

Entendimento da ANACOM

Não se considera ter sustentação o argumento da Vodafone de que a medida preconizada no SPD submetido a consulta seria violadora da liberdade de iniciativa económica enquanto garantia com proteção constitucional, ou sequer da liberdade de oferta a que se refere o artigo 16.º da LCE. A este respeito, assinala-se, como ponto prévio, que a intervenção submetida a consulta pública e audiência prévia, nos termos legalmente previstos, em nenhuma medida obsta ou limita a possibilidade de as empresas atuarem no mercado com a liberdade que a lei e a Constituição da República Portuguesa lhes reconhecem, disponibilizando aos utilizadores finais as ofertas que considerem adequadas. Essa liberdade não é, contudo, absoluta, e nem a lei nem a Constituição apontam nesse sentido. Pelo contrário, tanto o enquadramento jurídico nacional como o da União Europeia preveem um conjunto de regras de proteção de utilizadores finais e, em particular, de consumidores, enquanto partes em contratos que, pela sua natureza, são desequilibrados em seu desfavor. Essas regras representam, em contraponto, limitações à liberdade económica das empresas, que deverão, naturalmente, acomodar o respetivo cumprimento no contexto da sua atividade. De resto, a intervenção preconizada foi devidamente fundamentada na capacidade da ANACOM para intervir com vista à correção de práticas desconformes com a legislação aplicável ao sector das comunicações eletrónicas, incluindo com o Regime aplicável às Práticas Comerciais Desleais, nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 121.º da LCE, bem como de práticas manifestamente desproporcionais face à oferta disponibilizada no momento da celebração, renovação ou alteração de contratos, nos termos da alínea b) da mesma disposição.

De resto, não se vê de que forma uma determinação às empresas para que acautelem que a ativação de *plafonds* de comunicações adicionais a um *plafond* de base seja solicitada ou aceite de forma expressa e em regime de *opt-in* pelos utilizadores finais, seja no momento da contratação – ou do cumprimento da determinação a aprovar – ou numa base casuística, poderá configurar um ónus que torne o exercício da atividade das empresas «*particularmente oneroso*», sendo essa solicitação ou aceitação um pressuposto basilar do regime legal aplicável à contratação, com particular enfoque quando em causa estejam contratos de adesão celebrados com consumidores. Com efeito, é impreterivelmente exigível a todas as empresas que atuam no mercado dos serviços de comunicações eletrónicas que assegurem que os utilizadores finais têm a necessária liberdade para

subscrever (e pagar), ou não, serviços, quer se trate de serviços ou *plafonds* de base ou de serviços ou *plafonds* adicionais.

3.3. Do enquadramento legal da imposição de «medidas corretivas» por determinação da ANACOM

MEO

No entender da MEO, a adoção de medidas corretivas encontra-se prevista no artigo 143.º da LCE, sob a epígrafe «*Reclamações dos utilizadores finais*», concretamente no respetivo n.º 3, onde se prevê que «[a] *ARN deve ordenar às empresas a investigação de situações que resultem da análise de queixas ou reclamações de que tome conhecimento no exercício das suas funções e que possam indiciar o incumprimento de disposições cuja observância lhe caiba supervisionar, consideradas individualmente ou em conjunto, podendo ordenar a adoção de medidas corretivas nos casos em que esteja em causa o incumprimento dessas disposições*». Conforme alega a empresa, em nenhum momento do SPD em apreço a ANACOM convoca o regime do artigo 143.º da LCE, embora o tenha apelidado de «*medida corretiva*», fundamentando a sua atuação no regime do artigo 121.º, n.º 3, da LCE, que remete para o artigo 181.º da mesma lei, do qual a ANACOM convoca apenas o n.º 1. Considera a MEO que a forma como a ANACOM decidiu enquadrar o SPD lhe parece desadequada por dois motivos: i) não se afigura estarmos perante uma «*medida corretiva*» no âmbito circunscrito pelo artigo 143.º (ao qual o SPD não faz referência) e ii) o procedimento do artigo 181.º só permite a adoção de medidas por parte da ANACOM em caso de desrespeito de uma ou mais das condições da autorização geral, sendo que na aceção da MEO, apenas poderia estar aqui em causa a condição que alude às regras de proteção dos consumidores específicas do sector das comunicações eletrónicas e, não só a ANACOM não alude a este tema, como também não lhe cabe a supervisão do cumprimento das regras da Lei de Defesa do Consumidor e do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais.

VODAFONE

Para além da Lei de Defesa do Consumidor, refere a Vodafone que o dever de informação está também regulado na LCE, mais concretamente, nos respetivos artigos 116.º, 120.º e 121.º, e que o quadro legal não sofreu alterações de relevo nesta matéria desde 2004, acrescentando ao exposto que o artigo 121.º da LCE regula um mecanismo de depósito pelas empresas dos seus contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas, na

ANACOM (e na Direção Geral do Consumidor), bem como um processo de fiscalização da sua legalidade e proporcionalidade, nos termos do procedimento previsto no artigo 181.º. Segundo a Vodafone, o mecanismo de fiscalização suprarreferido não se circunscreve meramente à «*forma*» dos contratos em causa, mas também ao seu «*mérito*», uma vez que a ANACOM pode, caso se verifique a ilegalidade e desproporcionalidade dos mesmos, determinar a cessação das práticas em causa, antes sequer de os serviços estarem disponíveis para contratação pelos consumidores.

Nesta sequência a Vodafone coloca cinco questões:

- 1) Porque é que volvidos mais de 10 anos desde que a Vodafone lançou a sua oferta pós-paga RED vem a ANACOM considerar que a forma de aplicar a tarifa aos dados móveis fora do *plafond* inicial é ilegal e desproporcional?
- 2) Se o cumprimento do dever de informação e a consequente decisão do cliente em contratar um serviço num determinado tarifário, com determinadas características, não tem valor (apesar dos inúmeros dispositivos legais que o impõe como obrigatório), então, de que forma é possível subsistir o princípio de segurança jurídica?
- 3) Se não é legítimo questionar, face à conclusão que a ANACOM extrai do seu raciocínio, que a Vodafone fica sem saber que cláusulas dos seus contratos, quer estejam previstas nas Condições particulares ou nas Condições gerais, são lícitas e proporcionais no entendimento da ANACOM?
- 4) Como pode a ANACOM substituir-se ao legislador e defender que é indiferente se é cumprido ou não o dever de informação?
- 5) Como pode a ANACOM, quando o legislador prevê que o cliente deve prestar o seu consentimento expresso à cobrança de um pagamento adicional antes da vinculação ao contrato, defender precisamente o oposto?

A Vodafone refere também não vislumbrar qualquer fundamento para alterar a sua prática comercial e tarifária, no que ao serviço de dados móveis diz respeito, considerando, aliás, que qualquer alteração iria ao arrepio da prática corrente e, bem assim, do entendimento

que os consumidores têm da mesma, bem como do entendimento que a própria ANACOM sempre mostrou sobre o tema em apreço.

Entendimento da ANACOM

No que se refere à questão do enquadramento jurídico da medida preconizada no SPD, levantada pela MEO, refira-se que, ao contrário do que parece considerar a empresa, a ANACOM não considera que a sua capacidade de adotar medidas corretivas – entendidas como medidas destinadas à correção de situações irregulares nos mercados que lhe cabe supervisionar – se esgote na possibilidade prevista no artigo 143.º da LCE, que se refere à possibilidade de ordenar às empresas a adoção deste tipo de medidas concretamente no contexto da investigação de situações que resultem da análise de queixas ou reclamações de que tome conhecimento no exercício das suas funções e que possam indiciar o incumprimento de disposições cuja observância lhe caiba supervisionar, consideradas individualmente ou em conjunto.

Com efeito, e em linha com a fundamentação do SPD, esta Autoridade está igualmente habilitada, de forma expressa, pelo n.º 3 do artigo 121.º da LCE a determinar a imediata cessação de práticas e dos contratos em uso pelas empresas que oferecem serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público (com exceção dos serviços de transmissão utilizados para a prestação de serviços máquina a máquina), ou a sua adaptação, quando verifique a sua desconformidade com as regras fixadas na legislação cuja aplicação lhe cabe supervisionar ou com qualquer determinação proferida no âmbito das suas competências, por um lado, ou, por outro, a manifesta desproporcionalidade das práticas e dos contratos face à oferta disponibilizada no momento da celebração, renovação ou alteração de contratos, nomeadamente quanto aos respetivos prazos de duração. Ora, ainda que a LCE não qualifique, do ponto de vista terminológico, a intervenção ao abrigo do referido n.º 3 do artigo 121.º como uma *medida corretiva*, sempre se diga que uma intervenção que pressupõe a cessação ou adaptação de uma prática ou contrato desconforme com o enquadramento legal sectorial aplicável e/ou desproporcional – como a preconizada no SPD – será, materialmente e em razão da sua própria natureza, uma medida corretiva, uma vez que visa, efetivamente, corrigir uma desconformidade identificada no mercado.

Em qualquer caso, não se identifica que o modo como a medida seja designada tenha efetiva relevância do ponto de vista prático ou sequer do ponto de vista formal, atendendo a que o seu concreto enquadramento jurídico foi correta e suficientemente descrito e explicado no

âmbito da respetiva fundamentação, não se considerando existir qualquer margem para dúvidas relativamente ao mesmo, sendo que nem a própria MEO, questionando a designação da medida, evidenciou dificuldades em identificar o enquadramento jurídico invocado pela ANACOM para enquadrar a intervenção.

Ainda assim, na decisão final, foi substituída a referência a medida corretiva, passando a referir-se a intervenção como uma determinação para a cessação de práticas de ativação automática de *plafonds* adicionais de comunicações sem solicitação ou consentimento prévios do utilizador final.

Quanto à referência ao artigo 181.º da LCE, e conforme a MEO corretamente identificou, esta resulta do facto de o artigo 121.º da mesma lei remeter para esta disposição no que se refere ao *procedimento* a seguir com vista à adoção das medidas nele previstas. O procedimento descrito naquela disposição será, assim, de aplicar por remissão, e não por aplicação direta da respetiva previsão. Desta forma, visando assegurar o integral cumprimento das formalidades legais que sobre si impendem – e excedendo, até, essas exigências mínimas –, a ANACOM submeteu o SPD em questão a audiência prévia de todas as empresas que oferecem serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público, que não serviços de transmissão utilizados para a prestação de serviços máquina a máquina, por um período total de 30 dias úteis, cumprindo de forma cabal o procedimento exigido no n.º 1 do referido artigo 181.º da LCE.

No que se refere à competência da ANACOM para a supervisão do cumprimento das regras da Lei de Defesa do Consumidor e do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, remete-se para a fundamentação apresentada acima, reiterando-se que os juízos feitos no SPD relativamente ao (in)cumprimento dessas disposições – que têm como objetivo acautelar o equilíbrio dos contratos celebrados com consumidores e, conseqüentemente, a proporcionalidade das cláusulas incluídas nos contratos de adesão que estes terão de aceitar para contratar determinados serviços, no caso, serviços públicos essenciais – teve como propósito sustentar a *desproporcionalidade* da prática em questão. Com efeito, o facto de a ANACOM não ser a autoridade competente para a aplicação das disposições legais em causa – concretamente, o artigo 9.º-A da Lei de Defesa do Consumidor e os artigos 15.º e 16.º do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, conjugados com a al. d) do artigo 19.º do mesmo diploma – não pode, naturalmente, significar que esta Autoridade não poderá considerar a existência e o propósito destas normas nas análises que seja chamada a fazer

sobre as práticas das empresas dos sectores que supervisiona e o respetivo impacto nos utilizadores finais e, em particular, nos consumidores. Em conclusão, e reforçando o que já se referiu no SPD e no presente relatório, a intervenção preconizada não se sustenta no incumprimento das disposições em causa da Lei de Defesa do Consumidor e do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, mas antes nas conclusões que se podem retirar em razão da verificação desse incumprimento relativamente à (des)proporcionalidade da prática analisada.

Sobre o argumento da Vodafone segundo o qual o mecanismo de fiscalização previsto no n.º 3 do artigo 121.º da LCE não se circunscreve meramente à «*forma*» dos contratos em causa, mas também ao seu «*mérito*» – juízo com o qual se concorda e que resulta claro da própria letra da referida disposição –, clarifica-se que nada na referida norma aponta para que a avaliação das práticas e contratos das empresas deva ter lugar antes de os serviços estarem disponíveis para contratação pelos consumidores, antes pelo contrário. Nesse sentido, considere-se, desde logo, o facto de o depósito dos contratos a que se refere o n.º 1 do artigo 121.º dever ter lugar, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, «*no prazo de dois dias úteis sobre a data em que for iniciada a utilização do contrato de adesão*», e não necessariamente em momento prévio a essa utilização.

Concretamente sobre as questões colocadas pela Vodafone, a ANACOM considera ser de assinalar o seguinte:

Questões 1 e 3), sobre o desfasamento da intervenção preconizada no SPD e a alegada dificuldade da Vodafone em antecipar que cláusulas dos seus contratos são lícitas e proporcionais no entendimento da ANACOM, cumpre assinalar que a persistência no tempo de uma situação de incumprimento não desresponsabiliza nem desonera a empresa incumpridora. Com efeito, cabe às empresas analisar, de forma proativa e tendo em consideração, não apenas a letra da lei, como o seu objetivo último, as respetivas práticas e contratos de modo a assegurar que estes se encontram conformes com o enquadramento legal nacional e da União Europeia aplicáveis, não se considerando como um argumento atendível que a empresa venha alegar não dever ser obrigada a corrigir uma prática irregular em razão de a ela recorrer há vários anos. A este respeito, refira-se que a intervenção em causa, sustentada no n.º 3 do artigo 121.º da LCE, tem natureza meramente corretiva, e não sancionatória, sendo não apenas legítimo, mas efetivamente exigível que a ANACOM, enquanto regulador do mercado das comunicações eletrónicas, adote as medidas que

considere justificadas e adequadas para assegurar uma adequada proteção dos utilizadores finais desses serviços.

Questões 2 e 4), sobre a alegada desconsideração das obrigações legais de transparência que impendem sobre as empresas, refira-se que, conforme a Vodafone saberá, em nenhum momento a ANACOM afirma, no SPD em questão – como nunca o afirmaria em contexto algum –, que o cumprimento das obrigações de informação por parte das empresas e a consequente decisão do cliente em contratar um determinado tarifário, com determinadas características, não tem valor. O que se afirmou foi, antes, que além de juízos de transparência, que não se aprofundaram no SPD, a prática em causa exige uma análise quanto à respetiva compatibilidade com a legislação aplicável – o que, em qualquer caso, se clarificará na decisão final. Com efeito, analisando-se uma determinada prática e concluindo-se que esta, pelas suas características, não se apresenta conforme com o enquadramento legal aplicável, as preocupações relacionadas com o modo como esta tenha sido, ou não, transparentemente apresentada ao utilizador final, ficam prejudicadas. Trata-se, no entendimento desta Autoridade, de uma ponderação fácil de compreender, atendendo a que, a par das obrigações de transparência das empresas, estas estão igualmente sujeitas a um conjunto de exigências quanto às características das respetivas ofertas. Não há, nesta dicotomia entre a transparência e a legalidade material das práticas ou das cláusulas contratuais, qualquer prejuízo para a segurança jurídica.

Questão 5), sobre o alegado entendimento da ANACOM de que, contrariando a lei, o utilizador final não deve prestar o seu consentimento expresso à cobrança de um pagamento adicional antes da vinculação ao contrato, refira-se que, como a Vodafone não poderá ignorar, em nenhum momento foi feita semelhante afirmação no SPD ou dele se poderá retirar, razoavelmente, qualquer conclusão nesse sentido. Com efeito, contrariamente ao que alega a Vodafone, a ANACOM não defende que o consentimento do utilizador para uma cobrança adicional não seja dado antes da celebração do contrato. O que se defende no SPD é que um pagamento adicional ao valor base contratado para um determinado período carecerá, necessariamente, de uma solicitação ou aceitação prévia e específica do utilizador final no sentido da ativação do *plafond* que origina esse pagamento, não sendo *suficiente* uma aceitação genérica das condições gerais ou específicas do tarifário que, por defeito, prevejam essa ativação de modo automático, no momento da contratação, na medida em que estejam em causa contratos de adesão cujas condições são definidas pelas empresas.

Sem prejuízo, em linha com a alínea a) ii) do ponto 3. do SPD, as ofertas em causa podem ser adaptadas pelas empresas, «*designadamente passando a apresentar-se a ativação automática de plafonds adicionais de comunicações como uma opção que pode ser livremente selecionada, de forma expressa e ativamente, pelos utilizadores finais aquando da celebração do contrato – ou do cumprimento da presente determinação, no caso de contratos em execução –, ao invés de uma possibilidade que estes terão que recusar expressamente de modo a evitar essa ativação e consequente cobrança, e desde que seja permitido ao utilizador final, de forma fácil e expedita, limitar o número e/ou volume dos plafonds adicionais a ativar, bem como barrar posteriormente essa possibilidade, se assim o desejam*». Assim, e conforme já referido, reitera-se que, no limite, está em causa, unicamente, garantir que os utilizadores finais a quem são cobrados automaticamente *plafonds* adicionais de comunicações pretendem, efetivamente, que a empresa que lhes presta o serviço ative de forma automática esses *plafonds* de comunicações adicionais assim que estes esgotem os seus *plafonds* de base, assegurando-se que não aceitaram essa condição inadvertidamente ou em razão de enviesamentos de raciocínio e de comportamento como os que se referem no SPD.

Finalmente, ao contrário do que parece resultar do comentário da Vodafone, não corresponde à verdade que a ANACOM tenha, em algum momento, mostrado algum entendimento sobre a prática em questão diverso do que se defende no SPD, nenhuma conclusão podendo, razoavelmente e de boa-fé, retirar-se do facto de a intervenção em ponderação não ter sido adotada em momento anterior.

3.4. Do (in)cumprimento da legislação aplicável e da competência da ANACOM para a supervisionar

3.4.1. Lei dos Serviços Públicos Essenciais

NOS

A NOS refere que, sendo indiscutível mostrar-se contrária à boa-fé uma prática que dificulta a capacidade de os utilizadores finais controlarem os respetivos consumos de um serviço público essencial, esta afirmação não se aplica aos procedimentos da NOS, os quais não comprometem a capacidade de os utilizadores finais controlarem os seus consumos (pelo contrário). Refere a NOS que assegura que as suas práticas estão alinhadas com os princípios

basilares que regem os serviços públicos essenciais (boa-fé e continuidade do serviço) e que garante o estrito cumprimento do dever de informação consagrado na Lei dos Serviços Públicos Essenciais, particularmente no que respeita à ativação de dados móveis após o esgotamento do *plafond* inicial, acrescentando que prova disso é o conjunto de medidas implementadas pela NOS associadas a esta temática ao nível da informação dos utilizadores finais e do controlo efetivo sobre os seus dados móveis.

De acordo com a NOS, a empresa tem tido a preocupação de assegurar aos utilizadores finais uma experiência de continuidade na utilização do serviço reforçando a transparência dos procedimentos e a clareza da informação prestada em diferentes momentos: i) no momento da contratação, ii) previamente à ativação do *plafond* extra de dados móveis (reforço de confiança), iii) ao longo de toda a relação contratual através do envio de alertas de controlos de consumos (transparência); iv) ao longo de toda a relação contratual através de mecanismos de controlo e barramento.

A NOS considera que, aquando da adesão ao contrato, os clientes prestam o seu consentimento à ativação automática de volumes predefinidos de dados móveis em termos que não são meramente genéricos e perante uma informação contratual exhaustiva e detalhada. De acordo com a NOS, o cliente é devidamente informado, quer no Resumo de Contrato, quer no Formulário de Adesão, tanto sobre a ativação automática do volume predefinido de dados, como sobre a possibilidade de desativar esta funcionalidade e respetivos meios de desativação, não se tratando de informação que está apenas mencionada nas cláusulas das condições de serviço. A NOS menciona ainda a cláusula 10.1 das Condições Gerais para a Prestação de Serviços de Comunicações Eletrónicas e Serviços conexos, onde se indica que os preços serão os resultantes da aplicação dos respetivos tarifários e condições que estiverem em vigor em cada momento e que podem incluir o pagamento de uma mensalidade e/ou consumos de acordo com o que neles estiver disposto, bem como o texto das condições específicas do serviço telefónico móvel e do serviço de acesso à Internet em banda larga, onde se encontra referência específica à ativação automática de volumes pré-definidos de dados móveis e condições respetivas.

A NOS destaca ainda o envio de mensagens/SMS a informar quando o consumo do *plafond* inicial de dados atinge 80% e quando atinge o limite, explicitando o conteúdo dessa mensagem, sendo o cliente avisado da ativação automática de dados móveis e da existência

de mecanismos para gerir esta ativação, incluindo a possibilidade de desativar esta funcionalidade, e ainda das restantes opções disponíveis para continuar a navegar. A NOS prossegue com a descrição de outros mecanismos de controlo: i) a possibilidade de consulta, a todo o momento, dos seus consumos através da App NOS, ii) códigos USSD (*111#), iii) contacto para a linha de apoio ao cliente, remetendo para a descrição exaustiva sobre os mecanismos de controlo de consumos disponibilizados pela NOS aos utilizadores finais que consta da informação enviada à ANACOM em 06.01.2023, em resposta ao pedido de esclarecimentos que lhe foi dirigido por esta Autoridade. Segue-se ainda uma referência à informação que consta dos materiais publicitários, dos *scripts* que os gestores de atendimento (telefónico ou presencial) utilizam e ainda do sítio da empresa na Internet.

A NOS considera que, porque «*os utilizadores finais são devida e concretamente informados, com antecedência e detalhe*», tal facto faz com que não seja pertinente a argumentação de que os utilizadores finais não conseguem controlar os seus consumos e questiona sobre como pode a ANACOM, nestas circunstâncias, afirmar que os clientes não deram o seu consentimento na adesão inicial ou que não são adequadamente informados. Afirma ainda que o cliente da NOS não vive o dilema descrito pela ANACOM, pois caso pretenda evitar o risco de ser espoletado um novo *plafond* pode, a todo o momento e de forma gratuita, aumentar, limitar ou desativar os carregamentos extra de dados móveis.

VODAFONE

Considera a Vodafone que, para além dos aspetos que deixa esclarecidos na sua pronúncia quanto ao cumprimento do dever de informação, ao funcionamento da oferta comercial e aos mecanismos de controlo e barramento, não se percebe como é possível chegar à conclusão de que a prática não é conforme à boa-fé. Por conseguinte, refere a Vodafone que não pode concordar com os argumentos da ANACOM para invocar a alegada violação da Lei dos Serviços Públicos Essenciais, uma vez que os mesmos não apresentam qualquer suporte na realidade. A Vodafone i) não aceita o argumento defendido pela ANACOM no SPD de que os clientes não têm forma de controlar a utilização que fazem dos dados móveis, ii) nem que os clientes não dispõem de mecanismos eficazes de barramento de dados móveis, iii) nem que não existe um mecanismo de *opt-out* previsto na oferta comercial de Internet móvel, iv) nem que os clientes não recebem os SMS de aviso aos 80% e 100% de atingimento

do *plafond* mensal e dos “blocos” de 200 Mbps⁵ que são cobrados consoante a utilização que façam dos dados móveis.

Sobre o dever de informação, a Vodafone realça as várias possibilidades que disponibiliza aos clientes, alegando serem-lhes explicados em detalhe todos os custos associados à sua utilização e concluindo, assim, que a empresa disponibiliza aos seus clientes toda a informação de que estes necessitam para tomar uma decisão informada, ponderada e fundamentada, no momento em que escolhem, de forma livre e esclarecida, o tarifário a que pretendem aderir e que, nos casos da celebração de contratos à distância, tal ocorre em momento prévio ao envio da informação pré-contratual, conforme exigido pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro⁶.

No que respeita ao funcionamento da oferta comercial e mecanismos de controlo e barramento, a empresa alega o seguinte: 1) o cliente pode controlar a utilização dos dados móveis no seu equipamento terminal, desligando a opção ‘Dados móveis’ ou adicionando um PIN de acesso ao equipamento para evitar que terceiros, porventura menores de idade, possam utilizar o equipamento inadvertidamente; 2) a Vodafone implementou desde o primeiro momento, em 2013, mecanismos de controlo atualizados em tempo real na *app* My Vodafone; 3) a Vodafone não se limitou apenas a notificar os seus clientes por SMS aos 80% e 100% do limite do *plafond*, optando por calcular a tarifa de dados móveis em blocos de 200 Mbps com um sistema de notificação também por cada um dos blocos; 4) a Vodafone implementou desde o primeiro momento, em 2013, formas de o cliente barrar a utilização dos dados móveis aquando do esgotamento do *plafond* mensal, tendo adequado, entre 2013 e 2018, os referidos mecanismos de bloqueio de dados móveis (“*spending limits*”) em resposta à evolução do mercado e às necessidades e expectativas dos seus clientes.

Refere a Vodafone que esta prática/oferta comercial não é recente e existe desde 2013 e que «*[o]s consumidores sabem perfeitamente, sejam clientes da Vodafone ou não, que, após excedido o limite de dados móveis incluídos no plafond mensal (tarifário concretamente escolhido e contratado pelo cliente), o valor dos dados móveis é taxado de acordo com a tarifa aplicável àquele tarifário*». E acrescenta que dizer, mais de uma década depois da

⁵ Presume-se que se trate de um lapso da Vodafone, que terá pretendido referir-se a MB, e não já a Mbps. Sem prejuízo, manteve-se a medida utilizada pela empresa na descrição da respetiva pronúncia.

⁶ A Vodafone refere-se, presume-se que por lapso, ao «DL 24/2014 de 28.07».

criação do tarifário RED (2013), e depois de terem sido continuamente melhorados os mecanismos de controlo (2018), que os clientes são surpreendidos pela cobrança na fatura mensal de dados móveis consumidos fora do *plafond* é, no mínimo, retirar uma ilação no seguimento da análise de um conjunto muito limitado de casos e daí extrapolar uma consequência para todo o sector das comunicações eletrónicas em Portugal.

Segundo a Vodafone, o legislador não considerou que a utilização de dados móveis fora dos *plafonds* mensais devesse ser alvo também de um barramento por defeito no artigo 124.º da LCE, que tem como objetivo proteger os consumidores do consumo inadvertido de conteúdos e serviços de valor acrescentado, e que nem sequer se pode argumentar que os clientes da Vodafone não têm a possibilidade de *opt-out* (barrando o consumo de dados móveis após esgotado o *plafond*), desde logo no momento da celebração do contrato, tendo em conta que no momento da celebração do contrato o cliente pode escolher, na oferta pós-paga, o tarifário RED *Infinity* que não tem limites de utilização de dados móveis em território nacional.

Entendimento da ANACOM

A ANACOM toma boa nota da informação apresentada pela NOS relativamente ao modo como a empresa procura assegurar a transparência do mecanismo de ativação automática em causa no contexto das práticas objeto do SPD, considerando as medidas descritas como positivas para o utilizador final e promotoras de uma boa gestão, pelo mesmo, da sua relação contratual com a empresa. Porém, e em linha com o que acima já se sustentou, as preocupações de transparência não são, no caso, suficientes para dar resposta ao facto de a ativação de *plafonds* adicionais ser, por defeito e a menos que o utilizador final ativamente diligencie em sentido diverso, ativada de forma automática imediatamente após o esgotamento do *plafond* de base. O foco da intervenção preconizada no SPD é, reforça-se, o de assegurar que nenhuma opção de aceitação de um automatismo na cobrança de *plafonds* adicionais de comunicações é assumida por defeito, onerando-se o utilizador final com a responsabilidade de diligenciar ativamente pela sua desativação, mas antes que quaisquer cobranças adicionais ao *plafond* de base contratado sejam efetivamente solicitadas e/ou aceites de forma ativa e expressa pelo utilizador final, quer num regime casuístico, solicitando e/ou aceitando prévia, expressa e especificamente a ativação de cada *plafond* adicional após esgotamento do anterior, no caso da opção prevista na alínea a) i) do

ponto 3. do SPD, quer selecionando ativamente e de forma expressa o automatismo na ativação de *plafonds* adicionais no momento da contratação – ou do cumprimento da determinação que venha a ser adotada nesta matéria –, no caso de contratos em execução, na opção prevista na alínea a) ii) do ponto 3 do SPD.

No que respeita ao argumento da Vodafone, que contesta que os clientes não tenham forma de controlar a utilização que fazem dos dados móveis, clarifica-se que em nenhum momento tal se afirma no SPD, desde logo porque, se assim fosse, colocar-se-iam questões do ponto de vista do cumprimento do disposto no n.º 1 do artigo 123.º da LCE, nos termos do qual, caso os serviços de acesso à Internet ou os serviços de comunicações interpessoais acessíveis ao público sejam faturados com base no tempo ou nos volumes de consumo, as empresas que os oferecem disponibilizam aos consumidores um mecanismo para acompanhar e controlar a utilização de cada um desses serviços, permitindo o acesso a informações atempadas sobre o nível de consumo dos serviços incluídos no plano tarifário do utilizador final.

As considerações que se fazem no SPD, e que ajudam a suportar a intervenção nele prevista, prendem-se com a efetiva capacitação do utilizador final médio, e em particular do consumidor, para assegurar, na prática, um controlo *perfeito* dos seus consumos, em linha com o que já acima de assinalou. Com efeito, e conforme se afirma no SPD, *«existe, de facto, uma impossibilidade prática de controlar na perfeição a utilização do tráfego de dados de modo a se atingir exatamente o nível contido no plafond contratualizado. Essa impossibilidade faz com que, na prática, os utilizadores finais, sujeitos à prática de ativação automática de plafonds adicionais após o esgotamento do plafond inicial contratado, estejam perante um dilema: ou reduzem materialmente o tráfego consumido de modo a mitigar ou anular o risco de ser espoletado um novo plafond adicional, situação onde, na prática, dispõem de um limite de tráfego inferior àquele que foi contratualizado; ou veem-se perante a circunstância de ter de pagar por níveis superiores de tráfego àqueles que desejariam»*.

No que se refere ao barramento da ativação de *plafonds* adicionais, o que se afirmou no SPD, com base nas reclamações analisadas pela ANACOM, foi que os reclamantes reportaram *«dificuldades ou impossibilidade de barramento prévio da ativação automática dos referidos plafonds adicionais»*, aditando-se, sobre esta possibilidade, bem como sobre a definição de limites do automatismo na ativação de *plafonds* adicionais, que *«ainda que esta*

não fosse clara nos primeiros casos analisados pela ANACOM, esta possibilidade existe, atualmente, na generalidade das ofertas com esta característica, sendo que os utilizadores finais poderão solicitar este barramento ou definir limites, tendencialmente, através dos canais habituais de comunicação com as empresas. Sem prejuízo, e tal como acima mencionado, registaram-se diversas reclamações denunciando dificuldades na concretização destas opções, com relatos de pedidos sucessivos sem tratamento pelas empresas e de dificuldade na obtenção de prova desses pedidos». O mesmo se refira relativamente à receção dos avisos de consumo, em que os reclamantes reportaram a «cobrança de montantes elevados relativos à ativação de múltiplos plafonds adicionais de dados sem solicitação prévia e/ou sem consentimento expresso para cada um desses plafonds por parte do titular do contrato, sem perceção dos consumos devido à falta de avisos enviados ao titular do contrato, em situações de contratação de serviços telefónicos móveis agregados a pacote de serviços cujos utilizadores são menores». Ora, a Vodafone parece contestar estas afirmações, sem, contudo, apresentar elementos que concretizem a sua posição.

No mesmo sentido, não se afirmou no SPD que inexistisse um mecanismo de *opt-out* previsto nas ofertas que recorrem a práticas de ativação automática de *plafonds* adicionais. Afirmou-se, antes, que a aceitação de um mecanismo de ativação automática de *plafonds* de comunicações adicionais ao *plafond* de base deve ser feita em regime de *opt-in*, em que o utilizador solicita ativa e expressamente a ativação desse mecanismo, ao invés de, como atualmente, em regime de *opt-out*, em que, por defeito, o automatismo na ativação de *plafonds* adicionais se encontra selecionado por defeito e o utilizador final deve, se assim o pretender, solicitar ativa e expressamente a sua desativação.

No que se refere às possibilidades que a Vodafone refere disponibilizar aos clientes com o objetivo de assegurar a sua adequada informação, toma-se boa nota do assinalado, salientando-se, contudo, em linha com o já referido, que a medida em ponderação não pretende endereçar preocupações de transparência, mas antes a regularidade da prática propriamente dita de ativação automática de *plafonds* adicionais de comunicações em regime de *opt-out*. Trata-se, conforme se sustenta no SPD, de endereçar a irregularidade da prática em si mesma, e não, no caso, a forma como a mesma é, ou não, transparentemente apresentada aos utilizadores finais ou a maior ou menor familiaridade destes com ela. Será, em qualquer caso, excessivo afirmar, como a Vodafone faz, que, mais de uma década após a criação do tarifário, os clientes não são surpreendidos pela cobrança de *plafonds* adicionais,

considerando o que se assinala no SPD resultar da análise das reclamações recebidas na ANACOM. Acresce que esta surpresa tanto poderá relacionar-se com a dificuldade de controlo perfeito de consumos, já acima mencionada, como com o conhecimento das condições do tarifário, atendendo a que, não obstante a antiguidade dos tarifários que recorrem a esta prática, admite-se que, mantendo-se estes tarifários disponíveis, poderá haver todos os dias novas subscrições dos mesmos.

Sem prejuízo do exposto, não poderá deixar de se assinalar que argumentar, como faz a Vodafone, que o utilizador final tem possibilidade de *opt-out* no momento da contratação – o que não se questionou – porque pode, em alternativa às ofertas em questão, subscrever tarifários pós-pagos com consumos ilimitados, que, tipicamente, têm um preço superior, não parece suportar o entendimento que a empresa procura fazer passar, no sentido de que inexistente um efeito negativo destas práticas no mercado. De facto, se os utilizadores finais forem, em resultado das mesmas, de algum modo incentivados a aderir a ofertas de comunicações com um preço superior àquele que pretendiam, havendo ofertas de valor mais baixo que dão suficiente resposta às suas necessidades, torna-se evidente o prejuízo para os seus interesses económicos.

Finalmente, cumpre referir que não se pode retirar a conclusão pretendida pela Vodafone do facto de não se referir a ativação automática de *plafonds* adicionais de comunicações no artigo 124.º da LCE, atendendo a que este artigo se refere a serviços específicos que se suportam em serviços de comunicações eletrónicas – concretamente, serviços de audiotexto e serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagem, incluindo SMS ou MMS –, mas não se confundem com estes e não estão contemplados nas ofertas. Nessa medida, a conclusão segundo a qual o legislador não considerou que a utilização de dados móveis (ou qualquer outro tipo de serviço comunicações eletrónicas) fora dos *plafonds* mensais devesse ser alvo também de um barramento por defeito, por não o ter previsto no artigo 124.º da referida lei, é, no entendimento da ANACOM, claramente excessiva, atendendo a que o referido artigo tem um objeto específico. De resto, dificilmente se poderá sustentar que o legislador pretendia o oposto – isto é, que os utilizadores finais de serviços de comunicações eletrónicas pudessem, por defeito, ser confrontados com cobranças automáticas de *plafonds* adicionais ao seu tarifário de base –, desde logo considerando, precisamente, o princípio da boa-fé na contratação que resulta da Lei dos Serviços Públicos

Essenciais, bem como a generalidade das regras legais que visam a proteção dos interesses económicos dos consumidores.

3.4.2. Regime aplicável às Práticas Comerciais Desleais

NOS

A NOS refere que não pode sufragar o entendimento da ANACOM de que a prática de ativação automática de *plafonds* adicionais configura uma prática comercial desleal. Segundo a NOS, é forçoso concluir que oferece aos clientes as condições essenciais para que estes tomem uma decisão consciente e desejada sobre a ativação do limite adicional de dados móveis, garantindo liberdade, informação e esclarecimento.

Considera a NOS que o pressuposto da natureza desleal da prática não se verifica *in casu*, uma vez que a esta empresa evidencia um esforço notório em informar e esclarecer os seus clientes sobre esta prática e que o seu comportamento reflete não só o cuidado evidente que a NOS tem para com o utilizador final mas também a sua diligência profissional em assegurar que esteja plenamente ciente das condições aplicáveis aos serviços contratados, num esforço proativo para garantir que os clientes tenham as informações necessárias para tomar decisões informadas, com um reforço de procedimentos desde 2022, demonstrando um compromisso inequívoco com a transparência e a prestação de um serviço de qualidade e evidenciando a boa-fé da empresa, o seu cuidado e a sua diligência profissional.

Em relação ao enquadramento como prática contratual agressiva, a NOS considera que não estão presentes os pressupostos necessários neste caso específico, designadamente: 1) existência de assédio, coação ou influência indevida sobre o consumidor; 2) limitação da sua liberdade contratual ou do seu comportamento; 3) suscetibilidade da prática de o conduzir à tomada de uma decisão de transação que, provavelmente, não teria sido tomada de outro modo. Refere ainda a NOS que também não é feita «*nenhuma exigência de um pagamento adicional por serviços não solicitados*» e que deve entender-se que o prolongamento do serviço é efetivamente solicitado pelo cliente quando, de uma forma livre e esclarecida, aquele assina as condições contratuais onde esse prolongamento está previsto e, em

nenhum momento da relação contratual, sinaliza à empresa que pretende a desativação da funcionalidade.

VODAFONE

De acordo com a Vodafone, a ANACOM refere, «*em plena contradição com a letra da lei e com os seus Relatórios de regulação*», que com a ativação dos *plafonds* em causa a empresa está a solicitar o pagamento de «*serviços adicionais*» que o consumidor não solicitou de forma expressa e específica, entrando «*nitidamente em contradição no próprio SPD*». Afirma ainda a Vodafone que, no SPD, a ANACOM «*ora qualifica a cobrança da utilização de dados móveis após esgotado o plafond mensal como um “pagamento adicional”, ora qualifica como um “serviço adicional” quando tal é oportuno para argumentar pela sua ilicitude*», e que esta Autoridade considera que a «solicitação» de serviços, para efeitos do disposto na alínea f) do artigo 12.º do Regime aplicável às Práticas Comerciais Desleais, pressupõe um papel ativo por parte do consumidor, não podendo a mera aceitação desses serviços, quando exista, considerar-se suficiente.

A Vodafone refere não aceitar a conclusão da ANACOM no SPD de que o cumprimento do dever de informação ao cliente, para a conformação da sua vontade de contratar, não tem relevância, considerando que a ANACOM vem defender no SPD que os clientes da Vodafone, em virtude de celebrarem contratos através da adesão a cláusulas contratuais gerais, não têm liberdade contratual. Menciona ainda a Vodafone não poder aceitar o argumento da ANACOM no SPD de que inexistente liberdade do consumidor na escolha do que pretende, efetivamente, contratar, sendo que, para a Vodafone, o cumprimento do dever de informação, sobretudo na fase pré-contratual, é indissociável do verdadeiro exercício da liberdade de escolha do consumidor.

Segundo a Vodafone, o mecanismo de subscrição de contratos de comunicações eletrónicas através da adesão nos termos do regime das cláusulas contratuais gerais é um mecanismo necessário para o normal funcionamento do mercado e um mercado sem contratos de adesão, em que os consumidores pudessem discutir o teor de todas as cláusulas, em operações de retalho onde são subscritos e mantidos em vigor milhões de contratos, seria «*inoperável e levaria à paralisação do setor*». Acresce que, «*ao escolher o tarifário, o cliente exerce a sua liberdade contratual na medida em que faz uma opção de acordo com o seu perfil de utilização, o volume de tráfego que habitualmente utiliza, bem como de acordo com*

a sua capacidade financeira», sendo-lhe aplicáveis as condições particulares do tarifário que escolheu. De acordo com a Vodafone, se é uma realidade que «os clientes não se predispõem a ler as cláusulas constantes das Condições gerais (o que não desobriga ao seu cumprimento)», já não será assim no que respeita às condições particulares que «enquadram os termos principais da relação contratual: quem paga, como paga, o que paga, quanto paga e quando paga, ou seja, as informações mais importantes para o cliente».

A Vodafone acusa a ANACOM de ignorar no SPD que o cliente pode escolher tarifários sem limites de consumo de dados móveis (RED *Infinity*) e questiona qual a legitimidade em considerar a prática em causa como agressiva se a principal característica dos tarifários ilimitados é precisamente o oposto e os clientes têm à sua disposição a oferta do RED *Infinity*. Conclui a Vodafone que não se compreende como é possível qualificar a oferta comercial da Vodafone como violadora do Regime aplicável às Práticas Comerciais Desleais, no caso dos tarifários RED com *plafond* mensal, quando a Vodafone tem na sua oferta, desde setembro de 2019, um tarifário RED *Infinity* sem limite de utilização de dados em território nacional.

Entendimento da ANACOM

Sobre as considerações da NOS acerca do modo como a empresa assegura a informação dos utilizadores finais acerca das práticas de ativação automática de *plafonds* adicionais de comunicações, entendendo que, dessa forma, refuta a construção feita no SPD de que tal prática será configurável como uma prática comercial desleal e, em concreto, uma prática contratual agressiva, refira-se que, em linha com o acima já exposto e contrariamente ao que alega a empresa, a tipificação das práticas comerciais desleais que resulta do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, desde logo do n.º 1 do respetivo artigo 5.º, não se reconduz exclusivamente a distorções do comportamento do consumidor com fundamento em falhas de transparência. No caso, essa distorção decorre dos próprios contornos da prática, em concreto, do facto de esta prever a ativação automática de *plafonds* de comunicações adicionais ao *plafond* de base imediatamente após o consumo integral deste último, com base numa aceitação genérica das condições do tarifário pelo utilizador final no momento da contratação, nas quais essa ativação automática se apresenta como a opção por defeito. Assim, e conforme referido no SPD, *«desse automatismo decorre a ativação e cobrança de plafonds adicionais que, sendo-lhe dada a oportunidade e prestados os devidos esclarecimentos, o consumidor poderia pretender, legitimamente, recusar. De notar que a*

decisão de transação relevante, para efeitos da aplicação desta norma, terá de ser a decisão de ativação dos plafonds adicionais. De facto, estando em causa cobranças adicionais ao preço estabelecido para o tarifário base, a decisão sobre a ativação desses plafonds extra terá de se considerar uma decisão de transação autónoma, tendo o consumidor direito a decidir se e quando pretende, ou não, ativar plafonds adicionais de modo a poder continuar a utilizar o serviço. É no âmbito da decisão de transação associada aos consumos adicionais que a prática em questão prejudica a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo à tomada de decisões de transação que não teria tomado de outro modo, o que é confirmado pelo teor das reclamações analisadas pela ANACOM».

Sobre a caracterização da prática como agressiva à luz do artigo 11.º do Regime Jurídico das Práticas Comerciais Desleais, refira-se que, embora a NOS e a Vodafone neguem a existência dos pressupostos necessários a esse enquadramento – sem, no entanto, densificarem as suas alegações –, esta Autoridade mantém que a existência de um automatismo na ativação de *plafonds* adicionais de comunicações, presente por defeito em algumas ofertas, influencia, de facto, indevidamente, o comportamento do consumidor, desde logo e em razão de a prática em causa dificultar o controlo de despesas por parte dos utilizadores finais, levando até a que estes tenham de abster-se de usar o *plafond* contratado na totalidade para evitarem cobranças adicionais ao preço periódico contratado, atendendo à dificuldade em controlar de forma perfeita e inteiramente precisa os consumos, de modo a garantir que cessam a utilização do serviço no exato momento que antecede o esgotamento do seu *plafond* base, podendo assim gerar a ativação de novo *plafond* e, conseqüentemente, pagar por algo que não pretendiam consumir.

Neste contexto, destaca-se ainda o papel dos enviesamentos comportamentais, referidos no SPD, e que são conhecidos – também pelas empresas –, nomeadamente o chamado *default bias*, de acordo com o qual o utilizador final tem tendência para manter a opção que se encontra selecionada por defeito⁷, sendo que a probabilidade de tal acontecer numa situação em que esta seleção não é claramente visível ou evidente, por estar incluída de forma

⁷ Veja-se a este respeito Fletcher, Amelia, et al. "Consumer protection for online markets and large digital platforms." Yale J. on Reg. 40 (2023): 875, a respeito do impacto deste enviesamento («*We know, for example, that consumers exhibit strong "default bias." One implication is that their choices can be strongly influenced by whether a particular box is initially ticked or unticked*») e sobre o caso específico da autorrenovação de contratos, em que se defende a proibição de *opt-out selling* nas renovações automáticas e a necessidade de consentimento ativo por parte dos consumidores («*Signing up for automatic renewals should require active consent by consumers, not be the result of default bias*», pp. 898).

indiferenciada nas condições da oferta, será, necessariamente, superior, devido ao facto de o utilizador final poder estar menos consciente da mesma.

A este respeito refira-se o trabalho realizado pela FCA (*Financial Conduct Authority*) sobre a proibição de *opt-out selling* relativamente aos produtos “*add-on*” selecionados por defeito no sector financeiro⁸ e o caso da Amazon sobre as subscrições do serviço Amazon Prime⁹, também selecionadas por defeito, sem consentimento ativo por parte dos consumidores. Sendo situações semelhantes, embora relativas a produtos ou serviços adicionais, são demonstrativas do enquadramento de seleção de forma automática de elementos que resultam em custos adicionais para o consumidor, sem que este possa realmente pretender fazê-lo, por ação de um “arquiteto de escolha” que, substituindo-se ao consumidor, efetua esta ativação por defeito.

Relevantes serão ainda os enviesamentos de miopia – em que o consumidor tem tendência para desvalorizar o que pode acontecer no futuro –, de proeminência/saliência – relacionado com posicionamento e/ou destaque da informação em causa – e de excesso de confiança – associado à convicção do consumidor de que não irá enquadrar-se em situações excecionais (no caso, ultrapassar limites que possam ter consequências negativas no preço a pagar), ou, por outro lado, julgar que tem maior capacidade de controlo dos seus consumos face ao que realmente tem. Sobre estes enviesamentos destaca-se o recente trabalho de Sunstein (2023)¹⁰ sobre consumidores impacientes e o efeito da miopia ou enviesamento do tempo presente e Bordalo *et al.* (2022)¹¹ sobre contraste, surpresa e proeminência da informação e a sensibilidade das escolhas dos consumidores em relação a estes fatores.

⁸ Financial Conduct Authority (2015), General Insurance Add-ons Market Study – Proposed Remedies: Banning opt-out selling across financial services and supporting informed decision-making for add-on buyers, *Consultation Paper* CP15/13.

⁹ Vide <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/06/ftc-takes-action-against-amazon-enrolling-consumers-amazon-prime-without-consent-sabotaging-their>: «*During Amazon’s online checkout process, consumers were faced with numerous opportunities to subscribe to Amazon Prime at \$14.99/month. In many cases, the option to purchase items on Amazon without subscribing to Prime was more difficult for consumers to locate. In some cases, the button presented to consumers to complete their transaction did not clearly state that in choosing that option they were also agreeing to join Prime for a recurring subscription.*»

¹⁰ Sunstein, Cass R., *Impatient Consumers* (2022). Harvard Public Law Working Paper No. 23-40, Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4268689> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4268689>.

¹¹ Bordalo, P., Gennaioli, N., & Shleifer, A. (2022). *Saliency*. *Annual Review of Economics*, 14(1), 521-544.

Estabelecida a existência do elemento de influência indevida desta prática, e ainda por força dos referidos enviesamentos, será forçoso concluir pela limitação da liberdade contratual ou do comportamento do consumidor e, conseqüentemente, pela suscetibilidade da prática de conduzi-lo à tomada de uma decisão de transação que provavelmente não teria tomado de outro modo, na medida em que, em razão da mesma, o consumidor que, recorrentemente ou não, não pretenda ver ativados e cobrados *plafonds* adicionais, será confrontado com um de dois cenários: se optar por, cautelarmente, consumir um menor volume de dados do que aquele que foi contratado, para evitar o risco de ser ativado um novo *plafond*, terá, na prática, menor disponibilidade do serviço de base do que aquela que contratou e pagou, não podendo utilizar o seu *plafond* de base na totalidade. Se, por outro lado, assumir o risco e falhar em controlar de forma perfeita e inteiramente precisa os seus consumos, de modo a garantir que cessa a utilização do serviço no exato momento que antecede o esgotamento do seu *plafond* de base, e gerar a ativação de novo *plafond*, estará, efetivamente, a pagar por algo que não pretenderia consumir.

Sobre a pronúncia da Vodafone relacionada com a alegada desconsideração, pela ANACOM, da importância das exigências legais em matéria de transparência, remete-se para a explicação já acima avançada. Do mesmo modo, foi já desconstruído acima o argumento de que estarão em causa *pagamentos* adicionais e não *serviços* adicionais, reforçando-se que, para efeitos da argumentação que sustenta o SPD, a distinção não tem a relevância que as empresas parecem pretender atribuir-lhe, atendendo a que o foco é, como não poderia deixar de ser, a cobrança de um valor adicional ao utilizador final que excede o seu *plafond* de base.

Quanto à alegação de que, no SPD, a ANACOM defende que os consumidores que celebram com as empresas contratos de adesão não têm liberdade contratual, clarifica-se que em nenhum momento tal foi, de facto, afirmado no SPD. O que se assinala é, antes – e de forma devidamente sustentada –, que os consumidores que celebram contratos de adesão não dispõem de liberdade negocial, o que é substancialmente diferente. De facto, não se questiona que os consumidores possam decidir contratar ou não uma determinada oferta disponibilizada por recurso a um contrato de adesão. Questiona-se, sim, que esses consumidores tenham liberdade para negociar alterações às cláusulas contratuais gerais incluídas nesse tipo de contratos, o que, de resto, corresponde a toda a lógica em que assenta o regime legal aplicável a essa modalidade de contratação.

Clarifica-se igualmente que não se questiona, no SPD, a utilidade dos contratos de adesão, antes se assinalando que, no âmbito desta modalidade contratual, existem particulares exigências de equilíbrio e proporcionalidade que resultam da lei e devem ser acauteladas, no caso dos serviços de comunicações eletrónicas, pela ANACOM, o que se procura fazer através da medida em ponderação no SPD.

Também não corresponde à verdade que a ANACOM tenha ignorado que os utilizadores finais têm a possibilidade de escolher tarifários sem limites de consumo. Pelo contrário, considerou-se que se, na presença dessa possibilidade, os utilizadores finais optaram por contratar um tarifário com um *plafond* limitado, mais económico que os ilimitados, não pode concluir-se que pretendem disponibilidade do serviço num sentido estrito de pretender continuar automaticamente a consumir para além do *plafond* contratado, sem decidir ativamente que o querem fazer, pelo que a criação de automatismos associados a cobranças adicionais não parece ir ao encontro do que poderão ser, legitimamente, as expectativas destes utilizadores de terem um maior controlo sobre os seus consumos, acarretando um elevado potencial de promoção de cobranças não pretendidas, exponenciado pelos enviesamentos comportamentais acima referidos e pela incapacidade da generalidade dos utilizadores finais de controlar de forma perfeita os seus consumos. A disponibilidade de serviço consiste no facto do serviço estar operacional, de poder ser utilizado em qualquer momento, assim o pretenda o consumidor¹². Este conceito não pode confundir-se com uma interpretação em que um tarifário, ao qual está associado um *plafond* específico de dados, corresponde afinal a um tarifário ilimitado, em que o preço dos dados após atingir o limite do *plafond* contratado é significativamente superior, sem que o consumidor pretenda, de forma explícita, incorrer no custo associado a este consumo adicional. Se o pretende fazer, deve naturalmente poder fazê-lo. O que não pode suceder é dar-se o caso de estar automaticamente acionada a ação de o fazer, sem que exista manifesta vontade e consciência, quando tal ocorrência conduz a custos adicionais, que podem ter impacto relevante na despesa prevista com o uso do serviço.

Finalmente, e atendendo ao exposto, não se identifica por que motivo – e a empresa não o concretiza na sua pronúncia – a Vodafone alega existirem contradições entre a posição

¹² De acordo com o glossário da Sociedade de Informação da APDSI, disponibilidade de um serviço consiste na capacidade de um serviço ser obtido a pedido de um utilizador e continuar a ser fornecido durante o período solicitado, com tolerâncias específicas e dentro de determinadas condições.

assumida no SPD e a letra da lei ou os próprios Relatório de Regulação, Supervisão e Outras Atividades publicados anualmente pela ANACOM, bem como que contradições existirão no próprio SPD, não se tendo identificado contradição alguma.

3.4.3. Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais e Lei de Defesa do Consumidor

MEO

A MEO refere que, como o próprio SPD reconhece, a ANACOM não tem competência para supervisionar o cumprimento do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, nem o cumprimento da Lei de Defesa do Consumidor. De acordo com a MEO, existe uma questão formal que se traduz em decisões da ANACOM substancialmente fundadas em diplomas cuja supervisão, manifestamente, ultrapassa as suas competências.

A MEO disputa as alegações da ANACOM no SPD de que a prática comercial (que a MEO refere estar instituída desde há muito) associada aos consumos de dados móveis *extra-plafond* seja contrária ao princípio da boa-fé e ao artigo 9.º-A da Lei de Defesa do Consumidor, independentemente do enquadramento legal do SPD e da competência, ou falta dela, da ANACOM para supervisionar o Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais ou a Lei de Defesa do Consumidor. A este respeito, a MEO aponta a «*ampla informação*» disponibilizada ao cliente, «*em todos os momentos da vida do contrato e da prestação do respetivo serviço*», e identifica especificamente quatro aspetos: i) indicação expressa, clara e compreensível, nos contratos da MEO (incluindo o resumo do contrato, ao qual os clientes dão o seu acordo expresso), respetivos suportes informativos e condições da oferta, das condições de ativação automática de *plafonds* adicionais; ii) envio de SMS de alerta aos clientes quando são atingidos os 80% e os 100% de utilização do *plafond* inicial de dados; iii) disponibilização de diversos meios de atendimento para esclarecimento de questões relacionadas com o *plafond* adicional e iv) ferramentas para barramento da ativação do *plafond* adicional. A MEO refere ainda que cumpre esclarecer que os tarifários na modalidade pós-paga podem ter um *plafond* de extra mensalidade definido pelo cliente, onde se incluem quaisquer custos adicionais, como a ativação de *plafonds* de Internet após esgotamento do *plafond* inicial de dados, sendo sempre do cliente a decisão de ter ou não ativado esse adicional e qual o valor associado ao mesmo.

Relativamente ao artigo 9.º-A da Lei de Defesa do Consumidor, a MEO refere que, em rigor, i) não existe a prestação de qualquer serviço adicional, ii) a tarifa resultante da utilização do serviço de Internet móvel após o esgotamento do *plafond* base é uma característica do tarifário que é comunicada aos clientes e iii) que, naturalmente, se depreende ser pretendida pelo cliente a possibilidade de continuação de utilização do serviço e que não se pode ignorar a pretensão dos clientes de usufruir dos referidos serviços durante todo o período em que os mesmos são faturados, pelo que a «*contraprestação acordada relativamente à obrigação contratual principal do fornecedor de bens ou prestador de serviços*» já inclui o valor do *plafond* adicional, ainda que a sua cobrança seja eventual, tal como ocorre com qualquer chamada de voz ou comunicação por SMS que não seja abrangida pelo *plafond* inicial respetivo. De acordo com a MEO, esta extensão da utilização do serviço opõe-se às situações em que o cliente adquire *plafond* adicional para utilização de Internet, que são as situações em que o *plafond* adicional solicitado pelo cliente tem natural prevalência sobre a utilização dos *plafonds* base, comportando-se de forma autónoma e sem o objetivo de suprir a impossibilidade de utilização do serviço de acesso à Internet uma vez esgotado o *plafond* base.

Não obstante o entendimento acima explanado, a MEO refere que i) recolhe sempre «*o acordo expresso do consumidor para qualquer pagamento adicional*», ii) comunica de «*forma clara e compreensível*» as condições associadas a tais pagamentos adicionais, incluindo a possibilidade de optar pela não inclusão desses pagamentos adicionais, e ii) caso esteja em causa uma primeira reclamação do cliente, a MEO, por opção comercial, efetua um crédito no valor do *plafond* adicional, desde que relativa ao período de até aos 3 meses anteriores ao da reclamação, indicando que tal, aliás, já é do conhecimento da ANACOM.

NOS

Segundo a NOS, não existe uma justificação plausível para aplicar o artigo 9.º-A da Lei da Defesa do Consumidor, que pressupõe o pagamento adicional por um novo serviço, o que, refere a NOS, não se verifica *in casu*. A NOS recorre ainda ao princípio de continuidade do serviço que afirma decorrer do artigo 5.º da Lei dos Serviços Públicos Essenciais para associar a necessidade de manter ativo o serviço de forma contínua à necessidade de manter o acesso aos dados móveis sujeito a um preço estabelecido no tarifário para os pacotes de dados utilizados além do *plafond* inicial, «*se o cliente assim o desejar*». Acresce que, no

entendimento da empresa, ao subscrever o contrato, o cliente aceita as disposições nele contidas, sem necessidade de prestar o seu consentimento específico a cada uma delas, acrescentando que não se compreende por que razão a funcionalidade da ativação automática de dados móveis, que segundo a NOS constitui uma característica intrínseca ao próprio contrato e necessária ao bom funcionamento do serviço, necessita de um consentimento especial e distinto do consentimento geral.

A NOS discorda ainda da interpretação da ANACOM segundo a qual as cláusulas contratuais que preveem a ativação automática de dados móveis são «*cláusulas relativamente proibidas*», uma vez que não há presunção de que o cliente aceita algo que na realidade não aceita, considerando a empresa que o cliente aceita efetivamente as cláusulas em causa quando assina ou presta o seu consentimento por escrito ao contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas. Acresce que, no entendimento da NOS, a ANACOM não questiona a validade e a integridade da aceitação de todas as outras cláusulas gerais incluídas no contrato.

VODAFONE

Segundo a Vodafone, o entendimento da ANACOM de que a prática em questão violaria o princípio da boa-fé assenta em diversos pressupostos incorretos porque: i) não existe qualquer cláusula nos contratos da Vodafone que obrigue os seus clientes a adquirir automaticamente qualquer tipo de serviço adicional ou extra (entendimento contrário ao que a Vodafone diz ser o da ANACOM); ii) a Vodafone cumpre exaustivamente o dever de informação aos seus clientes em todos os seus tarifários e no clausulado de todos os correspondentes contratos, nunca obrigando os seus clientes a contratar serviços contra a sua vontade; iii) não é por, eventualmente, existir alguma falha no cumprimento do dever de informação do cliente (falha essa que, a existir, sempre teria de ser analisada caso a caso à luz do referido regime jurídico) que o contrato passa a ser nulo ou que os serviços propostos passam a ser ilegais; iv) a Vodafone adequa sempre a sua oferta comercial aos interesses dos seus clientes.

Desta forma, «*a conclusão que com o SPD se pretende obter constitui, uma violação da Lei, através de uma total inversão do modo como são prestados os serviços de comunicações, não apenas em Portugal, mas em todo o mundo, o que, viola gravemente os direitos e legítimos interesses dos consumidores*». Considera a Vodafone que resulta da Lei de Defesa

do Consumidor que é em momento anterior à vinculação, no momento de celebração do contrato, que deve ser obtido o consentimento expresso do consumidor para qualquer pagamento adicional à contraprestação acordada, sublinhando estar em causa um «pagamento adicional» e não um «serviço adicional», uma vez que se trata do mesmo serviço, e não de outro. E o consentimento expresso é obtido no momento anterior à vinculação pela celebração do contrato, o que pode ser entendido como um mecanismo de *opt-in*. Segundo a Vodafone, assim é porque é efetivamente naquele momento que o cliente toma a decisão de ativar um serviço com aquelas características concretas.

Afirma ainda a Vodafone ser necessário compreender que, i) estando em causa apenas uma forma de cálculo e faturação do serviço contratado pelo cliente, a informação em causa consta expressa e especificamente das condições particulares negociadas por cada cliente e não, conforme invoca a ANACOM no SPD, das condições gerais aplicáveis a todos os clientes e que constituem o contrato de adesão; ii) a Vodafone não escolhe o tarifário do cliente, pelo que a decisão do cliente no momento de contratação é por demais relevante, considerando a Vodafone não poder aceitar o argumento de que viola o Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, referindo que o entendimento da ANACOM é *«contraditório com o que a própria lei prevê, ou seja, que o consentimento expresso deve ser prestado pelo consumidor antes de ficar vinculado, o que ocorre no momento da celebração do contrato»*, *«constitui uma interpretação legal contrária aos mais basilares princípios legais e constitucionais do nosso Ordenamento Jurídico, em particular da liberdade contratual e da liberdade económica»* e *«vai contra a prática transversal ao sector das comunicações eletrónicas»*.

Segundo a Vodafone, o defendido pela ANACOM teria como consequência o fim de qualquer tarifário pós-pago que não seja de consumo ilimitado, uma vez que atingido o *plafond* inicial contratado – tal como sucede nos tarifários pré-pagos, uma vez atingido o saldo carregado no cartão – o cliente ficaria sem acesso aos serviços contratados, sendo que aceitar e defender que os clientes têm direito a recusar o pagamento de serviços legitimamente cobrados, contratados e utilizados, seria *«colocar em crise todo o instituto do direito das obrigações»*.

De acordo com a Vodafone, apesar de expressamente reconhecer a falta de competência para supervisão do cumprimento da Lei de Defesa do Consumidor e do Regime Jurídico das

Cláusulas Contratuais Gerais, a ANACOM baseia grande parte da sua análise no SPD na alegada violação das normas constantes destes diplomas legais, alegando que esta Autoridade pretende, desta forma, contornar a limitação em causa com o argumento da análise da proporcionalidade da prática em causa face à oferta disponibilizada no momento da celebração, renovação ou alteração dos contratos. Afirma ainda a Vodafone que a ANACOM acaba por, por via indireta, pretender impor às empresas a definição concreta da sua oferta comercial com base na fiscalização de normas que caem fora das suas competências legais, o que considera ilegítimo e ilegal, acrescentando que esta Autoridade carece igualmente de legitimidade para impor às empresas limitações aos seus direitos com base no alegado incumprimento das referidas normas.

Entendimento da ANACOM

No que respeita às referências ao Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais e à Lei de Defesa do Consumidor, remete-se para a argumentação já apresentada acima, reforçando-se que a medida preconizada não se fundamenta no incumprimento, em si mesmo, das referidas disposições legais, mas antes na desproporcionalidade da prática que esse incumprimento, aliado a outras ponderações que se descrevem no SPD, representa. Com efeito, a ANACOM dispõe de habilitação legal, ao abrigo da alínea b) do n.º 3 do artigo 121.º da LCE, para determinar a imediata cessação de práticas e dos contratos em uso pelas empresas que oferecem serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público, que não serviços de transmissão utilizados para a prestação de serviços máquina a máquina, ou a sua adaptação, quando verifique a manifesta desproporcionalidade das práticas e dos contratos face à oferta disponibilizada no momento da celebração, renovação ou alteração de contratos, nomeadamente quanto aos respetivos prazos de duração. Essa desproporcionalidade é aferida por referência a vários critérios que se descrevem em detalhe no SPD, de entre os quais o facto de as práticas em causa violarem o disposto em regras legais contidas no Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais e na Lei de Defesa do Consumidor, cujo objetivo último é assegurar o necessário equilíbrio e proporcionalidade nas relações contratuais de consumo.

A este propósito, reitera-se igualmente que, conforme devidamente se assinala no SPD, a medida em ponderação não visa responder a preocupações de transparência relacionadas com o modo como estas práticas são apresentadas ao utilizador final, na medida em que se

considera que essas preocupações ficam prejudicadas em razão do facto de as características da prática em si mesma, mesmo que transparentemente apresentada, serem desproporcionais e, simultaneamente, não se coadunarem com o princípio geral de boa fé previsto no artigo 3.º da Lei dos Serviços Públicos Essenciais, sendo ainda configuráveis como práticas comerciais desleais, nos termos do n.º 1 do artigo 5.º do Regime aplicável às Práticas Comerciais Desleais, proibida pelo artigo 4.º do mesmo diploma. Sobre o cumprimento do artigo 9.º-A da Lei de Defesa do Consumidor, que a MEO procura sustentar, referindo que não existe a prestação de qualquer «*serviço adicional*», remete-se para a clarificação acima, reforçando-se que em nenhum momento a referida disposição legal utiliza a expressão «*serviço adicional*», mas antes «*pagamento[s] adicional[is]*», sendo inquestionável, quer numa interpretação literal, quer numa interpretação teleológica, que o legislador pretendia, naquela disposição, abranger «*qualquer pagamento adicional que acresça à contraprestação acordada relativamente à obrigação contratual principal*». Estas considerações valem igualmente para resposta ao argumento da NOS, no sentido de que estarão em causa, no artigo 9.º-A da Lei de Defesa do Consumidor, pagamentos adicionais de «*novos serviços*», entendimento que não se identifica ter suporte na disposição em causa.

Também em resposta à alegação da MEO de que a tarifa resultante da utilização do serviço de Internet móvel após o esgotamento do *plafond* base ser uma característica do tarifário que será comunicada aos clientes, será de reiterar que a argumentação do SPD não assenta em preocupações de transparência, mas de conformidade legal da prática em si mesma.

Sobre o entendimento da empresa segundo o qual se depreende da aceitação das condições do tarifário que o automatismo na ativação de *plafonds* adicionais de comunicações será pretendido pelo utilizador final, remete-se para o que já acima se referiu a propósito da capacidade negocial dos utilizadores finais – em particular, dos consumidores – no âmbito da celebração de contratos de adesão, assinalando-se, adicionalmente, que não deverá a empresa assumir, por defeito e com base na subscrição de um tarifário que prevê um determinado preço em contrapartida da possibilidade de realizar comunicações durante um determinado período, até um limite previamente definido, que será intenção do utilizador proceder à ativação e pagamento de *plafonds* adicionais de comunicações após esgotado o *plafond* de base contratado. Acresce que a previsão de regras de *opt-out* de cobranças adicionais em contratos de adesão considera-se, efetivamente, desconforme com o enquadramento legal densificado no SPD.

Sobre o paralelo com a cobrança de chamadas de voz ou comunicações por SMS que não sejam abrangidas pelo *plafond* inicial respetivo, clarifica-se que a medida em ponderação no SPD abrange todo e qualquer tipo de comunicações, não se restringindo a dados móveis.

Adicionalmente, assinala-se que situações de cobrança/dedução do preço de chamadas ou mensagens do saldo do utilizador final quando estas excedam o respetivo *plafond* em regime de *metered billing* não se confunde, ainda assim, com a cobrança de *plafonds* adicionais de comunicações. De facto, no primeiro caso, são cobradas comunicações já realizadas, efetivamente, pelo utilizador final, enquanto no segundo é cobrada disponibilidade para consumos futuros, que o utilizador poderá, ou não, pretender realizar. A determinação em ponderação não abrange a cobrança de comunicações em regime de *metered billing*, ou seja, aquela cuja estrutura de preços pressupõe a cobrança do exato montante de comunicações consumido, ao invés de a cobrança de um valor pela disponibilidade de um *plafond*.

Finalmente, sobre as diligências da MEO no sentido de informar adequadamente o utilizador final sobre as condições do tarifário e recolher o seu acordo expresso – presume-se, na falta de indicação em contrário da parte da empresa, no contexto da subscrição do serviço –, remete-se para as considerações acima sobre o objeto e fundamento da medida em ponderação no SPD, concretamente quanto ao facto de este exceder preocupações de transparência.

Sobre a construção apresentada pela NOS relacionada com a necessidade de garantir a continuidade do serviço, em cumprimento do disposto no artigo 5.º da Lei dos Serviços Públicos Essenciais, remete-se para a argumentação acima.

Sobre a necessidade de aceitação expressa unicamente da cláusula que prevê a ativação automática de dados móveis, clarifica-se, em primeira linha, que a medida em ponderação é, conceptualmente, ligeiramente distinta da que a NOS descreve – pretendendo-se, antes, determinar que a aceitação de cobranças adicionais ao *plafond* de base seja feita com base em solicitações expressas e específicas de *plafonds* adicionais numa base casuística ou, em alternativa, que essa ativação, a ser feita com base num automatismo, seja selecionada em regime de *opt-in*, de forma ativa e expressa, em vez de se apresentar pré-selecionada no momento da subscrição do tarifário, cabendo ao utilizador final diligenciar proativamente para a desativar. Esta preocupação, julga-se, além de inteiramente razoável, é perfeitamente

compreensível, na medida em que pretende apenas garantir que o utilizador final não vê ativados e cobrados *plafonds* adicionais de comunicações que não pretenderia utilizar.

Sobre o argumento final da NOS, no sentido de que, ao subscrever o tarifário, o utilizador final aceita, efetivamente, as respetivas condições, incluindo a relativa à ativação automática de *plafonds* adicionais, refutando, desta forma, que possa considerar-se estar em causa o cumprimento da alínea d) do artigo 19.º do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, refira-se que, em linha com a argumentação do SPD, o que a ANACOM considera é que a aceitação genérica de um automatismo na cobrança de *plafonds* de comunicações adicionais em geral será insuficiente para se considerarem aceites os vários e distintos *plafonds* de comunicações que, concretamente, serão ativados ao longo do contrato, particularmente considerando estarem em causa contratos de adesão, relativamente a cujas cláusulas o consumidor não dispõe de capacidade negocial. Assim, não se contesta a aceitação – mais ou menos consciente – pelo consumidor da cláusula que prevê esse automatismo, uma vez que, ao subscrever o tarifário, este estará a aceitar as condições que lhe estão associadas na sua integralidade. Contesta-se, antes, que essa forma de recolher o consentimento do consumidor para a cobrança da ativação de *plafonds* adicionais seja suficiente, atendendo à natureza dessas cobranças, concretamente ao facto de se tratar da disponibilização de capacidade que excede o tarifário base subscrito pelo consumidor. Assim, e conforme se sustenta no SPD, *«a presunção de aceitação, pelo utilizador final, da ativação e cobrança de cada plafond de dados adicional ao plafond incluído no preço periódico do tarifário com base na sua adesão às condições gerais de prestação do serviço aquando da subscrição do tarifário será excessiva, na medida em que retira ao utilizador final a liberdade de recusar essa ativação – e cobrança – no caso concreto, levando a que lhe possa ser cobrado um preço significativamente superior ao que antecipou pagar aquando da celebração do contrato»*.

Relativamente ao entendimento da Vodafone segundo o qual o consentimento para a ativação de *plafonds* adicionais deve ser obtido em momento anterior à celebração do contrato, remete-se para o já acima exposto, reforçando-se que em momento algum a ANACOM defendeu que o consentimento do utilizador final para qualquer pagamento deve ser dado após a contratação, nem se concebe em que medida a Vodafone poderá interpretar a argumentação do SPD nesse sentido. Recuperando-se o que já acima se assinalou, a ANACOM não defende que o consentimento do utilizador para uma cobrança adicional não seja dado antes da celebração do contrato, mas antes que um pagamento adicional ao valor

base contratado para um determinado período carecerá, necessariamente, de uma solicitação ou aceitação prévia e específica do utilizador final no sentido da ativação do *plafond* que origina esse pagamento, não sendo *suficiente* uma aceitação genérica das condições gerais ou específicas do tarifário que, por defeito, prevejam essa ativação de modo automático, no momento da contratação, na medida em que estejam em causa contratos de adesão cujas condições são definidas pelas empresas.

Já quanto à argumentação de que a aceitação do automatismo nessa ativação pode ser entendida como um mecanismo de *opt-in*, não pode a ANACOM concordar, naturalmente, na medida em que esteja em causa uma opção que se encontre selecionada por defeito nas condições da oferta ou tarifário que caiba ao utilizador final recusar para evitar essas cobranças. Um mecanismo de *opt-in* será, antes, a apresentação dessa opção como passível de ser selecionada, caso o utilizador final assim o entenda, não sendo essa opção ativada na eventualidade de este nada dizer.

Sobre o alegado prejuízo da medida em ponderação, segundo a Vodafone, para a existência de tarifários pós-pagos que não sejam de consumo ilimitado, remete-se para as considerações acima, não se identificando – nem a empresa o tendo feito – a razão pela qual permitir-se ao utilizador final a decisão sobre a manutenção do seu serviço ativo após o esgotamento do seu *plafond* de base poderá ser entendido como incompatível com a natureza pós-paga do tarifário. De resto, os próprios prestadores de serviços de comunicações eletrónicas aplicavam políticas de utilização responsável, tipicamente em tarifários de consumo ilimitado, após cujo esgotamento o serviço contratado seria interrompido ou, no caso da Internet, a velocidade reduzida a um limite muito inferior ao contratado e que, em alguns casos, colocava em causa a própria usabilidade do serviço. Se as empresas consideravam admissível, do ponto de vista comercial, esta limitação em tarifários com consumos ilimitados, não se vê razão para que considerem inadmissível a interrupção de um serviço, mesmo que pós-pago, após o esgotamento do *plafond* contratado, se essa for a opção do utilizador final.

Acresce que, contrariamente ao que alega a Vodafone, em nenhum momento se defende, no SPD, ou da sua argumentação se pode razoavelmente retirar, que os clientes têm direito a recusar o pagamento de serviços legitimamente cobrados, contratados e utilizados. Defende-se, antes, que a ativação e cobrança automáticas de *plafonds* de comunicações

adicionais ao *plafond* de base não poderá fazer-se exclusivamente com base na aceitação genérica de condições contratuais gerais ou específicas, inseridas por defeito em contratos de adesão, sob pena de se retirar ao utilizador final a capacidade de decidir, com liberdade e de forma não condicionada, se e quando pretenderá a ativação desses *plafonds* de comunicações adicionais.

Finalmente, sobre a alegação da Vodafone de que a ANACOM pretende impor às empresas a definição concreta da sua oferta comercial com base na fiscalização de normas que caem fora das suas competências legais, contornando a limitação em causa com o argumento da análise da proporcionalidade da prática em causa face à oferta disponibilizada no momento da celebração, renovação ou alteração dos contratos, refira-se que i) não se vê de que forma a consideração de normas jurídicas cujo objetivo é assegurar o equilíbrio das relações contratuais de consumo possa ser vista como prejudicial a uma análise de proporcionalidade dessas mesmas relações contratuais, assinalando-se que, ainda que com mecanismos de supervisão distintos em razão da sua transversalidade, estas regras não deixam de se aplicar ao sector das comunicações eletrónicas, sendo, nessa medida, inteiramente cabível a sua ponderação pela ANACOM no âmbito da análise da proporcionalidade de práticas adotadas pelas empresas do sector, e ii) em nenhum momento se pretende, no SPD, impor às empresas a definição concreta da sua oferta comercial, antes se determinando que estas recolham o consentimento ativo e expresso do utilizador final para cobranças adicionais ao *plafond* de base contratado.

3.5. Da relevância do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

MEO

De acordo com a MEO, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 02.02.2022, Proc. n.º 22640/18.1T8LSB.L1.S1, no qual, segundo a empresa, o SPD da ANACOM também se apoia, não se adequa com a situação descrita e em apreço no SPD em causa pelos seguintes motivos: i) os fundamentos decisórios dificilmente serão replicáveis para a situação da MEO, já que o próprio SPD sugere maior grau de respeito pelos princípios de clareza e compreensibilidade por parte das previsões contratuais desta prática noutros prestadores de serviços de comunicações eletrónicas; ii) a 06.01.2023 a MEO introduziu nos contratos uma clarificação relativa à ativação de pacotes adicionais de dados móveis; iii) todos os tarifários de voz móvel incluídos na oferta da MEO têm, por defeito, uma componente de

dados através da modalidade *pay per use* e a ativação de consumos de dados móveis extra-*plafond* é sempre precedida do envio de SMS informativo ao cliente, do qual consta a informação sobre a ativação e o preço respetivo. Acrescenta ainda a MEO que a informação é vertida, de forma clara e transparente, na cláusula 8 das Condições Específicas de prestação do serviço de dados – Internet móvel e acesso à Internet wi-fi da MEO.

VODAFONE

A Vodafone começa por apontar que a cláusula invocada pelos Autores na ação popular – Proc. 22640/18.1T8LSB1.S1 não era a cláusula com base na qual a Vodafone efetua a cobrança de dados móveis fora do *plafond*, mas sim a que estava vertida nas Condições particulares do tarifário RED 6.5 em causa e que especificamente definia o valor a cobrar por cada bloco de 200 Mbps, bem como o envio de SMS aos 80% e 100% de utilização. Considera ainda que o Supremo Tribunal de Justiça ignorou por completo os factos provados e produziu uma decisão judicial completamente enviesada que configura um grave erro de julgamento.

De acordo com a Vodafone, a ANACOM, no seu SPD, ao invocar a decisão do STJ no Processo 22640/18.1T8LSB.L1.S1 sem ter conhecimento pleno do processo, confunde, tal como fez o Supremo Tribunal de Justiça, a expressão «*serviços adicionais*» constante na referida cláusula das condições gerais, com a expressão «*pagamentos adicionais*» constante no artigo 9.º-A da Lei de Defesa do Consumidor, acusando a ANACOM de perpetuar também um erro judicial. Afirma ainda a Vodafone que, nas declarações prestadas em audiência de julgamento no referido processo pelo então Presidente da ANACOM, a única testemunha arrolada pelos Autores da ação popular, quando questionado sobre a oferta comercial da Vodafone e sobre a cobrança dos dados móveis quando esgotado o *plafond*, o mesmo deixou claro que o que é efetivamente relevante é a decisão do consumidor de contratar, desde que devidamente informado dos termos em que o serviço é prestado.

Entendimento da ANACOM

Sobre as questões levantadas pela MEO e a Vodafone relativamente ao acórdão do STJ de 02.02.2022, Proc. n.º 22640/18.1T8LSB.L1.S1, refira-se que o mesmo foi mencionado no SPD a título meramente contextual, no sentido de assinalar a existência de pronúncia daquele tribunal sobre questão idêntica à que é objeto do SPD e que, por essa razão, não podia deixar de ser mencionada. Naquele acórdão, o STJ, pronunciando-se sobre prática

semelhante à objeto do SPD, concluiu que «*da aplicação conjunta dos artigos 15.º e 16.º do citado diploma [Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais], conjugados com a al. d) do artigo 19.º (cláusulas relativamente proibidas), que proíbe cláusulas que impõem ficções de aceitação ou de outras manifestações de vontade com base em factos para tal insuficientes, e com a alínea b) do n.º 2 do artigo 9.º da Lei 24/96, resulta que a cláusula contratual geral em crise nestes autos (Cláusula 2.ª d)) é uma cláusula que contraria a boa fé e proibida pela lei*».

Em todo o caso, a intervenção preconizada pela ANACOM no SPD não se sustenta na decisão proferida pelo STJ no referido acórdão, como, de resto, não poderia fazer, atendendo a que este aplica regras cuja supervisão não cabe a esta Autoridade. Este constituiu, ainda assim, mais um elemento dos vários ponderados pela ANACOM e que levaram à conclusão no sentido da desproporcionalidade da prática em questão.

A este respeito, refira-se ainda que a medida em ponderação no SPD não tem como objeto a cláusula a que se refere a Vodafone na sua pronúncia, ou sequer a cláusula analisada pelo STJ na decisão referida, mas antes a prática, em si mesma, de ativação, de modo automático e imediatamente após o consumo do *plafond* de base, de *plafonds* adicionais de comunicações exclusivamente com base na aceitação, pelo utilizador final, das condições gerais e/ou específicas de prestação do serviço, as quais incluem, por defeito, a previsão desse automatismo.

3.6. Propostas de medidas alternativas

NOS

A NOS propõe as seguintes medidas de aplicação uniforme e generalizada, num processo participativo com todas as empresas: i) aumentar a visibilidade da informação sobre carregamentos automáticos no momento da contratação e imediatamente antes da ativação de *plafonds* adicionais de dados, especialmente nos documentos que contêm as condições particulares (Formulário de Adesão e Modelo Resumo do Contrato); ii) facilitar e tornar mais intuitivo para os utilizadores finais o controlo e a gestão do consumo de dados móveis, bem como a desativação imediata da funcionalidade; e iii) uniformizar entre empresas o modo de funcionamento desses *plafonds*.

A NOS reafirma ainda a sua disponibilidade para participar numa reflexão conjunta sobre as medidas a aplicar.

MEO

A MEO reconhece que existe espaço para melhoria da informação e dos meios colocados à disposição dos clientes para controlarem os seus consumos. Propõe-se assim a proceder a algumas alterações às condições e procedimentos associados à ativação do *plafond* adicional, sem prejuízo de outras que possam vir a considerar-se necessárias: i) garantir a possibilidade de os clientes, no momento de adesão, optarem por não usufruir de qualquer consumo extra-mensalidade (seja de que natureza for, incluindo os *plafonds* adicionais de dados) ou de definir um valor máximo para tais consumos, sem prejuízo de se manter a possibilidade de os clientes inibirem apenas os *plafonds* adicionais de dados; ii) rever o conteúdo das mensagens de alerta remetidas aos clientes (quando atingem 80% e 100% do *plafond* incluído no serviço/pacote contratado), incluindo nestas o preço do *plafond* adicional e os procedimentos a adotar para inibir a sua ativação; iii) revisão das FAQ (*Frequently Asked Questions* / Perguntas frequentes) de modo a clarificar as condições de atribuição e de inibição do *plafond* adicional diário.

Conclui ainda a MEO que não pode, no entanto, deixar de considerar que as medidas ora propostas pelo regulador são desproporcionadas, por excederem os fins a que se destinam, devendo a sua aplicabilidade ser reconsiderada na decisão final que venha a ser tomada pela ANACOM.

Entendimento da ANACOM

Registam-se as medidas de reforço da informação aos utilizadores finais propostas pela NOS e pela MEO, que se reputam de positivas. Em todo o caso, e em linha com o vindo de expor, atendendo a que a preocupação que subjaz à medida em ponderação no SPD respeita ao modo de adesão (por defeito) ao automatismo na ativação de *plafonds* adicionais, que se considera prejudicar eventuais questões relacionadas com a transparência com que essa característica das ofertas é apresentada, considera-se que tais medidas ficariam necessariamente aquém do pretendido. De facto, sem prejuízo desse reforço de informação, a alteração do modo de adesão ao automatismo na ativação de *plafonds* adicionais – caso as empresas pretendam mantê-lo –, de um regime de *opt-out* para um regime de *opt-in*, será a medida capaz de dar uma resposta mais eficaz à preocupação em causa, sendo a que melhor permite alcançar o objetivo de proteger os direitos e legítimos interesses dos utilizadores finais, face aos enviesamentos comportamentais conhecidos.

Já quanto à sugestão de que o modo de funcionamento dos *plafonds* adicionais fosse uniformizado por todas as empresas, não se considera que essa uniformização pudesse ser positiva para o mercado, prejudicando a capacidade das empresas de, dentro da legalidade, poderem diferenciar as respetivas ofertas em prol de uma maior concorrência no mercado.

Não pode, em conclusão, deixar de se assinalar que não se compreende por que razão poderão as empresas, alegando preocupações com a informação do utilizador final e alinhamento com o objetivo de assegurar que este não ativa – e paga – inadvertidamente *plafonds* adicionais não pretendidos, apelidam de excessiva e desproporcional uma medida que lhes permite manter as ofertas com a sua atual configuração em termos de condições contratuais, limitando-se a alterar o modo de seleção do automatismo na ativação de *plafonds* adicionais, de um regime de *opt-out* para um regime de *opt-in*. Com efeito, esta alteração terá como único efeito assegurar que os utilizadores finais que aderem ao automatismo em questão o fazem de forma consciente e deliberada e que os utilizadores finais que não pretendem a seleção dessa opção não o fazem inadvertidamente, objetivo que, a julgar pelas pronúncias das várias empresas, é comum a todas e à ANACOM, bem como às associações de proteção de consumidores. De facto, não se admite como razoável que uma exigência de consentimento ativo e expresso dos utilizadores para a cobrança de valores adicionais ao tarifário de base contratado possa ser considerada demasiado onerosa pelas empresas, pela inquestionável essencialidade da preocupação que visa acautelar.

4. Conclusão

Na sequência da ponderação dos contributos recebidos no âmbito dos procedimentos de audiência prévia dos interessados e de consulta pública, em linha com os fundamentos expostos nos entendimentos constantes do presente relatório, a ANACOM considera que se justifica introduzir as seguintes clarificações na decisão:

- 1) Clarificar que o facto de o SPD não se sustentar em preocupações de transparência não invalida a importância das exigências legais nessa matéria, tratando-se, antes, de endereçar aspectos que lhes serão prévios, relacionados com a legalidade e proporcionalidade da prática objeto da medida, em si mesma;

- 2) Deixar (ainda mais) claro que em causa está a cobrança de *plafonds* adicionais do serviço contratado, e não a cobrança de serviços distintos deste, tendo-se ajustado a terminologia utilizada;
- 3) Alterar a designação da medida, no sentido de melhor a alinhar com a terminologia do n.º 3 do artigo 121.º da LCE.

A título de nota final, refira-se que, tal como as empresas disponibilizam, atualmente, mais do que uma opção no que se refere ao modo de ativação de *plafonds* adicionais de comunicações sem que o exercício dessa opção pelos utilizadores finais seja considerado como uma alteração contratual com impacto no período de fidelização, não se considera que o cumprimento da medida a adotar pela ANACOM no âmbito do presente procedimento possa ser configurado como tal. Com efeito, a referida medida visa unicamente, e no limite, corrigir o modo de disponibilização da opção de ativação automática de *plafonds* adicionais de um formato *opt-out* para um formato *opt-in*, com vista a assegurar o adequado cumprimento da legislação aplicável, bem como a proporcionalidade das ofertas. Assim, independentemente do momento em que o exercício dessa opção pelo utilizador final tem lugar – no momento da contratação, durante a vigência do contrato (quando este pretenda alterar a sua opção inicial) ou no contexto da ativação casuística de *plafonds* adicionais, quando aplicável –, não se considera que este exercício habilite as empresas a proceder à refidelização dos clientes em consequência do mesmo. Neste sentido, procurou-se clarificar na decisão final a importância da flexibilidade no exercício das opções existentes, através da alteração da parte final da alínea ii) do ponto 3 do SPD, substituindo a expressão “*bem como barrar posteriormente essa possibilidade*” por “*bem como alterar posteriormente a sua opção, se assim o desejar*” (sublinhado nosso).

Ainda neste contexto, assinala-se que o n.º 4 do artigo 131.º da LCE prevê que apenas podem ser estabelecidos períodos de fidelização mediante a atribuição aos consumidores de contrapartidas, devidamente identificadas e quantificadas no contrato, associadas à subsídio de equipamentos terminais, à instalação do serviço, quando aplicável, à ativação do serviço ou a outras condições promocionais, não se entendendo que o exercício de opções acessórias à prestação do serviço, como as relacionadas com o modo como tem lugar

a ativação de *plafonds* adicionais já previstos no contrato, possa enquadrar-se em qualquer destas possibilidades.

Em conclusão, a ANACOM acompanhará o cumprimento, por parte das empresas, da determinação a adotar por esta Autoridade no âmbito do presente procedimento e atuará em conformidade sempre que identifique situações desconformes com o enquadramento legal e regulamentar aplicável e/ou que prejudiquem os direitos ou legítimos interesses dos utilizadores finais, em particular, dos consumidores.



Lisboa (Sede)
R. Ramalho Ortigão, 51
1099 - 017 Lisboa
Portugal
Tel: (+351) 217211000
Fax: (+351) 217211001

Porto
Rua Direita do Viso, 59
4250 - 198 Porto
Portugal
Tel: (+351) 226198000

Açores
Rua dos Valadbs, 18 - Relva
9500 - 652 Ponta Delgada
Portugal
Tel: (+351) 296302040

Madeira
Rua Vale das Neves, 19
9060 - 325 S. Gonçalo - Funchal
Portugal
Tel: (+351) 291790200



Atendimento ao público
800206665
info@anacom.pt

www.anacom.pt

ANACOM
AUTORIDADE
NACIONAL
DE COMUNICAÇÕES