

APRITEL

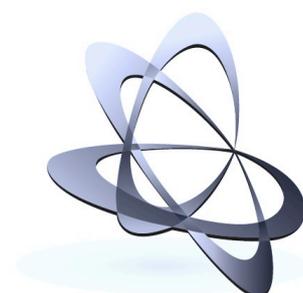
ASSOCIAÇÃO DOS OPERADORES
DE COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS

ALTERAÇÃO DA LEI DO CONSUMIDOR TRANSPOSIÇÃO DE DIRETIVA

Comentário da APRITEL à proposta de transposição da
Diretiva Consumidores apresentada ao Conselho Nacional
do Consumo em setembro de 2013

Índice

NOTA PRÉVIA	2
INTRODUÇÃO	2
COMENTÁRIOS AOS PROJETOS DE TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA CONSUMIDORES	4
A.1. DECRETO - LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS À DISTÂNCIA E AOS CONTRATOS CELEBRADOS FORA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL	4
A.2. PROPOSTA DE LEI QUE ALTERA A LEI Nº 24/96, DE 31 DE JULHO E TRANSPÕE PARA A ORDEM JURÍDICA NACIONAL OS ARTIGOS 5º, 18º, 20º, 21º E 22º DA DIRETIVA 2011/83/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 25 DE OUTUBRO DE 2011 RELATIVA AOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES.....	11



19 de setembro de 2013

Nota prévia

A APRITEL agradece, em primeiro lugar, o envio dos projetos legislativos através dos quais o legislador português pretende transpor para o ordenamento jurídico português a Diretiva Consumidores - Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011.

No entendimento da APRITEL, esta cooperação entre os agentes do mercado e o legislador é fundamental e imprescindível, devendo os operadores ser encarados como verdadeiros parceiros dos órgãos legislativos, que podem e devem contribuir de forma positiva e efetiva para uma melhor eficácia do processo legislativo.

Na verdade, considerando a complexidade do setor e os contornos da atividade dos operadores, é fundamental que no âmbito da sua regulação as entidades que pretendam desenvolver medidas legislativas as consultem previamente, possibilitando assim uma plena compreensão dos vários aspetos que podem estar em jogo, de molde a assegurar diplomas legislativos que prossigam, com eficiência, os objetivos que lhes foram destinados.

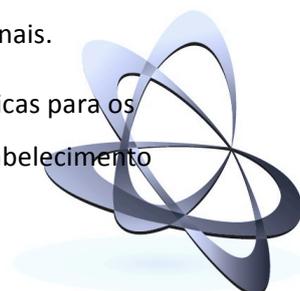
Neste contexto, a APRITEL espera que os seus comentários relativamente ao pacote legislativo ora apresentado contribuam para uma proteção mais adequada dos interesses dos consumidores, em especial no que se refere às comunicações eletrónicas, contribuindo, assim, para o desenvolvimento económico do país e para o bem-estar dos consumidores.

Desta forma, apresentamos, de seguida, os comentários da APRITEL aos aspetos mais relevantes dos mencionados diplomas legislativos:

Introdução

Esta Diretiva tem por objetivo contribuir, graças à consecução de um elevado nível de defesa dos consumidores, para o bom funcionamento do mercado interno, através da aproximação de certos aspetos das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas aos contratos celebrados entre consumidores e profissionais.

Neste contexto, a Diretiva comunitária aprovada vem estabelecer regras únicas para os contratos celebrados à distância e para os contratos celebrados fora do estabelecimento



19 de setembro de 2013

comercial, regulando, ainda, determinados aspetos das vendas dentro do estabelecimento, em particular, no que diz respeito à informação pré contratual que deve ser disponibilizada aos consumidores.

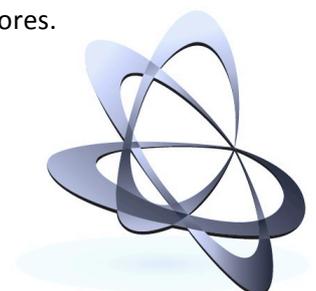
Sobre este aspeto em particular, não podemos deixar de evidenciar que, no que diz respeito ao setor das comunicações eletrónicas, grande parte das obrigações de informação agora previstas já resultam do acervo regulamentar emanado do ICP-ANACOM, em particular das deliberações relativas a:

- Elementos mínimos que devem constar dos contratos;
- Objeto e forma de disponibilização ao público das condições de oferta e de utilização de serviços de comunicações eletrónicas;
- Procedimentos exigíveis para a cessação de contratos, por iniciativa dos assinantes, relativos à oferta de redes públicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público.

Resulta, assim, evidente, e no que diz respeito ao setor das comunicações eletrónicas, que já hoje existem regras muito rigorosas quanto ao teor da informação que deve ser disponibilizada ao público em geral e, em particular, aos assinantes, quer em sede pré contratual, quer em sede de execução do contrato, bem como à forma através da qual a mesma informação pode ser acedida (lojas, agentes, serviço permanente de apoio a clientes ou sítios da Internet).

Neste contexto, o dever acrescido de informação, prestada de forma clara e rigorosa, de molde a permitir ao consumidor efetuar uma escolha informada, independentemente do local ou modo de conclusão do contrato, embora possa ser relevante para outros setores, certamente terá um impacto relativamente reduzido no setor das comunicações eletrónicas, onde já é regra a disponibilização aos consumidores deste tipo de informação.

Não obstante, existem algumas regras agora projetadas que, na opinião da APRITEL, põem em causa não só a simplicidade da relação contratual, como a própria legislação e regulamentação setorial, num setor que se tem caracterizado pelo dinamismo e inovação, pelo que oportunamente transmitiremos as preocupações que aquelas regras levantam, nos comentários detalhados aos projetos de transposição da Diretiva Consumidores.



19 de setembro de 2013

Comentários aos projetos de transposição da Diretiva Consumidores

A.1. Decreto - Lei aplicável aos contratos à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial

Capítulo II

Artigo 4º

Informação pré-contratual nos contratos celebrados à distância ou celebrados fora do estabelecimento comercial

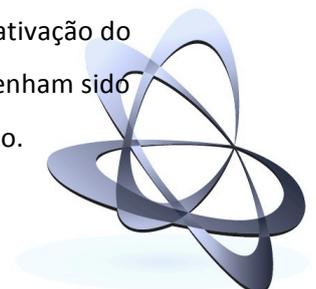
j) A informação de que o consumidor deve pagar ao prestador de serviços um determinado montante, proporcional ao serviço que já lhe foi prestado, sempre que o consumidor exercer o direito de livre resolução após ter apresentado um pedido nos termos do art.º. 15º.

A APRITEL considera que os prestadores de serviços que incorram em custos de investimento inicial com a disponibilização de um serviço, designadamente custos de instalação e ativação de serviços, que porventura não sejam cobrados ao consumidor no pressuposto de que o serviço em causa será prestado por um período contratual mínimo acordado, deverão poder ser cobrados, desde que sejam comunicados ao consumidor em momento anterior à celebração do contrato, através de suporte duradouro.

A diretiva comunitária menciona a este propósito no seu Considerando 50) que “(...) o profissional deverá ter a garantia de que será adequadamente remunerado pelo serviço que prestou.”.

Os serviços de instalação e ativação do serviço assumem particular relevância nas comunicações eletrónicas fixas e integram o contrato celebrado com o consumidor, pelo que a APRITEL não pode concordar que o cálculo do montante devido pelo consumidor ao profissional se cinja ao montante proporcional ao tempo em que o serviço foi prestado.

A APRITEL propõe, assim, que esta alínea passe a prever expressamente que ao valor do serviço poderão acrescer outros valores, tais como custos de instalação ou ativação do serviço, desde que os mesmos se apresentem proporcionais e razoáveis e tenham sido comunicados ao consumidor em momento anterior à celebração do contrato.



19 de setembro de 2013

(o) O aviso da existência de uma garantia legal de conformidade dos bens quando aplicável nos termos do regime jurídico aplicável à conformidade dos bens de consumo previsto no Decreto-Lei n.º 63/2001, de 8 de abril alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio;

A referência ao Decreto – Lei n.º 63/2001 acima referido não se encontra correto. O diploma legislativo que se pretende, decerto, referir é o Decreto-Lei nº 67/2003, de 8 de Abril que transpôs para o ordenamento jurídico português a Diretiva nº 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de Maio.

Artigo 5º

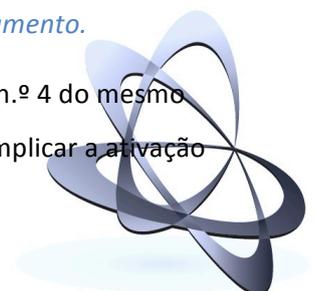
Requisitos formais aplicáveis nos contratos celebrados à distância

1– As informações previstas no número 1 do artigo anterior, cujo objetivo comercial tem sempre de ser inequivocamente explicitado, devem ser fornecidas de forma clara e compreensível através de meio adaptado à técnica de comunicação a distância utilizada, com respeito pelos princípios da boa-fé, da lealdade nas transações comerciais e da proteção das pessoas com incapacidade de exercício dos seus direitos, especialmente os menores.

Consideramos que o que deve ser explicitado é o carácter comercial do contacto efetuado ao consumidor e não o teor comercial das informações pré-contratuais referidas no artigo 4º, pelo que sugerimos a supressão dessa menção, devendo este nº 1 passar a ter a seguinte redação: “ As informações previstas no número 1 do artigo anterior, ~~cujo objetivo comercial tem sempre de ser inequivocamente explicitado,~~ devem ser fornecidas de forma clara e compreensível através de meio adaptado à técnica de comunicação a distância utilizada, com respeito pelos princípios da boa-fé, da lealdade nas transações comerciais e da proteção das pessoas com incapacidade de exercício dos seus direitos, especialmente os menores” .

3 – Para efeitos do cumprimento do disposto no número anterior, o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve garantir que o consumidor ao efetuar a encomenda confirme, de forma expressa e consciente, que a encomenda implica a obrigação de pagamento.

Consideramos desnecessária a inclusão desta confirmação uma vez que no n.º 4 do mesmo artigo se refere expressamente que: “Quando a realização da encomenda implicar a ativação



19 de setembro de 2013

de um botão ou uma função semelhante, o botão ou a referida função é identificado de forma facilmente legível, apenas com a expressão «encomenda com obrigação de pagar» ou uma formulação correspondente inequívoca, que indique que a realização da encomenda implica uma obrigação de pagamento ao profissional”.

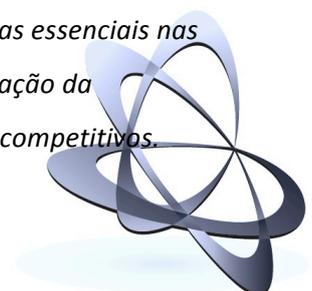
Neste contexto, não percebemos o alcance prático deste pedido de confirmação, uma vez que existe uma funcionalidade que produz o mesmo efeito e se o consumidor ao “clique” no respetivo botão manifesta a intenção de adquirir e formalizar a venda com a informação necessária relativa ao preço que tem que pagar.

7 – Quando o contrato for celebrado por telefone, o consumidor só fica vinculado depois de assinar a oferta ou enviar o seu consentimento escrito ao fornecedor de bens ou prestador de serviços.

A APRITEL considera que esta exigência deve ser suprimida porquanto põe em causa a simplicidade e desburocratização subjacente a esta modalidade de contratação, sendo que existem no nosso ordenamento jurídico mecanismos legais e regulamentares suficientes para garantir a legitimidade de uma vinculação efetuada por uma técnica de comunicação à distância, *maxime* a contratação efetuada através do telefone.

Com efeito, e desde a publicação da Lei nº 41/2004 de 18 de Agosto (recentemente alterada pela Lei 46/2012 de 29 de Agosto) que transpôs para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas, que se prevê a existência de gravações legalmente autorizadas de comunicações e dos respetivos dados de tráfego quando realizadas no âmbito de práticas comerciais lícitas, para o efeito de prova de uma transação comercial, pelo que uma gravação efetuada em obediência aos requisitos legais e regulamentares definidos pela Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) será suficiente para garantir uma adesão livre, consciente e esclarecida.

Refira-se, ainda, a este propósito, que a própria CNPD reconhece na sua Deliberação nº 992/2009, “**Princípios aplicáveis ao tratamento de dados de gravação de chamadas**”, que “*As tecnologias no domínio da comunicação e da informação são ferramentas essenciais nas estruturas organizativas das economias de mercado, promovendo a optimização da organização e a rentabilização dos serviços empresariais, tornando-os mais competitivos.*”

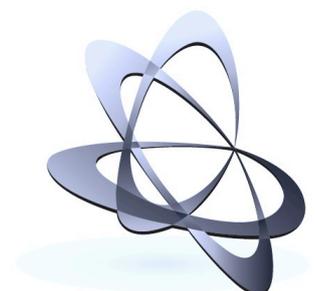


19 de setembro de 2013

Consequentemente, as empresas utilizam as tecnologias que têm ao seu alcance para verificar, nomeadamente, se existiu ou não o cumprimento efetivo das ordens e instruções que foram transmitidas/recebidas, maxime pela entidade que tem a seu cargo as transações comerciais, as quais decorrem no âmbito de uma relação contratual estabelecida entre uma empresa e o titular dos dados. Existindo, entre a empresa e o titular dos dados, uma relação de natureza contratual, livremente outorgada por estes, e em que ambos se vincularam voluntariamente, deverá ser dada especial atenção ao que, sobre esta matéria, for acordado ou inserido no contrato celebrado, salvaguardados que estejam os limites impostos pela lei”, pelo que não nos parece que subsista, à luz do ordenamento jurídico português, a necessidade de impor um requisito formal adicional para assegurar a vinculação do consumidor.

De notar que o nº 6 do artigo 8º da presente diretiva não impõe esta obrigação, prevendo somente a possibilidade de os Estados Membros, se assim o entenderem e quando se justifique (acrescentamos nós), terem esta faculdade.

Com efeito, o citado artigo da diretiva comunitária confere expressamente aos Estados Membros a possibilidade de consagrar que a vinculação do consumidor seja efetuada num suporte duradouro, forma que se revela, no entender da APRITEL, mais adequada e proporcional do que a materialização do consentimento do consumidor num documento que assuma a forma escrita. Esta opção não coloca em crise o desiderato subjacente à diretiva comunitária que passa pela consecução de um elevado nível de defesa dos consumidores sendo o mesmo, aliás, plenamente cumprido.



19 de setembro de 2013

Artigo 9º

Requisitos formais aplicáveis nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial

2 – O fornecedor de bens ou prestador de serviços deve entregar ao consumidor uma cópia do contrato assinado ou a confirmação do contrato em papel ou, se o consumidor concordar, noutro suporte duradouro, incluindo, se for caso disso, a confirmação do consentimento prévio e expresso do consumidor e o seu reconhecimento, nos termos da alínea m) do número 1 do artigo 17º.

O conceito “confirmação do contrato” merece esclarecimento, uma vez que não se compreende que situações podem estar aqui incluídas. Com efeito, a APRITEL considera que os conceitos entrega de cópia do contrato assinado em papel ou noutro suporte duradouro são suficientes para garantir que o consumidor efetivou uma adesão ao contrato de forma livre, consciente e esclarecida e que dispõe de um meio de prova de fácil acesso e utilização.

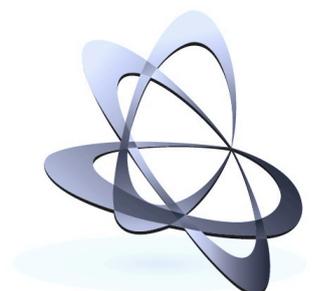
Artigo 11º

Exercício e efeitos do direito de livre resolução

1 – O consumidor pode exercer o seu direito de livre resolução através do envio do modelo de “Livre resolução” previsto no anexo I, Parte B ao presente decreto-lei ou através de qualquer outra declaração inequívoca em que comunique a sua decisão de resolver o contrato.

A disponibilização *online* deste formulário acarreta alterações nos sítios dos prestadores de serviços e, conseqüentemente, custos de desenvolvimento. Não sendo esta disponibilização obrigatória, não percebemos qual a vantagem de o referido formulário ser criado, na medida em que os consumidores têm várias alternativas de acesso à informação à sua disposição.

A APRITEL sugere, assim, que fique expressamente estipulado que os consumidores podem utilizar o referido formulário para efeitos do exercício do direito de resolução.



19 de setembro de 2013

2– Para efeitos do presente decreto-lei considera-se como sendo uma declaração inequívoca, a declaração de aceitação em que o consumidor comunica, por palavras suas, a decisão de resolver o contrato, designadamente, através da expedição de carta, de contacto telefónico, da devolução do bem ou de qualquer outro meio suscetível de prova, nos termos gerais de direito.

Consideramos que deve ser retirada a comunicação via telefónica, dada a dificuldade de prova que, nos termos do número 5 do mesmo artigo, incumbe ao consumidor. Neste sentido, a redação do número 2 deverá passar a ser a seguinte:

2– Para efeitos do presente decreto-lei considera-se como sendo uma declaração inequívoca, a declaração de aceitação em que o consumidor comunica, por palavras suas, a decisão de resolver o contrato, designadamente, através da expedição de carta, ~~de contacto telefónico,~~ da devolução do bem ou de qualquer outro meio suscetível de prova, nos termos gerais de direito.

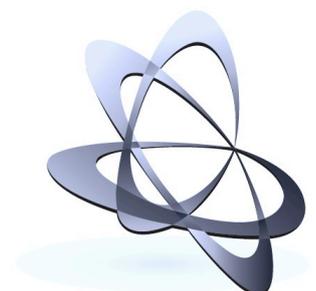
Artigo 14º

Inspeção e manipulação do bem

2 – O consumidor pode ser responsabilizado pela depreciação do bem, se a manipulação efetuada para inspecionar a natureza, as características e o funcionamento desse bem exceder a manipulação que habitualmente é admitida em estabelecimento comercial.

Consideramos que a aferição da depreciação do bem e a conseqüente responsabilização do consumidor pela mesma não devem ser efetuadas por remissão para a manipulação que habitualmente é admitida em estabelecimento comercial. Introduce-se no ordenamento jurídico um conceito demasiado vago e variável, em função do vendedor/prestador de serviço e que é susceptível de pôr em causa a segurança da relação jurídica.

Nesta medida, a APRITEL sugere que a depreciação do bem seja aferida mediante critérios objetivos, como seja, designadamente, a existência de riscos ou a inexistência das películas protetoras dos bens.



19 de setembro de 2013

Artigo 15º

Prestação de serviços durante o período de livre resolução

2- Se o consumidor exercer o direito de livre resolução, após ter apresentado o pedido previsto no número anterior, ao prestador do serviço deve ser pago um montante proporcional ao que foi efetivamente prestado até ao momento da comunicação da resolução, em relação ao conjunto das prestações previstas no contrato.

O n.º 3 do artigo 14º da diretiva comunitária estipula que o consumidor paga ao profissional um montante proporcional ao que foi fornecido até ao momento em que o consumidor comunicou ao profissional o exercício do direito de livre resolução, em relação ao conjunto das prestações previstas no contrato, sendo o montante proporcional a pagar pelo consumidor ao profissional calculado com base no preço total acordado no contrato.

Atento o disposto na diretiva comunitária e em consonância com os nossos comentários a propósito da alínea j) do artigo 4º, propomos que este artigo preveja expressamente a possibilidade de o profissional cobrar ao consumidor todos os valores relativos a serviços efetivamente prestados, incluindo valores não cobrados, no pressuposto de que o serviço seria prestado por um período contratual mínimo, tais como valores de instalação e ativação de serviços.

Artigo 17º

Exceções ao direito de livre resolução

1 - Salvo acordo em contrário entre as partes, o consumidor não pode exercer o direito de livre resolução nos contratos de:

a) Prestação de serviços, desde que:

i) Os serviços tenham sido integralmente prestados após o prévio consentimento expresso do consumidor, nos termos do artigo 13º; e

Em nossa opinião, a remissão supra efetuada para o artigo 13º não se encontra correta, uma vez que a remissão que se pretenderá realizar será para o artigo 15º, devendo assim ser alterada a respetiva redação.



19 de setembro de 2013

A.2. Proposta de Lei que altera a Lei nº 24/96, de 31 de Julho e transpõe para a ordem jurídica nacional os artigos 5º, 18º, 20º, 21º e 22º da Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011 relativa aos direitos dos consumidores.

Artigo 9º

7 - Sem prejuízo de regimes mais favoráveis, nos contratos que resultem da iniciativa do fornecedor de bens ou do prestador de serviços fora do estabelecimento comercial, por meio de correspondência ou outros equivalentes, é assegurado ao consumidor o direito de livre resolução no prazo de 14 dias seguidos, nos termos do disposto no Decreto-Lei n.º /2013, de _____.

A APRITEL considera que o estatuído neste nº 7 do artigo 9º da Lei nº 24/96 de 31 de julho não encontra fundamento na diretiva comunitária que se pretende transpor, indo muito além do que nela está previsto, e do que é juridicamente razoável e exigível nos contratos de compra e venda/prestação de serviços concluídos no estabelecimento comercial.

Com efeito, se nos contratos celebrados à distância ou fora do estabelecimento comercial existem fundamentos para conferir uma proteção especial ao consumidor, com a consagração de um prazo de livre resolução contratual de 14 dias, neste tipo de contratos presenciais não se verificam tais fundamentos, na medida em que lhe é dada a possibilidade de conhecer em detalhe os termos contratuais, bem como de gozar do período prévio de reflexão que entender.

Consideramos, por isso, que se deverá privilegiar o princípio “*pacta sunt servanda*”, enquanto regra basilar do nosso ordenamento jurídico, devendo o consumidor cumprir o que contratou e sujeitar-se às consequências do incumprimento, não devendo ser plasmado para este tipo de vendas qualquer direito de resolução característico das vendas celebradas à distância e fora do estabelecimento comercial.

