



Pronúncia da MEO

Sobre o

Sentido Provável de Decisão relativo à determinação das velocidades de referência associadas às obrigações de cobertura na faixa de frequências dos 800 MHz

Deliberação da ANACOM de 28.05.2015

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

6 de julho de 2015

Pronúncia da MEO sobre o Sentido Provável de Decisão relativo à determinação das velocidades de referência associadas às obrigações de cobertura na faixa de frequências dos 800 MHz

I. Nota Prévia

Na sequência da deliberação do Conselho de Administração da ANACOM de 28.05.2015, relativa à aprovação do Sentido Provável de Decisão sobre a determinação das velocidades de referência associadas às obrigações de cobertura na faixa de frequências dos 800 MHz (doravante, “SPD”), vem a MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A. (doravante, “MEO”), nos termos e para os efeitos previstos nos artigos 100.º e 101.º do Código do Procedimento Administrativo, submeter a sua pronúncia, nos termos seguidamente expostos.

Os comentários, sugestões e contributos da MEO apresentados ao longo deste documento tiveram em atenção a atual conjuntura do mercado e o quadro legal existente e não prejudicam a adoção de posições diferentes no futuro, caso se alterem as condições subjacentes à presente pronúncia. Adicionalmente, a pronúncia da MEO em nada prejudica as posições adotadas em processos judiciais que estejam ou venham a estar relacionadas com o objeto do presente SPD, devendo considerar-se os seus comentários, contributos e sugestões no âmbito do exercício do direito-dever de colaboração com a ANACOM na adoção de decisões com impacto nos operadores e no mercado.

A MEO considera, para todos os efeitos, como CONFIDENCIAIS as passagens deste documento devidamente assinaladas como tal, com a indicação de [IIC] – Início de Informação Confidencial e [FIC] – Fim de Informação Confidencial, uma vez que as mesmas constituem segredo comercial e de negócio, sendo suscetíveis de revelar questões inerentes às atividades e vida interna da empresa.

II. Enquadramento e Considerações Gerais

1. De acordo com o SPD, pretende a ANACOM deliberar impor que a velocidade de referência para efeitos das obrigações de cobertura na faixa de frequências dos 800 MHz, a que cada

operador móvel se encontra vinculado, seja (i) de 43,2 Mbps para a MEO, (ii) de 7,2 Mbps para a Vodafone e (iii) de 4 Mbps para a NOS.

Mais propõe a ANACOM que as obrigações de cobertura fixadas nos termos do parágrafo anterior passem a fazer parte integrante, no que respeita à MEO, do título ICP-ANACOM n.º 02/2012, conforme previsto no respetivo número 18.

No que concerne especificamente à MEO – empresa à qual é proposta a imposição de uma velocidade de referência mais de 10 vezes superior à que se propõe impor a um dos operadores móveis e 6 vezes superior àquela que se propõe impor ao outro –, esclarece a ANACOM que a metodologia seguida para a fixação da velocidade de referência associada às obrigações de cobertura que agora se propõe impor a esta empresa foi a determinada na sua deliberação de 21.03.2014 sobre a metodologia para a fixação e revisão das velocidades de referência associadas às obrigações de cobertura na faixa dos 800 MHz (doravante “Deliberação de 21.03.2014”).

2. A título de nota de enquadramento, não pode deixar de ser salientado que qualquer imposição de obrigações de cobertura aos operadores móveis (incluindo, assim, as obrigações relativas à velocidade de referência a oferecer às populações nas 480 freguesias a cobrir) deve, pela sua própria natureza, obedecer a princípios de razoabilidade, de proporcionalidade e de adequação, exigindo assim não apenas a ponderação dos diversos interesses em presença como, em particular, a verificação da conformidade do resultado alcançado com o racional das normas aplicáveis e com os objetivos nelas estabelecidos.

Ora, a proposta contida no SPD não parece ponderar adequadamente os interesses em presença, nem atinge um resultado conforme com os objetivos fixados no Regulamento n.º 560-A/2011, de 19 de outubro (doravante, “Regulamento do Leilão”), ou com o racional que subjaz à norma contida no n.º 6 do artigo 34.º deste regulamento administrativo.

Não parece atingir um resultado conforme com o racional e os objetivos estabelecidos no Regulamento do Leilão porque, ao invés de garantir que “os clientes que acedam à banda larga móvel nas freguesias a cobrir o possam fazer com base numa velocidade de transmissão que, por um lado não esteja desfasada daquela que está associada às ofertas disponibilizadas a nível nacional e, por outro, **não constitua um encargo excessivo e desproporcional** para cada empresa”¹, conduz a que os clientes que acedam à banda larga

¹ Cf. parágrafo 2. da Deliberação de 21.03.2014 (página 7, sem realce no original).

móvel nas freguesias a cobrir pela MEO o façam à custa de encargos adicionais para a MEO que não podem deixar de se considerar excessivos e desproporcionais em si mesmos (bem como discriminatórios face aos demais operadores móveis, seus concorrentes).

E não parece ponderar adequadamente os interesses em presença porque, na ausência de quaisquer obrigações de serviço universal, ainda assim aceita que a prossecução dos objetivos de universalização que estão tendencialmente associados à obrigação de cobertura das 480 freguesias em causa se faça à custa da imposição à MEO da realização de encargos financeiros adicionais, destinados a oferecer, em 160 dessas freguesias, uma velocidade de acesso à banda larga muito superior àquela que terá de ser oferecida pelos seus concorrentes. De notar que esta posição da ANACOM ignora, igualmente, o recente relatório do ECC (“Electronic Communications Committee”) da CEPT, de 6 de março de 2015, relativo a obrigações de cobertura móvel em vigor, onde é referido, no que respeita às obrigações de cobertura associadas à faixa de frequências dos 800 MHz em Portugal, que a intenção foi a de não impor um fardo desnecessário aos operadores, uma vez que as áreas remotas usualmente não são comercialmente atrativas.

3. Parece também inequívoco que qualquer discussão relativa ao tema da determinação das velocidades de referência a impor a cada operador móvel não pode deixar de ter por base os objetivos subjacentes à realização do Leilão de Frequências Multifaixa e, em especial, o racional da imposição, no Regulamento do Leilão, da cobertura de 480 freguesias do País atualmente sem cobertura de banda larga móvel.
4. A MEO conclui, portanto, que o sentido que é proposto pela ANACOM no SPD relativamente à interpretação do disposto no artigo 34º do Regulamento do Leilão, conduz a um resultado inaceitável, desde logo por não ter correspondência na teleologia do nº 6 do artigo 34º do Regulamento do Leilão nem no racional que lhe subjaz.

Com efeito, e *em primeiro lugar*, o resultado proposto pela ANACOM no SPD, em termos de imposição de velocidades de referência, conduz a que a MEO venha a ser forçada a prestar, nas 160 freguesias a cobrir, um serviço de banda larga móvel com um débito máximo superior ao que este operador oferece a nível nacional à maioria dos seus clientes, como adiante se verá. Ora, como a própria ANACOM reconhece no Relatório da consulta pública que antecedeu a Deliberação de 21.03.2014, trata-se de um resultado que não é compatível com o “fim pretendido” pelo Regulamento do Leilão e que, nas palavras do próprio

Regulador, seria “desproporcional” e sem “qualquer adequação ao fim pretendido”² Assim, uma interpretação que conduz a um resultado que o próprio Regulador admite ser contrário àquele que é pretendido, não pode afigurar-se correta e tem, por isso, de ser revista.

Em segundo lugar, o resultado proposto pela ANACOM no SPD afigura-se desprovido de racionalidade de um ponto de vista tecnológico. Na verdade, a imposição à MEO de uma velocidade de referência entre 6 e mais de 10 vezes superior à imposta aos demais operadores, tendo a ANACOM um conhecimento aprofundado das normas e das tecnologias em causa (UMTS e LTE), não pode deixar de ser causadora de espanto. Efetivamente, como pode o Regulador propor a adoção de uma decisão que encerra em si mesma uma disparidade tão grande nas velocidades de referência a impor aos 3 operadores móveis (dos 4 Mbps aos 43,2 Mbps), sobretudo quando todos usam exatamente as mesmas tecnologias, larguras de banda e espectro disponível? Também por esta razão, a interpretação que é levada a cabo pela ANACOM no SPD não pode ser aceite pela MEO e tem de ser revista.

Finalmente, sendo claro que o fim pretendido é o de “potenciar um acesso mais generalizado e transversal à banda larga”³ e o de “maximizar benefícios para os utilizadores”⁴, é inequívoco que tal fim não é servido pela interpretação propugnada pela ANACOM já que, como se verá adiante, a população que será coberta pela oferta de banda larga móvel da MEO se for imposta a este operador uma velocidade de referência de 43,2 Mbps é inferior àquela que seria coberta se a referida velocidade fosse, por exemplo, de 4 Mbps⁵. Este é mais um motivo que concorre para que esta interpretação não seja aceitável.

Face a todos estes elementos – jurídicos, tecnológicos e fácticos – não pode senão concluir-se que a tese defendida pela ANACOM no SPD não pode merecer o acordo da MEO, por não estar suportada na *ratio* do Regulamento do Leilão, nem ancorada na adequação dos resultados atingidos.

5. É pois com este pano de fundo que a MEO irá agora pronunciar-se de forma especificada sobre o SPD, comentando as medidas nele propostas à luz de um argumento essencial, cuja pertinência procurará demonstrar de forma fundamentada nesta sua pronúncia.

² Cf. página 12.

³ Cf. página 12 do Relatório da consulta pública que antecedeu a Deliberação de 21.03.2014.

⁴ Cf. a Exposição de Motivos do Regulamento do Leilão.

⁵ Note-se que a velocidade atingível depende da distância à estação base

Antes porém de abordar o tema central da presente pronúncia – o caráter desadequado da tese interpretativa da referida disposição que é defendida no SPD – a MEO reiterará, a abrir o Capítulo seguinte, os motivos pelos quais considera que o conceito de “ofertas comerciais relevantes” (estabelecido no parágrafo 2.1. da Deliberação de 21.03.2014) não deve abranger os tarifários “internet no telemóvel”.

Concluirá ainda a MEO a presente pronúncia indicando qual é o sentido interpretativo que, no seu entender, deve ser fixado para a norma contida no nº 6 do artigo 36º do Regulamento do Leilão.

III. Comentários específicos à determinação das velocidades de referência

1. Exclusão dos tarifários “internet no telemóvel” do conceito de “ofertas comerciais relevantes”

1.1. A MEO teve já oportunidade de transmitir detalhadamente à ANACOM os motivos pelos quais discorda da inclusão dos tarifários “internet no telemóvel” no conceito de “ofertas comerciais relevantes” para efeitos de determinação das velocidades de referência associadas às obrigações de cobertura na faixa de frequências dos 800 MHz. Para evitar repetições fastidiosas, a MEO remete para os comentários anteriormente tecidos junto do Regulador, em particular os constantes das nossas comunicações de 06.08.2014, 21.11.2014 e 10.12.2014, e que aqui não apenas se dão por integralmente reproduzidos, como se reiteram.

1.2. A MEO gostaria, no entanto, de insistir num ponto que lhe parece ser da maior importância e que poderá não ter sido ainda adequadamente ponderado pelo Regulador.

E esse ponto é o de que, no que se refere aos tarifários de “internet no telemóvel”, a informação que é disponibilizada na página eletrónica da MEO traduz as **condições de utilização** do serviço de banda larga, através de telemóvel. Isto porque, como a MEO teve já oportunidade de demonstrar, o que nestes tarifários é oferecido é um determinado volume de tráfego (e não uma velocidade de acesso). É isso que é indicado nas condições da oferta e

é por isso que os tarifários de “internet no telemóvel” variam em função do volume de dados oferecido em cada um deles, e não em função do débito máximo, desde logo porque não é oferecido ou garantido débito algum.

Não pode, assim, no caso dos tarifários “internet no telemóvel”, falar-se de uma oferta comercial de banda larga móvel com um débito associado, mas antes de uma oferta de banda larga móvel com um volume de tráfego associado.

Ora, não podendo falar-se de uma oferta comercial de banda larga móvel **com um débito associado**, não pode também tal oferta ser incluída no conceito de “oferta comercial relevante”. Isto porque este conceito apenas abrange as ofertas que se encontrem associadas a débitos máximos. E, na oferta comercial de “internet no telemóvel”, o que há é, tão só e apenas, volumes de tráfego (máximos) associados.

Apesar de, na “internet no telemóvel”, não haver uma oferta que tenha associado um determinado débito, há porém – em termos de condições de utilização do serviço – a possibilidade de serem atingidos determinados débitos. E é isso – condições de utilização e não condições concretas e vinculativas da oferta comercial – que é divulgado pela MEO na sua página eletrónica, em cumprimento, de resto, de uma Deliberação do Regulador.

- 1.3. A MEO permite-se adicionalmente salientar que, não só foi sempre seu entendimento que as ofertas relativas à “internet no telemóvel” comercializadas por esta empresa não seriam consideradas para efeitos de determinação da velocidade de referência a observar nas freguesias sem cobertura de banda larga móvel, como que considera que foi também esse o entendimento que viu confirmado pelo Regulador tanto na Deliberação de 21.03.2014 como, sobretudo, no Relatório da consulta pública que antecedeu aquela deliberação.

Com efeito, no parágrafo 2.2.2. daquele Relatório, a ANACOM começa por descrever que, na sua pronúncia, a MEO havia afirmado considerar que os tarifários “internet no telemóvel” deveriam ser excluídos da definição de ofertas comerciais relevantes, em virtude de “segundo o operador, **este tipo de ofertas não ter um débito máximo associado**, não estando por isso as respetivas velocidades máximas definidas nos respetivos contratos, em comunicações aos utilizadores, nem nas condições da oferta”. (sem realce no original)

Em resposta a este particular comentário da MEO, esclareceu o Regulador o seguinte no Relatório da consulta pública:

“Quanto aos **tarifários que não têm uma velocidade associada**, o ICP-ANACOM esclarece que **estes não deverão ser considerados**, tal como indica o Projeto de Decisão, nomeadamente na página 8, onde se refere que “por ofertas de banda larga móvel consideram-se todas as ofertas suportadas na rede móvel, que se encontrem associadas a débitos máximos de *download* iguais ou superiores a 256 Kbps”, bem como na nota de rodapé que refere “ofertas cujos débitos máximos subjacentes estejam definidos nos respetivos contratos, em comunicações aos utilizadores ou nas condições da oferta”. (sem realce no original)

Que outra leitura se pode fazer desta afirmação senão a de que a ANACOM perfilhava o entendimento de que as ofertas de “internet do telemóvel” – que tinham sido justamente as ofertas objeto do comentário da MEO – não deviam ser consideradas para efeitos de determinação da velocidade de referência?

De notar que a MEO não foi o único operador a fazer esta interpretação da “resposta” da ANACOM. Com efeito, através do SPD a MEO ficou a saber que também a NOS terá feito uma interpretação idêntica.

Pode assim dizer-se que, com a sua “resposta”, a ANACOM confirmou o entendimento da MEO e da NOS sobre esta questão, criando assim nestas empresas uma confiança legítima de que as ofertas de “internet no telemóvel” não seriam consideradas para efeitos de determinação das velocidades de referência associadas às obrigações de cobertura na faixa de frequências dos 800 MHz, a impor aos diversos operadores.

Essa confiança foi, de resto, reforçada pelo facto de ser esse também o entendimento que conduziria a um resultado mais adequado, sob diversos pontos de vista.

- 1.4. Com efeito, embora a MEO compreenda a argumentação da ANACOM sobre os motivos pelos quais as regras estabelecidas no Regulamento do Leilão podem conduzir a que sejam impostas aos 3 operadores móveis velocidades de referência diferentes, a verdade é que há que reconhecer que se trata de um resultado que, ainda que possível, não é seguramente desejável, nem do ponto de vista de coesão territorial, nem do ponto de vista da igualdade de tratamento dos operadores, nem sequer do ponto de vista da proteção do consumidor, que terá necessariamente dificuldade em compreender que as velocidades de acesso à banda larga móvel a definir variem entre regiões do País e entre operadores (tanto assim que, tanto quanto é conhecimento da MEO, trata-se de uma situação que não se verifica em nenhum outro país europeu).

- 1.5. Face ao exposto, é entendimento desta empresa que deverá a ANACOM, em sede de decisão final, rever e alterar a metodologia empregue na determinação da velocidade de referência a impor aos operadores móveis, no sentido de expurgar da mesma as ofertas comerciais relativas à “internet no telemóvel”, devendo como tal desconsiderar a informação que esta empresa divulgava aos utilizadores dos seus serviços de banda larga móvel nas suas condições de oferta à data de 31.03.2014 a título meramente informativo e apenas com o intuito de dar cumprimento à Deliberação da ANACOM de novembro de 2011 sobre a forma de disponibilização ao público das condições de oferta e de utilização de serviços de comunicações eletrónicas.

2. Artificialidade da interpretação da ANACOM do artigo 34º do Regulamento do Leilão

- 2.1. Como foi já indicado acima e se procurará demonstrar de seguida em maior detalhe, mesmo que as ofertas de “internet no telemóvel” devessem considerar-se incluídas no conceito de ofertas comerciais relevantes para efeitos de determinação da velocidade de referência a impor aos operadores móveis – o que apenas se concebe, sem conceder –, ainda assim, a interpretação que a ANACOM faz do disposto no artigo 34º do Regulamento do Leilão é profundamente artificial, desviando-se tanto do racional como dos objetivos que o próprio Regulador reconhece subjazerem àquela disposição.
- 2.2. Assim, cumpre começar por referir que o carácter dos resultados alcançados pela ANACOM no SPD em termos de fixação das velocidades de referência a impor a cada um dos operadores móveis, resulta essencialmente da interpretação incorreta que a ANACOM faz do termo “associados”, contido no nº 6 do artigo 34º do Regulamento do Leilão.

Afirma na verdade a ANACOM, no Ofício que dirigiu à MEO a 4 de dezembro de 2014 que “o Regulamento do Leilão e a decisão de 21 de março de 2014, ao utilizarem o termo “associados”, abrangem os casos em que, nos contratos, nas condições da oferta ou em quaisquer outras comunicações, os débitos máximos estão associados, quer como compromissos contratuais da empresa perante os assinantes, **quer como mera informação da velocidade que o serviço de acesso à Internet móvel permite** e que os assinantes poderão tipicamente esperar”. (sem realce no original)

A MEO não alcança como pode a ANACOM defender que esta interpretação do termo “associados” é a mais correta, se a mesma conduz a um resultado desajustado do racional do preceito (que o próprio Regulador admite ser o de não favorecer nem penalizar os cidadãos das 480 freguesias a cobrir face aos de outras regiões do País, antes equiparando as condições de acesso a banda larga móvel naquelas freguesias às que se verificam a nível nacional).

É difícil de compreender o motivo pelo qual deverá entender-se que a expressão “débito máximo **associado** a ofertas comerciais de banda larga móvel” pretende incluir ofertas que não têm, comercialmente, um débito máximo associado (mas antes um volume máximo de tráfego associado) apenas sendo referenciado tal débito a título informativo no *site* do operador⁶.

Aliás, esta interpretação afigura-se artificial e desprovida de fundamentação pelo Regulador, bem como contraditória com o entendimento que, noutras passagens de documentos que integram o procedimento administrativo, a ANACOM demonstrou perfilhar sobre os objetivos da do nº 6 do artigo 34º do Regulamento do Leilão.

- 2.3. Efetivamente, a ANACOM faz diversas afirmações ao longo dos referidos documentos que denotam que o Regulador reconhece que o racional da mencionada disposição é, essencialmente, o de garantir que os cidadãos das 480 freguesias a cobrir são equiparados, em termos de velocidade de acesso à banda larga, aos demais cidadãos de qualquer outra região do País. Dito de outro modo, a ANACOM demonstra reconhecer que a disposição em análise não pretende que sejam discriminados – nem negativa, nem positivamente – os utilizadores que acedam a banda larga móvel nas ditas freguesias.

Assim, quando na Deliberação de 21.03.2014⁷, a ANACOM interpreta os nºs 6 e 7 do artigo 34º do Regulamento do Leilão, afirma expressa e inequivocamente que o que se pretende é que “os clientes que acedam à banda larga móvel nas freguesias a cobrir o possam fazer com base numa velocidade de transmissão que, (...) **não esteja desfasada** daquela que está associada às **ofertas disponibilizadas** a nível nacional (...)”. (sem realce no original).

É, porém, inequívoco que impor à MEO uma velocidade de referência de 43,2 Mbps em 160 freguesias, corresponde ao estabelecimento, nestas freguesias, de uma velocidade de transmissão desfasada daquela que está associada às restantes ofertas disponibilizadas a

⁶ Para cumprimento de uma Deliberação da ANACOM e não para qualquer outro propósito.

⁷ Cf. Parágrafo 2.

nível nacional, sendo certo que o “desfasamento” tem necessariamente de ser aferido em função das velocidades reais experienciadas pelos utilizadores das ofertas e não, naturalmente, face à indicação, a título meramente informativo, das velocidades máximas potencialmente atingíveis nas mesmas ofertas. Com efeito, não se pode considerar que uma oferta é **disponibilizada** a nível nacional com uma determinada velocidade máxima se tal velocidade não for, na prática, utilizada pelos clientes. Assim, por um lado, nas ofertas de “internet no telemóvel”, não é garantida uma velocidade de acesso de 43,2 Mbps, já que essa é apenas a velocidade teórica potencialmente atingível se determinadas condições se verificarem (uma vez que depende do terminal do cliente, do nível de utilização da rede e da cobertura da rede ou servidor ao qual o cliente se liga), sendo, de resto, essa a informação que é disponibilizada pela MEO na sua página eletrónica. Aliás, refira-se, a este propósito, que é de estranhar o facto de a ANACOM não ter tido em devida consideração o esclarecimento colocado pela MEO no fim da tabela onde são indicadas as velocidades⁸, enquanto que, pelo contrário, optou por considerar o esclarecimento incluído pela NOS no fim da tabela equivalente deste operador (na qual era indicada uma velocidade de download de 25 Mbps em períodos de utilização não intensiva), onde este referia que “Em locais sem cobertura 4G, os equipamentos 4G são compatíveis com a rede 3G onde as velocidades de download são até 4 Mbps”, tendo definido para velocidade de referência a disponibilizar pela NOS o valor referido nesta nota e não o da tabela.

[IIC]

[FII]

Afirma também o Regulador no Relatório da consulta pública que antecedeu a Deliberação de 21.03.2014⁹, que seria desproporcional e sem adequação ao fim pretendido a imposição de uma obrigação de prestar, em freguesias tendencialmente sem cobertura de banda larga móvel, um serviço de banda larga móvel com débito máximo superior ao **oferecido**¹⁰ a nível nacional”. (sem realce no original)

⁸ “As velocidades efetivas de *download* e *upload* poderão variar em função de diversos fatores, não podendo ser garantida a velocidade oferecida para toda e qualquer ligação, a qualquer momento, uma vez que depende do terminal do cliente, do nível de utilização da rede, e da cobertura de rede ou servidor ao qual o cliente se liga.”

⁹ Cf. Página 12.

¹⁰ **Oferecido**, note-se, e não “indicado” como potencialmente atingível numa página de Internet.

Acrescentando logo de seguida¹¹ serem de excluir opções passíveis de conduzir “à imposição de uma velocidade de referência superior ao débito máximo mais elevado que um determinado operador **oferece**¹² a nível nacional”. (sem realce no original)

É, porém, justamente isso que sucederá se vier a ser imposta à MEO a velocidade de referência que a ANACOM propõe no SPD.

- 2.4. O caráter formalista de que enferma a interpretação levada a cabo pela ANACOM resulta também com clareza daquilo que esta Autoridade afirma no Ofício que dirigiu à MEO no dia 7 de novembro de 2014.

Neste Ofício¹³, a ANACOM imputa o resultado agora proposto no SPD – a imposição à MEO de uma velocidade de referência de 43,2 Mbps – à “redação com que a MEO opta por divulgar as velocidades máximas associadas ao serviço de internet no telemóvel”. Por outras palavras, a ANACOM reconduz o problema a um tema formal, às opções feitas pela MEO em termos de “redação”, ou seja, a uma questão de forma e não de substância, apesar de esta prevalência da forma sobre a substância conduzir a um resultado que diverge daquele que o Regulador reconhece ser o pretendido (a oferta, nas 160 freguesias a cobrir pela MEO, de um serviço de banda larga móvel com um débito máximo adequadamente articulado com o que este operador oferece a nível nacional).

Verifica-se assim que o que determinou a velocidade de referência a impor à MEO foi, afinal, não a velocidade real ou a velocidade garantida pelas ofertas da MEO, mas antes a forma como esta empresa redigiu a informação que disponibilizou no seu *site* sobre a oferta de “internet no telemóvel”. Isto, apesar de resultar claro de tal “redação” que as velocidades de acesso que aí eram indicadas enquanto condições de utilização, seriam apenas velocidades potencialmente atingíveis se determinados condicionalismos se verificarem e não velocidades oferecidas e menos ainda garantidas, nada tendo assim a ver com os débitos reais assegurados através da “internet no telemóvel”.

A MEO interroga-se sobre o que decidiria a ANACOM se esta empresa tivesse adotado uma redação que indicasse, para a “internet no telemóvel”, velocidades máximas de, por exemplo, 1 Mbps (com o intuito de reduzir a velocidade de referência associada às suas obrigações de cobertura nas 160 freguesias em causa, ou com qualquer outro propósito). Tomaria a

¹¹ Cf. Página 13.

¹² **Oferece**, note-se, e não “indica” como potencialmente atingível numa página de Internet.

¹³ Cf. página 3.

ANACOM em consideração esse débito em vez da velocidade real constatada no território nacional no contexto dessas ofertas, com isso discriminando negativamente a população dessas freguesias face à do resto do país? A MEO permite-se admitir que a resposta a esta questão é suficientemente elucidativa sobre o carácter desajustado da interpretação que a ANACOM faz da disposição em análise e sobre o valor que atribui à “redação” da informação contida no *site* da empresa.

- 2.5. O carácter da interpretação do Regulador é, aliás, denunciado pelo facto de a própria ANACOM, depois de constatar que a interpretação que defende conduz a um resultado tecnicamente impossível de implementar, nas condições atuais, na faixa dos 800 MHz – o estabelecimento de uma velocidade de referência de 150 Mbps – sentir a necessidade de a “adaptar” ou “corrigir”, fazendo-o porém sem qualquer amparo no espírito, e menos ainda na letra do nº 6 do artigo 34º do Regulamento do Leilão.

Este é um elemento muitíssimo relevante, na medida em que evidencia que a interpretação da ANACOM não apenas conduz a um resultado indesejável face aos objetivos que estão em causa, como a um resultado impossível no atual contexto do desenvolvimento tecnológico. Ora, uma interpretação que conduz a um resultado impossível, não pode manifestamente corresponder a uma interpretação juridicamente sustentável.

Na verdade, a ANACOM começa por afirmar que há que ter em conta a velocidade máxima referida no *site* da MEO no que concerne à oferta de “internet no telemóvel”, para de seguida, dando-se conta de que tal conduziria a um resultado impossível, decidir que, afinal, apenas a velocidade referida naquele mesmo *site* para a tecnologia 3G é realisticamente alcançável, devendo por isso ser essa a velocidade imposta.

Alega a ANACOM, em defesa desta “correção”, que um débito de 150 Mbps não é considerado “realisticamente suscetível de ser alcançado tendo em conta o espetro atualmente atribuído na faixa dos 800 MHz”, assim denunciando que, afinal, a realidade não só é relevante como, no final de contas, é a substância que deve prevalecer sobre a forma e não o contrário.

Ora, um dos princípios hermenêuticos¹⁴ que é estabelecido no artigo 9º do Código Civil, é o de que não pode ser considerado pelo intérprete um pensamento legislativo que não tenha

¹⁴ Princípios esses que, ainda que consagrados para a exegese da lei, devem naturalmente considerar-se aplicáveis a um regulamento administrativo dado que este, apesar do seu valor infra-legal, se destina à aplicação da lei e a ela deve estar subordinado.

na letra da lei um mínimo de correspondência verbal. E é justamente isso que se passa com a interpretação que a ANACOM acaba por fazer do nº 6 do artigo 34º do Regulamento do Leilão, cuja letra não permite que a velocidade de referência a impor a um determinado operador seja estabelecida com base em quaisquer outros débitos que não sejam os débitos máximos associados às ofertas comerciais de banda larga subscritas pelos clientes desse operador.

Nestes termos, se a tese defendida pela ANACOM conduz a um resultado impossível e se a versão “corrigida” dessa tese (em função de um conceito de “velocidade realisticamente alcançável”) tem de ser afastada por não ter qualquer apoio na letra do Regulamento do Leilão, forçoso é concluir que a interpretação defendida pelo Regulador não pode estar correta.

- 2.7. Não pode, adicionalmente, ser descurado, na fixação do sentido interpretativo a atribuir à referida norma, que, conforme afirmado na Exposição de Motivos do Regulamento do Leilão, a realização do Leilão de Frequências Multifaixa, pretendeu, entre outros objetivos, maximizar os benefícios para os utilizadores.

Esta circunstância leva a que qualquer deliberação que a ANACOM venha a adotar sobre a imposição de obrigações de cobertura (e correlativas velocidades de referência) deva ser de molde a atingir, ou pelo menos a não contrariar, o referido desiderato.

Pode, assim, afirmar-se que o aludido objetivo de “maximização de benefícios para os utilizadores” passa também, como não poderia deixar de ser, pela maximização da percentagem de população com acesso à Internet de banda larga.

Não é, porém, a este objetivo que conduz a velocidade de referência que a ANACOM se propõe impor à MEO. Com efeito, se vier a ser imposta à MEO uma velocidade de referência de 43,2 Mbps nas 160 freguesias a serem cobertas por esta empresa, a população que terá acesso a banda larga móvel será inferior àquela que seria abrangida se a dita velocidade de referência se situasse a um nível mais próximo daquele que a ANACOM pretende impor aos outros dois operadores móveis, uma vez que deixarão de ser abrangidas pela cobertura da MEO freguesias adjacentes que de outra forma o seriam. Por outras palavras, ao invés de maximizar a percentagem da população com acesso a banda larga, a proposta de deliberação da ANACOM contrai-a de forma indevida, apartando-se assim do objetivo de “maximização de benefícios para os utilizadores” fixado no Regulamento do Leilão.

Com efeito, para poder garantir a oferta de uma velocidade de 43,2 Mbps nas condições previstas no Regulamento do Leilão, sem incorrer em custos ainda mais vultuosos e desproporcionais, a MEO terá de instalar a sua infraestrutura junto à sede da junta de freguesia de cada uma das 160 freguesias, o que terá como efeito que a área territorial que ficará com cobertura de banda larga móvel e, conseqüentemente a respetiva população, seja inferior àquela que seria abrangida se a velocidade em causa fosse, por exemplo de 4 Mbps, conforme é ilustrado na tabela seguinte.

[IIC]

[FII]

- 2.8. Face a todos os elementos acima referidos – jurídicos, tecnológicos e fácticos – não pode senão concluir-se no sentido de que a tese que é defendida pela ANACOM não é admissível, não estando suportada na *ratio* do Regulamento do Leilão, nem alicerçada na adequação dos resultados que serão atingidos. E esses resultados, recorde-se, consistirão (i) na disponibilização de banda larga móvel em 160 freguesias com uma velocidade de acesso superior à verificada no resto do país, em contradição com o racional do Regulamento do Leilão, (ii) na existência de um operador com obrigações de cobertura substancialmente mais onerosas que a dos seus concorrentes e (iii) na redução da população que passa a poder dispor de acesso a uma oferta de banda larga móvel e de diversidade de escolha, em desrespeito dos objetivos do regulamento do Leilão. Tudo isto em virtude, não da velocidade real constada no território nacional relativamente às ofertas de banda larga móvel da MEO, incluindo os seus tarifários “internet no telemóvel”, mas antes da forma como se encontra redigida a informação sobre as condições de utilização dos tarifários das ofertas no *site* da empresa.
- 2.9. A MEO acredita que as considerações tecidas no presente capítulo demonstram, fundamentadamente, que a interpretação levada a cabo pela ANACOM do disposto no nº 6 do artigo 34º do Regulamento do Leilão tem de ser revista, esperando assim esta empresa que tal venha a ocorrer na Deliberação final a adotar pelo Regulador.

3. Considerações adicionais

3.1. Antes de concluir, a MEO gostaria de tecer algumas considerações adicionais que lhe parecem ser relevantes e que espera poderem também contribuir para a alteração do sentido da decisão final, face àquele que é proposto no SPD a que ora se responde

3.2. Cumpre assim também recordar que, nos termos do n.º 1 do artigo 5.º da LCE, constituem objetivos de regulação das comunicações eletrónicas a prosseguir pela ARN, entre outros, a promoção da concorrência na oferta de redes e serviços de comunicações eletrónicas, de recursos e serviços conexos.

Para a concretização do supra mencionado objetivo, a ARN deve, em todas as decisões e medidas adotadas, aplicar princípios de regulação objetivos, transparentes, não discriminatórios e proporcionais, incumbindo-lhe nomeadamente (i) promover a previsibilidade da regulação, garantindo uma abordagem regulatória coerente; (ii) assegurar que, em circunstâncias análogas, não haja discriminação no tratamento das empresas que oferecem redes e serviços de comunicações eletrónicas; e (iii) considerar devidamente a variedade de condições existentes, no que se refere à concorrência e aos consumidores, nas diferentes áreas geográficas nacionais.

3.3. No caso em apreço, a MEO tem fundadas dúvidas de que a ANACOM esteja a atuar de modo previsível, na medida em que, tendo os operadores móveis estratégias comerciais semelhantes relativamente à comercialização de ofertas de internet no telemóvel, e a mesma tecnologia e espectro equivalente, expectável e previsível seria que a ANACOM viesse a impor velocidades de referência que, embora pudessem não ser necessariamente idênticas, seriam em todo o caso razoavelmente próximas para todos os operadores móveis.

3.4. Por outro lado, o SPD também evidencia um infundado tratamento discriminatório da MEO face aos operadores Vodafone e NOS, com o conseqüente tratamento discriminatório indevido das populações que serão abrangidas pela medida que o regulador pretende impor.

Note-se que, qualquer decisão regulatória sobre a matéria em apreço não pode ignorar que a oneração excessiva e discriminatória de um operador face aos demais é suscetível de prejudicar o seu posicionamento num mercado que é muito concorrencial, forçando-o a canalizar investimentos e recursos para zonas pouco rentáveis em que se antevê não existir uma procura significativa da população por ofertas de acesso à Internet, menos ainda com os débitos que a ANACOM pretende impor à MEO.

IV. Conclusões e proposta de atuação

1. A MEO considera que a tese da ANACOM enferma de dois erros exegéticos de base, que contaminam todo o exercício que é levado a cabo no SPD e que acabam por conduzir a resultados divorciados, quando não opostos, daqueles que são perseguidos pelo Regulamento do Leilão.
2. O primeiro erro, prende-se com a forma como o Regulador interpreta o termo “associados” no contexto do nº 6 do artigo 34º do Regulamento do Leilão. É esta falha hermenêutica que conduz a que a ANACOM considere erradamente incluídas, no conceito de “oferta comercial relevante” os tarifários de “internet no telemóvel”, que não têm qualquer débito máximo associado, mas antes e apenas um volume de tráfego máximo associado.
3. O segundo erro de exegese, que toma como base o primeiro, decorre do facto de, em relação a estas ofertas de “internet do telemóvel”, a ANACOM atribuir à “redação com que a MEO optou por divulgar” a informação no seu *site* sobre as condições de utilização daquelas ofertas (em relação a velocidades máximas potencialmente atingíveis), um valor que esta redação manifestamente não tem nem pode ter, erigindo-a a critério de fixação da velocidade de referência a impor à MEO. Não pode ter este valor uma redação que indique velocidades máximas superiores às que são na realidade constatadas no território nacional, como não poderia ter este valor uma redação que indicasse velocidades máximas substancialmente inferiores às reais. E tanto a redação em causa não tem nem pode ter esse valor, que a valorização que lhe é dada pela ANACOM conduz a um resultado impossível do ponto de vista tecnológico, que depois esta Autoridade procura corrigir, recorrendo a um

conceito de velocidade “realisticamente suscetível de ser alcançada” que não encontra qualquer amparo na letra do artigo 34º do Regulamento do Leilão.

4. Partindo destas duas premissas interpretativas erradas, a ANACOM alcança um resultado – a imposição à MEO de uma velocidade de referência de 43,2 Mbps – que não só é profundamente desajustado, como subverte o espírito e a *ratio* do Regulamento do Leilão, não perseguindo os objetivos que lhe subjazem.

Com efeito, resumindo a argumentação que acaba de se expor:

- a) Traduz-se na imposição à MEO de uma velocidade de referência entre 6 e mais de 10 vezes superior à que a ANACOM pretende impor aos demais operadores móveis;
- b) Comporta a imposição à MEO de encargos adicionais que não podem deixar de se considerar excessivos e desproporcionais, bem como sobretudo discriminatórios face aos demais operadores móveis, seus concorrentes, prejudicando o posicionamento comercial da empresa num mercado que é fortemente concorrencial de uma forma que tem de se considerar infundada, desde logo face à ausência de quaisquer obrigações de serviço universal que justifiquem que a prossecução dos objetivos de universalização que estão tendencialmente associados às obrigações de cobertura estabelecidas no artigo 34º do Regulamento do Leilão, se faça à custa da imposição de sacrifícios adicionais apenas a um, dos três operadores móveis;
- c) Conduz a que a MEO venha a ser forçada a prestar, nas 160 freguesias a cobrir, um serviço de banda larga móvel com um débito máximo real superior ao que este operador oferece no resto do País, quando o próprio Regulador já reconheceu que “seria desproporcional e sem adequação ao fim pretendido a imposição de uma obrigação de prestar, em freguesias tendencialmente sem cobertura de banda larga móvel, um serviço de banda larga móvel com débito máximo superior ao oferecido a nível nacional”;
- d) Não persegue o objetivo, fixado no Regulamento do Leilão, de maximizar os benefícios dos utilizadores e de potenciar um acesso mais generalizado e à banda larga, uma vez que a imposição à MEO de uma velocidade de referência de 43,2 Mbps nas 160 freguesias a serem cobertas por esta empresa, conduz a que a população que terá acesso a banda larga móvel seja inferior àquela que seria abrangida se a dita velocidade de referência se situasse a um nível mais próximo daquele que a ANACOM pretende

impor aos outros dois operadores móveis, privando assim cerca de [IIC] 80 mil [FIC] utilizadores de acesso a banda larga móvel e/ou de maior diversidade de escolha.

5. Com base no exposto, a MEO considera que o sentido de decisão proposto no SPD em termos de fixação da velocidade de referência a impor a cada um dos operadores móveis deverá ser alterado na decisão final que vier a ser adotada pelo Regulador por forma a (i) serem excluídas do conceito de “ofertas comerciais relevantes” os tarifários de “internet no telemóvel” ou, caso por algum motivo atendível assim não se entenda, (ii) serem consideradas, relativamente a estas ofertas, as velocidades reais constatadas no território nacional.

Entende adicionalmente a MEO que, atendendo a que decorreram já mais de 15 meses sobre a data de referência que foi utilizada pela ANACOM no SPD (31.03.2014), se revelaria adequado considerar uma nova data de referência, mais próxima da data de decisão final que vier a ser adotada pelo Regulador em matéria de fixação das velocidades de referência associadas às obrigações de cobertura na faixa de frequências dos 800 MHz.

A MEO espera que os comentários tecidos nesta sua pronúncia sobre o SPD constituam um forte contributo para que, na decisão final da ANACOM, venham a ser determinadas as velocidades de referência a impor a cada um dos operadores móveis de uma forma conforme tanto com o racional do Regulamento do Leilão, como com os objetivos que lhe subjazem.