KRISTEL MESTRE

NEUTRALIDADE
DA REDE

Introdução

Embora a neutralidade da rede assuma particular destaque na atualidade, este conceito não é propriamente recente. As primeiras regras sobre neutralidade da rede foram definidas pelo Chile, em 2010. Nesta data, o princípio da neutralidade da rede também já vinha a ser discutido nos Estados Unidos da América e na Europa.

A primeira discussão lançada ao nível europeu em torno da neutralidade da rede surgiu em julho de 2010, aquando do lançamento da consulta pública da Comissão Europeia (CE) sobre esta temática. A CE pretendia desta forma avaliar se o novo quadro regulamentar das telecomunicações era suficiente para fazer face a algumas preocupações inerentes à neutralidade da rede. Em resposta a esta consulta, o Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas (ORECE) destacou a importância da introdução de novas disposições para reforçar a transparência e os requisitos mínimos de qualidade de serviço.

Atento à importância da transparência para alcançar a neutralidade da rede, o ORECE apresentou, em outubro de 2011, linhas de orientação sobre neutralidade da rede e transparência, recomendando abordagens específicas em matéria de transparência. No mesmo documento, o ORECE relevou também a necessidade de enquadramento das práticas de gestão de tráfego no contexto da neutralidade da rede.

O princípio da neutralidade da rede já se encontrava implementado nos Estados Unidos da América e em alguns países europeus quando, em novembro de 2015, foi aprovado o regulamento europeu sobre Internet aberta, que atenta as preocupações manifestadas pelo ORECE. Embora em 2017 a Federal Communications Commission (FCC) tenha revogado as regras da neutralidade da rede, o princípio da neutralidade da rede continua a prevalecer na União Europeia (UE). Não obstante este enquadramento legal comum entre os vários Estados-Membros, as opiniões sobre a neutralidade da rede divergem por vezes entre os diferentes agentes do mercado, atribuindo assim alguma controvérsia ao tema. Ainda assim, este é um tema de extrema relevância na atualidade face às tendências de consumo em torno da Internet e dos conteúdos *over-the-top* (OTT).

Assim sendo, o propósito do presente trabalho é explicar o princípio da neutralidade da rede e o que o sustenta, identificar as implicações regulatórias que o regulamento europeu sobre Internet aberta veio introduzir, bem como os desafios que ainda se colocam sobre esta matéria.

Neutralidade da rede: conceito

A neutralidade da rede refere-se ao princípio segundo o qual todo o tráfego na Internet deve ser tratado de forma igual. Em termos genéricos, este princípio pressupõe que não existe discriminação no acesso a conteúdos através da Internet, exceto para um reduzido número de circunstâncias.

Principais proibições inerentes ao princípio da neutralidade da rede		
Bloqueio	Abrandamento	Priorização paga
Não pode existir discriminação de conteúdo por via do bloqueio de sítios na Internet ou aplicações	Não pode existir discriminação de conteúdo por via do abrandamento do tráfego no acesso a determinado conteúdo	Não pode existir tratamento preferencial, em termos de velocidade, no acesso a conteúdo de entidades que estejam dispostas a pagar mais do que os seus concorrentes

Embora a neutralidade da rede e a Internet aberta sejam frequentemente referidas de forma indiferenciada, importa clarificar que não se tratam de conceitos equivalentes, tendo o conceito de Internet aberta um domínio mais abrangente. De um modo geral, a Internet aberta é um princípio que assegura o acesso a conteúdos e a serviços *online*, aos utilizadores de Internet, sempre e quando desejarem. Por conseguinte, a neutralidade da rede pode ser considerada um meio para garantir o acesso à Internet aberta.

Enquadramento regulatório

Ao contrário de Portugal, vários países europeus já dispunham, em 2015, de mecanismos de atuação relativamente a questões relacionadas com a neutralidade da rede. Alguns países detinham legislação nacional específica (nomeadamente, Eslovénia e Holanda), outros praticavam abordagens de autorregulação e/ou correção (como era o caso da Noruega). A existência de diferentes modelos regulatórios traduzia-se em intervenções díspares entre os países da UE sobre esta matéria.

O Regulamento (UE) n.º 2015/2120, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015 (também conhecido como Regulamento TSM¹), além de alterar a Diretiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas e o Regulamento (UE) n.º 531/2012 relativo à itinerância nas redes de comunicações móveis públicas da UE, veio estabelecer regras comuns respeitantes ao acesso à Internet aberta ao nível da União. O Regulamento TSM visa, desta forma, garantir uma certa harmonização entre os vários Estados-Membros, na aplicação das disposições relativas à Internet aberta e, consequentemente, introduzir certeza regulatória para os agentes do mercado.

O Regulamento TSM tem como objetivo «garantir o tratamento equitativo e não discriminatório do tráfego na prestação de serviços de acesso à Internet, e os direitos conexos dos utilizadores finais», conforme decorre do n.º 1 do seu artigo 1.º. Em simultâneo, procura assegurar o funcionamento contínuo do ecossistema da Internet como motor de inovação.

¹ Telecoms Single Market.

Por direitos dos utilizadores finais, o referido regulamento refere-se ao «[...] direito de aceder a informações e conteúdos e de os distribuir, de utilizar e fornecer aplicações e serviços e utilizar equipamento terminal à sua escolha, através do seu serviço de acesso à Internet, independentemente da localização do utilizador final ou do fornecedor, ou da localização, origem ou destino da informação, do conteúdo, da aplicação ou do serviço» (cfr. n.º 1 do artigo 3.º). Para garantir o pleno exercício desses direitos, são definidas algumas limitações nas condições contratuais, bem como restrições às práticas de gestão de tráfego implementadas pelos prestadores de serviços de acesso à Internet.

Face ao exposto, os prestadores de serviços de acesso à Internet têm de tratar equitativamente todo o tráfego. Por conseguinte, «[...] não podem bloquear, abrandar, alterar, restringir, ou degradar conteúdos, aplicações ou serviços específicos, ou categorias específicas dos mesmos, nem estabelecer discriminações entre eles ou neles interferir, exceto na medida do necessário, e apenas durante o tempo necessário», conforme disposições previstas no n.º 3 do artigo 3.º. Estão, todavia, previstas algumas exceções face a estas proibições, nomeadamente, o cumprimento da lei nacional ou de atos legislativos da UE, a preservação da integridade e da segurança da rede e a prevenção de congestionamentos da rede.

Sem prejuízo das restrições mencionadas, o Regulamento TSM deixa margem para que os prestadores de serviços de comunicações eletrónicas ao público possam «oferecer serviços diferentes dos serviços de acesso à Internet que estejam otimizados para conteúdos, aplicações ou serviços específicos» (cfr. n.º 5 do artigo 3.º), desde que não comprometam a capacidade da rede. É, ainda, salvaguardado que estes serviços ditos especializados não podem ser utilizados nem oferecidos em substituição do próprio serviço de acesso à Internet.

Além disso, assume relevância a transparência como garantia de acesso à Internet aberta. O Regulamento TSM veio determinar aos prestadores de serviços de acesso à Internet um conjunto de medidas de transparência, no sentido de dotar os utilizadores finais de informação relevante sobre os termos e condições do serviço de acesso à Internet. Essas medidas passam, nomeadamente, pelo fornecimento de informação específica nos contratos que incluam serviços de acesso à Internet, bem como a sua publicação.

As autoridades reguladoras nacionais têm o dever de controlar e garantir a conformidade com as disposições do Regulamento TSM em prol de uma Internet aberta. Para o efeito, assumem como referência as linhas de orientação sobre a neutralidade da rede, desenvolvidas, em 2016, pelo ORECE em cooperação com a CE, após consulta ao mercado. Estas linhas de orientação deixam alguma flexibilidade em termos de atuação das autoridades reguladoras nacionais, sugerindo em diversas situações a realização de análises caso a caso. Embora sem caráter vinculativo, as linhas de orientação visam a aplicação consistente do Regulamento TSM entre os Estados-Membros.

Implicações

À luz do Regulamento TSM, compete às autoridades reguladoras nacionais monitorizar os desenvolvimentos do mercado, por forma a assegurar a conformidade com o quadro regulatório em vigor.

Têm sido analisados e discutidos diversos temas ao abrigo do Regulamento TSM. Entre eles, destaca-se o *zero-rating*, que constitui uma prática comercial na qual o consumo de dados de um ou vários conteúdos e/ou aplicações não é contabilizado para efeitos do *plafond* de dados que está associado à oferta subscrita pelo cliente, tendo um preço nulo. As práticas *zero-rating* são comuns na generalidade dos países europeus, embora assumam diferentes formas. Em Portugal existem outras ofertas que, embora não sejam ofertas *zero-rating* puras, podem ser consideradas equiparáveis ou com efeitos semelhantes às ofertas *zero-rating*. Trata-se maioritariamente de ofertas que se traduzem no acesso gratuito a conteúdos e/ou aplicações específicos, com um limite de tráfego associado, normalmente superior ao do tráfego para acesso geral à Internet. No entanto, também existem ofertas com características *zero-rating*, mas que não são disponibilizadas de forma gratuita.

Atendendo que o Regulamento TSM não proíbe explicitamente o *zero-rating* e práticas similares, as análises desencadeadas pelas várias autoridades reguladoras nacionais têm, em geral, seguido a abordagem de análise caso-a-caso, sugerida nas linhas de orientação sobre a neutralidade da rede do ORECE. Dessas análises, resultaram diversas decisões, das quais constituem exemplo as decisões de países como a Bélgica, a Hungria, a Holanda, a Eslovénia, a Suécia, a Noruega, a Itália, a República Checa, a Áustria, a Alemanha e Portugal.

Em Portugal, após uma extensa análise às ofertas *zero-rating* e similares, a ANACOM detetou que algumas destas ofertas adotavam práticas de gestão de tráfego discriminatórias entre os diferentes *plafonds* disponibilizados. Em concreto, verificou-se que, quando esgotados os *plafonds* gerais, os conteúdos gerais eram bloqueados, mantendo-se acessíveis alguns conteúdos específicos. Nesse sentido, em julho de 2018, após uma consulta pública bastante participada e com posições muito distintas, a ANACOM veio determinar a alteração dos procedimentos adotados nas ofertas comerciais dos prestadores em conformidade com o Regulamento TSM, alteração que os prestadores implementaram em setembro de 2018.

De notar que muitas das decisões desencadeadas em torno do *zero-rating*, por outras autoridades reguladoras europeias, envolveram também medidas de gestão de tráfego. A título de exemplo, algumas decisões remetiam para práticas que resultavam no tratamento diferenciado do tráfego quando exaurido o *plafond* geral de dados, tal como a situação identificada na decisão da ANACOM, outras envolviam práticas que se traduziam num abrandamento do tráfego para acesso geral à Internet por comparação ao tráfego *zero-rated*. Todavia, as práticas de gestão de tráfego proibidas pelo Regulamento TSM vão além destas situações. Por conseguinte, outras questões relativas à gestão de tráfego têm sido objeto de análise pelas autoridades reguladoras nacionais, nomeadamente as práticas de *port blocking*, o bloqueio de aplicações, e as restrições de *tethering*.

Outro tema que tem sido objeto de análise a nível europeu tem sido a transparência. Cerca de metade das autoridades reguladoras nacionais já definiram especificações nacionais, em particular no que diz respeito à informação relativa às velocidades do serviço de acesso à Internet. A este propósito, importa evidenciar que a ANACOM trabalhou na implementação de uma ficha de informação simplificada para os vários serviços, em colaboração com os prestadores, mas esta medida não chegou a ser adotada. A entrada em vigor do Código Europeu das Comunicações Eletrónicas vem introduzir alterações em

matéria de transparência, prevendo inclusivamente a existência de um contrato resumo, conciso e legível, que enuncia a informação essencial e que vigorará em toda a UE.

A generalidade das autoridades reguladoras nacionais analisa as reclamações dos utilizadores finais, como forma de identificar eventuais incompatibilidades associadas ao Regulamento TSM. Para medir e validar alguns parâmetros técnicos inerentes ao serviço de acesso à Internet, algumas autoridades reguladoras nacionais disponibilizam ferramentas de monitorização da qualidade do serviço de acesso à Internet. Também o ORECE se encontra presentemente a desenvolver uma ferramenta de medição de neutralidade da rede, nomeadamente, para permitir a medição da qualidade do serviço de acesso à Internet através de métricas harmonizadas entre as autoridades reguladoras nacionais, sendo expectável a sua conclusão em setembro de 2019. Em Portugal, a ANACOM já dispunha de uma ferramenta de medição, designada por NET.mede, em momento prévio à implementação do Regulamento TSM.

Começam também a ganhar foco, no âmbito das atividades de monitorização das autoridades reguladoras nacionais, os serviços especializados. A prestação destes serviços não deve prejudicar a disponibilidade e a qualidade do acesso à Internet, nem estes serviços devem ser oferecidos em substituição ao serviço de acesso à mesma.

Nos diversos relatórios elaborados pelo ORECE, esta entidade tem vindo a concluir que, em geral, o Regulamento TSM tem sido implementado pelas autoridades reguladoras nacionais com alguma coerência. Sem prejuízo das linhas de orientação sobre a neutralidade da rede se revelarem suficientes, o ORECE considerou relevante clarificar alguns aspetos destas orientações, atendendo à experiência das autoridades reguladoras nacionais reunida nos quase três anos de implementação do Regulamento TSM, estando prevista uma versão atualizada destas orientações no início de 2020.

Mais recentemente, em abril de 2019, a CE emitiu um relatório de implementação do Regulamento TSM, não só reforçando a importância do acesso à Internet aberta, mas também concluindo que os objetivos do Regulamento TSM continuam a ser relevantes. No que diz respeito à avaliação do processo de implementação do referido regulamento nos vários Estados-Membros, a CE concluiu que as disposições do Regulamento TSM são adequadas, face aos desenvolvimentos do mercado, e eficazes na proteção dos direitos dos utilizadores finais e na promoção da Internet como motor de inovação. Por conseguinte, não foram propostas alterações ao Regulamento TSM nesta fase, sem prejuízo do desenvolvimento das linhas de orientação do ORECE em determinados aspetos. Ainda assim, a CE afirmou continuar a acompanhar os desenvolvimentos do mercado, em estreita cooperação com o ORECE.

Desafios a nível regulatório

A abrangência do Regulamento TSM e o próprio desenvolvimento do mercado exigem um processo de monitorização continuado do mercado pelas autoridades reguladoras nacionais, por forma a garantir o acesso à Internet aberta.

Assim sendo, não só o *zero-rating*, mas as práticas comerciais em geral, assumem particular relevância no contexto da Internet aberta, pelos seus efeitos nas

escolhas dos utilizadores finais, incluindo as suas implicações ao nível da concorrência e inovação. Se não existirem condições que favoreçam a concorrência no mercado, esta situação pode constituir um obstáculo à inovação, traduzindo-se em última instância na potencial limitação dos direitos dos utilizadores finais. No âmbito das suas competências de regulação económica, compete então às autoridades reguladoras nacionais a defesa da concorrência, como salvaguarda dos direitos dos utilizadores finais. Estas questões ganham relevância num contexto em que o digital assume cada vez maior destaque, influenciando os padrões de consumo dos utilizadores, de forma cada vez mais rápida. Por conseguinte, o impacto das práticas comerciais, embora ainda pouco analisado dada a complexidade que enceta, tem vindo a assumir uma crescente preocupação entre as autoridades reguladoras nacionais.

Também os desenvolvimentos tecnológicos têm vindo a suscitar preocupações em termos de neutralidade da rede. Em particular, a emergência do 5G, ao introduzir novas potencialidades, como o *network slicing* e o *mobile edge computing*, tem levantado questões ao nível europeu relativamente à sua compatibilidade com o Regulamento TSM. Todavia, após consulta aos agentes do mercado, em 2018, o ORECE considerou que não existiam até à data evidências de qualquer incompatibilização desta nova tecnologia em termos de neutralidade da rede, até porque o Regulamento TSM respeita o princípio da neutralidade tecnológica.

Além disso, também têm sido levantadas questões quanto à necessidade de acautelar a neutralidade a outras vertentes, para garantir um acesso pleno à Internet aberta. O Regulamento TSM, que assenta no serviço de acesso à Internet, está dirigido, em geral, aos prestadores de serviços de acesso à Internet, deixando de fora os restantes intervenientes e elementos no processo que garante em última instância o acesso aos conteúdos e aplicações. Têm vindo a ser elaborados estudos que exploram a neutralidade ao nível dos dispositivos de acesso à Internet e dos seus sistemas operativos, bem como das *app stores*, alguns dos quais concluem que estes elementos têm influência na Internet aberta. De entre esses estudos, evidenciam-se os trabalhos desenvolvidos pelas autoridades reguladoras nacionais de França (em 2018) e Holanda (em 2019). A extensão do princípio de neutralidade ao nível da infraestrutura, das plataformas digitais ou de outras camadas implicaria, todavia, novas considerações ao nível da regulamentação e regulação. Este é, porém, um tema recente, que provavelmente terá desenvolvimentos nos próximos tempos.

Conclusão

A neutralidade da rede tem vindo a assumir cada vez maior relevância em resultado do forte crescimento na utilização do serviço de acesso à Internet, em particular o móvel. Esta relevância é reforçada pela massificação dos serviços OTT, contribuindo para a adoção de novas práticas comerciais pelos prestadores de acesso à Internet.

O Regulamento TSM introduziu o princípio da neutralidade da rede, tendo em vista a garantia do acesso à Internet aberta, estabelecendo medidas comuns para os vários Estados-Membros da UE.

Têm sido desenvolvidos esforços pelas várias autoridades reguladoras nacionais para garantir o acesso à Internet aberta, desde a introdução do Regulamento

TSM até à atualidade. Muitas das decisões tomadas estão associadas às práticas comerciais do tipo *zero-rating*, às práticas de gestão de tráfego e às medidas de transparência. O ORECE e a CE partilham da opinião de que tem existido uma aplicação consistente do Regulamento TSM entre as várias autoridades reguladoras nacionais.

Ainda assim, a garantia do acesso à Internet aberta parece ainda colocar alguns desafios a nível regulatório. Por um lado, a emergência de novas tecnologias e as potencialidades que delas resultam têm testado a flexibilidade do Regulamento TSM. Por outro lado, têm surgido vozes para a necessidade de considerar o conceito de neutralidade a um nível mais amplo, nomeadamente, ao nível dos dispositivos de acesso à Internet, dos sistemas operativos e das plataformas digitais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Autoriteit Consument & Markt (ACM), *Market study into mobile app stores*, ACM/18/032693, 2019. Disponível online: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/market-study-into-mobile-app-stores.pdf>.

Autorité de Regulation des Communications Électronique et des Postes (ARCEP), *Smartphones, tablettes, assistants vocaux... Les terminaux, maillon faible de l'ouverture d'internet – Rapport sur leurs limites et sur les actions à envisager*, 2018. Disponível online: <https://www.arcep.fr/la-regulation/grands-dossiers-internet-et-numerique/linfluence-des-terminaux-sur-louverture-dinternet.html>.

BEREC, *BEREC Response to the European Commission's consultation on the open internet and net neutrality in Europe*, BoR (10) 42, 2010. Disponível online: https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/opinions/188-berecs-response-to-the-european-commissions-consultation-on-the-open-internet-and-net-neutrality-in-europe.

BEREC, *BEREC Guidelines on Net Neutrality and Transparency: Best practices and recommended approaches*, BoR (11) 44, 2011. Disponível online: https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/public_consultations/235-draft-berec-guidelines-on-net-neutrality-and-transparency-best-practices-and-recommended-approaches.

BEREC, *BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules*, BoR (16) 127, 2016. Disponível online: https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/regulatory_best_practices/guidelines/6160-berec-guidelines-on-the-implementation-by-national-regulators-of-european-net-neutrality-rules.

BEREC, *Report on the implementation of Regulation (EU) 2015/2120 and BEREC Net Neutrality Guidelines*, BoR (17) 240, 2017. Disponível online: https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/7529-berec-report-on-the-implementation-of-regulation-eu-20152120-and-berec-net-neutrality-guidelines.

BEREC, *Report on the implementation of Regulation (EU) 2015/2120 and BEREC Net Neutrality Guidelines*, BoR (18) 170, 2018. Disponível online: https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/8256-report-on-the-implementation-of-regulation-eu-20152120-and-berec-net-neutrality-guidelines.

BEREC, *BEREC Opinion for the evaluation of the application of Regulation (EU) 2015/2120 and the BEREC Net Neutrality Guidelines*, BoR (18) 244, 2018. Disponível online: https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/opinions/8317-berec-opinion-for-the-evaluation-of-the-application-of-regulation-eu-20152120-and-the-berec-net-neutrality-guidelines.

Bird & Bird and Ecorys, *Study on the implementation of the open internet provisions of the Telecoms Single Market Regulation*, Publications Office of the European Union, 2019. Disponível online: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/study-implementation-open-internet>.

European Commission, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of the open internet access provisions of Regulation (EU) 2015/2120*, COM(2019) 203 final, 2019. Disponível online: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-report-open-internet>.

Regulamento (UE) 2015/2120, do Parlamento Europeu do Conselho, de 25 de novembro de 2015, *Jornal Oficial da União Europeia*, 2015. Disponível online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015R2120>.