



PRONÚNCIA DA VODAFONE

SENTIDO PROVÁVEL DE DECISÃO

RELATIVO A PRÁTICAS COMERCIAIS DE ZERO-RATING E SIMILARES EM PORTUGAL

LISBOA, 19 DE ABRIL DE 2018



I. INTRODUÇÃO

1. O Conselho de Administração da ANACOM aprovou, a 23 de fevereiro de 2018, o Sentido Provável de Decisão Relativo a Práticas Comerciais de *Zero-Rating* e Similares em Portugal (“SPD”).
2. No dia 28 de fevereiro de 2018, a Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais, S.A. foi notificada, através do Ofício com a Ref.^a ANACOM-S0054442/2018, para, nos termos e para os efeitos previstos nos artigos 121.º e 122.º do Código do Procedimento Administrativo, apresentar, querendo, a sua pronúncia escrita sobre o teor do referido SPD.
3. Em traços simples, este SPD procede a uma análise das ofertas *zero-rating* e práticas similares adotadas pelos prestadores do serviço de acesso à Internet (doravante “PSAI”) em Portugal, sob três vertentes distintas: (i) condições comerciais praticadas nos serviços de acesso à Internet (doravante “SAI”); (ii) princípio do tratamento equitativo do tráfego; (iii) aplicação das regras do *Roam Like at Home* no Espaço Económico Europeu nas referidas ofertas.
4. Sem prejuízo das considerações genéricas que o SPD em consulta pública nos merece, os comentários da Vodafone que a seguir se deixam expostos encontram-se estruturados e incidirão, primordialmente, sobre os aspetos identificados *supra*.

II. CONSIDERAÇÕES GERAIS

5. O presente SPD surge na sequência de uma análise efetuada pela ANACOM a determinadas práticas comerciais adotadas pelos PSAI, no acesso móvel à Internet relacionadas com o *zero-rating* e práticas similares, expressando o entendimento daquela Autoridade sobre a compatibilidade destas práticas com o Regulamento (UE) n.º 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25.11.2015 (doravante “**Regulamento TSM**”), bem como com o Regulamento (UE) n.º 531/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2012, (doravante “**Regulamento do Roaming**”) e o Regulamento de Execução (UE) 2016/2286 da Comissão, de 15.12.2016 (doravante “**Regulamento de Execução**”).
6. Na opinião da Vodafone, este SPD padece de dois problemas fundamentais, quais sejam a extemporaneidade da análise que nele é efetuada e a falta de sustentação de algumas das posições nele defendidas. Senão vejamos,



7. Este SPD peca por tardio, uma vez que surge volvidos que estão praticamente dois anos sobre a entrada em vigor do Regulamento TSM e se pronuncia sobre práticas comerciais que já se encontravam completamente instituídas e vulgarizadas no mercado nacional desde momento anterior à entrada em vigor de tal Regulamento, com um significativo grau de adesão e sucesso junto dos clientes de comunicações eletrónicas.
8. Esta circunstância é particularmente preocupante quando no SPD são identificadas determinadas práticas que, na opinião do Regulador, constituem uma violação ao disposto no Regulamento TSM, sem que, contudo, se apresentem argumentos que sustentem tal conclusão.
9. Com efeito, na sequência da análise ora efetuada pela ANACOM às práticas comerciais adotadas pelos PSAI em Portugal, encontra-se profusamente identificada ao longo do texto do SPD como "explicitamente proibida uma prática de zero-rating em que após estar esgotado o plafond de tráfego para a generalidade dos conteúdos ou aplicações, é bloqueado ou sujeito a um atraso o tráfego para esses conteúdos ou aplicações e não para os que integram o zero-rating" (sublinhado nosso).
10. Ora, se assim é, como se entende então que as conclusões espelhadas no relatório relativo à aplicação dos artigos 3.º e 4.º do Regulamento TSM (doravante "**Relatório Anual**") elaborado pela ANACOM em 2017, não tenham apontado "*à data, para a existência de situações de incumprimento das obrigações decorrentes do Regulamento TSM*"?
11. É certo que no referido Relatório Anual o Regulador teve o cuidado de ressaltar que poderia ser necessário analisar com maior detalhe algumas práticas comerciais adotadas pelos PSAI, "*em particular, mas não exclusivamente, as relacionadas com o zero-rating*".
12. Porém, se algumas das práticas relacionadas com o *zero rating* são, no entendimento agora expresso pelo Regulador, desconformes aos princípios de neutralidade de rede, se os PSAI já dispunham de ofertas com estas características no mercado na altura em que o Regulamento TSM entrou em vigor, se os PSAI não alteraram, no entretanto, as regras aplicáveis às referidas ofertas, se o presente SPD identifica, inclusive, diversas decisões de outros reguladores europeus sobre esta matéria anteriores a junho de 2017¹, qual a razão de só agora ser identificado este incumprimento no território nacional?
13. Tal delonga na emissão de uma decisão sobre esta matéria sempre encontraria justificação na necessidade de, tal como estabelecido pelo Regulamento TSM, ser efetuada uma

¹ Bélgica: janeiro 2017; Hungria: novembro 2016 e janeiro 2017; Holanda: 2015 e 2016; Suécia: janeiro 2017; Itália: março de 2017



avaliação sustentada e concreta das práticas em causa antes de uma eventual intervenção regulatória.

14. Contudo, não parece ter sido esse o caso na medida em que as observações efetuadas pela ANACOM em relação a determinadas práticas se limitam a transcrever e aplicar, de forma automática e “cega” às condições do mercado nacional, uma proibição que resulta de uma interpretação adotada pelo Organismo de Reguladores Europeus de Comunicações Eletrónicas (doravante “**BEREC**”) sobre o tema.
15. Interpretação essa que, desde já se sublinha, não tem qualquer adesão ao texto do Regulamento TSM.
16. Tal prática é contraproducente e contraria as boas práticas de regulação, as quais devem assegurar o funcionamento regular do mercado em termos de estabilidade e previsibilidade.
17. Ainda a propósito das boas práticas que devem pautar a regulação do sector, cumpre acrescentar que também no que respeita à análise da conformidade dos tarifários disponibilizados pelos PSAI com o disposto no Regulamento do Roaming e no Regulamento de Execução, as conclusões retiradas pela ANACOM nos merecem as maiores reservas.
18. Com efeito, neste caso, ao contrário do que sucede na posição assumida pelo Regulador relativamente às práticas comerciais dos PSAI e sua conformidade com o princípio do tratamento equitativo do tráfego, a ANACOM não apenas desconsidera as orientações do BEREC sobre a matéria, como adota uma interpretação que não tem qualquer adesão à letra e espírito do Regulamento do Roaming (conforme abaixo melhor se explanará) e do Regulamento de Execução, o que se traduz num agravamento injustificado de regulação e introduz um elemento de instabilidade desnecessário no funcionamento do mercado.

III. COMENTÁRIOS ESPECÍFICOS

III.1. CONDIÇÕES COMERCIAIS DOS SERVIÇOS DE ACESSO À INTERNET

19. No que respeita à análise das condições comerciais praticadas pelos PSAI na prestação de serviços de acesso à Internet, é de saudar a opção do Regulador de efetuar uma avaliação detalhada do mercado e dos eventuais impactos que a aplicação de tais condições poderá ter nos direitos dos utilizadores finais destes serviços, em momento prévio a uma eventual intervenção regulatória.



20. Em resultado de tal avaliação, a qual incidiu primordialmente sobre as práticas de diferenciação de preços e *zero-rating* de determinadas aplicações ou conjunto de aplicações, a ANACOM concluiu que a composição das ofertas que incluem tais condições não é passível de “*constituir um entrave ao desenvolvimento sustentável e inovador da Internet e à possibilidade de os utilizadores exercerem os seus direitos de escolha e de liberdade no modo como utilizam os seus serviços de acesso à Internet contratados*”.
21. Mediante uma ponderação dos interesses em causa e de uma análise da situação de mercado, foi, assim possível, concluir pela conformidade das ofertas disponibilizadas e dos procedimentos adotados pelos PSAI nesta matéria, o que é motivo de congratulação, não merecendo comentários adicionais.

III.2. TRATAMENTO EQUITATIVO DO TRÁFEGO

22. Já no que se refere à avaliação efetuada às ofertas dos PSAI à luz do princípio de tratamento equitativo de tráfego previsto no nº 3 do artigo 3º do Regulamento TSM, os critérios utilizados pelo Regulador foram distintos dos utilizados no âmbito da análise referida no ponto anterior, o que, naturalmente, teve impacto ao nível das conclusões retiradas.
23. Na verdade, no que toca à aferição da conformidade das ofertas dos PSAI com o Regulamento TSM relativamente à obrigação de tratamento equitativo de tráfego, o Regulador optou por proceder a uma aplicação automática de uma interpretação adotada pelo BEREC no que respeita a esta matéria, dispensando a necessária análise prévia das condições do mercado nacional que permitisse fundamentar as conclusões retiradas neste domínio.
24. Tal atuação não se revela consentânea com as boas práticas de regulação, desconsiderando, de resto, os critérios definidos no Regulamento TSM os quais apontam para a realização de uma avaliação da conformidade das práticas dos PSAI em momento prévio a uma eventual intervenção regulatória, mediante uma análise do caso concreto que tenha em linha de conta, nomeadamente i) os efeitos que as práticas comerciais adotadas pelos PSAI podem ter nos direitos dos utilizadores do SAI, ii) os efeitos que as práticas comerciais adotadas pelos PSAI podem ter nos direitos e interesses dos fornecedores de conteúdos, iii) a dimensão da oferta em causa e iv) a posição de mercado dos PSAI e dos fornecedores de conteúdos envolvidos.
25. Em concreto, o Regulador optou, à revelia das regras que devem nortear um processo que culmina com a determinação de medidas com impacto significativo no mercado, pela aplicação direta de uma opinião manifestada pelo BEREC sobre o Regulamento TSM que



reputa como proibida “*uma prática de zero-rating em que, após estar esgotado o plafond de tráfego para a generalidade dos conteúdos ou aplicações, é bloqueado ou sujeito a um atraso o tráfego para esses conteúdos ou aplicações e não para os que integram o zero-rating*”.

26. Foi, pois, apenas com base nesta opinião que a ANACOM concluiu que ofertas como o tarifário “Yorn X” da Vodafone se encontram desconformes com o Regulamento TSM, sem cuidar de efetuar uma análise prévia que permitisse fundamentar a referida conclusão.
27. Tal procedimento esquece, no entanto, que a opinião emitida pelo BEREC sobre esta matéria é totalmente desprovida de fundamento, não encontrando qualquer sustentação na letra ou espírito do Regulamento TSM.
28. A própria ANACOM, aliás, o reconhece no SPD quando refere que “*O Regulamento TSM não proíbe, à partida, o zero-rating, nem as práticas equiparáveis ou similares, apontando para uma análise caso a caso de cada oferta tendo em conta nomeadamente os direitos dos utilizadores finais, designadamente em termos de opções de escolha e a posição no mercado do respetivo PSAI e dos fornecedores de conteúdos, serviços e aplicações.*” (sublinhado nosso)
29. A verdade é que, em momento algum, o Regulamento TSM estabelece uma proibição *ex ante* à utilização de práticas de *zero rating* ou a práticas similares, pugnando antes pela análise e ponderação dos interesses em causa em cada caso concreto, o que – mais uma vez se refere –, não se verificou neste SPD relativamente à matéria em causa.
30. Ao instituir esta prática como uma proibição absoluta, o BEREC extrapola, sem qualquer fundamento ou justificação, a letra e espírito do Regulamento TSM, o qual visa proteger os direitos dos utilizadores do SAI mas, do mesmo modo, pretende assegurar o seu desenvolvimento e funcionamento contínuo do ecossistema da Internet como motor de inovação.
31. As Linhas de Orientação emitidas pelo BEREC não podem – nem devem – ir além do estatuído pelo Regulamento TSM, sob pena da certeza regulatória desejável na implementação de um regime de manifesta relevância para os interesses dos utilizadores finais e dos prestadores de serviços sair prejudicada.
32. Até porque, como o próprio nome indica, as “Linhas de Orientação” são meras diretrizes que servem o propósito de auxiliar as autoridades reguladoras nacionais no cumprimento das suas obrigações de controlo e supervisão nesta matéria (e, nessa medida, serem tidas em



devida consideração), não devendo substituir-se ao instrumento legal que pretendem interpretar, neste caso o Regulamento TSM - cujo texto, repita-se, não expressa em momento algum ou sequer dá indicações que permitam inferir que a prática acima referida deve reputar-se de proibida.

33. O próprio BEREC, aquando do anúncio e divulgação das Linhas de Orientação sobre Neutralidade de Rede, fez questão de sublinhar a natureza não vinculativa das recomendações efetuadas - *"The Guidelines are just that.....they are not intended to create binding law"*
34. Nessa medida, não se compreende a opção tomada pela ANACOM nesta matéria.
35. A avaliação de conformidade das práticas dos PSAl carece sempre de uma análise cuidada e prévia à adoção de uma qualquer a decisão por parte do Regulador, à luz dos critérios acima identificados.
36. Se esta mesma análise tivesse sido conduzida, teria sido possível concluir que as práticas em causa não são passíveis de limitar o direito de escolha dos utilizadores finais do SAi, nem, tão pouco, de influenciar de forma significativa o desenvolvimento do mercado.
37. Pelo contrário, estas ofertas resultam da escolha dos clientes, traduzindo as suas preferências.
38. Estas ofertas satisfazem os interesses e necessidades dos utilizadores finais e são por estes contratadas, de forma livre e informada, ao abrigo do previsto no n.º 2 do artigo 3.º do Regulamento TSM, o qual, em traços gerais, estabelece a liberdade de contratação e escolha que assiste aos utilizadores finais.
39. Direito esse que constitui o corolário da liberdade comercial dos PSAl de oferecer tarifários sujeitos a diferentes condições, desde que em observância dos princípios subjacentes à neutralidade de rede.
40. Ora, foi precisamente a obediência dos tarifários oferecidos pelos PSAl aos princípios da neutralidade de rede que foi objeto de análise pelo Regulador Português no âmbito do ponto III.2.1. do SPD – "Condições comerciais dos serviços de acesso à Internet (artigo 3.º, n.º 2 do Regulamento TSM)".



41. Tendo este exercício permitido chegar à conclusão, já anteriormente sublinhada na presente pronúncia, de que a atual composição das ofertas que incluem aplicações ou categorias de aplicações *zero rated* não é passível de “*constituir um entrave ao desenvolvimento sustentável e inovador da Internet e à possibilidade de os utilizadores exercerem os seus direitos de escolha e de liberdade no modo como utilizam os serviços de acesso à Internet contratados*”.

42. Nessa medida, se idêntico exercício tivesse sido conduzido à luz dos princípios plasmados no n.º 3 do artigo 3.º do Regulamento TSM, numa análise conjugada a que interpretação sistemática do artigo em causa obriga, a conclusão a que se chegaria seria, com toda a certeza, em sentido oposto à que se defende no SPD.

Senão vejamos,

43. Tendo o Regulador concluído que a composição das ofertas que estabelecem uma diferenciação de preços, na presente data não tem um efeito prejudicial sobre a escolha dos utilizadores finais, como se afigura possível que se conclua de forma diametralmente oposta apenas com base na concessão de diferentes limites de consumo?

44. Limites esses que, de resto, os utilizadores finais subscreveram de forma livre e informada e pelos quais pagaram....

45. Existe, assim, uma expectativa por parte dos utilizadores finais de poderem exaurir os diferentes *plafonds* contratados com os PSAI, o que a própria ANACOM reconhece no SPD.

46. Impedir os utilizadores finais de o fazer, não apenas irá defraudar as suas expectativas, gerando insatisfação e contribuindo para o avolumar de reclamações no sector, como será prejudicial aos interesses económicos dos utilizadores dos SAI, os quais continuarão a pagar os mesmos valores para, a final, consumirem menos.

47. Isto sem que se tenha sequer em consideração as consequências que a restrição à prática comercial em causa, defendida pela ANACOM no SPD, poderá ter a nível da composição e do preço destas ofertas, bem como a nível do desenvolvimento de novos serviços.

48. As ofertas em causa permitem que os utilizadores dos SAI acedam aos seus conteúdos/aplicações favoritos sem receio de ficarem sem dados ou incorrerem no gasto desmesurado de dados fora do “pacote” contratado.



49. Impedir esta prática, por via regulatória, revela-se contrário ao desígnio do Regulador de “proteger os direitos e interesses dos consumidores e demais utilizadores finais”, resultando, ao invés, na lesão dos referidos interesses e na insatisfação dos consumidores relativamente a esta medida.
50. Efeito que nenhuma das soluções alternativas sugeridas pela ANACOM no SPD terão a virtualidade de evitar.
51. Umás porque, apesar de já implementadas no mercado, não são aplicáveis a todos os modelos tarifários existentes no mercado (e.g. tarifários pós-pagos e pré-pagos).
52. Outras porque tentam resolver um alegado tratamento diferenciado do tráfego, mediante a introdução de uma verdadeira prática discriminatória, qual seja a de possibilitar a utilização do *plafond* específico para aceder a toda e qualquer aplicação ou conteúdo, mesmo fora do âmbito originalmente abrangido por esse *plafond*, nas situações em que o *plafond* geral de tráfego seja bloqueado.
53. Nesta circunstância, qual a razão que fundamenta a utilização do *plafond* específico fora do âmbito para o qual foi contratado quando o inverso não se verifica? Não estamos, aqui sim, perante um modo de tratamento distinto de tráfego?

Mais,

54. Atendendo às características dos tarifários atualmente disponibilizados pelos PSAI (os quais incluem um *plafond* geral e um *plafond* específico de dados) e à proibição que a ANACOM defende no SPD, qual a razão que fundamenta a possibilidade de utilizar um determinado *plafond* sem quaisquer restrições, enquanto se pretendem impor limites à livre utilização do outro?
55. O facto de um *plafond* poder ser utilizado sem restrições até ao seu limite (i.e. *plafond* geral), enquanto que a utilização do outro (i.e. *plafond específico*) se encontra condicionada, não se traduz num tratamento diferenciado do tráfego?
56. São questões que ficam por esclarecer no texto do SPD.
57. Ainda no âmbito deste ponto, cumpre salientar o facto de a opinião formulada pelo Regulador sobre a prática comercial dos PSAI – de bloquear ou reduzir a velocidade do



tráfego de todas as aplicações/conteúdos após ser esgotado o respetivo *plafond* geral, exceto o tráfego das aplicações/conteúdos que integram os *plafonds* específicos – se encontrar, em nossa opinião, alicerçada em pressupostos errados.

58. No âmbito destas ofertas não se procede, nem nunca procedeu, ao tratamento diferenciado de tráfego. Antes pelo contrário!
59. Nas ofertas disponibilizadas pela Vodafone, o tráfego associado a cada *plafond* é tratado de maneira absolutamente idêntica: nos tarifários pré-pagos o tráfego referente a cada *plafond* é bloqueado de igual forma uma vez atingidos os respetivos limites, sendo que nos tarifários pós-pagos os clientes podem continuar a aceder à Internet uma vez esgotado o *plafond* geral de dados, mediante o pagamento de uma tarifa extra.
60. O que se verifica no âmbito destas ofertas não se reconduz, assim, a um tratamento diferenciado de tráfego, mas sim a um modo distinto de taxar o tráfego gerado pela utilização de determinadas aplicações/conteúdos.
61. Condição comercial que é, aliás, permitida pelo disposto no n.º 2 do artigo 3.º do Regulamento TSM.
62. A conclusão de que a prática acima descrita configura um incumprimento do Regulamento TSM, nomeadamente do n.º 3 do seu artigo 3.º é, assim, desprovida de qualquer sustentação.
63. Num esforço de justificar a intervenção regulatória que se propõe efetuar, a ANACOM ainda parece procurar reconduzir as ofertas em que o acesso é permitido apenas para determinadas aplicações (ou categorias de aplicações) quando o *plafond* geral de acesso à Internet é esgotado, ainda que por curtos períodos de tempo, aos designados serviços sub-Internet.
64. Serviços estes que o BEREC não considera compatíveis com o Regulamento TSM. Ou seja,
65. O Regulador Português ancora-se, uma vez mais, numa interdição instituída pelo BEREC para sustentar a sua proposta de intervenção regulatória sem que, para o efeito, cuide de avaliar as circunstâncias concretas.
66. Esta construção do Regulador Português parece, no entanto, esquecer o próprio conceito de serviço sub-Internet adoptado pelo BEREC – “*serviço que restringe o acesso a serviços ou*



aplicações ou permite o acesso apenas a uma parte pré-definida da Internet’ – o qual não introduz na equação ou se baseia em qualquer elemento temporal.

67. De facto, o que parece ser determinante para que um serviço possa ser considerado um serviço sub-Internet é o facto de ter sido concebido com o específico propósito de permitir o acesso apenas a um conjunto pré-determinado de conteúdos e aplicações e não que se encontre temporariamente nessa condição. Pelo que este argumento também não colhe.
68. Em complemento a tudo o que acima se refere, gostaríamos de sublinhar o facto de nem mesmo a prática decisória a nível europeu parecer corroborar as conclusões retiradas pela ANACOM no SPD sobre esta matéria em particular.
69. Na verdade, nas duas únicas situações em que os Reguladores Europeus analisaram ofertas com características idênticas às ofertas ora em discussão e optaram pela imposição de soluções idênticas à preconizada pela ANACOM no SPD, estas decisões foram contestadas em Tribunal e nas duas situações o Tribunal decidiu pela anulação ou suspensão das referidas decisões.
70. Nessa medida, seria desejável que o Regulador Português, enquanto membro do BEREC, organismo a quem compete acompanhar esta matéria nos vários países, procurando contribuir para uma maior coerência e homogeneidade na aplicação das disposições do Regulamento TSM, tomasse em devida consideração as decisões acima referidas, as quais parecem desviar-se da aplicação automática da proibição instituída pelas Linhas de Orientação sobre Neutralidade de Rede emitidas pelo BEREC.
71. Se o objetivo do BEREC passa por harmonizar e dar alguma coerência à aplicação das disposições do Regulamento TSM, que este desígnio se concretize mediante a adoção de uma solução sufragada pela maioria dos países e não se caia na tentação de enveredar pelo caminho fácil de aplicar indistintamente uma regra que não tem qualquer reflexo na letra do Regulamento TSM.
72. Apenas uma nota adicional relativamente ao caso específico das aplicações/conteúdos que se relacionam com serviços prestados pelo PSAI, no caso da Vodafone as aplicações "My Vodafone" e "Vodafone Start" - já que a aplicação "MB Phone" não é propriedade da Vodafone, tendo sido desenvolvida em conjunto com os restantes operadores móveis e sendo gerida pela SIBS.



73. Por referência a estes serviços e ao facto de os mesmos continuarem a estar acessíveis após o bloqueio do *plafond* geral de dados, conclui a ANACOM que, apesar de o BEREC considerar eventualmente aceitável a permissão de acesso a “serviços de cliente”, mesmo quando o acesso geral à Internet esteja bloqueado, para que o cliente tenha a possibilidade de comprar dados adicionais, “*as aplicações em causa em alguns casos extravasam o âmbito referido, sendo que nesses casos não estará a ser garantido o tratamento equitativo e não discriminatório do tráfego na prestação de SAI e, concomitantemente, não estarão também asseguradas as condições estabelecidas no Regulamento TSM, em concreto no n.º 3 do seu artigo 3.º*”.
74. A este propósito cumpre-nos realçar que qualquer uma das aplicações acima identificadas permite ao cliente o acesso a ferramentas que lhe possibilitam a aquisição de dados adicionais.
75. É verdade que nem todas as referidas aplicações se restringem a esta funcionalidade.
76. Não é, contudo, possível à Vodafone, tanto do ponto de vista técnico, como do ponto de vista legal, monitorizar ou condicionar a utilização que os clientes fazem de tais aplicações.
77. Fazê-lo, consubstanciaria, por si só, uma interferência ilegítima à luz do n.º 3 do artigo 3º do Regulamento TSM.
78. Para além disso, não se vislumbra de que forma poderá a disponibilização de aplicações de *self-care* – que o cliente utiliza apenas para gerir o seu portfolio de serviços – em formato “*zero rated*”, condicionar ou limitar a escolha dos utilizadores finais, pelo que acreditamos que a manutenção dos moldes em que os clientes da Vodafone acedem a estes serviços, apenas servirá os seus interesses e não o contrário.

Em suma,

79. E pelas razões que acima se deixam expostas, a Vodafone discorda em absoluto das conclusões retiradas pelo Regulador em matéria de conformidade das ofertas *zero-rating* e práticas similares disponibilizadas pelos PSAI em Portugal com o princípio do tratamento equitativo previsto no n.º 3 do artigo 3º do Regulamento TSM.
80. A aplicação “mecânica” de uma mera interpretação do BEREC – sem qualquer sustentação na letra ou espírito do Regulamento TSM –, não pode servir de critério ou fundamento para



a introdução de uma medida regulatória com impacto significativo no mercado, nem, tão pouco, para concluir pela ilegalidade das ofertas tarifárias consideradas no SPD.

81. Atente-se, igualmente, que a análise efetuada pelo Regulador não identifica problemas nas práticas adotadas pelos PSAI nos direitos dos utilizadores finais, designadamente em termos de opções de escolha de conteúdos, serviços e aplicações.
82. Nesse sentido, a ANACOM deverá reformular a abordagem adotada quanto a esta matéria em particular, procedendo a uma ponderação das reais consequências que a eventual introdução de uma restrição às ofertas do PSAI poderá ter na sustentabilidade económica das referidas ofertas e, acima de tudo, nos interesses dos utilizadores finais.
83. Tal análise permitirá concluir pelo carácter desproporcional e desadequado da solução preconizada pela ANACOM no SPD e determinar o seu abandono na decisão que, a final, vier a ser emitida pelo Regulador.
84. Apenas tal opção poderá assegurar a conformidade da posição do Regulador Português com princípios estatuidos pelo Regulamento TSM em matéria de neutralidade de rede.

III.3. APLICAÇÃO DAS REGRAS DE ROAM LIKE AT HOME NO ESPAÇO ECONÓMICO EUROPEU (EEE) NAS OFERTAS DE ZERO RATING E PRÁTICAS SIMILARES

III.3.1 ENQUADRAMENTO REGULAMENTAR

85. O Regulamento TSM estabeleceu o princípio de abolição das sobretaxas de itinerância a nível retalhista no Espaço Económico Europeu (EEE), tendo introduzido alterações ao Regulamento do Roaming.
86. Entre as diversas alterações introduzidas pelo Regulamento TSM, consta a inserção de um conjunto de novos artigos ao texto do Regulamento do Roaming, a saber artigos 6.º- A a 6.º- F (aos quais nos referiremos doravante, por uma questão de facilidade, como artigos do Regulamento do Roaming).
87. No artigo 6.º- A do Regulamento do Roaming é concretizado o princípio da abolição das sobretaxas de roaming, o qual se encontra definido da seguinte forma:



“(…) os prestadores de serviços de itinerância não podem cobrar sobretaxas, para além do preço de retalho doméstico, aos clientes de itinerância em nenhum Estado-Membro por chamadas de itinerância reguladas efetuadas ou recebidas, por mensagens SMS itinerantes reguladas enviadas ou por serviços regulados de itinerância de dados utilizados, incluindo mensagens MMS, nem qualquer tarifa geral para permitir que o serviço ou equipamento terminal seja utilizado no estrangeiro, sem prejuízo dos artigos 6.º-B e 6.º-C.” (sublinhado nosso).

88. Já artigo 6.º-B do Regulamento do Roaming, refere-se à “Utilização Responsável”, estabelecendo o seguinte:

“1. Os prestadores de serviços de itinerância podem aplicar, (...), uma política de “utilização responsável” ao consumo de serviços regulados de itinerância a nível retalhista prestados a nível do preço de retalho doméstico aplicável, a fim de prevenir a utilização abusiva ou anómala dos serviços regulados de itinerância a nível retalhista pelos clientes de itinerância, como, por exemplo, a utilização desses serviços pelos clientes de itinerância num Estado-Membro que não seja o do seu prestador doméstico para fins diversos do de viagens periódicas.

As políticas de utilização responsável devem permitir que os clientes do prestador de serviços de itinerância consumam volumes de serviços regulados de itinerância a nível retalhista ao preço de retalho doméstico aplicável, compatível com os respetivos planos tarifários.

2. O artigo 6.º-E é aplicável aos serviços regulados de itinerância a nível retalhista que excedam os limites definidos nas políticas de utilização responsável.” (sublinhado nosso)

89. Da leitura conjugada destes dois artigos resulta que o princípio da abolição das sobretaxas de roaming estabelece que a sua aplicação pode estar sujeita à aplicação de uma “política de utilização responsável” (PUR), a fim de prevenir a utilização abusiva ou anómala dos serviços regulados no EEE.
90. Quando o limite de volume da PUR é atingido, o operador pode aplicar o preço doméstico acrescido de uma sobretaxa definida no artigo 6.º- E do Regulamento do Roaming, a qual, para o tráfego de dados móveis, se situa atualmente nos €6 por 1.000 Mb, conforme definido no Regulamento (UE) 2017/920 de 17 de maio de 2017.
91. As considerações sobre a PUR são confirmadas no Regulamento de Execução, o qual estabeleceu regras pormenorizadas sobre a aplicação da política de utilização responsável.



92. Assim, no n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento de Execução é definida a fórmula de apuramento da “política de utilização responsável” do pacote de serviços móveis do cliente, sendo estabelecida a seguinte metodologia de cálculo:

“Without prejudice to any applicable domestic volume limit, in the case of an open data bundle, the roaming customer shall be able to consume when periodically travelling in the Union a volume of data roaming retail services at the domestic retail price equivalent to at least twice the volume obtained by dividing the overall domestic retail price of that open data bundle, excluding VAT, corresponding to the entire billing period by the regulated maximum wholesale roaming charge referred to in Article 12 of Regulation (EU) No 531/2012”² (sublinhado nosso)

93. Desta forma, a Comissão Europeia e demais instituições europeias consideraram que os clientes de planos tarifários sujeitos a uma PUR para o serviço de dados em roaming devem ter acesso a, pelo menos, um volume de dados equivalente ao dobro do volume de dados que resulta da divisão do preço global retalhista que os clientes pagam ao seu operador doméstico pelo custo máximo que esse operador está sujeito por prestar essa quantidade de dados (i.e., o preço máximo permitido no mercado grossista de itinerância de dados).
94. Importa também realçar que o Regulamento de Execução não permite a aplicação de uma PUR para outro tipo de tráfego, como seja o tráfego associado ao serviço de voz e o tráfego associado ao serviço de SMS, estabelecendo antes que os operadores devem disponibilizar a totalidade dos volumes deste tipo de tráfego em roaming no EEE sem a aplicação de qualquer sobretaxa, salvo nas situações que extravasem a utilização periódica do serviço de roaming no EEE³.
95. Por conseguinte, esta regra de apuramento da PUR pressupõe, à partida, que os operadores têm a capacidade de incorrer em custos para a prestação do serviço de roaming de dados que serão inferiores em, pelo menos, 50% face aos preços máximos grossistas que são estabelecidos no Regulamento do Roaming, bem como de suportar a totalidade dos custos acrescidos com a prestação dos serviços de voz e SMS em roaming no EEE.
96. Adicionalmente, a regra de apuramento da PUR considera que o valor global retalhista pago pelo cliente é todo afeto ao serviço de dados, não tendo em consideração que as mensalidades que o cliente paga preveem igualmente o consumo de outros serviços regulados, como sejam os da voz e SMS.

² A Vodafone faz menção à versão do Regulamento de Execução em língua inglesa, uma vez que a versão oficial em língua portuguesa, por o que atribuímos a um erro de tradução, omite a referência ao “*twice*” ou “dobro” efetuada no n.º 2 do artigo 4.º da versão inglesa.

³ Situações como as de roaming ou itinerância permanente ou revenda organizada a pessoas não residentes ou sem laços estáveis no Estado Membro que adquirem os serviços móveis de comunicações eletrónicas, conforme previstos nos considerandos no Regulamento de Execução



97. A aplicação de uma metodologia de cálculo generosa e benéfica para o pacote de serviços móveis subscritos pelo cliente, equacionando o dobro do volume de dados e considerando a totalidade do valor pago pelo cliente como sendo atribuído exclusivamente à utilização do serviço de dados é justificada por, alegadamente, (i) os operadores conseguirem ter preços grossistas mais baixos que os máximos estipulados e (ii) os clientes não consumirem o pacote integral, conforme patente nas reflexões tecidas no considerando 13:

"(...) o cliente doméstico que viaja periodicamente na União deve, em todo o caso, poder consumir pequenos volumes de tais serviços de retalho equivalentes ao dobro dos volumes que podem ser adquiridos dentro do limite máximo do mercado grossista de itinerância de dados, por um montante igual ao preço global no mercado retalhista, excluindo o IVA, da componente de serviços móveis do plano tarifário doméstico para todo o período de faturação em questão. Tal representa um volume que é coerente com o plano tarifário doméstico, por adaptar o preço de retalho doméstico do plano tarifário em questão, podendo, por conseguinte, ser aplicado no caso de pacotes de dados abertos, incluindo quando conjugados com outros serviços móveis de retalho. A aplicação de um multiplicador de dois reflete adequadamente o facto de os operadores negociarem frequentemente os preços grossistas de itinerância de dados inferiores aos limites máximos aplicáveis, e de os consumidores frequentemente não consumirem a totalidade dos volumes de dados previstos nos seus planos tarifários".

98. É também neste considerando 13 que se refere um outro motivo estrutural para a fixação limites de salvaguarda excepcionais: tais limites devem garantir que a aplicação da abolição das sobretaxas de roaming nos moldes definidos no Regulamento do Roaming e no Regulamento de Execução não põem em causa os tarifários nacionais e não levam ao seu desaparecimento ou à limitação do roaming dos mesmos:

"Em certos planos tarifários domésticos, a seguir descritos como pacotes de dados abertos, o consumo de dados pode ser ilimitado ou pode proporcionar volumes de dados a um baixo preço unitário doméstico implícito, relativamente às tarifas grossistas de itinerância regulamentadas máximas referidas no artigo 12.º do Regulamento (UE) n.º 531/2012. Na ausência de qualquer salvaguarda excepcional de volume específica desses pacotes de dados abertos, é mais provável que tais planos tarifários sejam objeto de revenda organizada a pessoas não residentes nem com laços estáveis que impliquem uma presença frequente e significativa no Estado-Membro do prestador de serviços de itinerância, do que outros planos tarifários. Além disso, essa utilização anómala ou abusiva de pacotes de dados abertos em itinerância pode conduzir ao desaparecimento de tais planos tarifários nos mercados nacionais, ou à limitação da itinerância nesses planos tarifários, em detrimento dos utilizadores nacionais, o que é o contrário do objetivo do Regulamento (UE) n.º 531/2012."

99. Neste contexto regulamentar, a Vodafone disponibiliza nos seus planos tarifários de pacotes de dados abertos (ou "open data bundle") uma PUR com um volume de dados



correspondente à aplicação da fórmula de cálculo definida no n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento de Execução, sendo tal volume de PUR aplicável a todo o pacote de dados móveis disponibilizado domesticamente e sendo o tráfego deduzido de igual forma ao seu consumo em território nacional.

100. O pacote de serviços móveis subscrito pelo cliente é, por definição, composto por um conjunto de tráfegos distintos, contemplando, assim, diferentes volumes de tráfego de voz, SMS e dados, podendo cada um destes tipos de tráfego decompor-se em diferentes utilizações (por exemplo de tráfego on-net/off-net/internacional para o serviço de voz e SMS ou de tráfego para todas as aplicações ou tráfego para aplicações específicas como sejam MMS, videochamadas e aplicações específicas).
101. A existência destas diferentes utilizações não altera a natureza una e conjunta do pacote subscrito pelo cliente, uma vez que o cliente paga um único valor pelo pacote de serviços.
102. É também a esta natureza una e conjunta do pacote de serviço móveis do cliente que se tem de atender na análise de ofertas comerciais classificadas como sendo do tipo 2, 3 e 4 referidas no SPD.

III.3.2 A VODAFONE DISPONIBILIZA OS PACOTES DE APPS EM ROAMING

103. Ao longo do SPD é referido que alguns operadores limitam parte do pacote de serviços móveis, nomeadamente o tráfego de dados referente ao acesso a aplicações/conteúdos específicos, para utilização apenas em território nacional.
104. Cumpre esclarecer que a Vodafone permite que o cliente usufrua de todo o tráfego que compõe o pacote de serviços móveis subscrito para utilização em roaming no EEE, sujeito, no entanto, e em determinados tarifários, à aplicação de uma PUR em conformidade com o previsto no Regulamento de Execução.
105. Assim, a Vodafone não circunscreve a utilização de dados destinados ao acesso a determinadas aplicações/conteúdos apenas ao território nacional, ao contrário do que é afirmado no SPD relativamente a outros prestadores.
106. Neste contexto importa também referir que os esclarecimentos telefónicos prestados na data de 25.01.2018 pelo Serviço de Apoio a Clientes da Vodafone relativamente aos tarifários referidos no SPD não se encontravam inteiramente corretos, certamente por lapso do assistente que os prestou.
107. Com efeito, a Vodafone permite que os clientes dos tarifários referidos no SPD (o tarifário Yorn X, Vodafone PLUS e Vodafone UP) usufruam do tráfego de dados que compõem o seu pacote de serviços móveis - inclusive do tráfego destinado ao acesso a



aplicações/conteúdos específicos - quando estes se encontram em roaming no EEE e que beneficiem dos mesmos preços aplicados domesticamente.

108. No entanto, e uma vez que estes tarifários satisfazem as condições de um *open data bundle*, os mesmos estão sujeitos a uma PUR de roaming para os dados móveis.
109. A disponibilização do tráfego subjacente ao pacote de serviços móveis que o cliente subscreve com a Vodafone – e o qual incorpora, no tráfego de dados móveis, volumes de tráfego de acesso à Internet em geral e volumes de tráfego destinados ao acesso a aplicações/conteúdos específicos - é efetuado consoante a regra definida no Regulamento de Execução.
110. Com efeito, a Vodafone permite que o cliente usufrua, a preços domésticos, do volume de tráfego de dados móveis que resulta do dobro da divisão do valor que o cliente paga pela totalidade do pacote de serviços moveis⁴ pelo preço máximo grossista no mercado grossista de itinerância de dados, sendo o tráfego realizado deduzido ao pacote de dados moveis da mesma forma como se o tráfego fosse realizado em território português.
111. A disponibilização de uma PUR para o tráfego de dados móveis subjacente ao pacote de serviços móveis está claramente vertida na informação que acompanha os referidos planos tarifários, como também na informação que a Vodafone remeteu à ANACOM a propósito dos tarifários aos quais é aplicada uma PUR para o tráfego de dados móveis em roaming na EEE e os respetivos valores da PUR⁵.
112. Veja-se, a título de exemplo, o tarifário Vodafone PLUS.
113. Este tarifário permite ao cliente que o subscreve ter acesso a 1.000 minutos para redes nacionais, 1.000 SMS para redes nacionais, bem como a um pacote de dados que permite 3 GB de tráfego indiferenciado e 20 GB de tráfego destinado a Apps específicas (tais como Facebook, Instagram, Snapchat, Facebook Messenger, Whatsapp, Skype, iMessage, etc.), por mês.
114. Na informação detalhada do tarifário Vodafone PLUS⁶ é referido que:

“O consumo de dados em roaming no Espaço Económico Europeu fica sujeito a uma Política de Utilização Responsável (PUR). Podes consumir, do pacote, em roaming um volume de dados equivalente a, pelo menos, o dobro do volume obtido dividindo o valor mensal do serviço móvel pela tarifa máxima de roaming regulamentada a nível grossista

⁴ Incluindo também o volume de tráfego de voz e SMS subjacente ao valor que o cliente paga pelo pacote de serviços móveis

⁵ Informação remetida em 16/06/2017, 25/08/2017 e mais recentemente, a 15/02/2018 e 14/03/2018

⁶ Disponível em <https://www.vodafone.pt/main/particulares/tarifarios/plus/detalhes.html>



(sem IVA), até ao limite máximo do pacote nacional. Depois de esgotar a PUR será aplicada a tarifa regulada de €0,0074/MB, com taxaçaõ efetuada ao KB.

No tarifário Vodafone Plus a PUR é de 6220 MB (o valor considerado para o cálculo da PUR foi €18,62 sem IVA).”

115. Ou seja, a PUR disponibilizada para o consumo de dados em roaming no EEE – independentemente do tráfego ser destinado ao acesso à Internet em geral ou ao acesso a aplicações/conteúdos específicos – é de 6.220 Mb, valor esse que é bastante superior à parte do pacote doméstico de dados que permite tráfego indiferenciado (3 Gbs ou 3.072 Mbs), permitindo, que o cliente usufrua de mais 3.148 Mbs de tráfego de dados a descontar do *plafond* nacional sem que haja lugar à aplicação de quaisquer sobretaxas.
116. Assim, a Vodafone dota o cliente da quantidade de tráfego de dados que é estabelecida no n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento de Execução, cumprindo de forma rigorosa o estipulado no referido Regulamento.
117. Nessa medida, a Vodafone discorda em absoluto da apreciação da ANACOM no sentido de ser imperativo disponibilizar uma PUR para o tráfego de dados destinado ao acesso à Internet em geral e outra PUR (adicional e de igual valor) para o tráfego destinado ao acesso a aplicações/conteúdos específicos, de modo a que os seus tarifários sejam consistentes com os princípios e objetivos definidos nos diferentes Regulamentos que estabelecem a abolição da aplicação de sobretaxas em roaming.
118. A PUR constitui um mecanismo destinado a evitar utilizações abusivas e a proteger a sustentabilidade dos tarifários domésticos.
119. Sustentabilidade essa que resulta seriamente prejudicada pela instituição de diversas PUR em roaming para acesso a aplicações/conteúdos específicos, em paralelo e acréscimo à PUR geral, uma vez que os custos implícitos à disponibilização de várias PUR tornam ainda mais desafiantes as particularidades do método de cálculo da PUR acima referida (o dobro do volume e a consideração do valor mensal total pago pelo cliente para todos os serviços móveis como o valor relevante para o cálculo de uma PUR para o serviço de dados).
120. Saliente-se, a este propósito, que o mecanismo da PUR é uma exceção à aplicação do princípio de abolição das sobretaxas de roaming (RLAH) aos tarifários cujo preço unitário doméstico implícito do tráfego de dados é muito baixo, pelo que, invariavelmente, um tarifário que se encontre sujeito a uma PUR não irá, *in extremis*, verificar todas as características de um tarifário puramente RLAH.
121. Adicionalmente ao que acima se deixa exposto sobre esta matéria, sempre se realça que a abordagem e metodologia de cálculo de PUR adicionais propostos pela ANACOM no SPD, não só não está contemplada nos considerandos e disposições dos Regulamentos acima



referidos, como também não se encontra sequer equacionada nas Linhas de Orientação do BEREC sobre “Retail Roaming”⁷, pondo em causa a coerência dos objetivos da abolição das sobretaxas de roaming e tratamento de clientes de roaming.

122. Nessa medida, e conforme melhor se esclarece *infra*, a Vodafone reitera a sua total discordância com interpretação defendida pela ANACOM em matéria de roaming no SPD.

III.3.3 LINHAS DE ORIENTAÇÃO DO BEREC SOBRE “RETAIL ROAMING”

123. No Anexo ao SPD, a ANACOM enumera as Linhas de Orientação (“Guidelines”) 14, 49, 51 e 52 do BEREC como sendo pertinentes e justificativas do seu entendimento de que a disponibilização dos pacotes de dados para acesso a aplicações/conteúdos específicos em roaming no EEE requer que os operadores apliquem um PUR específica de roaming adicional à PUR associada ao pacote de dados geral. Vejamos em detalhe o que é referido em cada uma das Guidelines:

Guideline 14

“If there is no specific domestic per-unit retail price, such as domestic unlimited tariff plans or bundles (tariffs with a volume allowance), the domestic retail price shall be deemed to be the same charging mechanism as if the customers were consuming the domestic tariff plan in their Member State. For bundled tariffs, operators must apply the same charging mechanism as in their home country, therefore any usage (either voice, SMS or data) should be deducted from the domestic allowance (in case of voice and SMS, it could be the off-net allowance).”

124. Esta Guideline determina que, caso o tarifário do cliente não seja baseado numa taxaço ao evento – por exemplo, um tarifário em que seja cobrado a um valor mensal ou semanal que contemple um determinado volume de comunicações – o tráfego deverá ser deduzido do volume de tráfego da mesma forma como se o tráfego fosse efetuado domesticamente.
125. Adicionalmente tais considerações são expressas especificamente para o volume do tráfego de voz, o volume de tráfego de SMS e o volume de tráfego de dados, não prevendo qualquer especificação ou clarificação adicional para cada uma das categorias referidas.
126. Esta é, como acima exposto, a prática que a Vodafone tem implementado nos seus tarifários.

⁷ Disponíveis em http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/download/0/7005-berec-guidelines-on-regulation-eu-no-531_0.pdf



Guideline 49

“According to Article 2 (2) b CIR, the definition of mobile retail services includes mobile communications services such as voice, SMS and data services. Therefore, for bundles including two or more services (voice, SMS and/or data services) the full price for these services should be used, operators are not allowed to use other stand-alone data tariffs or data add-ons as a reference for the calculations to define the open bundle and the corresponding roaming data allowance.”

127. A presente Guideline estipula que o valor que deverá ser considerado para o apuramento de uma PUR de roaming para o serviço de dados deverá equacionar o valor que o cliente paga pela totalidade dos serviços móveis que subscreve domesticamente (i.e., contemplando os valores que paga para serviços de voz, SMS e dados), não podendo os operadores recorrer a ofertas tarifárias de dados que não contenham serviços de voz e SMS como uma alternativa para a determinação de uma PUR para o pacote de serviços móveis subscrito pelo cliente que contenha a totalidade dos serviços.
128. Do mesmo modo, esta é a regra que a Vodafone tem implementada para os tarifários que estão sujeitos a uma PUR de roaming no EEE.

Guideline 51

“When customers purchase an add-on to their bundle for additional mobile retail services beyond the allowances included in their bundle, such an add-on shall be subject to a separate but similar treatment as the bundle for the purposes of determining whether the roaming provider may apply limits to the consumption of data roaming services, consistent with Article 4 (2) CIR.”(sublinhado nosso)

129. A Guideline 51 refere que, quando um cliente adquire um aditivo para além do pacote de serviços móveis subscrito, os operadores devem calcular uma PUR adicional, aplicando uma metodologia idêntica de determinação da aplicação de um limite ao tráfego de dados em roaming a preços domésticos.
130. Tal significa que o método de apuramento deverá ser o mesmo, mas não que o valor utilizado no cálculo deverá ser o mesmo.
131. Com efeito, a Guideline 51 pressupõe que o cliente paga um valor extra por este aditivo (caso contrário não se trataria de um adicional ao pacote de serviços móveis inicialmente subscrito, sendo sim parte integrante do mesmo), devendo assim ser utilizada a mesma metodologia – mas não o valor – para apurar se tal aditivo deverá classificar-se como um pacote de dados aberto ou não.



132. Tal é o critério que a Vodafone tem implementado nos seus aditivos, fazendo referência expressa das PUR aplicáveis a cada um deles quando o cliente os subscreve em conjugação com o seu pacote de serviços móveis.
133. A Guideline 51 não implica que o apuramento da PUR do aditivo tenha que ter em consideração o valor pago pelo pacote de serviços móveis, replicando a PUR que decorre desse pacote específico. Tal entendimento nem seria congruente com a subscrição de pacotes de dados móveis adicionais, uma vez que limitaria a PUR dos aditivos ao valor que o cliente paga pelo pacote base.
134. Por exemplo, se um cliente tiver um pacote de serviço móveis em que pague € 9.67 (s/ IVA), o qual incluía 1.000 minutos SMS nacionais e um pacote de dados móveis de 500 Mb, e subscreva, adicionalmente, um aditivo de 15 GB de dados móveis que requeira um pagamento de €21.13 (s/ IVA), este cliente apenas teria acesso a 3.2 GB do aditivo (tomando como valor de referência o valor € 9.67 do pacote de serviços móveis), em vez dos 6.9 GB do aditivo que resultam do cálculo da PUR em função do valor que o cliente pagou pelo próprio aditivo
135. Por conseguinte, e de igual modo, esta Guideline não confirma que, quando o pacote de serviços móveis contempla volumes para diferentes tipos de tráfego de dados, tal obrigue à determinação de múltiplas PUR, nem, tão pouco, que as tais PUR sejam em acréscimo à PUR prevista no n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento de Execução ou que tais PUR adicionais tenham por referência o valor pago pelo pacote de serviços móveis como um todo.

Guideline 52

“When an operator provides additional add-ons e.g. in terms of volume to the customer (e.g. specific promotion), the customer shall be able to consume this allowance under the same conditions as at home.”

136. Já a Guideline 52 salienta que, se um operador oferecer tráfego adicional por meio de uma promoção, tal tráfego terá de ser disponibilizado em roaming nas mesmas condições em que o é a nível doméstico.
137. Tal orientação visa garantir que, apesar de os operadores poderem efetuar ofertas promocionais de tráfego extra aos seus clientes, estas não se podem confinar apenas à utilização doméstica⁸.

⁸ Salvo se os tarifários forem apenas domésticos, conforme previsto da Guideline 188



138. Uma vez mais, trata-se de esclarecer um caso particular e complementar aplicável ao pacote de serviços móveis subscrito, requerendo, assim, uma menção particular face ao previsto no mecanismo de cálculo da PUR previsto no n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento de Execução.
139. Mais uma vez, esta é a prática que a Vodafone tem implementada nos seus tarifários.
140. Ora, conforme fica patente da leitura das Guidelines referidas pelo Regulador, nenhuma delas – individualmente ou em conjunto - exige, em momento algum, que a disponibilização de tráfego de dados para aplicações/conteúdos específicos⁹ tenha de ser sujeita a um tratamento distinto, separado e adicional ao que é aplicado ao restante pacote de serviços móveis subscrito pelo cliente.
141. Por conseguinte, a regra de cálculo da PUR deve aplicar-se ao pacote como um todo, não sendo necessário o apuramento de PUR segmentadas consoante os diferentes tipos de tráfego que compõem o volume de dados do pacote de serviços móveis.
142. Tal consideração é, aliás, corroborada pelo próprio BEREC.
143. Com efeito, a Vodafone procurou clarificar junto da ANACOM qual o entendimento do BEREC relativamente ao tratamento do tráfego *zero rated* no âmbito dos pacotes domésticos e a sua utilização para efeitos de roaming, uma vez que tal cenário não era especificamente referenciado nas Guidelines emitidas por este Organismo a 27 de março de 2017.
144. Em comunicação enviada por email a 8 de maio de 2017, o Regulador Português refere o seguinte:
- “No respeitante à questão colocada no V/ email infra que se relaciona com a forma de cálculo da FUP em planos tarifários que incluam serviços OTT no respetivo plafond mensal doméstico, informamos que, de acordo com o BEREC, e assumindo que os serviços em questão são zero-rated, o plano tarifário em causa pode ser tratado como “unlimited open data bundle” no contexto do Regulamento (à semelhança do que se verifica, por exemplo, com tarifários com um plafond doméstico após o qual exista throttling, nos quais o limite de dados não limita efetivamente os volumes de tráfego consumidos). O BEREC entende que apesar de o tráfego associado à utilização dos serviços zero-rated em causa a nível doméstico não ser descontado ao plafond doméstico, o tráfego associado à sua utilização em roaming pode, no entanto, ser descontado à PUR do roaming desse Open Data Bundle.”* (sublinhado nosso).
145. Ou seja, o BEREC entende que o tráfego *zero rated*, apesar de não ser descontado do pacote nacional (e, no contexto do SPD, o designado *plafond* geral de dados), pode ser descontado

⁹ Como o equacionado nas ofertas do tipo 2, 3 e 4 identificadas no SPD



à PUR do pacote de serviços móveis, não requerendo assim a disponibilização de uma PUR adicional à já determinada para o pacote como um todo.

146. Uma vez mais, este entendimento é consistente e coerente com a regra de cálculo definida no Regulamento de Execução e com a metodologia que a Vodafone tem adotado para a disponibilização de tráfego de dados em roaming a preços domésticos e sem a aplicação de quaisquer sobretaxas, determinando uma PUR de acordo com a fórmula de cálculo estabelecida no n.º 2 do artigo 4.º do referido Regulamento.
147. Por fim, refira-se que a Vodafone não tem conhecimento de nenhum regulador nacional ter instituído a necessidade de apuramento de PUR adicionais quando os tarifários contêm tráfego destinado ao acesso a aplicações/conteúdos específicos,
148. Nem, tão pouco, tal obrigatoriedade está vertida no Regulamento TSM, no Regulamento de Execução ou nas Guidelines do BEREC.
149. Recorde-se que estes diplomas e documentos visam garantir uma aplicação e implementação harmonizada e coerente da abolição das sobretaxas de roaming no Espaço Económico Europeu, sem perturbar as realidades competitivas vividas em cada Estado Membro, e salvaguardando a sustentabilidade e o carácter inovador das ofertas domésticas que surjam em cada mercado.

III.3.4 INCOERÊNCIA DA APLICABILIDADE DE PUR DE ROAMING ADICIONAIS

150. Conforme acima exposto, o atual enquadramento regulamentar não exige que os operadores tenham que disponibilizar uma PUR de roaming para acesso a aplicações/conteúdos específicos adicionalmente à PUR de roaming de dados móveis determinada para o total do pacote de serviços móveis.
151. Não obstante, e sem conceder na sua posição, a Vodafone analisa, por mero exercício de raciocínio, as implicações que a obrigatoriedade de disponibilizar PUR adicionais conforme previsto no SPD poderiam ter no mercado, na tentativa de demonstrar que tal situação suscitaria diversas questões, como sejam a discriminação de clientes, a sustentabilidade das ofertas nacionais e a desconformidade da prática dos operadores com o Regulamento TSM e com o Regulamento de Execução.

III.3.4.1 TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO ENTRE CLIENTES DE ROAMING

152. A aplicação de PUR adicionais, tal como preconizado pelo Regulador no SPD, dará origem a um tratamento discriminatório entre os diferentes clientes do operador.



153. Para ilustrar este tratamento discriminatório, considere-se o seguinte exemplo:
- Um cliente que subscreve um tarifário que lhe dá acesso a 15 GB de dados móveis ditos gerais por €13.66
- por comparação com
- Um cliente que subscreve um tarifário que contém 5 GB de tráfego de dados móveis dito geral e 10 GB de tráfego para aplicações específicas, pagando por tal tarifário também €13.66 por mês.
154. Apesar de ambos os clientes subscreverem um volume de dados móveis total idêntico, os mesmos teriam, no contexto da aplicação de PUR específicas proposta pela ANACOM, acesso a volumes de dados móveis em roaming completamente díspares.
155. Com efeito, enquanto que o subscritor do primeiro tarifário teria acesso a uma única PUR de 4.553 Mb, o subscritor do segundo plano tarifário beneficiaria, de acordo com a regra proposta pela ANACOM, de uma PUR de 4.553 Mb de tráfego dito geral e de mais 4.553 Mb de tráfego destinado ao acesso a aplicações específicas, ou seja, o dobro do volume a que o cliente do primeiro tarifário teria direito.
156. Neste contexto, o cliente da primeira oferta tarifária seria penalizado e discriminado por subscrever um pacote de serviços que lhe permite utilizar tráfego de forma totalmente indiferenciada face a um cliente que tem acesso a volumes de tráfego distintos para utilização geral e para utilização específica.
157. Não é, com certeza, este o resultado pretendido pelo Regulamento TSM, nem pelo Regulamento de Execução, que define que a regra de apuramento da PUR é única e indiferenciada e de acordo com o valor que o cliente paga pelo seu pacote de serviços móveis, assim dotando os clientes de ambos os tarifários acima exemplificados de volumes idênticos de tráfego de dados em roaming sem que seja aplicada qualquer sobretaxa e coerentes com a utilização desses tarifários em território nacional.
158. Conforme ilustrado, a aplicabilidade da regra de determinação de PUR distintas introduz discrepâncias e conduz a resultados discriminatórios entre clientes, em completo desacordo com os princípios e objetivos subjacentes ao Regulamento TSM e Regulamento de Execução.
159. Efeitos lesivos que não se verificam mediante a aplicação da regra de apuramento de uma PUR em conformidade com o disposto no n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento de Execução.



160. Regra que a Vodafone tem implementado nos tarifários *open data bundle* da sua oferta comercial, garantindo assim um tratamento coerente e conforme com o princípio de abolição das sobretaxas de roaming e os respetivos objetivos definidos nos respetivos diplomas.

III.3.4.2 DESPROPORCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DA SOBRETAXA

161. Como anteriormente referido, a possibilidade de aplicar uma PUR ao serviço de dados em itinerância nas condições estipuladas pelo Regulamento TSM e pelo Regulamento de Execução visa, entre outros aspetos, salvaguardar a sustentabilidade dos tarifários *open data bundle* provisionados no mercado doméstico os quais, por definição, terão volumes de tráfego ilimitado ou proporcionarão volumes de dados a um preço unitário doméstico implícito muito baixo.

162. Neste contexto, importa refletir sobre o potencial impacto que a aplicação de PUR específicas adicionais teria na sustentabilidade deste tipo de planos tarifários.

163. Recorrendo ao exemplo utilizado pela ANACOM no anexo ao SPD para um tarifário hipotético do tipo 4, prevê-se que, por um valor mensal de €13.66 por mês (sem IVA), o cliente teria acesso a conjunto de tráfego de dados móveis com as seguintes características:

- 5 Gb/mês de *plafond* geral;
- “Tráfego ilimitado” para as aplicações Facebook, Instagram, Snapchat, WhatsApp e Facetime;
- Um *plafond* adicional de 5 GB/mês para tráfego de YouTube e Twitch.

164. No exemplo indicado pelo Regulador nada é referido sobre o volume de tráfego associado a outros serviços (como sejam, por exemplo, o volume de minutos ou SMS incluídos num pacote deste tipo e que é prática habitual nas ofertas comerciais dos operadores portugueses), cujos custos de prestação em roaming no EEE deveriam também acrescer à análise da sustentabilidade deste tarifário hipotético, mas que, para efeitos de simplificação, não serão considerados no presente exercício.

165. Atendendo à implementação proposta pela ANACOM, o operador que disponibilizasse esta oferta teria de permitir ao seu cliente usufruir das seguintes PUR em roaming no EEE:

- 4,55 GB para o *plafond* geral;
- 4,55 GB para o tráfego aplicações Facebook, Instagram, Snapchat, WhatsApp e Facetime;
- 4,55 GB para o tráfego de Youtube e Twitch.



166. Desta forma, e caso o cliente utilizasse a totalidade das PUR adicionais, o operador doméstico estaria sujeito a ter de suportar custos grossistas no valor de €27,3, custos estes que se refeririam apenas à disponibilização do tráfego de dados em roaming e já superariam, em larga escala, o valor pago mensalmente pelo cliente para o conjunto de serviços do seu pacote de serviços móveis.
167. Veja-se que, mesmo que o cliente apenas utilizasse 50% das PUR propostas pelo Regulador, o operador teria de suportar um custo grossista de €13,65, ou seja, capturando todo o valor que o cliente paga pela disponibilização de tal tarifário, tanto em território nacional, como em roaming no EEE.
168. Como é facilmente perceptível, tal tarifário não seria de todo sustentável a curto/médio prazo, sendo o operador obrigado a (i) rever as condições do tarifário (ii) a rever os preços do tarifário e/ou (iii) a equacionar disponibilizar tal tarifário apenas em território nacional.
169. A este propósito atente-se que nem o mecanismo de sustentabilidade da abolição das sobretaxas de itinerância a nível retalhista previsto no Regulamento do Roaming (artigo 6.º-C) e no Regulamento de Execução (artigos 6.º a 10.º) seria suficiente para atender a esta realidade, uma vez que a aplicação de tal mecanismo pressupõe a avaliação da sustentabilidade do conjunto dos tarifários oferecidos pelo operador a nível doméstico que a ele recorre e não a uma aplicação específica e individualizada para a avaliação da sustentabilidade de um determinado tarifário que o operador disponibilize.
170. Naturalmente que não é este o resultado que se pretende com a abolição das sobretaxas de roaming, tendo tal sido um dos motivos constituintes para a definição de uma PUR para o pacote de serviços móveis como um todo (e não múltiplas e cumulativas PUR), com vista a estabelecer um equilíbrio entre a disponibilização de serviços em roaming no EEE a preços domésticos e a promoção e desenvolvimento de ofertas tarifárias inovadoras e competitivas nos mercados domésticos, em particular, de ofertas do tipo *open data bundle*.

III.3.4.3 INCONSISTÊNCIA DA APLICAÇÃO DA ABOLIÇÃO DAS SOBRETAXAS DE ROAMING NO EEE

171. No anexo que acompanha o SPD, a ANACOM propõe que, ao ser ultrapassado o limite de uma das PUR de roaming específicas para acesso a determinadas aplicações/conteúdos (no exemplo utilizado pelo Regulador, haveria uma PUR de roaming de 4,55 GB para as aplicações Youtube e Twitch e outra PUR de roaming de 4,55 GB para as aplicações Facebook, Instagram, Snapchat, WhatsApp e Facetime) o tráfego remanescente deveria, primeiramente, ser descontado à PUR de roaming do *plafond* geral que o operador também teria de disponibilizar, não havendo lugar à aplicação de sobretaxa até que a PUR de roaming do *plafond* geral fosse ultrapassada.
172. Este entendimento é claramente contrário ao vertido no Regulamento TSM.



173. Com efeito, o Regulamento do Roaming estabelece no artigo 6.º-B n.º 2 que o valor de sobretaxa estabelecido no artigo 6.º- E é aplicável aos serviços regulados de itinerância a nível retalhista que excedam os limites definidos nas políticas de utilização responsável.
174. Quer isto dizer que, uma vez esgotada a PUR de roaming de dados móveis, o operador pode aplicar uma sobretaxa até ao limite de utilização do pacote doméstico.
175. Aplicando tal entendimento à abordagem fragmentada que a ANACOM aplica na análise do pacote de serviços de dados móveis que o cliente subscreve e, centrando-nos primeiramente na análise do tráfego de 5GB para Youtube e Twitch, tal implicaria que, quando esgotada a PUR de roaming de 4,55 GB deste tipo de utilização, o operador deveria aplicar uma sobretaxa ao restante pacote até perfazer o total de 5 GB. Só após esgotar esse limite de 5 GB, é que o tráfego destinado ao Youtube e Twitch seria descontado ao *plafond* geral de dados, replicando assim o comportamento que se verifica em território nacional.
176. Analogamente, para o tráfego ilimitado destinado às apps Facebook, Instagram, Snapchat, WhatsApp e Facetime, teria de se aplicar princípio idêntico, sendo que o tráfego para estas aplicações estaria sempre sujeito a uma sobretaxa após ultrapassado o limite de 4.55 GB da PUR de roaming, uma vez que este tráfego, em território nacional, não seria descontado ao *plafond* geral em momento algum.
177. Fica assim demonstrado que a abordagem segmentada e fragmentada que o Regulador propõe no SPD para a aplicação do cálculo da PUR de roaming para serviços de dados móveis não está conforme com os Regulamentos Europeus, nem encontra reflexo nas Guidelines redigidas pelo BEREC sobre esta matéria, as quais, pela sua natureza, não podem extrapolar os princípios e objetivos estabelecidos no Regulamento do Roaming TSM e no Regulamento de Execução.
178. Assim, a ANACOM deverá necessariamente rever as conclusões retiradas no SPD quanto a esta matéria, em conformidade com o Regulamento do Roaming, o Regulamento de Execução e as Guidelines do BEREC, ou seja, de acordo com o que a Vodafone tem implementado nas suas ofertas tarifárias.

IV. PRAZOS DE IMPLEMENTAÇÃO

179. Conforme sobejamente argumentado e sustentado ao longo da presente Pronúncia, a Vodafone diverge das posições adotadas pelo Regulador no SPD relativamente às ofertas *zero rating* e práticas similares adotadas pelos PSAI no que toca aplicação do princípio do tratamento equitativo de tráfego e das regras do RLAH, na medida em que as considera desprovidas de sustentação.



180. Nessa medida, entende a Vodafone que a Deliberação que, a final, vier a ser emitida pelo Regulador deverá ser alterada e ajustada em função do que acima se deixou exposto.
181. Não obstante, a manter-se o entendimento expresso pela ANACOM no SPD quanto a esta matéria, o que apenas se admite, sem conceder, por mero exercício de raciocínio, sempre se acrescenta que os prazos previstos no SPD para alteração dos procedimentos adotados pelos PSAI no âmbito das referidas ofertas se afiguram manifestamente exíguos.
182. Com efeito, as adaptações preconizadas pela ANACOM no SPD implicam alterações substanciais a nível de procedimentos administrativos, comerciais e, sobretudo, técnicos que não são exequíveis dentro do prazo de 40 dias úteis estabelecido no SPD.
183. Tomando como exemplo o caso Alemão referido pela ANACOM no SPD, constatamos que após ter adotado uma decisão final, em dezembro de 2017, o Regulador Alemão estabeleceu que o PSAI em causa teria até ao final de março de 2018 para adequar a sua oferta, ou seja, 90 dias.
184. Ora, atendendo à dimensão relativa dos PSAI nacionais, bem como à maior diversidade e complexidade das “ofertas zero rating” em Portugal, o prazo que possa vir a ser estabelecido na eventualidade de a posição da ANACOM sobre a matéria se manter na decisão final, deve ser consideravelmente superior.
185. Com efeito, e apenas com base num exercício básico e preliminar sobre os ajustes que a decisão da ANACOM, a manter-se, implicaria nos procedimentos da Vodafone, seriam necessários, pelo menos, 6 meses para proceder à respetiva implementação.
186. Facto que deverá ser tido em devida consideração pelo Regulador antes da adoção de uma decisão final, sob pena de colocar os PSAI, em particular a Vodafone, numa situação involuntária de desconformidade com a decisão final que venha a ser tomada pela ANACOM, por impossibilidade objetiva de adequação das suas ofertas dentro do prazo para o efeito estipulado.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

187. Como nota final, e em complemento à sua pronúncia sobre o teor do “Sentido Provável de Decisão Relativo a Práticas Comerciais de Zero-Rating e Similares em Portugal”, a Vodafone gostaria de deixar expressa a sua surpresa e perplexidade perante a forma como a ANACOM decidiu tornar pública a adoção desta deliberação.
188. Com efeito, ao contrário do que seria expectável no âmbito de um processo administrativo, a Vodafone foi confrontada com a divulgação da adoção deste SPD através de uma conferência de imprensa, realizada na manhã do dia 28 de fevereiro de 2018, antes mesmo de ter sido notificada e tomado conhecimento do teor da mesma.



189. Ora, num Estado de Direito como é Portugal, as decisões de qualquer Autoridade Administrativa devem, necessariamente, ser precedidas de um processo de audiência prévia, o qual se caracteriza pela chamada dos interessados ao procedimento administrativo, visando evitar uma “decisão surpresa” por parte da Administração e dar oportunidade aos interessados de fazerem valer as suas posições e auxiliar a Administração a melhor decidir sobre a matéria em análise.
190. Com esta forma de atuação, a ANACOM apenas formalmente cumpriu este princípio, porquanto realizou uma conferência de imprensa para comunicar a adoção de uma decisão ainda não submetida ao devido contraditório.
191. Sublinhe-se, a este propósito, que o argumento de “transparência” invocado pela ANACOM para sustentar o modo como optou por divulgar a sua decisão, não colhe neste caso.
192. De facto, basta uma análise tanto ao conteúdo do site da ANACOM à data, quanto ao teor das notícias que resultaram da conferência de imprensa promovida pelo Regulador, para se concluir pela pouca clareza quanto ao facto de a decisão anunciada pela ANACOM ainda não constituir uma decisão final.
193. Os resultados de tal comunicação foram, assim, no mínimo, lamentáveis, uma vez que a mensagem que transpareceu e foi veiculada em uníssono pela imprensa dá conta de que os operadores se encontram a disponibilizar ofertas ilegais, o que, conforme melhor se justificará no presente documento, não corresponde à verdade. Nem tão pouco, ao conteúdo do próprio SPD, o qual, em nosso entender, não reflete a imagem de absoluta ilegalidade das ofertas disponibilizadas pelos operadores que foi transmitida pela imprensa.
194. Existem princípios jurídicos que se aplicam e devem ser respeitados por todos os *stakeholders* do sector, sob pena de a certeza jurídica e regulatória que devem nortear a atividade das empresas no mercado saírem prejudicadas.
195. A forma como o SPD ora em análise foi divulgado – ultrapassando o procedimento estabelecido por lei e sem observância do dever de reserva imposto estatutariamente aos membros do Conselho de Administração do Regulador –, surge em absoluto contraciclo com a postura de diálogo propalada pela nova administração da ANACOM, não enaltece o sector e antagoniza os consumidores de comunicações eletrónicas de forma infundada e completamente evitável.
196. Não obstante, a Vodafone, ao abrigo da postura de boa-fé e respeito pela qual sempre pautou a sua atividade, permanece totalmente disponível para, através dos meios adequados, prestar o seu contributo e colaboração ao Regulador em tudo o que se revele necessário, por forma a que, em conjunto, sejam encontradas soluções e adotadas decisões que contribuam para o sã funcionamento do mercado e, acima de tudo, concorram para a defesa dos interesses e direitos dos utilizadores dos serviços de comunicações eletrónicas.