

ANÁLISE Nº 100/2016/SEI/AD

Processo nº 53500.020772/2016-69

Interessado: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

CONSELHEIRO

Aníbal Diniz

1. ASSUNTO

1.1. Manifestação solicitada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para auxiliar na instrução do Inquérito Administrativo nº 08700.004314/2016-71, instaurado a partir de representação do Ministério Público Federal junto ao CADE, em face de CLARO S.A., TIM CELULAR S.A., OI MÓVEL S.A. e TELEFONICA BRASIL S.A., sob a alegação de que as Representadas estariam incorrendo em condutas anticompetitivas, consubstanciadas no tratamento discriminatório entre os diversos conteúdos e aplicativos acessados por meio de suas redes.

2. EMENTA

CADE. SUPERINTENDÊNCIA DE COMPETIÇÃO. ZERO RATING. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE CONDUTA ANTICOMPETITIVA.

2.1. Ausência de indícios de infração à ordem econômica nas ofertas dos planos contendo cláusulas *zero rating* das Prestadoras do SMP.

3. REFERÊNCIAS

3.1. Lei nº 9.472, 16 de julho de 1997 – Lei Geral de Telecomunicações;

3.2. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011;

3.3. Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013 – Regimento Interno da Anatel;

3.4. Portaria nº 642, de 26 de julho de 2013, alterada parcialmente pela Portaria nº 739, de 11 de setembro de 2013;

3.5. Análise nº 20/2016/SEI/AD, de 5 de maio de 2016;

3.6. Informe nº 4/2016/SEI/SCP, de 6 de setembro de 2016;

3.7. Nota Técnica nº 22/2016/CGAA4/SGA1/SG/CADE, de 8 de julho de 2016;

3.8. Parecer nº 00721/2016/PFEANATEL/PGF/AGU, de 27 de outubro de 2016.

4. RELATÓRIO

DOS FATOS

4.1. Trata-se de Manifestação solicitada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para auxiliar na instrução do Inquérito Administrativo nº 08700.004314/2016-71, instaurado a partir de representação do Ministério Público Federal junto ao CADE, em face de CLARO S.A., TIM CELULAR S.A., OI MÓVEL S.A. e TELEFONICA BRASIL S.A., sob a alegação de que as Representadas estariam incorrendo em condutas anticompetitivas, consubstanciadas no tratamento discriminatório entre os diversos conteúdos e aplicativos acessados por meio de suas redes.

4.2. Em 22/08/2016, o CADE, por meio do Ofício nº 4090/2016/CADE, solicitou manifestação da Anatel acerca de representação do Ministério Público Federal junto ao CADE cuja alegação se baseia no comportamento das quatro maiores prestadoras do Serviço Móvel Pessoal (SMP) que, “por meio de sua política de preços e condições diferenciadas de prestação de serviços no mercado de internet, estariam incorrendo em condutas com efeito anticompetitivo de falseamento ou prejuízo à livre

concorrência à jusante, com suposto tratamento discriminatório entre os diversos conteúdos trafegados e aplicativos acessados por meio de suas redes.”

4.3. Em 23/08/2016, o Superintendente de Competição expediu o Ofício nº 387/2016/SEI/CPOE/SCP-ANATEL, solicitando prazo adicional de 30 (trinta) dias para o envio da manifestação, a partir da data de encerramento do prazo originalmente estipulado, 12/09/2016, considerando o trâmite regimental e a complexidade do tema.

4.4. Em 06/09/2016, a Superintendência de Competição elaborou o Informe nº 4/2016/SEI/SCP, no qual defendeu a inexistência de indícios de conduta contrária à ordem econômica que impacte o mercado de provimento de acesso à internet, bem como o mercado de provimento de conteúdo e aplicativos, a ensejar a necessidade de abertura de processo administrativo por parte da Superintendência Geral do CADE, nos termos do art. 48, III, da Lei nº 12.529, de 2011

4.5. Também em 06/09/2016, por meio do Memorando nº 17/2016/SEI/SCP, o Superintendente de Competição encaminhou os autos para manifestação da Procuradoria Federal Especializada da Anatel.

4.6. Em 03/10/2016, por meio da MACD nº 470/2016, o Superintendente de Competição propôs a submissão do Informe nº 4/2016/SEI/SCP acerca dos subsídios solicitados pelo CADE para apreciação do Conselho Diretor, o que foi corroborado pelo Superintendente Executivo na mesma data, por meio de despacho ordinatório.

4.7. Na mesma data, fui sorteado como relator da matéria para submissão à deliberação do colegiado.

4.8. Em 06/10/2016, devido à iminência do vencimento do prazo solicitado ao CADE e à complexidade da matéria, encaminhei o Memorando nº 58/2016/SEI/AD ao Presidente Executivo requerendo uma nova dilação do prazo para resposta ao CADE.

4.9. Em 11/10/2016, o Presidente Executivo da Agência encaminhou o Ofício nº 238/2016/SEI/PR-ANATEL ao Presidente do CADE, solicitando a dilação do prazo para envio de posição da Anatel, por mais 30 (trinta) dias, contados a partir do termo final do prazo fixado, qual seja, dia 12/10/2016.

4.10. Em 27/10/2016, o Procurador Geral da Anatel aprovou o Parecer nº 00721/2016/PFEANATEL/PGF/AGU, que opinou pela inexistência de elementos nos autos que comprovem que a conduta impugnada pelo MPF, junto ao CADE, possa ser caracterizada como infração à ordem econômica.

4.11. É a breve síntese dos fatos.

DA ANÁLISE

Da síntese da Representação

4.12. A representação do Ministério Público Federal junto ao CADE consiste na atribuição de caráter anticompetitivo as condutas das principais prestadoras do SMP, na oferta de plano de dados, cujas condições de preço e acesso são diferenciadas para algumas aplicações ou conteúdos, o que se conhece por “*zero rating*”.

4.13. A representação, expressa por meio da Nota Técnica nº 22/2016/CGAA4/SGA1/SG/CADE, enumera os seguintes objetos:

5. Segundo o Representante, as principais operadoras do mercado de telecomunicações, CLARO, TIM, OI e VIVO, detentoras de quase 100% da base de assinantes de telefonia móvel, e controladoras da infraestrutura essencial para exercício de atividades econômicas na internet móvel, estariam adotando práticas discriminatórias ao oferecer planos de acesso à Internet com condições privilegiadas para determinados conteúdos e aplicativos.

6. Por meio de tal prática discriminatória, a operadora diferenciaria os requisitos de acesso a determinados serviços de internet, de acordo com seus interesses, tais como aplicações de determinada rede social. Nos supostos planos denominados de “*zero rating*” (ou tarifa zero), por

exemplo, aparentemente não haveria custo para o usuário utilizar a infraestrutura das operadoras ao acessar determinado conteúdo ou aplicação, como *Facebook* e *Whatsapp*.

7. Em outro modelo, denominado "acesso patrocinado", o provedor do serviço (por exemplo, uma rede social ou um portal de comércio eletrônico) supostamente remuneraria a prestadora pelo tráfego de dados gerado por seus usuários.

8. Para além de supostamente configurarem violação ao princípio da neutralidade de rede instituído pelo Marco Civil da Internet, tais práticas teriam o potencial de gerar impactos concorrenciais, ao desestimular o acesso a aplicações não abrangidas pelas mesmas condições vantajosas.

9. Ademais, as supostas condutas poderiam constituir um obstáculo ao crescimento de empresas concorrentes e ao ingresso de novos entrantes, além de desestimular a inovação no campo dos aplicativos, ao discriminar as demais aplicações não contempladas pelos planos de acesso privilegiado oferecidos.

10. Ainda segundo o Representante, *"não se afasta a possibilidade de ampliação do polo passivo dessa representação, considerando que durante a instrução restará clara se a conduta é unilateral ou praticada por meio de acordos. Desta feita, pode-se visualizar a caracterização como representados dos provedores de conteúdo, que, por meio da prática, geram prejuízos aos seus concorrentes."*

11. Por fim, do ponto de vista dos consumidores, a prática, sob o pretexto de ofertar algo gratuitamente, distorceria a concorrência, cujo grande beneficiário é o próprio consumidor. Isso porque, ao se pactuar uma suposta gratuidade e privilégio de acesso a determinados aplicativos, todos os usuários, consumidores ou proprietários de outras aplicações, acabam pagando, indiretamente, por ele.

4.14. Percebe-se que o Ministério Público Federal junto ao CADE questiona as repercussões concorrenciais desse tipo de oferta sobre usuários de internet e consumidores de planos de dados das prestadoras de SMP.

4.15. Em síntese, a representação sustenta a existência de indícios suficientes para a configuração de infração à ordem econômica.

Da necessidade de manifestação de ofício da Procuradoria

4.16. Como apresentado nos fatos, o Superintendente de Competição encaminhou os autos para manifestação da Procuradoria Federal Especializada da Anatel, por meio do Memorando nº 17/2016/SEI/SCP.

4.17. Entretanto, por meio da MACD nº 470/2016, o Superintendente de Competição resolveu encaminhar os autos para deliberação do Conselho Diretor, mesmo sem a manifestação da Procuradoria, por determinação do Memorando nº 1430/2016/SEI/GPR, e dada a iminência do termo final do prazo para manifestação desta Agência ao CADE.

4.18. Fez bem o Superintendente de Competição, considerando que o caso não se configura dentre aqueles que o Regimento Interno, em seu art. 39, §1º, aponta como de manifestação de ofício da Procuradoria, vejamos o motivo:

4.19. O Procurador-Geral, por meio da Portaria nº 642/2013, alterada parcialmente pela Portaria nº 739/2013, em relação às requisições de informação do CADE, apontou, como de manifestação de ofício do órgão de consultoria jurídica, os casos envolvendo os atos de concentração, como bem observado no Ofício nº 387/2016/SEI/CPOE/SCP-ANATEL, assim como os contenciosos administrativos que remetam a caracterização de infrações da ordem econômica ao CADE.

Art. 3º A PFE-Anatel deve ser necessariamente ouvida, nos termos do art. 11, inciso VII, da Portaria nº 321/2013, nos seguintes procedimentos regulatórios:

(...)

VIII – aprovação de subsídios a serem encaminhados ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) acerca dos atos de que trata o art. 88 da Lei nº 12.529/2011 e que envolvam prestadora de serviço de telecomunicações, que sejam submetidos à aprovação do Conselho Diretor;" (NR);

e

Art. 7º A PFE-Anatel deve ser necessariamente ouvida, nos termos do art. 15, inciso VII, da Portaria nº 321/2013, nos seguintes casos que envolvam procedimentos de contencioso administrativo:

(...)

VIII – caracterização e remessa ao CADE de infrações da ordem econômica;

4.20. Ao analisar, pormenorizadamente, o caso, percebe-se que estamos diante, não de um ato de concentração, tipificado no art. 88 da Lei nº 12.529/2011, mas de um inquérito administrativo, tipificado no art. 66, da mesma lei, ou seja, trata-se de espécies de processo administrativo distintas.

4.21. Adicionalmente, no caso, não é a Anatel que está remetendo, de ofício, algum processo em que se caracterize uma infração da ordem econômica, estando tão somente a se manifestar, por provocação do CADE, sobre um tema em que a instrução é pela inexistência de indícios de conduta anticompetitiva.

4.22. Em tempo, o Procurador Geral da Anatel aprovou o Parecer nº 00721/2016/PFEANATEL/PGF/AGU, após o processo vir para a minha relatoria, e passo a considerar também o opinativo daquele órgão de consultoria jurídica, por entender relevante a contribuição, ainda que regimentalmente não houvesse necessidade de manifestação de ofício.

4.23. Portanto, com base nos argumentos apresentados, e por se tratar de matéria majoritariamente econômica, não havendo desrespeito ao art. 39, §1º, do Regimento Interno, passo a avaliar o mérito da manifestação.

Da conceituação da conduta *zero rating*

4.24. A Superintendência de Competição descreveu a conduta do *zero rating*, expondo tanto um conceito genérico quanto caracterizando especificamente a conduta denunciada pelo Ministério Público Federal junto ao CADE:

Informe nº 4/2016/SEI/SCP:

3.2.3. O *zero rating* é uma prática realizada por prestadoras de serviços de telecomunicações que consiste em aplicar um preço zero para o tráfego de dados móveis associado a uma aplicação ou classe de aplicações em particular, implicando na não contagem desse tráfego para efeitos de uma franquia de dados (data cap) eventualmente aplicada ao acesso à internet contratado..

3.2.4. O *zero rating* pode ser compreendido como uma gama de estratégias comerciais, as quais comportam várias espécies as quais, assim exemplificamos:

- Tarifação zero por escolha da própria prestadora – a prestadora de serviço de telecomunicações elege, segundo critérios pautados em uma decisão interna, determinados conteúdos ou aplicações que, quando acessados pelo usuário, não gerarão qualquer tipo de custo;
- Tarifação zero para aplicações ou serviços de emergência – o acesso a aplicações ou serviços de utilidade pública específicos não são cobrados do usuário;
- Dados patrocinados – nesse caso, o patrocinador arca com os custos dos dados trafegados pelo usuário final quando destinarem-se ao acesso a website específico ou utilização de determinado aplicativo;
- Gerenciamento de dados – consiste no gerenciamento de tráfego direcionado a provedores de conteúdo, a fim de que estes se utilizem de períodos de menor demanda de tráfego, os quais são consequentemente mais baratos, para entrega de seu conteúdo de forma mais eficiente;
- Dados como recompensa – ocorre quando uma marca, desejando engajar determinado consumidor, lhe oferece a possibilidade de acesso a dados móveis, com custo zero, como recompensa por assistir um vídeo específico, baixar certo aplicativo ou realizar determinada ação desejada;
- Publicidade direcionada – nesse caso, direciona-se a publicidade de determinado produto àqueles consumidores que, segundo informações de seu acesso, efetivamente têm interesse. Nesse caso, o usuário que baixar o aplicativo ou acessar o conteúdo desejado, não pagará por tê-lo feito;
- Dados corporativos – permite que determinada instituição arque apenas com acesso a dados corporativos. Os dados pessoais serão custeados pelo próprio funcionário.

3.2.5.No caso em tela, pelas informações dos autos, tem-se que a modalidade adotada pelas prestadoras de acesso de banda larga móvel recaiu sobre a modalidade “tarifação zero por escolha própria da operadora”. Assim, até onde é possível saber, inexistem contratos firmados entre as

prestadoras de telecomunicações e os fornecedores de aplicativos abarcados pela estratégia comercial adotada.

Da conduta *zero rating* como indício de infração à ordem econômica

4.25. A conduta materializada nos planos de *zero rating* ofertados pelas prestadoras do SMP representadas precisa ser, a princípio, sistematizada sob o arcabouço econômico-concorrencial, como bem concluiu a Área Técnica:

Informe nº 4/2016/SEI/SCP:

3.4.10. Contudo, *s.m.j.*, falta à representação um pressuposto indispensável para a análise antitruste, qual seja: a delimitação de mercado relevante fundada nos critérios jurídico-econômicos da Lei nº 12.529/2011, sem a qual não se poderia admitir a incidência do art. 36 desse diploma legal, uma vez que a avaliação dos prejuízos à concorrência deve levar em conta o mercado no qual as relações de concorrência se inserem.

3.4.11. Desse modo, esta Agência, instada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, não se furtará do dever legal de apresentar sua análise técnica devidamente motivada acerca da análise das supostas práticas anticoncorrenciais denunciadas pelo Ministério Público Federal, iniciando pela re-definição do mercado relevante.

4.26. Além dessa sistematização, creio ser importante discutir algumas características estruturais que são similares para os mercados de telecomunicações, aqui no papel de provedores de internet, e para o mercado dos provedores de conteúdo.

4.27. Sabe-se que tanto os provedores de conteúdo quanto as prestadoras do SMP atuam em mercados que tem forte externalidade de rede, ou seja, onde o valor da rede para o usuário se amplia à medida que cresce o número de usuários conectados a ela.

4.28. Tanto provedores de conteúdo quanto ofertantes de banda larga operam em indústrias de larga escala, com elevados custos afundados, intenso investimento em pesquisa e desenvolvimento e infraestrutura física que não varia proporcionalmente ao número de usuários.

4.29. E, ainda, como acertadamente identificado pela Área Técnica, fazem parte de mercado de múltiplos lados:

Informe nº 4/2016/SEI/SCP:

3.4.12. Assim, necessário se faz compreender a dinâmica do mercado de banda larga móvel e sua relação com o mercado de provimento de conteúdo e aplicativos. Tais relações estão configuradas num mercado de múltiplos lados e a literatura econômica o define como uma estrutura de mercado em que uma plataforma cria valor atraindo e facilitando a interação entre dois ou mais agentes distintos. Esse tipo de arranjo se desenvolve economicamente distribuindo seus custos (ou gerando receita) em diversos grupos de participantes, no qual uma figura central consegue se remunerar.

3.4.13. Em geral, o mercado de múltiplos lados tem um arranjo que vincula necessariamente todas as pontas, em algum momento, como demandantes e ofertantes simultâneos, o que os diferencia de um mercado tradicional. Só há valor para um lado do mercado se o outro também cresce e se expande. Um é espelho do outro. O arranjo é sempre pensado para o desenvolvimento conjunto dos dois lados. Isso ocorre porque as plataformas de múltiplos lados resolvem problemas de custos de transação que tornam difícil ou impossível para agentes em diferentes grupos se encontrarem. Em muitos casos, o maior envolvimento dos agentes aumenta o valor da plataforma para os outros agentes. Tais efeitos de rede indiretos funcionam à semelhança de economias de escala do lado da demanda e elevam o valor econômico que os agentes percebem da plataforma. A percepção de incremento de valor depende da forma como os agentes se encontram. A plataforma de múltiplos lados cria valor por meio da coordenação de múltiplos grupos de agentes, garantindo que há um número razoável de agentes de cada tipo que torna a participação vantajosa para todos.

4.30. Com essas características, o *zero rating* aqui avaliado tem racionalidade econômica e gera, inegavelmente, perceptível bem estar via excedente do consumidor e do produtor, pelas seguintes razões:

4.30.1. expande diretamente o uso e o número de usuários dos conteúdos gratuitos, e indiretamente o tráfego dos conteúdos onerosos em função de suas interfaces, assim como eleva a penetração da banda larga móvel, criando valor para as redes de telecomunicações;

4.30.2. reduz os custos médio e marginal do acesso à rede e aos conteúdos, que se materializa por meio de uma discriminação eficiente de preços;

4.30.3. gera precificação favorável para os consumidores pela possibilidade de coordenação, via mecanismos de mercado, entre prestadoras do SMP e provedores de conteúdo, onde os primeiros buscam criar valor para a sua rede e estes procuram meios de expandir a distribuição de seu conteúdo, como mais detalhadamente explicado pela Área Técnica:

Informe nº 4/2016/SEI/SCP:

3.4.17. Com base no caso em específico, de um lado o usuário, ao contratar determinado provedor de acesso a internet, toma a sua decisão considerando o conteúdo transmitido e os aplicativos processados por essa rede e do outro lado, os provedores de conteúdo e aplicativos, ao negociarem com o provedor de acesso a internet, levam em consideração o número de usuários finais contratantes dessa rede, com vistas a estimar a amplitude de alcance de seus produtos.

3.4.18. Isso se verifica porque a utilidade da rede para os usuários finais depende do lado oposto da cadeia – os provedores de conteúdo e aplicativos e vice versa. Assim, é característica do mercado de dois lados o consumo de agentes diferentes em lados opostos, porém compatíveis.

3.4.19. Portanto, a percepção de valor em relação ao provedor de acesso à internet será determinada por sua capacidade de maximizar as externalidades da interação dos agentes presentes, o que gera um incentivo para maximizar o tamanho de todos os lados da sua plataforma.

3.4.20. Outra importante implicação é o incentivo para alavancar poder de mercado de um lado da plataforma para outro. Em função das externalidades intergrupos, o exercício de poder de mercado (seja aumentando preços ou reduzindo qualidade) é contestado pelo risco de perda vendas em uma das pontas de sua plataforma. Em função disso, não faria sentido para uma prestadora de banda larga móvel limitar a quantidade de conteúdos e aplicações, uma vez que isso reduz a qualidade do seu serviço. Dessa forma, o valor percebido de seu provimento de banda larga pelos usuários finais seria minimizado. Esse mecanismo é amplificado em uma estrutura de mercado competitivo, ou seja, quando os usuários finais têm opções de acesso à banda larga móvel (neste ponto, não se pode descartar também a possibilidade de substituíbilidade entre banda larga móvel e fixa).

4.31. Pela análise de mercados realizada no Informe nº 4/2016/SEI/SCP, os benefícios para o bem estar econômico do *zero rating* praticado até o presente momento, pelas Prestadoras do SMP, no país, está acompanhado de, no mercado de provimento de internet:

4.31.4. um inequívoco deslocamento benéfico das curvas de demanda e oferta de dados móveis;

4.31.5. de uma estrutura industrial menos concentrada se comparada a um conjunto significativo de países desenvolvidos e em desenvolvimento.

4.32. E no mercado de provimento de conteúdo:

4.32.6. ausência de barreiras à entrada de novos provedores nas lojas virtuais de aplicativos;

4.32.7. fortes indícios de contestabilidade entre aplicativos, a partir de estudos promovidos pela Agência que identificaram mobilidade irrestrita da base de usuários para aplicativos concorrentes em diferentes episódios de proibição judicial do funcionamento de determinado aplicativo;

4.32.8. alto grau de rivalidade e intensa disputa por posições de *market share*, com surgimento de diferentes e novas aplicações.

4.32.9. Pela análise empreendida, além dos ganhos de eficiência que já demonstrei, é possível perceber que a conduta de prática de preços diferenciados, representada pelo Ministério Público Federal junto ao CADE, não produz efeitos limitadores da capacidade de inovação e do caráter disruptivo do mercado de provimento de conteúdo, e, por este motivo, não gera barreiras à entrada no mesmo.

4.32.10. Por todos esses argumentos, entendo que a conduta de *zero rating*, atualmente materializada nos planos de serviço das prestadoras do SMP representadas, não configura ameaça a livre concorrência, prevalecendo, entretanto, a necessidade de a Anatel continuar a

supervisionar outras condições contratuais e práticas comerciais envolvendo discriminação de preços, garantindo assim que tais condutas tenham caráter predominantemente competitivo e difundam ganhos de eficiência

5. **CONCLUSÃO**

À vista do exposto, com fundamento nas razões e justificativas da presente Análise, proponho:

5.33. Encaminhar ao CADE a manifestação da Anatel pela ausência de indícios de infração à ordem econômica nas ofertas dos planos contendo cláusulas *zero rating* das Prestadoras do SMP, representadas pelo Ministério Público Federal junto ao CADE.

É como considero.



Documento assinado eletronicamente por **Anibal Diniz, Conselheiro**, em 09/11/2016, às 16:59, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 30, II, da Portaria nº 1.476/2014 da Anatel.



A autenticidade deste documento pode ser conferida em <http://www.anatel.gov.br/autenticidade>, informando o código verificador **0941298** e o código CRC **5E12FD49**.