RELATÓRIO DA AUDIÊNCIA PRÉVIA

(Elaborado nos termos do artigo 105.º do Código do procedimento Administrativo)

I
Enquadramento

Por deliberação de 21 de Outubro de 2009, o Conselho de Administração do ICP- Autoridade Nacional de Comunicações (ICP-ANACOM) aprovou o seguinte projecto de decisão:

1) Determinar à ZON TV CABO, S.A. e à PT Comunicações, S.A. que, no prazo de 15 dias seguidos, diligenciem no sentido de celebrar um acordo, em conformidade e para os efeitos do que estabelece o artigo 89.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, sobre o formato e as condições de fornecimento das informações pertinentes sobre os respectivos assinantes que se tenham manifestado favoravelmente à inclusão dos seus dados na lista e serviço informativo do serviço universal;

2) Determinar às referidas empresas que, no termo do prazo fixado no número anterior, remetam ao ICP-ANACOM cópias do acordo que tenham celebrado, bem como informação sobre a respectiva execução, que deve ser imediata;

3) Determinar que, caso as empresas não tenham celebrado o referido acordo, informem do facto esta Autoridade, comunicando detalhada e comprovadamente as diligências efectuadas, as dificuldades encontradas e a forma por que entendem que devem ser ultrapassados os obstáculos ao acordo, a fim de que a ANACOM possa determinar o formato e condições em que tais informações são disponibilizadas ao prestador do serviço universal.

4) Submeter o determinado nos números anteriores a audiência prévia dos interessados para que estes se pronunciem, querendo, no prazo de 10 dias, nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 100.º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo.

A PT – Comunicações, S.A. (PTC) e a ZON TV CABO, S.A. (doravante ZON) notificadas que foram do referido projecto de decisão apresentaram a sua pronúncia em 4 de Novembro de 2009.

II
Da resposta das interessadas

Referem-se de seguida os comentários oferecidos pela PTC e pela ZON e a apreciação do ICP-ANACOM relativamente a cada uma das questões suscitadas, as quais, sinteticamente, se reconduzem aos seguintes aspectos:

1. **Esclarecimentos prestados pela PTC;**
2. **Alegado desrespeito do princípio da finalidade dos dados;**
3. **Base de dados de assinantes;**
4. **Exiguidade do prazo concedido;**
5. **Esclarecimentos solicitados pela ZON.**

Assim:

1. Esclarecimentos prestados pela PTC

Sem prejuízo de concordar genericamente com o sentido da deliberação que o ICP-ANACOM se propõe aprovar, a PT Comunicações considera «(…) *deverem ser prestados neste âmbito alguns esclarecimentos relativamente aos factos invocados pela ZON na sua resposta de 28 de Agosto de 2009 à determinação do ICP-ANACOM para que aquele operador remetesse ao PSU os dados dos seus assinantes dos serviços telefónico em local fixo e telefónico móvel*.»

Neste contexto, a PTC enumera e apresenta documentos (concretamente cópia das cartas enviadas) que visam comprovar que os contactos que iniciou com a ZON tendentes ao envio de dados dos respectivos assinantes

para inserção em lista e serviços informativos do Serviço Universal (SU) iniciaram-se em 15 de Maio de 2008 e não em 19 de Março de 2009, contrariamente ao alegado pela ZON.

1.1 Posição do ICP-ANACOM

Não tendo embora conhecimento directo dos factos invocados e documentados pela PTC, registam-se os elementos de prova ora apresentados pela empresa e que indiciam que a ZON descurou efectivamente o cumprimento da obrigação legal que, neste domínio, a vincula.

2. Alegado desrespeito do princípio da finalidade dos dados

2.1 Pronúncia da ZON

A empresa sustenta que a "PTC" «(…) *não apresentou garantias adequadas de que os dados dos clientes da ZON não iriam ser utilizados para finalidades diversas, nomeadamente para acções de recuperação/angariação de clientes. Com efeito, pouco tempo após o lançamento do seu serviço em local fixo, a ZON, teve indícios de violação grave das obrigações de confidencialidade pela PTC no quadro dos processos de portabilidade. Não pode, por isso, a ZON deixar de rodear-se neste exercício de particulares cautelas, tendo em conta a importância dos valores e interesses em jogo, isto é, os direitos dos seus assinantes, constitucional e legalmente consagrados, em matéria de privacidade e de protecção de dados pessoais, nomeadamente quanto à segurança e confidencialidade do seu tratamento*. Considera, assim, que «(…) *constituiria uma grande imprudência se, face a uma proposta da PTC tendo como base a transmissão de dados dos seus clientes àquela empresa, a ZON tivesse, desde logo e sem a ponderação de alternativas adequadas, aceite tal proposta, quando existiam sérias dúvidas quanto à adequação das medidas organizativas implementadas pela PTC para impedir o acesso não autorizado aos mesmos e impedir o seu tratamento ilícito.*»

Acrescenta ainda que «*(…) no caso de outros operadores a quem a transmissão à PTC de informações sobre assinantes suscitava preocupações idênticas às da ZON, o procedimento tendente à celebração de acordos relativos àquela transmissão prolongou-se por vários anos, tendo só apenas recentemente sido encontradas soluções que viabilizaram finalmente aquela transmissão*.»

2.2 Pronúncia da PTC

A PTC manifesta a sua estranheza quanto ao alegado pela ZON «(…) *desde logo, porque este tipo de preocupações nunca foram manifestadas perante a PT Comunicações como factor impeditivo do cumprimento das obrigações decorrentes do art. 50.º da Lei das Comunicações Electrónicas a que a ZON, enquanto prestador de serviços telefónicos em local fixo e móveis, se encontra adstrita*». E acrescenta:

- «*Causam estas afirmações o maior espanto e preocupação, uma vez que, não só tais factos nunca nos foram comunicados, como não são apresentados dados concretos relativas à acusação feita a esta empresa. Não houve, aliás, até à data, qualquer intervenção do ICP-ANACOM em consequência dos factos que a ZON pretende nesta sede imputar à PT Comunicações (contrariamente ao alegado pela ZON), nem sequer foram, em momento algum, manifestadas, pela ZON, dúvidas relativas à honestidade e licitude com que a PTC trata destes dados.*»;
- *Adicionalmente, muito estranhamos que a violação das obrigações que cabem à PT Comunicações seja tão grave e conhecida e, ainda assim, não tenha sido invocada por mais nenhum operador perante a PT Comunicações, já que os restantes operadores enviam os seus dados sem levantar reservas nesta matéria, com excepção da Sonaecom*.»

2.3 Posição do ICP-ANACOM

O ICP-ANACOM, ponderadas as respostas recebidas de ambos os operadores, mantém a posição já assumida no projecto de decisão e que ora se reproduz: «*A desconfiança da ZON relativamente a eventuais comportamentos da PTC, como tal susceptíveis de pôr em causa a confidencialidade dos dados dos assinantes da primeira, não constitui causa de*

justificação para o incumprimento da ZON no que tange às obrigações legais em presença. Anote-se, a este respeito, que a PTC está obrigada a não utilizar a informação que neste âmbito lhe é disponibilizada pelos demais prestadores para finalidades diferentes daquelas para as quais tal informação foi recolhida (princípio da finalidade consagrado no artigo 35.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa e no artigo 5.º, nº 1, alínea b) da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro).»

E, contrariamente ao que sustenta a ZON, não é aceitável que meros "**indícios**" de práticas irregulares por parte da PTC envolvendo a recuperação/angariação de clientes no âmbito dos processos de portabilidade, justifiquem o incumprimento de uma obrigação legal e, não menos importante, tenham como resultado privar os assinantes do exercício de um direito legítimo de verem o seus dados inscritos nas listas e no serviço informativo do serviço universal.

Não deixa de ser, pois, curial que esta Autoridade se questione até quando teriam os clientes da ZON de continuar a aguardar pela plena satisfação dos seus legítimos direitos e interesses, caso não tivesse adoptado o projecto de decisão em análise.

3. Base de dados de assinantes

A ZON argumenta que se o legislador decidiu habilitar o ICP-ANACOM a criar e gerir, directamente ou por intermédio de entidade independente, uma base de dados contendo as informações pertinentes recebidas dos operadores sobre os respectivos assinantes (cfr. artigo 89.º, n.º 4 da Lei n.º 5/2004), fê-lo precisamente porque decidiu criar uma alternativa à transmissão daquelas informações ao prestador do serviço universal.

3.1 Posição do ICP-ANACOM

O ICP-ANACOM não considerou necessária, até ao momento, a criação da referida base de dados, a qual, em todo o caso, não evitaria que tais dados devessem ser disponibilizados à prestadora do serviço universal para que esta pudesse cumprir as obrigações referidas no n.º 1 do artigo 89.º da Lei n.º

5/2004, enquanto estas impenderem sobre aquela prestadora.

4. Exiguidade do prazo concedido

4.1 Pronúncia da ZON

A ZON manifesta estar a ponderar «(…) *no quadro da negociação a manter com a PTC sobre este tema, propor uma solução idêntica à adoptada pela Vodafone em matéria de serviços informativos, com base no acesso remoto aos dados dos clientes da ZON, apenas numa base casuística, isto é, apenas em função de um pedido específico do utente do serviço informativo*.» Salienta que «(…) *a definição dos contornos técnicos dessa solução e a adequada negociação dos termos contratuais que irão reger a sua aplicação concreta, com a consagração de obrigações da PTC que assegurem o respeito dos direitos dos assinantes da ZON em matéria de confidencialidade e de protecção de dados pessoais, requerem necessariamente que lhe seja fixado para o efeito um prazo superior a "15 dias seguidos", atenta a relativa complexidade e a importância dos interesses em jogo.*»

Recorda que o ICP-ANACOM já concedeu em circunstâncias anteriores prazos mais alargados, de que são exemplos as deliberações de 24 de Maio de 2007 e de 27 de Julho de 2007, onde os prazos concedidos foram, respectivamente, de 30 dias úteis e de mais de um mês e meio.

Nessa medida, e tendo em conta os princípios e interesses em causa, a ZON considera adequada a fixação de um prazo de, pelo menos, **30 dias (úteis)**, para que esta e a PTC "(...) *diligenciem no sentido de celebrar um acordo, em conformidade e para os efeitos do que estabelece o artigo 89.° da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, sobre o formato e as condições de fornecimento das informações pertinentes sobre os respectivos assinantes que se tenham manifestado favoravelmente à inclusão dos seus dados na lista e serviço informativo do serviço universal'.*

A ZON alega ainda que necessita de notificar os tratamentos dos dados dos respectivos assinantes à Comissão Nacional de Protecção de Dados, devendo conformar-se com o que esta vier a dispor sobre a matéria.

4.2 Posição do ICP-ANACOM

A ZON manifesta o seu propósito de propor uma solução idêntica à adoptada pela VODAFONE em matéria de serviços informativos.

Ora, à solução criada para a VODAFONE pode aderir qualquer empresa, tal como previsto nos números 5º e 7º da Deliberação do ICP-ANACOM de 14 de Janeiro de 2009[1].

Por isso, estando a solução já criada, e tendo a ZON tido oportunidade, desde há 1 ano, de estudar as condições contratuais da adesão, não se vislumbra razão para alargar o prazo fixado no projecto de decisão.

Com efeito, a existência desta solução torna desiguais a presente situação e aquelas em que foram concedidos pelo ICP-ANACOM prazos mais alargados para a conclusão das negociações entre as partes.

O ICP-ANACOM faz notar também que para o cumprimento do disposto no n.º 2 do artigo 89.º da Lei n.º 5/2004 não basta a disponibilidade para negociar o formato e as condições de fornecimento ao prestador do serviço universal das informações pertinentes, que a ZON alega ter, exigindo-se uma actuação positiva nesse sentido, que a ZON não assumiu de forma alguma, até ao momento.

Não obstante, considera-se ser de rever o prazo de **15 dias seguidos** fixados no projecto de decisão para que a ZON e a PTC diligenciem no sentido de celebrar um acordo sobre o formato e as condições de fornecimento das informações dos assinantes que se tenham manifestado favoravelmente à inclusão dos seus dados na lista e serviço informativo do serviço universal, fixando-o em **15 dias úteis**.

[1] http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=810278

Esclarece-se ainda que o tratamento dos dados dos clientes da ZON não está sujeito ao controlo prévio da Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPD) – uma vez que não se situa no âmbito do disposto no artigo 28.º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro. Assim sendo, a notificação à CNPD é suficiente, não devendo a empresa fazer depender o envio dos dados da eventual resposta da CNPD.

5. Esclarecimentos solicitados pela ZON

A ZON esclarece que a sua oferta do serviço telefónico móvel, na modalidade pós-pago, apenas foi iniciada em Agosto de 2009 e não em 27 de Outubro de 2008, conforme referido pelo ICP – ANACOM no projecto de decisão.

A empresa refere ainda que o projecto de decisão em análise não abordou as questões que havia suscitado na carta que dirigiu ao ICP-ANACOM em 28 de Agosto de 2009 e cujo esclarecimento considera importante para a concreta definição do quadro contratual que presidirá à disponibilização de dados dos seus assinantes à PTC, a saber:

a) Delimitação de quais são as outras possibilidades de utilização a que se refere o artigo 13. °, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, que impõe à empresa o dever de informar os seus assinantes sobre «*quaisquer outras possibilidades de utilização baseadas em funções de procura incorporados em versões electrónicas das listas*.»;

b) Esclarecimento se, atento o disposto nos artigos 5.°, n.° 1, alínea a) da Directiva 2002/22/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002 (Directiva Serviço Universal), e 89.°, n.º 5, da Lei n.° 5/2004, de 10 de Fevereiro, o ICP-ANACOM já adoptou a deliberação pela qual são aprovadas a forma e as condições de disponibilização aos utilizadores finais das listas a que se refere este último artigo 89.° e, em caso afirmativo, que lhe seja facultado o acesso a tal deliberação.

Posição do ICP-ANACOM

Quanto à data de início da oferta do serviço telefónico móvel que a ZON sustenta ter-se iniciado em Agosto de 2009 e não em 27 de Outubro de 2008 (tal como refere o ICP – ANACOM no projecto de decisão em análise), importa esclarecer que foi recebida nesta Autoridade, em 3 de Novembro de 2008, uma comunicação da empresa na qual, sob a epígrafe "início da oferta comercial ZON mobile", se refere o seguinte: «*No seguimento da comunicação da ZON TV Cabo Portugal, S.A. ("ZON"), ao ICP-ANACOM, do início da oferta de serviços móveis, na modalidade de Operador Móvel Virtual ("MVNO"), e da declaração ICP-ANACOM N.º 12/2008, vimos informar essa Autoridade de que, no dia 27 de Outubro, iniciámos a disponibilização comercial do nosso serviço "ZON Mobile".»* - Itálico e sublinhado nossos.

Em tal comunicação, a ZON não distinguiu entre a oferta de serviços móveis pré ou pós-pagos. Assim, na ausência de qualquer distinção entre as modalidades possíveis de oferta (serviços pré ou pós-pagos), não caberia ao ICP-ANACOM fazê-la.

No que respeita à questão exposta na alínea a) *supra* - "outras possibilidades de utilização" a que se alude na alínea b) do n.º 1 do artigo 13.º da Lei n.º 41/2004 -, apesar de incumbir à entidade sobre a qual recai a obrigação legal o dever de averiguar em que consiste, designadamente, se assim o entender, obtendo esclarecimentos junto da entidade competente para a fiscalização do respectivo cumprimento, referem-se, a título exemplificativo, as funcionalidades de procura incorporadas no *software*, especialmente as de procura invertida, que permitem aos utilizadores apurar o nome e o endereço do assinante apenas com base no número de telefone. Mais se salienta que a fiscalização do cumprimento e sancionamento do dever de informação ao assinante, caso tais funcionalidades sejam disponibilizadas, compete à CNPD e não ao ICP-ANACOM.

No que se refere à questão evidenciada em b) *supra* – aprovação e divulgação, pelo ICP-ANACOM, da forma e as condições de disponibilização das listas aos utilizadores finais (cfr. artigo 89.º, n.º 5, da Lei n.º 5/2004) -, esclarece-se que esta Autoridade não chegou a adoptar tal deliberação por se considerar desnecessária.

Com efeito, foi aprovada em 19 de Outubro de 2000 uma deliberação que refere precisamente a forma e condições de disponibilização das listas aos utilizadores finais (anexo 1 ao presente relatório).

Posteriormente, foi aprovada em 11 de Janeiro de 2001 uma outra deliberação na qual foi definida a forma como os registos que integram o serviço de listas devem ser apresentados: (i) por ordem alfabética dos clientes, sem qualquer divisão ou identificação por operador e (ii) por ordem crescente da figuração numérica conforme o Plano Nacional de Numeração (anexo 2 ao presente relatório). A mesma deliberação também se pronunciou sobre o formato da informação a recolher anualmente junto dos operadores para figurar na lista.

III
Proposta de decisão

Tendo sido ponderados os principais aspectos relevados tanto pela PTC, como pela ZON, nas respectivas pronúncias, dessa ponderação resulta apenas uma alteração a introduzir na decisão final a adoptar: a relativa ao prazo a fixar para que as empresas acordem quanto ao formato e condições de fornecimento das informações necessárias à elaboração das listas e serviço informativo do serviço universal, que se propõe seja agora fixado em 15 dias úteis.

Face ao exposto, propõe-se que o Conselho de Administração do ICP-ANACOM delibere, no exercício das atribuições que lhe são conferidas pelas alíneas b), f), h) e n) do n.º 1 do artigo 6.º, nos termos da alínea g) do artigo 9.º e da alínea l) do artigo 26.º, todos dos Estatutos aprovados pelo Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro, ao abrigo do n.º 2 do art. 89.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, e na prossecução dos objectivos de regulação previstos na alínea c) do n.º 1 e na alínea a) do n.º 4 do artigo 5.º da citada Lei, aprovar a seguinte decisão final:

1) Determinar à ZON TV CABO, S.A. e à PT Comunicações, S.A. que, no prazo de 15 dias úteis, contado da data de notificação da deliberação, diligenciem no sentido de celebrar um acordo, em conformidade e para os efeitos do que estabelece o artigo 89.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, sobre o formato e as condições de fornecimento das informações pertinentes sobre os respectivos assinantes que se tenham manifestado favoravelmente à inclusão dos seus dados na lista e serviço informativo do serviço universal;

2) Determinar às referidas empresas que, no termo do prazo fixado no número anterior, remetam ao ICP-ANACOM cópias do acordo que tenham celebrado, bem como informação sobre a respectiva execução, que deve ser imediata;

3) Determinar que, caso as empresas não tenham celebrado o referido acordo, informem do facto esta Autoridade, comunicando detalhada e comprovadamente as diligências efectuadas, as dificuldades encontradas e a forma por que entendem que devem ser ultrapassados os obstáculos ao acordo, a fim de que a ANACOM possa determinar o formato e condições em que tais informações são disponibilizadas ao prestador do serviço universal.

Lisboa, 08 de Janeiro de 2010.

O Relator