

Sentido provável de decisão relativo à identificação das entidades obrigadas a contribuir para o fundo de compensação do serviço universal e à fixação das contribuições referentes aos CLSU 2007 - 2009

Comentários da NOS Comunicações, S.A.

Versão não confidencial



Índice

1. Introdução.....	3
2. Ponto prévio	3
2.1. Da inexistência de obrigação da NOS financiar o CLSU previamente à designação do prestador do SU por concurso	3
3. Comentários Específicos	4
3.1. Dos ajustamentos efetuados ao volume de negócios elegível declarado pela NOS	4
3.2. Do apuramento do Volume de Negócios Elegível do setor e, consequentemente, dos contribuintes e respetiva contribuição.....	10
3.3. Da liquidação e respetivo documento de suporte	10
4. Conclusão	11

1. Introdução

A NOS Comunicações, S.A., doravante NOS, tendo sido notificada, através do ofício com a referência ANACOM – S091935/2014, do sentido provável de decisão relativo à identificação das entidades obrigadas a contribuir para o fundo de compensação do serviço universal de comunicações eletrónicas e à fixação do valor das contribuições referentes aos CLSU a compensar relativos ao período 2007-2009 aprovado por deliberação do Conselho de Administração do ICP - ANACOM de 19 de dezembro de 2014, doravante SPD, apresenta de seguida a sua pronúncia.

2. Ponto prévio

2.1. Da inexistência de obrigação da NOS financiar o CLSU previamente à designação do prestador do SU por concurso

A possibilidade de os operadores de comunicações eletrónicas, como a NOS, serem obrigados a contribuir para um mecanismo de financiamento do CLSU, como o fundo de compensação, está prevista nos artigos 12.º e 13.º da Diretiva 2002/22/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas, alterada pela Diretiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009 (“Diretiva Serviço Universal”).

Por seu turno, de acordo com o disposto nos artigos 3.º, n.º 2, e 8.º, n.º 2, da mesma diretiva, o(s) prestador(es) do serviço universal deve(m) ser designado(s) através de um procedimento concorrencial (por exemplo, por concurso).

Decorre desta diretiva que existe uma ligação incindível da regra de que o(s) prestador(es) do serviço universal deve(m) ser designado(s) através de um procedimento concorrencial com a possibilidade de os operadores serem obrigados a contribuir para um mecanismo de financiamento do CLSU. Tal ligação incindível foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia nos seus acórdãos de 7 de Outubro de 2010 (Processo C – 154/09 - Comissão Europeia vs. República Portuguesa) e de 19 de Junho de 2008 (Processo C-220/07 - Comissão Europeia vs. República Francesa).

Pelo que, uma vez que a PT Comunicações, S.A. (PTC) não foi objetivamente designada como prestadora do serviço universal através de um procedimento concorrencial, os artigos 17.º e 18.º da Lei n.º 35/2012, que preveem a contribuição extraordinária, violam os artigos 3.º, n.º 1, 8.º, n.º 2, 12.º e 13.º e o anexo IV da Diretiva Serviço Universal.

Em consonância com a Diretiva atrás referida, a Lei das Comunicações Eletrónicas (aprovada pela Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, com alterações, doravante "LCE") não prevê a possibilidade de os CLSU eventualmente incorridos por um prestador do serviço universal designado fora de um procedimento concorrencial serem financiados pelos outros operadores do mercado.

Neste seguimento, a NOS limita-se aqui a reiterar a sua posição de que considera que a PTC não tem direito a receber qualquer compensação pelos CLSU incorridos, que o Estado está impedido de a pagar e, por maioria de razão, que o pagamento desses eventuais CLSU não pode ser exigido, por qualquer via, aos demais operadores, designadamente à NOS.

Como a NOS já transmitiu em outras ocasiões e consultas públicas e alegou perante o tribunal administrativo onde corre a ação administrativa especial de impugnação da decisão final adotada no procedimento relativo aos anos 2007-2009, a prestação do SU pela PTC, designadamente no período em causa (anos de 2007, 2008 e 2009), assenta em ato jurídico de nulo efeito.

Acresce que, considerando este quadro legal, bem como o direito em vigor desde que a NOS iniciou a sua atividade, a exigência do pagamento da contribuição extraordinária viola o princípio da proteção da confiança, reconhecido a nível legal e constitucional no direito interno português.

Sem prejuízo do que acabou de se expor apresentam-se de seguida comentários específicos ao SPD da ANACOM.

3. Comentários Específicos

3.1. Dos ajustamentos efetuados ao volume de negócios elegível declarado pela NOS

O SPD, tendo como suporte a auditoria realizada pela BDO & Associados – SROC, Lda. ("BDO"), determina a revisão do valor de volume de negócios elegível (VNE) reportado. Em concreto, o SPD determina a revisão do valor do VNE relativo a 2013

para [Início de Informação Confidencial - IIC] ... [Fim de Informação Confidencial].
A NOS discorda da revisão proposta pela ANACOM.

3.1.1 A notificação recebida é insuficiente do ponto de vista da informação que na mesma se contém e da respetiva fundamentação

Tal como referido, o *"SPD determina a revisão do valor de volume de negócios elegível reportado pela vossa empresa, na sequência das auditorias efetuadas, anexando-se para o efeito os relatórios preparados pelos auditores."*

Assim sendo, é legítima a expectativa de que no relatório auditoria reside, de forma verdadeira e completa, a respetiva fundamentação. Não é, porém, como veremos de seguida, o que acontece.

O referido documento anexo, sob a epígrafe "Relatório de Auditoria sobre a Declaração de volume de negócios elegível", doravante relatório de auditoria específica, no seu n.º 3. (sob o sub-título "Responsabilidades"), que a responsabilidade da BDO consiste, entre outras, em *"avaliar, com base no esclarecimento dos critérios transmitidos pelo ICP - ANACOM, a natureza dos rendimentos que contribuem para o volume de negócios elegível."*

Ora, esta avaliação conjunta (BDO / ICP-ANACOM) não nos foi disponibilizada.

Mais adiante, em 4. do mesmo relatório de auditoria (sob o título "Âmbito"), a BDO explicita que o exame a que procedeu foi efetuado de acordo com as Normas Técnicas e as Diretrizes de Revisão/Auditoria da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas. Para tanto, acrescenta-se, o referido exame incluiu a *"Revisão da definição de Volume de Negócios Elegível, suas naturezas e critérios a considerar, para concluir quanto à sua inclusão ou exclusão na informação financeira referida no ponto anterior,"* (sendo que o referido no "ponto anterior" são as informações contabilísticas e financeiras disponibilizadas pelo ICP-ANACOM, submetidas pela Empresa).

Ora, em lado algum na documentação recebida com a notificação feita por essa Autoridade se explicita quais são as exatas e concretas Normas Técnicas e Diretrizes de Auditoria utilizadas pela BDO em sede de revisão da definição de Rendimentos Relevantes.

Mais adiante ainda, em 5. (sempre do referido relatório de auditoria), sob o título "Reservas", a BDO afirma que *"A Declaração exclui, indevidamente, as prestações de serviços de televisão, no montante de [IIC] ... [FIC], as quais, nos termos previstos na Lei nº 35/2012, devem ser englobadas no Volume de Negócios Elegível."*

Esta afirmação não é, porém, fundamentada. Nem neste local, nem em qualquer outro do relatório de auditoria. Pelo que não nos é possível pronunciarmo-nos sobre a afirmação feita. Esta mesma afirmação é depois repetida, por duas vezes, no anexo ao relatório de auditoria. Mas também aí, nas repetições, não é aduzida qualquer fundamentação. Desconhecemos, por isso, os argumentos jurídico-materiais que sustentam a referida afirmação da BDO.

Em lugar algum estão por isso explicitados os motivos concretos e materiais que subjazem à intenção, que se manifesta no SPD, de proceder à revisão dos rendimentos relativos a 2013 declarados pela NOS relativamente à OPTIMUS e à ZON.

Sem prejuízo do que agora transmitimos, não deixamos de, por cautela, aduzir o seguinte:

3.1.2. Os rendimentos da atividade de televisão não estão relacionados com a atividade de comunicações eletrónicas e por isso não podem ser incluídos no volume de negócios elegível

De acordo com o SPD devem ser considerados parte integrante do VNE nos termos da Lei nº 35/2012, de 23 de agosto os rendimentos com prestações de serviços de televisão excluídos da declaração inicial no total de [IIC] 10.080.214 Euros e 373.279.039 Euros no caso da OPTIMUS e ZON, respetivamente [FIC].

Tratam-se de montantes que não devem integrar o conjunto de "*rendimentos relevantes*" para efeitos do contributo para financiamento do CLSU. Pelo que a NOS não pode concordar com o facto de essa Autoridade manifestar a intenção de proceder à revisão dos VNE declarados pela NOS relativamente à OPTIMUS e à ZON e de considerar como relevantes para efeito de apuramento da contribuição da NOS para financiamento do CLSU as receitas relacionados com a atividade de televisão.

Pois, de acordo com o nº 1, do artigo 10º da Lei nº 35/2012 "*os custos líquidos [do serviço universal] são repartidos anualmente pelas empresas obrigadas a contribuir para o fundo de compensação, em função e na proporção do respetivo volume de negócios elegível realizados no ano civil a que se referem os custos.*".

Por seu turno, o n.º 1, a) do artigo 8º da mesma Lei dispõe que "*O volume de negócios a considerar para efeitos do disposto na presente lei é o volume de negócios elegível, o qual corresponde ao valor das vendas e dos serviços prestados em território nacional, deduzidos os valores correspondentes a: a) receitas provenientes de atividades não relacionadas com a oferta de redes de*

comunicações públicas e ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público;...".

Ora, a prestação de serviços de televisão trata-se de atividade não relacionada com a oferta de redes de comunicações públicas e ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público.

Na verdade, tais receitas estão essencialmente relacionadas com a atividade de "operador de distribuição", para efeitos da Lei n.º27/2007, de 30 de julho, alterada pela Lei n.º8/2011, de 11 de Abril e pela Lei n.º 40/2014, de 9 de julho ("Lei da Televisão"). Conforme dispõe o art. 2.ºn.º1, alínea l), da Lei da Televisão, operador de distribuição é a "pessoa coletiva responsável pela seleção e agregação de serviços de programas televisivos e pela sua disponibilização ao público, através de redes de comunicações eletrónicas".

Ora, a assinatura cobrada pela OPTIMUS e pela ZON, no que se refere ao respetivo serviço de televisão por subscrição, remunera essencialmente a atividade de seleção de serviços de programas televisivos (ou canais), a respetiva agregação em pacotes e a sua disponibilização aos seus assinantes, atividades que caracterizam a distribuição televisiva, conforme decorre da norma acima transcrita da Lei da Televisão.

Tratam-se de atividades em que assumem enorme preponderância os montantes pagos a terceiros pelo licenciamento dos canais que integram os pacotes OPTIMUS e ZON (custos com conteúdos), pelo que a parte mais importante dos valores auferidos com a assinatura irá ser utilizada para pagamentos aos operadores de televisão e detentores de direitos sobre os canais e respetivos conteúdos.

O **núcleo económico** da atividade de televisão por subscrição desenvolvida pela OPTIMUS e pela ZON centra-se, por isso, fora do quadro da operação de redes e prestação de serviços de comunicações eletrónicas, integrando essencialmente a atividade de televisão (distribuição de conteúdos). As receitas auferidas com os pacotes irão, por isso, remunerar essencialmente a produção televisiva consubstanciada na organização de canais de televisão (conteúdos), com origem nos operadores de televisão.

Por conseguinte, esta atividade de televisão não poderá reconduzir-se à noção de serviço de comunicações eletrónicas prevista na Lei n.º5/2004, de 10 de Fevereiro, alterada, entre outros diplomas, pela Lei n.º51/2011, de 13 de Setembro, uma vez que não "consiste total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações eletrónicas", nos termos do art. 3.º, n.º 1, alínea ee), daquela lei. Na verdade, a parte maioritária do serviço, do ponto de vista do respetivo peso económico no valor da assinatura cobrada ao assinante, consiste

na aquisição de conteúdos e na criação de pacotes de canais televisivos a disponibilizar aos clientes e não no mero envio de sinais através de redes de comunicações eletrónicas.

Pelos motivos expostos, as receitas auferidas pela OPTIMUS e pela ZON com a sua atividade de televisão, não podem ser consideradas parte integrante do volume de negócios elegível para efeito de financiamento dos CLSU, uma vez que se destinam a remunerar essencialmente a atividade de televisão (distribuição televisiva) da OPTIMUS e da ZON, que é uma oferta de um serviço de conteúdos de televisão por subscrição.

Adicionalmente, refira-se que a regulação da atividade de televisão não se enquadra nas competências da ANACOM previstas nos seus Estatutos, os quais não consagram qualquer competência em matéria de conteúdos televisivos ou outros. A regulação de conteúdos encontra-se cometida à Entidade Reguladora para a Comunicação Social (adiante abreviadamente designada por "ERC"), nos termos do art. 8.º dos Estatutos da ERC, aprovados pela Lei 53/2005, de 8 de Novembro, encontrando-se a NOS sujeita à "supervisão e intervenção" do Conselho Regulador da ERC, em virtude do art.º6.º/c), dos referidos Estatutos.

A NOS paga à ERC a "taxa de regulação e supervisão", que lhe é liquidada anualmente, nos termos do art.º 4.º/2, e 6.º/7/a), do Anexo I ao Decreto-Lei n.º103/2006, de 7 de Junho.

Neste particular, refira-se que aquela "taxa de regulação e supervisão" visa "... remunerar os custos específicos incorridos pela ERC - Entidade Reguladora para a Comunicação Social no exercício da sua actividade da regulação e supervisão contínua e prudencial." (art. 4.º/1 da Lei n.º103/2006, de 7 de Junho), encontrando-se sujeita a essa taxa a atividade de televisão por subscrição, nos termos do art. 5.º/1/c) e d), e 5 da Lei n.º103/2006, de 7 de Junho.

Finalmente, a este propósito, deve sublinhar-se que a Lei n.º55/2012, de 6 de Setembro, alterada pela Lei nº 28/2014, de 9 de maio que estabelece os princípios de ação do Estado no quadro do fomento, desenvolvimento e proteção da arte do cinema e das atividades cinematográficas e audiovisuais, aumenta a iniquidade de um entendimento que considere serem relevantes as receitas originadas com o negócio de conteúdos.

Como é sabido, a Lei nº 55/2012 sujeita os "operadores de serviços de televisão por subscrição encontram -se sujeitos ao pagamento de uma taxa anual correspondente de €2 por cada subscrição de acesso a serviços de televisão" (artigo 10.º, n.º 2), sendo aplicada, transitoriamente, uma taxa de 1,75€ entre 2014 e 2019 (artigo 4º,n.º1 da Lei nº 28/2014, de 19 de maio).

A referida Lei nº 55/2012, sujeita ainda os operadores à obrigação de investimento para promoção das obras cinematográficas.

Os factos que acabaram de se expor reforçam a diferenciação da atividade de televisão face à atividade de operação de redes e ou prestação de serviços de comunicações eletrónicas.

Em suma, a NOS não concorda com a inclusão das receitas auferidas em 2013 com a atividade de televisão - [IIC] ... [FIC] - no VNE nos termos da Lei nº35/2012, de 23 de agosto.

3.1.3. Deverá ser considerada a estrutura do Grupo a 31 de dezembro do ano a que respeitam os rendimentos

A NOS discorda também do ponto 6. do relatório da auditoria no qual se conclui que a *dedução de rendimentos por prestação de serviços a entidades do Grupo respeitantes a comunicações eletrónicas encontra-se sobreavaliada em [IIC] ... [FIC]*". Esta conclusão assenta no pressuposto de que o apuramento dos rendimentos relevantes deverá acompanhar a evolução da estrutura do Grupo ao longo do ano a que respeitam os rendimentos.

Tendo em conta que a mencionada Lei nº 35/2012, de 23 de agosto no seu artigo 7º, nº3 refere explicitamente que deve ser considerada a estrutura de grupo a 31 de dezembro do ano civil a que respeitam os custos líquidos, foi com grande surpresa que a NOS se confrontou com a referida conclusão do relatório de auditoria e a aceitação da mesma por parte da ANACOM.

Para além da referência explícita na lei à data de 31 de dezembro, não se pode deixar de salientar que no âmbito da decisão final da ANACOM relativa à definição dos proveitos relevantes para efeito de determinação da taxa regulatória de atividade essa Autoridade nunca pôs em causa, e bem, o entendimento então expresso pela NOS de que a Lei nº 35/2012 estabelecia a data de 31 de dezembro para efeito de determinação do perímetro de grupo relevante para apuramento do volume de negócios elegível.

Em qualquer caso, a letra da Lei é explícita quanto à data relevante para avaliação do grupo, pelo que se admite que apenas por lapso não tenha sido considerado, para efeito de apuramento do VNE no ano de 2013, o perímetro do grupo NOS à data de 31 de dezembro de 2013.

3.2. Do apuramento do Volume de Negócios Elegível do setor e, consequentemente, dos contribuintes e respetiva contribuição

Das 133 entidades registadas na ANACOM como operadores de redes e/ou prestadores de serviços de comunicações eletrónicas, 21 empresas foram sujeitas a auditoria para verificação do volume de negócios elegível e 44 empresas não enviaram qualquer informação para efeitos da Lei nº35/2012, de 23 de agosto.

Relativamente a estas últimas a ANACOM admite que recorreu a *proxys* para estimar o respetivo volume de negócios, tendo considerado que entre aquelas 26 não estiveram ativas em 2013.

Daqui decorre que o volume de negócios elegível do setor e, consequentemente, os contribuintes e respetiva contribuição para o financiamento do CLSU 2007 – 2009, foram apurados tendo por base estimativas e aproximações e não dados necessariamente exatos. Esta situação não pode deixar de ser referida como uma fragilidade no processo de apuramento dos contribuintes para o financiamento do CLSU para o período 2007-2009 e respetivas contribuições.

A este propósito vale a pena recordar que a Lei nº 35/2012, no seu artigo 16º, prevê a possibilidade de a ANACOM desencadear auditorias com o objetivo de *"Averiguar a correção e exatidão dos vários elementos que tenham impacto na determinação do montantes dos custos líquidos e ou na fixação das contribuições devidos ao fundo de compensação"*, bem assim de *"recolher os elementos necessários ao apuramento do volume de negócios elegível previsto no artigo 8º"*.

Assim sendo, para além das auditorias realizadas a 21 entidades, incluindo à NOS, para apurar a exatidão dos valores reportados, a ANACOM, em conformidade com o previsto na referida Lei nº 35/2012, deveria ter desencadeado auditorias às entidades que não remeteram a informação exigida tendo em vista recolher os dados necessários para determinar de forma concreta e exata o respetivo volume de negócios.

Ao optar pelo recursos a *proxys* para estimar o VNE das empresas que não remeteram a informação, a ANACOM coloca em causa a robustez e fidedignidade imprescindíveis ao processo de definição dos contribuintes para o financiamento dos CLSU e respetiva contribuição.

3.3. Da liquidação e respetivo documento de suporte

O SPD especifica que a PTC solicitou a compensação dos custos líquidos do SU e determina que o pagamento das contribuições identificadas deve ser efetuado no

prazo de 20 dias úteis após a notificação da decisão final, nos termos do artigo 20º da Lei nº 35/2012.

Porém, o SPD não especifica o suporte contabilístico-fiscal relativo à apresentação dos CLSU, à liquidação da contribuição e respetivo pagamento.

Solicita-se, assim, que a ANACOM concretize os documentos contabilístico-fiscais de suporte à apresentação do CLSU, à liquidação da contribuição para financiamento do CLSU e respetivo pagamento, especificando os respetivos emitentes e destinatários.

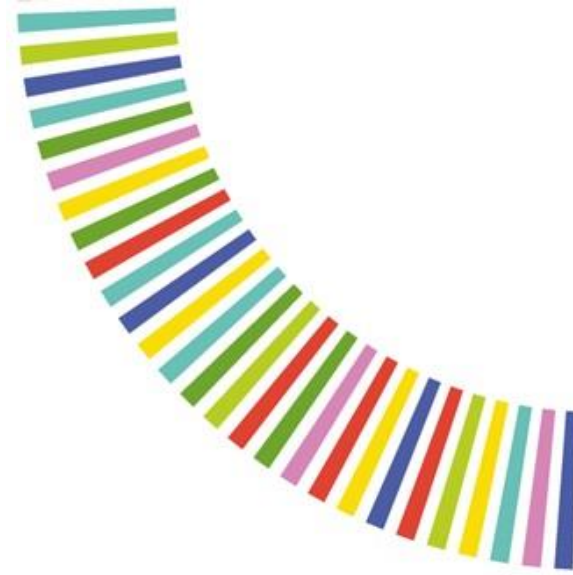
4. Conclusão

Face a tudo quanto se expôs a NOS considera que:

- i. A PTC não tem direito a receber qualquer compensação pelos CLSU incorridos, que o Estado está impedido de a pagar e, por maioria de razão, que o pagamento desses eventuais CLSU não pode ser exigido, por qualquer via, aos demais operadores, designadamente à NOS – por esta razão o SPD não deverá ser adotado como decisão final, sendo que a exigência do pagamento da contribuição extraordinária à NOS (e aos demais operadores) viola diretamente a Diretiva Serviço Universal;
- ii. Caso, sem conceder, venha ser mantida a exigência de tal pagamento (e sem prejuízo de a NOS a impugnar judicialmente), o apuramento, em concreto, do montante da contribuição extraordinária exigida à NOS relativa ao período de 2007-2009 deve ser corrigida, na medida em o volume de negócios elegível para determinar a respetiva contribuição deve:
 - a. Excluir as receitas relacionadas com atividade de prestação de serviços de televisão paga, sob pena de violação do artigo 8.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 35/2012, da Lei da Televisão (Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho, com alterações) e da Lei n.º 55/2012, com alterações;
 - b. Considerar a data de 31 de dezembro como a data relevante para determinar a estrutura de grupo e conseqüente exclusão das receitas de transações entre entidades pertencentes à mesma empresa, sob pena de violação no disposto no artigo 7.º, n.º 3, da Lei n.º 35/2012.
- iii. O recurso a *proxys* e estimativas para apurar o VNE de 44 entidades coloca em causa a exatidão e robustez exigidas ao processo de definição dos contribuintes e respetivas contribuições para o financiamento do SU, violando a Lei n.º 35/2012, designadamente o disposto no seu artigo 16.º;

- iv. A ANACOM deverá especificar o processo de apresentação dos CLSU, da liquidação da contribuição para financiamento do CLSU e respetivo pagamento na perspetiva contabilística – fiscal, incluindo os documentos inerentes às várias fases do processo e respetivos emitentes e destinatários, sob pena de violação da Lei n.º 35/2012.

Adicionalmente, recorda-se que, caso venha a ser adotada a decisão final anunciada no SPD (e sem conceder quanto à ilegalidade de tal ato), ainda que eventualmente corrigida no montante exigido à NOS, nos termos das antecessas conclusões ii), iii) e iv), na notificação para pagamento deverá a ANACOM explicitar, nos termos previstos no Código do Procedimento Administrativo ou no Código de Procedimento e Processo Tributário, nomeadamente, qual o tribunal competente para conhecer da impugnação do ato e qual o prazo em que tal impugnação deverá ser apresentada.



Sentido provável de decisão relativo à identificação das entidades obrigadas a contribuir para o fundo de compensação do serviço universal e à fixação das contribuições referentes aos CLSU 2007 - 2009

Comentários da NOS Açores Comunicações, S.A.

Versão não Confidencial



Índice

1. Introdução.....	3
2. Ponto prévio	3
2.1. Da inexistência de obrigação da NOS financiar o CLSU previamente à designação do prestador do SU por concurso	3
3. Comentários Específicos	4
3.1. Dos ajustamentos efetuados ao volume de negócios elegível declarado pela NOS	4
3.2. Do apuramento do Volume de Negócios Elegível do setor e, consequentemente, dos contribuintes e respetiva contribuição.....	9
3.3. Da liquidação e respetivo documento de suporte	10
4. Conclusão	10

1. Introdução

A NOS Açores Comunicações, S.A., doravante NOS, tendo sido notificada a 23 de dezembro de 2014, através do ofício com a referência ANACOM – S091936/2014, do sentido provável de decisão relativo à identificação das entidades obrigadas a contribuir para o fundo de compensação do serviço universal de comunicações eletrónicas e à fixação do valor das contribuições referentes aos CLSU a compensar relativos ao período 2007-2009 aprovado por deliberação do Conselho de Administração do ICP - ANACOM de 19 de dezembro de 2014, doravante SPD, apresenta de seguida a sua pronúncia.

2. Ponto prévio

2.1. Da inexistência de obrigação da NOS financiar o CLSU previamente à designação do prestador do SU por concurso

A possibilidade de os operadores de comunicações eletrónicas, como a NOS, serem obrigados a contribuir para um mecanismo de financiamento do CLSU, como o fundo de compensação, está prevista nos artigos 12.º e 13.º da Diretiva 2002/22/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas, alterada pela Diretiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009 (“Diretiva Serviço Universal”).

Por seu turno, de acordo com o disposto nos artigos 3.º, n.º 2, e 8.º, n.º 2, da mesma diretiva, o(s) prestador(es) do serviço universal deve(m) ser designado(s) através de um procedimento concorrencial (por exemplo, por concurso).

Decorre desta diretiva que existe uma ligação incindível da regra de que o(s) prestador(es) do serviço universal deve(m) ser designado(s) através de um procedimento concorrencial com a possibilidade de os operadores serem obrigados a contribuir para um mecanismo de financiamento do CLSU. Tal ligação incindível foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia nos seus acórdãos de 7 de Outubro de 2010 (Processo C – 154/09 - Comissão Europeia vs. República Portuguesa) e de 19 de Junho de 2008 (Processo C-220/07 - Comissão Europeia vs. República Francesa).

Pelo que, uma vez que a PT Comunicações, S.A. (PTC) não foi objetivamente designada como prestadora do serviço universal através de um procedimento concorrencial, os artigos 17.º e 18.º da Lei n.º 35/2012, que preveem a contribuição extraordinária, violam os artigos 3.º, n.º 1, 8.º, n.º 2, 12.º e 13.º e o anexo IV da Diretiva Serviço Universal.

Em consonância com a Diretiva atrás referida, a Lei das Comunicações Eletrónicas (aprovada pela Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, com alterações, doravante "LCE") não prevê a possibilidade de os CLSU eventualmente incorridos por um prestador do serviço universal designado fora de um procedimento concorrencial serem financiados pelos outros operadores do mercado.

Neste seguimento, a NOS limita-se aqui a reiterar a sua posição de que considera que a PTC não tem direito a receber qualquer compensação pelos CLSU incorridos, que o Estado está impedido de a pagar e, por maioria de razão, que o pagamento desses eventuais CLSU não pode ser exigido, por qualquer via, aos demais operadores, designadamente à NOS.

Como a NOS já transmitiu em outras ocasiões, nomeadamente nas respostas a consultas públicas anteriores relativas à definição do CSLU 2010-2011, a prestação do SU pela PTC, assenta em ato jurídico de nulo efeito.

Acresce que, considerando este quadro legal, bem como o direito em vigor desde que a NOS iniciou a sua atividade, a exigência do pagamento da contribuição extraordinária viola o princípio da proteção da confiança, reconhecido a nível legal e constitucional no direito interno português.

Sem prejuízo do que acabou de se expor apresentam-se de seguida comentários específicos ao SPD da ANACOM.

3. Comentários Específicos

3.1. Dos ajustamentos efetuados ao volume de negócios elegível declarado pela NOS

O SPD, tendo como suporte a auditoria realizada pela BDO & Associados – SROC, Lda. ("BDO"), determina a revisão do valor de volume de negócios elegível (VNE) da NOS reportado previamente. Em concreto, o SPD determina a revisão do valor do VNE relativo a 2013 para **[Início de informação confidencial -IIC] ... [Fim de informação confidencial - FIC]**. A NOS discorda da revisão proposta pela ANACOM.

3.1.1 A notificação recebida é insuficiente do ponto de vista da informação que na mesma se contém e da respetiva fundamentação

Tal como referido, o *"SPD determina a revisão do valor de volume de negócios elegível reportado pela vossa empresa, na sequência das auditorias efetuadas, anexando-se para o efeito os relatórios preparados pelos auditores."*

Assim sendo, é legítima a expectativa de que no relatório auditoria reside, de forma verdadeira e completa, a respetiva fundamentação. Não é, porém, como veremos de seguida, o que acontece.

O referido documento anexo, sob a epígrafe "Relatório de Auditoria sobre a Declaração de volume de negócios elegível", doravante relatório de auditoria específica, no seu n.º 3. (sob o sub-título "Responsabilidades"), que a responsabilidade da BDO consiste, entre outras, em *"avaliar, com base no esclarecimento dos critérios transmitidos pelo ICP - ANACOM, a natureza dos rendimentos que contribuem para o volume de negócios elegível."*

Ora, esta avaliação conjunta (BDO / ICP-ANACOM) não nos foi disponibilizada.

Mais adiante, em 4. do mesmo relatório de auditoria (sob o título "Âmbito"), a BDO explicita que o exame a que procedeu foi efetuado de acordo com as Normas Técnicas e as Diretrizes de Revisão/Auditoria da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas. Para tanto, acrescenta-se, o referido exame incluiu a *"Revisão da definição de Volume de Negócios Elegível, suas naturezas e critérios a considerar, para concluir quanto à sua inclusão ou exclusão na informação financeira referida no ponto anterior;"* (sendo que o referido no "ponto anterior" são as informações contabilísticas e financeiras disponibilizadas pelo ICP-ANACOM, submetidas pela Empresa).

Ora, em lado algum na documentação recebida com a notificação feita por essa Autoridade se explicita quais são as exatas e concretas Normas Técnicas e Diretrizes de Auditoria utilizadas pela BDO em sede de revisão da definição de Rendimentos Relevantes.

Mais adiante ainda, em 5. (sempre do referido relatório de auditoria), sob o título "Reservas", a BDO afirma que *"A Declaração exclui as prestações de serviços de "Assinaturas Serviço Televisão por Subscrição (STS)", "Aluguer STB's VOD e outros serviços" e "Instalações, ativações e outros serviços", no montante total de [IIC] ... [FIC], as quais, nos termos previstos na Lei nº 35/2012, devem ser englobadas no Volume de Negócios Elegível."*

Esta afirmação não é, porém, fundamentada. Nem neste local, nem em qualquer outro do relatório de auditoria. Pelo que não nos é possível pronunciarmo-nos

sobre a afirmação feita. Esta mesma afirmação é depois repetida, por duas vezes, no anexo ao relatório de auditoria. Mas também aí, nas repetições, não é aduzida qualquer fundamentação. Desconhecemos, por isso, os argumentos jurídico-materiais que sustentam a referida afirmação da BDO.

Em lugar algum estão por isso explicitados os motivos concretos e materiais que subjazem à intenção, que se manifesta no SPD, de proceder à revisão dos rendimentos relativos a 2013 declarados pela NOS.

Sem prejuízo do que agora transmitimos, não deixamos de, por cautela, aduzir o seguinte:

3.1.2. Os rendimentos da atividade de televisão não estão relacionados com a atividade de comunicações eletrónicas e por isso não podem ser incluídos no volume de negócios elegível

De acordo com o SPD devem ser considerados parte integrante do VNE nos termos da Lei n.º 35/2012, de 23 de agosto os rendimentos com prestações de serviços de televisão excluídos da declaração inicial no total de [IIC] ... [FIC].

Tratam-se de montantes que não devem integrar o conjunto de "*rendimentos relevantes*" para efeitos do contributo para financiamento do CLSU. Pelo que a NOS não pode concordar com o facto de essa Autoridade manifestar a intenção de proceder à revisão dos VNE declarados pela NOS e de considerar como relevantes para efeito de apuramento da contribuição da NOS para financiamento do CLSU as receitas relacionados com a atividade de televisão.

Pois, de acordo com o n.º 1, do artigo 10.º da Lei n.º 35/2012 "*os custos líquidos [do serviço universal] são repartidos anualmente pelas empresas obrigadas a contribuir para o fundo de compensação, em função e na proporção do respetivo volume de negócios elegível realizados no ano civil a que se referem os custos.*".

Por seu turno, o n.º 1, a) do artigo 8.º da mesma Lei dispõe que "*O volume de negócios a considerar para efeitos do disposto na presente lei é o volume de negócios elegível, o qual corresponde ao valor das vendas e dos serviços prestados em território nacional, deduzidos os valores correspondentes a: a) receitas provenientes de atividades não relacionadas com a oferta de redes de comunicações públicas e ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público;...*".

Ora, a prestação de serviços de televisão trata-se de atividade não relacionada com a oferta de redes de comunicações públicas e ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público.

Na verdade, tais receitas estão essencialmente relacionadas com a atividade de "operador de distribuição", para efeitos da Lei n.º27/2007, de 30 de julho, alterada pela Lei n.º8/2011, de 11 de Abril e pela Lei n.º 40/2014, de 9 de julho ("Lei da Televisão"). Conforme dispõe o art. 2.ºn.º1, alínea l), da Lei da Televisão, operador de distribuição é a "pessoa coletiva responsável pela seleção e agregação de serviços de programas televisivos e pela sua disponibilização ao público, através de redes de comunicações eletrónicas".

Ora, a assinatura cobrada pela NOS, no que se refere ao respetivo serviço de televisão por subscrição, remunera essencialmente a atividade de seleção de serviços de programas televisivos (ou canais), a respetiva agregação em pacotes e a sua disponibilização aos seus assinantes, atividades que caracterizam a distribuição televisiva, conforme decorre da norma acima transcrita da Lei da Televisão.

Tratam-se de atividades em que assumem enorme preponderância os montantes pagos a terceiros pelo licenciamento dos canais que integram os pacotes da NOS (custos com conteúdos), pelo que a parte mais importante dos valores auferidos com a assinatura irá ser utilizada para pagamentos aos operadores de televisão e detentores de direitos sobre os canais e respetivos conteúdos.

O núcleo económico da atividade de televisão por subscrição desenvolvida pela NOS centra-se, por isso, fora do quadro da operação de redes e prestação de serviços de comunicações eletrónicas, integrando essencialmente a atividade de televisão (distribuição de conteúdos). As receitas auferidas com os pacotes irão, por isso, remunerar essencialmente a produção televisiva consubstanciada na organização de canais de televisão (conteúdos), com origem nos operadores de televisão.

Por conseguinte, esta atividade de televisão não poderá reconduzir-se à noção de serviço de comunicações eletrónicas prevista na Lei n.º5/2004, de 10 de Fevereiro, alterada, entre outros diplomas, pela Lei n.º51/2011, de 13 de Setembro, uma vez que não "consiste total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações eletrónicas", nos termos do art. 3.º, n.º 1, alínea ee), daquela lei. Na verdade, a parte maioritária do serviço, do ponto de vista do respetivo peso económico no valor da assinatura cobrada ao assinante, consiste na aquisição de conteúdos e na criação de pacotes de canais televisivos a disponibilizar aos clientes e não no mero envio de sinais através de redes de comunicações eletrónicas.

Pelos motivos expostos, as receitas auferidas pela NOS com a sua atividade de televisão, não podem ser consideradas parte integrante do volume de negócios elegível para efeito de financiamento dos CLSU, uma vez que se destinam a

remunerar essencialmente a atividade de televisão (distribuição televisiva) da NOS, que é uma oferta de um serviço de conteúdos de televisão por subscrição.

Adicionalmente, refira-se que a regulação da atividade de televisão não se enquadra nas competências da ANACOM previstas nos seus Estatutos, os quais não consagram qualquer competência em matéria de conteúdos televisivos ou outros. A regulação de conteúdos encontra-se cometida à Entidade Reguladora para a Comunicação Social (adiante abreviadamente designada por "ERC"), nos termos do art. 8.º dos Estatutos da ERC, aprovados pela Lei 53/2005, de 8 de Novembro, encontrando-se a NOS sujeita à "supervisão e intervenção" do Conselho Regulador da ERC, em virtude do art.º6.º/c), dos referidos Estatutos.

A NOS paga à ERC a "taxa de regulação e supervisão", que lhe é liquidada anualmente, nos termos do art.º 4.º/2, e 6.º/7/a), do Anexo I ao Decreto-Lei n.º103/2006, de 7 de Junho.

Neste particular, refira-se que aquela "taxa de regulação e supervisão" visa "... remunerar os custos específicos incorridos pela ERC - Entidade Reguladora para a Comunicação Social no exercício da sua actividade da regulação e supervisão contínua e prudencial." (art. 4.º/1 da Lei n.º103/2006, de 7 de Junho), encontrando-se sujeita a essa taxa a atividade de televisão por subscrição, nos termos do art. 5.º/1/c) e d), e 5 da Lei n.º103/2006, de 7 de Junho.

Finalmente, a este propósito, deve sublinhar-se que a Lei n.º55/2012, de 6 de Setembro, alterada pela Lei nº 28/2014, de 9 de maio que estabelece os princípios de ação do Estado no quadro do fomento, desenvolvimento e proteção da arte do cinema e das atividades cinematográficas e audiovisuais, aumenta a iniquidade de um entendimento que considere serem relevantes as receitas originadas com o negócio de conteúdos.

Como é sabido, a Lei nº 55/2012 sujeita os "operadores de serviços de televisão por subscrição encontram -se sujeitos ao pagamento de uma taxa anual correspondente de €2 por cada subscrição de acesso a serviços de televisão" (artigo 10.º, n.º 2), sendo aplicada, transitoriamente, uma taxa de 1,75€ entre 2014 e 2019 (artigo 4º,n.º1 da Lei nº 28/2014, de 19 de maio).

A referida Lei nº 55/2012, sujeita ainda os operadores à obrigação de investimento para promoção das obras cinematográficas.

Os factos que acabaram de se expor reforçam a diferenciação da atividade de televisão face à atividade de operação de redes e ou prestação de serviços de comunicações eletrónicas.

Em suma, a NOS não concorda com a inclusão das receitas auferidas em 2013 com a atividade de televisão - no montante de [IIC] ... [FIC] - no VNE nos termos da Lei nº35/2012, de 23 de agosto.

3.2. Do apuramento do Volume de Negócios Elegível do setor e, consequentemente, dos contribuintes e respetiva contribuição

Das 133 entidades registadas na ANACOM como operadores de redes e/ou prestadores de serviços de comunicações eletrónicas, 21 empresas foram sujeitas a auditoria para verificação do volume de negócios elegível e 44 empresas não enviaram qualquer informação para efeitos da Lei nº35/2012, de 23 de agosto.

Relativamente a estas últimas a ANACOM admite que recorreu a *proxys* para estimar o respetivo volume de negócios, tendo considerado que entre aquelas 26 não estiveram ativas em 2013.

Daqui decorre que o volume de negócios elegível do setor e, consequentemente, os contribuintes e respetiva contribuição para o financiamento do CLSU 2007 – 2009, foram apurados tendo por base estimativas e aproximações e não dados necessariamente exatos. Esta situação não pode deixar de ser referida como uma fragilidade no processo de apuramento dos contribuintes para o financiamento do CLSU para o período 2007-2009 e respetivas contribuições.

A este propósito vale a pena recordar que a Lei nº 35/2012, no seu artigo 16º, prevê a possibilidade de a ANACOM desencadear auditorias com o objetivo de *"Averiguar a correção e exatidão dos vários elementos que tenham impacto na determinação do montantes dos custos líquidos e ou na fixação das contribuições devidos ao fundo de compensação"*, bem assim de *"recolher os elementos necessários ao apuramento do volume de negócios elegível previsto no artigo 8º"*.

Assim sendo, para além das auditorias realizadas a 21 entidades, incluindo à NOS, para apurar a exatidão dos valores reportados, a ANACOM, em conformidade com o previsto na referida Lei nº 35/2012, deveria ter desencadeado auditorias às entidades que não remeteram a informação exigida tendo em vista recolher os dados necessários para determinar de forma concreta e exata o respetivo volume de negócios.

Ao optar pelo recursos a *proxys* para estimar o VNE das empresas que não remeteram a informação, a ANACOM coloca em causa a robustez e fidedignidade imprescindíveis ao processo de definição dos contribuintes para o financiamento dos CLSU e respetiva contribuição.

3.3. Da liquidação e respetivo documento de suporte

O SPD especifica que a PTC solicitou a compensação dos custos líquidos do SU e determina que o pagamento das contribuições identificadas deve ser efetuado no prazo de 20 dias úteis após a notificação da decisão final, nos termos do artigo 20º da Lei n.º 35/2012.

Porém, o SPD não especifica o suporte contabilístico-fiscal relativo à apresentação dos CLSU, à liquidação da contribuição e respetivo pagamento.

Solicita-se, assim, que a ANACOM concretize os documentos contabilístico-fiscais de suporte à apresentação do CLSU, à liquidação da contribuição para financiamento do CLSU e respetivo pagamento, especificando os respetivos emitentes e destinatários.

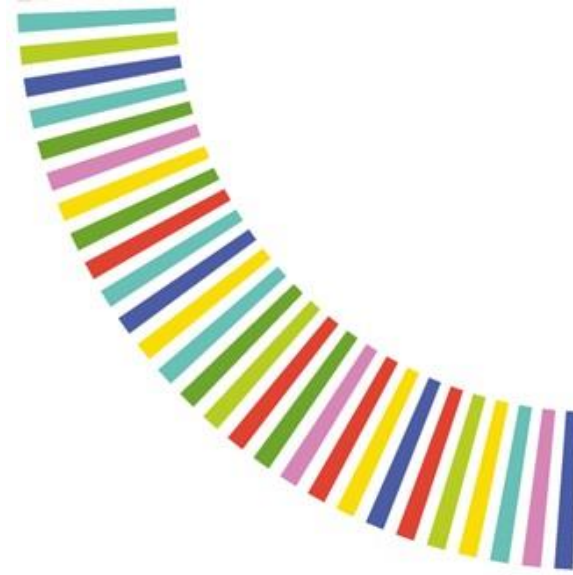
4. Conclusão

Face a tudo quanto se expôs a NOS considera que:

- i. A PTC não tem direito a receber qualquer compensação pelos CLSU incorridos, que o Estado está impedido de a pagar e, por maioria de razão, que o pagamento desses eventuais CLSU não pode ser exigido, por qualquer via, aos demais operadores, designadamente à NOS – por esta razão o SPD não deverá ser adotado como decisão final, sendo que a exigência do pagamento da contribuição extraordinária à NOS (e aos demais operadores) viola diretamente a Diretiva Serviço Universal;
- ii. Caso, sem conceder, venha ser mantida a exigência de tal pagamento (e sem prejuízo de a NOS a impugnar judicialmente), o apuramento, em concreto, do montante da contribuição extraordinária exigida à NOS relativa ao período de 2007-2009 deve ser corrigida, na medida em o volume de negócios elegível para determinar a respetiva contribuição deve:
 - a. Excluir as receitas relacionadas com atividade de prestação de serviços de televisão paga, sob pena de violação do artigo 8.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 35/2012, da Lei da Televisão (Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho, com alterações) e da Lei n.º 55/2012, com alterações;
- iii. O recurso a *proxys* e estimativas para apurar o VNE de 44 entidades coloca em causa a exatidão e robustez exigidas ao processo de definição dos contribuintes e respetivas contribuições para o financiamento do SU, violando a Lei n.º 35/2012, designadamente o disposto no seu artigo 16.º;

- iv. A ANACOM deverá especificar o processo de apresentação dos CLSU, da liquidação da contribuição para financiamento do CLSU e respetivo pagamento na perspetiva contabilística – fiscal, incluindo os documentos inerentes às várias fases do processo e respetivos emitentes e destinatários, sob pena de violação da Lei n.º 35/2012.

Adicionalmente, recorda-se que, caso venha a ser adotada a decisão final anunciada no SPD (e sem conceder quanto à ilegalidade de tal ato), ainda que eventualmente corrigida no montante exigido à NOS, nos termos das antecessas conclusões ii), iii) e iv), na notificação para pagamento deverá a ANACOM explicitar, nos termos previstos no Código do Procedimento Administrativo ou no Código de Procedimento e Processo Tributário, nomeadamente, qual o tribunal competente para conhecer da impugnação do ato e qual o prazo em que tal impugnação deverá ser apresentada.



Sentido provável de decisão relativo à identificação das entidades obrigadas a contribuir para o fundo de compensação do serviço universal e à fixação das contribuições referentes aos CLSU 2007 - 2009

Comentários da NOS Madeira Comunicações, S.A.

Versão não confidencial



Índice

1. Introdução.....	3
2. Ponto prévio	3
2.1. Da inexistência de obrigação da NOS financiar o CLSU previamente à designação do prestador do SU por concurso	3
3. Comentários Específicos	4
3.1. Dos ajustamentos efetuados ao volume de negócios elegível declarado pela NOS	4
3.2. Do apuramento do Volume de Negócios Elegível do setor e, consequentemente, dos contribuintes e respetiva contribuição.....	9
3.3. Da liquidação e respetivo documento de suporte	10
4. Conclusão	10

1. Introdução

A NOS Madeira Comunicações, S.A., doravante NOS, tendo sido notificada, através do ofício com a referência ANACOM – S091937/2014, do sentido provável de decisão relativo à identificação das entidades obrigadas a contribuir para o fundo de compensação do serviço universal de comunicações eletrónicas e à fixação do valor das contribuições referentes aos CLSU a compensar relativos ao período 2007-2009 aprovado por deliberação do Conselho de Administração do ICP - ANACOM de 19 de dezembro de 2014, doravante SPD, apresenta de seguida a sua pronúncia.

2. Ponto prévio

2.1. Da inexistência de obrigação da NOS financiar o CLSU previamente à designação do prestador do SU por concurso

A possibilidade de os operadores de comunicações eletrónicas, como a NOS, serem obrigados a contribuir para um mecanismo de financiamento do CLSU, como o fundo de compensação, está prevista nos artigos 12.º e 13.º da Diretiva 2002/22/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas, alterada pela Diretiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009 (“Diretiva Serviço Universal”).

Por seu turno, de acordo com o disposto nos artigos 3.º, n.º 2, e 8.º, n.º 2, da mesma diretiva, o(s) prestador(es) do serviço universal deve(m) ser designado(s) através de um procedimento concorrencial (por exemplo, por concurso).

Decorre desta diretiva que existe uma ligação incindível da regra de que o(s) prestador(es) do serviço universal deve(m) ser designado(s) através de um procedimento concorrencial com a possibilidade de os operadores serem obrigados a contribuir para um mecanismo de financiamento do CLSU. Tal ligação incindível foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia nos seus acórdãos de 7 de Outubro de 2010 (Processo C – 154/09 - Comissão Europeia vs. República Portuguesa) e de 19 de Junho de 2008 (Processo C-220/07 - Comissão Europeia vs. República Francesa).

Pelo que, uma vez que a PT Comunicações, S.A. (PTC) não foi objetivamente designada como prestadora do serviço universal através de um procedimento concorrencial, os artigos 17.º e 18.º da Lei n.º 35/2012, que preveem a contribuição extraordinária, violam os artigos 3.º, n.º 1, 8.º, n.º 2, 12.º e 13.º e o anexo IV da Diretiva Serviço Universal.

Em consonância com a Diretiva atrás referida, a Lei das Comunicações Eletrónicas (aprovada pela Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, com alterações, doravante "LCE") não prevê a possibilidade de os CLSU eventualmente incorridos por um prestador do serviço universal designado fora de um procedimento concorrencial serem financiados pelos outros operadores do mercado.

Neste seguimento, a NOS limita-se aqui a reiterar a sua posição de que considera que a PTC não tem direito a receber qualquer compensação pelos CLSU incorridos, que o Estado está impedido de a pagar e, por maioria de razão, que o pagamento desses eventuais CLSU não pode ser exigido, por qualquer via, aos demais operadores, designadamente à NOS.

Como a NOS já transmitiu em outras ocasiões, nomeadamente nas respostas a consultas públicas anteriores relativas à definição do CSLU 2010-2011, a prestação do SU pela PTC, assenta em ato jurídico de nulo efeito.

Acresce que, considerando este quadro legal, bem como o direito em vigor desde que a NOS iniciou a sua atividade, a exigência do pagamento da contribuição extraordinária viola o princípio da proteção da confiança, reconhecido a nível legal e constitucional no direito interno português.

Sem prejuízo do que acabou de se expor apresentam-se de seguida comentários específicos ao SPD da ANACOM.

3. Comentários Específicos

3.1. Dos ajustamentos efetuados ao volume de negócios elegível declarado pela NOS

O SPD, tendo como suporte a auditoria realizada pela BDO & Associados – SROC, Lda. ("BDO"), determina a revisão do valor de volume de negócios elegível (VNE) da NOS reportado previamente. Em concreto, o SPD determina a revisão do valor do VNE relativo a 2013 para **[Início de Informação Confidencial - IIC] ... [Fim de informação confidencial - FIC]**. A NOS discorda da revisão proposta pela ANACOM.

3.1.1 A notificação recebida é insuficiente do ponto de vista da informação que na mesma se contém e da respetiva fundamentação

Tal como referido, o *"SPD determina a revisão do valor de volume de negócios elegível reportado pela vossa empresa, na sequência das auditorias efetuadas, anexando-se para o efeito os relatórios preparados pelos auditores."*

Assim sendo, é legítima a expectativa de que no relatório auditoria reside, de forma verdadeira e completa, a respetiva fundamentação. Não é, porém, como veremos de seguida, o que acontece.

O referido documento anexo, sob a epígrafe "Relatório de Auditoria sobre a Declaração de volume de negócios elegível", doravante relatório de auditoria específica, no seu n.º 3. (sob o sub-título "Responsabilidades"), que a responsabilidade da BDO consiste, entre outras, em *"avaliar, com base no esclarecimento dos critérios transmitidos pelo ICP - ANACOM, a natureza dos rendimentos que contribuem para o volume de negócios elegível."*

Ora, esta avaliação conjunta (BDO / ICP-ANACOM) não nos foi disponibilizada.

Mais adiante, em 4. do mesmo relatório de auditoria (sob o título "Âmbito"), a BDO explicita que o exame a que procedeu foi efetuado de acordo com as Normas Técnicas e as Diretrizes de Revisão/Auditoria da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas. Para tanto, acrescenta-se, o referido exame incluiu a *"Revisão da definição de Volume de Negócios Elegível, suas naturezas e critérios a considerar, para concluir quanto à sua inclusão ou exclusão na informação financeira referida no ponto anterior;"* (sendo que o referido no "ponto anterior" são as informações contabilísticas e financeiras disponibilizadas pelo ICP-ANACOM, submetidas pela Empresa).

Ora, em lado algum na documentação recebida com a notificação feita por essa Autoridade se explicita quais são as exatas e concretas Normas Técnicas e Diretrizes de Auditoria utilizadas pela BDO em sede de revisão da definição de Rendimentos Relevantes.

Mais adiante ainda, em 5. (sempre do referido relatório de auditoria), sob o título "Reservas", a BDO afirma que *"A Declaração exclui as prestações de serviços relativas a assinaturas e instalação de serviços de televisão, aluguer de equipamentos e vídeo on demand, no montante total de [IIC] ... [FIC], as quais, nos termos previstos na Lei nº 35/2012, devem ser englobadas no Volume de Negócios Elegível."*

Esta afirmação não é, porém, fundamentada. Nem neste local, nem em qualquer outro do relatório de auditoria. Pelo que não nos é possível pronunciarmo-nos

sobre a afirmação feita. Esta mesma afirmação é depois repetida, por duas vezes, no anexo ao relatório de auditoria. Mas também aí, nas repetições, não é aduzida qualquer fundamentação. Desconhecemos, por isso, os argumentos jurídico-materiais que sustentam a referida afirmação da BDO.

Em lugar algum estão por isso explicitados os motivos concretos e materiais que subjazem à intenção, que se manifesta no SPD, de proceder à revisão dos rendimentos relativos a 2013 declarados pela NOS.

Sem prejuízo do que agora transmitimos, não deixamos de, por cautela, aduzir o seguinte:

3.1.2. Os rendimentos da atividade de televisão não estão relacionados com a atividade de comunicações eletrónicas e por isso não podem ser incluídos no volume de negócios elegível

De acordo com o SPD devem ser considerados parte integrante do VNE nos termos da Lei n.º 35/2012, de 23 de agosto os rendimentos com prestações de serviços de televisão excluídos da declaração inicial no total de [IIC] ... [FIC].

Tratam-se de montantes que não devem integrar o conjunto de "*rendimentos relevantes*" para efeitos do contributo para financiamento do CLSU. Pelo que a NOS não pode concordar com o facto de essa Autoridade manifestar a intenção de proceder à revisão dos VNE declarados pela NOS e de considerar como relevantes para efeito de apuramento da contribuição da NOS para financiamento do CLSU as receitas relacionados com a atividade de televisão.

Pois, de acordo com o n.º 1, do artigo 10.º da Lei n.º 35/2012 "*os custos líquidos [do serviço universal] são repartidos anualmente pelas empresas obrigadas a contribuir para o fundo de compensação, em função e na proporção do respetivo volume de negócios elegível realizados no ano civil a que se referem os custos.*".

Por seu turno, o n.º 1, a) do artigo 8.º da mesma Lei dispõe que "*O volume de negócios a considerar para efeitos do disposto na presente lei é o volume de negócios elegível, o qual corresponde ao valor das vendas e dos serviços prestados em território nacional, deduzidos os valores correspondentes a: a) receitas provenientes de atividades não relacionadas com a oferta de redes de comunicações públicas e ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público;...*".

Ora, a prestação de serviços de televisão trata-se de atividade não relacionada com a oferta de redes de comunicações públicas e ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público.

Na verdade, tais receitas estão essencialmente relacionadas com a atividade de "operador de distribuição", para efeitos da Lei n.º27/2007, de 30 de julho, alterada pela Lei n.º8/2011, de 11 de Abril e pela Lei n.º 40/2014, de 9 de julho ("Lei da Televisão"). Conforme dispõe o art. 2.ºn.º1, alínea l), da Lei da Televisão, operador de distribuição é a "pessoa coletiva responsável pela seleção e agregação de serviços de programas televisivos e pela sua disponibilização ao público, através de redes de comunicações eletrónicas".

Ora, a assinatura cobrada pela NOS, no que se refere ao respetivo serviço de televisão por subscrição, remunera essencialmente a atividade de seleção de serviços de programas televisivos (ou canais), a respetiva agregação em pacotes e a sua disponibilização aos seus assinantes, atividades que caracterizam a distribuição televisiva, conforme decorre da norma acima transcrita da Lei da Televisão.

Tratam-se de atividades em que assumem enorme preponderância os montantes pagos a terceiros pelo licenciamento dos canais que integram os pacotes da NOS (custos com conteúdos), pelo que a parte mais importante dos valores auferidos com a assinatura irá ser utilizada para pagamentos aos operadores de televisão e detentores de direitos sobre os canais e respetivos conteúdos.

O núcleo económico da atividade de televisão por subscrição desenvolvida pela NOS centra-se, por isso, fora do quadro da operação de redes e prestação de serviços de comunicações eletrónicas, integrando essencialmente a atividade de televisão (distribuição de conteúdos). As receitas auferidas com os pacotes irão, por isso, remunerar essencialmente a produção televisiva consubstanciada na organização de canais de televisão (conteúdos), com origem nos operadores de televisão.

Por conseguinte, esta atividade de televisão não poderá reconduzir-se à noção de serviço de comunicações eletrónicas prevista na Lei n.º5/2004, de 10 de Fevereiro, alterada, entre outros diplomas, pela Lei n.º51/2011, de 13 de Setembro, uma vez que não "consiste total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações eletrónicas", nos termos do art. 3.º, n.º 1, alínea ee), daquela lei. Na verdade, a parte maioritária do serviço, do ponto de vista do respetivo peso económico no valor da assinatura cobrada ao assinante, consiste na aquisição de conteúdos e na criação de pacotes de canais televisivos a disponibilizar aos clientes e não no mero envio de sinais através de redes de comunicações eletrónicas.

Pelos motivos expostos, as receitas auferidas pela NOS com a sua atividade de televisão, não podem ser consideradas parte integrante do volume de negócios elegível para efeito de financiamento dos CLSU, uma vez que se destinam a

remunerar essencialmente a **atividade de televisão** (distribuição televisiva) da NOS, que é uma oferta de um serviço de conteúdos de televisão por subscrição.

Adicionalmente, refira-se que a regulação da atividade de televisão não se enquadra nas competências da ANACOM previstas nos seus Estatutos, os quais não consagram qualquer competência em matéria de conteúdos televisivos ou outros. A regulação de conteúdos encontra-se cometida à Entidade Reguladora para a Comunicação Social (adiante abreviadamente designada por "ERC"), nos termos do art. 8.º dos Estatutos da ERC, aprovados pela Lei 53/2005, de 8 de Novembro, encontrando-se a NOS sujeita à "supervisão e intervenção" do Conselho Regulador da ERC, em virtude do art.º6.º/c), dos referidos Estatutos.

A NOS paga à ERC a "taxa de regulação e supervisão", que lhe é liquidada anualmente, nos termos do art.º 4.º/2, e 6.º/7/a), do Anexo I ao Decreto-Lei n.º103/2006, de 7 de Junho.

Neste particular, refira-se que aquela "taxa de regulação e supervisão" visa "... remunerar os custos específicos incorridos pela ERC - Entidade Reguladora para a Comunicação Social no exercício da sua actividade da regulação e supervisão contínua e prudencial." (art. 4.º/1 da Lei n.º103/2006, de 7 de Junho), encontrando-se sujeita a essa taxa a atividade de televisão por subscrição, nos termos do art. 5.º/1/c) e d), e 5 da Lei n.º103/2006, de 7 de Junho.

Finalmente, a este propósito, deve sublinhar-se que a Lei n.º55/2012, de 6 de Setembro, alterada pela Lei nº 28/2014, de 9 de maio que estabelece os princípios de ação do Estado no quadro do fomento, desenvolvimento e proteção da arte do cinema e das atividades cinematográficas e audiovisuais, aumenta a iniquidade de um entendimento que considere serem relevantes as receitas originadas com o negócio de conteúdos.

Como é sabido, a Lei nº 55/2012 sujeita os "operadores de serviços de televisão por subscrição encontram -se sujeitos ao pagamento de uma taxa anual correspondente de €2 por cada subscrição de acesso a serviços de televisão" (artigo 10.º, n.º 2), sendo aplicada, transitoriamente, uma taxa de 1,75€ entre 2014 e 2019 (artigo 4º,n.º1 da Lei nº 28/2014, de 19 de maio).

A referida Lei nº 55/2012, sujeita ainda os operadores à obrigação de investimento para promoção das obras cinematográficas.

Os factos que acabaram de se expor reforçam a diferenciação da atividade de televisão face à atividade de operação de redes e ou prestação de serviços de comunicações eletrónicas.

Em suma, a NOS não concorda com a inclusão das receitas auferidas em 2013 com a atividade de televisão - no montante de [IIC] ... [FIC] - no VNE nos termos da Lei nº35/2012, de 23 de agosto.

3.2. Do apuramento do Volume de Negócios Elegível do setor e, consequentemente, dos contribuintes e respetiva contribuição

Das 133 entidades registadas na ANACOM como operadores de redes e/ou prestadores de serviços de comunicações eletrónicas, 21 empresas foram sujeitas a auditoria para verificação do volume de negócios elegível e 44 empresas não enviaram qualquer informação para efeitos da Lei nº35/2012, de 23 de agosto.

Relativamente a estas últimas a ANACOM admite que recorreu a *proxys* para estimar o respetivo volume de negócios, tendo considerado que entre aquelas 26 não estiveram ativas em 2013.

Daqui decorre que o volume de negócios elegível do setor e, consequentemente, os contribuintes e respetiva contribuição para o financiamento do CLSU 2007 – 2009, foram apurados tendo por base estimativas e aproximações e não dados necessariamente exatos. Esta situação não pode deixar de ser referida como uma fragilidade no processo de apuramento dos contribuintes para o financiamento do CLSU para o período 2007-2009 e respetivas contribuições.

A este propósito vale a pena recordar que a Lei nº 35/2012, no seu artigo 16º, prevê a possibilidade de a ANACOM desencadear auditorias com o objetivo de *"Averiguar a correção e exatidão dos vários elementos que tenham impacto na determinação do montantes dos custos líquidos e ou na fixação das contribuições devidos ao fundo de compensação"*, bem assim de *"recolher os elementos necessários ao apuramento do volume de negócios elegível previsto no artigo 8º"*.

Assim sendo, para além das auditorias realizadas a 21 entidades, incluindo à NOS, para apurar a exatidão dos valores reportados, a ANACOM, em conformidade com o previsto na referida Lei nº 35/2012, deveria ter desencadeado auditorias às entidades que não remeteram a informação exigida tendo em vista recolher os dados necessários para determinar de forma concreta e exata o respetivo volume de negócios.

Ao optar pelo recursos a *proxys* para estimar o VNE das empresas que não remeteram a informação, a ANACOM coloca em causa a robustez e fidedignidade imprescindíveis ao processo de definição dos contribuintes para o financiamento dos CLSU e respetiva contribuição.

3.3. Da liquidação e respetivo documento de suporte

O SPD especifica que a PTC solicitou a compensação dos custos líquidos do SU e determina que o pagamento das contribuições identificadas deve ser efetuado no prazo de 20 dias úteis após a notificação da decisão final, nos termos do artigo 20º da Lei n.º 35/2012.

Porém, o SPD não especifica o suporte contabilístico-fiscal relativo à apresentação dos CLSU, à liquidação da contribuição e respetivo pagamento.

Solicita-se, assim, que a ANACOM concretize os documentos contabilístico-fiscais de suporte à apresentação do CLSU, à liquidação da contribuição para financiamento do CLSU e respetivo pagamento, especificando os respetivos emitentes e destinatários.

4. Conclusão

Face a tudo quanto se expôs a NOS considera que:

- i. A PTC não tem direito a receber qualquer compensação pelos CLSU incorridos, que o Estado está impedido de a pagar e, por maioria de razão, que o pagamento desses eventuais CLSU não pode ser exigido, por qualquer via, aos demais operadores, designadamente à NOS – por esta razão o SPD não deverá ser adotado como decisão final, sendo que a exigência do pagamento da contribuição extraordinária à NOS (e aos demais operadores) viola diretamente a Diretiva Serviço Universal;
- ii. Caso, sem conceder, venha ser mantida a exigência de tal pagamento (e sem prejuízo de a NOS a impugnar judicialmente), o apuramento, em concreto, do montante da contribuição extraordinária exigida à NOS relativa ao período de 2007-2009 deve ser corrigida, na medida em o volume de negócios elegível para determinar a respetiva contribuição deve:
 - a. Excluir as receitas relacionadas com atividade de prestação de serviços de televisão paga, sob pena de violação do artigo 8.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 35/2012, da Lei da Televisão (Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho, com alterações) e da Lei n.º 55/2012, com alterações;
- iii. O recurso a *proxys* e estimativas para apurar o VNE de 44 entidades coloca em causa a exatidão e robustez exigidas ao processo de definição dos contribuintes e respetivas contribuições para o financiamento do SU, violando a Lei n.º 35/2012, designadamente o disposto no seu artigo 16.º;

- iv. A ANACOM deverá especificar o processo de apresentação dos CLSU, da liquidação da contribuição para financiamento do CLSU e respetivo pagamento na perspetiva contabilística – fiscal, incluindo os documentos inerentes às várias fases do processo e respetivos emitentes e destinatários, sob pena de violação da Lei n.º 35/2012.

Adicionalmente, recorda-se que, caso venha a ser adotada a decisão final anunciada no SPD (e sem conceder quanto à ilegalidade de tal ato), ainda que eventualmente corrigida no montante exigido à NOS, nos termos das antecessas conclusões ii), iii) e iv), na notificação para pagamento deverá a ANACOM explicitar, nos termos previstos no Código do Procedimento Administrativo ou no Código de Procedimento e Processo Tributário, nomeadamente, qual o tribunal competente para conhecer da impugnação do ato e qual o prazo em que tal impugnação deverá ser apresentada.