

III

(Outros actos)

DECISÃO DO ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO DA EFTA

N.º 34/10/COL

de 3 de Fevereiro de 2010

que altera pela septuagésima nona vez as regras processuais e materiais no domínio dos auxílios estatais através da introdução de um novo capítulo relativo à implantação rápida de redes de banda larga

O ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO DA EFTA ⁽¹⁾,

Tendo em conta o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu ⁽²⁾, nomeadamente os artigos 61.º a 63.º e o Protocolo n.º 26,

Tendo em conta o Acordo entre os Estados da EFTA relativo à criação de um Órgão de Fiscalização da EFTA e de um Tribunal de Justiça ⁽³⁾, nomeadamente o artigo 24.º e o artigo 5.º, n.º 2, alínea b),

Considerando o seguinte:

Nos termos do artigo 24.º do Acordo que cria um Órgão de Fiscalização e um Tribunal, o Órgão de Fiscalização aplicará as disposições do Acordo EEE em matéria de auxílios estatais.

Nos termos do artigo 5.º, n.º 2, alínea b), do Acordo que cria um Órgão de Fiscalização e um Tribunal, o Órgão de Fiscalização elaborará notas informativas ou linhas directrizes nas matérias abrangidas pelo Acordo EEE, se esse Acordo ou o Acordo que cria um Órgão de Fiscalização e um Tribunal o previrem expressamente ou se o Órgão de Fiscalização da EFTA o entender necessário.

As regras processuais e materiais no domínio dos auxílios estatais foram adoptadas em 19 de Janeiro de 1994 pelo Órgão de Fiscalização ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ A seguir designado «Órgão de Fiscalização».

⁽²⁾ A seguir designado «Acordo EEE».

⁽³⁾ A seguir designado «Acordo que cria um Órgão de Fiscalização e um Tribunal».

⁽⁴⁾ Orientações relativas à aplicação e interpretação dos artigos 61.º e 62.º do Acordo EEE e do artigo 1.º do Protocolo n.º 3 do Acordo que cria um Órgão de Fiscalização e um Tribunal, adoptadas e emitidas pelo Órgão de Fiscalização em 19 de Janeiro de 1994, publicadas no *Jornal Oficial da União Europeia* L 231 de 3.9.1994, p. 1 e no Suplemento EEE n.º 32 de 3.9.1994, p. 1, tal como alteradas (a seguir designadas «Orientações relativas aos auxílios estatais»). Encontra-se disponível no sítio *web* do Órgão de Fiscalização uma versão actualizada das Orientações relativas aos auxílios estatais no endereço: <http://www.eftasurv.int/state-aid/legal-framework/state-aid-guidelines>.

Em 30 de Setembro de 2009, a Comissão Europeia (a seguir designada «Comissão») publicou uma Comunicação da Comissão – Orientações comunitárias relativas à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais à implantação rápida de redes de banda larga ⁽⁵⁾.

A Comunicação da Comissão é igualmente relevante para efeitos do Espaço Económico Europeu.

É necessário assegurar uma aplicação uniforme das regras do EEE em matéria de auxílios estatais em todo o Espaço Económico Europeu.

Considerando que, de acordo com o ponto II da secção «DISPOSIÇÕES GERAIS» no final do anexo XV do Acordo EEE, o Órgão de Fiscalização, após consulta da Comissão, deverá adoptar actos correspondentes aos adoptados pela Comissão.

O Órgão de Fiscalização consultou a Comissão e os Estados da EFTA por cartas sobre o assunto de 22 de Janeiro de 2010 (Documentos n.ºs 543740, 543741 e 543742),

ADOPTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1.º

As Orientações relativas aos auxílios estatais são alteradas através da introdução de um novo capítulo relativo à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais à implantação rápida de redes de banda larga. O novo capítulo consta do anexo da presente decisão.

⁽⁵⁾ JO C 235 de 30.9.2009, p. 7.

Artigo 2.º

Apenas faz fé o texto em língua inglesa.

Feito em Bruxelas, em 3 de Fevereiro de 2010.

Pelo Órgão de Fiscalização da EFTA

Per SANDERUD
Presidente

Kurt JÄGER
Membro do Colégio

ANEXO

APLICAÇÃO DAS REGRAS EM MATÉRIA DE AUXÍLIOS ESTATAIS À IMPLANTAÇÃO RÁPIDA DE REDES DE BANDA LARGA ⁽¹⁾

1. INTRODUÇÃO

- 1) A conectividade em banda larga é uma componente essencial do desenvolvimento, adopção e utilização das tecnologias da informação e da comunicação (TIC) na economia e na sociedade. A banda larga reveste-se de importância estratégica, devido à sua capacidade para acelerar a contribuição destas tecnologias para o crescimento e a inovação em todos os sectores da economia e para a coesão social e territorial. Em consonância com a Estratégia de Lisboa e comunicações subsequentes ⁽²⁾ da Comissão Europeia (a seguir designada «Comissão»), o Órgão de Fiscalização também apoia a disponibilização alargada de serviços de banda larga a todos os cidadãos europeus.
- 2) Recorde-se que no *Plano de acção no domínio dos auxílios estatais — Menos auxílios estatais e mais orientados: um roteiro para a reforma dos auxílios estatais 2005-2009* ⁽³⁾, a Comissão observava que as medidas de auxílio podem por vezes constituir instrumentos eficazes para concretizar objectivos de interesse comum. Nomeadamente, os auxílios estatais podem corrigir certas deficiências dos mercados, permitindo melhorar o seu funcionamento e reforçar a competitividade europeia. Além disso, quando os mercados produzem resultados eficientes, mas que são considerados insatisfatórios do ponto de vista da política de coesão, os auxílios estatais podem ser utilizados para obter resultados de mercado mais equitativos e mais desejáveis. Nomeadamente, uma intervenção estatal bem orientada no domínio da banda larga pode contribuir para reduzir a «clivagem digital» ⁽⁴⁾ que separa as zonas ou regiões de um país com acesso a serviços de banda larga concorrenciais, a preços acessíveis, das que não têm acesso a esses serviços.
- 3) Por outro lado, é necessário garantir que os auxílios estatais não excluam as iniciativas do mercado no sector da banda larga. Se os auxílios estatais a favor da banda larga forem utilizados em zonas onde os operadores de mercado optariam normalmente por investir ou já investiram, poderão afectar os investimentos já efectuados em condições de mercado pelos operadores de banda larga e comprometer significativamente os incentivos para investirem prioritariamente na banda larga. Nesses casos, os auxílios estatais a favor da banda larga podem ser contraproducentes do ponto de vista do objectivo prosseguido. O principal objectivo do controlo dos auxílios estatais no domínio da banda larga consiste em assegurar que as medidas de auxílio estatal produzam um nível mais elevado de cobertura e penetração da banda larga ou uma aceleração desse processo, em comparação com o que se verificaria na ausência do auxílio, bem como em assegurar que os efeitos positivos do auxílio compensem os seus efeitos negativos em termos de distorção da concorrência.
- 4) Recorde-se que no quadro regulamentar das comunicações electrónicas são também abordadas questões relacionadas com o acesso à banda larga ⁽⁵⁾. Assim, os mercados grossistas de banda larga estão actualmente sujeitos a regulamentação *ex ante* em todos os Estados da EFTA ⁽⁶⁾. No que se refere a este ponto, foram já tomadas várias iniciativas destinadas a dar resposta aos novos desafios colocados pelas redes de nova geração (a seguir designadas «NGA») ⁽⁷⁾ do ponto de vista regulamentar, nomeadamente no que respeita às questões de acesso ⁽⁸⁾.

⁽¹⁾ Este capítulo corresponde à *Comunicação da Comissão — Orientações comunitárias relativas à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais à implantação rápida de redes de banda larga* (JO C 235 de 30.9.2009, p. 7).

⁽²⁾ Ver, por exemplo, «2010 — Uma sociedade da informação europeia para o crescimento e o emprego» [COM(2005) 229 final] de 1 de Junho de 2005; «Europe 2005: Uma sociedade da informação para todos», [COM(2002) 263 final], «Pôr fim aos desníveis em matéria de banda larga», [COM(2006) 129].

⁽³⁾ COM(2005) 107 final.

⁽⁴⁾ No decurso da última década, o público em geral passou a ter acesso a tecnologias da informação e da comunicação (TIC) a preços acessíveis. A expressão «clivagem digital» é geralmente utilizada para descrever o desnível existente entre os indivíduos e comunidades que têm acesso às tecnologias da informação e os que não têm. Se bem que esta «clivagem digital» possa ter várias causas, a principal é a inexistência de infra-estruturas de banda larga adequadas. Do ponto de vista da dimensão regional, o grau de urbanização é um factor importante para o acesso e utilização das TIC. A penetração da Internet continua assim a ser muito inferior nas zonas pouco povoadas do Espaço Económico Europeu.

⁽⁵⁾ Ver o acto referido no ponto 5cl do anexo XI do Acordo EEE (Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (Directiva-Quadro) (JO L 108 de 24.4.2002, p. 33), o acto referido no ponto 5ck do anexo XI do Acordo EEE [Directiva 2002/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas (Directiva autorização) (JO L 108 de 24.4.2002, p. 21)] e o acto referido no ponto 5cj do anexo XI do Acordo EEE [Directiva 2002/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos (Directiva acesso) (JO L 108 de 24.4.2002, p. 7)], tal como adaptados ao Acordo EEE pelo Protocolo n.º 1.

⁽⁶⁾ Ver Decisão da Norwegian Post and Telecommunications Authority de 3 de Abril de 2009 sobre a designação de empresas com poder de mercado significativo e que impõe obrigações específicas no mercado grossista do acesso em banda larga (mercado 5); decisão da Post and Telecom Administration n.º 8/2008 de 18 de Abril de 2008 sobre a designação de empresas com poder de mercado significativo e que impõe obrigações específicas no mercado grossista do acesso em banda larga na Islândia e decisão do Office for Communications de 16 de Dezembro de 2009 relativa à regulamentação sectorial específica no mercado grossista do acesso em banda larga no Liechtenstein.

⁽⁷⁾ Para efeitos do presente documento, NGA são as redes de acesso constituídas na totalidade ou em parte por elementos ópticos, com capacidade para fornecer serviços de acesso de banda larga com características melhoradas (tais como débitos mais elevados) em comparação com os que são fornecidos pelas redes de cobre existentes (ver igualmente nota 58).

⁽⁸⁾ Ver Proposta de recomendação da Comissão sobre o acesso regulamentado às redes da próxima geração (NGA), em http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecom/dm/doc/library/public_consult/nga/dr_recomm_nga.pdf e Declaração do Grupo de Reguladores Europeus sobre o acesso às NGA, ERG (08) 68, em http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg_08_68_statement_on_nga_development_081211.pdf.

- 5) No presente capítulo é sintetizada a política do Órgão de Fiscalização em matéria de aplicação das regras do Acordo EEE relativas aos auxílios estatais às intervenções de apoio à implantação de redes de banda larga tradicionais (Secção 2), sendo também abordadas várias questões relacionadas com a apreciação das medidas que se destinam especificamente a promover e apoiar uma implantação rápida das redes NGA (Secção 3).
- 6) O Órgão de Fiscalização aplicará as orientações estabelecidas no presente capítulo na apreciação dos auxílios estatais a favor da banda larga, aumentando assim a segurança jurídica e a transparência da sua prática decisória.

2. POLÍTICA DO ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO EM MATÉRIA DE AUXÍLIOS ESTATAIS A PROJECTOS DE BANDA LARGA

2.1. Aplicação das regras em matéria de auxílios estatais

- 7) Na sua prática decisória, a Comissão tem tomado uma posição extremamente favorável em relação às medidas de auxílio estatal de apoio à implantação da banda larga em zonas rurais e em zonas mal servidas, ao mesmo tempo que assume uma atitude mais crítica em relação a medidas de auxílio em zonas onde existe já uma infra-estrutura de banda larga e onde há concorrência. Sempre que a intervenção estatal de apoio à implantação da banda larga preencheu os critérios que determinam a existência de um auxílio estatal na acepção do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (a seguir designado «TFUE»), correspondente ao artigo 61.º, n.º 1, do Acordo EEE, a compatibilidade desses auxílios foi apreciada até à data pela Comissão principalmente à luz do artigo 107.º, n.º 3, do TFUE, correspondente ao artigo 61.º, n.º 3, do Acordo EEE. A política da Comissão em matéria de medidas estatais de apoio à implantação de redes de banda larga está resumida nas Secções 2.2 e 2.3.

2.2. Artigo 61.º, n.º 1, do Acordo EEE: Existência de auxílio

- 8) Nos termos do artigo 61.º, n.º 1, do Acordo EEE «são incompatíveis com o funcionamento do presente Acordo, na medida em que afectem as trocas comerciais entre as Partes contratantes, os auxílios concedidos pelos Estados-Membros das Comunidades Europeias, pelos Estados da EFTA ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções». Para que uma medida seja identificada como auxílio estatal, devem estar reunidas quatro condições:
- a) O auxílio deve ser proveniente de recursos estatais;
 - b) Deve conferir uma vantagem económica à empresa beneficiária;
 - c) Essa vantagem deve ser selectiva e falsear ou ameaçar falsear a concorrência;
 - d) A medida deve afectar as trocas comerciais intra-EEE.
- 9) O apoio público aos projectos de banda larga implica com frequência a existência de auxílios estatais na acepção do artigo 61.º, n.º 1, do Acordo EEE ⁽⁹⁾.
- 10) Em primeiro lugar, as medidas implicam normalmente recursos estatais (por exemplo, quando o Estado apoia projectos de banda larga através de subvenções, benefícios fiscais ou outros tipos de condições de financiamento preferenciais) ⁽¹⁰⁾.
- 11) Em segundo lugar, no que se refere ao apoio concedido a uma actividade económica, as medidas estatais de apoio a projectos de implantação da banda larga relacionam-se geralmente com o exercício de uma actividade económica [por exemplo, construção, exploração e disponibilização de acesso a uma infra-estrutura de banda larga, incluindo equipamento de transmissão (*backhaul*) e equipamento utilizado no solo, como tecnologias de transmissão fixas, terrestres sem fios, por satélite ou uma combinação das mesmas]. Porém, em casos excepcionais em que a rede assim financiada não é utilizada para fins comerciais (por exemplo, a rede disponibiliza apenas acesso em banda larga a sítios Internet, serviços ou informações não comerciais) ⁽¹¹⁾, essa intervenção estatal não conferirá uma vantagem económica a empresas e, por consequência, não constituirá um auxílio estatal na acepção do artigo 61.º, n.º 1, do Acordo EEE.

⁽⁹⁾ Para uma lista de todas as decisões da Comissão tomadas ao abrigo das regras relativas aos auxílios estatais no domínio da banda larga, ver: http://ec.europa.eu/competition/sectors/telecommunications/broadband_decisions.pdf.

⁽¹⁰⁾ Ver também Secção 2.2.1 sobre a aplicação do princípio do investidor numa economia de mercado.

⁽¹¹⁾ Ver Decisão da Comissão de 30 de Maio de 2007 no processo NN 24/07 — República Checa, *Prague Municipal Wireless Network*.

- 12) Em terceiro lugar, no que se refere à concessão de uma vantagem, regra geral o auxílio é concedido directamente aos investidores⁽¹²⁾ na rede, que na maior parte dos casos são seleccionados por concurso público⁽¹³⁾. Embora a realização de um concurso assegure que o auxílio é limitado ao montante mínimo necessário para o projecto específico, o apoio financeiro poderá permitir que o candidato seleccionado exerça uma actividade comercial em condições que de outra forma não estariam disponíveis no mercado. Os beneficiários indirectos podem incluir operadores terceiros que obtêm acesso por grosso à infra-estrutura assim construída, bem como utilizadores profissionais que obtêm conectividade em banda larga em condições que não seriam aplicáveis sem a intervenção do Estado⁽¹⁴⁾.
- 13) Em quarto lugar, no que se refere ao critério da selectividade, as medidas estatais de apoio à implantação de redes de banda larga são de carácter selectivo, na medida em que se dirigem a empresas que exercem a sua actividade apenas em certas regiões ou em certos segmentos do mercado global dos serviços de comunicações electrónicas. Além disso, no que diz respeito à distorção da concorrência, a intervenção do Estado tende a alterar as condições de mercado existentes, na medida em que várias empresas passarão a subscrever os serviços prestados pelos fornecedores seleccionados, em detrimento das soluções existentes, baseadas no mercado, possivelmente mais dispendiosas⁽¹⁵⁾. Portanto, o facto de passar a ser disponibilizado um serviço de banda larga, ou de esse serviço ser disponibilizado a um preço inferior ao que se registaria de outra forma, produz um efeito de distorção da concorrência. Além do mais, o apoio do Estado à banda larga é susceptível de reduzir a rentabilidade e de ter por efeito a evicção do investimento de intervenientes no mercado que, de outra forma, estariam dispostos a investir na zona em causa ou em partes da mesma.
- 14) Por último, na medida em que a intervenção do Estado é susceptível de afectar os prestadores de serviços de outros Estados do EEE, afecta também as trocas comerciais, uma vez que os mercados dos serviços de comunicações electrónicas (incluindo os mercados grossistas e retalhistas do acesso em banda larga) estão abertos à concorrência entre operadores e prestadores de serviços⁽¹⁶⁾.

2.2.1. Inexistência de auxílio: aplicação do princípio do investidor numa economia de mercado

- 15) Quando o Estado apoia a implantação da banda larga através de uma participação no capital ou de uma injeção de capital na empresa que executa o projecto, é necessário apreciar se esse investimento constitui um auxílio estatal. Resulta do princípio da igualdade de tratamento que o capital colocado directa ou indirectamente à disposição de uma empresa pelo Estado, em condições que correspondem às condições normais de mercado, não pode ser considerado um auxílio estatal.
- 16) Quando as participações no capital ou as injeções de capital por parte de um investidor público não apresentam perspectivas de rentabilidade satisfatórias, mesmo a longo prazo, essa intervenção deve ser considerada um auxílio na acepção do artigo 61.º, n.º 1, do Acordo EEE e a sua compatibilidade com o mercado comum deve ser apreciada exclusivamente com base nos critérios estabelecidos nessa disposição⁽¹⁷⁾.
- 17) Na sua decisão relativa à cidade de Amesterdão⁽¹⁸⁾, a Comissão examinou a aplicação do princípio do investidor numa economia de mercado no domínio da banda larga. Tal como se sublinhava nessa decisão, a conformidade de um investimento público com as condições de mercado deve ser demonstrada rigorosa e exaustivamente, através de uma participação significativa de investidores privados ou da existência de um plano de actividades sólido, que aponte para uma rentabilidade adequada do investimento. Quando participam no projecto investidores privados, constitui condição *sine qua non* que esses investidores assumam o risco comercial associado ao investimento nas mesmas condições que o investidor público.

⁽¹²⁾ O termo «investidores» designa as empresas ou os operadores de redes de comunicações electrónicas que investem na construção e na implantação de infra-estruturas de banda larga.

⁽¹³⁾ A Comissão só aprovou um caso de auxílio estatal que não implicava um concurso público mas que consistia num regime de crédito fiscal de apoio à implantação da banda larga em zonas da Hungria mal servidas, ver Decisão N 398/05 – Hungria, *Development of Tax Benefit for Broadband*.

⁽¹⁴⁾ Ver Decisão da Comissão N 570/2008 – Alemanha, *Broadband support in rural areas of Bayern*; Decisão N 157/06 – Reino Unido, *South Yorkshire Digital Region Broadband Project*; Decisão N 262/06 – Itália, *Banda larga nas zonas rurais da Toscana*; Decisão N 201/06 – Grécia, *Broadband access development in underserved territories*; e Decisão N 131/05 – Reino Unido, *Fibre Speed Broadband Project Wales*. Os utilizadores residenciais, apesar de serem também beneficiários de tais medidas, não estão sujeitos às regras em matéria de auxílios estatais, pois não são empresas ou operadores económicos na acepção do artigo 61.º, n.º 1, do Acordo EEE.

⁽¹⁵⁾ Ver Decisão da Comissão N 266/08 – Alemanha, *Broadband in rural areas of Bayern*.

⁽¹⁶⁾ Ver Decisão da Comissão N 237/08 – Alemanha, *Broadband support in Niedersachsen*.

⁽¹⁷⁾ Processo C-303/88, *Itália/Comissão*, Colectânea 1991, p. I-1433, n.ºs 20-22.

⁽¹⁸⁾ Decisão da Comissão de 11 de Dezembro de 2007 relativa ao processo C 53/2006 *Citynet Amsterdam – investment by the city of Amsterdam in a fibre-to-the home (FTTH) network*, JO L 247 de 16.9.2008, p. 27. O processo dizia respeito à criação de uma rede de acesso de banda larga *fibre-to-the-home* (FTTH), servindo 37 000 residências em Amesterdão que eram já servidas por várias redes de banda larga concorrentes. O município de Amesterdão decidira investir na camada passiva da rede, juntamente com dois investidores privados e cinco cooperativas de habitação. A infra-estrutura passiva pertencia e era gerida por uma entidade independente; o município de Amesterdão era proprietário de um terço das acções da mesma, outro terço pertencia a dois investidores privados («ING Real Estate» e «Reggefiber») e o restante terço a cooperativas de habitação.

2.2.2. Inexistência de auxílio: Compensação do serviço público e critérios Altmark

- 18) Em alguns casos, os Estados da EFTA podem considerar que a disponibilização de uma rede de banda larga deve ser considerada um serviço de interesse económico geral («SIEG»), na acepção do artigo 59.º, n.º 2, do Acordo EEE (19).
- 19) Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, desde que estejam reunidas quatro condições principais (geralmente designadas por critérios Altmark), o financiamento estatal da prestação de um SIEG pode não ser abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 61.º, n.º 1, do Acordo EEE (20). As quatro condições são as seguintes: a) o beneficiário de um mecanismo de financiamento estatal de um SIEG deve ter sido efectivamente incumbido do cumprimento de obrigações de serviço de interesse económico geral e essas obrigações devem estar claramente definidas; b) os parâmetros com base nos quais será calculada a compensação devem ter sido previamente estabelecidos de forma objectiva e transparente, a fim de evitar que a compensação implique uma vantagem económica susceptível de favorecer a empresa beneficiária em relação a empresas concorrentes; c) a compensação não pode ultrapassar o que é necessário para cobrir total ou parcialmente os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações do SIEG, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável relativo à execução destas obrigações; e d) quando a escolha do beneficiário não seja efectuada através de um processo de concurso público, o nível da compensação necessária deve ser determinado com base numa análise dos custos que uma empresa média bem gerida teria suportado para cumprir estas obrigações, tendo em conta as respectivas receitas assim como um lucro razoável.
- 20) Em duas decisões (21) relativas a medidas tomadas pelas autoridades regionais para adjudicar a operadores privados uma concessão de serviço público (22) (subvencionada) de implantação de redes básicas de banda larga em regiões mal servidas, a Comissão concluiu que os regimes de apoio estavam em conformidade com os quatro critérios estabelecidos no acórdão Altmark e, portanto, não eram abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE (23). Nomeadamente, nos dois casos, o candidato seleccionado foi escolhido com base no montante mais baixo de auxílio solicitado e o montante da compensação concedida foi estabelecido com base em critérios transparentes e previamente determinados. Além disso, a Comissão não detectou indícios ou riscos de sobrecompensação.
- 21) Em contrapartida, a Comissão estabeleceu que o conceito de SIEG e a jurisprudência no processo Altmark não eram aplicáveis quando o prestador do serviço não detinha um mandato claro nem estava obrigado a disponibilizar o acesso e a ligação à banda larga a todos os cidadãos e empresas de zonas mal servidas, estando antes mais orientado para as ligações de empresas (24).
- 22) Além do mais, segundo a jurisprudência, se bem que os Estados da EFTA disponham de uma ampla margem discricionária quanto à definição do que consideram ser serviços de interesse económico geral, a definição desses serviços ou missões por um Estado da EFTA pode ser posta em causa pelo Órgão de Fiscalização da EFTA em caso de erro manifesto (25). Por outras palavras, embora a determinação da natureza e âmbito de uma missão SIEG seja da competência dos Estados da EFTA e esteja abrangida pelos seus poderes discricionários, tal competência não é ilimitada nem pode ser exercida de forma arbitrária (26). Em especial, para que uma actividade seja considerada

(19) Segundo a jurisprudência, as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral devem ter sido investidas nessa missão por um acto do poder público. Neste caso, um serviço de interesse económico geral pode ser confiado a um operador através de uma concessão de serviço público; ver processos apensos T-204/97 e T-270/97, *EPAC/Comissão*, Colectânea 2000, p. II-2267, n.º 126, e processo T-17/02, *Fred Olsen/Comissão*, Colectânea 2005, p. II-2031, n.ºs 186 e 188-189.

(20) Processo C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Colectânea 2003, p. I-7747. A seguir designado acórdão Altmark.

(21) Ver Decisões da Comissão N 381/04 – França, *Projet de réseau de télécommunications haut débit des Pyrénées-Atlantiques*, e N 382/04 – França, *Mise en place d'une infrastructure haut débit sur le territoire de la région Limousin (DORSAL)*.

(22) Embora no presente capítulo seja feita referência a uma «concessão» de serviço público, a forma do instrumento contratual utilizado para a atribuição de uma missão de serviço público pode variar conforme os Estados da EFTA. No entanto, o instrumento deve especificar, pelo menos, a natureza exacta, o âmbito e a duração das obrigações de serviço público impostas, a identidade das empresas em causa e os custos a suportar por essas empresas.

(23) Nomeadamente, atendendo a que os Estados-Membros dispõem de uma ampla margem de apreciação na definição de um SIEG, a Comissão reconheceu nas duas decisões acima referidas que, na medida em que a disponibilização de uma infra-estrutura de banda larga de acesso generalizado possibilitaria o acesso de todos os outros fornecedores de serviços de rede, corrigiria uma deficiência de mercado e permitiria a ligação de todos os utilizadores das regiões em causa, o Estado-Membro não cometera um erro manifesto ao considerar que a prestação desse serviço era abrangida pelo conceito de serviço de interesse económico geral.

(24) Ver Decisão da Comissão N 284/05 – Irlanda, *Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks («MANs»), phases II and III*, pontos 23 e 37-40. Neste processo, a Comissão considerou que o apoio à implantação e exploração das Metropolitan Area Networks («MANs») de várias cidades da Irlanda não constituía uma compensação por um SIEG, na medida em que a medida notificada se assemelhava mais a uma «parceria público-privada» do que à atribuição e implementação de um SIEG. Ver também Decisão N 890/06 – França, *Aide du Sicoval pour un réseau de très haut débit*. Neste processo, a Comissão observou que a medida notificada dizia respeito ao apoio à disponibilização de ligações de banda larga apenas a parques empresariais e organizações do sector público de uma parte da cidade de Toulouse, com a exclusão do sector residencial. Além disso, o projecto abrangia apenas uma parte da região. Por consequência, a Comissão decidiu que não se tratava de um SIEG, uma vez que a medida notificada não se destinava a servir os interesses dos cidadãos, mas antes os do sector empresarial.

(25) Ver processo T-289/03, *Bupa e outros/Comissão*, Colectânea 2008, p. II-741, n.º 165, e processo T-106/95, *FFSA e outros/Comissão*, Colectânea 1997, p. II-229, n.º 99. Ver também ponto 14 da *Comunicação da Comissão sobre os serviços de interesse geral na Europa* (JO C 17 de 19.1.2001, p. 4).

(26) Ver Processo T-442/03, *SIC/Comissão*, Colectânea 2008, p. II-1161, n.º 195; Processo T-289/03 *BUPA e Outros/Comissão*, op.cit., n.º 166, e processo T-17/02 *Fred Olsen/Comissão*, op.cit., n.º 216. Nos termos do ponto 22 da *Comunicação da Comissão sobre os serviços de interesse geral na Europa*, «a liberdade de definição dos Estados-Membros [de serviços de interesse económico geral] significa que os Estados-Membros são, em primeira instância, os responsáveis pela definição do que considerem serviços de interesse económico geral, com base nas características específicas das actividades». Esta definição pode apenas ser sujeita ao controlo das situações de erro manifesto.

um SIEG, deve ter características especiais comparativamente com as actividades económicas normais⁽²⁷⁾. No que se refere a este ponto, o Órgão de Fiscalização considerará que em zonas onde os investidores privados investiram já em infra-estruturas de rede de banda larga (ou estão em vias de expandir as suas infra-estruturas de rede) e estão já a fornecer serviços de banda larga concorrenciais com uma cobertura adequada, a criação de uma infra-estrutura de banda larga paralela e concorrencial financiada pelo Estado, não pode ser considerada como um SIEG na acepção do artigo 59.º, n.º 2, do Acordo EEE⁽²⁸⁾. No entanto, nos casos em que se pode demonstrar que os investidores privados podem não estar em condições de fornecer num futuro próximo⁽²⁹⁾ uma cobertura de banda larga adequada a todos os cidadãos ou utilizadores, deixando assim sem ligação uma parte significativa da população, pode ser concedida uma compensação de serviço público a uma empresa incumbida da exploração de um SIEG desde que se encontrem preenchidas as condições estabelecidas nos pontos 23 a 27. A título preliminar, salienta-se que as considerações apresentadas nesses pontos se baseiam nas características específicas do sector da banda larga e reflectem a experiência que a Comissão obteve até agora neste domínio. Assim, as condições estabelecidas nesses pontos, embora não sejam exaustivas, são indicativas da abordagem seguida pelo Órgão de Fiscalização ao determinar, numa base casuística, se as actividades em questão podem ser definidas como SIEG e se o financiamento público concedido para o efeito está em conformidade com as regras do Acordo EEE em matéria de auxílios estatais.

- 23) No que se refere à definição do âmbito de uma missão de SIEG para efeitos de garantir uma ampla implementação de uma infra-estrutura de banda larga, os Estados da EFTA são obrigados a descrever as razões que os levam a considerar que o serviço em questão, devido à sua natureza específica, deve ser classificado como um SIEG e diferenciado de outras actividades económicas⁽³⁰⁾. Devem igualmente garantir que a missão de SIEG satisfaz certos critérios mínimos comuns a toda e qualquer missão SIEG e demonstrar que esses critérios são realmente satisfeitos no caso em apreço.
- 24) Trata-se, designadamente, a) da existência de um acto de autoridade pública que investe os operadores em causa de uma missão SIEG e b) do carácter universal e obrigatório dessa missão. Desta forma, ao determinar se a definição de um SIEG para a implantação de banda larga não dá origem a um erro de apreciação manifesto, os Estados da EFTA devem garantir que a infra-estrutura de banda larga a implantar proporciona conectividade universal a todos os utilizadores de uma determinada área, quer sejam particulares ou empresas. Além disso, o carácter obrigatório da missão de SIEG implica que o fornecedor da rede a implantar não poderá recusar o acesso à infra-estrutura numa base discricionária e/ou discriminatória (por exemplo, devido ao facto de não ser comercialmente rentável fornecer serviços de acesso numa determinada zona).
- 25) Dado o nível de concorrência que foi alcançado desde a liberalização do sector das comunicações electrónicas no EEE e, em especial, a concorrência que existe actualmente no mercado retalhista da banda larga, todos os operadores interessados devem ter acesso a uma rede financiada pelo Estado e criada no contexto de um SIEG. Desta forma, o reconhecimento de uma missão de SIEG para a implantação de banda larga deve basear-se numa infra-estrutura de acesso passiva, neutra⁽³¹⁾ e aberta. A rede deve proporcionar aos interessados no acesso todas as formas possíveis de acesso à rede e permitir a existência de uma concorrência efectiva a nível retalhista, garantindo a prestação de serviços competitivos e a um preço acessível aos utilizadores finais⁽³²⁾. Desta forma, a missão SIEG deve apenas abranger a implantação das redes de banda larga que fornecem conectividade universal e o fornecimento por grosso de serviços de acesso conexos, sem incluir serviços de comunicações a retalho⁽³³⁾. Se o fornecedor encarregue da missão SIEG for igualmente um operador de banda larga verticalmente integrado, devem ser introduzidas salvaguardas adequadas para evitar eventuais conflitos de interesse, discriminações indevidas e outras vantagens indirectas ocultas⁽³⁴⁾.

⁽²⁷⁾ Tal implica que o objectivo de interesse geral prosseguido pelas autoridades públicas não pode ser simplesmente o desenvolvimento de determinadas actividades ou regiões económicas, tal como previsto no artigo 61.º, n.º 3, alínea c). Ver Decisões da Comissão N 381/04 – França, *Projet de réseau de télécommunications haut débit des Pyrénées-Atlantiques*, e N 382/04 – França, *Mise en place d'une infrastructure haut débit sur le territoire de la région Limousin (DORSAL)*.

⁽²⁸⁾ Neste contexto, as redes a tomar em consideração para determinar a necessidade de um SIEG, devem ter sempre uma arquitectura comparável, nomeadamente, redes de banda larga de base ou redes NGA.

⁽²⁹⁾ Entende-se pela expressão «num futuro próximo» um período de três anos. Neste contexto, os investimentos projectados por investidores privados devem permitir garantir que durante o período de três anos serão pelo menos alcançados progressos significativos em termos de cobertura, devendo a conclusão do investimento projectado estar prevista para uma data posterior, dentro de um prazo razoável (dependentes das características específicas de cada projecto).

⁽³⁰⁾ Na falta dessa fundamentação, um controlo, mesmo marginal, por parte do Órgão de Fiscalização, nos termos tanto da primeira condição enunciada no acórdão Altmark, como do artigo 59.º, n.º 2, do Acordo EEE, em relação à existência de um erro manifesto cometido pelo Estado da EFTA no âmbito do seu poder discricionário, não é possível, processo T-289/03, *BUPA e outros/Comissão*, op. cit., n.º 172.

⁽³¹⁾ A rede deve ser neutra do ponto de vista tecnológico, permitindo assim que os requerentes de acesso utilizem qualquer das tecnologias disponíveis para fornecer serviços aos utilizadores finais. Embora este requisito possa ser de aplicação limitada no que se refere à implantação da infra-estrutura de uma rede ADSL, o mesmo poderá não acontecer relativamente às NGA, que são redes de fibra óptica em que os operadores podem utilizar diferentes tecnologias de fibra para fornecer serviços aos utilizadores finais (ou seja, ponto-a-ponto ou G-PON).

⁽³²⁾ Uma rede ADSL deve, por exemplo, disponibilizar acesso em fluxo contínuo de dados e desagregação total, enquanto uma rede NGA de fibra óptica deve, pelo menos, disponibilizar acesso em fibra escura e em fluxo contínuo e, se estiver a ser implantada uma rede FTTC, acesso desagregado ao sub-lacete.

⁽³³⁾ Esta limitação justifica-se pelo facto de, após a implantação de uma rede de banda larga que forneça conectividade universal, as forças de mercado serem normalmente suficientes para fornecer serviços de comunicação a todos os utilizadores a preços competitivos.

⁽³⁴⁾ Trata-se, nomeadamente, da obrigação de contas separadas e poderão igualmente incluir a criação de uma entidade estrutural e juridicamente distinta do operador integrado verticalmente. Essa entidade teria a responsabilidade exclusiva de dar cumprimento à missão SIEG que lhe foi atribuída.

- 26) Visto que o mercado das telecomunicações electrónicas está plenamente liberalizado, um SIEG destinado à implantação de banda larga não se pode basear na atribuição de um direito exclusivo ou especial ao prestador de um SIEG, na acepção do artigo 59.º, n.º 1, do Acordo EEE.
- 27) Ao dar cumprimento à sua missão de cobertura universal, o fornecedor do SIEG poderá ter de implantar uma infra-estrutura de rede não só em áreas não rentáveis mas também em áreas rentáveis, ou seja, em áreas em que outros operadores podem já ter implantado a sua própria infra-estrutura de rede ou planejar fazê-lo num futuro próximo. Contudo, dadas as especificidades do sector da banda larga, neste caso, qualquer compensação concedida deve apenas cobrir os custos de implantação da infra-estrutura nas zonas não rentáveis⁽³⁵⁾. Nos casos em que um SIEG destinado à implantação de uma rede de banda larga não se baseia na implantação de uma infra-estrutura de propriedade pública devem ser instituídos mecanismos adequados de revisão e reembolso a fim de evitar que, no final da concessão do SIEG, o fornecedor mantenha a propriedade da rede financiada através de fundos públicos. Por último, a compensação de SIEG deve, em princípio, ser atribuída através de um concurso aberto, transparente e não discriminatório, que exija que todos os operadores candidatos definam de uma forma transparente as zonas rentáveis e não rentáveis, apresentem uma estimativa dos rendimentos previstos e solicitem o montante correspondente de compensação que considerem estritamente necessário, evitando o risco de sobrecompensação. Um concurso organizado nestas condições deve garantir o cumprimento da quarta condição estabelecida no acórdão Altmark (ver ponto 19).
- 28) Nos casos em que os quatro critérios Altmark não se encontram preenchidos e se os critérios gerais de aplicabilidade do artigo 61.º, n.º 1, do Acordo EEE forem satisfeitos, a compensação de serviço público relativa à implantação de uma infra-estrutura de banda larga constituirá um auxílio estatal e será abrangida pelos artigos 49.º, 59.º e 61.º do Acordo EEE e pelo artigo 1.º da Parte I do Protocolo n.º 3 do Acordo entre os Estados da EFTA que cria um Órgão de Fiscalização e um Tribunal (a seguir designado Protocolo n.º 3 do Acordo que cria um Órgão de Fiscalização e um Tribunal). Neste caso, os auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a determinadas empresas incumbidas da prestação de serviços de interesse económico geral (ver pontos 23-27) podem ser considerados compatíveis com o funcionamento do Acordo EEE e isentos da obrigação de notificação prevista no artigo 1.º, n.º 3, da Parte I do Protocolo n.º 3 do Acordo relativo ao Órgão de Fiscalização e um Tribunal se estiverem preenchidos os requisitos estabelecidos no acto referido no ponto 1h do anexo XV do Acordo EEE (Decisão 2005/842/CE da Comissão, de 28 de Novembro de 2005, relativa à aplicação do n.º 2 do artigo 86.º do Tratado CE aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a certas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral⁽³⁶⁾, tal como adaptado ao Acordo EEE pelo seu Protocolo n.º 1⁽³⁷⁾).

2.3. Compatibilidade dos auxílios nos termos do artigo 61.º n.º 3, do Acordo EEE

- 29) Quando a Comissão conclui que uma medida notificada no sector da banda larga constitui um auxílio na acepção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, a apreciação da compatibilidade tem, até ao momento, sido directamente baseada no artigo 107.º, n.º 3, alínea c), do TFUE⁽³⁸⁾.
- 30) Pode acontecer que as zonas abrangidas por um projecto de auxílio estatal a favor da banda larga sejam também regiões assistidas, na acepção das alíneas a) e c) do artigo 61.º, n.º 3, do capítulo relativo aos auxílios estatais com finalidade regional para 2007-2013 das Orientações relativas aos auxílios estatais do Órgão de Fiscalização (a seguir designado capítulo relativo aos auxílios estatais com finalidade regional)⁽³⁹⁾. Nesse caso, o auxílio a favor da banda larga pode também ser considerado como um auxílio ao investimento inicial, na acepção do capítulo relativo aos auxílios estatais com finalidade regional. Porém, em muitos dos casos examinados até à data pela Comissão, as medidas notificadas abrangiam também outras regiões que não eram «assistidas» e, por consequência, a apreciação da Comissão não pôde ser efectuada ao abrigo das correspondentes Orientações da Comissão relativas aos auxílios estatais com finalidade regional⁽⁴⁰⁾.
- 31) Quando uma medida é abrangida pelo âmbito de aplicação do capítulo relativo aos auxílios estatais com finalidade regional e quando está prevista a concessão de um auxílio *ad hoc* individual a uma única empresa ou quando o auxílio se restringe a um único sector de actividade, é da responsabilidade do Estado da EFTA demonstrar que estão

⁽³⁵⁾ Compete aos Estados da EFTA estabelecer, em função das características específicas de cada caso, a metodologia mais adequada para garantir que a compensação concedida apenas cobrirá os custos do cumprimento da missão de SIEG nas zonas não rentáveis. Por exemplo, a compensação concedida poderá basear-se numa comparação entre as receitas provenientes da exploração comercial da infra-estrutura nas zonas rentáveis e as receitas provenientes da exploração comercial da infra-estrutura nas zonas não rentáveis. Os eventuais lucros excessivos, ou seja, os lucros que excedam a rentabilidade média do capital do sector com a implantação de uma dada infra-estrutura de banda larga, poderão ser afectados ao financiamento dos SIEG nas zonas não rentáveis, sendo o financiamento restante coberto pela compensação financeira concedida.

⁽³⁶⁾ JO L 312 de 29.11.2005, p. 67.

⁽³⁷⁾ Ver também o capítulo relativo aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público das Orientações relativas a auxílios estatais do Órgão de Fiscalização, JO L 109 de 26.4.2007, p. 44 e Suplemento EEE n.º 20, 26.4.2007, p. 1, também disponível no sítio web do Órgão de Fiscalização http://www.eftasurv.int/fieldsOfWork/fieldStateAid/state_aid_guidelines/partvi-stateaidintheformofpublicservicecompensation.pdf

⁽³⁸⁾ Recorde-se que, nos termos do artigo 107.º, n.º 3, alínea a), do TFUE, que corresponde ao artigo 61.º, n.º 3, alínea a), do Acordo EEE «os auxílios destinados a promover o desenvolvimento económico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego» podem também ser considerados compatíveis com funcionamento do Acordo EEE.

⁽³⁹⁾ JO L 54 de 28.2.2008, p. 1 e Suplemento EEE n.º 11 de 28.2.2008, p. 1.

⁽⁴⁰⁾ Orientações relativas aos auxílios estatais com finalidade regional para o período 2007-2013 (JO C 54 de 4.3.2006, p. 13). Além disso, apesar de o auxílio concedido se limitar em alguns casos a «regiões assistidas» e de poder também ser considerado como um auxílio ao investimento inicial na acepção das orientações acima referidas, a intensidade do auxílio excedia com frequência o limite máximo fixado para os auxílios com finalidade regional nessas regiões.

preenchidas as condições previstas no capítulo relativo aos auxílios estatais com finalidade regional. Estas condições incluem, nomeadamente, a de que o projecto contribua para uma estratégia de desenvolvimento regional coerente e a de que, tendo em conta a natureza e dimensão do projecto, este não provoque distorções inaceitáveis da concorrência.

2.3.1. *O critério do equilíbrio e sua aplicação aos auxílios à implantação de redes de banda larga*

- 32) Ao apreciar se um auxílio estatal pode ser considerado compatível com o funcionamento do Acordo EEE, o Órgão de Fiscalização pondera o impacto positivo do auxílio estatal, em termos de realização de um objectivo de interesse comum, face aos seus efeitos potencialmente negativos, como a distorção das trocas comerciais e da concorrência.
- 33) Ao aplicar este critério do equilíbrio, o Órgão de Fiscalização analisa as seguintes questões:
- a) O auxílio tem um objectivo de interesse comum claramente definido, ou seja, o auxílio proposto permite solucionar a deficiência do mercado ou realizar outro objectivo? ⁽⁴¹⁾
 - b) O auxílio é adequadamente concebido para atingir o objectivo do interesse comum? Mais especificamente:
 - i) Um auxílio estatal constitui o instrumento mais adequado ou, pelo contrário, existem outros instrumentos mais adequados?
 - ii) O auxílio tem um efeito de incentivo, isto é, o auxílio altera o comportamento das empresas?
 - iii) O auxílio é proporcional ao problema a resolver ou, pelo contrário, a mesma mudança de comportamento poderia ser obtida com menos auxílios?
 - c) As distorções da concorrência e o efeito sobre as trocas comerciais são limitados, de tal forma que o balanço geral é positivo?
- 34) São descritas em mais pormenor, nas Secções 2.3.2 e 2.3.3, as etapas individuais de aplicação do critério do equilíbrio no domínio da banda larga.

2.3.2. *Objectivo da medida*

- 35) Tal como se refere na introdução, o acesso alargado a serviços de banda larga, a preços acessíveis, reveste-se da maior importância, devido à sua capacidade para acelerar a contribuição destas tecnologias para o crescimento e a inovação em todos os sectores da economia e para a coesão social e territorial.
- 36) As condições económicas dos serviços de fornecimento de banda larga são de tal ordem que nem sempre o mercado considera rentável o investimento nesses serviços. Devido aos aspectos económicos da densidade demográfica, a implantação de redes de banda larga é geralmente mais rentável quando a procura potencial é mais elevada e concentrada, ou seja, em zonas densamente povoadas. Devido aos elevados custos fixos do investimento, os custos unitários aumentam fortemente quando a densidade demográfica desce. Por consequência, as redes de banda larga, para serem rentáveis, tendem a cobrir apenas uma parte da população. Da mesma forma, em certas zonas pode ser rentável a criação de uma rede por um só fornecedor, mas não por dois ou três.
- 37) Quando o mercado não proporciona uma cobertura de banda larga satisfatória ou as condições de acesso não são adequadas, os auxílios estatais podem constituir uma intervenção útil. Mais especificamente, um auxílio estatal no sector da banda larga pode corrigir uma deficiência de mercado, ou seja, as situações em que os investidores de mercado individuais não investem, apesar de tal investimento ser eficiente numa perspectiva económica mais lata, por exemplo, devido às suas repercussões positivas. Em alternativa, um auxílio estatal a favor da banda larga pode ser considerado como um instrumento de realização de objectivos de equidade, ou seja, como uma forma de melhorar o acesso de todos a um meio de comunicação essencial, à participação na sociedade e à liberdade de expressão, reforçando assim a coesão social e territorial.
- 38) Será útil estabelecer à partida uma distinção fundamental entre os tipos de zonas que podem ser abrangidas, em função do nível de conectividade em banda larga já disponível. A Comissão estabelece habitualmente uma distinção entre as zonas onde não existe uma infra-estrutura de banda larga ou onde é pouco provável que essa infra-estrutura seja criada a curto prazo (zonas brancas), as zonas onde apenas está presente um único operador de rede de banda larga (zonas cinzentas) e as zonas onde estão presentes pelo menos dois fornecedores de serviços de banda larga (zonas negras) ⁽⁴²⁾.

⁽⁴¹⁾ Ver, por exemplo, Decisões da Comissão N 508/08 – Reino Unido, *Provision of remote Broadband services in Northern Ireland*, N 201/06 – Grécia, *Broadband access development in underserved areas*, e N 118/06 – Letónia, *Development of broadband communications networks in rural areas*.

⁽⁴²⁾ Ver, por exemplo, Decisão N 201/06 da Comissão – Grécia, *Broadband access development in underserved areas*.

2.3.2.1. «Zonas brancas»: promoção de objectivos de coesão territorial e desenvolvimento económico

- 39) O Órgão de Fiscalização considera que o apoio à implantação de redes de banda larga nas zonas rurais e nas zonas brancas mal servidas promove a coesão territorial, social e económica e corrige deficiências de mercado. As redes de banda larga tendem a cobrir, de forma rentável, apenas uma parte da população, pelo que é necessário apoio estatal para obter uma cobertura generalizada.
- 40) O Órgão de Fiscalização aceita que seja prestado apoio financeiro ao fornecimento de serviços de banda larga em zonas onde a banda larga não está actualmente disponível e onde não existem planos, por parte de investidores privados, para implantar essa infra-estrutura num futuro próximo e onde os Estados da EFTA prosseguem objectivos genuínos de coesão social e desenvolvimento económico e, portanto, a sua intervenção será provavelmente compatível com o interesse comum ⁽⁴³⁾. Entende-se pela expressão «num futuro próximo» um período de três anos. Neste contexto, os investimentos projectados por investidores privados devem permitir garantir que durante o período de três anos serão pelo menos alcançados progressos significativos em termos de cobertura, devendo a conclusão do investimento projectado estar prevista para uma data posterior, dentro de um prazo razoável (dependendo das características específicas de cada projecto e de cada zona). As autoridades públicas poderão exigir a apresentação de um plano de actividades, juntamente com um calendário pormenorizado de implantação, bem como prova de financiamento adequado ou qualquer outro tipo de elementos que demonstrem o carácter credível e plausível do investimento projectado pelos operadores de rede privados.

2.3.2.2. «Zonas negras»: não é necessária intervenção estatal

- 41) Quando estão presentes numa dada zona geográfica pelo menos dois fornecedores de serviços de banda larga e tais serviços são fornecidos em condições concorrenciais (concorrência baseada nos recursos), não existe uma deficiência de mercado. Por consequência, é muito pouco provável que uma intervenção estatal proporcione novos benefícios. Pelo contrário, o apoio estatal ao financiamento da criação de uma rede de banda larga adicional provocará em princípio uma distorção inaceitável da concorrência e a evicção dos investidores privados. Portanto, na ausência de uma deficiência de mercado claramente comprovada, o Órgão de Fiscalização considerará de forma negativa as medidas de financiamento da implantação de uma infra-estrutura de banda larga adicional numa «zona negra» ⁽⁴⁴⁾.

2.3.2.3. «Zonas cinzentas»: necessidade de uma apreciação mais aprofundada

- 42) A existência de um operador de rede numa dada zona não implica necessariamente que não se verifique uma deficiência de mercado ou um problema de coesão. A existência de um monopólio pode afectar a qualidade do serviço ou o preço a que os serviços são fornecidos aos cidadãos. Por outro lado, em zonas onde só está presente um operador de rede de banda larga, as subvenções à construção de uma rede alternativa podem, por definição, distorcer a dinâmica de mercado. Portanto, o apoio estatal à implantação de redes de banda larga em zonas «cinzentas» exige uma análise mais aprofundada e uma apreciação cuidadosa da compatibilidade.
- 43) Ainda que possa estar presente um operador de rede na zona abrangida pela intervenção estatal, certas categorias de utilizadores podem continuar a não ser servidas adequadamente, na medida em que alguns serviços de banda larga procurados pelos utilizadores podem não estar disponíveis ou não ser fornecidos a preços acessíveis, em comparação com os mesmos serviços oferecidos em zonas ou regiões do país onde existe um nível superior de concorrência ⁽⁴⁵⁾. Se, além disso, forem reduzidas as probabilidades de terceiros construírem uma infra-estrutura alternativa, o financiamento de uma infra-estrutura alternativa poderá ser uma medida adequada, que permitirá corrigir a falta de concorrência entre infra-estruturas e reduzir assim os problemas criados pela posição de monopólio de facto do operador estabelecido ⁽⁴⁶⁾. Porém, a concessão de um auxílio nestas circunstâncias está sujeita a várias condições que o Estado da EFTA em causa deve cumprir.

⁽⁴³⁾ Ver, por exemplo, Decisão da Comissão N 118/06 – Letónia, *Development of broadband communications networks in rural areas*.

⁽⁴⁴⁾ Ver Decisão da Comissão, de 19 de Julho de 2006, relativa ao auxílio estatal C 35/05 (ex N 59/05) que os Países Baixos tencionam conceder para o desenvolvimento de uma rede de banda larga em Appingedam (JO L 86 de 27.3.2007, p. 1). O caso diz respeito à instalação de uma rede passiva (ou seja, cabos e fibra óptica) de que o município seria o proprietário, ao passo que a camada activa (ou seja, a gestão e exploração da rede) seria adjudicada por concurso a um operador grossista do sector privado, que seria obrigado a fornecer serviços de acesso por grosso a outros fornecedores de serviços. Na sua decisão, a Comissão observou que o mercado neerlandês da banda larga era um mercado em desenvolvimento rápido, em que os fornecedores de serviços de comunicações electrónicas, incluindo os operadores de cabo e os fornecedores de serviços de Internet, estavam a introduzir serviços de banda larga de capacidade muito elevada sem o apoio do Estado. A situação em Appingedam não era diferente da que existia no resto do mercado neerlandês de banda larga. Tanto o operador de linhas fixas estabelecido, como um operador de cabo estavam já a oferecer «serviços triplos» em Appingedam (telefonía, banda larga e TV digital/analógica) e os dois operadores tinham capacidade técnica para aumentar a capacidade de banda larga das suas redes.

⁽⁴⁵⁾ Tal como referido no ponto 4, deve recordar-se que o acesso à banda larga está actualmente regulado *ex ante* em todos os Estados da EFTA.

⁽⁴⁶⁾ Na sua Decisão N 131/2005 – Reino Unido, *FibreSpeed Broadband Project Wales*, a Comissão devia apreciar se o apoio financeiro concedido pelas autoridades galesas à construção de uma rede de fibra óptica aberta e neutra, de ligação de 14 parques empresariais podia ser declarado compatível, apesar de as localizações em causa serem já servidas pelo operador de rede histórico, que fornecia linhas alugadas a preços regulamentados. A Comissão considerou que a oferta de linhas alugadas do operador histórico era muito dispendiosa e que os preços eram quase inacessíveis para as PME. Os parques empresariais em causa também não podiam ter acesso a serviços ADSL simétricos de capacidade superior a 2 Mbps, devido à distância a que se encontravam da central telefónica do operador histórico. Além disso, o operador histórico não disponibilizava a terceiros o acesso aos seus cabos e à fibra escura. Portanto, a presença do operador histórico nas zonas em causa não garantia o fornecimento às PME de serviços Internet de elevado débito, a preços acessíveis. Também não havia perspectivas de que terceiros construíssem uma infra-estrutura alternativa que fornecesse serviços de elevado débito aos parques empresariais em questão. Ver também Decisões da Comissão N 890/06 – França, *Aide du Sicoval pour un réseau de très haut débit* e N 284/05 – Irlanda, *Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks («MANs»), phases II and III*.

- 44) Por conseguinte, o Órgão de Fiscalização pode declarar compatíveis, em certas condições, as medidas de auxílio estatal concedidas em zonas em que o fornecimento da infra-estrutura de banda larga continua a constituir um monopólio de facto, desde que i) não sejam oferecidos serviços adequados ou a preço acessível que dêem resposta às necessidades dos cidadãos ou das empresas e que ii) não estejam disponíveis outras medidas (incluindo regulamentação *ex ante*) que permitam atingir os mesmos objectivos com menos distorções da concorrência. Com vista a determinar a observância destas condições, o Órgão de Fiscalização apreciará especificamente:
- a) Se as condições globais de mercado não são adequadas, examinando, entre outros aspectos, o nível dos preços da banda larga nesse momento, o tipo de serviços oferecidos aos utilizadores finais (residenciais e profissionais) e as respectivas condições;
 - b) Se, na ausência de regulamentação *ex ante* imposta por uma autoridade reguladora nacional («ARN»), não é oferecido a terceiros um acesso efectivo à rede ou se as condições de acesso não promovem uma concorrência efectiva;
 - c) Se as barreiras globais à entrada no mercado impedem a entrada potencial de outros operadores de comunicações electrónicas; e
 - d) Se as eventuais medidas tomadas ou as eventuais medidas correctivas impostas pela autoridade reguladora ou pela autoridade da concorrência nacional ao fornecedor de serviços de rede existente não permitiram resolver esses problemas.

2.3.3. Concepção da medida e necessidade de limitar as distorções da concorrência

- 45) Quando a cobertura de banda larga é considerada insuficiente, pode ser necessária uma intervenção estatal. A primeira questão a colocar é se o auxílio estatal constitui um instrumento adequado para resolver o problema ou se existem outros instrumentos mais adequados.
- 46) O Órgão de Fiscalização observou que, embora a regulamentação *ex ante* tenha, em muitos casos, facilitado a implantação da banda larga em zonas urbanas e em zonas mais densamente povoadas, este instrumento pode não ser suficiente para permitir o fornecimento de um serviço de banda larga, nomeadamente em zonas mal servidas e com uma reduzida rentabilidade do investimento⁽⁴⁷⁾.
- 47) Da mesma forma, as medidas do lado da procura a favor da banda larga (tais como os cupões para os utilizadores finais), embora possam contribuir de forma positiva para a penetração da banda larga e devam ser promovidas como uma alternativa ou um complemento das medidas públicas, nem sempre permitem resolver o problema da falta de fornecimento de banda larga⁽⁴⁸⁾. Portanto, nestas situações, pode não haver alternativas à concessão de financiamento público para superar a falta de conectividade em banda larga.
- 48) No que se refere ao efeito de incentivo da medida, deve examinar-se se o investimento na rede de banda larga em causa não teria sido efectuado dentro dos mesmos prazos sem qualquer auxílio estatal.
- 49) Ao apreciar o carácter proporcionado das medidas notificadas em zonas «brancas» ou «cinzentas», a inexistência de qualquer uma das condições referidas seguidamente nas alíneas a) a h) exigirá uma apreciação em profundidade⁽⁴⁹⁾ e muito provavelmente levará a uma conclusão negativa quanto à compatibilidade do auxílio com o funcionamento do Acordo EEE.
- a) *Análise pormenorizada da cobertura geográfica*: os Estados da EFTA devem identificar claramente as zonas geográficas que serão cobertas pela medida de apoio em causa. Ao efectuar em paralelo uma análise das condições concorrenciais e da estrutura existente numa determinada zona e ao consultar todas as partes interessadas afectadas pela medida relevante, o Estado da EFTA poderá reduzir ao mínimo as distorções da concorrência para os fornecedores já existentes e os que têm planos de investimento num futuro próximo, permitindo que estes últimos planeiem as suas actividades⁽⁵⁰⁾. Uma análise pormenorizada da cobertura geográfica e uma consulta exaustiva não só assegurarão um elevado grau de transparência, como também constituirão instrumentos essenciais para a definição da existência de zonas «brancas», «cinzentas» e «negras»⁽⁵¹⁾;

⁽⁴⁷⁾ Ver, por exemplo, Decisões da Comissão N 473/07 – Itália, *Broadband connection for Alto Adige*, N 570/07 – Alemanha, *Broadband in rural areas of Baden-Württemberg*, N 131/05 – Reino Unido, *FibreSpeed Broadband Project Wales*, N 284/05 – Irlanda, *Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks («MANs»), phases II and III*, N 118/06 – Letónia, *Development of broadband communication networks in rural areas*, e N 157/06 – Reino Unido, *South Yorkshire Digital Region Broadband Project*.

⁽⁴⁸⁾ Ver, por exemplo, Decisões da Comissão N 222/06 – Itália, *Aid to bridge the digital divide in Sardinia*, N 398/05 – Hungria, *Development Tax Benefit for Broadband*, e N 264/06 – Itália, *Broadband for rural Tuscany*.

⁽⁴⁹⁾ Normalmente no âmbito do procedimento previsto no artigo 1.º, n.º 2, da Parte I do Protocolo n.º 3 do Acordo que cria um Órgão de Fiscalização e um Tribunal.

⁽⁵⁰⁾ Nos casos em que se pode demonstrar que os operadores existentes não forneceram informações úteis a uma autoridade pública para efeitos da análise pormenorizada exigida, a autoridade pode ter de utilizar apenas as informações que lhes foram disponibilizadas.

⁽⁵¹⁾ Ver, por exemplo, Decisões da Comissão n.º 201/06 – Grécia, *Broadband access development in underserved areas*, n.º 264/06 – Itália, *Broadband for rural Tuscany*, n.º 475/07 – Irlanda, *National Broadband Scheme («NBS»)*, e n.º 115/08 – Alemanha, *Broadband in rural areas of Germany*.

- b) *Processo de concurso público*: este método garante a transparência para todos os investidores que desejam concorrer à execução do projecto subvencionado. O tratamento equitativo e não discriminatório dos concorrentes constitui uma condição indispensável dos concursos públicos. Um concurso público é um método que permite minimizar a vantagem potencial que o auxílio estatal pode implicar, reduzindo simultaneamente o carácter selectivo da medida, uma vez que a selecção do beneficiário não é conhecida de antemão ⁽⁵²⁾;
- c) *Proposta economicamente mais vantajosa*: no contexto de um processo de concurso público e a fim de reduzir o montante do auxílio a conceder, em condições de qualidade semelhantes ou mesmo idênticas, o concorrente que apresenta a proposta em que o montante do auxílio solicitado é mais baixo deve receber, em princípio, uma pontuação superior na apreciação global da sua proposta ⁽⁵³⁾. Desta forma, o Estado da EFTA pode transferir para o mercado o ónus de determinar o montante do auxílio realmente necessário, reduzindo assim a assimetria da informação que, na maior parte dos casos, beneficia os investidores privados;
- d) *Neutralidade tecnológica*: atendendo a que os serviços de banda larga podem ser fornecidos através de grande número de infra-estruturas de rede baseadas em fios condutores (xDSL, cabo), redes sem fio (Wi-Fi, WiMAX), tecnologias de satélite e tecnologias móveis, os Estados-Membros não devem privilegiar nenhuma tecnologia ou plataforma de rede específica, a menos que possam demonstrar que existe uma justificação objectiva para o fazerem ⁽⁵⁴⁾. Os concorrentes devem ter o direito de propor o fornecimento de serviços de banda larga utilizando ou combinando as tecnologias que considerem ser mais adequadas;
- e) *Utilização de infra-estruturas existentes*: sempre que possível, os Estados da EFTA devem incentivar os concorrentes a recorrerem a infra-estruturas disponíveis já existentes, para evitar uma duplicação de recursos desnecessária e dispendiosa. A fim de tentar limitar o impacto económico para os operadores de rede existentes, deve ser dada a estes últimos a possibilidade de contribuir com as suas infra-estruturas para um projecto notificado. Por outro lado, esta condição também não deve, em última análise, favorecer os operadores históricos, sobretudo no caso em que terceiros podem não ter acesso a essa infra-estrutura ou aos meios necessários para concorrer com o operador histórico. Da mesma forma, no caso das «zonas cinzentas», em que se demonstre que essa dependência em relação ao operador histórico faz parte do problema, pode ser necessário favorecer uma concorrência baseada nos recursos;
- f) *Acesso por grosso*: a obrigação de ser concedido a terceiros o acesso efectivo por grosso a uma infra-estrutura de banda larga subvencionada é uma componente essencial de qualquer medida estatal de financiamento da construção de uma nova infra-estrutura de banda larga. Em especial, o acesso por grosso permite que os operadores terceiros concorram com o candidato seleccionado (quando este último está também presente a nível retalhista), reforçando assim as possibilidades de escolha e a concorrência nas zonas afectadas pela medida e evitando simultaneamente a criação de monopólios de serviços regionais. O acesso efectivo por grosso à infra-estrutura subvencionada deve ser oferecido por um período de pelo menos 7 anos. Esta condição não está dependente de uma análise prévia do mercado, na acepção do artigo 7.º da Directiva 2002/21/CE (Directiva-Quadro) ⁽⁵⁵⁾. No entanto, se no final do período de 7 anos a ARN considerar, nos termos do quadro regulamentar aplicável, que o operador da infra-estrutura em questão detém um poder de mercado significativo no mercado específico em causa ⁽⁵⁶⁾, a obrigação de acesso deve ser prorrogada em conformidade;
- g) *Avaliação comparativa dos preços*: a fim de assegurar um acesso por grosso efectivo e de minimizar as potenciais distorções da concorrência, é essencial evitar preços por grosso excessivos ou, pelo contrário, a prática de preços predatórios ou a compressão das margens pelo candidato seleccionado. Os preços de acesso por grosso devem basear-se nos preços médios por grosso publicados (regulamentados) que são praticados noutras zonas comparáveis e mais concorrenciais do país ou do EEE ou, na ausência desses preços publicados, em preços já fixados ou aprovados pela ARN para os mercados e serviços em causa. Desta forma, quando já existe regulamentação *ex ante*, (por exemplo numa «zona cinzenta»), os preços por grosso de acesso a uma infra-estrutura subvencionada não devem ser inferiores ao preço do acesso estabelecido pela ARN para a mesma zona. A avaliação comparativa é uma salvaguarda importante, uma vez que permite que os Estados da EFTA não sejam obrigados a fixar antecipadamente preços pormenorizados de acesso por grosso ou a retalho, assegurando também que o auxílio concedido reproduz condições de mercado semelhantes às existentes noutros mercados de banda larga concorrenciais. Os critérios de avaliação comparativa devem ser claramente indicados nos documentos de concurso;

⁽⁵²⁾ Ver, por exemplo, Decisões da Comissão N 508/08 – Reino Unido, *Provision of Remote Broadband Services in Northern Ireland*, N 475/07 – Irlanda, *National Broadband Scheme* («NBS»), N 157/06 – Reino Unido, *South Yorkshire Digital Region Broadband Project*.

⁽⁵³⁾ Para a determinação da proposta economicamente mais vantajosa, a autoridade adjudicante deve especificar antecipadamente a ponderação relativa que atribuirá a cada critério (qualitativo) escolhido.

⁽⁵⁴⁾ Até à data, a Comissão só aceitou num único caso que se justificava a utilização de uma solução tecnológica específica: ver Decisão da Comissão N 222/06 – Itália, *Aid to bridge the digital divide in Sardinia*. Nesse caso, a Comissão foi de opinião de que, atendendo às condições específicas em causa, nomeadamente a topografia da região, a inexistência de redes de cabo e a necessidade de maximizar os benefícios do auxílio, a tecnologia ADSL parecia ser a mais adequada para realizar os objectivos do projecto (ponto 45).

⁽⁵⁵⁾ Além disso, quando os Estados da EFTA optam por um modelo de gestão em que a infra-estrutura de banda larga subvencionada apenas oferece a terceiros serviços de acesso por grosso, e não serviços a retalho, as possíveis distorções são ainda mais reduzidas, dado que esse modelo de gestão da rede contribui para evitar questões potencialmente complexas como a prática de preços predatórios e formas ocultas de discriminação do acesso.

⁽⁵⁶⁾ Neste contexto, a ARN deve tomar em consideração a possível persistência das condições específicas que justificaram inicialmente a concessão de auxílio ao operador da infra-estrutura em causa.

- h) *Mecanismo de reembolso destinado a evitar a sobrecompensação*: a fim de assegurar que o candidato seleccionado não seja sobrecompensado, caso a procura de banda larga ultrapasse os níveis previstos, os Estados da EFTA devem incluir no contrato com o candidato seleccionado um mecanismo de reembolso ⁽⁵⁷⁾. A inclusão deste mecanismo permite minimizar *ex post* e retroactivamente o montante do auxílio considerado inicialmente necessário.

3. AUXÍLIOS ESTATAIS A REDES NGA

3.1. Apoio à implantação rápida de redes NGA

- 50) Actualmente, vários Estados do EEE estão a voltar a sua atenção para o apoio a redes de banda larga, que podem fornecer serviços de débito muito elevado e suportar uma série de serviços digitais avançados convergentes. Estas redes NGA são geralmente redes de fibra óptica ou redes de cabo modernas e avançadas que se destinam a substituir total ou parcialmente as redes de banda larga de fio de cobre ou as redes de cabo actuais.
- 51) As redes NGA são redes de acesso por cabo constituídas na totalidade ou em parte por elementos ópticos, com capacidade para fornecer serviços de acesso de banda larga com características melhoradas (tais como débitos mais elevados) em comparação com os que são fornecidos pelas redes de cobre existentes ⁽⁵⁸⁾.
- 52) Em suma, as redes NGA terão débitos e capacidade suficientes para fornecerem futuramente conteúdos de alta definição, suportarem aplicações a pedido que exijam uma elevada largura de banda e fornecerem às empresas, a preços acessíveis, as ligações simétricas de banda larga que hoje em dia só estão geralmente disponíveis para as grandes empresas. De um modo geral, as redes NGA têm potencialidades para permitir a melhoria de todos os aspectos da tecnologia e dos serviços de banda larga.
- 53) A Comissão examinou já algumas notificações de auxílios estatais que envolviam apoio à implantação de redes de fibra óptica. Estes casos relacionavam-se quer com a construção de uma rede NGA regional «de base» ⁽⁵⁹⁾, quer com o fornecimento de conectividade de fibra óptica apenas a um número limitado de utilizadores profissionais ⁽⁶⁰⁾.
- 54) Tal como no caso da implantação das chamadas redes básicas de banda larga de «primeira geração», as autoridades estatais, municipais e regionais justificam o seu apoio a uma implantação rápida de redes de fibra óptica com base numa deficiência de mercado ou num objectivo de coesão. Enquanto a intervenção estatal para a implantação de infra-estruturas básicas de banda larga, exemplos da prática decisória da Comissão, se situou principalmente em comunidades/zonas rurais (baixa densidade demográfica, elevados custos de capital) ou em zonas economicamente subdesenvolvidas (baixa capacidade de pagamento de serviços), neste caso considera-se que as condições económicas do modelo das redes NGA desincentivariam a implantação de redes NGA não só em zonas pouco povoadas, mas também em certas zonas urbanas. Em especial, o principal problema que afecta a implantação rápida e alargada de redes NGA parece ser o custo e, em menor medida, a densidade demográfica ⁽⁶¹⁾.
- 55) Do ponto de vista das autoridades públicas, a intervenção directa justificar-se-ia consequentemente para assegurar que zonas consideradas pelos operadores de rede como não rentáveis possam ainda assim beneficiar dos efeitos positivos substanciais que as redes NGA são susceptíveis de produzir para a economia e não sejam vítimas de uma nova clivagem digital, a «clivagem NGA». Assim, os Estados da EFTA podem querer promover o desenvolvimento de redes NGA em zonas onde seriam necessários vários anos para que os operadores já existentes de redes de banda larga investissem nessas redes, uma vez que essas zonas são menos atractivas do ponto de vista financeiro do que determinadas grandes zonas urbanas. Em certos casos, os Estados da EFTA podem decidir investir eles próprios ou prestar apoio financeiro a operadores privados, a fim de obter conectividade de rede NGA ou de obter conectividade mais cedo do que o previsto com o objectivo de assegurar que o emprego e outras oportunidades económicas sejam promovidos o mais rapidamente possível.
- 56) É necessário assegurar que qualquer intervenção pública destinada a apoiar a disponibilização ou a aceleração da implantação de redes NGA seja compatível com as regras em matéria de auxílios estatais.

⁽⁵⁷⁾ Em circunstâncias excepcionais devidamente demonstradas pelo Estado da EFTA notificante, a criação deste mecanismo para auxílios de montante muito baixo ou projectos de muito pequena dimensão e únicos que se baseiem em princípios simples de celebração de contratos importaria encargos desproporcionados às entidades que concedem os auxílios e, portanto, não será exigida pelo Órgão de Fiscalização.

⁽⁵⁸⁾ No presente estágio de desenvolvimento tecnológico e de mercado, nem as tecnologias de satélite, nem as de rede móvel parecem ter capacidade para fornecer serviços simétricos de banda larga de débito muito elevado, embora a situação possa evoluir futuramente, nomeadamente no que se refere aos serviços móveis [a próxima etapa importante das radiocomunicações móveis, a tecnologia LTE (Long Term Evolution), poderá teoricamente atingir, caso seja adoptada e quando o for, débitos máximos de 100 Mbps nas ligações descendentes e de 50 Mbps nas ligações ascendentes].

⁽⁵⁹⁾ Ver Decisões da Comissão N 157/06 – Reino Unido, *South Yorkshire Digital Region Broadband Project*, e N 284/05 – Irlanda, *Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks («MANs»), phases II and III*.

⁽⁶⁰⁾ Até à data, só em dois casos (Appingedam e Amsterdão) foi concedido apoio estatal à implantação de uma rede de «acesso» de próxima geração que equipará com conectividade de fibra óptica o segmento residencial do mercado.

⁽⁶¹⁾ Os operadores de rede de banda larga alegam que a implantação de uma rede de fibra óptica continua a ser um investimento muito dispendioso e arriscado, a não ser em zonas de grande densidade demográfica/empresarial, em que os operadores dispõem já de uma base substancial de clientes de banda larga que podem migrar para débitos mais elevados. Em certos casos, os custos de implantação de redes NGA e de redes de fibra óptica seriam demasiado elevados em relação à rentabilidade previsível dessas redes, pelo que nenhum ou muito poucos fornecedores do sector privado estariam dispostos a entrar no mercado.

3.2. Tipos de intervenção pública

- 57) Os Estados da EFTA podem optar por diferentes graus de intervenção no mercado a fim de promover ou acelerar a implantação de redes NGA. No que se refere a este ponto, as considerações apresentadas *supra*, nas Secções 2.2.1 e 2.2.2 (aplicação do princípio do investidor numa economia de mercado, compensação de serviço público e critérios Altmark) aplicam-se, *mutatis mutandis*, às intervenções estatais no domínio da implantação de redes NGA. Poderá ser necessário adoptar abordagens analíticas diferentes ao abrigo das regras em matéria de auxílios estatais, em função da natureza e dos efeitos da intervenção escolhida.
- 58) Em zonas onde se prevê que investidores privados venham a implantar futuramente redes NGA, os Estados da EFTA podem decidir adoptar um conjunto de medidas que permitam acelerar o ciclo de investimento, incentivando assim os investidores a anteciparem os seus planos de investimento. Estas medidas não envolvem necessariamente auxílios estatais na acepção do artigo 61.º, n.º 1, do Acordo EEE. Atendendo a que grande parte dos custos de implantação de redes de fibra consistem em obras de construção civil (por exemplo, escavações, instalação de cabos, instalação de ligações nos edifícios, etc.), os Estados da EFTA, em conformidade com o quadro regulamentar do EEE das comunicações electrónicas, podem decidir, por exemplo, facilitar o processo de aquisição de direitos de passagem ou exigir que os operadores de rede coordenem as suas obras de construção civil e/ou partilhem uma parte das suas infra-estruturas ⁽⁶²⁾. Na mesma ordem de ideias, os Estados da EFTA podem decretar que sejam instaladas ligações de fibra óptica em todas as novas construções (incluindo as novas redes de água, energia, transportes ou esgotos) e/ou novos edifícios.
- 59) Da mesma forma, as autoridades públicas podem decidir executar algumas obras de construção civil (tais como escavações em terrenos públicos, construção de condutas), para permitir e acelerar a instalação, pelos operadores em causa, dos seus próprios elementos da rede. Porém, essas obras de construção civil não devem ser reservadas a sectores específicos, devendo, em princípio, ser abertas a todos os utilizadores potenciais e não só aos operadores de comunicações electrónicas (ou seja, operadores de serviços de utilidade pública de fornecimento de electricidade, gás, água, etc.). Desde que se destinem a criar as condições prévias necessárias para a implantação de infra-estruturas próprias pelos operadores de serviços de utilidade pública, sem discriminações a favor de um dado sector ou empresa (nomeadamente, reduzindo os seus custos de capital), essas intervenções públicas não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 61.º, n.º 1, do Acordo EEE.
- 60) As ARN podem igualmente adoptar medidas semelhantes para assegurar a igualdade e a não discriminação no acesso a postes ou na partilha de condutas pertencentes às empresas de serviços de utilidade pública ou aos operadores de rede existentes.
- 61) Como o ilustra a prática decisória da Comissão na área da banda larga básica, na maior parte dos casos os auxílios estatais a favor de redes de banda larga são concedidos por autoridades locais ou regionais, com o objectivo de corrigir a inexistência de conectividade por banda larga na região ou de aumentar a competitividade de uma região, melhorando a cobertura de banda larga e as ligações de rede existentes. Até à data, a fim de atingirem estes dois objectivos, as autoridades públicas lançavam concursos para a construção e a gestão de uma rede de banda larga de propriedade pública ou apoiavam financeiramente a construção de uma rede de banda larga de propriedade privada ⁽⁶³⁾.
- 62) As intervenções públicas que constituem auxílios estatais nos termos do artigo 61.º, n.º 1, do Acordo EEE devem ser notificadas ao Órgão de Fiscalização, que apreciará a sua compatibilidade com o mercado comum, em conformidade com os princípios enunciados nas Secções 3.3 e 3.4 ⁽⁶⁴⁾.

3.3. Distinção entre zonas brancas, cinzentas e negras no caso das redes NGA

- 63) Como já referido no ponto 38, a compatibilidade dos auxílios estatais ao desenvolvimento da banda larga tradicional é apreciada estabelecendo uma distinção entre zonas «brancas», «cinzentas» e «negras». O Órgão de Fiscalização considera que esta distinção continua a ser relevante para apreciar se os auxílios estatais a redes NGA são compatíveis ao abrigo do artigo 61.º, n.º 3, alínea c), do Acordo EEE, mas que é necessária uma definição mais precisa, para ter em conta as especificidades das redes NGA.

⁽⁶²⁾ Estas medidas não se devem dirigir apenas aos operadores de comunicações electrónicas, devendo antes aplicarse indistintamente a todos os operadores de todos os sectores em causa (incluindo, por exemplo, os operadores de outros serviços de utilidade pública, tais como as companhias de gás, electricidade e/ou água). Só as medidas aplicáveis aos operadores de comunicações electrónicas poderão constituir um auxílio sectorial, sendo assim abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 61.º, n.º 1, do Acordo EEE.

⁽⁶³⁾ Ver, por exemplo, Decisões da Comissão, N 157/06 – Reino Unido, *South Yorkshire Digital Region Broadband Project*, N 201/06 – Grécia, *Broadband access development in underserved territories*, N 131/05 – Reino Unido, *FibreSpeed Broadband Project Wales*, N 284/05 – Irlanda, *Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks («MANs»), phases II and III*, N 381/04 – França, *Projet de réseau de télécommunications haut débit des Pyrénées-Atlantiques*, N 382/05 – França, *Mise en place d'une infrastructure haut débit sur le territoire de la région Limousin (DORSAL)*, N 57/05 – Reino Unido, *Regional Innovative Broadband Support in Wales*, N 14/08 – Reino Unido, *Broadband in Scotland - Extending Broadband Reach*.

⁽⁶⁴⁾ Sem prejuízo da eventual aplicação do capítulo relativo aos auxílios estatais com finalidade regional, tal como referido no ponto 31.

- 64) Neste contexto, deve ser tido em conta que, a longo prazo, as redes NGA deverão substituir as redes básicas de banda larga actuais. Na medida em que as redes NGA implicam uma arquitectura de rede diferente, fornecendo serviços de banda larga de qualidade significativamente superior aos actuais, bem como serviços que não podem ser suportados pelas redes de banda larga actuais, é provável que surjam, futuramente, diferenças acentuadas entre as zonas cobertas e não cobertas por redes NGA ⁽⁶⁵⁾.
- 65) Actualmente, algumas redes básicas de banda larga mais avançadas [por exemplo, ADSL 2+ ⁽⁶⁶⁾] podem também suportar, até certo ponto, alguns dos tipos de serviços de banda larga susceptíveis de serem fornecidos no futuro pelas redes NGA (por exemplo, serviços triplos básicos). Contudo, e sem prejuízo da imposição de regulamentação *ex ante*, importa salientar que podem surgir novos produtos ou serviços que não sejam substituíveis, na perspectiva tanto do lado da procura como do da oferta, e que exigirão débitos de banda larga superiores aos limites físicos máximos das infraestruturas básicas de banda larga.
- 66) Por consequência, para efeitos da apreciação dos auxílios estatais a favor de redes NGA, uma zona onde essas redes não existem actualmente e onde não seja provável que venham a ser construídas por investidores privados e a estar plenamente operacionais num futuro próximo deve ser considerada como uma «zona branca NGA» ⁽⁶⁷⁾. Neste contexto, a expressão «num futuro próximo» corresponderá a um período de três anos ⁽⁶⁸⁾. As autoridades públicas devem ter o direito de intervir, em determinadas condições, para dar resposta a questões de coesão social e desenvolvimento regional ou para corrigir uma deficiência de mercado, quando puder ser demonstrado que os investidores privados não tencionam implantar redes NGA nos próximos três anos. Os investimentos projectados por investidores privados devem permitir garantir que, durante o período de três anos, serão pelo menos alcançados progressos significativos em termos de cobertura, devendo a conclusão do investimento projectado estar prevista para uma data posterior, dentro de um prazo razoável (dependendo das características específicas de cada projecto). Não seria conveniente considerar um horizonte temporal mais longo, pois existiria o risco de prejudicar os interesses das regiões mal servidas em comparação com outras partes de um país bem servidas por essas redes de banda larga avançadas. As autoridades públicas poderão exigir a apresentação de um plano de actividades, juntamente com um calendário pormenorizado de implantação, bem como prova de financiamento adequado ou qualquer outro tipo de elementos que demonstrem o carácter credível e plausível do investimento projectado pelos operadores de rede privados.
- 67) Na mesma ordem de ideias, uma zona pode ser considerada uma «zona cinzenta NGA» quando só existe ou só vai ser implantada nos próximos três anos uma única rede NGA e nenhum outro operador tenciona implantar outra rede NGA nos próximos três anos ⁽⁶⁹⁾. Quando se aprecia se outros investidores de rede poderão implantar redes NGA adicionais numa determinada zona, devem ser tidas em conta eventuais medidas legislativas ou regulamentares em vigor susceptíveis de terem reduzido as barreiras à implantação dessas redes (acesso a condutas, partilha de infra-estruturas, etc.).
- 68) Quando existem ou vão ser implantadas nos próximos três anos várias redes NGA numa determinada zona, essa zona deve, em princípio, ser considerada como uma «zona negra NGA» ⁽⁷⁰⁾.

3.4. Apreciação da compatibilidade

- 69) Tal como se refere nos pontos 64 e 65, embora as redes NGA sejam muito mais avançadas do ponto de vista qualitativo do que as redes tradicionais de banda larga de fio de cobre existentes, ao apreciar a compatibilidade de um auxílio estatal à implantação de uma rede NGA com as regras em matéria de auxílios estatais, a Comissão examinará também os efeitos desse auxílio para as redes de banda larga já existentes, atendendo ao grau de substituição que parece existir actualmente entre os serviços fornecidos por redes de banda larga e por redes NGA. Além disso, ao apreciar a compatibilidade de um auxílio estatal a favor de redes NGA, a Comissão aplicará também o critério do equilíbrio (ver ponto 33). Em especial, ao apreciar o carácter proporcional de uma medida notificada, o Órgão de Fiscalização analisará se estão preenchidas as condições estabelecidas no ponto 49 (análise pormenorizada da

⁽⁶⁵⁾ Se, actualmente, as diferenças entre uma zona onde só está disponível Internet de banda estreita (*dial-up*) e uma zona onde existe banda larga significam que a primeira é uma zona «branca», uma zona onde não existe uma infra-estrutura de banda larga de próxima geração, apesar de poder existir uma infra-estrutura básica de banda larga, deve ser também considerada uma zona «branca».

⁽⁶⁶⁾ A tecnologia ADSL 2+ aumenta a capacidade da rede ADSL básica para uma largura de banda máxima de 24 Mbps.

⁽⁶⁷⁾ Uma zona branca NGA pode ser uma zona onde não existe qualquer infra-estrutura básica de banda larga (zonas brancas tradicionais), mas também uma zona onde está presente um único fornecedor de serviços básicos de banda larga (ou seja, uma zona cinzenta tradicional), ou ainda uma zona onde estão presentes vários fornecedores de serviços básicos de banda larga (ou seja, uma zona negra tradicional). Como se refere na Secção 3.4, devem ser preenchidas condições diferentes, em função destas diferentes circunstâncias, para que os auxílios estatais ao desenvolvimento da banda larga possam ser considerados compatíveis.

⁽⁶⁸⁾ Este período parece corresponder ao período médio necessário para implantar uma rede de acesso de próxima geração que cubra uma cidade. Neste contexto, o operador deve poder demonstrar que terá efectuado, durante um período futuro de três anos, todos os investimentos de infra-estrutura necessários para, no final do período, ter coberto uma parte substancial do território e da população em causa.

⁽⁶⁹⁾ Uma zona cinzenta NGA tanto pode ser uma zona onde: (a) não existe qualquer outra infra-estrutura básica de banda larga além da NGA como uma zona onde (b) estão também presentes um ou mais fornecedores de serviços básicos de banda larga (que pode ser considerada como uma zona cinzenta ou negra tradicional). Como se refere na Secção 3.4, devem ser preenchidas condições diferentes, em função destas diferentes circunstâncias, para que os auxílios estatais ao desenvolvimento da banda larga possam ser considerados compatíveis.

⁽⁷⁰⁾ Uma zona negra NGA pode ser também uma zona onde estão presentes quer um único fornecedor de serviços de banda larga (zona cinzenta tradicional), quer vários fornecedores desses serviços (zona negra tradicional). Como se refere mais adiante, devem ser preenchidas condições diferentes, em função destas diferentes circunstâncias, para que os auxílios estatais ao desenvolvimento da banda larga possam ser considerados compatíveis.

cobertura geográfica, processo de concurso público, proposta economicamente mais vantajosa, neutralidade tecnológica, utilização de infra-estruturas existentes, obrigações de acesso aberto por grosso, avaliação comparativa dos preços, mecanismo de reembolso). Porém, os seguintes aspectos são especialmente relevantes no contexto da apreciação de redes NGA.

3.4.1. Zonas brancas NGA: apoio à implantação de redes NGA em zonas mal servidas

- 70) Tal como no caso dos serviços básicos de banda larga, desde que os Estados da EFTA cumpram determinadas condições (ver pontos 49 e 69), o Órgão de Fiscalização considerará que são compatíveis com as regras do Acordo EEE em matéria de auxílios estatais as medidas de apoio à implantação de redes NGA em zonas onde não exista qualquer infra-estrutura de banda larga ou em zonas onde os operadores de banda larga existentes considerem que a implantação de redes NGA não é rentável.
- 71) Nas zonas brancas NGA, onde já existe uma rede básica de banda larga (zona cinzenta tradicional), a concessão de um auxílio a favor das redes NGA é condicionada pela demonstração, por parte do Estado da EFTA em causa, das seguintes condições: i) os serviços de banda larga fornecidos pelas redes existentes não são suficientes para dar resposta às necessidades dos cidadãos e das empresas da zona em questão (tendo também em conta uma eventual modernização futura dessas redes); e ii) não existem outros meios para atingir os objectivos declarados (incluindo a regulamentação *ex ante*) que provoquem menos distorções da concorrência.

3.4.2. Zonas cinzentas NGA: necessidade de uma análise mais aprofundada

- 72) Nas zonas onde um investidor privado implantou já uma rede NGA ou está em vias de a implantar nos próximos três anos (ver também ponto 66) e onde não existam planos, por parte de qualquer investidor privado, de implantação de uma segunda rede NGA nos próximos três anos, o Órgão de Fiscalização deverá efectuar uma análise mais aprofundada, a fim de verificar se uma intervenção estatal nessas zonas pode ser considerada compatível com as regras em matéria de auxílios estatais. Com efeito, uma intervenção estatal nessas zonas é susceptível de ter um efeito de evicção dos investidores existentes e de falsear a concorrência.
- 73) Para que o Órgão de Fiscalização conclua pela compatibilidade, os Estados da EFTA devem demonstrar em primeiro lugar que a rede NGA existente ou planeada não é ou não será suficiente para dar resposta às necessidades dos cidadãos e das empresas nas zonas em causa e, em segundo lugar, que não existem outros meios para atingir os objectivos declarados (incluindo a regulamentação *ex ante*) que provoquem menos distorções da concorrência. No contexto da sua análise aprofundada, o Órgão de Fiscalização apreciará, nomeadamente, se:
- a) As condições globais de mercado não são adequadas, examinando, entre outros aspectos, o nível dos preços da banda larga NGA praticados, o tipo de serviços oferecidos aos utilizadores residenciais e profissionais e as respectivas condições; se existe ou é susceptível de surgir uma procura de novos serviços que não possa ser satisfeita pela rede NGA existente;
 - b) Na ausência de regulamentação *ex ante* imposta por uma ARN, não é oferecido a terceiros acesso efectivo à rede ou se as condições de acesso não promovem uma concorrência efectiva;
 - c) As barreiras globais à entrada no mercado impedem a entrada potencial de outros investidores em redes NGA;
 - d) A rede NGA já existente foi construída com base na utilização ou no acesso privilegiados a condutas que não são acessíveis a outros operadores de rede ou que não são partilhadas por esses operadores;
 - e) As medidas tomadas ou as medidas correctivas impostas pela autoridade reguladora ou pela autoridade da concorrência nacional ao fornecedor de serviços de rede existente não permitiram resolver os problemas.

3.4.3. Zonas negras NGA: não é necessária intervenção estatal

- 74) Nas zonas onde existe já mais de uma rede NGA ou onde os investidores privados podem estar em vias de implantar redes NGA concorrentes, o Órgão de Fiscalização considerará que o apoio estatal a uma nova rede NGA concorrente financiada pelo Estado, é susceptível de distorcer significativamente a concorrência, sendo incompatível com as regras em matéria de auxílios estatais.

3.4.4. Caso específico das zonas negras existentes (banda larga básica): salvaguardas suplementares

- 75) O Órgão de Fiscalização considera que as zonas negras tradicionais, ou seja, as zonas onde são já fornecidos serviços de banda larga por infra-estruturas de banda larga concorrenciais (xDSL e redes de cabo), são zonas onde os operadores de rede existentes deverão ter incentivos para modernizar as suas redes de banda larga tradicionais, substituindo-as por redes NGA de débito muito elevado, para as quais poderão efectuar a migração dos seus clientes. Nessas zonas, em princípio, não será necessária uma nova intervenção estatal.

- 76) Porém, um Estado da EFTA pode contestar este argumento demonstrando que os operadores de banda larga básica existentes não planeiam investir em redes NGA nos próximos três anos e demonstrando, por exemplo, que os padrões históricos de investimento dos operadores de rede existentes na modernização das suas infra-estruturas de banda larga, com vista a proporcionar débitos mais elevados, em resposta à procura dos utilizadores, não têm sido satisfatórios ao longo dos últimos anos. Nesse caso, o apoio estatal à implantação de redes NGA será objecto da análise aprofundada prevista no ponto 73, estando sujeito às condições analisadas de forma mais pormenorizada na Secção 3.4.5.

3.4.5. Concepção da medida e necessidade de limitar as distorções da concorrência

- 77) Tal como na estratégia adoptada em matéria de implantação da banda larga básica, os auxílios estatais a favor da implantação das redes NGA podem constituir um instrumento adequado e justificado, desde que sejam preenchidas várias condições fundamentais. À excepção das zonas brancas NGA, que são também zonas brancas no que se refere à banda larga básica (onde não são necessárias condições adicionais), o Órgão de Fiscalização considera que, para além das salvaguardas estabelecidas na Secção 2.3.3 e, nomeadamente, no ponto 49 (análise pormenorizada da cobertura geográfica, processo de concurso público, proposta economicamente mais vantajosa, neutralidade tecnológica, utilização de infra-estruturas existentes, obrigação de acesso aberto por grosso, avaliação comparativa dos preços, mecanismo de reembolso), devem ser também satisfeitas as seguintes condições:

- Em contrapartida do auxílio estatal deve ser exigido ao beneficiário que conceda acesso por grosso efectivo a terceiros durante pelo menos sete anos. Em especial, a obrigação de acesso imposta incluirá também o direito a utilizar condutas ou armários de rua, a fim de permitir o acesso de terceiros não só à infra-estrutura activa, como também à infra-estrutura passiva. Esta obrigação não prejudica outras obrigações regulamentares semelhantes que possam ser impostas pelas ARN no mercado específico em causa, a fim de promover a concorrência efectiva ou medidas adoptadas depois do termo deste período⁽⁷¹⁾. Uma obrigação de «acesso aberto» é crucial, principalmente porque é necessário ter em conta a substituição temporária entre os serviços oferecidos pelos operadores ADSL existentes e os oferecidos pelos futuros operadores da rede NGA. Uma obrigação de acesso aberto garantirá que os operadores ADSL possam efectuar a migração dos seus clientes para uma rede NGA assim que a rede subvencionada entrar em funcionamento, começando desta forma a planear os seus investimentos futuros sem, na realidade, sofrerem qualquer desvantagem concorrencial.
- Além disso, ao estabelecerem as condições de acesso por grosso à rede, os Estados da EFTA devem consultar a autoridade reguladora nacional competente. As autoridades reguladoras nacionais devem continuar, no futuro, a regular *ex ante* ou a acompanhar de muito perto as condições de concorrência no mercado global da banda larga, bem como a impor, se for caso disso, as medidas correctivas necessárias previstas no quadro regulamentar aplicável. Assim, ao exigirem que as condições de acesso sejam aprovadas ou estabelecidas pela ARN, ao abrigo das regras do EEE aplicáveis, os Estados da EFTA assegurarão a aplicação de condições de acesso uniformes ou pelo menos muito semelhantes em todos os mercados de banda larga identificados pela autoridade reguladora nacional em causa.
- Por outro lado, seja qual for o tipo de arquitectura da rede NGA que irá beneficiar de auxílio estatal, deve suportar a desagregação efectiva e total e ser compatível com os diferentes tipos de acesso à rede susceptíveis de serem solicitados pelos operadores (incluindo, no mínimo, o acesso a condutas, a fibra óptica e ao fluxo contínuo). Neste contexto, salienta-se que a arquitectura de «fibras múltiplas» proporciona uma independência total entre os requerentes de acesso para disponibilizarem ofertas de banda larga de débito elevado e promove, assim, uma concorrência sustentável a longo prazo. Além disso, a implantação de redes NGA baseadas em linhas de fibras múltiplas permite a utilização de topologias «ponto-a-ponto» e de «ponto para multi-ponto», sendo por conseguinte neutra do ponto de vista tecnológico.

4. DISPOSIÇÕES FINAIS

- 78) O presente capítulo é aplicável a partir do dia seguinte ao da sua adopção.
- 79) O Órgão de Fiscalização reapreciará o presente capítulo em consonância com as futuras revisões pela Comissão da correspondente *Comunicação da Comissão – Orientações comunitárias relativas à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais à implantação rápida de redes de banda larga*.

⁽⁷¹⁾ Neste contexto, deve ser tomada em consideração a possível persistência das condições específicas que justificaram inicialmente a concessão de auxílio ao operador da infra-estrutura em causa.