DECISÃO (UE) 2019/1246 DA COMISSÃO

de 23 de novembro de 2018

sobre o alegado auxílio estatal SA.35905(2016/C) (ex 2015/NN) (ex 2012/CP) — Bélgica Concessionários que exercem atividade no porto de Antuérpia

[notificada com o número C(2018) 7690]

(Apenas fazem fé os textos em língua francesa e neerlandesa)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

A COMISSÃO EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nomeadamente o artigo 108.º, n.º 2, primeiro parágrafo,

Tendo em conta o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, nomeadamente o artigo 62.º, n.º 1, alínea a),

Tendo as partes interessadas sido convidadas a apresentar observações nos termos das disposições supramencionadas ([1]) e tendo em conta as suas observações,

Considerando o seguinte:

1. PROCEDIMENTO

(1) Em 17 de dezembro de 2012, a Comissão recebeu uma denúncia apresentada pela Katoen Natie NV («autora da denúncia» ou «KN») sobre alegados auxílios estatais concedidos pela Bélgica a dois concessionários de terminais que exercem atividade no porto de Antuérpia, a saber: a PSA Antwerp NV («PSA») ([2]) e a Antwerp Gateway NV («AG»). Em 4 e 7 de janeiro de 2013, a autora da denúncia prestou aos serviços da Comissão informações adicionais sobre os alegados auxílios.

(2) Em 29 de janeiro de 2013, a denúncia foi transmitida à Bélgica para observações. Por ofício de 8 de abril de 2013, a Bélgica informou os serviços da Comissão que, no seu entender, a medida objeto da denúncia não implicava qualquer auxílio ilegal. A Bélgica prestou informações adicionais em 11 de julho de 2013.

(3) Por ofício de 12 de julho de 2013, os serviços da Comissão solicitaram subsequentemente mais informações à Bélgica, à qual a Bélgica respondeu em 2 de setembro de 2013. No seguimento do pedido dos serviços da Comissão em 4 de março de 2014, a Bélgica prestou esclarecimentos adicionais em 6 de março de 2014, 1 e 24 de abril de 2014 e 19 de maio de 2014.

(4) Em 11 de agosto de 2014, os serviços da Comissão enviaram uma ofício de apreciação preliminar à autora da denúncia indicando que *prima facie* a medida objeto da denúncia não constituía auxílio estatal. No mesmo ofício, as observações da Bélgica sobre a denúncia foram transmitidas à autora da denúncia.

(5) Por ofício de 9 de setembro de 2014, a autora da denúncia contestou a apreciação preliminar dos serviços da Comissão e informou a Comissão sobre novos factos do processo. Em 7 de janeiro de 2015, a Bélgica apresentou observações sobre os novos elementos fornecidos pela autora da denúncia.

([1]) JO C 104 de 18.3.2016, p. 17.
([2]) Quaisquer referências à PSA devem ser entendidas como referindo-se à PSA Antwerp NV ou, consoante o caso, à sua sucessora legal, a PSA DGD.

(6) Por ofício de 18 de janeiro de 2016, a Comissão notificou à Bélgica a decisão de dar início ao procedimento previsto no artigo 108.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia («TFUE»). Na sequência do início do procedimento, a Bélgica apresentou observações em 15 de março de 2016. A decisão da Comissão de dar início ao procedimento («decisão de início do procedimento») foi publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* ([3]) em 18 de março de 2016. A Comissão convidou as partes interessadas a apresentarem as suas observações.

(7) Entre 18 de abril e 3 de maio de 2016, três partes interessadas apresentaram observações aos serviços da Comissão. Em 20 de maio de 2016, os serviços de Comissão transmitiram à Bélgica as observações das partes interessadas. A Bélgica respondeu a essas observações em 15 de junho de 2016.

(8) Em 23 de junho de 2016, os serviços da Comissão pediram mais informações à Bélgica, as quais foram prestadas em 19 e 29 de agosto de 2016.

(9) Em 10 de outubro de 2016, a AG apresentou alegações aos serviços da Comissão.

(10) Em 20 de outubro de 2016, os serviços da Comissão solicitaram informações suplementares às autoridades belgas, que foram disponibilizadas em 16 de dezembro de 2016.

(11) Em 20 de fevereiro de 2017, os serviços da Comissão pediram informações suplementares à Bélgica, as quais foram prestadas em 21 de março de 2017.

(12) No contexto de uma reunião com os serviços da Comissão, realizada em 2 de março de 2017, a autora da denúncia apresentou alegações de 2 de março de 2017.

(13) Em 7 de março de 2017, os serviços da Comissão pediram informações suplementares à Bélgica, as quais foram prestadas em 5 e 20 de abril de 2017.

(14) Por ofícios de 4 de agosto de 2017, os serviços da Comissão procuraram recolher informações junto da PSA e da AG, que as forneceram em 15 de setembro de 2017.

(15) Em 13 de novembro de 2017, os serviços da Comissão pediram informações suplementares à Bélgica, as quais foram prestadas em 1, 4 e 14 de dezembro de 2017.

(16) Em 16 de julho de 2018, os serviços da Comissão pediram informações suplementares à Bélgica, as quais foram prestadas em 18 e 27 de julho e em 10 de agosto de 2018.

2. **ANTECEDENTES E DESCRIÇÃO DAS MEDIDAS**

(17) Em 2004, na sequência de um concurso público, a autoridade portuária de Antuérpia (Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen, «GHA») celebrou contratos de concessão ([4]) com a PSA e a AG por um período de 42 anos para a prestação de serviços relacionados com o transbordo de contentores no novo terminal do porto Deurganckdok («DGD»).

(18) Os contratos previam requisitos de tonelagem mínima («RTM»), medida em unidades equivalentes de vinte pés («TEU»), cuja finalidade é evitar que os concessionários mantenham inativas as áreas que lhes são atribuídas. Os

([3]) Ver nota de rodapé 1.

([4]) A expressão «contratos de concessão» utilizada na presente decisão por motivos de legibilidade não prejudica a questão de saber se esses contratos são ou não contratos de concessão genuínos na aceção do artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão (JO L 94 de 28.3.2014, p. 1).

requisitos para a DGD foram introduzidos gradualmente durante uma fase de arranque que durou até 2012 ([5]). A partir daí, os RTM eram supostamente fixos. No caso em que os concessionários ficavam aquém dos RTM previstos eram contratualmente obrigados a pagar sanções/compensações à GHA. As concessões previam igualmente que a GHA as poderia rescindir antes da expiração fixada em caso de manifesta subutilização por parte do concessionário ou em caso de insolvência do concessionário.

(19) O tráfego de contentores na chamada gama Hamburgo-Le Havre ([6]) diminuiu 15,8 % de 2008 a 2009, e nos cinco maiores portos (Roterdão, Antuérpia, Hamburgo, Bremen e Le Havre) nessa gama 16,3 % ([7]). A diminuição do tráfego refletiu o impacto da contração económica observada desde 2008 (adiante designada a «crise») na gama Hamburgo-Le Havre. Na Antuérpia, o tráfego geral de contentores diminuiu 16,3 %. Na DGD, o tráfego diminuiu em termos gerais 38,6 % (37,7 % para a PSA e 39,9 % para a AG). A PSA e a AG deixaram de ser capazes de cumprir os respetivos RTM que ainda estavam a aumentar de ano para ano devido ao mecanismo de introdução progressiva. Consequentemente, eram contratualmente obrigadas a pagar compensações à GHA; porém, não foram cobradas compensações nos anos 2009 a 2012.

(20) Após uma troca de mensagens de correio eletrónico entre a GHA e a AG em dezembro de 2009, foi discutida a redução dos RTM originais. Nesse contexto, a GHA sugeriu inicialmente baixar os RTM originais pela taxa de declínio observada na gama Hamburgo-Le Havre nesse ano (ou seja: 15,8 %) ([8]). A partir de fevereiro de 2011, a GHA recordou reiteradamente à PSA e à AG os RTM não alcançados e pediu-lhes a sua opinião nesta matéria. A PSA e a AG sublinharam em várias respostas ([9]) a sua importância para o desenvolvimento do porto, ([10]) aludindo à sua eventual transferência para outros portos ([11]) e ao impacto da crise. Além disso, a PSA e a AG apresentaram também pareceres jurídicos dos seus advogados, explicando por que motivo as cláusulas de penalização eram inaplicáveis ou não executáveis ([12]). Esses argumentos foram mais tarde utilizados pela PSA e a AG em contenciosos arbitrais contra a GHA ([13]).

(21) Conforme referido no considerando 1, em 17 de dezembro de 2012, a KN apresentou uma denúncia à Comissão sobre a não execução dos pagamentos de compensação devidos pela PSA e a AG por RTM não realizados. Em 1992, a GHA celebrou um contrato de concessão com a KN. Em 1998, os RTM foram introduzidos no contrato de concessão da KN. A KN não cumpriu os RTM no ano de 2009. A GHA reduziu a compensação devida contratualmente pela KN (conforme fez em relação a outros operadores de terminais no contexto da crise), ou seja, em vez de cerca de [180 000 - 250 000] (*) EUR, a KN teve de pagar [7 500 - 9 000] EUR relativamente ao ano de 2009 (e apenas relativamente ao ano de 2009).

(22) Em 26 de março de 2013, a GHA decidiu adaptar os contratos de concessão com a PSA e a AG («Decisão da GHA de 2013»). A Decisão da GHA de 2013 envolveu o seguinte:

Medida 1 (aplicável à PSA e à AG) — ver gráficos ([14]) **1 e 2 *infra*:** A medida 1 ([15]) consiste na redução dos pagamentos de compensação devidos pela PSA e a AG pelo incumprimento dos RTM com um efeito retroativo a partir de 2009 nos termos da «regra 75/125» determinada pela GHA. Segundo essa regra, os RTM foram

([5]) No caso da PSA, os RTM foram fixados nos seguintes níveis: em 2008 — 1 010 183 TEU; em 2009 — 1 522 103 TEU; em 2010 — 2 034 023 TEU; em 2011 — 2 447 751 TEU; a partir de 2012 até ao fim da concessão — 2 559 600 TEU. No caso da AG, os RTM foram fixados nos seguintes níveis: em 2008 — 665 208 TEU; em 2009 — 1 023 583 TEU; em 2010 — 1 383 208 TEU; em 2011 — 1 595 167 TEU; a partir de 2012 — 1 755 000 TEU.

([6]) A gama Hamburgo-Le Havre inclui os portos marítimos mais importantes situados na costa do Mar do Norte na Europa continental, nomeadamente Roterdão, Antuérpia, Hamburgo, Bremerhaven e Le Havre.

([7]) http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/images/a/a7/Top_20_container_ports_in_2015_-_on_the_basis_of_volume_of_containers_handled_in_%281000_TEUs%29.png

([8]) Ver, por exemplo, mensagem de correio eletrónico da GHA dirigida à AG de 14 de janeiro de 2011, referindo-se a um ofício de 3 de dezembro de 2010. De notar que nos contratos de concessão estava estipulado que em caso de redução da capacidade de transbordo durante a concessão, não imputável ao concessionário, os volumes a serem alcançados deveriam também ser proporcionalmente reduzidos.

([9]) Ofício da AG de 12 de janeiro de 2012 dirigida à GHA (anexo 7.9 das alegações da Bélgica de 19 de agosto de 2016); Ofício da AG de 17 de janeiro de 2011 dirigida à GHA (anexo 7.5 das alegações da Bélgica de 19 de agosto de 2016); Ofício da PSA de 19 de dezembro de 2011 dirigida à GHA (anexo 7.44 das alegações da Bélgica de 19 de agosto de 2016); Ofício da PSA de 24 de agosto de 2012 dirigida à GHA (anexo 7.50 das alegações da Bélgica de 19 de agosto de 2016); Ofício da PSA de 28 de março de 2013 dirigida à GHA (anexo 7.55 das alegações da Bélgica de 19 de agosto de 2016).

([10]) Em 2014, as atividades da PSA e da AG representavam cerca de [15-40]% das receitas totais da GHA, tendo em conta todas as receitas diretas e indiretas ligadas às atividades da PSA e da AG no porto do Antuérpia.

([11]) Ver nota de rodapé 9.

([12]) Nota jurídica de 15 de fevereiro de 2012 dos advogados da AG (alegações da Bélgica de 15 de março de 2016, anexo 10); Nota jurídica de 11 de fevereiro de 2013 dos advogados externos da PSA (alegações da Bélgica de 20 de março de 2017, anexo 7.2).

([13]) Em 20 de junho de 2014, a GHA pediu arbitragem pelo não pagamento de sanções por parte da AG pela não realização dos RTM ajustados e a AG contestou as sanções com base em abuso de direito e cláusula de penalização excessiva (alegações de 18 de abril de 2016 da AG com nota de síntese da AG no processo de arbitragem).

(*) Informações confidenciais.

([14]) Compilado pela Comissão com base nos dados enviados pela Bélgica.

([15]) Ver também considerandos 49(i) e 81 da decisão de início do procedimento.

ajustados adicionando 125 % da taxa de crescimento anual da gama Hamburgo-Le Havre aos RTM do ano precedente. Quando se registou um declínio do tráfego, 75 % da taxa de diminuição anual da gama Hamburgo-Le Havre foram deduzidos dos RTM do ano precedente. Por conseguinte, a regra implica que a PSA e a AG têm de ter um desempenho 25 % melhor do que os seus pares na gama Hamburgo-Le Havre. A referência para estabelecer os novos RTM para o ano de 2009 foi o tráfego realizado em 2008 na DGD. O «fator de desempenho superior» de 25 % tem por base o desempenho histórico do porto de Antuérpia, que, em termos de taxas anuais de crescimento do tráfego, durante um horizonte temporal mais longo, era 25 % melhor do que a média dos portos na gama Hamburgo-Le Havre. A execução da medida 1 resultou relativamente a 2009 exclusivamente em reduções dos RTM de – 41,7 % (PSA) e – 29,7 % (AG), quando comparadas com os RTM originais de 2009.

(23) Em 12 de maio de 2014, a GHA decidiu o seguinte:

Medida 2 — ver gráfico 2 *infra*: A medida 2 ([16]) consiste em manter as compensações reduzidas (nos termos da regra 75/125) apenas relativamente à AG.

(24) A PSA pagou à GHA as sanções reduzidas na sequência reajustamento dos RTM nos termos da Decisão da GHA de 2013, mas reservou-se o direito de contestar este pagamento alegando que a cláusula de penalização violava a ordem pública na medida em que era meramente punitiva e que a aplicação das sanções constituía um abuso de direito pela GHA. Em 2 de maio de 2016, a PSA pediu um painel de arbitragem para ordenar à GHA o reembolso à PSA das compensações que tinha pagado no seguimento da Decisão da GHA de 2013. O resultado do processo encontra-se pendente no momento da adoção.

(25) A AG não pagou as sanções reduzidas, tendo sido posteriormente notificada pela GHA. O processo foi remetido para um painel de arbitragem. A AG alegou, nomeadamente, que a cláusula de penalização apenas podia ser aplicável se os RTM não fossem alcançados devido a circunstâncias relacionadas com a AG, mas de facto não foram alcançados devido à crise, e que a aplicação das sanções reduzidas constituía um abuso de direito pela GHA. Todavia, o resultado do processo foi que as sanções reduzidas aplicadas pela GHA foram consideradas razoáveis.

(26) Em 12 de maio de 2014, a GHA alterou unilateralmente os contratos de concessão com a PSA e a AG. As alterações prenderam-se com a atribuição à PSA de uma área na DGD, inicialmente atribuída à AG, que não a utilizava. Consequentemente, a PSA dispunha de uma área cerca de 20 % maior e, por sua vez, a AG dispunha de uma área cerca de 30 % menor, comparativamente com as áreas inicialmente atribuídas. Ao mesmo tempo, a GHA decidiu manter a regra 75/125 no respeitante à AG nos termos da medida 2 (ver considerando 22). No tocante à PSA, a GHA decidiu aplicar a regra 75/125 pela última vez em 2013. A GHA restabeleceu gradualmente os RTM originalmente contratados (após uma introdução progressiva que durou até 2016) ([17]). Além disso, a partir de 2016, a PSA esteve a RTM adicionais aplicáveis à área que lhe foi atribuída em 2014.

(27) Em 2015, o Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas rejeitou a alegação da KN contra a GHA de que o ajustamento dos RTM feito pela GHA em relação à AG e à PSA constituía auxílio estatal ([18]). O tribunal concluiu, nomeadamente, que ao ajustar os RTM a GHA teve razoavelmente em conta a crise e que se poderia assumir que um credor privado teria adotado uma decisão similar. A KN interpôs recurso contra este acórdão de 12 de fevereiro de 2015. O recurso encontra-se pendente no Tribunal de Recurso de Bruxelas aquando da adoção da presente decisão.

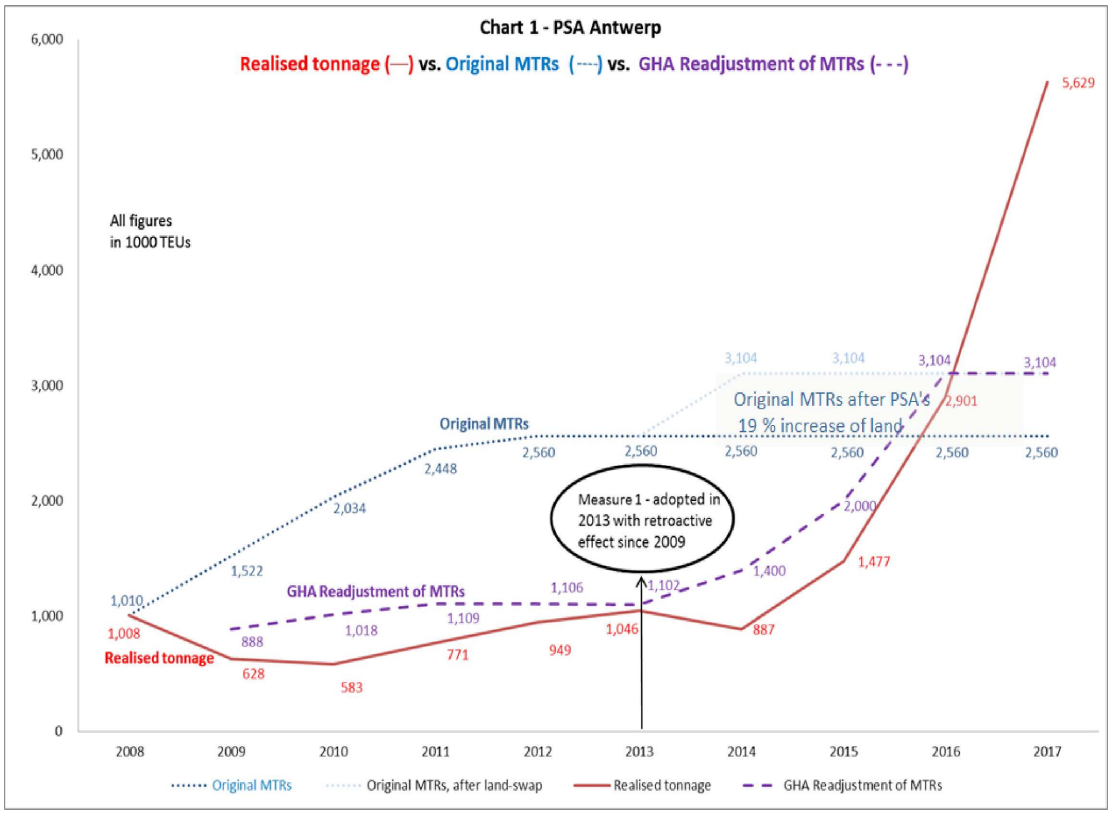
(28) Em 15 de janeiro de 2016, a Comissão iniciou o procedimento formal de investigação. Manifestou dúvidas sobre se as medidas 1 e 2 constituíam auxílio estatal.

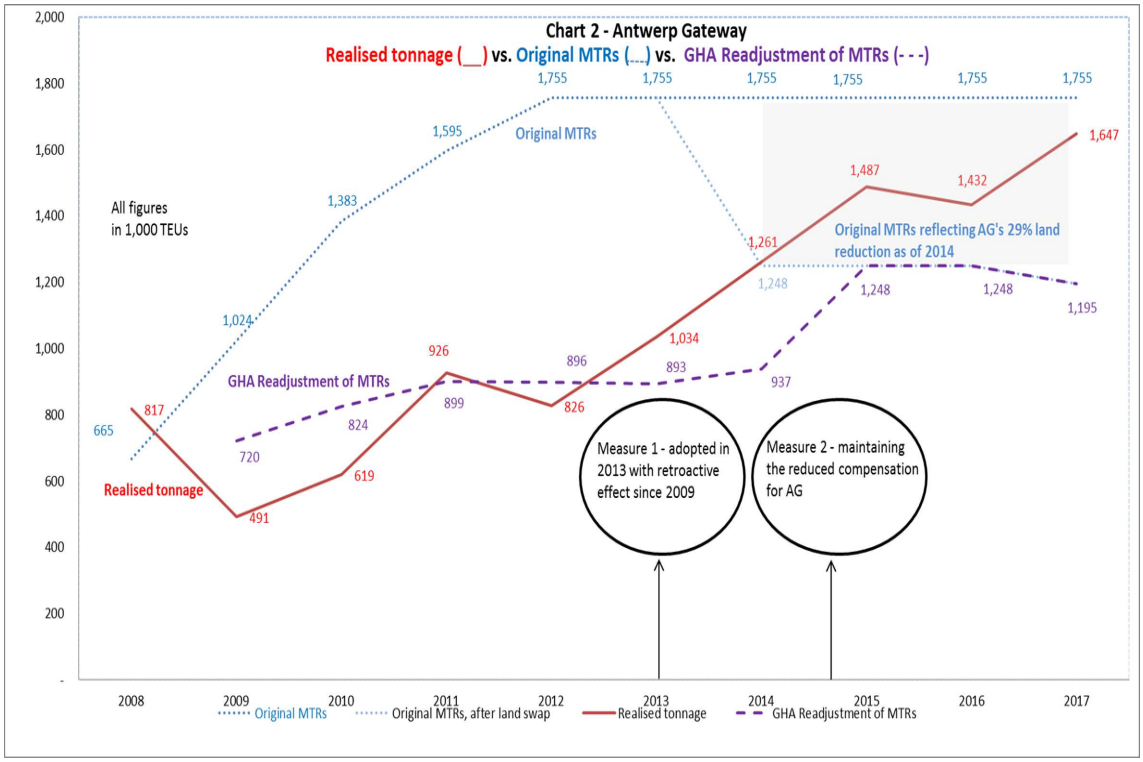
(29) A presente decisão descreve e avalia as medidas 1 e 2, conforme definidas no considerando 22 *supra* e conforme inicialmente definido na decisão de início do procedimento, considerandos 49, pontos (i) e (ii), bem como 81 e 82.

([16]) Ver também considerandos 49(ii) e 82 da decisão de início do procedimento.

([17]) O mecanismo de introdução progressiva previa os seguintes RTM aplicáveis à PSA: 2014: 1 400 000 TEU, 2015: 2 000 000 TEU, 2016: 2 559 600 TEU, mais 544 526 TEU para a área adicional atribuída à PSA.

([18]) A KN alegou, nomeadamente, que a GHA violou a obrigação de suspensão prescrita pelo artigo 108.º, n.º 3, do TFUE e pediu ao tribunal que proibisse a GHA de executar a Decisão da GHA de 2013 e que ordenasse a GHA a faturar e cobrar a compensação remanescente, ou, a título subsidiário, obrigasse a GHA a revogar a decisão e a adotar uma nova decisão para cobrar a compensação devida, com indemnizações infligidas por cada dia de incumprimento.





3. DECISÃO DE INÍCIO DO PROCEDIMENTO

3.1. Existência de auxílio

(30) Na decisão de início do procedimento a Comissão manifestou dúvidas sobre se as medidas 1 e 2 constituíam ou não auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE.

3.1.1. *Medida 1*

(31) Em primeiro lugar, a Comissão duvida de que um operador privado racional numa economia de mercado tivesse aguardado uma decisão relativa à redução das compensações devidas quatro anos. Sublinhou-se que o impacto da crise deveria ter sido considerado ao avaliar a conformidade com o mercado da medida 1. Foi ainda salientado que apenas a PSA e a AG foram sujeitas a RTM progressivos, que aumentaram anualmente durante o período 2004-2012, ao passo que os outros concessionários no porto de Antuérpia, incluindo a autora da denúncia, estavam sujeitos a RTM fixos. Por conseguinte, no contexto da crise, a situação da PSA e da AG era específica e distinta da dos outros operadores que exercem atividade no porto de Antuérpia.

(32) A Comissão reconheceu que o impacto sem precedentes da crise forçou as empresas em todos os setores da economia a adaptar o seu comportamento.

(33) Além do contexto da crise, a Comissão observou que era importante para os interesses a longo prazo do porto manter a cooperação com a PSA e a AG.

(34) Apesar desses argumentos, foi no entanto considerado que um operador privado racional numa economia de mercado teria procurado maximizar os seus lucros (ou minimizar os prejuízos), lançando a recuperação das somas devidas o mais rapidamente possível. As compensações não pagas e acumuladas desde 2009 foram significativamente reduzidas e só foram tratadas retroativamente pela Decisão da GHA de 2013.

(35) Em diversas reuniões realizadas desde 2009, o Conselho de Administração discutiu questões relacionadas com dados de tráfego, bem como com a crise, mas não diretamente a questão de enviar uma fatura relativa às compensações devidas pela PSA e a AG por incumprimento dos RTM. Conforme indicado no ponto 5.3 da Decisão da GHA de 2013, a questão dos RTM estava sujeita a consultas contínuas, mas a faturação das compensações devidas foi adiada ([19]).

(36) Em segundo lugar, a Comissão manifestou dúvidas sobre se um operador privado racional numa economia de mercado teria concedido à PSA e à AG uma redução similar como fez a GHA. Assinalou-se que, apesar de em 2009 o declínio efetivo do tráfego na DGD ter sido de – 38,6 % (e não – 16 % como indicado pela autora da denúncia), a redução da compensação equivalia a cerca de – 80 % (relativa, porém, um período de quatro anos) ([20]).

(37) Em terceiro lugar, a Comissão levantou dúvidas sobre se um operador privado racional numa economia de mercado teria concedido à PSA e à AG uma redução da compensação, atendendo ao facto de que a posição de negociação da GHA parecia ser bastante forte com base nos contratos de concessão. Dado que os operadores de terminais de contentores não podiam rescindir unilateralmente a sua relação com a GHA, ao passo que a GHA podia revogar total ou parcialmente a concessão em caso de subutilização manifesta na DGD, a PSA e a AG não podiam ameaçar de forma credível abandonar o porto de Antuérpia, caso os RTM não fossem reduzidos ou a compensação dispensada.

(38) Em quarto lugar, a Comissão observou que a não execução de pagamentos de compensação pela GHA poderá ter incentivado a PSA e a AG a deslocar o seu tráfego para portos nos quais a conformidade com os RTM era estritamente aplicada, a fim de evitar serem sancionadas nesses portos.

(39) Em quinto lugar, a Comissão manifestou dúvidas relativamente ao facto de a Decisão da GHA de 2013 ter tido em conta elementos como o ordenamento do território, a mobilidade e o emprego a longo prazo. Em consonância com a jurisprudência constante ([21]), esses aspetos não económicos de decisões comerciais devem ser deixados de parte para efeitos de aplicação do princípio do operador privado numa economia de mercado.

(40) Em sexto lugar, a Comissão manifestou dúvidas sobre se a GHA se defrontava de facto com um risco sério de contencioso da parte da PSA e da AG e com as suas ameaças de abandonarem o porto de Antuérpia. Foram enviadas à GHA ofícios da PSA e da AG a explicarem o seu ponto de vista jurídico de 19 de fevereiro de 2013 e 23 de fevereiro de 2013 após a denúncia do presente processo ter sido transmitida à Bélgica para apresentar observações em 29 de janeiro de 2013.

([19]) Além disso, com referência à PSA, o ponto 4.3 da Decisão de 2013 indica que foi tomada a decisão de suspender a faturação para uma investigação mais aprofundada.

([20]) A redução da compensação é distinta da redução dos RTM. Exemplo: RTM original = 2 500, RTM ajustado = 1 500, tráfego realizado = 1 200, sanção por unidade = 8. Neste caso hipotético, a redução dos RTM ascenderia a 40 %, mas a redução das sanções ascenderia a 77 %.

([21]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de junho de 2012, *Comissão Europeia/Électricité de France (EDF)*, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, n.os 79 a 81.

3.1.2. *Medida 2*

(41) No tocante à medida 2, a Comissão sublinhou que os RTM iniciais eram impossíveis de alcançar devido à crise. Pelo facto de a GHA na sua decisão de 12 de maio de 2014 ter indicado que já não era possível sustentar que os RTM iniciais eram impossíveis de alcançar devido à crise, a Comissão levantou dúvidas sobre se manter o montante reduzido de compensação em caso de incumprimento dos RTM pela AG poderia ser considerado conforme com o mercado.

(42) Em especial, manter a compensação reduzida parecia ser desnecessário para compensar a AG pela perda temporária de parte da sua concessão, uma vez que a AG não estava, em qualquer caso, a utilizar efetivamente esta parte da área de concessão. Conforme adotados nos termos da medida 2, os RTM reduzidos para a AG (e, subsequentemente, compensações reduzidas) destinavam-se a ser mantidos em vigor até 2042, ou seja, muito mais tempo do que os sete anos durante os quais parte da concessão seria transferida ([22]).

3.2. **Compatibilidade**

(43) A Comissão observou que as medidas em questão resultaram na atenuação dos encargos que seriam normalmente suportados pela PSA e a AG e constituiriam, portanto, auxílio ao funcionamento. Esse auxílio não podia ser considerado compatível com o mercado interno, porquanto não facilitava o desenvolvimento de quaisquer atividades ou áreas económicas. Na fase da decisão de início do procedimento, a Comissão considerou, portanto, que as exceções estabelecidas no artigo 107.º, n.ºs 2 e 3, do TFUE não eram aplicáveis.

4. **OBSERVAÇÕES DAS PARTES INTERESSADAS**

4.1. **Katoen Natie**

(44) A KN concordou com a apreciação preliminar da Comissão de que as medidas em causa eram imputáveis ao Estado belga e acrescentou que, uma vez que os princípios de boa administração eram aplicáveis à Decisão da GHA de 2013, o Conselho de Administração da GHA devia estar ciente que estava a atuar no interesse público enquanto entidade de direito público.

(45) Segundo a KN, cada decisão sensível do Conselho de Administração da GHA (tal como a decisão sobre as consequências por não alcançar os RTM) era adotada com o apoio cabal da coligação governativa na câmara municipal de Antuérpia.

(46) A KN também concordou com a apreciação preliminar da Comissão de que as medidas em causa eram de natureza seletiva.

(47) Segundo a KN, à luz das decisões adotadas pela GHA em 2013 e 2014, a GHA reservou-se o direito de fazer avaliações discricionárias específicas e individuais de quaisquer circunstâncias especiais aplicáveis à concessão em questão e de adotar quaisquer medidas que considerasse apropriadas. Na Decisão da GHA de 2013, a GHA estabeleceu que a sua decisão foi adotada no âmbito da «margem de apreciação» de que dispõe. No entender da KN, tal prova que as medidas eram específicas para a PSA e a AG e, por conseguinte, seletivas.

(48) A KN também concordou com a apreciação preliminar da Comissão de que as medidas distorceram a concorrência e afetaram as trocas comerciais entre Estados-Membros. Neste contexto, a KN salientou que devido à sua localização no interior e ligações práticas com o interior do país por via férrea, vias navegáveis e rodoviárias, o porto de Antuérpia funcionava como um centro internacional e que a PSA e a AG competiam com outros operadores de terminais como a KN, no porto de Antuérpia e na gama Hamburgo-Le Havre.

(49) A KN concordou com as dúvidas manifestadas pela Comissão na decisão de início do procedimento de que a medida 1 implicava uma vantagem económica para a PSA e a AG.

(50) A KN afirmou ainda que um operador privado numa economia de mercado com uma posição negocial tão forte como a da GHA teria cobrado na íntegra as compensações devidas ou teria pelo menos negociado uma redução significativamente menor e proporcional.

(51) A KN assinalou que os contratos de concessão concediam à GHA direitos fortes na medida em que habilitavam a GHA a exigir 7,31 EUR por TEU não cumprido e, em caso de subutilização manifesta, a impor condições adicionais ao concessionário para aumentar o seu desempenho ou revogar total ou parcialmente a concessão.

([22]) A GHA desistiu da medida 2 e reintegrou os RTM originais na AG a partir de 2015, devidamente ajustados pela perda de terreno incorrida pela AG. A partir de 2015, a AG teve de cumprir um RTM anual de 1 247 630 TEU.

(52) A KN salientou ainda que os respetivos contratos de concessão permitiam à GHA debitar diretamente os pagamentos de sanção devidos.

(53) De acordo com a KN, o nível de redução dos pagamentos de sanção em questão era desproporcionado e, portanto, não relacionado com a crise. Enquanto a queda do tráfego total observada no porto de Antuérpia atingiu 15,6 % e na DGD, onde a PSA e a AG exerciam atividade, a queda foi de 38,6 %, a redução perfez na realidade 80 %.

(54) Conforme outras observações da KN, os RTM reduzidos para a PSA e a AG continuariam a aplicar-se no futuro, independentemente do período no qual a crise persistiria. Por conseguinte, a medida 2 que mantinha os RTM reduzidos além de 2013 não estava, no entender da KN, relacionada com a crise.

(55) A KN também observou que o ordenamento do território, a mobilidade e o emprego a longo prazo foram tidos em conta pela GHA aquando da adoção das decisões contestadas e que a prossecução desses objetivos era incompatível com o princípio do operador privado numa economia de mercado («POPEM»).

(56) A KN alegou que a conduta da GHA na sequência da crise não encontrou paralelo noutras autoridades nos portos vizinhos e concorrentes. O porto de Roterdão reconheceu, segundo a KN, que uma isenção de compensação apenas teria efeitos contraproducentes.

(57) A KN considerou que a medida 1 não se justificava para impedir a PSA e a AG de abandonarem o porto de Antuérpia. Segundo a KN, não havia indicações de que a PSA e a AG tivessem planos para tomar decisões de desinvestimento devido a dificuldades em cumprir os seus RTM. Neste contexto, a KN fez referência aos volumes de negócios consolidados e lucros gerados entre 2013 e 2015 pelos grupos dos quais a PSA e a AG faziam parte. Os lucros constituíam múltiplos dos pagamentos de sanção inicialmente devidos pela PSA e a AG pelos RTM incumpridos no porto de Antuérpia.

(58) A KN afirmou ainda que apenas a GHA tinha o direito de denunciar unilateralmente os contratos de concessão. A denúncia do contrato de concessão não teria implicado quaisquer consequências económicas negativas para a GHA, uma vez que à luz da cláusula de denúncia do contrato, a GHA poderia sempre procurar obter compensação do concessionário por quaisquer danos incorridos devido à denúncia causada pelo concessionário. Os encargos financeiros adicionais resultantes da denúncia iriam portanto recair sobre o concessionário e não sobre a GHA.

(59) A KN observou que a MSC-Maersk estava também interessada em realizar uma concessão com a GHA. Quaisquer perdas incorridas na sequência da denúncia dos contratos com a PSA e a AG teriam sido mitigadas pelas receitas geradas pelo novo titular de concessão. A KN referiu ainda que, quando a concessão foi inicialmente atribuída à PSA em 2004, a Maersk era também parte interessada mas a concessão foi atribuída à PSA porque acordou RTM mais ambiciosos.

(60) A KN considerou que qualquer ameaça de litígio contra os contratos de concessão pela PSA e a AG não são credíveis, porquanto as compensações pelos RTM não alcançados eram aplicáveis nos termos do direito belga. Além disso, não era aplicável qualquer doutrina de tratamento excecional ([23]) aos contratos nos termos do direito belga.

(61) Em relação à medida 2 no que se refere à AG, a KN concordou com a apreciação preliminar da Comissão de que qualquer potencial vantagem relacionada com os RTM reduzidos continuaria em curso a favor da AG, porque a medida 2 mantinha os RTM reduzidos (nos termos da regra 75/125) para essa empresa.

(62) Em relação à PSA, a KN afirmou que a GHA conferiu uma vantagem injusta à PSA ao não restabelecer os RTM de 2004 da PSA imediatamente em vez de gradualmente mantendo, portanto, pelo menos em parte, os RTM inferiores. Dado que a GHA reconheceu que a crise já não podia ser invocada como o fundamento para sustentar que os RTM de 2004 eram impossíveis de alcançar, não havia razão objetiva para não os aumentar imediatamente. Todavia, a GHA limitou-se a aumentar gradualmente os RTM da PSA entre 1 de janeiro de 2014 e 31 de dezembro de 2015. Tal constituiu uma vantagem adicional para a PSA.

(63) A KN alegou igualmente que a vantagem supracitada foi reforçada à luz da área adicional que a PSA recebeu em 12 de maio de 2014 e relativamente à qual a PSA não necessitava de cumprir quaisquer RTM em 2014 e 2015.

([23]) Uma cláusula de tratamento excecional num contrato destina-se a cobrir casos em que ocorrem situações imprevisíveis que alteram fundamentalmente o equilíbrio de um contrato, resultando na imposição de um ónus excessivo a uma das partes envolvidas. (https://en.wikipedia.org/wiki/Hardship_clause).

(64) A KN observou que um acordo de partilha de navio operacional entre a Maersk, MSC e CMA CGM (Rede P3 Network») era suposto resultar numa melhor perspetiva económica. Consequentemente, a GHA deveria ter tido este aspeto em conta ao reajustar os RTM para a PSA. A KN indicou ainda que, mesmo que a partir de 2016 em diante a PSA estivesse sujeita aos RTM originais, acrescidos de RTM específicos adicionais para a área transferida, continuaria a ser vantajoso para a empresa comum da PSA e da MSC substituir o titular original da concessão. A KN não quantificou esta vantagem.

(65) No tocante à área de concessão transferida da AG para a PSA, a KN afirmou que a perda por parte da AG da área transferida não justificava manter a compensação reduzida em relação à AG, porque em qualquer caso a AG não estava a utilizar a área e a maior dimensão da concessão da PSA deveria ter resultado num aumento dos RTM de 2004 para a PSA.

(66) No que diz respeito a qualquer compatibilidade das medidas em causa com o mercado interno, a KN observou que o artigo 107.º, n.º 3, alínea c), do TFUE refere-se aos «auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões económicas». O termo «facilitar» indicava na opinião da KN que o auxílio deve conferir um incentivo ao beneficiário para investir no desenvolvimento de uma atividade ou região. Segundo a KN, a GHA simplesmente incentivou a PSA e a AG a redirecionarem o tráfego para fora do porto de Antuérpia. A compatibilidade ao abrigo da referida disposição não podia, portanto, estar presente.

(67) Ainda sobre a matéria da compatibilidade com o mercado interno, a KN abordou as questões de objetivo de interesse comum, necessidade e proporcionalidade do auxílio, distorção da concorrência e efeito nas trocas comerciais intra-UE. A KN concordou ainda com a apreciação preliminar da Comissão de que as medidas constituíam auxílio ao funcionamento da PSA e da AG. A KN concluiu que eram incompatíveis com o mercado interno.

4.1.1. *Observações suplementares da KN*

(68) Em 2 de março de 2017, a KN apresentou observações suplementares relativamente ao alegado auxílio estatal à PSA e à AG, afirmando que a GHA continuou a conceder auxílio estatal, pelo menos, até 2015. A GHA continuou a aplicar as reduções da crise e renunciou a quaisquer pagamentos de compensação que a AG e a PSA tivessem de pagar pelo seu incumprimento dos RTM originais. Em 2015, a PSA e a AG não cumpriram os RTM contratuais. Contudo, a GHA decidiu ([24]) renunciar à execução das obrigações contratuais da PSA e da AG. A KN afirmou que, consequentemente, a PSA e a AG ainda não têm de pagar qualquer compensação pela violação substancial das obrigações de RTM acordadas contratualmente.

(69) A KN explicou ainda que a AG recebeu uma vantagem seletiva que ascende a 31 039 997,83 EUR durante o período 2009-2015 e a PSA recebeu uma vantagem seletiva que ascende a 61 122 116,16 EUR durante o período 2009-2015.

(70) A KN salientou que as vantagens económicas concedidas à AG e à PSA não podiam ser caracterizadas como uma medida relacionada com a crise, mas que, pelo contrário, constituíam um benefício estrutural.

(71) A KN também observou que a PSA tinha recusado pagar as compensações e tinha intentado uma ação no Tribunal de Recurso de Bruxelas para recuperar os pagamentos de compensação que efetuou anteriormente.

4.2. **PSA Antuérpia**

(72) A PSA contestou que as medidas em causa foram financiadas com recursos estatais. Com referência ao artigo 15.º, n.º 1, e 20.º do decreto flamengo sobre portos, afirmou que a GHA cobrou para benefício próprio taxas portuárias «de qualquer natureza» e «com a exclusão de todas as outras autoridades» e que a GHA recebeu todas as receitas do exercício dos poderes relacionados com a administração de um porto e de «todas as outras atividades» que realizou. As perdas da GHA não eram imputáveis ao Estado belga e não resultaram num encargo adicional para o mesmo. Dado que todas as receitas decorrentes do exercício dos poderes da GHA relacionado com a administração do porto eram efetivamente detidas pela GHA e dado que o Estado não suportava quaisquer custos a este respeito, qualquer vantagem para a PSA não foi financiada por recursos estatais.

(73) A PSA sublinhou ainda que a estrutura de controlo sobre a GHA era independente. O decreto flamengo sobre portos destinava-se a estabelecer uma entidade jurídica distinta do município de Antuérpia que assumisse todos os poderes relacionados com a administração portuária do município de Antuérpia (artigo 1.º dos estatutos da GHA).

([24]) Decisão do Conselho de Administração da GHA n.º 161146 de 17 de maio de 2016.

(74) A PSA indicou que a GHA podia celebrar um ou mais acordos políticos com o município de Antuérpia — designadamente em relação à política portuária e urbana (artigo 7.º, n.º 2 dos estatutos da GHA) e que, portanto, o município de Antuérpia não desempenhou qualquer função de controlo, mas foi obrigado a negociar com a GHA para chegar a estes acordos políticos.

(75) A PSA explicou ainda que os membros do conselho municipal apenas representam uma maioria, mas não a integralidade do Conselho de Administração. Esses membros são oriundos de vários partidos, com uma variedade de opiniões políticas e no total não representavam sequer um terço do conselho municipal na sua integralidade. Além disso, nunca houve uma reunião em que um ponto de vista geral do conselho municipal seria apresentado aos membros nomeados do Conselho de Administração.

(76) Resumindo, a PSA discordou que as medidas em causa fossem imputáveis ao Estado belga. Segundo a PSA, não havia nenhuma indicação nos relatórios conselho municipal de que o mesmo desempenhava uma função de controlo em relação à GHA. Pelo contrário, a GHA era frequentemente referida como uma parte independente nas negociações e acordos. A PSA referiu, nomeadamente, o recente acórdão do Tribunal *Commerz Nederland* ([25]), que indicou que deve ser possível deduzir a imputabilidade ao Estado «de um conjunto de indícios resultante das circunstâncias do caso concreto e do contexto no qual essa medida ocorreu». A PSA citou ainda neste contexto a investigação do Professor Eric Van Hooydonk, segundo o qual a tomada de decisões em autoridades portuárias municipais estava quase exclusivamente centrada na promoção dos interesses do porto e não nos interesses mais latos do município.

(77) A PSA mencionou também que o membro do conselho de supervisão do porto apenas podia realizar uma revisão administrativa da legalidade no tocante às decisões da GHA [artigo 25.º, alínea c), dos estatutos da GHA]. O membro do conselho de supervisão do porto não dispunha de poderes para avaliar o conteúdo ou a necessidade de uma medida adotada pelo operador portuário. No caso vertente, o membro do conselho de supervisão do porto regional não estava envolvido na tomada de decisões do Conselho de Administração da GHA. Uma vez que a decisão da GHA não violava o decreto flamengo sobre portos, o responsável pela supervisão do porto não podia sequer opor-se à decisão específica em causa. Dado que não existia um controlo efetivo por parte do município de Antuérpia ou da Região da Flandres, as condições do processo Stardust Marine não estavam preenchidas.

(78) No que se refere à questão de se as medidas em causa envolviam qualquer vantagem económica, a PSA indicou que por motivos de aplicar o princípio do operador privado numa economia de mercado («POPEM»), os tribunais reconheceram que a maximização dos lucros não acontecia exclusivamente como resultado da recuperação dos custos efetivos a curto prazo ([26]). Segundo a PSA, um credor privado também se teria deixado guiar por perspetivas de longo prazo, também porque os montantes renunciados constituíam um incentivo imposto para estimular o desenvolvimento do porto. Por conseguinte, não estava envolvida qualquer perda para a GHA, mas apenas a não cobrança de receitas extraordinárias. Segundo a PSA, os RTM determinados tiveram por base um inquérito do mercado de 1998 que previa a continuação de um crescimento anual de 10 % e, portanto, no entender da PSA, demasiado ambicioso desde o início. A PSA acrescentou que até 2012 os efeitos da crise não tinham desaparecido por completo, dado que em 2012 as importações para a Europa ainda estavam abaixo do nível atingido em 2008 ([27]).

(79) A PSA salientou que as taxas que tinha de pagar pelos RTM não alcançados na DGD eram mais elevadas do que as taxas cobradas por outras docas no porto de Antuérpia (por exemplo: [0,30-0,70] EUR por tonelada para a PSA na DGD face a [0,12-0,20] EUR por tonelada para a KN na Vrasenedock).

(80) A PSA sugeriu, além disso, considerar que a DGD ainda estava numa fase de arranque quando surgiu a crise.

(81) Em relação ao risco de a PSA poder abandonar o porto de Antuérpia, a PSA afirmou que existiam meios pelos quais o contrato de concessão podia ser denunciado ou dissolvido. A esse respeito, a PSA fez referência a rescisões antecipadas dos contratos de concessão que tinha com a autoridade portuária de […], com efeitos em […] e […]. Se a PSA tivesse rescindido o contrato de concessão com a GHA, as perdas em taxas de concessão para a GHA teriam ascendido a aproximadamente [10-16] milhões de EUR por ano.

([25]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de setembro de 2014, *Commerz Nederland NV contra Havenbedrijf Rotterdam NV*, C-242/13, ECLI:EU:C:2014:2224, n.º 32.

([26]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de março de 1991 *República Italiana contra Comissão das Comunidades Europeias*, C-305/89, ECLI:EU:C:1991:142, n.º 20. Acórdão do Tribunal Geral de 11 de setembro de 2012, Corsica Ferries France SAS contra Comissão Europeia, T-565/08, ECLI:EU:T:2012:415, n.º 83.

([27]) OMC, *World merchandise imports by region and selected economy,* 2002-2012, https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/its2013_e/itsl3_appendix_e.htm

(82) A PSA alegou poder rescindir o contrato invocando força maior uma vez que o contrato se revelou ser inexequível na sequência do impacto grave da crise nas atividades portuárias, ou cancelando o contrato porque a cláusula de penalização não era válida, ou após a PSA se tornar insolvente, se as sanções originalmente impostas tivessem sido cobradas na íntegra.

(83) A PSA apresentou também um cálculo simplificado dos lucros gerados pela PSA pelas suas atividades na DGD, mostrando que em 2013 as atividades teriam sido deficitárias se as sanções originalmente devidas tivessem sido cobradas na íntegra.

(84) A PSA fez ainda as seguintes observações:

— a PSA poderia ter forçado a GHA a rescindir o contrato de concessão criando uma situação de subutilização.

— A insistência da GHA no requisito de tonelagem original poderia ter afetado futuros investimentos da PSA no porto de Antuérpia.

— A saída da PSA do porto de Antuérpia teria consequências negativas para a GHA uma vez que, em primeiro lugar, a GHA perderia receitas com taxas de concessão na ordem dos 12 milhões de EUR por ano e, em segundo lugar, a GHA teria tido de pagar compensações financeiras pelos investimentos imobiliários significativos que a PSA fez. Além disso, a PSA ter-se-ia abstido de fazer mais investimentos no porto de Antuérpia.

— Outras fontes de receita para a GHA teriam sido negativamente afetadas caso a PSA tivesse abandonado o porto, tais como taxas portuárias, que estão diretamente relacionadas com a quantidade de tráfego atraído pela PSA.

— No tocante ao futuro, a GHA teria dificuldades em encontrar um novo concessionário na disposição de aceitar as mesmas condições que foram inicialmente acordadas com a PSA.

(85) No que se refere à questão de se a PSA tivesse transferido o tráfego para outros portos onde os RTM são estritamente aplicados, a PSA salientou que a GHA nunca renunciou mas apenas ajustou os RTM e que, portanto, os RTM ajustados continuam a exigir um desempenho melhor do que a média da gama Hamburgo-Le Havre.

(86) No atinente ao nível da redução, a PSA comentou que a combinação de um método de estimativa inexato e orientado para o futuro, por um lado, e a crise, por outro, induziu a GHA a conceder a redução dos RTM em questão. A PSA indicou ainda neste contexto que os requisitos de tonelagem para os concessionários da DGD eram progressivos, ao passo que os impostos aplicados aos outros concessionários do porto de Antuérpia eram lineares.

(87) Em relação aos elementos tais como o ordenamento do território, a mobilidade e o emprego sustentável, a PSA comentou que as considerações comerciais só por si teriam sido suficientes para um credor privado chegar à decisão adotada pela GHA.

(88) Em relação à plausibilidade de uma ameaça da PSA de instaurar ações judiciais, a PSA referiu-se à nota apresentada à GHA em fevereiro de 2013. Nessa nota, a PSA manifestou a opinião de que a cláusula de penalização incluída no contrato de concessão era inaplicável nos termos do direito belga. Além disso, a PSA instava a GHA a reescrever a cláusula de penalização atendendo aos volumes totais da PSA, alcançados em todos os terminais na Antuérpia ([28]). Além disso, a PSA afirmou que se as sanções cobradas entre 2009 e 2013 fossem consideradas ilegais e, portanto, inaplicáveis nos termos do direito belga, não poderia haver auxílio estatal porque não existiria um crédito da GHA em relação à PSA. A PSA acrescentou que a questão da legalidade nos termos do direito belga continuaria a ser prosseguida através de processos de arbitragem entretanto iniciados.

(89) A PSA contestou que as medidas em questão fossem seletivas na sua natureza, porquanto a PSA e a AG se encontravam numa situação especial em comparação com operadores portuários que exercem atividades em docas que não a DGD. A DGD era uma doca especificamente indicada para receber e operar contentores de tráfego oceânico. Os outros operadores portuários concentravam-se em produtos metálicos e agrícolas e estavam localizados numa doca altamente orientada para a logística. Consequentemente, no entender da PSA, a PSA e a AG não eram concorrentes da autora da denúncia. A PSA indicou ainda que as medidas não foram adotadas especificamente para a PSA e a AG, mas que se aplicavam aos concessionários na DGD.

([28]) Dado que a PSA teve resultados noutros terminais na Antuérpia que excederam os RTM aplicáveis nesses terminais propôs compensar os RTM em excesso face aos RTM não alcançados na DGD.

4.3. **Antwerp Gateway**

(90) A AG indicou que nem sequer concordou com o pagamento da sanção reduzida pedido nos termos da Decisão da GHA de 2013 («medida 1»). Um litígio sobre esta questão estava pendente no Tribunal Arbitral, após o Tribunal de Primeira Instância na Antuérpia ter declarado não ter competência para analisar a matéria devido à cláusula de arbitragem do contrato de concessão.

(91) A AG questionou antes de mais a razão de ser das cláusulas de penalização em contratos de concessão entre as autoridades portuárias e os concessionários. A AG indicou que o objetivo das empresas comerciais (como a AG) é gerar lucros. Além disso, a AG fez investimentos significativos na DGD e, naturalmente, tinha um forte incentivo para obter o retorno desse investimento.

(92) Segundo a AG, o objetivo do sistema de sanções era avaliar a maximização da capacidade disponível e encorajar o concessionário a perseguir ativamente e alcançar a maximização da capacidade disponível.

(93) A AG invocou ainda que não deveriam ser cobrados quaisquer pagamentos de sanção por motivos de força maior na aceção do Código Civil belga. Existia força maior, segundo a AG, devido à crise. Outro elemento pelo qual os concessionários não podiam ser responsabilizados e que impedia que navios porta-contentores de grande porte fossem tratados no porto de Antuérpia foi o atraso no aprofundamento do rio Escalda.

(94) A AG também considerava as cobranças de sanção ilegais nos termos do direito belga porque eram de natureza puramente punitiva e, portanto, não compensavam qualquer eventual perda.

(95) Além disso, a AG alegou que o montante da compensação era excessivo e desproporcional em relação à potencial perda incorrida pela GHA. Por conseguinte, a compensação deveria ser reduzida para 25 % do montante reivindicado de acordo com as regras aplicáveis nos termos do direito civil belga.

(96) A AG acrescentou ainda que não deveria ser pago qualquer IVA sobre o montante da compensação cobrado pela GHA, porque os pagamentos que eram classificáveis como montantes fixos por potenciais perdas não estavam sujeitos a IVA.

5. **OBSERVAÇÕES DA BÉLGICA**

5.1. **Observações Bélgica na sequência da decisão de início do procedimento**

(97) A Bélgica contestou que as decisões da GHA fossem imputáveis ao Estado. No entender da Bélgica, a mera composição do Conselho de Administração (decidida pelo «Estado») e a existência de um «Comissário dos Portos» (com poderes mais limitados do que o Comissário do governo na SNCB), tendo em conta a autonomia garantida pelo decreto sobre portos, não constituíam de modo algum provas suficientes de que a ação da GHA devesse ser imputada ao Estado. Por conseguinte, o simples facto de que a Decisão da GHA de 2013 tenha sido submetida ao Conselho de Administração não era suficiente para se assumir que essa decisão era imputável ao Estado.

(98) A Bélgica contesta ainda que a GHA tenha conferido vantagens económicas à PSA e à AG com a adoção das medidas 1 e 2. A este respeito, a Bélgica referiu a jurisprudência na qual estava em causa o teste do operador privado numa economia de mercado *HAMSA contra Comissão* ([29]), *Comissão contra EDF* ([30]), *Espanha contra Comissão* ([31]) e *DM Transport* ([32]). A Bélgica salientou que a ação da autoridade era razoavelmente consistente com — dito de outra forma «proporcional à» — posição que um credor privado poderia ter adotado em circunstâncias similares.

(99) A título de observação de carácter geral, a Bélgica alegou que num acórdão sobre o mérito do Tribunal de Primeira Instância em Bruxelas em 12 de fevereiro de 2015, já foi reconhecido que não tinha sido concedido qualquer auxílio estatal e que a GHA tinha atuado como um OEM, mais precisamente como um hipotético credor privado ([33]).

(100) No tocante às dúvidas manifestadas na decisão de início do procedimento em relação ao hiato entre o início da crise e a Decisão da GHA de 2013, a Bélgica salientou que as eventuais remissões ou liquidações de dívidas são amiúde examinadas durante vários anos antes de ser adotada ação legal.

([29]) Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 11 de julho de 2002, *Hijos de Andrés Molina, SA (HAMSA) contra Comissão*, T-152/99, ECLI:EU:T:2002:188, n.º 170.
([30]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de junho de 2012, *Comissão Europeia contra Électricité de France (EDF)*, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, n.ºs 78,79, 86 e 103.
([31]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de abril de 1999, *Reino de Espanha contra Comissão*, C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, n.º 46.
([32]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de junho de 1999 *Déménagements-Manutention Transport SA (DMT)*, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, n.ºs 24 e 30.
([33]) A KN recorreu do acórdão, ver considerando 25. A decisão do recurso está pendente.

(101) A Bélgica indicou ainda que os efeitos da crise, as consequências excecionais para os operadores com RTM crescentes e o impacto no porto exigiam uma investigação mais exaustiva. A enorme redução do tráfego, com uma descida sem precedentes de 15,8 % na gama Hamburgo-Le Havre e de 15,6 % em Antuérpia, teve consequências duradouras e excecionais: em 2012 o transbordo de contentores no porto de Antuérpia estava ainda 0,1 % abaixo do nível de 2008. Devido à combinação de uma descida de 15,6 % em Antuérpia em 2009 e o efeito duradouro da crise, a GHA realizou uma revisão estrutural da questão dos RTM em 2013. Além disso, o procedimento para determinar e imputar défices de volumes foi formalizado numa base normalizada para todos os concessionários com requisitos de tonelagem na Decisão da GHA de 2013.

(102) A Bélgica questionou também se as investigações ao auxílio estatal deveriam ocupar-se da eficiência e determinação do governo e não, ao invés, da questão de saber se o efeito financeiro e económico da ação governamental (e o seu impacto no gasto de recursos estatais) correspondia à ação de um credor privado. Se um operador privado teria chegado à mesma decisão de forma mais rápida é muito menos relevante.

(103) No que se refere às dúvidas suscitadas na decisão de início do procedimento em relação à escala da redução, a Bélgica reiterou que apenas a PSA e a AG tinham RTM de aumento progressivo, ao passo que as outras empresas estavam sujeitas a RTM fixos. Consequentemente, as repercussões da crise foram exponencialmente maiores para a PSA e a AG do que para os outros concessionários e aplicar o mesmo tratamento à PSA/AG e às outras empresas seria discriminação.

(104) A Bélgica indicou que os RTM aplicáveis à PSA e à AG foram corretamente cumpridos nos primeiros três anos, apesar do aumento substancial de aproximadamente 250 % de 298 000 TEU em 2006 para 1 010 183 TEU em 2008 no caso da PSA e de 187 000 TEU em 2006 para 665 208 TEU em 2008 no caso da AG.

(105) A Bélgica indicou ainda que os RTM aplicáveis às concessões na DGD eram fundamentalmente diferentes dos aplicados à KN, detentora de uma concessão na Vrasendok, na medida em que os RTM por metro quadrado eram aproximadamente [14-19] toneladas para as concessões da DGD, comparativamente com [2-4] toneladas para a KN e a compensação a pagar por toneladas em falta pelos concessionários da DGD era aproximadamente de [0,30-0,70] EUR por tonelada, comparativamente com [0,12-0,20] EUR por tonelada para a KN. Se a GHA tivesse cobrado à PSA e à AG pelos défices no período 2009-2012 com base na compensação por tonelada em falta aplicável à KN (ou seja, [0,12-0,20] EUR por tonelada em vez de [0,30-0,70] EUR por tonelada) — e com base nos RTM originais aplicáveis à PSA e à AG — o montante cobrado à PSA teria sido aproximadamente [10--15] milhões de EUR em vez de [8-10] milhões de EUR efetivamente cobrados, o montante cobrado à AG teria sido aproximadamente [4-7] milhões de EUR em vez dos [2-5] milhões de EUR efetivamente cobrados.

(106) Outros concessionários no porto alcançaram em 2012 tonelagens na gama anterior à crise e não tiveram dificuldades em cumprir os RTM aplicáveis.

(107) Segundo os RTM originais, a PSA e a AG tinham de alcançar um aumento adicional de 70 %, enquanto o tráfego geral no porto de Antuérpia caiu 15,6 % em 2009 e em 2012 encontrava-se ainda ligeiramente abaixo do nível de 2008. O impacto exponencial da descida de 2009 foi mais severo para a PSA e a AG. Além disso, não foi suficiente para a PSA e a AG que os volumes de tráfego, para o porto de Antuérpia e para elas próprias, tenham sido gradualmente repostos para o nível antes da crise. Enquanto para outros operadores o regresso ao nível antes da crise significou que deixaram de ter problemas, essa situação ainda impunha RTM pesados à PSA e à AG.

(108) Em princípio e se o volume na DGD se tivesse desenvolvido normalmente nos primeiros anos, os dois operadores teriam então efetivamente alcançado os seus volumes máximos de uma forma normal. Após a recuperação da crise, três ou quatro anos depois, não teriam de ter pagado qualquer compensação. Só pelo facto de a crise ter ocorrido no período em que a nova doca estava a ser construída e devido à situação específica relativamente a essa nova doca, o problema para a PSA e a AG foi muito mais grave do que para os outros operadores do porto. Segundo a Bélgica, não houve qualquer seletividade (dado que a posição dos operadores da DGD não era comparável à dos outros operadores no porto) nem qualquer vantagem.

(109) Além disso, a Bélgica alegou que os RTM originais tinham por base um padrão de mercado específico previsto apoiado por um amplo consenso sobre tendências antecipadas. Contudo, as expectativas subjacentes foram subsequentemente consideradas irrealistas devido a circunstâncias fora do controlo dos operadores e da GHA. Em Roterdão, os RTM foram ajustados à situação económica alterada antes de as concessões de Tweede Maasvlakte se tornarem operacionais. Aí ninguém fez objeções a esta abordagem. Por analogia, seria irrazoável exigir que o sistema de aumentos substanciais ainda imposto à PSA e à AG mesmo para os anos subsequentes continuasse a aplicar-se, numa altura em que a economia europeia estava confrontada com uma crise sem precedentes e imprevista.

(110) Quanto ao risco de que a PSA e a AG iriam, pelo menos parcialmente, abandonar o porto de Antuérpia, a Bélgica indicou que na determinação de se a GHA atuou como um investidor de mercado privado, pode e deve ter-se em conta os interesses a longo prazo da autoridade portuária. A este respeito, a Bélgica indicou que o valor absoluto dos pagamentos da concessão e pagamentos conexos que a PSA e a GA geraram no período 2008-2012 foi por diversas vezes superior à soma de 13,5 milhões de EUR, a compensação que a AG e a PSA deviam nos termos da Decisão da GHA de 2013 por incumprimento dos RTM alterados.

(111) Além disso, a Bélgica referiu-se a outras receitas associadas às concessões da PSA/AG e em especial às receitas operacionais da GHA, que excederam regularmente [200-400] milhões de EUR no período de 2012 a 2014. Destas receitas operacionais, [30-50] % resultaram de taxas de concessão, ao passo que [30-50] % resultaram de taxas portuárias pagas pela atracagem de navios.

(112) Além disso, a Bélgica indicou que, em 2014, as receitas diretas da GHA provenientes da gestão das concessões detidas pela PSA e a AG ascenderam a cerca de [50-90] milhões de EUR, o que representa cerca de [15-40] % do volume de negócios total da GHA.

(113) No tocante ao risco de que a aplicação dos RTM originais teria levado a PSA e a AG a reduzirem as suas operações no porto de Antuérpia, a Bélgica indicou que a PSA e a AG já tinham decidido no passado desinvestir noutros portos. A Bélgica recordou que os operadores em causa operam uma rede mundial de terminais e que as estruturas de desempenho e custos de terminais individuais poderiam ser comparadas muito mais rapidamente em exercícios de avaliação comparativa. Tal como a Bélgica também indicou, noutros portos foram tomadas medidas (por exemplo, redução das taxas portuárias) para compensar parcialmente os custos da crise e, após a crise, ficou disponível capacidade não utilizada que permitiu transferir operações. Atendendo aos fatores acima expostos, a GHA considerou que a PSA e a AG não aceitariam que lhes cobrassem os RTM originais em falta e que existia um risco real de se mudarem para portos nas imediações.

(114) No que respeita a saber se os contratos de concessão podiam ou não ser rescindidos ou alterados, a Bélgica alegou que a PSA e a AG podiam ter invocado força maior à luz da crise ou defendeu que os pagamentos de compensação por incumprimento dos RTM eram cláusulas de penalização proibidas e, portanto, não válidas (este ponto foi levantado pela AG e a PSA em processos de arbitragem). Além disso, a falência de um concessionário estruturalmente deficitário poderia também ter conduzido à rescisão de um contrato.

(115) A Bélgica indicou ainda que na gama Hamburgo-Le Havre os operadores de terminais competiam para atrair e conservar volumes de tráfego. Neste contexto, a GHA tinha de se manter competitiva e estava sujeita ao poder de compra dos concessionários.

(116) Conforme a Bélgica também explicou, a GHA tinha de ter presente que os contratos de concessão foram redigidos em circunstâncias económicas diferentes, no que diz respeito à procura (auge) e à capacidade (limitada no Noroeste da Europa). A consequência da crise foi que os portos se tornaram operacionais num mercado de compradores. Por conseguinte, as companhias de navegação, em parte devido à sua dimensão e à situação de capacidade, tornaram-se a parte dominante e usaram o seu poder de negociação.

(117) No que respeita a saber se a Decisão da GHA de 2013 fez especificamente com que a PSA e a AG transferissem o seu tráfego para outros portos onde os requisitos de tonelagem eram estritamente aplicados para evitarem ser sancionadas nesses portos, a Bélgica referiu-se às medidas adotadas por outros portos concorrentes para mitigar os efeitos da crise para os utilizadores dos portos, por exemplo redução das taxas portuárias. A Bélgica também citou o exemplo de Hutchinson Whampoa que suspende os seus investimentos na extensão do seu próprio porto de Felixstowe e que o operador (DP World) do terminal portuário de contentores e do parque de logística da London Gateway também reduziu os seus investimentos ou suspendeu-os total ou parcialmente. Neste contexto, a Bélgica não citou, porém, qualquer caso que dissesse respeito a reduções dos RTM, mas afirmou que os exemplos citados apontavam para a mesma ideia subjacente, que era a redução dos investimentos ou compromissos durante a crise.

(118) A Bélgica explicou ainda que o facto de só em 2013 a GHA ter decidido tratar os RTM não alcançados durante 2009 a 2012, não constituiu qualquer incentivo para a PSA e a AG desviarem tráfego para outros portos.

(119) No que se refere a aspetos como o ordenamento do território, a mobilidade e o emprego a longo prazo na Decisão da GHA de 2013, a Bélgica indicou que considerações de ordenamento do território e emprego a longo prazo reforçariam os motivos económicos no presente caso. Mesmo assumindo também tivessem desempenhado um papel, esses argumentos reforçam a ideia de que a ação da GHA foi motivada pelo desejo de evitar que a PSA e a AG abandonassem o porto de Antuérpia. No entender da Bélgica, a simples referência a aspetos não económicos não podia impedir a conclusão de que a GHA atuou como um investidor de mercado privado.

(120) Em relação ao risco de que a PSA intensasse ação legal para contestar a aplicação dos RTM contratuais na íntegra, a Bélgica sublinhou que uma autoridade pública pode ter em conta riscos processuais ao decidir sobre a sua ação (por exemplo, o risco de processos eventualmente morosos de reescalonamento de dívida ou falência) ([34]) e que as regras de auxílios estatais não excluíam automaticamente, por exemplo, um acordo transacional ([35]). Subsequentemente, a existência de um crédito possivelmente legítimo era de facto um fator relevante ao determinar se a autoridade pública atuou como um credor privado ([36]). Por conseguinte, a GHA tinha de ter em conta que a PSA e a AG podiam contestar a cobrança na íntegra da compensação pelos RTM não alcançados nos tribunais nacionais ou arbitragem e que essa cobrança na íntegra poderia ser recusada pelos tribunais ou arbitragem, nomeadamente, pelo motivo de que constituía um abuso de direito pela GHA ou uma execução de uma cláusula de penalização punitiva.

(121) A Bélgica fez referência ao considerando 78 da decisão de início do procedimento, que indicava que a Bélgica, para provar um alegado risco de litígio, apresentou à Comissão ofícios da PSA e da AG a explicarem o seu ponto de vista jurídico. Contudo, os ofícios eram de 19 de fevereiro de 2013 e 23 de fevereiro de 2013. Foram, portanto, enviadas pelos alegados beneficiários à GHA após a denúncia no caso vertente ter sido transmitida à Bélgica para a apresentação de observações em 29 de janeiro de 2013. A Bélgica alegou que no momento em que a denúncia foi apresentada ainda não tinha sido tomada qualquer decisão sobre os RTM não cumpridos para o período de 2009 a 2012. Dado que essa decisão apenas foi tomada na Decisão da GHA de 2013, a PSA e a AG não poderiam intentar qualquer ação legal antes da Decisão da GHA de 2013 e da denúncia de auxílio estatal.

(122) Além das dúvidas manifestadas pela Comissão na decisão de início do procedimento, a Bélgica observou que, mesmo ajustados, os RTM continuaram a ser substancialmente superiores aos RTM propostos pela PSA e a AG na consulta de mercado original que, após um concurso público, resultou na concessão em causa à PSA e à AG. Precisamente, os requisitos de tonelagem iniciais de 16 700 000 toneladas (= 1 336 000 TEU) foram subsequentemente aumentados para 53 932 500 toneladas (= 4 131 600 TEU). O aumento significativo dos RTM aconteceu devido a uma reconfiguração das várias concessões na margem esquerda e direita da DGD, que também permitiu a otimização do transbordo por parte dos operadores em causa. No ajustamento, as previsões basearam-se num pico do mercado.

(123) A Bélgica alegou ainda que a Decisão da GHA de 2013 foi consistente com decisões similares de outras autoridades portuárias, o que, na opinião da Bélgica, era mais uma prova da sua «conformidade com o mercado».

(124) No que se refere à medida 2, a Bélgica comentou que de acordo com a Decisão da GHA de 2013 os RTM ajustados continuavam a ser aplicáveis até ao fim do contrato de concessão.

(125) A Bélgica também indicou que na sequência da transferência de terreno acordada, a AG tinha de cumprir os RTM aplicáveis com uma área de concessão cerca de 30 % menor do que anteriormente. Embora a AG não estivesse a utilizar a parte depois transferida para a PSA, os RTM continuavam a aumentar e a AG teria tido necessidade do espaço no futuro.

(126) A Bélgica indicou ainda que não houve seletividade na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE. Conforme a Bélgica explicou, todos os concessionários com requisitos de tonelagem foram convidados anualmente a explicar e contabilizar os défices de volume ao abrigo do procedimento uniforme estabelecido na Decisão da GHA de 2013. Por conseguinte, a GHA tratou todos de forma igual. A própria autora da denúncia beneficiou desse sistema. Segundo a Bélgica, existia um único «sistema de referência» na aceção do Projeto de Comunicação da Comissão de 2014 ([37]), aplicável a todos os concessionários.

5.2. **Observações Bélgica na sequência das observações de terceiros**

(127) A Bélgica reiterou o risco de a PSA e a AG poderem abandonar o porto de Antuérpia se os pagamentos da compensação fossem aplicados. Neste contexto, indicaram o exemplo da PSA e da AG, que no passado

([34]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de janeiro de 2013, *Frucona Košice a.s. contra Comissão Europeia*, C-73/11P, ECLI:EU:C:2013:32, n.º 81; Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de março de 2013, *Comissão contra Buczek Automotive sp. z o.o.*, C-405/11P, ECLI:EU:C:2013:186, n.º 59 e seguintes.

([35]) Por exemplo, Decisão da Comissão de 13 de março de 2000 relativa ao auxílio estatal N 94/98, Alemanha, Leuna 2000/Elf/Mider, Acordo transacional, (JO C 327 de 28.12.2002, p. 10), SG(2000) D/102293, n.º 19 e seguintes; Decisão 2011/276/UE da Comissão, de 26 de maio de 2010, relativa ao auxílio estatal sob a forma de um acordo de transacção fiscal executado pela Bélgica a favor da sociedade Umicore S.A. (ex «Union minière S.A.») [Auxílio estatal C 76/03 (ex NN 69/03)] (JO L 122 de 11.5.2011, p. 76).

([36]) Decisão 2011/276/UE da Comissão.

([37]) Projeto de Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, Bruxelas, 2014, http://ec.European.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/draft_guidance_nl.pdf, n.º 126 e seguintes.

desinvestiram no Dubai e na Índia. Além disso, a PSA rescindiu antecipadamente a sua concessão no porto de […]. Por conseguinte, o receio da GHA de que a PSA e a AG pudessem também rescindir as concessões em Antuérpia era real e as decisões tomadas pela GHA para reduzir os RTM e, assim, renunciar a uma parte dos pagamentos de compensação foram consentâneas com o POPEM.

(128) A Bélgica reiterou também que outros participantes do mercado adotaram ações similares às da GHA, reduzindo os investimentos planeados ou distribuindo-os por períodos mais longos do que inicialmente previsto. De igual modo, outras autoridades portuárias reduziram taxas portuárias e os RTM (embora algumas autoridades portuárias não tenham aplicado quaisquer RTM).

(129) Na sequência das observações apresentadas pela KN, a Bélgica contestou que a KN estivesse a competir com a PSA e a AG e referiu neste contexto decisões da Raad van State e da Hof van Beroep.

(130) No tocante à seletividade, a Bélgica discordou da alegação da KN de que as decisões da GHA não foram adotadas no quadro de uma «política geral». Ao invés, a Decisão da GHA de 2013 previa uma medida geral que se destinava a abordar as consequências da crise e o tráfego de contentores em causa, bem como o tráfego de carga a granel. Segundo a Bélgica, a decisão adotada para a PSA e a AG teve em conta a situação factual específica destes dois concessionários.

(131) No que diz respeito aos comentários da KN na sequência da medida 2, a Bélgica observou que a KN, ao alegar que deveriam ser aplicados RTM ainda mais elevados à PSA, não reconheceu o contexto mais lato da relação entre a GHA e os concessionários. De igual modo, a KN não considerou que o principal objetivo dos RTM era incentivar os concessionários a fazerem a utilização máxima possível do potencial de uma concessão, mas não constituir uma fonte autónoma de receitas.

5.3. **Alegações da Bélgica na sequência dos pedidos de informação da Comissão**

5.3.1. *Vantagem — Medida 1*

(132) A Bélgica demonstrou que a GHA em diversos casos renunciou aos pagamentos de compensação dos concessionários, que não a PSA e a AG, em derrogação das cláusulas de compensação previstas nos respetivos contratos de concessão quando os RTM contratualmente previstos não foram cumpridos nos anos de 2009 a 2012. Em diversos outros casos, a GHA cobrou pagamentos de compensação em conformidade com as cláusulas de compensação previstas nos respetivos contratos de concessão a concessionários que não cumpriram os RTM contratualmente estipulados.

(133) As decisões de cobrar ou não os pagamentos de compensação seguiram um procedimento aplicado pela GHA. Por exemplo, em abril de 2010, a GHA convidou os titulares da concessão no porto de Antuérpia a explicarem por que razão não cumpriram os seus RTM contratuais em 2009.

(134) Em resposta ao pedido de informação da Comissão de 23 de junho de 2016 relativo ao eventual incumprimento dos RTM por parte da AG além de 2014, a Bélgica esclareceu que a GHA tinha decidido ([38]) aguardar o resultado do procedimento formal de investigação da Comissão antes de tomar uma decisão relativa ao ano de 2015. Além disso, a GHA também queria aguardar pelo resultado da decisão do Colégio Arbitral. Um adiamento da decisão não implicava que a AG seria exonerada de qualquer pagamento respeitante ao ano de 2015. A GHA reservou explicitamente todos os direitos relativos à faturação de um eventual incumprimento dos RTM pela AG. A GHA sublinhou igualmente nessa decisão que um adiamento da decisão relativa aos RTM para o ano de 2015 não poderia ser interpretado como uma renúncia dos direitos pela GHA.

(135) A Bélgica informou ainda a Comissão que tinha restabelecido os RTM originais para a AG com efeitos para o ano de 2015, devidamente ajustados à perda de terreno disponível na sequência da transferência de terreno.

5.3.2. *Vantagem — Medida 2*

(136) No que se refere à questão do motivo pelo qual a GHA não reintegrou os RTM originais completos relativamente à PSA em 2014, tendo ao invés sido restabelecidos gradualmente com RTM de 1 400 000 TEU em 2014 e 2 000 000 TEU em 2015, atingindo o nível completo de 2 559 600 TEU apenas em 2016, a Bélgica explicou o seguinte:

([38]) Alegações da Bélgica, de 4 de abril de 2017, referentes à Decisão n.º 161146 da GHA de 17 de maio de 2016.

(137) Assumindo que em 2014 a atividade económica pudesse já ter atingido o nível anterior à crise, tal não significa que para os operadores da DGD (AG e PSA) os RTM pudessem retomar esse nível original. Com efeito, embora após 3 a 5 anos o tráfego tenha voltado ao nível anterior à crise, os RTM ainda não tinham alcançado o mesmo nível, apesar de terem continuado a aumentar. Tal é específico da DGD dado tratar-se do único terminal onde durante a crise os RTM estavam ainda a aumentar anualmente devido ao início das operações na DGD e o facto de demorar sempre vários anos a equipar totalmente um novo terminal e assumir novo tráfego adicional até à capacidade máxima. Por outras palavras, enquanto numa situação normal de RTM fixos, atingir o nível anterior à crise resolve as insuficiências de RTM causadas pela crise, tal não é o caso das concessões na DGD. Isto é bastante para colocar os operadores na DGD numa situação bastante mais difícil e justifica um período de recuperação muito mais longo. Também é possível analisar a situação de um ângulo diferente: voltar aos níveis originais implicaria que a GHA impusesse aumentos ainda mais significativos ao tráfego adicional de contentores que o estabelecido nos contratos de concessão atuais. Existem obviamente limites para o que é razoavelmente possível alcançar.

5.3.3. *Simulações de lucros a longo prazo*

(138) A Bélgica apresentou cálculos pormenorizados, que mostram que o montante das sanções objeto de renúncia seria compensado por receitas mais elevadas a longo prazo. Os cálculos basearam-se parcialmente em dados *ex ante* mas foram apresentados *ex post*.

6. **APRECIAÇÃO**

6.1. **Existência de auxílio**

(139) A Comissão deve analisar se as medidas que constituem o objeto do presente procedimento são suscetíveis de constituir um auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE.

(140) Segundo o artigo 107.º, n.º 1, do Tratado, «são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções».

(141) Na aceção desta disposição, a classificação de uma medida como auxílio estatal exige, por conseguinte, que estejam cumulativamente preenchidas as seguintes condições: i) a medida deve ser imputável ao Estado e financiada através de recursos estatais; ii) deverá conferir uma vantagem económica a uma empresa; iii) essa vantagem deve ser seletiva; e iv) a medida deve falsear ou ameaçar falsear a concorrência e afetar as trocas comerciais entre Estados-Membros.

(142) Consequentemente, se qualquer um dos critérios acima não estiver preenchido, a medida não pode ser qualificada como auxílio estatal. No que se refere ao caso vertente, a Comissão considera apropriado avaliar se alguma das duas medidas conferiu uma vantagem aos alegados beneficiários.

(143) Uma vantagem, na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado, é qualquer benefício económico que uma empresa não poderia ter obtido em condições normais de mercado, isto é, na ausência da intervenção do Estado.

(144) Para apreciar, para efeitos do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE, se a redução das compensações pela GHA conferiu uma vantagem económica à PSA e à GA, a Comissão deve determinar se a GHA teve um comportamento comparável ao de um operador privado numa situação similar. Segundo o princípio do operador privado numa economia de mercado, uma medida realizada pelo Estado não implica auxílio quando, em circunstâncias similares, um investidor privado de dimensão comparável à dos organismos em causa no setor público, a operar em condições normais de mercado numa economia de mercado, poderia ter-se disponibilizado a prestar ao beneficiário as mesmas medidas ([39]).

(145) Em consonância com a jurisprudência constante ([40]), a Comissão reconhece que as medidas devem ser analisadas no contexto da época em que foram adotadas. Além disso, a Comissão deve, na avaliação das medidas em causa, examinar todos os elementos pertinentes das medidas e o seu contexto ([41]).

([39]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de julho de 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) e outros contra La Poste e outros*, C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, n.ºs 60-61. Acórdão do Tribunal Geral de 6 de março de 2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen contra Comissão*, Processos apensos T-228/99 e T-233/99, ECLI:EU:T:2003:57, n.º 208.

([40]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de maio de 2002, *República Francesa contra Comissão (Stardust Marine)*, C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, n.º 71. («…*para averiguar se o Estado adotou ou não o comportamento de um investidor prudente numa economia de mercado, há que tomar como referência o contexto da época em que as medidas de apoio financeiro foram tomadas*…»).

([41]) Acórdão do Tribunal Geral de 27 de abril de 2017, *Germanwings contra Comissão*, T-375/15, ECLI:EU:T:2017:289, n.º 77, e a jurisprudência aí citada.

6.1.1. *Possível vantagem conferida através da medida 1 — Decisão da GHA de 2013*

(146) A Comissão observa que, conforme exposto na decisão de início do procedimento, o impacto da crise deveria ter sido tomado em consideração ao avaliar a conformidade com o mercado da medida 1. A Comissão observa ainda que no começo da crise, nomeadamente nos anos 2008 e 2009, apenas a PSA e a AG estavam sujeitas a RTM progressivos, que aumentavam anualmente, ao passo que os outros concessionários no porto de Antuérpia, incluindo a autora da denúncia, estavam sujeitos a RTM fixos (ver considerando 29). Por conseguinte, no contexto da crise, a situação da PSA e da AG era específica e distinta da dos outros operadores que exercem atividade no porto de Antuérpia.

(147) Além disso, a Comissão reconhece que o impacto sem precedentes da crise forçou as empresas em todos os setores da economia a adaptarem o seu comportamento.

(148) Acresce que, além do contexto da crise, a Comissão observa que manter a cooperação com a PSA e a AG era importante para os interesses a longo prazo do porto.

(149) A Comissão recorda igualmente que, no contexto da crise, foram concedidos ajustamentos à KN, a autora da denúncia (ver considerando 21), e a outros operadores no porto de Antuérpia (ver considerando 131).

(150) A Comissão considera, portanto, que, por uma questão de princípios, é concebível que um operador privado numa economia de mercado na posição da GHA tivesse reajustado os RTM contratualmente aplicáveis atendendo à crise.

(151) Porém, na decisão de início do procedimento, a Comissão levantou dúvidas sobre se a GHA atuou como um operador privado numa economia de mercado ao implementar a medida 1.

Hiato entre o início da crise e a Decisão da GHA de 2013

(152) Em especial, a Comissão considerou na decisão de início do procedimento que um operador privado racional numa economia de mercado teria procurado maximizar os seus lucros (ou minimizar os prejuízos), lançando a recuperação das somas devidas o mais rápido possível. No caso em apreço, houve um hiato considerável entre o início da crise e a Decisão da GHA de 2013, que resolveu a questão das compensações não pagas reduzindo-as retroativamente de forma significativa.

(153) Além disso, conforme indicado no ponto 6.4 da Decisão da GHA de 2013, a questão dos RTM foi alvo de diversas discussões do Conselho de Administração da GHA ao longo dos anos ([42]). Contudo, durante essas reuniões, o Conselho de Administração debateu questões relacionadas com dados de tráfego e com a crise, mas não diretamente a questão de faturar as compensações devidas pela PSA e a AG por incumprimento dos RTM. Tal é diretamente referido no ponto 5.3 da Decisão da GHA de 2013, que indica que, apesar da questão dos RTM ser objeto de consultas contínuas, a faturação das compensações devidas foi adiada ([43]).

(154) Atendendo ao exposto *supra*, a Comissão manifestou dúvidas de que um operador privado racional numa economia de mercado tivesse aguardado quatro anos uma decisão relativa à redução das compensações devidas, ou seja, de 2009 até 2013.

(155) Esclarecendo essas dúvidas, a Bélgica apresentou correspondência entre a GHA e a PSA, respetivamente AG, mostrando que tinha havido discussões relativas à redução dos RTM originais a partir de dezembro de 2009. Nesse contexto, a GHA sugeriu inicialmente baixar os RTM originais pela taxa de declínio observada na gama Hamburgo-Le Havre nesse ano (– 15,8 %) ([44]). Desde então, a GHA recordou reiteradamente à PSA e à AG os RTM não alcançados e questionou-as quanto à sua posição. A PSA e a AG sublinharam em várias respostas a sua importância para o desenvolvimento do porto, aludindo à sua eventual transferência para outros portos e ao impacto da crise. Além disso, a PSA e a AG apresentaram também pareceres jurídicos dos seus advogados, explicando por que motivo as cláusulas de penalização não eram aplicáveis ou não executáveis. Esses argumentos foram mais tarde utilizados pela PSA e a AG em contenciosos arbitrais contra a GHA.

([42]) O tópico constou da ordem de trabalhos das reuniões do Conselho de Administração em 12 de maio e 1 de setembro de 2009, 29 de junho e 5 de outubro de 2010, 1 de fevereiro, 11 de outubro e 8 de novembro de 2011 e 3 de julho, 4 de setembro, 6 de novembro e 18 de novembro de 2012.

([43]) Ainda no que se refere à PSA Antuérpia, o ponto 4.3 da Decisão de 2013 indica que foi decidido suspender a faturação para se proceder a uma investigação mais aprofundada.

([44]) Ver, por exemplo, mensagem de correio eletrónico da GHA dirigida à AG de 14 de janeiro de 2011, referindo-se a um ofício de 3 de dezembro de 2010. De notar que os contratos de concessão previam que em caso de redução da capacidade de transbordo durante a concessão, não imputável ao concessionário, os volumes a alcançar deveriam também ser proporcionalmente reduzidos.

(156) A Comissão conclui que no contexto da crise e atendendo à abundante correspondência trocada entre a GHA, por um lado, e a PSA e a AG, por outro, não se pode acusar a GHA de inação no tocante ao não pagamento das sanções. Além disso, a Comissão observa que a situação da PSA e da AG parecia ser particularmente delicada porque os seus RTM eram progressivos (enquanto os dos outros concessionários eram lineares) e a DGD estava ainda numa fase de arranque (portanto as suas operações poderiam ser afetadas de forma diferente das operações noutros terminais). Por conseguinte, o facto de a GHA só ter tomado uma decisão definitiva em 2013 não constitui, por si só, uma indicação de que o teste OEM não foi cumprido, uma vez que um operador privado numa economia de mercado poderia ter tomado essa decisão num momento similar.

Nível do ajustamento

(157) No tocante à redução da compensação em si, a Comissão manifestou dúvidas sobre se um operador privado racional numa economia de mercado teria concedido à PSA e à AG uma redução do nível concedido pela GHA. A este respeito, a decisão de início do procedimento comparou um declínio do tráfego na DGD de – 38,6 % em 2009 com uma redução total da compensação na ordem de – 80 %.

(158) Cumpre esclarecer que a redução de 80 % não se refere apenas a 2009, mas à totalidade do período de quatro anos de 2009 a 2012. Ao analisar apenas o ano de 2009, a redução média ponderada total dos RTM aplicáveis à PSA e à AG era – 38,6 %, ou seja, igual ao declínio do tráfego na DGD referido no considerando 157. A redução total aplicada foi cerca de – 80 % porque cobriu adicionalmente os anos 2010 a 2012.

(159) A Comissão recorda que é concebível que um operador privado numa economia de mercado na posição da GHA tivesse reduzido os RTM no contexto de uma crise e com vista à manutenção de uma cooperação a longo prazo, conforme indicado no considerando 150 da presente decisão. Contudo, tal não resulta na conclusão automática de que uma redução dos RTM seja conforme com o mercado. Por conseguinte, a Comissão levantou dúvidas relativamente ao nível das reduções dos RTM aplicadas pela GHA e deve aferir se o nível dessas reduções reflete o comportamento de um operador de mercado prudente.

(160) A autora da denúncia alegou que seria circular utilizar o desempenho da DGD como base para ajustar os RTM da PSA e da AG. Ao invés, a autora da denúncia argumentou, que deveria ser utilizado o declínio do tráfego geral em todo o porto (– 16 %).

(161) Do ponto de vista da GHA são vários os fatores que podem ser invocados *a priori* justificar o ajustamento dos RTM no contexto da crise. A Comissão observa que a GHA aplicou uma combinação de dois fatores. Um é a evolução do tráfego na gama Hamburgo-Le Havre e outro é o declínio do tráfego na DGD.

(162) O primeiro fator é definido como a soma dos volumes de tráfego de contentores de todos os portos da gama. Assenta na natureza de uma gama que inclui vários portos em que alguns portos apresentam resultados melhores e outros piores do que a gama. Cada doca individual em cada porto normalmente tem um desempenho diferente da média do porto. Consequentemente, comparar o desempenho de uma doca individual com o desempenho de toda a gama Hamburgo-Le Havre, que tem por base a compilação de um conjunto de dados relativamente vasto, pode muitas vezes conduzir a conclusões inapropriadas. Além disso, cada doca pode ser afetada em diferente medida pela crise. Justifica-se assim comparar cada doca individual com dados provenientes de um conjunto de dados comparável.

(163) Contudo, o limite de redução o conjunto de dados deve ser situar-se no ponto em que este se torna circular (ver, neste sentido, a alegação da autora da denúncia; considerando 160). A circularidade resultaria na eliminação do incentivo para o titular da concessão alcançar certos RTM, porquanto os RTM seriam — devido ao efeito circular — retroativamente alinhados com o desempenho real do titular da concessão.

(164) Todavia, a Comissão observa que o ajustamento aplicado pela GHA não é circular, uma vez que tem por base uma combinação de dois fatores. Um é o tráfego na gama Hamburgo-Le Havre e outro o declínio do tráfego na DGD. A Comissão observa que utilizar a gama Hamburgo-Le Havre como uma componente da matriz de ajustamento dos RTM é adequado, uma vez que forma o conjunto de dados provavelmente mais amplo disponível no que se refere aos operadores no porto de Antuérpia. Em termos de volume de tráfego de contentores, o porto de Antuérpia representa uma parte significativa da gama Hamburgo-Le Havre, dado que ocupa a segunda posição a seguir ao porto de Roterdão. Além disso, o desempenho da gama Hamburgo-Le Havre é em qualquer caso ajustado em desfavor da PSA e da AG nos termos da regra 75/125 (ver considerando 21). Com efeito, a regra implica que a PSA e a AG têm de ter um desempenho 25 % melhor do que a gama Hamburgo-Le Havre. Na realidade, o fator de correção de 25 % é também baseado em dados reais (históricos) uma vez que reflete o desempenho superior do porto de Antuérpia quando comparado com a gama Hamburgo--Le Havre.

(165) O segundo fator incluído na fórmula de ajustamento dos RTM foi o tráfego real da PSA e da AG na DGD no ano de 2008. Nesse ano, registou-se um crescimento anual de 6,3 % do tráfego de contentores no porto de Antuérpia. Em contrapartida, de 2008 a 2009, o tráfego de contentores caiu cerca de – 16,3 %, valores sem precedentes. Nos termos dos nessa altura únicos RTM crescentes ano após ano aplicáveis no porto de Antuérpia, tanto a PSA como a AG teriam de cumprir em 2009 RTM significativamente superiores aos de 2008 ([45]), o que se revelou impossível quando o tráfego global de contentores diminuiu acentuadamente. A Comissão sustenta que era apropriado utilizar o tráfego realizado de cada titular de concessão na DGD como a outra componente da matriz porque, de outro modo, a utilização do tráfego global do porto realizado em Antuérpia (sendo o maior exemplo seguinte disponível numa gama limitada) poderia ter conduzido a resultados inexatos. Tal é assim porque a situação na DGD era muito específica uma vez que ainda se encontrava numa fase de arranque quando a crise começou.

(166) A Comissão salienta ainda que o ajustamento aplicado pela GHA resultou em RTM que no período 2009-2012 excederam as tonelagens realizadas pela PSA e a AG (com uma única exceção da AG em 2011, quando a AG teve um desempenho ligeiramente melhor do que os RTM exigidos). Por conseguinte, a GHA não renunciou completamente às sanções devidas. De igual modo, é demonstrado que o ajustamento dos RTM nos termos da medida 1 não foi circular, contrariamente ao que a autora da denúncia alega. Se a medida 1 tivesse sido circular, a PSA e a AG não teriam sido obrigadas a pagar qualquer compensação no período de 2009 a 2012.

(167) A medida 1 mantém-se, portanto, em linha com o derradeiro objetivo de cobrar sanções por RTM não alcançados, que não é transformar as sanções numa fonte genuína de receitas, um retorno do investimento ou um pagamento por serviços/bens prestados pela GHA, mas sim incentivar os concessionários a terem o melhor desempenho possível nas circunstâncias em causa.

(168) Por conseguinte, a Comissão conclui que a metodologia utilizada pela GHA para ajustar os RTM se afigura razoável.

Possível deslocação do tráfego para outros portos

(169) Em relação à dúvida manifestada na decisão de início do procedimento e alegação correspondente da autora da denúncia de que a Decisão da GHA de 2013 teria motivado a PSA e a AG a deslocarem o seu tráfego para portos onde a conformidade com os RTM era estritamente aplicada, a Comissão observa que a PSA e a AG, ao considerarem onde operar o seu tráfego nos anos de 2009 a 2012, ainda não tinham como saber de que modo a GHA decidiria relativamente à matéria das compensações dos RTM não alcançados nesses anos. De facto, a GHA apenas abordou retroativamente esta questão nos termos da Decisão da GHA de 2013. Além disso, a Decisão da GHA de 2013, embora ajustando para baixo os RTM originais aplicáveis à PSA e à AG, continuava a prever RTM que iam além dos desempenhos efetivos da PSA e da AG nos anos de 2009 a 2012 (com uma única exceção da AG em 2011, quando a AG teve um desempenho ligeiramente melhor do que os RTM exigidos). Além disso, embora a GHA tenha encetado conversações com a PSA e a GA no que diz respeito à redução dos RTM originais (ver, neste sentido, o considerando 20), o conteúdo da presente comunicação mostra que a GHA nunca tencionou reduzir os RTM para fazer com que a compensação pelos RTM não alcançados fosse suprimida na íntegra. Por conseguinte, a Comissão conclui que a Decisão da GHA de 2013 não conferiu qualquer incentivo à PSA e à AG para deslocarem o tráfego para outros portos nos quais a conformidade com os RTM era estritamente aplicada.

Ordenamento do território, mobilidade e emprego a longo prazo

(170) Na decisão de início do procedimento, a Comissão observou que a conformidade da medida 1 com o teste OEM era também posta em causa pelo facto de a Decisão da GHA de 2013 ter tido em conta elementos como o ordenamento do território, a mobilidade e o emprego a longo prazo.

(171) A Comissão considera, porém, que a GHA, ao adotar a Decisão da GHA de 2013, foi sobretudo motivada por considerações económicas. A GHA considerou o impacto global da crise na PSA e na AG, mas também noutros operadores de terminais que detêm concessões no porto de Antuérpia. Além disso, a GHA considerou que geria um porto importante (o segundo maior na gama Hamburgo-Le Havre em termos de tráfego de contentores), em forte competição com outros portos e em particular com os outros portos da gama Hamburgo-Le Havre e o risco de comprometer a cooperação de longo prazo com a PSA e a AG se os RTM não fossem reduzidos (ver os considerandos 148 e 159 *supra*).

([45]) RTM originais: 2008: PSA: 1 010 183 TEU; AG: 665 208 TEU; 2009: PSA: 1 522 103 TEU; AG: 1 023 583 TEU.

(172) Por conseguinte, a Comissão conclui que elementos como o ordenamento do território, a mobilidade e o emprego a longo prazo apenas tiveram um papel secundário nas considerações da GHA quando adotou a Decisão da GHA de 2013.

Ameaças de abandonar o porto e risco de litígio

(173) Na decisão de início do procedimento a Comissão observou também que a PSA e a AG não podiam de forma credível ameaçar abandonar o porto de Antuérpia caso os RTM não fossem reduzidos ou a compensação não fosse suprimida (considerando 75 da decisão de início do procedimento). Os operadores de terminais de contentores podiam unilateralmente terminar a sua relação com a GHA, ao passo que a GHA podia revogar total ou parcialmente a concessão em caso de manifesta subutilização no terminal.

(174) Além disso, a decisão de início do procedimento também manifestou dúvidas sobre se existia um risco sério de litígio da parte da PSA e da AG (considerando 78 da decisão de início do procedimento). A PSA e a AG tinham enviado ofícios a explicar o seu ponto de vista jurídico à GHA em 19 de fevereiro de 2013 e 23 de fevereiro de 2013, ou seja, após a denúncia ter sido transmitida à Bélgica para observações em 29 de janeiro de 2013. Dito de outra forma, o risco teria sido mais credível se a PSA e a AG tivessem enviado esses ofícios antes de tomarem conhecimento da existência da denúncia.

(175) Devido às ligações contextuais, estas questões são avaliadas em conjunto nos considerandos que se seguem.

(176) Tendo analisado as alegações da Bélgica na sequência da decisão de início do procedimento e em especial a correspondência entre a GHA, por um lado, e a PSA e a GA, por outro, a Comissão sustenta que existia efetivamente um risco sério de a PSA e a AG contestarem a aplicação das sanções por parte da GHA pela não realização dos RTM originais em contencioso ou arbitragem, bem como um risco credível de que essa aplicação das sanções pela GHA fosse recusada pelo painel de arbitragem ou pelo tribunal nos termos do direito civil belga devido à doutrina de abuso de direito ([46]) ou devido à cláusula de penalização ser qualificada como punitiva ([47]).

(177) Com base nos elementos contemporâneos existentes, a Comissão considera que o direito civil belga prevê efetivamente a base para contestar a aplicação de sanções na íntegra pela não realização dos RTM contratuais se essa aplicação constituísse um abuso de direito ou a cláusula de penalização fosse qualificada como punitiva. Tal é confirmado pelo facto de que a AG e a PSA utilizaram argumentos relacionados com o abuso de direito e a cláusula de penalização punitiva quando comunicaram com a GHA antes da Decisão da GHA de 2013 ([48]), incluindo as notas jurídicas dos respetivos advogados ([49]). Embora não caiba à Comissão determinar até que ponto estas alegações podem ser eficazes, demonstram ser admissíveis e suficientemente credíveis, o que revela que o risco de litígio poderia ser entendido pela GHA como real.

(178) Além disso, (embora de um ponto de vista retrospetivo), a seriedade dos argumentos invocados pela AG e a PSA é ainda confirmada não apenas pelo conteúdo de […] ([50]), mas também pelo facto de a AG ([51]) e a PSA ([52]) terem efetivamente contestado as próprias sanções cobradas pela GHA com base nos RTM ajustados, alegando, nomeadamente, que a GHA abusava do direito e que as sanções pela não realização dos RTM ajustados eram punitivas e exorbitantes.

([46]) O direito civil belga advoga o princípio de «*pacta sunt servanda*», mas ao mesmo tempo prevê limites e exceções a este princípio. Um desses limites é o de que os direitos contratuais devem ser executados «em boa-fé» nos termos do artigo 1134.º, n.º 3, do Código Civil belga, ou seja, o abuso de direito («*rechtsmisbruik*») não é permitido. O abuso de direito pode ocorrer quando uma parte exerce os seus direitos de uma forma que claramente excede os limites do exercício normal desse direito por uma pessoa razoável e prudente. Ver Stijns, S., Verbintenissenrecht, die Keure, 2005, Volume I, p. 62 e seguintes., com referência à jurisprudência do Hof van Cassatie).

([47]) A finalidade das sanções contratuais pela violação de obrigações contratuais é compensar a parte lesada pelos prejuízos incorridos devido a essa violação da outra parte. As sanções são punitivas quando a sua finalidade é punir a parte faltosa para benefício da parte lesada na ausência de danos incorridos por esta última. As sanções punitivas vão contra a ordem pública do Estado belga e constituem motivos para a inaplicabilidade das mesmas.

([48]) Por exemplo, ofício de 19 de dezembro de 2011 da PSA dirigida à GHA (alegações de 19 de agosto de 2016 da Bélgica, anexo 7.44); também ofício de 19 de fevereiro de 2013 da PSA dirigida à GHA (alegações de 15 de março de 2016 da Bélgica, anexo 15).

([49]) Nota jurídica de 15 de fevereiro de 2012 dos advogados da AG (alegações da Bélgica de 15 de março de 2016, anexo 10); Nota jurídica de 11 de fevereiro de 2013 dos advogados externos da PSA (alegações da Bélgica de 20 de março de 2017, anexo 7.2).

([50]) […] (alegações da Bélgica de 20 de março de 2017, anexo 7.3).

([51]) Em 20 de junho de 2014, a GHA pediu arbitragem para o não pagamento de sanções por parte da AG pela não realização dos RTM ajustados e a AG contestou as sanções com base no abuso de direito e na cláusula de penalização excessiva (alegações de 18 de abril de 2016 da AG com nota de síntese da AG no processo de arbitragem).

([52]) A PSA iniciou um processo de arbitragem contra a GHA em 2 de maio de 2016 e pediu ao tribunal arbitral que ordenasse à GHA o reembolso à PSA do montante das sanções pela não realização dos RTM ajustados. Ver anexo 6 das observações de 2 de maio de 2016 da PSA sobre a decisão de início do procedimento, bem como o anexo 7.1, alínea a), e 7.1, alínea b), das alegações da Bélgica de 1 de dezembro de 2017.

(179) Além disso, a Comissão observa que a credibilidade dos argumentos utilizados pela AG no processo de arbitragem contra a GHA é confirmada pela decisão arbitral nesse processo ([53]). O tribunal arbitral entendeu que a aplicação das sanções pela não realização dos RTM ajustados nos termos da Decisão da GHA de 2013 não constituía abuso de direito nos termos do direito civil belga. Ao fazê-lo, o tribunal arbitral teve em conta o facto de que a GHA ajustou os RTM na sua Decisão da GHA de 2013 após ter em conta a crise, a situação da gama Hamburgo-Le Havre e a situação de Antuérpia numa perspetiva histórica e que esse comportamento estava em conformidade com aquilo que se podia esperar de uma autoridade portuária razoável e prudente.

(180) Além disso, contrariamente à AG, a PSA iniciou ela própria o processo de arbitragem contra a GHA reivindicando o reembolso das sanções pela não realização dos RTM.

(181) No atinente ao risco de litígio, e em especial o risco de litígio mal sucedido para a GHA, a Comissão conclui que o processo efetivamente iniciado pela PSA e a AG mostra que o risco era real e que um operador de mercado prudente teria considerado esse risco ao adotar decisões comerciais.

Conclusões relativas à medida 1

(182) Resulta das considerações anteriores, que, por uma questão de princípios, é concebível que um operador privado numa economia de mercado na posição da GHA tivesse reajustado os RTM contratualmente aplicáveis atendendo à crise. No que diz respeito às reduções concedidas pela GHA nos termos da medida 1, a Comissão concluiu que: i) o tempo decorrido entre o início da crise e o momento em que a GHA tomou a sua decisão não constitui uma indicação de que o teste OEM não foi cumprido; ii) a metodologia utilizada pela GHA para determinar o nível do ajustamento dos RTM parece ser razoável; iii) a decisão da GHA não conferiu um incentivo à PSA e à AG para deslocar o tráfego para outros portos nos quais a conformidade com os RTM era estritamente aplicada; iv) elementos como o ordenamento do território, mobilidade e emprego a longo prazo parecem ter tido apenas um papel secundário, e v) se os RTM não fossem ajustados, haveria um risco real de litígio mal sucedido que um operador privado numa economia de mercado teria tido em conta.

(183) Tendo todos estes elementos em conta, a Comissão conclui, em última análise, que a medida 1 deve ser considerada cumprir o teste OEM.

(184) Consequentemente, a Comissão conclui que a medida 1 não constitui uma vantagem económica, nem para a PSA, nem para a AG. Dado que os critérios do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE têm de ser cumulativos para que uma medida constitua um auxílio estatal na aceção desse artigo, a ausência de vantagem económica que, de outra forma, não está disponível em condições de mercado é suficiente para concluir que a medida objeto da denúncia não constitui auxílio estatal.

6.1.2. *Possível vantagem concedida pela medida 2*

(185) Para se avaliar se a GHA, ao adotar a medida 2, atuou como um OEM, e se, consequentemente, a medida 2 não constituiu uma vantagem na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE a favor da AG, é necessário determinar se a manutenção da regra 75/125 relativamente à AG resultou numa vantagem que a AG não teria obtido no caso de os RTM originais terem sido restabelecidos.

(186) Esta questão tem de ser avaliada à luz do facto de que em 2014 cerca de 30 % da área de concessão da AG foi transferida para a PSA. Ao restabelecer os RTM para a AG em 2015, a GHA deduziu uma quantidade correspondente à perda de 30 % da área de concessão dos RTM originais para atingir RTM de 1 247 630 TEU.

(187) A Comissão observa que a AG já estava a ter um desempenho superior ao dos RTM restabelecidos em 2014. Em 2015, a AG teve novamente um desempenho superior a esse nível. A questão de se um investidor em economia de mercado prudente teria restabelecido os RTM para a AG já em 2014 ou apenas em 2015 (como fez a GHA) não é, por conseguinte, relevante para determinar se a GHA concedeu uma vantagem a favor da AG. Em todo o caso a AG não teria de pagar sanções à GHA relativas a 2014 e 2015. Nos termos do restabelecimento dos RTM originais (devidamente ajustados pela perda de cerca de 30 % da área de concessão), bem como nos termos da continuação da aplicação da regra 75/125 (em linha com a medida 2), a AG não seria obrigada a pagar à GHA qualquer compensação.

([53]) Decisão arbitral de 16 de setembro de 2016 (anexo 5 das alegações da Bélgica de 5 de outubro de 2016).

(188) No tocante à dúvida manifestada na decisão de início do procedimento de que a perda da AG da área transferida não justificava manter a compensação reduzida em relação à AG porque esta não estava em qualquer caso a utilizar a área (considerandos 82 e 83 da decisão de início do procedimento), a Comissão faz referência ao considerando 184 *supra* e observa ainda que até 2016 a GHA restabeleceu a soma dos RTM originais da PSA e da AG, com a única diferença de que os RTM da PSA eram agora superiores comparativamente com os seus originais, ao passo que os da AG eram proporcionalmente inferiores. A Comissão sustenta que aplicar um total global de RTM superiores aos anteriores, como a autora da denúncia parece invocar, não seria apropriado uma vez que a área total de concessão disponível para a PSA e a AG (em conjunto) não aumentou comparativamente com a área total atribuída nos termos dos contratos de concessão originais.

(189) Por conseguinte, a Comissão conclui que a medida 2 não resultou numa vantagem económica a favor da AG. Dado que os critérios do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE têm de ser cumulativamente satisfeitos para que uma medida constitua um auxílio estatal na aceção desse artigo, a ausência de vantagem económica que, de outra forma, não está disponível em condições de mercado é suficiente para concluir que a medida objeto da denúncia não constitui auxílio estatal.

6.1.3. *Outras alegações apresentadas pela autora da denúncia*

(190) No tocante à alegação da autora da denúncia de que a vantagem concedida à PSA até 2012 continuou no período de 2013 a 2016, a Comissão faz referência ao considerando 85 da decisão de início do procedimento, que indicava que a medida 2 colocava termo a qualquer eventual vantagem para a PSA na medida em que só gradualmente, e não imediatamente, restabelecia os RTM originais. Além disso, o âmbito desta decisão é avaliar as medidas 1 e 2, conforme descrito no considerando 22, e conforme inicialmente descrito no considerando 49, pontos i) e ii) da decisão de início do procedimento. Não obstante, a Comissão sustenta que a GHA atuou de uma forma conforme com o mercado quando decidiu restabelecer gradualmente os RTM aplicáveis à PSA. Um restabelecimento imediato com efeitos em 2014 (conforme reivindicado pela autora da denúncia) teria resultado num aumento ano após ano (de 2013 a 2014) superior ao previsto nos termos dos RTM originais (ver também observações apresentadas pela Bélgica; considerando 153). Por conseguinte, uma reintegração imediata relativamente à PSA teria sido inconsistente com a prática administrativa anterior estabelecida pela GHA na elaboração de contratos de RTM aplicáveis a operadores de terminais que exercem atividade no porto.

7. **CONCLUSÃO**

(191) Conforme estabelecido nos considerandos 180 e 185, as medidas 1 e 2 não constituem auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE.

ADOTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1.º

As medidas que a Bélgica implementou e que consistiram, em primeiro lugar, na redução dos requisitos de tonelagem mínima e a redução subsequente de pagamentos de compensação devida pelos dois concessionários de terminal no porto de Antuérpia com efeito retroativo a partir de 2009 e, em segundo lugar, na manutenção dos requisitos de tonelagem mínima reduzidos em relação a um desses concessionários além de 2013 não constituem auxílio na aceção do artigo 107.º, n.º 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Artigo 2.º

O destinatário da presente decisão é o Reino da Bélgica.

Feito em Bruxelas, em 23 de novembro de 2018.

Pela Comissão

Margrethe VESTAGER

Membro da Comissão