DECISIÓN (UE) 2019/1246 DE LA COMISIÓN

de 23 de noviembre de 2018

relativa a la supuesta ayuda estatal SA.35905(2016/C) (ex 2015/NN) (ex 2012/CP) – Bélgica Concesionarios que operan en el puerto de Amberes

[notificada con el número C(2018) 7690]

(Los textos en lenguas francesa y neerlandesa son los únicos auténticos)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

LA COMISIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y en particular su artículo 108, apartado 2, párrafo primero,

Visto el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y en particular su artículo 62, apartado 1, letra a),

Después de haber emplazado a los interesados para que presentaran sus observaciones, de conformidad con los citados artículos ([1]), y teniendo en cuenta dichas observaciones,

Considerando lo siguiente:

1. PROCEDIMIENTO

(1) El 17 de diciembre de 2012, la Comisión recibió una denuncia presentada por la empresa Katoen Natie NV (en lo sucesivo, «denunciante» o «KN») sobre la supuesta ayuda estatal facilitada por Bélgica a dos concesionarios de terminales que operan en el puerto de Amberes, a saber: PSA Antwerp NV (en lo sucesivo, «PSA») ([2]) y Antwerp Gateway NV (en lo sucesivo, «AG»). Los días 4 y 7 de enero de 2013, el denunciante facilitó a los servicios de la Comisión información adicional sobre la supuesta ayuda.

(2) El 29 de enero de 2013, se remitió la denuncia a Bélgica para que presentara sus observaciones. Mediante carta de 8 de abril de 2013, Bélgica informó a los servicios de la Comisión de que, en su opinión, la medida a la que se refería la denuncia no constituía ayuda ilegal. Bélgica facilitó información adicional el 11 de julio de 2013.

(3) Mediante carta de 12 de julio de 2013, los servicios de la Comisión solicitaron información adicional a Bélgica, a lo que dicho Estado respondió el 2 de septiembre de 2013. A petición de los servicios de la Comisión de 4 de marzo de 2014, Bélgica facilitó aclaraciones adicionales los días 6 de marzo de 2014, 1 y 24 de abril de 2014 y 19 de mayo de 2014.

(4) El 11 de agosto de 2014, los servicios de la Comisión enviaron al denunciante una carta de evaluación preliminar en la que se afirmaba que, *prima facie*, la medida a la que se refería la denuncia no constituía ayuda estatal. En esa misma carta, se remitieron al denunciante las observaciones de Bélgica sobre la denuncia.

(5) Mediante carta de 9 de septiembre de 2014, el denunciante recurrió la evaluación preliminar de los servicios de la Comisión y notificó a la Comisión nuevos hechos sobre el asunto. El 7 de enero de 2015, Bélgica presentó observaciones sobre los nuevos elementos facilitados por el denunciante.

([1]) DO C 104 de 18.3.2016, p. 17.
([2]) Toda referencia a PSA deberá entenderse como una referencia a PSA Antwerp NV o, en su caso, a su sucesora jurídica, PSA DGD.

(6) Mediante carta de 18 de enero de 2016, la Comisión comunicó a Bélgica que había decidido incoar el procedimiento establecido en el artículo 108, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). En respuesta, Bélgica presentó sus observaciones el 15 de marzo de 2016. La Decisión de la Comisión de incoar el procedimiento (en lo sucesivo, «Decisión de incoación») se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* ([3]) el 18 de marzo de 2016. La Comisión invitó a los interesados a presentar sus observaciones.

(7) Entre el 18 de abril y el 3 de mayo de 2016, tres partes interesadas enviaron sus observaciones a los servicios de la Comisión. El 20 de mayo de 2016, los servicios de la Comisión remitieron a Bélgica las observaciones de las partes interesadas. Bélgica respondió a estas observaciones el 15 de junio de 2016.

(8) El 23 de junio de 2016, los servicios de la Comisión solicitaron información adicional a Bélgica, que la facilitó los días 19 y 29 de agosto de 2016.

(9) El 10 de octubre de 2016, AG facilitó información a los servicios de la Comisión.

(10) El 20 de octubre de 2016, los servicios de la Comisión solicitaron información adicional a las autoridades belgas, que la facilitaron el 16 de diciembre de 2016.

(11) El 20 de febrero de 2017, los servicios de la Comisión solicitaron información adicional a Bélgica, que la facilitó el 21 de marzo de 2017.

(12) En el marco de una reunión con los servicios de la Comisión que tuvo lugar el 2 de marzo de 2017, el denunciante facilitó información el 2 de marzo de 2017.

(13) El 7 de marzo de 2017, los servicios de la Comisión solicitaron información adicional a Bélgica, que la facilitó los días 5 y 20 de abril de 2017.

(14) Mediante cartas de 4 de agosto de 2017, los servicios de la Comisión solicitaron información a PSA y AG, quienes la facilitaron el 15 de septiembre de 2017.

(15) El 13 de noviembre de 2017, los servicios de la Comisión solicitaron información adicional a Bélgica, que la facilitó los días 1, 4 y 14 de diciembre de 2017.

(16) El 16 de julio de 2018, los servicios de la Comisión solicitaron información adicional a Bélgica, que la facilitó los días 18 y 27 de julio y 10 de agosto de 2018.

2. **CONTEXTO Y DESCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS**

(17) En 2004, como resultado de una licitación pública, la autoridad portuaria de Amberes (Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen; en lo sucesivo, «GHA») celebró contratos de concesión ([4]) con PSA y AG de una duración de 42 años para la prestación de servicios de transbordo de contenedores en la nueva terminal del puerto, la Deurganckdok (DGD).

(18) Los contratos incluían requisitos de tonelaje mínimo (RTM), medidos en unidades equivalentes a veinte pies (TEU), cuyo objetivo es evitar que los concesionarios mantengan inactivas las zonas que se les asignan. Los RTM

([3]) Véase la nota 1.

([4]) El término «contratos de concesión», utilizado en la presente Decisión por motivos de legibilidad, no implica necesariamente que dichos contratos sean auténticos contratos de concesión según su definición en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DO L 94 de 28.3.2014, p. 1).

para la DGD se introdujeron gradualmente durante una fase de puesta en marcha que concluyó en 2012 ([5]). A partir de entonces, se suponía que los RTM eran fijos. En el caso de no alcanzar los RTM previstos, los concesionarios estaban contractualmente obligados a abonar sanciones/compensaciones a la GHA. En las concesiones también se establecía que, en caso de infrautilización manifiesta por parte del concesionario o de insolvencia del concesionario, los contratos podrían rescindirse antes de la fecha de expiración fijada por la GHA.

(19) El tráfico de contenedores en la llamada «zona Hamburgo-Le Havre» ([6]) se redujo en un 15,8 % entre 2008 y 2009, y en los cinco puertos más importantes de esa zona (Róterdam, Amberes, Hamburgo, Bremen y Le Havre) lo hizo en un 16,3 % ([7]). Esta reducción del tráfico evidenció el impacto de la recesión económica mundial experimentada desde 2008 (en lo sucesivo, «crisis») en la zona Hamburgo-Le Havre. En Amberes, el tráfico total de contenedores también se redujo en un 16,3 %. En la DGD, el tráfico se redujo un 38,6 % en total (37,7 % para PSA y 39,9 % para AG). PSA y AG fueron incapaces de cumplir sus RTM, que seguían aumentando anualmente debido al mecanismo de introducción gradual. Por consiguiente, estaban contractualmente obligados a pagar compensaciones a la GHA, pero entre 2009 y 2012 no se abonó ninguna compensación.

(20) Como resultado de un intercambio de correos electrónicos entre la GHA y AG que tuvo lugar en diciembre de 2009, se examinó la posibilidad de reducir los RTM originales. En este contexto, la GHA sugirió inicialmente que se redujeran los RTM originales en el porcentaje de disminución del tráfico experimentado en la zona Hamburgo-Le Havre durante dicho año (es decir, un 15,8 %) ([8]). Desde febrero de 2011, la GHA recordó en repetidas ocasiones a PSA y AG los RTM no cumplidos y pidió su opinión al respecto. PSA y AG se refirieron en muchas de las respuestas ([9]) a su importancia para el desarrollo del puerto ([10]), y mencionaron su posible traslado a otros puertos ([11]) y los efectos de la crisis. Además, tanto PSA como AG presentaron dictámenes jurídicos de sus asesores en los que se explicaba por qué no resultaban aplicables o ejecutables las cláusulas de penalización ([12]). Tanto PSA como AG utilizaron posteriormente estos argumentos en procedimientos arbitrales contra la GHA ([13]).

(21) Tal y como se indica en el considerando 1, el 17 de diciembre de 2012, KN presentó una denuncia ante la Comisión por la no ejecución de los pagos de compensación que debían abonar PSA y AG por el incumplimiento de los RTM. En 1992, la GHA concluyó un contrato de concesión con KN. En 1998, se introdujeron RTM en el contrato de concesión de KN. En 2009, KN no cumplió los RTM. La GHA redujo la compensación que debía abonar KN por contrato (al igual que hizo con otros operadores de terminales en el contexto de la crisis), de modo que, en lugar de aproximadamente [180 000-250 000] EUR (*), KN debía pagar [7 500-9 000] EUR en lo relativo a 2009 (y solamente a 2009).

(22) El 26 de marzo de 2013, la GHA decidió reajustar los acuerdos de concesión con PSA y AG (en lo sucesivo, «Decisión de la GHA de 2013»). La Decisión de la GHA de 2013 se refería a los siguientes elementos:

Medida 1 (aplicable a PSA y AG), véanse los gráficos ([14]) **1 y 2:** la medida 1 ([15]) consiste en la reducción de los pagos de compensación adeudados por PSA y AG como resultado del incumplimiento de los RTM, con efecto retroactivo a partir de 2009, con arreglo a la «norma 75/125» establecida por la GHA. En virtud de dicha norma,

([5]) En el caso de PSA, se fijaron los siguientes RTM: 1 010 183 TEU para 2008; 1 522 103 TEU para 2009; 2 034 023 TEU para 2010; 2 447 751 TEU para 2011; 2 559 600 TEU a partir de 2012 y hasta el final de la concesión. En el caso de AG, se fijaron los siguientes RTM: 665 208 TEU para 2008; 1 023 583 TEU para 2009; 1 383 208 TEU para 2010; 1 595 167 TEU para 2011; 1 755 000 TEU a partir de 2012.

([6]) En la zona Hamburgo-Le Havre se sitúan los puertos marítimos más importantes de la costa del mar del Norte en Europa continental, es decir, Róterdam, Amberes, Hamburgo, Bremerhaven y 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]) Véase el correo electrónico enviado por la GHA a AG el 14 de enero de 2011, en el que se hace referencia a una carta de 3 de diciembre de 2010. Cabe señalar que en los contratos de concesión se preveía que, en caso de que la capacidad de trasbordo se redujera durante la concesión por motivos ajenos al concesionario, también debían reducirse proporcionalmente los volúmenes que debían lograrse.

([9]) Carta de 12 de enero de 2012 enviada por AG a la GHA (anexo 7.9 de la información facilitada por Bélgica el 19 de agosto de 2016); carta de 17 de enero de 2011 enviada por AG a la GHA (anexo 7.5 de la información facilitada por Bélgica el 19 de agosto de 2016); carta de 19 de diciembre de 2011 enviada por PSA a la GHA (anexo 7.44 de la información facilitada por Bélgica el 19 de agosto de 2016); carta de 24 de agosto de 2012 enviada por PSA a la GHA (anexo 7.50 de la información facilitada por Bélgica el 19 de agosto de 2016); carta de 28 de marzo de 2013 enviada por PSA a la GHA (anexo 7.55 de la información facilitada por Bélgica el 19 de agosto de 2016).

([10]) En 2014, las actividades de PSA y AG representaron aproximadamente el [15-40] % de los ingresos totales de la GHA, teniendo en cuenta todos los ingresos directos e indirectos relacionados con las actividades de PSA y AG en el puerto de Amberes.

([11]) Véase la nota 9.

([12]) Memoria de los asesores de AG de 15 de febrero de 2012 (información facilitada por Bélgica el 15 de marzo de 2016, anexo 10), memoria de los asesores externos de PSA de 11 de febrero de 2013 (información facilitada por Bélgica el 20 de marzo de 2017, anexo 7.2).

([13]) El 20 de junio de 2014, la GHA solicitó arbitraje por el impago de las sanciones impuestas a AG por no cumplir los RTM reajustados, y AG impugnó las sanciones alegando abuso de Derecho y cláusula de penalización excesiva (información facilitada por AG el 18 de abril de 2016, que incluye una memoria resumen del procedimiento de arbitraje de AG).

(*) Información confidencial.

([14]) Información redactada por la Comisión tomando como base los datos facilitados por Bélgica.

([15]) Véanse también los considerandos 49, inciso i), y 81 de la Decisión de incoación.

los RTM se ajustaron sumando el 125 % de la tasa de crecimiento anual de la zona Hamburgo-Le Havre a los RTM del año anterior. En caso de disminución del tráfico, se dedujo el 75 % de la tasa de reducción anual en la zona Hamburgo-Le Havre de los RTM del año anterior. Por lo tanto, la norma implica que PSA y AG deben tener unos resultados un 25 % superiores a los de sus homólogos en la zona Hamburgo-Le Havre. La referencia para establecer los nuevos RTM para el año 2009 fue el tráfico registrado en 2008 en la DGD. Esta necesidad de obtener resultados un 25 % mejores se basa en el historial de resultados del puerto de Amberes, puesto que, en lo relativo a las tasas de crecimiento anual del tráfico, la media calculada a más largo plazo era un 25 % superior a la de los puertos de la zona Hamburgo-Le Havre. La aplicación de la medida 1 dio lugar, exclusivamente en lo relativo a 2009, a reducciones de los RTM del 41,7 % (PSA) y el 29,7 % (AG) en comparación con los RTM previstos originalmente para 2009.

(23) El 12 de mayo de 2014, la GHA decidió lo siguiente:

Medida 2, véase el gráfico 2: la medida 2 ([16]) consiste en mantener las compensaciones reducidas (con arreglo a la norma 75/125) solamente para AG.

(24) PSA pagó a la GHA las sanciones reducidas derivadas del reajuste de los RTM en virtud de la Decisión de la GHA de 2013, pero se reservó el derecho a recurrir dicho pago debido a que la cláusula de penalización del contrato atentaba contra el orden público, al ser exclusivamente punitiva, así como a que la ejecución de las sanciones representaba un abuso de Derecho por parte de la GHA. El 2 de mayo de 2016, PSA solicitó que un tribunal de arbitraje ordenara a la GHA devolver a PSA las compensaciones que había pagado como resultado de la Decisión de la GHA de 2013. En el momento en que se adoptó la presente Decisión, el procedimiento aún no había concluido.

(25) AG no pagó las sanciones reducidas y, por consiguiente, fue emplazada por la GHA. El caso se remitió a un tribunal de arbitraje. AG señaló, entre otras cosas, que si bien solamente era posible aplicar una cláusula de penalización si los RTM no se habían cumplido debido a circunstancias relacionadas con AG, en realidad su incumplimiento se debía a la crisis, y que la aplicación de sanciones reducidas constituía un abuso de Derecho por parte de la GHA. Sin embargo, el resultado del procedimiento incoado fue que las sanciones reducidas aplicadas por la GHA se consideraron razonables.

(26) El 12 de mayo de 2014, la GHA modificó unilateralmente los contratos de concesión con PSA y AG. Los cambios introducidos correspondían a la asignación a PSA de una zona de la DGD inicialmente otorgada a AG pero en desuso por parte de esta. Como resultado, PSA pasó a disponer de una zona aproximadamente un 20 % mayor, y, a su vez, la zona de AG se redujo aproximadamente un 30 %, en comparación con las zonas inicialmente asignadas. Asimismo, la GHA decidió mantener la norma 75/125 respecto de AG en lo relativo a la medida 2 (véase el considerando 22). En cuanto a PSA, la GHA decidió aplicar la norma 75/125 por última vez en 2013. La GHA restableció gradualmente los RTM inicialmente acordados (mediante una incorporación gradual que finalizó en 2016) ([17]). Además, desde 2016, PSA ha estado sujeta a RTM adicionales para la zona que se le asignó en 2014.

(27) En 2015, el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas desestimó la denuncia de KN contra la GHA de que los ajustes realizados por la GHA en los RTM para AG y PSA constituían ayuda estatal ([18]). El tribunal concluyó, entre otros, que al ajustar los RTM la GHA tuvo en cuenta la crisis de una manera razonable, y que cabía asumir que un acreedor privado habría tomado una decisión similar. KN recurrió esta sentencia, de 12 de febrero de 2015. En el momento en que se adoptó la presente Decisión, el recurso se encontraba pendiente ante el Tribunal de Apelación de Bruselas.

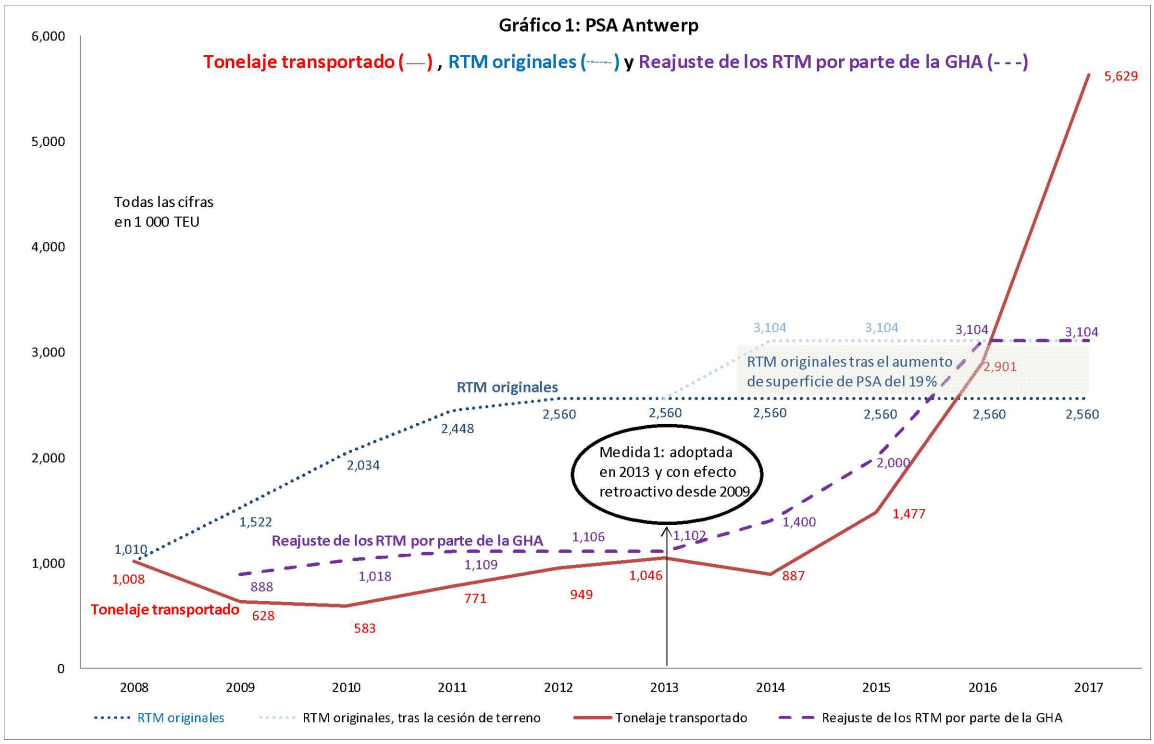
(28) El 15 de enero de 2016, la Comisión incoó el procedimiento de investigación formal. Manifestó reservas sobre si las medidas 1 y 2 constituían ayuda estatal.

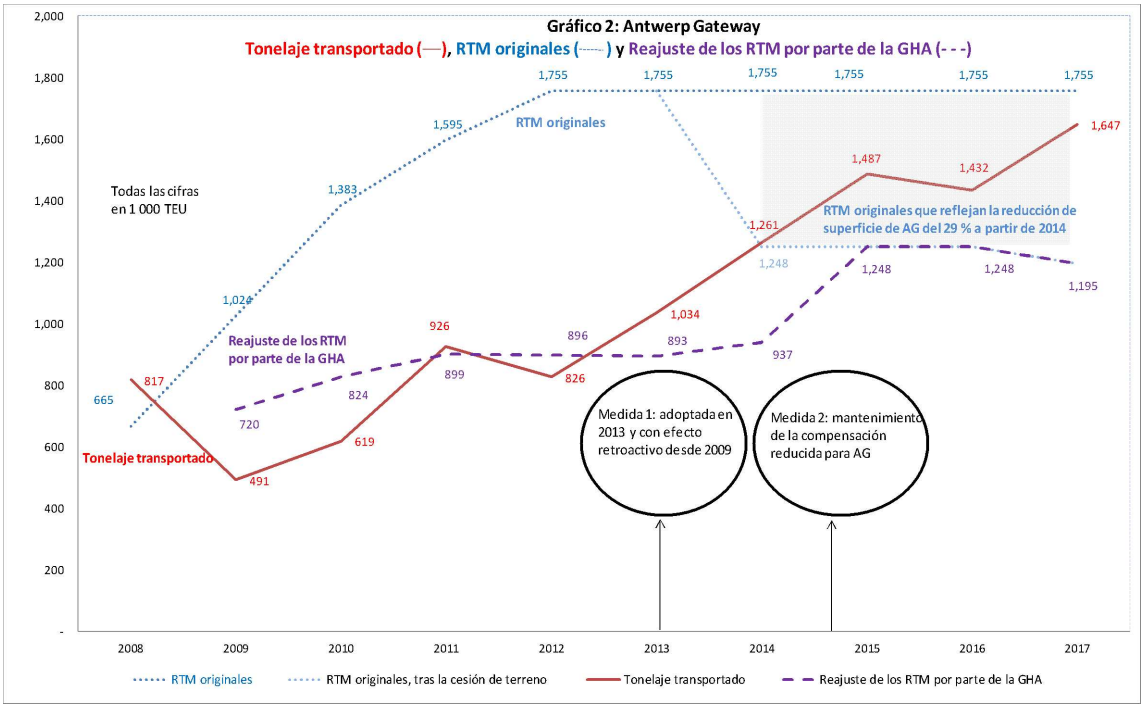
(29) En la presente Decisión se describen y analizan las medidas 1 y 2, tal y como se definen en el considerando 22 y como se definieron inicialmente en la Decisión de incoación, considerandos 49, incisos i) y ii), 81 y 82.

([16]) Véanse los considerandos 49, inciso ii), y 82 de la Decisión de incoación.

([17]) El mecanismo de incorporación gradual preveía los siguientes RTM para PSA: 1 400 000 TEU para 2014; 2 000 000 TEU para 2015; 2 559 600 TEU para 2016, más 544 526 TEU para la zona adicional asignada a PSA.

([18]) KN afirmó, entre otros, que la GHA había incumplido la obligación de suspensión prevista en el artículo 108, apartado 3, del TFUE, y solicitó al tribunal que le prohibiera aplicar la Decisión de la GHA de 2013 y que le ordenara facturar y cobrar la compensación pendiente o, con carácter subsidiario, que le obligara a revocar la decisión y a adoptar una nueva decisión para recaudar la compensación pendiente, dictándose una indemnización de los daños y perjuicios por cada día de incumplimiento.





3. DECISIÓN DE INCOACIÓN

3.1. Existencia de ayuda

(30) En la Decisión de incoación, la Comisión manifestó reservas sobre el hecho de que las medidas 1 y 2 constituyeran ayuda estatal a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE.

3.1.1. *Medida 1*

(31) En primer lugar, la Comisión planteó dudas sobre el hecho de que un operador privado racional hubiera esperado cuatro años para adoptar una decisión sobre la reducción de las compensaciones pendientes. Se hizo hincapié en que, al evaluar la conformidad de la medida 1 con el mercado, se deberían haber tenido en cuenta los efectos de la crisis. Asimismo, se señaló que solamente PSA y AG estaban sujetos a RTM progresivos, que aumentaron anualmente entre 2004 y 2012, mientras que, a todos los demás concesionarios del puerto de Amberes, incluido el denunciante, se les aplicaron RTM fijos. Por consiguiente, en el contexto de la crisis, la situación de PSA y AG era específica y distinta de la de los demás operadores que se encontraban activos en el puerto de Amberes.

(32) La Comisión reconoció que el impacto sin precedentes de la crisis obligó a empresas de todos los sectores de la economía a reajustar su funcionamiento.

(33) Además de hacer referencia al contexto de la crisis, la Comisión señaló que era importante para los intereses a largo plazo del puerto mantener la cooperación con PSA y AG.

(34) A pesar de estos argumentos, se consideró no obstante que un operador privado racional habría buscado maximizar sus beneficios (o minimizar las pérdidas) poniendo en marcha el procedimiento de recuperación de los importes lo antes posible. Se redujeron de manera significativa las compensaciones pendientes acumuladas desde 2009, y únicamente se gestionaron de manera retroactiva a través de la Decisión de la GHA de 2013.

(35) En una serie de reuniones celebradas desde 2009, la Junta Directiva abordó cuestiones relacionadas con datos sobre el tráfico, así como con la crisis, pero no abordó directamente la cuestión de enviar una factura por las compensaciones pendientes de PSA y AG derivadas del incumplimiento de los RTM. Tal y como se indica en el apartado 5.3 de la Decisión de la GHA de 2013, la cuestión de los RTM se estaba abordando en una serie de consultas, pero la facturación de las compensaciones pendientes había quedado pospuesta ([19]).

(36) En segundo lugar, la Comisión planteó dudas sobre el hecho de que un operador privado racional hubiera concedido a PSA y AG una reducción similar a la de la GHA. Se puso de relieve que, incluso si la reducción real del tráfico en la DGD en 2009 fue del 38,6 % (y no del 16 % como indica el denunciante), la disminución de la compensación fue de aproximadamente el 80 % (si bien durante un período de 4 años) ([20]).

(37) En tercer lugar, la Comisión manifestó reservas sobre el hecho de que un operador privado racional hubiera concedido a PSA y AG una reducción de la compensación, teniendo en cuenta que, a tenor de los contratos de concesión, la posición negociadora de la GHA parecía ser bastante sólida. Puesto que los operadores de terminales de contenedores no podían cesar unilateralmente su relación con la GHA, mientras que la GHA podía revocar total o parcialmente la concesión en caso de infrautilización manifiesta de la DGD, no es posible que PSA y AG amenazaran de manera creíble con abandonar el puerto de Amberes en caso de que no se redujeran los RTM o no se anulara la compensación.

(38) En cuarto lugar, la Comisión también señaló que el hecho de que la GHA no exigiera el pago de las compensaciones podría haber animado a PSA y AG a reubicar su tráfico en puertos en los que se aplicara estrictamente el cumplimiento de los RTM, con miras a evitar ser sancionadas en dichos puertos.

(39) En quinto lugar, la Comisión planteó dudas sobre el hecho de que la Decisión de la GHA de 2013 tuviera en cuenta elementos como la planificación del uso del suelo, la movilidad y el empleo a largo plazo. Según reiterada jurisprudencia ([21]), estos aspectos no económicos de las decisiones empresariales no deben tenerse en cuenta a la hora de aplicar el principio del operador en una economía de mercado.

(40) En sexto lugar, la Comisión manifestó reservas sobre si la GHA estaba realmente expuesta a un riesgo grave de litigio por parte de PSA y AG, y sobre si estas realmente habían amenazado con abandonar el puerto de Amberes. Después de que el 29 de enero de 2013 se enviara a Bélgica la denuncia relacionada con este caso para que presentara sus observaciones, se remitieron a la GHA cartas de PSA y AG con fecha 19 y 23 de febrero de 2013 en las que se explicaba su punto de vista jurídico.

([19]) Además, en referencia a PSA, el apartado 4.3 de la Decisión de la GHA de 2013 indica que se adoptó la decisión de posponer la facturación a la espera de nuevas investigaciones.

([20]) La reducción de la compensación no es igual a la reducción de los RTM. Ejemplo: RTM original = 2 500, RTM reajustado = 1 500, tráfico real = 1 200, sanción por unidad = 8. En este hipotético caso, la reducción de los RTM sería del 40 %, mientras que la reducción de las sanciones sería del 77 %.

([21]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2012, Comisión Europea/Électricité de France (EDF), C-124/10, ECLI:EU:C:2012:318, apartados 79 a 81.

3.1.2. *Medida 2*

(41) En lo relativo a la medida 2, la Comisión señaló que, debido a la crisis, era imposible cumplir los RTM iniciales. Puesto que la GHA indicó en su decisión de 12 de mayo de 2014 que no se podía seguir afirmando que era imposible cumplir los RTM iniciales debido a la crisis, la Comisión planteó dudas sobre si mantener la compensación reducida en caso de incumplimiento de los RTM para AG podía considerarse conforme al mercado.

(42) En concreto, parecía innecesario mantener la compensación reducida con miras a compensar a AG por la pérdida temporal de parte de su concesión, puesto que en realidad AG no estaba utilizando dicha zona. Tal y como se adoptaron en el marco de la medida 2, se preveía que la reducción de los RTM para AG (y las compensaciones posteriormente reducidas) se mantuviera en vigor hasta 2042, es decir, mucho después de los 7 años durante los que se transferiría parte de la concesión ([22]).

3.2. **Compatibilidad**

(43) La Comisión señaló que las medidas estudiadas dieron lugar a una mitigación de los costes que deberían haber sufragado PSA y AG, de modo que constituyeron ayuda de explotación. Esta ayuda no podía considerarse compatible con el mercado interior, puesto que no facilitó el desarrollo de actividades o zonas económicas. Por consiguiente, en el momento en que se adoptó la Decisión de incoación, la Comisión consideró que las excepciones previstas en el artículo 107, apartados 2 y 3, del TFUE no resultaban de aplicación.

4. **OBSERVACIONES DE LOS INTERESADOS**

4.1. **Katoen Natie**

(44) KN se mostró de acuerdo con la evaluación preliminar de la Comisión de que las medidas estudiadas eran imputables al Estado belga y añadió que, puesto que los principios de una administración sólida eran aplicables a la Decisión de la GHA de 2013, la Junta Directiva de la GHA debió ser consciente de que actuaba en aras del interés público en tanto que entidad de Derecho público.

(45) Según KN, todas las decisiones delicadas de la Junta Directiva de la GHA (incluida la decisión relativa a las consecuencias de no cumplir los RTM) se adoptaron con el apoyo pleno de la coalición gobernante en el Ayuntamiento de Amberes.

(46) KN también estuvo de acuerdo con la evaluación preliminar de la Comisión de que las medidas estudiadas eran de carácter selectivo.

(47) Según KN, a la luz de las decisiones adoptadas por la GHA en 2013 y 2014, la GHA se reservó el derecho de realizar evaluaciones facultativas específicas e individuales de cualquier circunstancia especial aplicada a esta concesión y de adoptar todas las decisiones que considerase apropiado. En la Decisión de la GHA de 2013, la GHA indicó que su decisión se basaba en el margen de discrecionalidad de que disponía la GHA. KN considera que esto demuestra que las medidas eran específicas para PSA y AG y, por lo tanto, selectivas.

(48) KN también estuvo de acuerdo con la evaluación preliminar de la Comisión de que las medidas falseaban la competencia y afectaban a los intercambios comerciales entre Estados miembros. En este contexto, KN hizo hincapié en que, debido a su ubicación tierra adentro y a sus adecuadas conexiones con las zonas de interior por ferrocarril, vías navegables y carretera, el puerto de Amberes servía de eje internacional y PSA y AG competían con otros operadores de terminales como KN, tanto en el puerto de Amberes como en la zona Hamburgo-Le Havre.

(49) KN estuvo de acuerdo con las reservas planteadas por la Comisión en la Decisión de incoación sobre el hecho de que la medida 1 constituyera una ventaja económica tanto para PSA como para AG.

(50) Asimismo, KN afirmó que un operador en una economía de mercado con una posición negociadora tan fuerte como la de la GHA habría cobrado por completo las compensaciones pendientes, o por lo menos habría negociado una reducción significativamente menor y proporcionada.

(51) KN señaló que los contratos de concesión otorgaban a la GHA unos derechos firmes, puesto que le daban derecho a solicitar 7,31 EUR por cada TEU no lograda y, en caso de infrautilización manifiesta, a imponer condiciones adicionales al concesionario para mejorar sus resultados o a revocar total o parcialmente la concesión.

([22]) La GHA abandonó la medida 2 y en 2015 volvió a establecer para AG los RTM originales, debidamente ajustados a la pérdida de terreno de AG. Desde 2015, AG está sujeta a un RTM anual de 1 247 630 TEU.

(52) KN también puso de relieve que los respectivos contratos de concesión permitían a la GHA cobrar directamente las multas coercitivas pendientes.

(53) Según KN, la reducción de las multas coercitivas fue desproporcionada y, por lo tanto, no se debía a la crisis. Mientras que la reducción total del tráfico registrada en el puerto de Amberes fue del 15,6 %, y en la DGD, donde operaban PSA y AG, del 38,6 %, la reducción aplicada a las sanciones fue del 80 %.

(54) Tal y como señaló posteriormente KN, la reducción de los RTM para PSA y AG seguiría aplicándose en el futuro, independientemente de cuánto durara la crisis. Por consiguiente, KN considera que la medida 2, consistente en mantener la reducción de los RTM después de 2013, no estaba motivada por la crisis.

(55) KN también señaló que la GHA había tenido en cuenta la planificación del uso del suelo, la movilidad y el empleo a largo plazo a la hora de adoptar las decisiones recurridas, y que la búsqueda de estos objetivos era incompatible con el principio del operador en una economía de mercado.

(56) KN observó que el comportamiento de la GHA en la etapa posterior a la crisis divergió del de otras autoridades portuarias de puertos cercanos de la competencia. El puerto de Róterdam reconoció, según indica KN, que facilitar una exención en lo relativo a las compensaciones habría resultado contraproducente.

(57) KN consideraba que la medida 1 no estaba justificada para evitar que PSA y AG abandonaran el puerto de Amberes. Según KN, nada indicaba que PSA y AG tuvieran previsto adoptar decisiones de desinversión debido a las dificultades para cumplir los RTM. En este sentido, KN hizo referencia a los volúmenes de negocio consolidados y a los beneficios generados entre 2013 y 2015 por los grupos a los que pertenecían PSA y AG. Los beneficios eran varias veces superiores a las multas coercitivas fijadas inicialmente para PSA y AG debido a los RTM no cumplidos en el puerto de Amberes.

(58) KN también afirmó que solamente la GHA tenía derecho a rescindir unilateralmente los contratos de concesión. La rescisión del contrato de concesión no habría tenido ninguna consecuencia económica negativa para la GHA, puesto que, aplicando la cláusula de rescisión del contrato, la GHA siempre podría solicitar compensación al concesionario por los daños sufridos debido a una rescisión motivada por este. Por lo tanto, la carga financiera adicional derivada de la rescisión recaería en el concesionario, y no en la GHA.

(59) KN señaló que la empresa MSC-Maersk también estaba interesada en acordar una concesión con la GHA. Toda pérdida derivada de la rescisión de los contratos con PSA y AG se habría mitigado a través de los ingresos generados por el nuevo titular de la concesión. Asimismo, KN afirmó que, cuando en 2004 se concedió inicialmente la concesión a PSA, Maersk también había sido una parte interesada, pero que la concesión se asignó a PSA debido a que se comprometió a cumplir mayores RTM.

(60) KN consideraba que las amenazas de litigio por los contratos de concesión de PSA y AG no eran creíbles, puesto que la legislación belga permitía aplicar compensaciones por los RTM no cumplidos. Además, la legislación belga no preveía ninguna doctrina de dificultades especialmente gravosas ([23]) aplicable a los contratos.

(61) En cuanto a la medida 2 en relación con AG, KN estuvo de acuerdo con la evaluación preliminar de la Comisión de que se conservaría cualquier posible ventaja relacionada con la reducción de los RTM a favor de AG debido a que la medida 2 mantenía esta reducción (en virtud de la norma 75/125) para dicha empresa.

(62) En cuanto a PSA, KN afirmó que la GHA le confirió una ventaja injusta al no restablecer los RTM aplicables a PSA en 2004 de inmediato, en lugar de hacerlo gradualmente, puesto que de este modo se conservó, al menos en parte, la reducción de los RTM. Dado que la GHA reconoció que no se podía seguir señalando la crisis como motivo para mantener los RTM de 2004 imposibles de cumplir, no había ninguna razón objetiva para no aumentar los RTM de inmediato. Sin embargo, la GHA solo aumentó los RTM de PSA gradualmente, entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2015. Esta situación constituyó una ventaja adicional para PSA.

(63) KN también afirmó que dicha ventaja aumentó incluso más como resultado de la zona adicional asignada a PSA el 12 de mayo de 2014, en la que PSA no estaba obligada a cumplir ningún RTM para 2014 y 2015.

([23]) Una cláusula de dificultades especialmente gravosas es una cláusula contractual que aborda los casos en que se producen acontecimientos no previstos que alteran de manera fundamental el equilibrio de un contrato, generando una carga excesiva para una de las partes implicadas. (https://en.wikipedia.org/wiki/Hardship_clause).

(64) KN señaló que se suponía que un acuerdo operativo de intercambio de buques entre Maersk, MSC y CMA CGM («P3 Network») traería consigo una mejora de las perspectivas económicas. Por consiguiente, la GHA debería haberlo tenido en cuenta al reajustar los RTM de PSA. Además, KN indicó que, si bien a partir de 2016 PSA quedó sujeta a los RTM originales, más los RTM adicionales específicos para la zona transferida, seguiría habiendo una ventaja para la empresa conjunta de PSA y MSC que sustituyó al titular de la concesión original. KN no cuantificó esta ventaja.

(65) En cuanto a la zona de concesión transferida de AG a PSA, KN afirmó que el hecho de que AG perdiera dicha zona no justificaba el mantenimiento de la compensación reducida respecto de AG, puesto que no estaba utilizándola, y el aumento de la zona de concesión de PSA debería haber dado lugar a un incremento de los RTM de PSA de 2004.

(66) En cuanto a la compatibilidad de las medidas estudiadas con el mercado interior, KN señaló que el artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE se refiere a «las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas». La palabra «facilitar» implica, en opinión de KN, que la ayuda debe servir como incentivo para que el beneficiario invierta en el desarrollo de una actividad o de una zona. Según KN, la GHA simplemente incentivó a PSA y AG para que redirigieran el tráfico a lugares que no fueran el puerto de Amberes. Por lo tanto, no sería posible determinar la compatibilidad en virtud de dicha disposición.

(67) También en lo relativo a la compatibilidad con el mercado interior, KN abordó las cuestiones del objetivo de interés común, la necesidad y la proporcionalidad de la ayuda, el falseamiento de la competencia y los efectos para los intercambios comerciales dentro de la UE. KN también estuvo de acuerdo con la evaluación preliminar de la Comisión de que las medidas constituían ayuda de funcionamiento para PSA y AG. KN concluyó que eran incompatibles con el mercado interior.

4.1.1. *Observaciones adicionales de KN*

(68) El 2 de marzo de 2017, KN presentó observaciones adicionales sobre la supuesta ayuda estatal concedida a PSA y AG, indicando que la GHA siguió facilitando ayuda estatal al menos hasta 2015. La GHA siguió aplicando las reducciones correspondientes a la crisis y eximió todos los pagos de compensación que AG y PSA debían pagar por el incumplimiento de los RTM originales. En 2015, PSA y AG no cumplieron los RTM establecidos en el contrato. Sin embargo, la GHA decidió ([24]) renunciar a exigir la ejecución de las obligaciones contractuales de PSA y AG. KN indica que, en consecuencia, sigue sin haberse pedido a PSA y AG que abonen una compensación por el incumplimiento material de las obligaciones relativas a los RTM acordadas en los contratos.

(69) Además, KN indicó que entre 2009 y 2015 se concedió a AG una ventaja selectiva por valor de 31 039 997,83 EUR, y a PSA una ventaja selectiva por valor de 61 122 116,16 EUR.

(70) KN puso de relieve que la ventaja económica concedida a AG y a PSA no podía considerarse una medida relacionada con la crisis, sino que constituía un beneficio estructural.

(71) Asimismo, KN señaló que PSA se había negado a pagar las compensaciones y había iniciado un procedimiento ante el Tribunal de Apelación de Bruselas para recuperar los pagos de compensación previamente realizados.

4.2. **PSA Antwerp**

(72) PSA no estaba de acuerdo con la afirmación de que las medidas en cuestión se financiaron con cargo a recursos estatales. En referencia al artículo 15, apartado 1, y al artículo 20 del Decreto de Puertos del Gobierno de Flandes, PSA afirmó que la GHA había recaudado en beneficio propio derechos portuarios de toda naturaleza y excluyendo a todas las demás autoridades, así como que la GHA recibía todos sus ingresos de la ejecución de poderes relacionados con la administración de un puerto y de todas las demás actividades que llevaba a cabo. Las pérdidas de la GHA no eran imputables al Estado belga y no le suponían ninguna carga adicional. Puesto que todos los ingresos derivados del ejercicio de los poderes de la GHA en relación con la administración portuaria realmente pertenecían a la GHA, y puesto que el Estado no incurrió en ningún coste en este sentido, las posibles ventajas concedidas a PSA no se financiaron con cargo a recursos estatales.

(73) Asimismo, PSA puso de relieve que la estructura de control para la GHA era independiente. El Decreto de Puertos del Gobierno de Flandes tenía como objetivo establecer una entidad jurídica distinta del Ayuntamiento de Amberes que asumiera todos los poderes de dicho ayuntamiento relacionados con la administración portuaria (artículo 1 del Estatuto de la GHA).

([24]) Decisión n.º 161146 de la Junta Directiva de la GHA, de 17 de mayo de 2016.

(74) PSA señaló que la GHA logró concluir uno o más acuerdos políticos con el Ayuntamiento de Amberes — especialmente en relación con la política portuaria y urbana (artículo 7, apartado 2, del Estatuto de la GHA)— y que, por consiguiente, el Ayuntamiento de Amberes no desempeñaba ninguna función de control, pero estaba obligado a negociar con la GHA con miras a lograr estos acuerdos políticos.

(75) Además, PSA explicó que los miembros del pleno municipal únicamente representaban una mayoría dentro de la Junta Directiva, pero no su totalidad. Estos miembros pertenecían a diferentes partidos, con una amplia variedad de opiniones políticas, y en total representaban menos de una tercera parte del pleno municipal de Amberes. Además, nunca se celebró una reunión en la que se presentara la opinión general del pleno municipal ante los miembros de la Junta Directiva designados.

(76) En resumen, PSA no se mostró de acuerdo con que las medidas estudiadas fueran imputables al Estado belga. Según PSA, los informes del pleno municipal no contenían indicio alguno de que este último desempeñara una función de control sobre la GHA. Por el contrario, se indicó en numerosas ocasiones que la GHA era una parte independiente en las negociaciones y los acuerdos. La PSA hizo referencia, entre otros elementos, a la sentencia emitida recientemente por el Tribunal de Justicia en el asunto Commerz Nederland ([25]), en la que se indicaba que debe ser posible deducir la imputabilidad «de un conjunto de indicios derivados de las circunstancias del asunto y del contexto en el que se produjo la medida». Asimismo, PSA citó en este sentido la investigación del catedrático Eric Van Hooydonk, que opina que la adopción de decisiones por parte de las autoridades portuarias municipales se basó casi exclusivamente en promover los intereses del puerto, y no en intereses municipales más amplios.

(77) PSA también observó que el director de supervisión portuaria solamente pudo realizar un examen administrativo de la legalidad en lo relativo a las decisiones de la GHA [artículo 25, letra c), del Estatuto de la GHA]. El director de supervisión portuaria carecía de poderes para examinar el contenido o la necesidad de una medida adoptada por el operador del puerto. En el presente asunto, el director de supervisión portuaria regional no participaba en la adopción de decisiones de la Junta Directiva de la GHA. Puesto que la decisión de la GHA no suponía una violación del Decreto de Puertos del Gobierno de Flandes, el director de supervisión portuaria ni siquiera pudo oponerse a esta decisión concreta. Ya que ni el Ayuntamiento de Amberes ni la Región de Flandes ejercían un control real, no se cumplían las condiciones previstas en el asunto Stardust Marine.

(78) En cuanto a la cuestión de si las medidas estudiadas implicaron una ventaja económica, PSA señaló que, con miras a aplicar el principio del operador en una economía de mercado, los tribunales han reconocido que la maximización de los beneficios no se logra exclusivamente a través de la recuperación de los costes reales a corto plazo ([26]). Según PSA, un acreedor privado también se habría orientado por las perspectivas a largo plazo, también debido a que los pagos exonerados constituían un incentivo creado para estimular el desarrollo del puerto. Por consiguiente, no se generaron pérdidas para la GHA, a excepción de la falta de recaudación de ingresos extraordinarios. Según PSA, los RTM establecidos se basaban en un estudio de mercado de 1998 que preveía un crecimiento anual continuado del 10 %, por lo que PSA considera que fueron demasiado ambiciosos desde el principio. PSA añadió que en 2012 todavía no habían desaparecido por completo los efectos de la crisis, puesto que en ese año el volumen de las importaciones a Europa seguía siendo inferior al de 2008 ([27]).

(79) PSA puso de relieve que las tasas que debían pagar por los RTM no cumplidos en la DGD eran superiores a las aplicadas en otras dársenas del puerto de Amberes (por ejemplo, [0,30-0,70] EUR por tonelada para PSA en la DGD, en comparación con [0,12-0,20] EUR por tonelada para KN en la Vrasenedok).

(80) PSA también sugirió que se tuviera en cuenta que, en el momento en que se produjo la crisis, la DGD todavía se encontraba en una fase de puesta en marcha.

(81) En cuanto al riesgo de que PSA abandonara el puerto de Amberes, PSA afirmó que existían medios para rescindir el contrato de concesión. En este sentido, PSA mencionó la rescisión anticipada de los contratos de concesión que había celebrado con la autoridad portuaria de […], con efecto a partir de […] y […]. Si PSA hubiera rescindido su contrato de concesión con la GHA, la pérdida para la GHA debido a las tasas de concesión habría sido de aproximadamente [10-16] millones EUR anuales.

([25]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2014, Commerz Nederland NV/Havenbedrijf Rotterdam NV, C-242/13, ECLI:EU:C:2014:2224, apartado 32.

([26]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 1991, República Italiana/Comisión de las Comunidades Europeas, C-305/89, ECLI:EU:C:1991:142, apartado 20. Sentencia del Tribunal General de 11 de septiembre de 2012, Corsica Ferries France SAS/Comisión Europea, T-565/08, ECLI:EU:T:2012:415, apartado 83.

([27]) OMS, Importaciones mundiales de mercancías, por regiones y determinadas economías, 2002-2012, https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/its2013_e/appendix_e/a07.xls.

(82) PSA indicó que podía rescindir el contrato tanto mediante la alegación de fuerza mayor, ya que el contrato resultó inviable debido a los graves efectos de la crisis para las actividades portuarias, como mediante la cancelación del contrato debido a que la cláusula de penalización no resultaba válida, o bien después de que PSA se declarara insolvente, en caso de que las sanciones inicialmente impuestas se hubieran cobrado en su totalidad.

(83) PSA también facilitó un cálculo simplificado de los beneficios que había generado a través de sus actividades en la DGD, que indicaba que, si las sanciones originalmente impuestas se hubieran cobrado en su totalidad, en 2013 las actividades habrían generado pérdidas.

(84) PSA observó lo siguiente:

— PSA podría haber obligado a la GHA a rescindir el contrato de concesión por generar una situación de infrautilización.

— La persistencia por parte de la GHA en el requisito de tonelaje original podría haber afectado a las futuras inversiones de PSA en el puerto de Amberes.

— Si PSA abandonara el puerto de Amberes, la GHA se enfrentaría a consecuencias negativas: en primer lugar, la GHA perdería unos ingresos en concepto de tasas de concesión de aproximadamente 12 millones EUR anuales y, en segundo lugar, la GHA tendría que pagar compensaciones financieras por las importantes inversiones inmobiliarias realizadas por PSA. Además, PSA se mostraría reticente a volver a invertir en el puerto de Amberes.

— El abandono del puerto por parte de PSA también habría afectado negativamente a otras fuentes de ingresos de la GHA, como los derechos portuarios, que están directamente relacionados con la cantidad de tráfico atraído por PSA.

— Con miras al futuro, la GHA habría tenido dificultades para encontrar un nuevo concesionario dispuesto a aceptar las mismas condiciones inicialmente acordadas con PSA.

(85) En cuanto a la pregunta de si PSA trasladó el tráfico a otros puertos en los que se aplicaban estrictamente los RTM, PSA puso de relieve que la GHA nunca eliminó los RTM, sino que simplemente los reajustó, y que los RTM reajustados seguían requiriendo unos resultados por encima de la media en la zona Hamburgo-Le Havre.

(86) En cuanto al volumen de la reducción, PSA señaló que la combinación de un método de estimación impreciso y orientado al futuro, por una parte, y la crisis, por otra, indujo a la GHA a autorizar que se redujeran los RTM. Además, PSA señaló en este contexto que los requisitos de tonelaje para los concesionarios de la DGD eran progresivos, mientras que los impuestos a los concesionarios del puerto de Amberes eran lineales.

(87) En cuanto a aspectos como la planificación del uso del suelo, la movilidad y el empleo sostenible, PSA comentó que solamente las consideraciones comerciales habrían sido suficientes para que un acreedor privado hubiera llegado a la decisión adoptada por la GHA.

(88) En cuanto a la credibilidad de la amenaza de que PSA pusiera en marcha un procedimiento judicial, PSA se refirió al memorando enviado a la GHA en febrero de 2013. En dicho memorando, PSA expresó la opinión de que la legislación belga no permitía aplicar la cláusula de penalización incluida en el acuerdo de concesión. Además, PSA instó a la GHA a que volviera a redactar la cláusula de penalización teniendo en cuenta los volúmenes totales logrados por PSA en todas las terminales de Amberes ([28]). Por otra parte, PSA afirmó que, si se determinara que las sanciones aplicadas entre 2009 y 2013 eran ilegales y, por consiguiente, no aplicables en virtud de la legislación belga, no habría existido ninguna ayuda estatal, debido a que la GHA no habría presentado ninguna denuncia respecto de PSA. PSA añadió que la cuestión de la legalidad en virtud de la legislación belga se examinaría más detalladamente a través de los procedimientos de arbitraje incoados entretanto.

(89) PSA no estaba de acuerdo con que las medidas estudiadas hubieran sido selectivas, puesto que PSA y AG se encontraban en una situación especial en comparación con los operadores portuarios que operaban en dársenas distintas de la DGD. La DGD era una dársena especialmente apropiada para recibir y manipular contenedores de alta mar. Otros operadores portuarios, centrados en productos metálicos y agrícolas, se encontraban situados en una dársena ubicada en un lugar sumamente adecuado por motivos logísticos. Por lo tanto, PSA considera que PSA y AG no formaban parte de la competencia del denunciante. PSA también señaló que las medidas no se habían adoptado específicamente para PSA y AG, sino que se aplicaban a los concesionarios de la DGD.

([28]) Ya que PSA operó en otras terminales de Amberes con resultados superiores a los RTM aplicables a dichas terminales, propuso compensar los RTM no cumplidos en la DGD con los excedentes de dichos RTM.

4.3. **Antwerp Gateway**

(90) AG señaló que ni siquiera estaba de acuerdo con la multa coercitiva reducida solicitada en la Decisión de la GHA de 2013 (medida 1). El Tribunal Arbitral está evaluando un litigio presentado sobre esta cuestión, después de que el Tribunal de Primera Instancia de Amberes declarara que carecía de competencia para conocer del asunto debido a la cláusula de arbitraje del contrato de concesión.

(91) AG cuestionó en primer lugar la necesidad de incluir cláusulas de penalización en los acuerdos de concesión entre las autoridades portuarias y los concesionarios. AG señaló que el objetivo de las empresas comerciales (como AG) es generar beneficios. Además, AG había realizado inversiones significativas en la DGD y obviamente tenía el fuerte incentivo de obtener una remuneración por ellas.

(92) Según AG, el objetivo del sistema de sanciones era evaluar la ampliación de la capacidad disponible y animar al concesionario a tomar medidas con miras a maximizarla.

(93) AG también adujo que no deberían haberse solicitado multas coercitivas por motivos de fuerza mayor, según su definición en el Código Civil belga. Según AG, existía fuerza mayor debido a la crisis. Otro aspecto del que no se podía responsabilizar a los concesionarios y que impidió que pudieran manipularse en el puerto de Amberes buques de contenedores ultragrandes fue el retraso en la profundización del río Escalda.

(94) AG también consideraba que los pagos de sanción eran ilegales en virtud de la legislación belga, puesto que tenían una naturaleza puramente punitiva y, por lo tanto, no compensaban las posibles pérdidas.

(95) Además, AG afirmó que el importe de la compensación era excesivo y desproporcionado en comparación con la posible pérdida en que incurriría la GHA. Por consiguiente, de conformidad con las normas aplicables en virtud de la legislación civil belga, la compensación debería reducirse al 25 % del importe solicitado.

(96) AG añadió que no debería aplicarse el IVA al importe de la compensación solicitado por la GHA, puesto que los pagos clasificados como cantidad a tanto alzado para posibles pérdidas no estaban sujetos a IVA.

5. **OBSERVACIONES DE BÉLGICA**

5.1. **Observaciones de Bélgica en respuesta a la Decisión de incoación**

(97) Bélgica se mostró en desacuerdo con que las decisiones de la GHA fueran imputables al Estado. En su opinión, la mera composición de la Junta Directiva (elegida por el «Estado») y la existencia de un comisario de puertos (con poderes más limitados que los del comisario del Gobierno en la SNCB), teniendo en cuenta la autonomía prevista en el Decreto de Puertos, no eran prueba suficiente de que las acciones de la GHA fueran imputables al Gobierno. Por lo tanto, el simple hecho de que la Decisión de la GHA de 2013 se presentara ante la Junta Directiva no permite asumir que dicha decisión fuera imputable al Estado.

(98) Bélgica también se mostró en desacuerdo con la afirmación de que la GHA otorgó ventajas económicas a PSA y AG al adoptar las medidas 1 y 2. En este sentido, Bélgica se refirió a jurisprudencia relacionada con la prueba del operador en una economía de mercado, en concreto los asuntos HAMSA/Comisión ([29]), Comisión/EDF ([30]), España/Comisión ([31]) y DM Transport ([32]). Bélgica puso de relieve que las medidas adoptadas por la autoridad eran razonablemente coherentes (es decir, proporcionadas) con la posición que un acreedor privado podría haber adoptado en circunstancias similares.

(99) Como observación general, Bélgica indicó que, en una sentencia sobre el fondo adoptada por el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas el 12 de febrero de 2015, ya se había reconocido que no se había facilitado ninguna ayuda estatal y que la GHA había actuado como un operador en una economía de mercado, concretamente como un hipotético acreedor privado ([33]).

(100) En cuanto a las dudas planteadas en la Decisión de incoación sobre el considerable intervalo de tiempo transcurrido entre el inicio de la crisis y la Decisión de la GHA de 2013, Bélgica hizo hincapié en que las posibles cancelaciones o liquidaciones de deuda suelen examinarse durante años antes de adoptarse medidas jurídicas.

([29]) Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 2002, Hijos de Andrés Molina, SA (HAMSA)/Comisión, T-152/99, ECLI:EU:C:2002:188, apartado 170.
([30]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2012, Comisión Europea/Électricité de France (EDF), C-124/10, ECLI:EU:C:2012:318, apartados 78, 79, 86 y 103.
([31]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 1999, España/Comisión, C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, apartado 46.
([32]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 1999, Déménagements-Manutention Transport SA (DMT), C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, apartados 24 y 30.
([33]) La sentencia fue recurrida por KN (véase el considerando 25). El recurso está pendiente de decisión.

(101) Además, Bélgica observó que los efectos de la crisis, las consecuencias excepcionales para los operadores derivadas del aumento de los RTM y los efectos para el puerto requerían una investigación más detallada. La considerable reducción del tráfico, que experimentó un declive sin precedentes del 15,8 % en la zona Hamburgo-Le Havre y del 15,6 % en Amberes, tuvo consecuencias extraordinarias y a largo plazo: en 2012, el volumen de transbordos de contenedores en el puerto de Amberes seguía siendo un 0,1 % inferior al de 2008. El declive del 15,6 % experimentado en Amberes en 2009, junto con el impacto a largo plazo de la crisis, hizo que la GHA llevara a cabo en 2013 un examen estructural de la cuestión de los RTM. Además, se formalizó el procedimiento empleado para determinar y asignar déficits volumétricos de manera estandarizada para todos los concesionarios sujetos a requisitos de tonelaje en virtud de la Decisión de la GHA de 2013.

(102) Bélgica también planteó la pregunta de si las investigaciones sobre las ayudas estatales no deberían abordar la eficacia y la determinación del Gobierno, en lugar de la cuestión de si los efectos financieros y económicos de las medidas gubernamentales (y sus efectos en el gasto de recursos estatales) correspondían al comportamiento de un acreedor privado. Resultaba mucho menos pertinente determinar si un operador privado habría adoptado esa misma decisión más rápidamente.

(103) En cuanto a las dudas planteadas en la Decisión de incoación sobre la magnitud de la reducción, Bélgica reiteró que solamente se habían incrementado progresivamente los RTM de PSA y AG, mientras que otras empresas estaban sujetas a RTM fijos. Por consiguiente, las repercusiones de la crisis fueron exponencialmente mayores para PSA y AG que para otros concesionarios, y conceder el mismo trato a PSA/AG que a las demás empresas habría sido discriminatorio.

(104) Bélgica señaló que los RTM aplicables a PSA y AG se cumplieron correctamente durante los tres primeros años, a pesar del aumento sustancial de aproximadamente el 250 % (de 298 000 TEU en 2006 a 1 010 183 TEU en 2008 en el caso de PSA y de 187 000 TEU en 2006 a 665 208 TEU en 2008 en el caso de AG).

(105) Bélgica también señaló que los RTM aplicables a las concesiones de la DGD diferían fundamentalmente de los impuestos a KN, que ha sido titular de una concesión en la dársena Vrasedok, puesto que los RTM por metro cuadrado eran de aproximadamente [14-19] toneladas para las concesiones de la DGD y de [2-4] toneladas para KN, y la compensación aplicable por las toneladas no logradas era de aproximadamente [0,30-0,70] EUR por tonelada para los concesionarios de la DGD y de [0,12-0,20] EUR por tonelada para KN. Si la GHA hubiera aplicado a PSA y AG, en lo relativo a los déficits registrados en el período 2009-2012, la compensación por tonelada no lograda aplicable a KN (es decir, [0,12-0,20] EUR por tonelada, en lugar de [0,30-0,70] EUR por tonelada) y hubiera tomado como base los RTM originales aplicables a PSA y AG, el importe cobrado a PSA habría sido de aproximadamente [10-15] millones EUR, en lugar de los [8-10] millones EUR realmente cobrados, y el importe cobrado a AG habría sido de aproximadamente [4-7] millones EUR, en lugar de los aproximadamente [2-5] millones EUR realmente cobrados.

(106) Otros concesionarios del puerto lograron en 2012 tonelajes similares a los niveles previos a la crisis y no tuvieron dificultades para cumplir los RTM aplicables.

(107) Aplicándose los RTM originales, PSA y AG debían lograr un aumento adicional del 70 %, si bien el tráfico total en el puerto de Amberes se redujo un 15,6 % en 2009, y en 2012 era ligeramente inferior al volumen de 2008. El impacto exponencial del declive de 2009 fue mayor para PSA y AG. Asimismo, a PSA y AG no les bastó con que los volúmenes de tráfico, tanto en el puerto de Amberes como los suyos propios, volvieran gradualmente a los niveles previos a la crisis. Si bien para otros operadores el regreso al nivel previo a la crisis significaba que ya no sufrían problemas, en el caso de PSA y AG esta situación seguía imponiendo RTM gravosos.

(108) En principio, y si el volumen de la DGD hubiera evolucionado con normalidad durante los primeros años, los dos operadores habrían logrado sus volúmenes máximos de manera normal. Tras recuperarse de la crisis tres o cuatro años después, no habrían tenido que pagar ninguna compensación. Simplemente debido a que la crisis surgió en el momento en que se estaba construyendo la nueva dársena y a la situación concreta en lo relativo a dicha dársena, el problema fue mucho mayor para PSA y AG que para otros operadores del puerto. Según Bélgica, no hubo ninguna selectividad (puesto que la posición de los operadores de la DGD no era comparable con la de los demás operadores del puerto) ni ninguna ventaja.

(109) Además, Bélgica afirmó que los RTM originales se basaban en un patrón de mercado específico previsto que estaba respaldado por un amplio consenso sobre las tendencias anticipadas. Sin embargo, posteriormente se concluyó que las expectativas subyacentes no eran realistas debido a circunstancias que se encontraban fuera del control de los operadores implicados y de la GHA. En Róterdam, los RTM originales se reajustaron a los cambios producidos en la situación económica antes de que las concesiones de Tweede Maasvlakte entraran en vigor. En dicho puerto, nadie presentó objeciones a este enfoque. Por analogía, no sería razonable requerir que se siguiera aplicando el sistema de incrementos sustanciales impuesto a PSA y AG incluso durante los años posteriores, en un momento en que la economía europea se enfrentaba a una crisis imprevista y sin precedentes.

(110) En cuanto al riesgo de que PSA y AG abandonaran el puerto de Amberes, al menos parcialmente, Bélgica señaló que, para determinar si la GHA ha actuado como un inversor privado, pueden y deben tenerse en cuenta los intereses a largo plazo de la autoridad portuaria. En este sentido, Bélgica afirmó que el valor absoluto de los pagos de concesión y los pagos conexos que PSA y AG generaron entre 2008 y 2012 era varias veces superior al importe de 13,5 millones EUR, es decir, la compensación que PSA y AG debían en virtud de la Decisión de la GHA de 2013 por no cumplir los RTM modificados.

(111) Además, Bélgica se refirió a otros ingresos asociados con las concesiones de PSA/AG, en concreto ingresos de funcionamiento de la GHA, que en el período 2012-2014 habitualmente superaron los [200-400] millones EUR. De estos ingresos de funcionamiento, el [30-50] % procedía de las tasas de concesión y el [30-50] % de cánones portuarios pagados por barcos de amarre.

(112) Asimismo, Bélgica señaló que en 2014 los ingresos directos de la GHA procedentes de la gestión de las concesiones asignadas a PSA y AG fueron de aproximadamente [50-90] millones EUR, es decir, alrededor del [15-40] % del volumen de negocios total de la GHA.

(113) En cuanto al riesgo de que la aplicación de los RTM originales hubiera conllevado una reducción de las actividades de PSA y AG en el puerto de Amberes, Bélgica indica que PSA y AG ya habían decidido en el pasado desinvertir en otros puertos. Bélgica recordó que los operadores implicados dirigían una red mundial de terminales y que el rendimiento y las estructuras de costes de las distintas terminales podrían compararse mucho más rápidamente a través de evaluaciones comparativas. Tal y como indicó Bélgica posteriormente, en otros puertos se adoptaron medidas (por ejemplo, reducción de los cánones portuarios) para compensar parcialmente los costes de la crisis y, después de la crisis, se dispuso de una capacidad adicional que permitió trasladar las operaciones. Habida cuenta de estos factores, la GHA determinó que PSA y AG no aceptarían pagar por el incumplimiento de los RTM originales y que existía un riesgo real de que se trasladaran a puertos cercanos.

(114) En cuanto a si los acuerdos de concesión podían o no rescindirse o modificarse, Bélgica afirmó que PSA y AG podrían haber invocado fuerza mayor debido a la crisis o haber declarado que los pagos de compensación por el incumplimiento de los RTM constituían cláusulas de penalización prohibidas y que, por lo tanto, no resultaban válidos (tanto AG como PSA señalaron este aspecto durante los procedimientos de arbitraje). Además, la quiebra de un concesionario que estructuralmente generara pérdidas también podría haber llevado a la rescisión del contrato.

(115) Bélgica también señaló que, en la zona Hamburgo-Le Havre, los operadores de terminales competían por atraer y conservar volúmenes de tráfico. En ese contexto, la GHA debía mantener su competitividad y estaba sujeta al poder de adquisición de los concesionarios.

(116) Tal y como también explicó Bélgica, la GHA debía tener en cuenta que los contratos de concesión se redactaron en contextos económicos diferentes, tanto en lo relativo a la demanda (*boom*) como a la capacidad (capacidad limitada en Europa noroccidental). La crisis hizo que los puertos empezaran a operar en un mercado de compradores. Por lo tanto, las empresas de navegación, en parte debido a su tamaño y a su situación en materia de capacidad, se convirtieron en el actor dominante y utilizaron su gran poder de negociación.

(117) En cuanto a si la Decisión de la GHA de 2013 animó específicamente a PSA y AG a transferir su tráfico a otros puertos en los que se aplicaran estrictamente los requisitos de tonelaje, con miras a evitar ser sancionadas en dichos puertos, Bélgica hizo referencia a las medidas adoptadas por otros puertos de la competencia para mitigar los efectos de la crisis en los usuarios, como reducir los cánones portuarios. Bélgica también citó los ejemplos de Hutchinson Whampoa, que suspendió temporalmente sus inversiones en la ampliación de su propio puerto en Felixstowe, y del operador del puerto de contenedores y el parque de logística del London Gateway (DP World), que también redujo sus inversiones o las pospuso parcialmente. En este contexto, Bélgica no citó sin embargo ningún caso de reducción de los RTM, sino que afirmó que los ejemplos ofrecidos señalaban hacia una misma idea, es decir, la reducción de las inversiones o los compromisos durante la crisis.

(118) Además, Bélgica explicó que el hecho de que la GHA no decidiera hasta 2013 cómo gestionar los RTM no cumplidos entre 2009 y 2012 no constituía un incentivo para que PSA y AG desviaran el tráfico a otros puertos.

(119) En cuanto a elementos de la Decisión de la GHA de 2013 como la planificación del uso del suelo, la movilidad y el empleo a largo plazo, Bélgica señaló que, en este caso, las consideraciones de planificación del uso del suelo y empleo a largo plazo reforzarían los motivos económicos. Incluso si dichas consideraciones también desempeñaban una función, reforzaban la idea de que la acción de la GHA estaba motivada por el deseo de evitar que PSA y AG abandonaran el puerto de Amberes. Bélgica considera que la simple referencia a aspectos no económicos no resta importancia a la conclusión de que la GHA había actuado como un inversor de mercado privado.

(120) En cuanto al riesgo de que PSA y AG incoaran medidas jurídicas para recurrir la aplicación plena de los RTM previstos en el contrato, Bélgica hizo hincapié en que una autoridad pública podría tener en cuenta los riesgos procesales al decidir adoptar una medida (por ejemplo, el riesgo de aplazamiento excesivo de la deuda o de procedimientos de quiebra) ([34]) y en que las normas sobre ayudas estatales no impedían automáticamente, por ejemplo, un acuerdo transaccional ([35]). Por consiguiente, la existencia de una denuncia posiblemente legítima fue un factor importante al determinar si la autoridad pública actuó como acreedor privado ([36]). Por consiguiente, la GHA debía tener en cuenta que PSA y AG podían recurrir el cobro total de la compensación por los RTM no cumplidos ante los tribunales nacionales o los mecanismos de arbitraje, y que los tribunales y mecanismos podrían haber denegado el cobro total, entre otros motivos, por tratarse de un abuso de Derecho por parte de la GHA o de la aplicación de una cláusula de penalización punitiva.

(121) Bélgica hizo referencia al considerando 78 de la Decisión de incoación, en el que se indica que Bélgica, con miras a demostrar el supuesto riesgo de litigio, facilitó a la Comisión cartas de PSA y AG en las que explicaban su punto de vista jurídico. Sin embargo, las cartas eran de fecha 19 de febrero de 2013 y 23 de febrero de 2013. Por tanto, los supuestos beneficiarios las enviaron a la GHA después de que el 29 de enero de 2013 se remitiera a Bélgica la denuncia a la que se refiere el presente asunto para que dicho Estado presentara sus observaciones. Bélgica afirmó que, en el momento en que se interpuso la denuncia, todavía no se había adoptado ninguna decisión sobre los RTM no logrados durante el período 2009-2012. Puesto que esa decisión no se adoptó hasta la Decisión de la GHA de 2013, PSA y AG no habrían podido incoar ninguna acción jurídica antes de que se emitiera la Decisión de la GHA de 2013 y de que se presentara la denuncia de ayuda estatal.

(122) Además de las dudas planteadas por la Comisión en la Decisión de incoación, Bélgica observó que incluso los RTM reajustados eran sustancialmente superiores a los RTM propuestos por PSA y AG en la consulta inicial del mercado que, como resultado de una licitación pública, dio lugar a la asignación de las concesiones a PSA y AG. En concreto, los requisitos de tonelaje iniciales de 16 700 000 toneladas (1 336 000 TEU) se incrementaron posteriormente hasta 53 932 500 toneladas (4 131 600 TEU). El aumento significativo de los RTM se debió a que una reconfiguración de las diversas concesiones en las orillas derecha e izquierda de la DGD también permitió optimizar los transbordos realizados por los operadores implicados. Al realizarse el reajuste, las previsiones se basaron en un pico del mercado.

(123) Además, Bélgica observó que la Decisión de la GHA de 2013 era acorde a decisiones similares de otras autoridades portuarias, lo que, en opinión de dicho Estado, era una prueba más de su conformidad con el mercado.

(124) En cuanto a la medida 2, Bélgica comentó que, según la Decisión de la GHA de 2013, estaba previsto que los RTM reajustados se aplicaran hasta que finalizara el contrato de concesión.

(125) Bélgica también señaló que, como resultado de la cesión de terrenos acordada, AG debía cumplir los RTM aplicables con una zona de concesión aproximadamente un 30 % más pequeña. A pesar de que AG no estaba utilizando la parte que en aquel momento se cedió a PSA, los RTM seguían aumentando y AG habría necesitado ese espacio en el futuro.

(126) Bélgica afirmó que no hubo selectividad a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE. Tal y como explicó Bélgica, a todos los concesionarios con requisitos de tonelaje se les pedía anualmente que explicaran y justificaran los déficits volumétricos a través del procedimiento normalizado previsto en la Decisión de la GHA de 2013. Por lo tanto, la GHA les había ofrecido un trato igualitario. El propio denunciante podía utilizar este sistema. Según Bélgica, solamente había un «sistema de referencia», según su definición en el proyecto de Comunicación de la Comisión de 2014 ([37]), que se aplicaba a todos los concesionarios.

5.2. **Observaciones de Bélgica en respuesta a las observaciones de terceras partes**

(127) Bélgica reiteró el riesgo de que PSA y AG abandonaran el puerto de Amberes si se exigían los pagos de compensación. En este contexto, se refirieron, por ejemplo, a que PSA y AG ya habían desinvertido en Dubai y la

([34]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de enero de 2013, Frucona Košice a.s./Comisión Europea, C-73/11P, ECLI:EU:C:2013:32, apartado 81; sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 2013, Comisión Europea/Buczek Automotive sp. z o.o, C-405/11P, ECLI:EU:C:2013:186, apartados 59 y siguientes.

([35]) Por ejemplo, Decisión de la Comisión de 13 de marzo de 2000 sobre la medida de ayuda estatal n.º 94/98, Leuna 2000/Elf/Mider, Alemania, *Vergleichsvereinbarung* (DO C 327 de 28.12.2002, p. 10), SG(2000) D/102293, apartados 19 y siguientes; Decisión de la Comisión, de 26 de mayo de 2010, relativa a la ayuda estatal en forma de acuerdo fiscal transaccional ejecutada por Bélgica en favor de la sociedad Umicore S.A. (antigua Union Minière S.A.) [Ayuda estatal C 76/03 (ex NN 69/03)] [notificada con el número C(2010) 2538] (1) (DO L 122 de 11.5.2011, p. 76).

([36]) Decisión 2011/276/UE.

([37]) Proyecto de Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Bruselas, 2014, párrafos 126 y siguientes. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719(05)&from=ES.

India en el pasado. Además, PSA había rescindido prematuramente su concesión en el puerto de […]. Por lo tanto, el miedo de la GHA de que PSA y AG también rescindieran las concesiones de Amberes era real, y las decisiones adoptadas por la GHA para reducir los RTM, renunciando de tal modo a parte de los pagos de compensación, eran acordes al principio del operador en una economía de mercado.

(128) Bélgica también reiteró que otros participantes del mercado adoptaron medidas similares a las de la GHA al reducir las inversiones planeadas, o al repartirlas durante períodos más largos de los inicialmente previstos. Además, otras autoridades portuarias habían reducido las tasas portuarias y los RTM (si bien algunas autoridades portuarias directamente no aplicaban RTM).

(129) En respuesta a las observaciones presentadas por KN, Bélgica se manifestó en desacuerdo con el hecho de que KN formara parte de la competencia de PSA y AG, y en este contexto se refirió a las decisiones del Raad van State y el Hof van Beroep.

(130) En cuanto a la selectividad, Bélgica no estaba de acuerdo con la alegación de KN de que las decisiones de la GHA no se adoptaron en el marco de «una política general». Sin embargo, la Decisión de la GHA de 2013 ofreció una medida general destinada a hacer frente a las consecuencias de la crisis, relacionada tanto con el tráfico de contenedores como con el tráfico de cargas a granel. Según Bélgica, la decisión adoptada para PSA y AG tuvo en cuenta la situación factual específica de estos dos concesionarios.

(131) En cuanto a las observaciones de KN sobre la medida 2, Bélgica señaló que KN, al afirmar que deberían aplicarse RTM incluso superiores a PSA, no tuvo en cuenta el contexto general de la relación entre la GHA y los concesionarios. Además, KN no tuvo en cuenta que el objetivo principal de los RTM era animar a los concesionarios a utilizar al máximo posible el potencial de una concesión, y no convertirse en una fuente autónoma de ingresos.

5.3. **Información presentada por Bélgica en respuesta a las solicitudes de información de la Comisión**

5.3.1. *Ventaja: medida 1*

(132) Bélgica demostró que la GHA había exonerado en varias ocasiones de pagos de compensación a concesionarios distintos de PSA y AG, no obstante la existencia de cláusulas de compensación en los acuerdos de concesión correspondientes, en casos en los que entre 2009 y 2012 no se cumplieron los RTM previstos en los contratos. En otros muchos casos, la GHA recaudó pagos de compensación de conformidad con las cláusulas de compensación previstas en los respectivos acuerdos de concesión de concesionarios que no habían cumplido los RTM fijados en los contratos.

(133) Las decisiones de cobrar o no los pagos de compensación se adoptaron a través de un procedimiento aplicado por la GHA. Por ejemplo, en abril de 2010, la GHA invitó a los titulares de concesiones del puerto de Amberes a explicar por qué en 2009 no habían cumplido los RTM previstos en sus contratos.

(134) En respuesta a la solicitud de información de la Comisión de 23 de junio de 2016 sobre el posible incumplimiento de los RTM por parte de AG más allá de 2014, Bélgica aclaró que la GHA había decidido ([38]) esperar a los resultados del procedimiento de investigación formal de la Comisión antes de adoptar una decisión para el año 2015. Además, la GHA también quería esperar a que el Colegio de Árbitros emitiera una decisión. Posponer la decisión no implicaba que se exoneraría a AG de todo pago correspondiente a 2015. La GHA se había reservado explícitamente todos los derechos relativos a la facturación de un posible incumplimiento de los RTM por parte de AG. La GHA también puso de relieve en su Decisión que posponer la decisión sobre los RTM correspondientes a 2015 no podía interpretarse como una renuncia de sus derechos.

(135) Además, Bélgica informó a la Comisión de que había restablecido los RTM originales para AG con efecto para 2015, debidamente reajustados a la pérdida de terreno disponible como resultado de la cesión de terrenos.

5.3.2. *Ventaja: medida 2*

(136) En cuanto a la pregunta de por qué la GHA no volvió a aplicar los RTM originales para PSA en 2014, en lugar de introducirlos gradualmente a través de RTM de 1 400 000 TEU en 2014 y de 2 000 000 TEU en 2015, de modo que el nivel total de 2 559 600 TEU no se alcanzó hasta 2016, Bélgica explicó lo siguiente:

([38]) Información facilitada por Bélgica el 4 de abril de 2017 sobre la Decisión n.º 161146 de la GHA, de 17 de mayo de 2016.

(137) Suponiendo que en 2014 la actividad económica ya hubiera recuperado el nivel previo a la crisis, esto no implica que para los operadores de la DGD (AG y PSA) los RTM pudieran volver a su nivel original. De hecho, a pesar de que el tráfico ha recuperado el nivel previo a la crisis después de entre 3 y 5 años, los RTM no se mantuvieron al mismo nivel, sino que siguieron aumentando. Esta situación es específica de la DGD, puesto que fue la única terminal en la que los RTM siguieron aumentando anualmente durante la crisis debido a la puesta en marcha de las operaciones en la DGD y al hecho de que siempre se necesitan varios años para equipar plenamente una nueva terminal, así como para asumir nuevo tráfico adicional hasta lograr la capacidad máxima. En otras palabras, aunque en una situación normal de RTM fijos recuperar el nivel previo a la crisis permite solventar los déficits de RTM generados por la crisis, este no es el caso de las concesiones de la DGD. Solamente este hecho hace que los operadores de la DGD se encuentren en una situación mucho más complicada y justifica la necesidad de un período mucho más largo para la recuperación. Esta situación también puede mirarse desde otro ángulo: recuperar los niveles originales implicaría que la GHA impondría aumentos incluso superiores para el tráfico adicional de contenedores de los previstos en los acuerdos de concesión en vigor. Obviamente, hay límites a lo que es razonablemente alcanzable.

5.3.3. *Simulaciones de los beneficios a largo plazo*

(138) Bélgica presentó cálculos detallados que demuestran que el importe de las sanciones no aplicadas se compensaría a través de un aumento de los ingresos a largo plazo. Los cálculos se basaban parcialmente en pruebas *ex ante*, pero fueron realizados *ex post*.

6. **EVALUACIÓN**

6.1. **Existencia de ayuda**

(139) La Comisión debe examinar si las medidas objeto del presente procedimiento constituyen una ayuda estatal a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE.

(140) El artículo 107, apartado 1, del TFUE dispone que serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

(141) A efectos de esta disposición, la calificación de una medida como ayuda estatal exige, por tanto, que se cumplan las siguientes condiciones de manera acumulativa: i) la medida debe ser imputable al Estado y estar financiada mediante fondos estatales; ii) debe conferir una ventaja económica a una empresa; iii) dicha ventaja debe ser selectiva; y iv) la medida debe falsear o amenazar falsear la competencia y afectar a los intercambios comerciales entre Estados miembros.

(142) Por consiguiente, en caso de que no se cumpla uno de estos criterios, la medida no puede considerarse ayuda estatal. En lo relativo al caso estudiado, la Comisión considera apropiado analizar si alguna de las dos medidas concedió una ventaja a los supuestos beneficiarios.

(143) Una ventaja, a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE, es todo beneficio económico que una empresa no podría haber obtenido en condiciones normales de mercado, es decir, sin la intervención estatal.

(144) Con miras a determinar, a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE, si la reducción de las compensaciones por parte de la GHA concedió una ventaja económica a PSA y AG, la Comisión debe decidir si la GHA actuó como lo habría hecho un operador privado en una situación similar. En virtud del principio del operador en una economía de mercado, una medida llevada a cabo por el Estado no implica ayuda en el caso de que, en circunstancias similares, sea probable que un inversor privado de un tamaño comparable al de los órganos implicados del sector público, operando en condiciones de mercado normales en una economía de mercado, hubiera concedido al beneficiario las mismas medidas ([39]).

(145) Según reiterada jurisprudencia ([40]), la Comisión reconoce que las medidas deben analizarse teniendo en cuenta el contexto del período durante el que se adoptaron. Además, la Comisión tiene la obligación de, al evaluar las medidas controvertidas, tener en cuenta todos los elementos pertinentes y su contexto ([41]).

([39]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1996, Syndicat français de l'Express international (SFEI) y otros/La Poste y otros, C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, apartados 60 y 61. Sentencia del Tribunal General de 6 de marzo de 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale y Land Nordrhein-Westfalen/Comisión, asuntos acumulados T-228/99 y T-233/99, ECLI:EU:T:2003:57, apartado 208.

([40]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión («Stardust Marine»), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, apartado 71. («para determinar si el Estado adoptó o no el comportamiento de un inversor prudente en una economía de mercado, es preciso volver a situarse en el contexto de la época en que se adoptaron las medidas de apoyo financiero»).

([41]) Sentencia del Tribunal General de 27 de abril de 2017, Germanwings/Comisión, T-375/15, ECLI:EU:T:2017:289, apartado 77 y jurisprudencia citada.

6.1.1. *Posible ventaja concedida a través de la medida 1: Decisión de la GHA de 2013*

(146) La Comisión señala que, tal y como se indica en la Decisión de incoación, al evaluar la conformidad con el mercado de la medida 1 se deben tener en cuenta los efectos de la crisis. Asimismo, la Comisión observa que en el momento en que dio comienzo la crisis, en concreto en 2008 y 2009, solamente se aplicaron RTM progresivos a PSA y AG, que se aumentaron anualmente, mientras que todos los demás concesionarios del puerto de Amberes, incluido el denunciante, estaban sujetos a RTM fijos (véase el considerando 29). Por consiguiente, en el contexto de la crisis, la situación de PSA y AG era específica y distinta de la de los demás operadores que se encontraban activos en el puerto de Amberes.

(147) Además, la Comisión reconoce que el impacto sin precedentes de la crisis obligó a empresas de todos los sectores de la economía a adaptar su funcionamiento.

(148) Por otra parte, además del contexto de la crisis, la Comisión señala que mantener la cooperación con PSA y AG era importante para los intereses del puerto a largo plazo.

(149) La Comisión también recuerda que durante la crisis se facilitaron reajustes de los RTM en beneficio de KN, el denunciante (véase el considerando 21), y de otros operadores del puerto de Amberes (véase el considerando 131).

(150) Por consiguiente, la Comisión considera que, como cuestión de principio, es posible que un operador en una economía de mercado en la situación de la GHA también hubiera reajustado los RTM contractualmente aplicables debido a la crisis.

(151) Sin embargo, en la Decisión de incoación, la Comisión planteó dudas sobre si la GHA actuó como operador en una economía de mercado al ejecutar la medida 1.

Tiempo transcurrido entre el comienzo de la crisis y la Decisión de la GHA de 2013

(152) En concreto, la Comisión concluyó en la Decisión de incoación que un operador privado racional habría buscado maximizar sus beneficios (o minimizar las pérdidas) mediante la puesta en marcha de la recuperación de los importes pendientes lo antes posible. En el presente asunto, entre el comienzo de la crisis y la Decisión de la GHA de 2013, a través de la que se gestionaron de manera retroactiva las compensaciones no abonadas al reducirlas de manera significativa, transcurrió una cantidad de tiempo considerable.

(153) Además, tal y como se indica en el apartado 6.4 de la Decisión de la GHA de 2013, la cuestión de los RTM se abordó en una serie de debates de la Junta Directiva de la GHA que tuvieron lugar en los años previos ([42]). Sin embargo, durante esas reuniones la Junta Directiva abordó cuestiones relacionadas con los datos sobre el tráfico, así como con la crisis, pero no directamente la cuestión de enviar una factura a PSA y AG por las compensaciones pendientes debido al incumplimiento de los RTM. Esto se indica directamente en el apartado 5.3 de la Decisión de la GHA de 2013, donde se afirma que, si bien la cuestión de los RTM se estaba abordando a través de una serie de consultas, la facturación de las compensaciones pendientes había quedado pospuesta ([43]).

(154) Habida cuenta de lo anterior, la Comisión planteó dudas sobre el hecho de que un operador privado racional hubiera esperado cuatro años (desde 2009 hasta 2013) para adoptar una decisión sobre la reducción de las compensaciones pendientes.

(155) Para aclarar estas dudas, Bélgica presentó correspondencia mantenida entre la GHA y, respectivamente, PSA y AG que indicaba que en diciembre de 2009 se produjeron intercambios sobre la reducción de los RTM originales. En este contexto, la GHA sugirió inicialmente reducir los RTM originales en el porcentaje de declive experimentado en la zona Hamburgo-Le Havre durante dicho año (es decir, -15,8 %) ([44]). Posteriormente, la GHA recordó en repetidas ocasiones a PSA y AG los RTM no cumplidos y pidió que informaran de su postura. PSA y AG se refirieron en muchas de las respuestas a su importancia para el desarrollo del puerto, y mencionaron su posible traslado a otros puertos y los efectos de la crisis. Además, tanto PSA como AG presentaron dictámenes jurídicos de sus asesores en los que se explicaba por qué no resultaban aplicables o ejecutables las cláusulas de penalización. Tanto PSA como AG utilizaron posteriormente estos argumentos en procedimientos arbitrales contra la GHA.

([42]) Esta cuestión se abordó en las reuniones de la Junta Directiva de 12 de mayo y 1 de septiembre de 2009, 29 de junio y 5 de octubre de 2010, 1 de febrero, 11 de octubre y 8 de noviembre de 2011 y 3 de julio, 4 de septiembre y 6 y 18 de noviembre de 2012.

([43]) Además, en referencia a PSA, el apartado 4.3 de la Decisión de 2013 indica que se adoptó la decisión de posponer la facturación a la espera de nuevas investigaciones.

([44]) Véase el correo electrónico enviado por la GHA a AG el 14 de enero de 2011, en el que se hace referencia a una carta de 3 de diciembre de 2010. Cabe señalar que en los contratos de concesión se preveía que, en caso de que se redujera la capacidad de transbordo durante la concesión por motivos externos al concesionario, también debían reducirse proporcionalmente los volúmenes que debían conseguirse.

(156) La Comisión concluye que en el contexto de la crisis, y habida cuenta de la exhaustiva correspondencia mantenida entre la GHA, por una parte, y PSA y AG, por otra, no es posible acusar a la GHA de inacción en lo relativo al impago de las sanciones. Además, la Comisión señala que la situación de PSA y AG parecía ser especialmente delicada debido a que sus RTM eran progresivos (mientras que los de otros concesionarios eran lineales) y a que la DGD todavía se encontraba en una fase inicial (por lo que sus operaciones podrían haberse visto afectadas de un modo distinto a las de otras terminales). Por consiguiente, el hecho de que la GHA no tomara una decisión final hasta 2013 no es por sí mismo indicativo del incumplimiento de la prueba del operador en una economía de mercado, ya que puede que un operador en una economía de mercado hubiera adoptado esa decisión en un momento similar.

Volumen del reajuste

(157) En cuanto a la propia reducción de la compensación, la Comisión manifestó dudas sobre si un operador privado racional habría concedido a PSA y AG una reducción del volumen facilitado por la GHA. En este sentido, en la Decisión de incoación se comparó una reducción del tráfico en la DGD de aproximadamente un 38,6 % en 2009 con una reducción total de la compensación de aproximadamente un 80 %.

(158) Debe aclararse que la reducción del 80 % no solamente se refiere a 2009, sino al período de cuatro años abarcado entre 2009 y 2012. Al analizar solamente el año 2009, la reducción media ponderada de los RTM aplicables a PSA y AG fue del 38,6 %, es decir, igual a la disminución del tráfico en la DGD a la que se hace referencia en el considerando 157. La reducción total aplicada fue de aproximadamente el 80 %, ya que también abarcó los años 2010 a 2012.

(159) La Comisión recuerda que es posible que un operador en una economía de mercado que se encontrara en la situación de la GHA hubiera reducido los RTM en el marco de una crisis con miras a conservar la cooperación a largo plazo, tal y como se indica en el considerando 150 de la presente Decisión. Sin embargo, esto no permite concluir de manera automática que toda reducción de los RTM sea conforme al mercado. Por consiguiente, la Comisión ha planteado dudas sobre el volumen de las reducciones de los RTM aplicadas por la GHA y debe evaluar si el volumen de estas reducciones equivale al comportamiento de un operador de mercado prudente.

(160) El denunciante ha afirmado que utilizar los resultados de la DGD como base para reajustar los RTM de PSA o AG sería aplicar un enfoque circular. El denunciante considera que este reajuste debería basarse en la reducción general del tráfico en todo el puerto (-16 %).

(161) Desde el punto de vista de la GHA, para reajustar los RTM en el contexto de la crisis deben tenerse en cuenta una serie de factores. La Comisión señala que la GHA aplicó una combinación de dos factores. Estos factores son la evolución del tráfico en la zona Hamburgo-Le Havre y la reducción del tráfico en la DGD.

(162) El primer factor se define como la suma de los volúmenes de tráfico de contenedores de todos los puertos de la zona. Se basa en la naturaleza de una zona en la que se encuentran ubicados numerosos puertos, algunos de los cuales tienen mejores resultados que la zona y otros, peores. Cada una de las dársenas de cada puerto también suelen obtener resultados distintos a la media del puerto. Por consiguiente, comparar los resultados de una dársena concreta con los de la zona Hamburgo-Le Havre en su totalidad, basándose en la compilación de un conjunto de datos relativamente grande, puede llevar a conclusiones incorrectas. Además, puede que cada dársena se haya visto afectada de manera diferente por la crisis. Esto hace que resulte preferible comparar cada dársena individual con datos extraídos de un conjunto de datos comparable.

(163) Sin embargo, el límite de reducción del conjunto de datos debe lograrse en el punto en el que dicho conjunto se vuelva circular (véase la alegación del denunciante, considerando 160). La circularidad conllevaría la eliminación del incentivo para que el titular de la concesión logre determinados RTM, puesto que los RTM —debido al efecto circular— se armonizarían de forma retroactiva con los verdaderos resultados del titular de la concesión.

(164) Sin embargo, la Comisión observa que el ajuste realizado por la GHA no es circular, puesto que se basa en una combinación de dos factores. Uno de ellos es la zona Hamburgo-Le Havre, y el otro la reducción del tráfico en la DGD. La Comisión señala que utilizar la zona Hamburgo-Le Havre como componente de la matriz de ajuste de los RTM resulta apropiado, puesto que constituye el conjunto de datos más amplio posible disponible en lo relativo a los operadores del puerto de Amberes. En cuanto al volumen de tráfico de contenedores, el puerto de Amberes representa un porcentaje importante de la zona Hamburgo-Le Havre, ocupando el segundo lugar por detrás del puerto de Róterdam. Además, en cualquier caso los resultados de la zona Hamburgo-Le Havre se ajustan en virtud de la norma 75/125 en perjuicio de PSA y AG (véase el considerando 21). De hecho, la norma implica que PSA y AG deben tener unos resultados un 25 % mejores que los de la zona Hamburgo-Le Havre. En realidad, el factor de corrección del 25 % también se basa en datos reales (históricos), puesto que refleja la superioridad de los resultados del puerto de Amberes en comparación con la zona Hamburgo-Le Havre.

(165) El segundo factor incluido en la fórmula de ajuste de los RTM fue el tráfico real de PSA y AG en la DGD durante 2008. En dicho año, en el puerto de Amberes se observó un aumento del 6,3 % en el tráfico de contenedores en comparación con 2007. Por el contrario, entre 2008 y 2009 el tráfico de contenedores se redujo un 16,3 %, porcentaje nunca antes registrado. Según los RTM aplicables en aquel momento en el puerto de Amberes, que incrementaban anualmente, PSA y AG debían cumplir en 2009 RTM significativamente superiores a los de 2008 ([45]), por lo que, cuando el tráfico total de contenedores se redujo de manera drástica, resultaron imposibles de cumplir. La Comisión estima que resultó apropiado utilizar el tráfico real de cada titular de concesiones de la DGD como el otro componente de la matriz, puesto que utilizar el tráfico real total del puerto de Amberes (que era el siguiente ejemplo de zona reducida disponible) podría haber dado lugar a resultados poco precisos. Esto se debe a que la situación en la DGD era muy específica, ya que todavía se encontraba en una fase inicial cuando dio comienzo la crisis.

(166) La Comisión también señala que el reajuste realizado por la GHA dio lugar a RTM que en el período 2009-2012 superaron los tonelajes transportados por PSA y AG (a excepción de AG en 2011, cuando logró un resultado ligeramente superior al requerido por los RTM reajustados). Por lo tanto, la GHA no eliminó por completo las sanciones pendientes. Asimismo, se ha demostrado que el reajuste de los RTM a través de la medida 1 no fue circular, tal y como alega el denunciante. Si la medida 1 hubiera sido circular, PSA y AG no habrían tenido que pagar ninguna compensación entre 2009 y 2012.

(167) Por tanto, la medida 1 sigue siendo acorde al objetivo último de aplicar sanciones por los RTM no cumplidos, que no es transformar las sanciones en una fuente de ingresos, un rendimiento de la inversión ni un pago por los servicios/productos facilitados por la GHA, sino incentivar a los concesionarios a lograr los mejores resultados posibles teniendo en cuenta las circunstancias.

(168) Por consiguiente, la Comisión concluye que la metodología utilizada por la GHA para reajustar los RTM parece ser razonable.

Posible reubicación del tráfico en otros puertos

(169) En cuanto a la duda expresada en la Decisión de incoación y a la alegación correspondiente realizada por el denunciante de que la Decisión de la GHA de 2013 habría instado a PSA y AG a reubicar su tráfico en puertos en los que se aplicara más estrictamente el cumplimiento de los RTM, la Comisión observa que PSA y AG, al estudiar dónde gestionar su tráfico durante el período 2009-2012, todavía desconocían la decisión que adoptaría la GHA sobre la cuestión de las compensaciones por los RTM no cumplidos durante esos años. De hecho, la GHA no abordó esta cuestión hasta hacerlo de manera retroactiva a través de la Decisión de la GHA de 2013. Por otra parte, la Decisión de la GHA de 2013, a pesar de reajustar a la baja los RTM aplicables a PSA y AG, seguía previendo RTM superiores a los resultados reales de PSA y AG durante el período 2009-2012 (a excepción de AG en 2011, cuando obtuvo unos resultados ligeramente superiores a los RTM reajustados). Además, si bien la GHA participó en conversaciones con PSA y AG sobre la reducción de los RTM originales (véase el considerando 20), el contenido de estas comunicaciones refleja que la GHA nunca pretendió reducir los RTM hasta eliminar por completo el efecto de la compensación por los RTM no cumplidos. Por consiguiente, la Comisión concluye que la Decisión de la GHA de 2013 no facilitó ningún incentivo a PSA ni a AG para reubicar el tráfico en otros puertos en los que se aplicara estrictamente el cumplimiento de los RTM.

Planificación del uso del suelo, movilidad y empleo a largo plazo

(170) En la Decisión de incoación, la Comisión señaló que el cumplimiento de la prueba del operador en una economía de mercado por parte de la medida 1 también estaba en entredicho debido al hecho de que la Decisión de la GHA de 2013 tuvo en cuenta elementos como la planificación del uso del suelo, la movilidad y el empleo a largo plazo.

(171) La Comisión considera, no obstante, que al adoptar la Decisión de 2013 la GHA se basó principalmente en consideraciones económicas. La GHA tuvo en cuenta el impacto global de la crisis para PSA y AG, y también para otros operadores de terminales titulares de concesiones en el puerto de Amberes. Además, la GHA tuvo en cuenta que gestionaba un puerto importante (el segundo de mayor tamaño de la zona Hamburgo-Le Havre en términos de tráfico de contenedores), en reñida competencia con otros puertos, en concreto con otros puertos de la zona Hamburgo-Le Havre, y el riesgo de que la cooperación a largo plazo con PSA y AG se viera comprometida en caso de no reducirse los RTM (véanse los considerandos 148 y 159).

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

(172) Por consiguiente, la Comisión concluye que elementos como la planificación del uso del suelo, la movilidad y el empleo a largo plazo solamente desempeñaron una función secundaria en las consideraciones de la GHA al adoptar la Decisión de 2013.

Amenazas de abandonar el puerto y riesgo de litigio

(173) En la Decisión de incoación, la Comisión también señaló que PSA y AG no podían amenazar de manera creíble con abandonar el puerto de Amberes en caso de que no se redujeran los RTM o de que no se les exonerara de la compensación (considerando 75 de la Decisión de incoación). Los operadores de terminales de contenedores no podían rescindir unilateralmente su relación con la GHA, si bien la GHA podía revocar total o parcialmente la concesión en caso de infrautilización manifiesta de la terminal.

(174) Además, en la Decisión de incoación se expresaron dudas sobre si realmente existía un riesgo grave de litigio por parte de PSA y AG (considerando 78 de la Decisión de incoación). PSA y AG habían enviado a la GHA cartas para explicar su posición jurídica los días 19 de febrero de 2013 y 23 de febrero de 2013, es decir, después de que se remitiera la denuncia a Bélgica el 29 de enero de 2013 para que formulara observaciones. Esto significa que el riesgo habría sido más creíble si PSA y AG hubieran enviado estas cartas antes de conocer la existencia de la denuncia.

(175) Debido a los vínculos contextuales, estas cuestiones se estudian conjuntamente en los siguientes considerandos.

(176) Tras analizar la información presentada por Bélgica en respuesta a la Decisión de incoación, y en especial la correspondencia mantenida entre la GHA y PSA y AG, la Comisión opina que realmente existía un riesgo grave de que PSA y AG recurrieran la aplicación de sanciones por parte de la GHA por el incumplimiento de los RTM originales a través de litigios o arbitraje, así como un riesgo creíble de que el tribunal de arbitraje o jurídico hubiera rechazado esta aplicación de sanciones por parte de la GHA con arreglo al Derecho civil belga, alegando abuso de derecho ([46]) o una cláusula de penalización calificada como punitiva ([47]).

(177) Tomando como base las pruebas contemporáneas disponibles, la Comisión opina que el Derecho civil de Bélgica realmente establece la base para recurrir la aplicación plena de sanciones por el incumplimiento de RTM contractuales en el caso de que dicho incumplimiento constituya un abuso de Derecho o de que la cláusula de penalización sea considerada punitiva. Esto se confirma por el hecho de que tanto AG como PSA utilizaron argumentos relacionados con el abuso de Derecho y las cláusulas de penalización punitivas al comunicarse con la GHA antes de la Decisión de la GHA de 2013 ([48]), incluidos memorandos jurídicos elaborados por sus respectivos asesores jurídicos ([49]). Si bien no corresponde a la Comisión emitir un juicio anticipado sobre la efectividad de dichas denuncias, resultaron ser admisibles y suficientemente creíbles, lo que indica que la GHA podría haber considerado que el riesgo de litigio era real.

(178) Además (si bien desde un punto de vista retrospectivo), la fiabilidad de estos argumentos presentados por AG y PSA no solo se confirma a través del contenido de […] ([50]), sino también por el hecho de que AG ([51]) y PSA ([52]) realmente recurrieron incluso las sanciones aplicadas por la GHA debido a los RTM reajustados, alegando, entre otros, abuso de Derecho por parte de la GHA y el hecho de que las sanciones por el incumplimiento de los RTM reajustados eran punitivas y excesivas.

([46]) El Derecho civil belga recoge el principio *pacta sunt servanda*, pero también prevé límites y excepciones en este sentido. Uno de los límites es que los derechos contractuales deben poder ejecutarse de buena fe en virtud del artículo 1 134, apartado 3, del Código Civil belga, es decir, queda prohibido el abuso de Derecho («*rechtsmisbruik*»). Puede producirse abuso de Derecho cuando una parte ejerce sus derechos de un modo que supera claramente los límites del ejercicio normal de esos derechos por parte de una persona razonable y prudente. Véase Stijns, S., *Verbintenissenrecht, die Keure*, 2005, libro I, p. 62 y siguientes, con referencia a la jurisprudencia de Hof van Cassatie.

([47]) El objetivo de las sanciones contractuales aplicables en respuesta al incumplimiento de las obligaciones contractuales es compensar a la parte perjudicada por las pérdidas incurridas debido a dicho incumplimiento de la otra parte. Las sanciones son punitivas cuando su objetivo es castigar a la parte incumplidora, en beneficio de la parte perjudicada, cuando la parte perjudicada no ha sufrido daños. Las sanciones punitivas van en contra del orden público del Estado belga y constituyen un motivo para la no aplicabilidad de dichas sanciones.

([48]) Por ejemplo, carta de 19 de diciembre de 2011 enviada por PSA a la GHA (información facilitada por Bélgica el 19 de agosto de 2016, anexo 7.44), y carta de 19 de febrero de 2013 enviada por PSA a la GHA (información facilitada por Bélgica el 15 de marzo de 2016, anexo 15).

([49]) Memoria de los asesores de AG de 15 de febrero de 2012 (información facilitada por Bélgica el 15 de marzo de 2016, anexo 10); memoria de los asesores externos de PSA de 11 de febrero de 2013 (información facilitada por Bélgica el 20 de marzo de 2017, anexo 7.2).

([50]) […] (información presentada por Bélgica el 20 de marzo de 2017, anexo 7.3).

([51]) El 20 de junio de 2014, la GHA solicitó arbitraje por el impago de las sanciones impuestas a AG por no cumplir los RTM reajustados, y AG impugnó las sanciones alegando abuso de Derecho y cláusula de penalización excesiva (información facilitada por AG el 18 de abril de 2016, que incluye una memoria resumen del procedimiento de arbitraje elaborada por AG).

([52]) PSA incoó un procedimiento de arbitraje contra la GHA el 2 de mayo de 2016, y pidió al tribunal de arbitraje que ordenara a la GHA devolver a PSA las sanciones por el incumplimiento de los RTM reajustados. Véase el anexo 6 de las observaciones de PSA de 2 de mayo de 2016 sobre la Decisión de incoación, así como el anexo 7.1, letras a) y b), de la información facilitada por Bélgica el 1 de diciembre de 2017.

(179) Por otra parte, la Comisión señala que la decisión del arbitraje sobre ese asunto confirma la credibilidad de los argumentos utilizados por AG durante el proceso de arbitraje contra la GHA ([53]). El tribunal de arbitraje concluyó que la aplicación de sanciones por el incumplimiento de los RTM reajustados con arreglo a la Decisión de la GHA de 2013 no constituía abuso de Derecho en virtud del Derecho civil belga. Al adoptar esta decisión, el tribunal de arbitraje tuvo en cuenta que la GHA reajustó los RTM en su Decisión de 2013 teniendo en consideración la crisis, la situación en la zona Hamburgo-Le Havre y la situación de Amberes desde una perspectiva histórica, así como que dicho comportamiento era acorde a lo que cabía esperarse de una autoridad portuaria razonable y prudente.

(180) Además, al contrario que AG, PSA ha incoado por sí misma el procedimiento de arbitraje contra la GHA al solicitar la devolución de las sanciones por el incumplimiento de los RTM reajustados.

(181) En cuanto al riesgo de litigio, y especialmente al riesgo de litigio con resultado insatisfactorio para la GHA, la Comisión concluye que los procedimientos incoados por PSA y AG indican que el riesgo era real, así como que un operador de mercado prudente lo habría tenido en cuenta al adoptar decisiones empresariales.

Conclusiones sobre la medida 1

(182) Habida cuenta de lo anteriormente señalado, y como cuestión de principio, es posible que un operador en una economía de mercado en la situación de la GHA también hubiera reajustado los RTM contractualmente aplicables debido a la crisis. Respecto de las reducciones concedidas por la GHA en el marco de la medida 1, la Comisión concluyó lo siguiente: i) el tiempo transcurrido desde el inicio de la crisis hasta el momento en que la GHA adoptó su decisión no es indicativo de que no se supere la prueba del operador en una economía de mercado, ii) la metodología utilizada por la GHA para determinar la magnitud del reajuste de los RTM parece ser razonable, iii) la decisión de la GHA no sirvió como incentivo para que PSA y AG reubicaran el tráfico en otros puertos en los que se aplicara más estrictamente el cumplimiento de los RTM, iv) elementos como la planificación del uso del suelo, la movilidad y el empleo a largo plazo solamente parecían tener una función secundaria, y v) de no haberse reajustado los RTM, existía un riesgo real de litigio desfavorable que un operador en una economía de mercado habría tenido en cuenta.

(183) Habida cuenta de todos estos elementos, la Comisión concluye que, en su conjunto, debe considerarse que la medida 1 supera la prueba del operador en una economía de mercado.

(184) Por consiguiente, la Comisión concluye que la medida 1 no constituye una ventaja económica, ni en favor de PSA ni en favor de AG. Puesto que para que una medida constituya ayuda estatal deben cumplirse todos los criterios previstos en el artículo 107, apartado 1, del TFUE, la ausencia de una ventaja económica no disponible en condiciones de mercado permite concluir que la medida recurrida no constituye ayuda estatal.

6.1.2. *Posible ventaja concedida a través de la medida 2*

(185) Para determinar si la GHA actuó como un operador en una economía de mercado al adoptar la medida 2 y si, por consiguiente, la medida 2 no representó una ventaja a favor de AG a tenor de lo previsto en el artículo 107, apartado 1, del TFUE, es necesario determinar si mantener la norma 75/125 respecto de AG conllevó una ventaja que AG no habría recibido de haberse restablecido los RTM originales.

(186) Esta cuestión debe analizarse teniendo en cuenta que en 2014 aproximadamente el 30 % de la zona de concesión de AG se transfirió a PSA. Cuando la GHA restableció los RTM de AG en 2015, dedujo de los RTM originales un importe correspondiente al 30 % de la zona de concesión perdida, de modo que se fijaron en 1 247 630 TUE.

(187) La Comisión señala que en 2014 AG ya obtenía resultados superiores a los RTM restablecidos. En 2015, AG ya superaba dicho nivel. Por lo tanto, la cuestión de si un inversor en una economía de mercado prudente habría restablecido los RTM de AG en 2014 o habría esperado a 2015 (como hizo la GHA) no resulta pertinente para determinar si la GHA concedió una ventaja en favor de AG. En cualquier caso, AG no estaría obligada a pagar a la GHA sanciones correspondientes a 2014 y 2015. En caso de restablecimiento de los RTM originales (debidamente reajustados en función de la pérdida de aproximadamente el 30 % de la zona de concesión) y de aplicación continuada de la norma 75/125 (de conformidad con la medida 2), AG no estaría obligada a pagar compensación alguna a la GHA.

([53]) Decisión de arbitraje de 16 de septiembre de 2016 (anexo 5 de la información facilitada por Bélgica el 5 de octubre de 2016).

(188) En cuanto a la duda planteada en la Decisión de incoación de que la pérdida por parte de AG de la zona transferida no justificaba el mantenimiento de la compensación reducida respecto de AG, puesto que AG no estaba utilizando dicha zona (considerandos 82 y 83 de la Decisión de incoación), la Comisión se refiere al considerando 184 de la presente Decisión y señala que en 2016 la GHA reintrodujo los RTM originales de PSA y AG, con la única diferencia de que los RTM de PSA eran ligeramente superiores a los originales, mientras que los de AG se habían reducido en la misma medida. La Comisión afirma que no sería apropiado aplicar unos RTM totales superiores a los anteriores, según parece indicar el denunciante, puesto que la zona de concesión total disponible para PSA y AG (considerada en su conjunto) no incrementó en comparación con la superficie total asignada en virtud de los acuerdos de concesión originales.

(189) Por consiguiente, la Comisión concluye que la medida 2 no conllevó una ventaja económica en favor de AG. Puesto que para que una medida constituya ayuda estatal deben cumplirse todos los criterios previstos en el artículo 107, apartado 1, del TFUE, la ausencia de una ventaja económica no disponible en condiciones de mercado permite concluir que la medida recurrida no constituye ayuda estatal.

6.1.3. *Otras alegaciones del denunciante*

(190) En cuanto a la alegación del denunciante de que la ventaja concedida a PSA hasta 2012 se mantuvo entre 2013 y 2016, la Comisión se refiere al considerando 85 de la Decisión de incoación, en el que se afirma que la medida 2 puso fin a toda posible ventaja para PSA al restablecer los RTM originales de manera gradual, y no inmediata. Además, en la presente Decisión se estudian las medidas 1 y 2 según se describen en el considerando 22 y según se describieron inicialmente en el considerando 49, incisos i) y ii), de la Decisión de incoación. Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, la Comisión afirma que la GHA actuó de conformidad con el mercado al decidir restablecer gradualmente los RTM aplicables a PSA. El restablecimiento inmediato con efecto a partir de 2014 (tal y como señala el denunciante) habría conllevado un aumento anual (de 2013 a 2014) superior al previsto en los RTM originales (véanse también las observaciones de Bélgica, recogidas en el considerando 153). Por consiguiente, el restablecimiento inmediato para PSA no habría sido acorde a la práctica administrativa previa establecida por la GHA al diseñar los contratos de los RTM aplicables a los operadores de terminales activos en el puerto.

7. **CONCLUSIÓN**

(191) Tal y como se indica en los considerandos 180 y 185, las medidas 1 y 2 no constituyen ayuda estatal a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

Las medidas ejecutadas por Bélgica consistentes, en primer lugar, en reducir los requisitos de tonelaje mínimo contractuales y reducir posteriormente los pagos de compensación que debían abonar los dos concesionarios de terminales del puerto de Amberes con efecto retroactivo a partir de 2009 y, en segundo lugar, en mantener los requisitos de tonelaje mínimo reducidos respecto de uno de los concesionarios más allá de 2013, no constituyen ayuda a tenor del artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Artículo 2

El destinatario de la presente Decisión es el Reino de Bélgica.

Hecho en Bruselas, el 23 de noviembre de 2018.

Por la Comisión

Margrethe VESTAGER

Miembro de la Comisión