

BESLUIT (EU) 2019/1246 VAN DE COMMISSIE**van 23 november 2018****betreffende vermeende steun SA.35905(2016/C) (ex 2015/NN)(ex 2012/CP) — België In de haven van Antwerpen actieve concessiehouders***(Kennisgeving geschied onder nummer C(2018) 7690)***(Slechts de teksten in de Nederlandse en de Franse taal zijn authentiek)****(Voor de EER relevante tekst)**

DE EUROPESE COMMISSIE,

Gezien het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, en met name artikel 108, lid 2, eerste alinea,

Gezien de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, en met name artikel 62, lid 1, onder a),

Na de belanghebbenden overeenkomstig de bovengenoemde artikelen te hebben uitgenodigd hun opmerkingen te maken ⁽¹⁾, en gezien die opmerkingen,

OVERWEGENDE HETGEEN VOLGT:

1. DE PROCEDURE

- (1) Op 17 december 2012 heeft de Commissie een klacht ontvangen van Katoen Natie NV (hierna “klager” of “KN” genoemd) betreffende mogelijke staatssteun die door België zou zijn verleend aan twee in de haven van Antwerpen actieve terminalconcessiehouders: PSA Antwerp NV (hierna “PSA” genoemd) ⁽²⁾ en Antwerp Gateway NV (hierna “AG” genoemd). Op 4 en 7 januari 2013 heeft klager de Commissie aanvullende informatie over de vermeende steun verschaft.
- (2) Op 29 januari 2013 is de klacht aan België doorgezonden met het verzoek opmerkingen te maken. Bij brief van 8 april 2013 heeft België de Commissie meegedeeld dat de maatregel waarop de klacht ziet volgens België geen onrechtmatige steun inhoudt. Op 11 juli 2013 heeft België aanvullende informatie verstrekt.
- (3) Vervolgens hebben de diensten van de Commissie België bij brief van 12 juli 2013 om verdere informatie verzocht, waarop België op 2 september 2013 heeft geantwoord. Naar aanleiding van het verzoek van de diensten van de Commissie van 4 maart 2014 heeft België aanvullende toelichtingen verstrekt op 6 maart 2014, op 1 en 24 april 2014 en op 19 mei 2014.
- (4) Op 11 augustus 2014 hebben de diensten van de Commissie klager een brief met een voorlopige beoordeling doen toekomen waarin zij verklaarde dat de maatregel waarop de klacht ziet, op het eerste gezicht geen staatssteun vormde. Met diezelfde brief zijn de opmerkingen van België over de klacht doorgezonden aan klager.
- (5) Bij brief van 9 september 2014 heeft klager bezwaar gemaakt tegen de voorlopige beoordeling en de diensten van de Commissie in kennis gesteld van nieuwe feiten in de zaak. Op 7 januari 2015 heeft België opmerkingen gemaakt bij de nieuwe door klager verstrekte elementen.

⁽¹⁾ PB C 104 van 18.3.2016, blz. 17.

⁽²⁾ Wanneer hier sprake is van PSA, moet dit worden begrepen als een verwijzing naar PSA Antwerp NV of, al naargelang, haar rechtsopvolger PSA DGD.

- (6) Bij brief van 18 januari 2016 heeft de Commissie België in kennis gesteld van haar besluit de procedure van artikel 108, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna “VWEU” genoemd) in te leiden. Na de inleiding van de procedure heeft België op 15 maart 2016 opmerkingen ingediend. Het besluit van de Commissie tot inleiding van de procedure (hierna “het inleidingsbesluit” genoemd) is op 18 maart 2016 in het *Publicatieblad van de Europese Unie* ⁽³⁾ bekendgemaakt. De Commissie heeft belanghebbenden uitgenodigd hun opmerkingen te maken.
- (7) Tussen 18 april en 3 mei 2016 hebben drie belanghebbenden de diensten van de Commissie opmerkingen doen toekomen. Op 20 mei 2016 hebben de diensten van de Commissie de opmerkingen van belanghebbenden doorgeleid naar België. Op 15 juni 2016 heeft België die opmerkingen beantwoord.
- (8) Op 23 juni 2016 hebben de diensten van de Commissie België om verdere informatie verzocht, die op 19 en 29 augustus 2016 is verschaft.
- (9) Op 10 oktober 2016 heeft AG een verklaring ingediend bij de diensten van de Commissie.
- (10) Op 20 oktober 2016 hebben de diensten van de Commissie de Belgische autoriteiten om aanvullende informatie verzocht, die op 16 december 2016 is verschaft.
- (11) Op 20 februari 2017 hebben de diensten van de Commissie België om verdere informatie verzocht, die op 21 maart 2017 is verschaft.
- (12) In verband met een bijeenkomst met de diensten van de Commissie, die op 2 maart 2017 heeft plaatsgevonden, heeft klager op 2 maart 2017 een verklaring ingediend.
- (13) Op 7 maart 2017 hebben de diensten van de Commissie België om verdere informatie verzocht, die op 5 en 20 april 2017 is verschaft.
- (14) Bij brieven van 4 augustus 2017 hebben de diensten van de Commissie PSA en AG om informatie verzocht, die deze beiden op 15 september 2017 hebben verschaft.
- (15) Op 13 november 2017 hebben de diensten van de Commissie België om verdere informatie verzocht, die op 1, 4 en 14 december 2017 is verschaft.
- (16) Op 16 juli 2018 hebben de diensten van de Commissie België om verdere informatie verzocht, die op 18 en 27 juli 2018 en op 10 augustus 2018 is verschaft.

2. ACHTERGROND EN BESCHRIJVING VAN DE MAATREGELEN

- (17) In 2004 heeft het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen (hierna “GHA” genoemd), na een openbare aanbesteding, voor de duur van 42 jaar met PSA en AG concessieovereenkomsten ⁽⁴⁾ gesloten voor de verrichting van diensten voor containeroverslag in de nieuwe Deurganckdokterminal in de haven.
- (18) In de overeenkomsten waren minimumtonnenmaatverplichtingen (hierna “TMV’s” genoemd), uitgedrukt in TEU’s (Twentyfoot Equivalent Units), opgenomen om te beletten dat concessiehouders de hun toegewezen zones

⁽³⁾ Cfr. voetnoot 1.

⁽⁴⁾ De term “concessieovereenkomsten”, die in dit besluit ter wille van de leesbaarheid wordt gebruikt, laat in het midden of het bij deze overeenkomsten daadwerkelijk om concessieovereenkomsten gaat in de zin van artikel 5, lid 1, van Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (PB L 94 van 28.3.2014, blz. 1).

ongebruikt zouden laten. TMV's voor het Deurganckdok zijn tijdens een opstartfase die liep tot 2012 gefaseerd ingevoerd ⁽⁵⁾. Vanaf dat moment werden de TMV's geacht vast te liggen. Wanneer de concessiehouders niet de TMV's zouden halen, waren zij contractueel verplicht GHA boeten/vergoedingen te betalen. In de concessies was ook bepaald dat zij vóór de door GHA vastgestelde einddatum konden worden beëindigd in het geval van manifest ondergebruik door de concessiehouder of bij het faillissement van een concessiehouder.

- (19) Het containerverkeer is in de zogeheten Hamburg-Le Havre-range ⁽⁶⁾ in 2009 met 15,8 % gedaald ten opzichte van 2008 en in de vijf grootste havens in die range (Rotterdam, Antwerpen, Hamburg, Bremen en Le Havre) met 16,3 % ⁽⁷⁾. In die daling van het verkeersvolume kwam de impact tot uiting op de Hamburg-Le Havre-range van de wereldwijde economische krimp die sinds 2008 (hierna “de crisis” genoemd) waar te nemen viel. Ook in Antwerpen daalde het totale containerverkeer met 16,3 %. In het Deurganckdok daalde het verkeer met in totaal 38,6 % (met 37,7 % voor PSA en met 39,9 % voor AG). PSA en AG konden niet langer hun respectieve TMV's halen, die door het infaseringsmechanisme nog van jaar tot jaar toenamen. Bijgevolg waren zij contractueel verplicht vergoedingen te betalen aan GHA, maar in de periode 2009-2012 is geen vergoeding geïnd.
- (20) Na e-mailverkeer tussen GHA en AG in december 2009 vond overleg plaats over het verlagen van de oorspronkelijke TMV's. In dat verband had GHA aanvankelijk voorgesteld de oorspronkelijke TMV's te verlagen met het voor dat jaar waargenomen dalingspercentage in de Hamburg-Le Havre-range (d.w.z. 15,8 %) ⁽⁸⁾. Sinds februari 2011 heeft GHA bij herhaling PSA en AG herinnerd aan de niet-behaalde TMV's en heeft zij om hun standpunt gevraagd. PSA en AG hebben in diverse antwoorden ⁽⁹⁾ gewezen op hun belang voor de ontwikkeling van de haven ⁽¹⁰⁾, hebben erop gezinspeeld dat zij eventueel naar andere havens zouden uitwijken ⁽¹¹⁾ en hebben gewezen op de gevolgen van de crisis. Daarnaast heeft zowel PSA als AG ook juridische adviezen van hun raadslieden ingediend, waarin werd uiteengezet waarom de boetebedingen niet toepasselijk of niet afdwingbaar waren ⁽¹²⁾. Die argumenten zijn nadien door zowel PSA als AG gebruikt in arbitragegeschillen met GHA ⁽¹³⁾.
- (21) Zoals in overweging 1 vermeld, heeft KN op 17 december 2012 bij de Commissie een klacht ingediend over de niet-afdwinging van de betaling van de vergoedingen die PSA en AG wegens niet-behaalde TMV's verschuldigd waren. In 1992 heeft GHA een concessieovereenkomst met KN gesloten. In 1998 zijn de TMV's opgenomen in de concessieovereenkomst van KN. In 2009 heeft KN haar TMV's niet behaald. GHA verlaagde de contractueel door KN verschuldigde vergoeding (zoals zij deed ten aanzien van andere terminalexploitanten in de context van de crisis): in plaats van [180 000-250 000] EUR ^(*) zou KN [7 500-9 000] EUR moeten betalen over het jaar 2009 (maar alleen voor het jaar 2009).
- (22) Op 26 maart 2013 heeft GHA besloten de concessieovereenkomsten met PSA en AG aan te passen (hierna “de GHA-beslissing van 2013” genoemd). De GHA-beslissing van 2013 hield het volgende in:

Maatregel 1 (van toepassing op PSA en AG) (zie de grafieken ⁽¹⁴⁾ 1 en 2 in overweging 29):
Maatregel 1 ⁽¹⁵⁾ bestaat erin dat de vergoedingen die PSA en AG verschuldigd zijn voor het niet-behalen van de

⁽⁵⁾ Voor PSA waren de TMV's als volgt vastgesteld: in 2008 — 1 010 183 TEU; in 2009 — 1 522 103 TEU; in 2010 — 2 034 023 TEU; in 2011 — 2 447 751 TEU; vanaf 2012 tot het einde van de concessie — 2 559 600 TEU. Voor AG waren de TMV's als volgt vastgesteld: in 2008 — 665 208 TEU; in 2009 — 1 023 583 TEU; in 2010 — 1 383 208 TEU; in 2011 — 1 595 167 TEU; vanaf 2012 — 1 755 000 TEU.

⁽⁶⁾ De Hamburg-Le Havre-range omvat de belangrijkste zeehavens langs de Noordzeekust op het Europese vasteland, met name Rotterdam, Antwerpen, Hamburg, Bremerhaven en 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⁾ Zie bijv. e-mail van GHA aan AG van 14 januari 2011, waarin wordt verwezen naar een brief van 3 december 2010. Wel was in de concessieovereenkomsten bepaald dat bij een niet aan de concessiehouder toe te rekenen daling van de overslagcapaciteit tijdens de concessieperiode, de te behalen volumes ook naar rato zouden worden verminderd.

⁽⁹⁾ Brief van AG aan GHA van 12 januari 2012 (bijlage 7.9 bij de verklaring van België van 19 augustus 2016); brief van AG aan GHA van 17 januari 2011 (bijlage 7.5 bij de verklaring van België van 19 augustus 2016); brief van PSA aan GHA van 19 december 2011 (bijlage 7.44 bij de verklaring van België van 19 augustus 2016); brief van PSA aan GHA van 24 augustus 2012 (bijlage 7.50 bij de verklaring van België van 19 augustus 2016); brief van PSA aan GHA van 28 maart 2013 (bijlage 7.55 bij de verklaring van België van 19 augustus 2016).

⁽¹⁰⁾ In 2014 waren de activiteiten van PSA en AG goed voor rond de [15-40] % van de totale inkomsten van GHA, rekening houdende met alle directe en indirecte inkomsten uit de activiteiten van PSA en AG in de haven van Antwerpen.

⁽¹¹⁾ Cfr. voetnoot 9.

⁽¹²⁾ Memorie van de raadslieden van AG van 15 februari 2012 (verklaring van België van 15 maart 2016, bijlage 10); memorie van de externe raadslieden van PSA van 11 februari 2013 (verklaring van België van 20 maart 2017, bijlage 7.2).

⁽¹³⁾ Op 20 juni 2014 heeft GHA een verzoek om arbitrage ingediend wegens niet-betaling door AG van boeten voor het niet-behalen van de aangepaste TMV's en heeft AG de boeten aangevochten op grond van rechtsmisbruik en buitensporig boetebeding (verklaring van AG van 18 april 2016, met synthesememorie AG voor de arbitrageprocedure).

^(*) Vertrouwelijke informatie.

⁽¹⁴⁾ Door de Commissie samengesteld op basis van door België verschaft gegevens.

⁽¹⁵⁾ Zie ook punt 49, punt i), en punt 81 van het inleidingsbesluit.

TMV's, met terugwerkende kracht vanaf 2009 worden verlaagd op grond van de door GHA bepaalde "75/125-regel". Volgens die regel werden de TMV's aangepast door de TMV's van het voorafgaande jaar te vermeerderen met 125 % van het jaarlijkse groeicijfer in de Hamburg-Le Havre-range. Wanneer het verkeersvolume terugliep, werd 75 % van het jaarlijkse dalingscijfer in de Hamburg-Le Havre-range afgetrokken van de TMV's van het voorafgaande jaar. Die regel houdt dus in dat PSA en AG 25 % beter moeten presteren dan hun collega's in de Hamburg-Le Havre-range. Als ijkpunt voor het bepalen van de nieuwe TMV's voor 2009 diende het verkeersvolume dat in 2008 in het Deurganckdok was behaald. Die "factor bovenmaatse prestaties" van 25 % is gebaseerd op de historische prestaties van de haven van Antwerpen die, in termen van jaarlijkse groeipercentages van het verkeersvolume, het gemiddelde van de havens in de Hamburg-Le Havre-range over een langere periode gemiddeld met 25 % overtroffen. De implementatie van maatregel 1 resulteerde voor 2009 alleen in een verlaging van de TMV's van – 41,7 % (PSA) en – 29,7 % (AG) ten opzichte van de oorspronkelijke TMV's voor 2009.

- (23) Op 12 mei 2014 heeft GHA het volgende besloten:

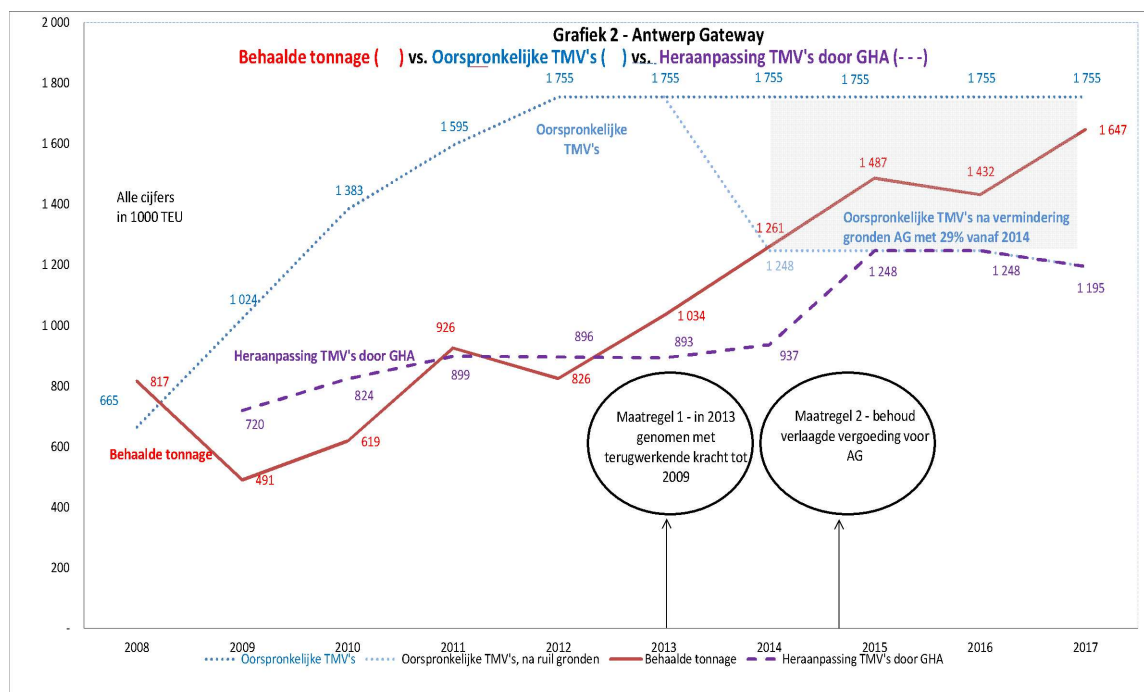
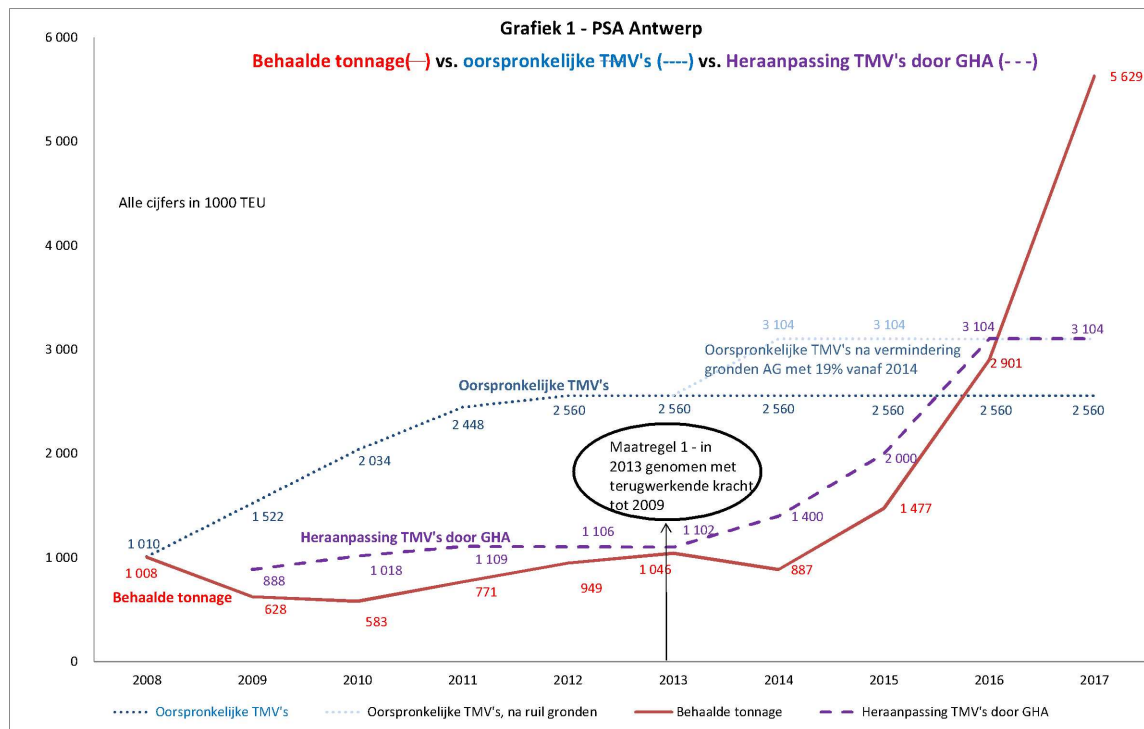
Maatregel 2 (zie grafiek 2 in overweging 29): Maatregel 2 ⁽¹⁶⁾ bestaat erin dat de (volgens de 75/125-regel) verlaagde vergoeding alleen voor AG wordt aangehouden.

- (24) PSA voldeed GHA de verlaagde boeten na de aanpassing van de TMV's op grond van de GHA-beslissing van 2013, maar behield zich het recht voor om die betaling aan te vechten op grond van het feit dat het contractuele boetebeding in strijd was met de openbare orde omdat het louter punitief was, en dat het afdwingen van boeten neerkwam op rechtsmisbruik door GHA. Op 2 mei 2016 heeft PSA een scheidsgerecht verzocht om GHA te gelasten de vergoedingen terug te betalen die PSA na de GHA-beslissing van 2013 had betaald. De uitkomst van die procedure is nog hangende op het tijdstip van de vaststelling van dit besluit.
- (25) AG heeft de verlaagde boeten niet betaald en is vervolgens door GHA gedagvaard. De zaak is voorgelegd aan een scheidsgerecht. AG betoogde onder meer dat een boetebeding alleen kon worden toegepast indien de TMV's niet werden behaald door omstandigheden die met AG verband houden, maar dat die TMV's in feite niet werden behaald als gevolg van de crisis en dat het afdwingen van de verlaagde boeten neerkwam op rechtsmisbruik door GHA. De uitkomst van de procedure was evenwel dat in de uitspraak de door GHA opgelegde verlaagde boeten als redelijk werden aangemerkt.
- (26) Op 12 mei 2014 heeft GHA de concessieovereenkomsten met PSA en GHA eenzijdig gewijzigd. Bij de veranderingen ging het om de toewijzing aan PSA van een gebied in het Deurganckdok dat oorspronkelijk aan AG was toegewezen, maar door haar niet werd gebruikt. Daardoor beschikte PSA over een gebied dat ongeveer 20 % groter was, terwijl AG dan weer beschikte over een gebied dat ongeveer 30 % kleiner was, vergeleken met de aanvankelijk toegewezen zones. Tegelijkertijd besloot GHA om in het kader van maatregel 2 de 75/125-regel aan te houden voor AG (zie overweging 22). Ten aanzien van PSA besloot GHA de 75/125-regel voor de laatste maal toe te passen in 2013. GHA voerde de oorspronkelijk contractueel overeengekomen TMV's opnieuw geleidelijk in (na een infaseringsperiode die tot en met 2016 liep) ⁽¹⁷⁾. Daarnaast golden voor PSA vanaf 2016 aanvullende TMV's voor het gebied dat haar in 2014 was toegewezen.
- (27) In 2015 heeft de rechtbank van eerste aanleg te Brussel de vordering afgewezen van KN tegen GHA dat de aanpassing door GHA van de TMV's voor AG en PSA neerkwam op staatssteun ⁽¹⁸⁾. De rechtbank oordeelde onder meer dat het niet onredelijk was voor GHA om rekening te houden met de crisis door de TMV's aan te passen en dat mocht worden aangenomen dat een particuliere schuldeiser een vergelijkbaar besluit zou hebben genomen. Tegen dit vonnis van 12 februari 2015 heeft KN beroep ingesteld. Op het tijdstip dat het onderhavige besluit wordt vastgesteld, is dit beroep nog aanhangig bij het Hof van Beroep te Brussel.
- (28) Op 15 januari 2016 heeft de Commissie de formele onderzoekprocedure ingeleid. Daarbij formuleerde zij twijfel over de vraag of de maatregelen 1 en 2 staatssteun vormden.
- (29) In het onderhavige besluit wordt een beschrijving gegeven en een beoordeling gemaakt van de maatregelen 1 en 2, als omschreven in overweging 22, en als aanvankelijk omschreven in het inleidingsbesluit, in punt 49, punten i) en ii), en in de punten 81 en 82 ervan.

⁽¹⁶⁾ Zie ook punt 49, punt ii), en punt 82 van het inleidingsbesluit.

⁽¹⁷⁾ Het infaseringsmechanisme voorzag in de volgende TMV's voor PSA: 2014: 1 400 000 TEU; 2015: 2 000 000 TEU; 2016: 2 559 600 TEU, plus 544 526 TEU voor het aanvullende gebied dat PSA is toegewezen.

⁽¹⁸⁾ KN betoogde onder meer dat GHA de opschortingsverplichting van artikel 108, lid 3, VWEU had geschonden en heeft het Hof verzocht om GHA te verbieden de GHA-beslissing van 2013 ten uitvoer te leggen, om GHA te gelasten de resterende vergoedingen te factureren en te innen, of, subsidiair, GHA te dwingen de beslissing in te trekken en een nieuwe beslissing vast te stellen om de verschuldigde vergoeding te innen, met dwangsommen per dag dat nakoming uitblijft.



3. HET INLEIDINGSBESLUIT

3.1. De vraag of er sprake is van steun

- (30) In het inleidingsbesluit had de Commissie twijfel bij de vraag of de maatregelen 1 en 2 staatssteun vormden in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

3.1.1. *Maatregel 1*

- (31) Allereerst betwijfelde de Commissie of een rationele particuliere marktdeelnemer vier jaar zou hebben gewacht met een beslissing over de verlaging van de verschuldigde vergoedingen. Zij merkte op dat de gevolgen van de crisis in aanmerking hadden moeten worden genomen bij de beoordeling van de marktconformiteit van maatregel 1. Voorts stipte zij aan dat alleen voor PSA en AG progressieve TMV's golden, die in de periode 2004-2012 jaarlijks toenamen, terwijl voor alle overige concessiehouders in de haven van Antwerpen, met inbegrip van klager, vaste TMV's golden. Daarom was, binnen de context van de crisis, de situatie van PSA en AG specifiek en verschillend van andere in de haven van Antwerpen actieve marktdeelnemers.
- (32) De Commissie erkende dat de ongeziene impact van de crisis ondernemingen in alle sectoren van de economie hadden gedwongen hun gedrag aan te passen.
- (33) Voorts merkte de Commissie op dat, naast de context van de crisis, het voor de belangen van de haven op lange termijn belangrijk was de samenwerking met PSA en AG te handhaven.
- (34) Niettegenstaande die argumenten was de Commissie van mening dat een rationele particuliere marktdeelnemer ernaar zou hebben gestreefd zijn winst te maximaliseren (of zijn verliezen tot een minimum te beperken) door de verschuldigde bedragen zo snel mogelijk te innen. De vergoedingen die niet betaald waren en zich sinds 2009 opstapelden, zijn aanzienlijk verlaagd en pas door de GHA-beslissing van 2013 met terugwerkende kracht afgehandeld.
- (35) Sinds 2009 heeft de raad van bestuur op diverse zittingen kwesties in verband met verkeersvolumedata en de crisis besproken, zonder dat daarbij specifiek de kwestie van het aan PSA en AG factureren van de wegens het niet halen van de TMV's verschuldigde vergoedingen aan de orde kwam. In punt 5.3 van de GHA-beslissing van 2013 staat dat over de kwestie van de TMV's wel overleg liep, maar dat de facturering van de verschuldigde vergoedingen werd opgeschort ⁽¹⁹⁾.
- (36) In de tweede plaats had de Commissie twijfel of een rationele particuliere marktdeelnemer aan PSA en AG een vergelijkbare verlaging zou hebben toegestaan zoals GHA had gedaan. Aangetekend werd dat, zelfs indien in 2009 de daadwerkelijke terugval van het verkeersvolume in het Deurganckdok – 38,6 % bedroeg (en niet – 16 %, zoals klager aangeeft), de verlaging van de vergoeding ongeveer – 80 % bedraagt (zij het over een periode van vier jaar) ⁽²⁰⁾.
- (37) In de derde plaats had de Commissie twijfel of een rationele particuliere marktdeelnemer PSA en AG een verlaging van hun vergoeding zou hebben toegestaan gelet op het feit dat de onderhandelingspositie van GHA op grond van de concessieovereenkomsten vrij sterk leek te zijn. Aangezien de containerterminalexploitanten hun betrekkingen met GHA niet eenzijdig konden beëindigen, terwijl GHA de concessie geheel of gedeeltelijk kon intrekken in geval van een duidelijke onderbenutting van het Deurganckdok, konden PSA en AG niet geloofwaardig dreigen de haven van Antwerpen te verlaten indien de TMV's niet werden verlaagd of de vergoeding niet werd kwijtgescholden.
- (38) In de vierde plaats tekende de Commissie ook aan dat het niet afdwingen door GHA van de betaling van vergoedingen, PSA en AG kan hebben aangemoedigd om hun verkeersvolume te verplaatsen naar havens waar strikt de hand werd gehouden aan de naleving van de TMV's, om boeten in die havens te vermijden.
- (39) In de vijfde plaats had de Commissie twijfel bij het feit dat in de GHA-beslissing van 2013 rekening werd gehouden met elementen als ruimtelijke ordening, mobiliteit en duurzame werkgelegenheid. Volgens vaste rechtspraak ⁽²¹⁾ moeten dergelijke niet-economische aspecten van zakelijke beslissingen buiten beschouwing worden gelaten bij de toepassing van het beginsel van de marktdeelnemer in een markteconomie.
- (40) In de zesde plaats had de Commissie twijfel of er een ernstig risico bestond dat PSA en AG een rechtszaak zouden beginnen tegen GHA en met hun dreiging de haven van Antwerpen te verlaten. Brieven van 19 februari 2013 en 23 februari 2013 waarin PSA en AG hun juridische standpunt toelichtten, zijn naar GHA gezonden nadat de klacht in de onderhavige zaak op 29 januari 2013 naar België was doorgeleid met het verzoek opmerkingen te maken.

⁽¹⁹⁾ Wat daarnaast PSA betreft, is in punt 4.3 van de GHA-beslissing van 2013 vermeld dat was besloten de facturering op te schorten met het oog op verder onderzoek.

⁽²⁰⁾ De verlaging van de vergoeding moet worden onderscheiden van de verlaging van de TMV's. Een voorbeeld: oorspronkelijk TMV = 2 500, aangepast TMV = 1 500, behaald volume = 1 200, boete per eenheid = 8. In dit hypothetische geval zou de verlaging van de TMV's neerkomen op 40 %, maar zou de verlaging van de boeten uitkomen op 77 %.

⁽²¹⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 5 juni 2012, Commissie/EdF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, punten 79-81.

3.1.2. Maatregel 2

- (41) Wat maatregel 2 betreft, tekende de Commissie aan dat de oorspronkelijke TMV's als gevolg van de crisis onmogelijk te behalen waren. Omdat GHA in zijn beslissing van 12 mei 2014 had verklaard dat niet langer viel vol te houden dat de oorspronkelijke TMV's als gevolg van de crisis onmogelijk te behalen vielen, betwijfelde de Commissie of de handhaving voor AG van het verlaagde vergoedingsbedrag bij niet-nakoming van de TMV's als marktconform kon worden beschouwd.
- (42) Met name leek de handhaving van de verlaagde vergoeding niet noodzakelijk om AG te compenseren voor het tijdelijke verlies van een deel van haar concessie omdat AG hoe dan ook dit deel van het concessiegebied niet daadwerkelijk gebruikte. Zoals vastgesteld op grond van maatregel 2, was het de bedoeling dat de verlaagde TMV's voor AG (en nadien de verlaagde vergoedingen) van kracht zouden blijven tot en met 2042, dus veel langer dan de periode van zeven jaar waarin een deel van de concessie zou worden overgedragen ⁽²²⁾.

3.2. Verenigbaarheid

- (43) De Commissie heeft aangegeven dat de betrokken maatregelen resulteerden in een verlichting van lasten die normaal gesproken door PSA en AG zouden moeten worden gedragen en ze bijgevolg exploitatiesteun vormen. Dit soort steun kon niet als verenigbaar met de interne markt worden aangemerkt, aangezien hij niet ertoe strekte de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken. In de fase van het inleidingsbesluit was de Commissie dus van oordeel dat de uitzonderingen van artikel 107, leden 2 en 3, VWEU niet van toepassing waren.

4. OPMERKINGEN VAN BELANGHEBBENDEN

4.1. Katoen Natie

- (44) Katoen Natie (KN) was het eens met de voorlopige beoordeling van de Commissie dat de betrokken maatregelen aan de Belgische Staat vielen toe te rekenen en voegde daaraan toe dat, aangezien de beginselen van behoorlijk bestuur op de GHA-beslissing van 2013 van toepassing waren, de raad van bestuur van GHA zich ervan bewust moet zijn geweest dat hij, als publiekrechtelijke entiteit, in het algemeen belang handelde.
- (45) Volgens KN werd iedere gevoelige beslissing van de raad van bestuur van GHA (zoals de beslissing over de gevolgen van het niet-behalen van TMV's) genomen met de volledige steun van de regerende coalitie binnen de Antwerpse gemeenteraad.
- (46) Ook was KN het eens met de voorlopige beoordeling van de Commissie dat de betrokken maatregelen selectief van aard waren.
- (47) Volgens KN had GHA zich, in het licht van de GHA-beslissingen van 2013 en 2014, het recht voorbehouden om specifieke en individuele discretionaire beoordelingen te maken van eventuele bijzondere omstandigheden die voor de betrokken concessie golden en om iedere beslissing te nemen die zij passend achtte. In de GHA-beslissing van 2013 heeft GHA opgenomen dat haar beslissing was genomen binnen de "discretionaire marge" waarover GHA beschikte. Volgens KN bewijst dit dat de maatregelen specifiek waren voor PSA en AG en dus selectief.
- (48) Ook was KN het eens met de voorlopige beoordeling van de Commissie dat de betrokken maatregelen de mededinging verstoorden en het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig beïnvloedden. In dat verband heeft KN beklemtoond dat de haven van Antwerpen, door haar locatie in het binnenland en haar gemakkelijke verbindingen met het hinterland per spoor, over de binnenwateren en over de weg, functioneerde als een internationale hub en dat PSA en AG concurreerden met andere terminalexploitanten zoals KN, zowel in de haven van Antwerpen als in de Hamburg-Le Havre-range.
- (49) KN deelde de twijfel die de Commissie in het inleidingsbesluit had geformuleerd dat maatregel 1 een economisch voordeel inhield voor zowel PSA als AG.
- (50) Voorts heeft KN betoogd dat een marktdeelnemer in een markteconomie met een onderhandelingspositie die zo sterk was als die van GHA, de verschuldigde vergoedingen volledig in rekening zou hebben gebracht, of dat zij via onderhandelingen ten minste een aanzienlijk geringere en evenredige verlaging uit de brand zou hebben gesleept.
- (51) KN heeft aangestipt dat de concessieovereenkomsten GHA stevige rechten gaven doordat GHA 7,31 EUR per niet-behaalde TEU kon eisen en, in geval van manifeste onderbenutting, ofwel aanvullende voorwaarden op te leggen aan de concessiehouder om diens prestaties te verbeteren, ofwel de concessie volledig of gedeeltelijk in te trekken.

⁽²²⁾ GHA heeft maatregel 2 laten varen en heeft vanaf 2015 opnieuw de oorspronkelijke TMV's voor AG ingevoerd, met de nodige aanpassingen voor de gronden die AG had verloren. Sinds 2015 moet AG een jaarlijks TMV van 1 247 630 TEU behalen.

- (52) Ook heeft KN beklemtoond dat GHA met de respectieve concessieovereenkomsten de verschuldigde boetebetalen rechtstreeks kon debiteren.
- (53) De omvang van de verlaging van de betrokken boetebetalen was, volgens KN, onevenredig en hield om die reden geen verband met de crisis. Ofschoon de totale terugval van het verkeersvolume in de haven van Antwerpen 15,6 % bedroeg en in het Deurganckdok, waar PSA en AG actief waren, 38,6 %, bedroeg de verlaging 80 %.
- (54) Zoals KN voorts heeft opgemerkt, zouden de verlaagde TMV's voor PSA en AG voor de toekomst blijven gelden, ongeacht de duur van de crisis. Daarom hield maatregel 2 waarmee de verlaagde TMV's voor de periode na 2013 werden gehandhaafd, volgens KN geen verband met de crisis.
- (55) KN heeft ook aangestipt dat GHA bij het nemen van de bestreden beslissingen rekening heeft gehouden met ruimtelijke ordening, mobiliteit en duurzame werkgelegenheid en dat het nastreven van dergelijke doelstellingen onverenigbaar is met het beginsel van de marktdeelnemer in een markteconomie.
- (56) KN heeft aangevoerd dat het optreden van GHA in de nasleep van de crisis onvergelijkbaar was met dat van andere havenbedrijven in naburige en concurrerende havens. Volgens KN heeft de haven van Rotterdam erkend dat een vrijstelling van vergoedingen alleen contraproductieve effecten zou hebben.
- (57) Naar het oordeel van KN was maatregel 1 niet gerechtvaardigd om te voorkomen dat PSA en AG de haven van Antwerpen zouden verlaten. Volgens KN waren er geen aanwijzingen dat PSA en AG niet langer zouden investeren door moeilijkheden om hun TMV's te behalen. In dat verband heeft KN verwezen naar de geconsolideerde omzet en winst die de groepen waarvan PSA en AG deel uitmaakten, over de periode 2013-2015 hadden behaald. Die winst vormde een veelvoud van de boeten die PSA en AG aanvankelijk verschuldigd waren omdat zij hun TMV's in de haven van Antwerpen niet hadden behaald.
- (58) Voorts heeft KN aangevoerd dat alleen GHA het recht had de concessieovereenkomsten eenzijdig te beëindigen. De beëindiging van de concessieovereenkomst zou GHA op geen enkele wijze economisch hebben benadeeld, omdat GHA, gelet op de beëindigingsclausule in de overeenkomst, van de concessiehouder steeds compensatie had kunnen eisen voor schade geleden als gevolg van een rechtmatige beëindiging door de concessiehouder. De door een beëindiging veroorzaakte extra financiële lasten zouden dus bij de concessiehouder, en niet bij GHA, komen te liggen.
- (59) KN heeft opgemerkt dat MSC-Maersk ook belangstelling had om een concessie aan te gaan met GHA. Alle verliezen ontstaan door de beëindiging van de overeenkomsten met PSA en AG zouden zijn gedempt door de inkomsten afkomstig van dergelijke nieuwe concessiehouder. KN heeft voorts verklaard dat bij de toekenning van de concessie aan PSA in 2004 ook Maersk belangstelling had, maar dat de concessie aan PSA was toegekend omdat zij had ingestemd met hogere TMV's.
- (60) KN was van mening dat dreigingen met rechtszaken door PSA en AG tegen de concessieovereenkomsten ongeloofwaardig waren, omdat onder Belgisch recht de vergoedingen voor niet-behaalde TMV's afdwingbaar waren. Bovendien kon in het Belgische recht de rechtsfiguur van de hardheidsclausule ⁽²³⁾ niet op overeenkomsten worden toegepast.
- (61) Wat maatregel 2 met betrekking tot AG betreft, was KN het eens met de voorlopige beoordeling van de Commissie dat potentiële voordelen in verband met de verlaagde TMV's nog steeds bleven doorlopen ten faveure van AG, omdat met maatregel 2 de verlaagde TMV's (volgens de 75/125-regel) voor die onderneming werden gehandhaafd.
- (62) Aangaande PSA heeft KN aangevoerd dat GHA een onbillijk voordeel aan PSA had verleend door de TMV's van PSA uit 2004 niet per direct opnieuw in te voeren, maar geleidelijk, en aldus ten minste gedeeltelijk de lagere TMV's heeft gehandhaafd. Aangezien GHA had erkend dat de crisis niet langer als argument kon worden gebruikt voor het standpunt dat de TMV's van 2004 onmogelijk te behalen waren, was er geen objectieve reden om de TMV's niet onmiddellijk te verhogen. GHA heeft de TMV's van PSA echter slechts geleidelijk verhoogd in de periode tussen 1 januari 2014 en 31 december 2015. Dit vormde een verder voordeel voor PSA.
- (63) KN heeft ook aangevoerd dat bovengenoemd voordeel nog werd vergroot door het bijkomende gebied dat PSA op 12 mei 2014 had ontvangen en waarvoor PSA zich niet behoefde te houden aan de TMV's voor de jaren 2014 en 2015.

⁽²³⁾ Een hardheidsclausule is een clausule in een overeenkomst die bedoeld is voor gevallen waarin zich onvoorziene gebeurtenissen voordoen die het evenwicht van een overeenkomst fundamenteel wijzigen waardoor er een buitensporige last komt te liggen op een van de betrokken partijen. (vgl. <https://nl.wikipedia.org/wiki/Hardheidsclausule>).

- (64) KN heeft opgemerkt dat een operationele Vessel Sharing Agreement (VSA) tussen Maersk, MSC en CMA CGM (het "P3 Network") verondersteld werd te resulteren in betere economische perspectieven. Bijgevolg had GHA hiermee rekening moeten houden om de TMV's voor PSA opnieuw aan te passen. Voorts heeft KN opgemerkt dat, ofschoon voor PSA sinds 2016 de oorspronkelijke TMV's gelden, verhoogd met aanvullende specifieke TMV's voor het overgedragen gebied, de gemeenschappelijke onderneming van PSA en MSC die de oorspronkelijke concessiehouder heeft vervangen nog steeds wordt bevoordeeld. KN heeft dit voordeel niet gekwantificeerd.
- (65) Wat het van AG aan PSA overgedragen concessiegebied betreft, heeft KN aangevoerd dat het verlies door AG van het overgedragen gebied niet rechtvaardigde dat de verlaagde vergoeding voor AG werd gehandhaafd, omdat AG het gebied hoe dan ook niet gebruikte en omdat het vergroten van de concessie van PSA voor PSA had moeten leiden tot hogere TMV's voor 2004.
- (66) Aangaande de eventuele verenigbaarheid van de betrokken maatregelen met de interne markt heeft KN aangevoerd dat in artikel 107, lid 3, onder c), VWEU sprake is van "steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken". Volgens KN gaf het woord "vergemakkelijken" aan dat de steun de begunstigde een prikkel moet geven om te investeren in de ontwikkeling van een activiteit of een gebied. KN is van mening dat GHA PSA en AG slechts heeft geprikkeld om verkeersvolume weg te leiden van de haven van Antwerpen. Op grond van die bepaling zou er dus geen sprake kunnen zijn van verenigbaarheid.
- (67) Wat verder nog de kwestie van de verenigbaarheid met de interne markt betreft, is KN nader ingegaan op de kwesties van doelstelling van gemeenschappelijk belang, noodzaak en evenredigheid van de steun, verstoring van de mededinging en beïnvloeding van het handelsverkeer binnen de Unie. Voorts was KN het eens met de voorlopige beoordeling van de Commissie dat de betrokken maatregelen exploitatiesteun voor PSA en AG vormden. KN heeft geconcludeerd dat die maatregelen onverenigbaar waren met de interne markt.

4.1.1. Aanvullende opmerkingen van KN

- (68) Op 2 maart 2017 heeft KN aanvullende opmerkingen gemaakt met betrekking tot mogelijke staatssteun voor PSA en AG, waarin zij heeft verklaard dat GHA ten minste tot en met 2015 staatssteun is blijven verlenen. GHA bleef de crisisverlagingen toepassen en schold vergoedingen kwijt die AG en PSA verschuldigd waren voor niet-nakoming van de oorspronkelijke TMV's. In 2015 hebben PSA en AG de contractuele TMV's niet gehaald. GHA had evenwel besloten ⁽²⁴⁾ om af te zien van de toepassing van de contractuele verplichtingen van PSA en AG. KN heeft verklaard dat, als gevolg daarvan, PSA en AG nog steeds geen vergoeding hoefden te betalen voor de materiële inbreuk op de contractueel overeengekomen TMV-verplichtingen.
- (69) KN heeft verder gepreciseerd dat, over de periode 2009-2015, AG een selectief voordeel van 31 039 997,83 EUR had gekregen en PSA een selectief voordeel van 61 122 116,16 EUR.
- (70) KN heeft beklemtoond dat het aan AG en PSA toegekende economische voordeel niet kon worden aangemerkt als een crisismaatregel, maar een structureel voordeel vormde.
- (71) Voorts heeft KN opgemerkt dat PSA had geweigerd de vergoedingen te betalen en dat zij GHA voor het Hof van Beroep te Brussel had gedaagd om de reeds betaalde vergoedingen terug te vorderen.

4.2. PSA Antwerp

- (72) PSA Antwerp (PSA) heeft betwist dat de betrokken maatregelen uit staatsmiddelen zijn bekostigd. Onder verwijzing naar artikel 15, lid 1, en artikel 20 van het Vlaamse Havendecreet heeft PSA aangevoerd dat GHA de havengelden "van welke aard ook" voor eigen rekening en "bij uitsluiting van alle andere overheden" inde en dat GHA alle inkomsten ontving van de uitoefening van de havenbestuurlijke bevoegdheden en van "al de andere activiteiten" die zij uitoefende. De verliezen van GHA waren niet toerekenbaar aan de Belgische Staat en leidden niet tot extra lasten. Aangezien alle inkomsten uit de uitoefening van GHA's havenbestuurlijke bevoegdheden daadwerkelijk aan GHA toebehoorden en de staat in dat verband geen kosten droeg, werd een eventueel voordeel voor PSA niet uit staatsmiddelen bekostigd.
- (73) PSA heeft voorts beklemtoond dat de controlestructuur van GHA onafhankelijk was. Het Vlaamse Havendecreet beoogde de oprichting van een van de Stad Antwerpen onderscheiden rechtspersoon die alle havenbestuurlijke bevoegdheden van de Stad Antwerpen zou overnemen (artikel 1 van de statuten van GHA).

⁽²⁴⁾ Beslissing nr. 161146 van de raad van bestuur van GHA van 17 mei 2016.

- (74) PSA heeft opgemerkt dat GHA een of meer beleidsakkoorden met de Stad Antwerpen kon sluiten — met name over het haven- en stadsbeleid (artikel 7, lid 2, van de statuten van GHA) — en de Stad Antwerpen dus helemaal geen controlerende rol had maar verplicht was om ter sluiting van die beleidsovereenkomsten met GHA te onderhandelen.
- (75) Voorts heeft PSA verklaard dat niet de volledige raad van bestuur, maar slechts een meerderheid ervan uit gemeenteraadsleden bestaat. Die leden zijn afkomstig uit verschillende fracties — met verschillende politieke opvattingen — en in totaal vertegenwoordigden zij minder dan een derde van de totale Antwerpse gemeenteraad. Bovendien is aan de aangestelde bestuursleden in geen enkele zitting een algemeen standpunt van de gemeenteraad voorgelegd.
- (76) Samenvattend was PSA het oneens met de stelling dat de betrokken maatregelen aan de Belgische Staat vielen toe te rekenen. Volgens PSA viel uit de verslagen van de gemeenteraad niet af te leiden dat de gemeenteraad GHA controleerde. Integendeel, er werd regelmatig verwezen naar GHA als onafhankelijke speler in onderhandelingen en akkoorden. PSA verwees onder meer naar het recente arrest van het Hof van Justitie in de zaak-Commerz Nederland ⁽²⁵⁾, waarin is verklaard dat het mogelijk moet zijn om de toerekenbaarheid aan de staat af te leiden “uit een samenstel van aanwijzingen die blijken uit de omstandigheden van de zaak en de context waarin deze maatregel is genomen”. Voorts heeft PSA in dat verband het onderzoek van professor Eric Van Hooydonk aangehaald, waaruit blijkt dat de besluitvorming in gemeentelijke havenbesturen vrijwel uitsluitend is toegespitst op het bevorderen van het belang van de haven, en niet op ruimere gemeentelijke belangen.
- (77) Voorts heeft PSA aangevoerd dat de havencommissaris slechts een administratieve wettigheidstoetsing kon uitoefenen ten aanzien van de beslissingen van GHA (artikel 25, onder c), van de statuten van GHA). De havencommissaris beschikt niet over de bevoegdheid om de inhoud of de noodzaak van een door de havenoperator genomen maatregel te beoordelen. In de onderhavige zaak was de gewestelijke havencommissaris niet betrokken bij de besluitvorming door de raad van bestuur van GHA. Aangezien de beslissing van GHA geen inbreuk maakte op de bepalingen van het Vlaamse Havendecreet, kon de havencommissaris zelfs niet optreden tegen de specifieke voorliggende beslissing. Omdat er geen daadwerkelijke controle van de Stad Antwerpen of het Vlaams Gewest was, waren de voorwaarden van het arrest Stardust Marine niet vervuld.
- (78) Wat de vraag betreft of met de betrokken maatregelen een economisch voordeel was gemoeid, heeft PSA aangevoerd dat voor de toepassing van het beginsel van de marktdeelnemer in een markteconomie de Unierechter heeft erkend dat winstmaximalisatie niet uitsluitend voortkomt uit het recupereren van actuele kosten op korte termijn ⁽²⁶⁾. Volgens PSA zou ook een particuliere schuldeiser zich door langetermijnperspectieven hebben laten leiden, onder meer omdat de kwijtescholden bedragen een opgelegde stimulans waren om de ontwikkeling van de haven te bevorderen. Het betrof hier dus geen verlies voor GHA, maar slechts de niet-invordering van buitengewone inkomsten. Volgens PSA waren de vastgestelde TMV's gebaseerd op een marktbevraging uit 1998 die uitging van een volgehouden [jaarlijkse] groei van 10 % en waren die TMV's dus van bij de aanvang te ambitieus. Daaraan heeft PSA toegevoegd toe dat in 2012 de gevolgen van de crisis nog steeds niet helemaal verdwenen waren, omdat de invoer naar Europa in dat jaar nog steeds onder het peil van 2008 lag ⁽²⁷⁾.
- (79) PSA heeft beklemtoond dat de vergoedingen die zij verschuldigd was wegens het niet-behalen van de TMV's in het Deurganckdok hoger lagen dan de vergoedingen verschuldigd voor andere dokken in de haven van Antwerpen (bijv. [0,30-0,70] EUR/ton voor PSA in het Deurganckdok tegenover [0,12-0,20] EUR/ton voor KN in het Vrasenedok).
- (80) Voorts heeft PSA gesuggereerd rekening te houden met de omstandigheid dat het Deurganckdok nog in de opstartfase zat toen de crisis zich ontplooipte.
- (81) Aangaande het risico dat PSA de haven van Antwerpen zou verlaten, heeft PSA aangevoerd dat de concessieovereenkomst kon worden beëindigd of ontbonden. In dat verband heeft PSA verwezen naar de vroegtijdige beëindiging met ingang van [...] en [...] van haar concessieovereenkomsten met het [...] havenbestuur [...]. Indien PSA de concessieovereenkomst met GHA had beëindigd, zou GHA jaarlijks ongeveer [10-16] miljoen EUR aan concessievergoedingen hebben verloren.

⁽²⁵⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 17 september 2014, Commerz Nederland, C-242/13, ECLI:EU:C:2014:2224, punt 32.

⁽²⁶⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 21 maart 1991, Italië/Commissie, C-305/89, ECLI:EU:C:1991:142, punt 20; arrest van het Gerecht van 11 september 2012, Corsica Ferries France/Commissie, T-565/08, ECLI:EU:T:2012:415, punt 83.

⁽²⁷⁾ WTO, *World merchandise imports by region and selected economy, 2002-2012*, https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/its2013_e/its13_appendix_e.htm

- (82) PSA kon naar eigen zeggen de overeenkomst beëindigen door hetzij zich te beroepen op overmacht omdat de overeenkomst onuitvoerbaar bleek door de ernstige impact van de crisis op de havenactiviteiten, hetzij de concessieovereenkomst nietig te laten verklaren omdat het boetebeding ongeldig was, hetzij door insolvent te worden indien de oorspronkelijk opgelegde boeten integraal waren opgelegd.
- (83) Voorts heeft PSA een vereenvoudigde berekening verschaft van de winst die zij met haar activiteiten in het Deurganckdok heeft gegenereerd, waaruit bleek dat de activiteiten in 2013 verliesgevend zouden zijn geweest indien de oorspronkelijk verschuldigde boeten integraal waren opgelegd.
- (84) Daarnaast heeft PSA de volgende opmerkingen gemaakt:
- PSA had GHA kunnen dwingen de concessieovereenkomst te beëindigen door een situatie van ondergebruik te creëren.
 - Indien GHA had vastgehouden aan de oorspronkelijke tonnenmaatverplichtingen, had dit toekomstige investeringen door PSA in de haven van Antwerpen in het gedrang kunnen brengen.
 - Het vertrek van PSA uit de haven van Antwerpen zou negatieve gevolgen hebben voor GHA, in de eerste plaats omdat GHA inkomsten uit concessievergoedingen van ongeveer 12 miljoen EUR per jaar zou verliezen en in de tweede plaats omdat GHA financiële vergoedingen zou moeten betalen voor de belangrijke investeringen in onroerende goederen die PSA had gedaan. Bovendien zou PSA niet verder in de haven van Antwerpen hebben geïnvesteerd.
 - Indien PSA de haven had verlaten zouden andere inkomstenbronnen van GHA, zoals havengelden, die rechtstreeks in verband staan met het verkeersvolume dat PSA aantrekt, zijn verminderd.
 - Voor de toekomst zou GHA het moeilijk hebben om een nieuwe concessiehouder te vinden die bereid is dezelfde voorwaarden te accepteren als die welke aanvankelijk met PSA waren overeengekomen.
- (85) Wat de vraag betreft of PSA verkeer had afgeleid naar andere havens waar strikt de hand werd gehouden aan TMV's, heeft PSA beklemtoond dat GHA nooit afstand heeft gedaan van de TMV's, maar die alleen heeft aangepast, en dat de aldus aangepaste TMV's nog steeds een betere prestatie vergen dan het gemiddelde van de Hamburg-Le Havre-range.
- (86) Aangaande de omvang van de verlaging heeft PSA opgemerkt dat de combinatie van een inaccurate, toekomstgerichte inschattingmethode, enerzijds, en de crisis, anderzijds, GHA ertoe heeft aangespoord om de betrokken verlaging van de TMV's toe te staan. Voorts heeft PSA in dat verband aangestipt dat de TMV's voor de concessiehouders in het Deurganckdok progressief waren, in tegenstelling tot de lineaire verplichtingen opgelegd aan de andere concessiehouders in de haven van Antwerpen.
- (87) Aangaande ruimtelijke ordening, mobiliteit en duurzame werkgelegenheid heeft PSA opgemerkt dat voor een particuliere schuldeiser de commerciële overwegingen op zich reeds voldoende waren geweest om tot een beslissing zoals die van GHA te komen.
- (88) Aangaande de geloofwaardigheid van PSA's dreiging een rechtszaak te beginnen, heeft PSA verwezen naar de memorie die zij in februari 2013 bij GHA heeft ingediend. In die memorie heeft PSA zich op het standpunt gesteld dat onder Belgisch recht het boetebeding uit de concessieovereenkomst niet afdwingbaar was. Voorts heeft PSA in die memorie erop aangedrongen dat GHA het boetebeding zou wijzigen in het licht van PSA's totale volumes in alle terminals in Antwerpen ⁽²⁸⁾. Daarnaast heeft PSA betoogd dat, indien zou blijken dat de tussen 2009 en 2013 opgelegde boeten onwettig en dus onder Belgisch recht niet afdwingbaar waren, er geen sprake kon zijn van staatssteun aangezien er geen vordering van GHA ten aanzien van PSA bestond. PSA heeft daaraan toegevoegd dat de vraag of de boeten onwettig waren verder zou worden onderzocht in de arbitrageprocedure die inmiddels was ingeleid.
- (89) PSA heeft betwist dat de betrokken maatregelen selectief van aard waren, omdat zij van mening is dat PSA en AG zich in een bijzondere situatie bevonden ten aanzien van havenoperatoren die actief waren in andere dokken dan het Deurganckdok. Het Deurganckdok was een dok dat zich in het bijzonder leende tot het ontvangen en verwerken van diepzeecontainers. Andere havenoperatoren zijn voornamelijk gericht op metaal- en landbouwproducten en zijn gevestigd in een zeer sterk logistiek-gericht dok. Bijgevolg waren PSA en AG, in de ogen van PSA, geen concurrenten van klager. PSA heeft er voorts op gewezen dat de maatregelen niet specifiek voor PSA en AG waren genomen, maar van toepassing waren op de concessiehouders in het Deurganckdok.

⁽²⁸⁾ Omdat PSA in andere terminals in Antwerpen beter presteerde dan de TMV's welke voor die terminals golden, stelde zij voor om de TMV's die in het Deurganckdok niet waren behaald te compenseren met de TMV's die elders in de haven waren overtroffen.

4.3. Antwerp Gateway

- (90) Antwerp Gateway (AG) heeft erop gewezen dat zij het zelfs niet eens was met de verlaagde boetebetaling geëist op grond van de GHA-beslissing van 2013 ("maatregel 1"). Een juridisch geschil over die kwestie liep bij het scheidsrecht, nadat de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen zichzelf onbevoegd had verklaard wegens de arbitrale clausule in de concessieovereenkomst.
- (91) AG heeft de bestaansreden van boetebedingen in concessieovereenkomsten tussen havenbedrijven en concessiehouders op zich in vraag gesteld. Volgens AG hebben commerciële ondernemingen (zoals AG) tot doel winst te genereren. Bovendien had AG aanzienlijk in het Deurganckdok geïnvesteerd en had zij vanzelfsprekend een sterke prikkel om daarvoor een vergoeding te ontvangen.
- (92) Volgens AG was het boetesysteem een meetinstrument ter beoordeling van de maximale benutting van de beschikbare capaciteit en om de concessiehouder ertoe aan te zetten actief de beschikbare capaciteit maximaal te benutten.
- (93) Voorts heeft AG aangevoerd dat om redenen van overmacht in de zin van het Belgische Burgerlijk Wetboek geen boetebetalen hadden mogen worden opgelegd. Als gevolg van de crisis was er volgens AG sprake van overmacht. Een ander element waarvoor de concessiehouders niet aansprakelijk konden worden gehouden en dat belette dat ultragrote containerschepen in de haven van Antwerpen konden worden behandeld, was de uitgestelde uitdieping van de Schelde.
- (94) AG was ook van mening dat de opgelegde boeten naar Belgisch recht onrechtmatig waren omdat zij een louter punitief karakter hadden en dus niet potentiële verliezen compenseerden.
- (95) Daarnaast heeft AG aangevoerd dat het bedrag van de vergoeding buitensporig was en niet in verhouding stond tot het potentiële verlies voor GHA. De vergoeding dient dus overeenkomstig de toepasselijke regels uit het Belgisch burgerlijk recht te worden herleid tot 25 % van het geëiste bedrag.
- (96) AG heeft daaraan toegevoegd dat over het bedrag van de door GHA berekende vergoeding geen btw verschuldigd is omdat over betalingen die gelden als forfaitaire vergoeding voor potentiële verliezen geen btw verschuldigd is.

5. OPMERKINGEN VAN BELGIË

5.1. Opmerkingen van België na het inleidingsbesluit

- (97) België heeft betwist dat de besluiten van GHA aan de staat vielen toe te rekenen. Volgens België waren de enkele samenstelling van de raad van bestuur (op beslissing van de "staat") en het bestaan van een "havencommissaris" (wiens bevoegdheden beperkter zijn dan die van de regeringscommissaris bij de NMBS), rekening houdende met de door het Havendecreet gewaarborgde autonomie, geenszins voldoende bewijs om het optreden van GHA toe te rekenen aan de overheid. Het enkele feit dat de GHA-beslissing van 2013 aan de raad van bestuur was voorgelegd, was dus niet voldoende om daaruit af te leiden dat de beslissing aan de staat viel toe te rekenen.
- (98) Voorts heeft België betwist dat GHA met de goedkeuring van maatregelen 1 en 2 PSA en AG economische voordelen heeft toegekend. In dat verband heeft België verwezen naar de rechtspraak waarin het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie in het geding was, met name de zaak-HAMSA/Commissie⁽²⁹⁾, de zaak-Commissie/EdF⁽³⁰⁾, de zaak-Spanje/Commissie⁽³¹⁾ en de zaak-DM Transport⁽³²⁾. België heeft beklemtoond dat het optreden van de overheid redelijkerwijze overeenstemde met — m.a.w. "in verhouding stond tot" — de houding die een particuliere schuldeiser mogelijk had aangenomen in vergelijkbare omstandigheden.
- (99) Ten algemene heeft België opgemerkt dat in een vonnis ten gronde van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel van 12 februari 2015 al is erkend dat er geen sprake is van staatssteun en dat GHA zich als een marktdeelnemer in een markteconomie, meer bepaald als een hypothetische particuliere schuldeiser, had gedragen⁽³³⁾.
- (100) Aangaande de twijfel in het inleidingsbesluit met betrekking tot de aanzienlijke tijdsperiode die is verlopen tussen het begin van de crisis en de GHA-beslissing van 2013, heeft België beklemtoond dat mogelijke schuldkwijtscheldingen of -vereffeningen vaak gedurende meerdere jaren worden onderzocht voordat gerechtelijke stappen worden ondernomen.

⁽²⁹⁾ Arrest van het Gerecht van 11 juli 2002, HAMSA/Commissie, T-152/99, ECLI:EU:T:2002:188, punt 170.

⁽³⁰⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 5 juni 2012, Commissie/EdF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, punten 78, 79, 86 en 103.

⁽³¹⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 29 april 1999, Spanje/Commissie, C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, punt 46.

⁽³²⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 29 juni 1999, DM Transport, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, punten 24 en 30.

⁽³³⁾ Tegen dit vonnis is beroep ingesteld door KN; cf. overweging 25. Het beroep is hangende.

- (101) Voorts heeft België verklaard dat de effecten van de crisis, de uitzonderlijke gevolgen voor operatoren met stijgende TMV's en de impact voor de haven een grondiger onderzoek vergden. De enorme daling van het verkeersvolume, met een ongeziene terugval van 15,8 % in de Hamburg-Le Havre-range en van 15,6 % in Antwerpen, had blijvende en uitzonderlijke gevolgen: in 2012 lag de containeroverslag in de haven van Antwerpen nog steeds 0,1 % onder het niveau van 2008. De combinatie van een terugval met 15,6 % in Antwerpen in 2009 en het blijvende effect van de crisis hebben GHA er in 2013 toe gebracht de TMV's structureel te herzien. Bovendien is de procedure voor de vaststelling en de toerekening van de volumetekorten in de GHA-beslissing van 2013 voor alle concessiehouders met tonnenmaatverplichtingen op eenvormige wijze geformaliseerd.
- (102) België heeft ook de vraag opgeworpen of staatssteunonderzoeken geen betrekking moeten hebben op de efficiëntie en daadkracht van de overheid, in plaats van op de vraag of de financieel-economische uitkomst van overheidsoptreden (en de impact hiervan op de besteding van staatsmiddelen) overeenstemt met het optreden van een particuliere schuldeiser. Of een particuliere speler sneller tot eenzelfde besluit zou zijn gekomen, deed veel minder ter zake.
- (103) Aangaande de twijfel in het inleidingsbesluit ten aanzien van de omvang van de verlaging heeft België herhaald dat alleen voor PSA en AG progressief toenemende TMV's golden, terwijl andere ondernemingen aan vaste TMV's waren onderworpen. Het gevolg hiervan was dat de gevolgen van de crisis exponentieel groter waren voor PSA en AG dan voor andere concessiehouders, en dat eenzelfde behandeling voor PSA/AG als voor andere ondernemingen net tot discriminatie zou hebben geleid.
- (104) België heeft aangegeven dat de voor PSA en AG geldende TMV's de eerste drie jaar correct zijn nageleefd, ondanks de sterke stijging met ongeveer 250 %: van 298 000 TEU in 2006 naar 1 010 183 TEU in 2008 voor PSA en van 187 000 TEU in 2006 naar 665 208 TEU in 2008 voor AG.
- (105) Voorts heeft België erop gewezen dat de TMV's voor de concessies in het Deurganckdok fundamenteel verschilden van die opgelegd aan KN, die een concessie aan het Vrasenedok had, omdat voor de Deurganckdok-concessies de TMV's per vierkante meter ongeveer [14-19] ton bedroegen, tegenover [2-4] ton voor KN, en omdat de vergoeding verschuldigd per ontbrekende ton voor de Deurganckdok-concessiehouders ongeveer [0,30-0,70] EUR/ton bedroeg, tegenover [0,12-0,20] EUR/ton voor KN. Indien GHA de tekorten van PSA en AG voor de periode 2009-2012 had doorgerekend op basis van de vergoeding per ontbrekende ton zoals die van toepassing was op KN (d.w.z. [0,12-0,20] EUR/ton i.p.v. [0,30-0,70] EUR/ton) — en op basis van de oorspronkelijke TMV's zoals die voor PSA en AG golden — zou het voor PSA gaan om een bedrag van ongeveer [10-15] miljoen EUR (in plaats van de daadwerkelijk aangerekende [8-10] miljoen EUR) en voor AG om een bedrag van ongeveer [4-7] miljoen EUR in plaats van de daadwerkelijk aangerekende ongeveer [2-5] miljoen EUR.
- (106) Andere concessiehouders in de haven behaalden in 2012 tonnages rond het niveau van vóór de crisis en ondervonden geen moeilijkheden om de geldende TMV's te behalen.
- (107) Volgens de oorspronkelijke TMV's dienden PSA en AG een bijkomende verhoging van hun tonnage te behalen van 70 %, terwijl het totale verkeersvolume in de Antwerpse haven in 2009 met 15,6 % daalde en in 2012 nog steeds licht onder het niveau van 2008 lag. De gevolgen van de terugval in 2009 hebben PSA en AG exponentieel harder getroffen. Bovendien was het voor PSA en AG niet voldoende dat de verkeersvolumes — zowel op het niveau van de haven van Antwerpen als hun eigen volumes — zich geleidelijk terug herstelden tot het niveau van vóór de crisis. Waar een dergelijk herstel tot het niveau van vóór de crisis voor andere operatoren betekende dat er voor hen niet langer een probleem was, leidde die situatie in het geval van PSA en AG nog steeds tot zware verschuldigde TMV's.
- (108) Immers, in beginsel, en indien het volume in het Deurganckdok zich tijdens de eerste jaren normaal had ontwikkeld, hadden de beide operatoren hun maximale volumes daadwerkelijk zelf bereikt. Na het herstel van de crisis drie of vier jaar later hadden zij geen enkele vergoeding meer hoeven te betalen. Alleen doordat de crisis toesloeg in de opbouwperiode van het nieuwe dok en door de specifieke situatie die gold voor dat nieuwe dok, was het probleem voor PSA en AG veel acuter dan voor andere havenoperatoren. Volgens België was er geen sprake van selectiviteit (omdat de situatie van de Deurganckdok-operatoren niet vergelijkbaar was met die van de andere havenoperatoren), noch van enig voordeel.
- (109) Bovendien zouden volgens België de oorspronkelijke TMV's zijn opgesteld vanuit een bepaald verwacht marktpatroon, dat gesteund was op een brede consensus over verwachte ontwikkelingen. Achteraf is evenwel gebleken dat die onderliggende verwachtingen onrealistisch waren wegens omstandigheden waarover de betrokken operatoren en GHA geen controle hadden. In Rotterdam gebeurden aanpassingen aan de gewijzigde economische omstandigheden voordat de concessies op de Tweede Maasvlakte in bedrijf kwamen. Niemand heeft bezwaar gemaakt tegen die aanpak. Mutatis mutandis zou het onredelijk zijn om te eisen dat het aan PSA en AG opgelegde sterke stijgingsregime, dat ook voor de daaropvolgende jaren nog werd opgelegd, onverminderd verder zou moeten worden doorgerekend op een moment dat de Europese economie kreunde onder een ongeziene en niet-voorspelde crisis.

- (110) Aangaande het risico dat PSA en AG — ten minste gedeeltelijk — de haven van Antwerpen zouden verlaten, heeft België erop gewezen dat, om te bepalen of GHA zich als een particuliere marktinvesteerder heeft gedragen, rekening mag en moet worden gehouden met de langetermijnbelangen van het havenbedrijf. In dat verband heeft België verklaard dat de absolute waarde van de concessievergoedingen en verwante vergoedingen die PSA en AG over de periode 2008-2012 hebben gegenereerd, een veelvoud is van het bedrag van 13,5 miljoen EUR, zijnde de vergoeding die AG en PSA op basis van de GHA-beslissing van 2013 verschuldigd waren wegens niet-naleving van de aangepaste TMV's.
- (111) Bovendien heeft België verwezen naar overige inkomsten uit de PSA/AG-concessies, en met name naar de operationele inkomsten van GHA, die in de periode 2012-2014 geregeld meer dan [200-400] miljoen EUR bedroegen. Van die operationele inkomsten was [30-50] % afkomstig van concessievergoedingen, terwijl [30-50] % afkomstig was van havengelden betaald door aanmerende schepen.
- (112) Voorts heeft België aangegeven dat in 2014 de rechtstreekse inkomsten van GHA uit het beheer van de door PSA en AG gehouden concessies rond de [50-90] miljoen EUR bedroegen, of ongeveer [15-40] % van de totale omzet van GHA.
- (113) Wat betreft het risico dat door de afdwinging van de oorspronkelijke TMV's PSA en AG hun activiteiten in de Antwerpse haven zouden hebben terugschroefd, heeft België verklaard dat PSA en AG in het verleden al hadden beslist om investeringen in andere havens terug te schroeven. België heeft in herinnering gebracht dat de betrokken operatoren een wereldwijd terminalnetwerk beheren en dat prestaties en kostenstructuren van individuele terminals veel sneller konden worden vergeleken in benchmarkstudies. Zoals België voorts heeft aangevoerd, zijn ook in andere havens maatregelen genomen (zoals verlaging van havengelden) om de kosten van de crisis deels te ondervangen en kwam er door de crisis alternatieve capaciteit beschikbaar waardoor activiteiten konden worden verschoven. In het licht van de voorgaande factoren was GHA tot het besluit gekomen dat PSA en AG een doorrekening van de oorspronkelijke TMV's niet zouden accepteren en dat er een reëel gevaar bestond dat zij zouden uitwijken naar nabije havens.
- (114) Aangaande de vraag of de concessieovereenkomsten konden worden beëindigd of gewijzigd, heeft België aangevoerd dat in het licht van de economische crisis PSA en AG overmacht hadden kunnen invoeren of hadden kunnen aanvoeren dat de vergoeding ten gevolge van de niet-gerealiseerde TMV's verboden boetebedingen en dus nietig waren (zowel AG als PSA heeft dat punt opgeworpen tijdens arbitrageprocedures). Bovendien had ook het faillissement van een structureel verliesgevende concessiehouder tot de beëindiging van een overeenkomst kunnen leiden.
- (115) België heeft verder opgemerkt dat binnen de Hamburg-Le Havre-range de terminaloperatoren concurreren om verkeersvolumes aan te trekken en te behouden. In die context moest GHA concurrerend blijven en was het onderhevig aan de afnemersmacht van concessiehouders.
- (116) Zoals België voorts heeft uiteengezet, diende GHA ermee rekening te houden dat, zowel wat de vraag (hausse) betreft als wat capaciteit (beperkte capaciteit in Noordwest-Europa) betreft, de concessieovereenkomsten waren opgesteld in een andere economische situatie. De crisis had tot gevolg dat de havens gingen opereren in een afnemersmarkt. Daardoor werden de rederijen, deels door hun schaalgrootte en de capaciteitssituatie, de dominante partij en gebruikten zij hun onderhandelingsmacht.
- (117) Wat betreft de vraag of de GHA-beslissing van 2013 PSA en AG specifiek ertoe heeft aangezet hun verkeer te verleggen naar andere havens waar de tonnageverplichtingen strikt werden afgedwongen om aldus boeten in die havens te vermijden, heeft België verwezen naar stappen die andere concurrerende havens hadden gezet om de gevolgen van de crisis voor havengebruikers te verlichten, bijvoorbeeld door havengelden te verlagen. België heeft ook het voorbeeld van Hutchinson Whampora aangehaald, dat haar investeringen in de uitbreiding van haar eigen haven van Felixstowe on hold had gezet, en van de exploitant (DP World) van de London Gateway containerhaven en het logistiek park, die ook zijn investeringen heeft terugschroefd of geheel of gedeeltelijk heeft opgeschort. In dat verband heeft België echter geen geval aangehaald waarin het ging om de verlaging van TMV's, maar heeft aangevoerd dat de aangehaalde voorbeelden wel op eenzelfde achterliggende idee duiden: het verminderen van investeringen of verplichtingen tijdens de crisisperiode.
- (118) Voorts heeft België uitgelegd dat er, omdat GHA pas in 2013 had beslist hoe om te gaan met de in de periode 2009-2012 niet behaalde TMV's, voor PSA en AG geen prikkel was om verkeer naar andere havens af te leiden.
- (119) Aangaande aspecten zoals ruimtelijke ordening, mobiliteit en duurzame werkgelegenheid in de GHA-beslissing van 2013 heeft België erop gewezen dat overwegingen inzake ruimtelijke ordening en duurzame werkgelegenheid in het onderhavige geval de economische beweegredenen zouden versterken. Voor zover dergelijke overwegingen mede van belang waren, versterkten zij de idee dat de houding van GHA was ingegeven door de wens te vermijden dat PSA en AG de haven van Antwerpen zouden verlaten. Volgens België kan de eenvoudige verwijzing naar niet-economische aspecten geen afbreuk doen aan de vaststelling dat GHA zich als een particuliere marktinvesteerder had gedragen.

- (120) Wat betreft het risico dat PSA en AG juridische stappen zouden zetten om het onverkort afdwingen van de contractuele TMV's aan te vechten, heeft België beklemtoond dat een overheid bij het bepalen van haar houding rekening mag houden met procesrisico's (bijv. het risico op een mogelijk lange schuldherschikkings- of faillissementsprocedure) ⁽³⁴⁾, en dat de staatssteunregels zich bijvoorbeeld niet a priori verzetten tegen het afsluiten van een dading ⁽³⁵⁾. Bijgevolg was het bestaan van een mogelijk legitieme vordering wel degelijk een factor die relevant was om na te gaan of de overheid als een particuliere schuldeiser had gehandeld ⁽³⁶⁾. Daarom diende GHA rekening te houden met het gegeven dat PSA en AG de volledige inning van de voor de niet-behaalde TMV's verschuldigde vergoeding voor de nationale rechter of via arbitrage konden aanvechten, en dat die volledige inning door de rechter of een scheidsrecht had kunnen worden afgewezen, onder meer omdat het om rechtsmisbruik door GHA of een uitvoering van het punitieve boetebeding zou gaan.
- (121) België heeft verwezen naar punt 78 van het inleidingsbesluit, waarin is verklaard dat België, om het mogelijke risico op rechtszaken aan te tonen, de Commissie brieven van PSA en AG heeft doen toekomen waarin hun juridische standpunt is uiteengezet. Die brieven dateren evenwel van 19 februari 2013 en 23 februari 2013. Zij zijn bijgevolg door de vermeende begunstigden aan GHA gezonden nadat de klacht in de onderhavige zaak op 29 januari 2013 naar België was doorgeleid met het verzoek opmerkingen te maken. België heeft beweerd dat op het ogenblik dat de klacht werd ingediend, er voor de periode 2009-2012 nog geen beslissing over de niet-behaalde TMV's was genomen. Aangezien die beslissing pas met de GHA-beslissing van 2013 is genomen, konden PSA en AG geen juridische stappen ondernemen vóór de GHA-beslissing van 2013 en de staatssteunklacht.
- (122) Afgezien van de twijfel die de Commissie in het inleidingsbesluit heeft geformuleerd, heeft België opgemerkt dat zelfs de aangepaste TMV's nog steeds substantieel hoger waren dan de TMV's die PSA en AG hadden voorgesteld in de oorspronkelijke marktbevraging die, na een openbare aanbesteding, heeft geleid tot de gunning van de betrokken concessies aan PSA en AG. De initiële TMV's ten belope van 16 700 000 ton (= 1 336 000 TEU) zijn naderhand net verhoogd tot 53 932 500 ton (= 4 131 600 TEU). De aanzienlijke verhoging van de TMV's was er gekomen doordat een herschikking van de verschillende concessies op de linker- en rechteroever van het Deurganckdok ook een optimalisering van de overslag door de betrokken exploitanten mogelijk maakte. Bij die aanpassing werden prognoses gebaseerd op een piek in de markt.
- (123) Voorts heeft België betoogd dat de GHA-beslissing van 2013 aansloot bij gelijksoortige beslissingen van [andere] havenbedrijven, hetgeen, volgens België, een verder bewijs was van de "marktconformiteit" ervan.
- (124) Wat maatregel 2 betreft heeft België opgemerkt dat de met de GHA-beslissing van 2013 aangepaste TMV's van toepassing blijven tot aan het aflopen van de concessieovereenkomst.
- (125) België heeft er ook op gewezen dat na de overeengekomen overdracht van gronden AG de toepasselijke TMV's moest behalen met een concessiegebied dat ongeveer 30 % kleiner was dan voordien. Ofschoon AG het toen aan PSA overgedragen gedeelte niet gebruikte, namen de TMV's nog steeds toe en zou AG de ruimte op termijn nodig hebben gehad.
- (126) Voorts heeft België aangevoerd dat er geen sprake was van selectiviteit in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Zoals België heeft uitgelegd, werden alle concessiehouders met TMV's jaarlijks uitgenodigd om, op basis van de eenvormige procedure die in de GHA-beslissing van 2013 was bepaald, volumetekorten te verklaren en te verantwoorden. GHA had alle concessiehouders dus gelijk behandeld. Ook KN zelf kon van die regeling gebruikmaken. Volgens België was er één "referentieregeling" — in de zin van de ontwerpmededeling van de Commissie van 2014 ⁽³⁷⁾ — die werd toegepast op alle concessiehouders.

5.2. Opmerkingen van België na de opmerkingen van derden

- (127) België heeft herhaald dat het risico bestond dat PSA en AG de haven van Antwerpen konden verlaten indien de betaling van de vergoeding werd afgedwongen. In dat verband heeft België verwezen naar het voorbeeld van PSA

⁽³⁴⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 24 januari 2013, Frucona Košice/Commissie, C-73/11 P, ECLI:EU:C:2013:32, punt 81; arrest van het Hof van Justitie van 21 maart 2013, Commissie/Buczek Automotive, C-405/11 P, ECLI:EU:C:2013:186, punt 59 e.v.

⁽³⁵⁾ Bijvoorbeeld besluit van de Commissie van 13 maart 2000 betreffende steunmaatregel N 94/1998 — Leuna 2000/Elf/Mider, Duitsland — Vergleichsvereinbarung (crediteurenovereenkomst) (PB C 327 van 28.12.2002, blz. 10), SG(2000) D/102293, punt 19 e. v.; Besluit 2011/276/EU van de Commissie van 26 mei 2010 betreffende de door België ten uitvoer gelegde steunmaatregel C 76/03 (ex NN 69/03) in de vorm van een dading met de fiscus ten gunste van Umicore NV (voorheen Union Minière NV) (PB L 122 van 11.5.2011, blz. 76).

⁽³⁶⁾ Besluit 2011/276/EU.

⁽³⁷⁾ Ontwerpmededeling van de Commissie betreffende het begrip "staatssteun" in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, Brussel, 2014, beschikbaar op: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/draft_guidance_nl.pdf, punt 126 e.v.

en AG, die in het verleden investeringen in Dubai en in India hadden teruggeschroefd. Bovendien had PSA haar concessie in de haven van [...] vroegtijdig beëindigd. Daarom was de vrees van GHA dat PSA en AG mogelijk ook de concessies in Antwerpen zouden beëindigen, reëel en spoorden de beslissingen van GHA om de TMV's te verlagen — en zo een deel van de vergoedingen te derven — met het beginsel van de marktdeelnemer handelend in een markteconomie.

- (128) Ook heeft België herhaald dat andere marktdeelnemers vergelijkbare maatregelen hebben genomen als GHA door voorgenomen investeringen in te krimpen of te spreiden over langere perioden dan aanvankelijk voorzien. Ook hadden andere havenbedrijven hun havengelden en TMV's verlaagd (hoewel sommige havenbedrijven sowieso geen TMV's toepasten).
- (129) In reactie op de opmerkingen van KN heeft België betwist dat KN met PSA en AG concurreerde en verwees het in dit verband naar de arresten van de Raad van State en het Hof van Beroep.
- (130) Wat selectiviteit betreft, was België het niet eens met de stelling van KN dat de beslissingen van GHA niet waren genomen binnen het kader van een "algemeen beleid". Integendeel, de GHA-beslissing van 2013 was een algemene maatregel om een antwoord te bieden op de gevolgen van de crisis, die zowel het containervervoer als het bulkvervoer betrof. Volgens België werd in de beslissing die voor PSA en AG was genomen rekening gehouden met de specifieke feitelijke situatie van deze beide concessiehouders.
- (131) Aangaande de opmerkingen van KN over maatregel 2 heeft België opgemerkt dat KN, met haar argument dat voor PSA zelfs hogere TMV's moesten gelden, geen oog bleek te hebben voor de ruimere context van de betrekkingen tussen GHA en de concessiehouders. Evenmin hield KN rekening met het feit dat de primaire doelstelling van TMV's erin bestond concessiehouders aan te moedigen het potentieel van een concessie zo veel mogelijk te benutten, maar dat zij niet dienden als een autonome inkomstenbron.

5.3. Verklaringen van België na de informatieverzoeken van de Commissie

5.3.1. Voordeel — Maatregel 1

- (132) België heeft aangetoond dat GHA, in afwijking van de vergoedingsclausules die in de betrokken concessieovereenkomsten waren opgenomen, in meerdere gevallen heeft afgezien van vergoedingen van andere concessiehouders dan PSA en AG wanneer de contractueel bepaalde TMV's in de periode 2009-2012 niet werden gehaald. In diverse andere gevallen heeft GHA, in overeenstemming met de in de betrokken concessieovereenkomsten opgenomen vergoedingsclausules, vergoedingen geïnd bij concessiehouders die de contractueel bepaalde TMV's niet hadden gehaald.
- (133) De beslissingen om al dan niet vergoedingen aan te rekenen, verliepen volgens een door GHA toegepaste procedure. Zo heeft GHA in april 2010 de concessiehouders in de haven van Antwerpen uitgenodigd om toe te lichten waarom zij hun contractuele TMV's in 2009 niet hadden behaald.
- (134) In antwoord op het informatieverzoek van de Commissie van 23 juni 2016 betreffende het feit dat AG in de periode na 2014 mogelijk niet aan de TMV's had voldaan, heeft België duidelijk gemaakt dat GHA had besloten ⁽³⁸⁾ om de uitkomst van de formele onderzoekprocedure van de Commissie af te wachten voordat zij een beslissing voor het jaar 2015 wilde nemen. Overigens wilde ook GHA de uitspraak van het scheidsrecht afwachten. Een uitstel van de beslissing betekende niet dat AG de betaling voor 2015 zou worden kwijtgescholden. GHA had zich uitdrukkelijk alle rechten voorbehouden met betrekking tot de facturering wegens eventuele niet-nakoming van de TMV's door AG. GHA heeft in die beslissing ook beklemtoond dat een uitstel van de beslissing over de TMV's voor 2015 niet kon worden uitgelegd als een afzien van rechten door GHA.
- (135) Voorts heeft België de Commissie meegedeeld dat het de oorspronkelijke TMV's voor AG met ingang van 2015 opnieuw heeft ingevoerd, met de nodige aanpassingen voor het verlies van de beschikbare gronden als gevolg van de overdracht van gronden.

5.3.2. Voordeel — Maatregel 2

- (136) Wat betreft de vraag waarom GHA de oorspronkelijke TMV's voor PSA in 2014 niet opnieuw integraal heeft ingevoerd, maar deze slechts geleidelijk terug heeft ingevoerd met TMV's van 1 400 000 TEU in 2014 en 2 000 000 TEU in 2015, om pas in 2016 uit te komen op het volledige niveau van 2 559 600 TEU, heeft België het volgende verklaard:

⁽³⁸⁾ Verklaring van België van 4 april 2017, verwijzend naar Beslissing nr. 161146 van GHA van 17 mei 2016.

- (137) In de aanname dat in 2014 de economische activiteit reeds het niveau van vóór de crisis had bereikt, betekent een en ander niet dat voor de exploitanten in het Deurganckdok (AG en PSA) de TMV's konden terugvallen op hun oorspronkelijke niveau. Het verkeersvolume mag dan wel na drie tot vijf jaar hersteld zijn tot het niveau van vóór de crisis, de TMV's waren niet op datzelfde niveau gebleven, maar waren blijven stijgen. Dat is specifiek voor het Deurganckdok omdat dit de enige terminal was waar tijdens de crisis de TMV's jaarlijks verder bleven stijgen door de opstart van de activiteiten in het Deurganckdok en door het feit dat het steeds meerdere jaren duurt voordat een nieuwe haventerminal volledig is uitgerust en nieuw bijkomend verkeersvolume kan ontvangen voordat de maximale capaciteit is bereikt. Met andere woorden, daar waar in een normale situatie van vaste TMV's het bereiken van het niveau van vóór de crisis de TMV-tekorten oplost die door de crisis zijn ontstaan, is dat niet het geval voor de concessies in het Deurganckdok. Dat feit alleen al brengt de operatoren in het Deurganckdok in een veel moeilijker positie en rechtvaardigt een veel langere herstelperiode. Die situatie kan ook uit een ander oogpunt worden gezien: terugkeren naar de oorspronkelijke niveaus zou inhouden dat GHA nog grotere stijgingen in aanvullend containerverkeer zou opleggen dan was voorzien in de lopende concessieovereenkomsten. Het spreekt voor zich dat er grenzen zijn aan wat redelijkerwijs haalbaar is.

5.3.3. Winstsimulaties op lange termijn

- (138) België heeft nadere berekeningen verschaft, waaruit blijkt dat de boetebedragen die zijn kwijtgescholden, zouden worden gecompenseerd door hogere inkomsten op lange termijn. Die berekeningen waren ten dele gebaseerd op ex-antebewijsmateriaal, maar zijn wel ex-post gemaakt.

6. BEOORDELING

6.1. De vraag of er sprake is van steun

- (139) De Commissie dient thans na te gaan of de maatregelen waarop deze procedure ziet, staatssteun vormen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.
- (140) Op grond van artikel 107, lid 1, VWEU zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover die steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.
- (141) Wil een maatregel als staatssteun in de zin van die bepaling kwalificeren, dan moet dus zijn voldaan aan elk van de volgende voorwaarden: i) de maatregel is toerekenbaar aan de staat en wordt uit staatsmiddelen bekostigd; ii) met de maatregel wordt een voordeel verleend aan een onderneming; iii) dat voordeel is selectief, en iv) de maatregel vervalst de mededinging of dreigt deze te vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig te beïnvloeden.
- (142) Indien bijgevolg een van de bovenstaande criteria niet is vervuld, kan de maatregel niet als staatssteun worden gekwalificeerd. Met betrekking tot de voorliggende zaak acht de Commissie het passend om na te gaan of met een van de beide maatregelen een voordeel aan de vermeende begunstigten is verleend.
- (143) Een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag is een economisch voordeel dat een onderneming onder normale marktvoorwaarden — d.w.z. zonder overheidsingrijpen — niet had kunnen verkrijgen.
- (144) Om voor de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU te bepalen of met de door GHA toegekende verlaging van vergoedingen aan PSA en AG een economisch voordeel is verschaft, moet de Commissie nagaan of GHA zich heeft gedragen zoals een particuliere marktdeelnemer in een vergelijkbare situatie had gedaan. Volgens het beginsel van de marktdeelnemer in een markteconomie houdt een door de staat uitgevoerde maatregel geen staatssteun in wanneer een particuliere investeerder van vergelijkbare omvang als de betrokken overheidsinstanties en handelend in normale marktomstandigheden in een markteconomie, in soortgelijke omstandigheden ertoe had kunnen worden gebracht de desbetreffende maatregelen voor de begunstigde ten uitvoer te leggen ⁽³⁹⁾.
- (145) In overeenstemming met vaste rechtspraak ⁽⁴⁰⁾ erkent de Commissie dat de maatregelen moeten worden onderzocht binnen de context van de periode waarin zij zijn genomen. Voorts moet de Commissie bij de evaluatie van de litigieuze maatregelen rekening houden met alle relevante elementen en hun context ⁽⁴¹⁾.

⁽³⁹⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 11 juli 1996, SFEI e.a., C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, punten 60 en 61; arrest van het Gerecht van 6 maart 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale/Commissie, T-228/99 en T-233/99, ECLI:EU:T:2003:57, punt 208.

⁽⁴⁰⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie ("Stardust Marine"), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, punt 71 ("[...] met betrekking tot de vraag of de staat zich als een voorzichtige investeerder in een markteconomie heeft gedragen, [...] moet worden uitgegaan van de periode waarin de financiële steunmaatregelen zijn genomen, [...]").

⁽⁴¹⁾ Arrest van het Gerecht van 27 april 2017, Germanwings/Commissie, T-375/15, ECLI:EU:T:2017:289, punt 77, en de daar aangehaalde rechtspraak.

6.1.1. Mogelijk voordeel verleend met maatregel 1 — GHA-beslissing van 2013

- (146) De Commissie merkt op dat, zoals uiteengezet in het inleidingsbesluit, de gevolgen van de crisis in aanmerking dienen te worden genomen bij de beoordeling van de marktconformiteit van maatregel 1. De Commissie merkt verder op dat bij het uitbreken van de crisis, met name in de jaren 2008 en 2009, alleen voor PSA en AG progressieve TMV's golden, die van jaar tot jaar toenamen, terwijl voor alle overige concessiehouders in de haven van Antwerpen, waaronder klager, vaste TMV's van toepassing waren (zie punt 29). Daarom was, binnen de context van de crisis, de situatie van PSA en AG specifiek en verschilde zij van die van andere in de haven van Antwerpen actieve marktdeelnemers.
- (147) Bovendien erkent de Commissie dat de gevolgen zonder weerga van de crisis ondernemingen in alle sectoren van de economie hebben gedwongen hun gedrag aan te passen.
- (148) Voorts merkt de Commissie op dat, naast de context van de crisis, ook de handhaving van de samenwerking met PSA en AG belangrijk was voor de belangen van de haven op lange termijn.
- (149) De Commissie brengt ook in herinnering dat KN (zie overweging 21) en andere operatoren in de haven van Antwerpen (zie overweging 131) in het kader van de crisis aanpassingen van TMV's in hun voordeel hebben gekregen.
- (150) De Commissie is daarom van oordeel dat het in beginsel denkbaar is dat een marktdeelnemer in een markteconomie die in de positie van GHA verkeerde, ook de contractueel geldende TMV's had aangepast in het licht van de crisis.
- (151) In haar inleidingsbesluit had de Commissie niettemin twijfel geformuleerd over de vraag of GHA bij de uitvoering van maatregel 1 had gehandeld als een marktdeelnemer in een markteconomie.

Tijdspanne tussen het begin van de crisis en de GHA-beslissing van 2013

- (152) Met name meende de Commissie in het inleidingsbesluit dat een rationele particuliere marktdeelnemer ernaar zou hebben gestreefd zijn winst te maximaliseren (of zijn verliezen zo gering mogelijk te houden) door zo snel mogelijk over te gaan tot de inning van de verschuldigde bedragen. In de voorliggende zaak verliep er een aanzienlijke tijdspanne tussen het uitbreken van de crisis en de GHA-beslissing van 2013, waarbij de kwestie van de niet-betaalde vergoedingen retroactief is afgehandeld door deze vergoedingen aanzienlijk te verlagen.
- (153) Bovendien is, zoals is aangegeven in punt 6.4 van de GHA-beslissing van 2013, de kwestie van de TMV's de afgelopen jaren meermaals besproken binnen de raad van bestuur van GHA ⁽⁴²⁾. Niettemin is het zo dat de raad van bestuur, op die zittingen kwesties in verband met verkeersvolumedata en de crisis heeft besproken, zonder dat de kwestie van het factureren van de verschuldigde vergoedingen aan PSA en AG wegens het niet halen van de TMV's daarbij rechtstreeks aan de orde kwam. In punt 5.3 van de GHA-beslissing van 2013 staat wel expliciet dat de facturering van de verschuldigde vergoedingen, ondanks het lopende overleg, werd opgeschort ⁽⁴³⁾.
- (154) In het licht van het bovenstaande betwijfelde de Commissie of een rationele particuliere marktdeelnemer vier jaar (van 2009 tot 2013) zou hebben gewacht met een beslissing over de verlaging van de verschuldigde vergoedingen.
- (155) Als antwoord op die twijfel heeft België correspondentie tussen GHA en, respectievelijk, PSA en AG verschaft, waaruit bleek dat vanaf december 2009 overleg plaatsvond met het oog op het verlagen van de oorspronkelijke TMV's. In dat verband had GHA aanvankelijk voorgesteld de oorspronkelijke TMV's te verlagen met het voor dat jaar waargenomen dalingspercentage in de Hamburg-Le Havre-range (d.w.z. 15,8 %) ⁽⁴⁴⁾. Sindsdien heeft GHA bij herhaling PSA en AG herinnerd aan de niet-behaalde TMV's en hen om hun standpunt gevraagd. PSA en AG hebben in diverse antwoorden gewezen op hun belang voor de ontwikkeling van de haven, hebben erop gezinspeeld dat zij eventueel naar andere havens zouden uitwijken, en hebben gewezen op de gevolgen van de crisis. Daarnaast heeft zowel PSA als AG ook juridische adviezen van hun raadslieden ingediend, waarin was uiteengezet waarom de boetebedingen niet toepasselijk of niet afdwingbaar waren. Die argumenten zijn nadien door zowel PSA als AG gebruikt in arbitragegeschillen met GHA.

⁽⁴²⁾ Het punt stond op de agenda van de zittingen van de raad van bestuur van 12 mei en 1 september 2009, van 29 juni en 5 oktober 2010, van 1 februari, 11 oktober en 8 november 2011 en van 3 juli, 4 september, 6 november en 18 november 2012.

⁽⁴³⁾ Wat daarnaast PSA betreft, is in punt 4.3 van de GHA-beslissing van 2013 vermeld dat was besloten de facturering op te schorten met het oog op verder onderzoek.

⁽⁴⁴⁾ Zie bijvoorbeeld de e-mail van GHA aan AG van 14 januari 2011 waarin wordt verwezen naar een brief van 3 december 2010. Wel was in de concessieovereenkomsten bepaald dat bij een niet aan de concessiehouder toe te rekenen daling van de overslagcapaciteit tijdens de concessieperiode, de te behalen volumes ook naar rato zouden worden verminderd.

- (156) De Commissie concludeert dat in de context van de crisis en gelet op de uitgebreide correspondentie tussen GHA, enerzijds, en PSA en AG, anderzijds, GHA niet kan worden beticht van gebrek aan initiatief ten aanzien van de niet-betaling van de boeten. Voorts merkt de Commissie op dat de situatie van PSA en AG bijzonder delicaat leek omdat hun TMV's progressief waren (terwijl die van andere concessiehouders lineair waren) en dat het Deurganckdok nog in de opstartfase verkeerde (zodat de invloed op de activiteiten daar anders kon zijn dan bij de activiteiten in andere terminals). Daarom vormt het feit dat GHA pas in 2013 een definitief besluit heeft genomen, op zich geen aanwijzing dat het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie niet in acht is genomen, aangezien een marktdeelnemer in een markteconomie op een vergelijkbaar tijdstip dit soort beslissing had genomen.

Omvang van de aanpassing

- (157) Wat betreft de verlaging van de vergoeding zelf, heeft de Commissie twijfel geformuleerd over de vraag of een rationele particuliere marktdeelnemer PSA en AG een verlaging had toegestaan in de omvang die GHA heeft toegestaan. In dat verband is in het inleidingsbesluit een terugval van het verkeersvolume in het Deurganckdok van – 38,6 % in 2009 afgezet tegen een totale verlaging van de vergoeding in een grootteorde van ongeveer – 80 %.
- (158) Verduidelijkt moet worden dat de verlaging van 80 % niet voor 2009 alleen geldt, maar voor de volledige vierjaarsperiode 2009-2012. Wordt alleen 2009 bezien, dan bedroeg het totale gewogen gemiddelde van de verlaging van de voor PSA en AG geldende TMV's – 38,6 %, d.w.z. gelijk aan de terugval van het verkeersvolume in het Deurganckdok waarvan sprake in overweging 157. De totale toegepaste verlaging bedroeg ongeveer – 80 % omdat die ook de jaren 2010, 2011 en 2012 betrof.
- (159) De Commissie brengt in herinnering dat het denkbaar is dat, zoals aangegeven in overweging 150 van het onderhavige besluit, een marktdeelnemer in een markteconomie die in de positie van GHA verkeerde, de TMV's had verlaagd in een context van crisis en met het oog op de instandhouding van langlopende samenwerking. Hieruit mag evenwel niet automatisch worden geconcludeerd dat een verlaging van TMV's marktconform is. Daarom had de Commissie twijfel bij de omvang van de TMV-verlagingen die GHA had toegepast, en moet zij nagaan of de omvang van die verlagingen een afspiegeling is van de gedragingen van een voorzichtige marktdeelnemer.
- (160) Klager heeft betoogd dat er sprake zou zijn van een cirkelredenering om de prestaties van het Deurganckdok als basis te gebruiken voor het aanpassen van de TMV's voor PSA en AG. In plaats daarvan dient, volgens het betoog van klager, de totale terugval van het verkeersvolume in de volledige haven (– 16 %) te worden gebruikt.
- (161) Vanuit het oogpunt van GHA zijn er a priori diverse factoren beschikbaar om TMV's aan te passen in de context van de crisis. De Commissie stipt aan dat GHA een combinatie van twee factoren heeft toegepast. Een daarvan is de evolutie van het verkeersvolume in de Hamburg-Le Havre-range en de andere de terugval in het verkeersvolume in het Deurganckdok.
- (162) De eerste factor werd gedefinieerd als de som van de volumes containerverkeer in alle havens van die range. Het ligt in de aard van een range die meerdere havens omvat, dat sommige havens beter en andere slechter presteren dan de range. Ook ieder individueel dok binnen iedere haven presteert anders dan het gemiddelde in de haven. Bijgevolg kan een vergelijking van de prestaties van een individueel dok met de prestaties van de volledige Hamburg-Le Havre-range, die op de compilatie van een betrekkelijk grote dataset is gebaseerd, vaak tot onjuiste conclusies leiden. Voorts kan ieder dok in verschillende mate door de crisis worden getroffen. Dit pleit ervoor om ieder individueel dok af te zetten tegen data die afkomstig zijn van een vergelijkbare dataset.
- (163) Niettemin zou bij het versmallen van de dataset de limiet bereikt moeten zijn wanneer de dataset circulair wordt (zie in dit verband de stelling van klager; overweging 160). Circulariteit zou ertoe leiden dat de prikkel voor de concessiehouder om bepaalde TMV's te behalen, wordt uitgeschakeld omdat de TMV's — door het circulaire effect — retroactief dienen te worden afgestemd op de daadwerkelijke prestaties van de concessiehouder.
- (164) De Commissie tekent evenwel aan dat de aanpassing die GHA heeft toegepast, niet circulair is omdat deze is gebaseerd op een combinatie van twee factoren. Een daarvan is de Hamburg-Le Havre-range en de andere de terugval in het verkeersvolume in het Deurganckdok. De Commissie merkt op dat het gebruik van de Hamburg-Le Havre-range als onderdeel van de matrix voor de aanpassing van de TMV's passend is, omdat die range waarschijnlijk de ruimst mogelijke dataset vormt die beschikbaar is voor operatoren in de haven van Antwerpen. In termen van volume containerverkeer heeft de haven van Antwerpen een aanzienlijk aandeel in de Hamburg-Le Havre-range, aangezien zij de nummer twee is na de haven van Rotterdam. Bovendien wordt de prestatie van de Hamburg-Le Havre-range, op grond van de 75/125-regel, hoe dan ook bijgesteld in het nadeel van PSA en AG (zie overweging 21). Die regel houdt namelijk in dat PSA en AG 25 % beter moeten presteren dan de Hamburg-Le Havre-range. Die correctiefactor van 25 % is in feite ook gebaseerd op reële (historische) gegevens, omdat hij een afspiegeling is van de bovenmaatse prestatie van de haven van Antwerpen ten opzichte van de Hamburg-Le Havre-range.

- (165) De tweede factor die onderdeel was van de aanpassingsformule voor de TMV's, was het daadwerkelijke verkeersvolume van PSA en AG in het Deurganckdok in 2008. In dat jaar werd in de haven van Antwerpen een groei van het containerverkeer met 6,3 % op jaarbasis waargenomen. Daarentegen liep het containerverkeer tussen 2008 en 2009 terug met een ongeziene – 16,3 %. Op grond van op dat moment alleen van jaar tot jaar stijgende TMV's die in de haven van Antwerpen golden, moesten PSA en AG een TMV halen die in 2009 aanzienlijk hoger lag dan in 2008 ⁽⁴⁵⁾, hetgeen onmogelijk bleek te zijn toen het totale containerverkeer fors terugliep. De Commissie is van oordeel dat het passend was om het behaalde verkeersvolume van elke concessiehouder in het Deurganckdok te gebruiken als de andere component van de matrix, omdat anders het door de volledige haven van Antwerpen behaalde verkeersvolume (het op één na grootste beschikbare voorbeeld van een smalle range) onnauwkeurige uitkomsten had opgeleverd. Dit komt doordat de situatie in het Deurganckdok zeer specifiek was, omdat het Deurganckdok nog in een opstartfase verkeerde toen de crisis uitbrak.
- (166) De Commissie tekent voorts aan dat de aanpassing die GHA heeft toegepast, TMV's opleverde die in de periode 2009-2012 hoger uitkwamen dan de tonnenmaat die PSA en AG behaalden (met AG als enige uitzondering in 2011, toen AG licht beter presteerde dan de vereiste aangepaste TMV's). Daarom heeft GHA de verschuldigde boeten niet gewoonweg kwijtgescholden. Ook is dit het bewijs dat de aanpassing van de TMV's in het kader van maatregel 1, in tegenstelling tot wat klager stelt, niet circulair was. Indien maatregel 1 circulair was geweest, waren PSA en AG niet aansprakelijk geweest voor de betaling van vergoedingen in de periode 2009-2012.
- (167) Bijgevolg blijft maatregel 1 in overeenstemming met de uiteindelijke doelstelling van het berekenen van boeten voor het niet behalen van TMV's: die bestaat er niet in om de boeten om te vormen tot een reële bron van inkomsten, tot rendement op investeringen of tot een betaling voor door GHA geleverde diensten of goederen, maar wil de concessiehouders prikkelen om in de gegeven omstandigheden zo goed mogelijk te presteren.
- (168) Daarom concludeert de Commissie dat de methodiek die GHA heeft gebruikt om de TMV's aan te passen, redelijk lijkt te zijn.

Mogelijke verplaatsing van verkeer naar andere havens

- (169) Wat betreft de twijfel in het inleidingsbesluit en de daarmee samenhangende stelling van klager dat de GHA-beslissing van 2013 PSA en AG ertoe zou hebben aangezet om hun verkeer te verplaatsen naar havens waar strikt de hand werd gehouden aan de TMV's, merkt de Commissie op dat toen PSA en AG nagingen waar zij hun verkeersvolume in de periode 2009-2012 zouden afhandelen, zij nog niet konden weten hoe GHA zou beslissen in de kwestie van vergoedingen voor in die jaren niet-behaalde TMV's. GHA heeft die kwestie namelijk pas retroactief afgehandeld in de GHA-beslissing van 2013. Bovendien waren in de GHA-beslissing van 2013, die de oorspronkelijke TMV's voor PSA en AG weliswaar neerwaarts bijstelde, nog steeds TMV's bepaald die verder gingen dan de daadwerkelijke prestaties van PSA en AG in de periode 2009-2012 (met AG als enige uitzondering in 2011, toen AG licht beter presteerde dan de vereiste aangepaste TMV's). Voorts is het zo dat GHA weliswaar overleg voerde met PSA en AG wat betreft de verlaging van de oorspronkelijke TMV's (zie in dit verband overweging 20), maar dat uit de inhoud van die communicatie blijkt dat GHA nimmer voornemens was om de TMV's zodanig te verlagen dat de vergoeding voor de niet-behaalde TMV's volledig zou worden kwijtgescholden. Bijgevolg concludeert de Commissie dat de GHA-beslissing van 2013 geen prikkel voor PSA en AG bevatte om verkeer te verplaatsen naar andere havens waar strikt de hand werd gehouden aan de TMV's.

Ruimtelijke ordening, mobiliteit en duurzame werkgelegenheid

- (170) In het inleidingsbesluit heeft de Commissie aangetekend dat ook de vraag kon worden gesteld of met maatregel 1 het criterium van de marktdeelnemer in de markteconomie wel in acht werd genomen, omdat in de GHA-beslissing van 2013 rekening werd gehouden met elementen als ruimtelijke ordening, mobiliteit en duurzame werkgelegenheid.
- (171) De Commissie is echter van oordeel dat GHA zich bij het nemen van de GHA-beslissing van 2013 vooral door economische overwegingen heeft laten leiden. GHA hield rekening met de totale impact van de crisis op PSA en AG, maar ook op andere terminalexploitanten die een concessie hadden in de haven van Antwerpen. Bovendien was GHA van oordeel dat zij een grote haven beheerde (de op één na grootste in de Hamburg-Le Havre-range in termen van containerverkeer), die in felle concurrentie stond met andere havens en met name met de andere havens in de Hamburg-Le Havre-range, en dat het risico bestond dat de langlopende samenwerking met PSA en AG in het gedrang zou komen indien de TMV's niet zouden worden verminderd (zie de overwegingen 148 en 159).

⁽⁴⁵⁾ Oorspronkelijke TMV's: 2008: PSA: 1 010 183 TEU; AG: 665 208 TEU; 2009: PSA: 1 522 103 TEU; AG: 1 023 583 TEU.

- (172) Daarom concludeert de Commissie dat elementen zoals ruimtelijke ordening, mobiliteit en duurzame werkgelegenheid slechts een ondergeschikte rol speelden bij de overwegingen van GHA toen het de GHA-beslissing van 2013 nam.

Dreiging om de haven te verlaten en risico op rechtszaken

- (173) In het inleidingsbesluit heeft de Commissie ook aangestipt dat PSA en AG niet geloofwaardig konden dreigen de haven van Antwerpen te verlaten als de TMV's niet zouden worden verlaagd of de vergoeding niet zou worden kwijtgescholden (punt 75 van het inleidingsbesluit). De exploitanten van de containerterminals konden hun betrekkingen met GHA niet eenzijdig beëindigen, terwijl GHA de concessie volledig of gedeeltelijk kon herroepen in geval van manifest ondergebruik van de terminal.
- (174) Voorts werd in het inleidingsbesluit twijfel geformuleerd over de vraag of er een ernstig risico bestond dat PSA en AG rechtszaken zouden beginnen (punt 78 van het inleidingsbesluit). PSA en AG hadden op 19 februari 2013 en 23 februari 2013 — dus nadat de klacht op 29 januari 2013 naar België was doorgeleid met het verzoek opmerkingen te maken — brieven aan GHA gezonden waarin zij hun juridische standpunt toelichtten. Met andere woorden, het risico was geloofwaardiger geweest indien PSA en AG die brieven hadden gezonden voordat het bestaan van de klacht hun bekend werd.
- (175) Vanwege de contextuele verbanden worden die kwesties in de volgende overwegingen tezamen beoordeeld.
- (176) Na analyse van de verklaringen van België in reactie op het inleidingsbesluit en met name de correspondentie tussen GHA, enerzijds, en PSA en AG, anderzijds, is de Commissie van oordeel dat er inderdaad een ernstig risico bestond dat PSA en AG het afdwingen door GHA van boeten wegens het niet-nakomen van de oorspronkelijke TMV's zouden aanvechten voor de rechter of via een arbitrageprocedure, alsmede een geloofwaardig risico dat het scheidsgerecht of de rechter dit afdwingen van boeten door GHA op grond van het Belgische burgerlijk recht had afgewezen op grond van het leerstuk van rechtsmisbruik ⁽⁴⁶⁾ of omdat een boetebeding als punitief zou worden gekwalificeerd ⁽⁴⁷⁾.
- (177) Op basis van het uit de periode van de feiten stammende beschikbare bewijsmateriaal stelt de Commissie zich op het standpunt dat het Belgische burgerlijk recht inderdaad gronden biedt om de onverkorte afdwinging van boeten voor het niet-behalen van contractuele TMV's aan te vechten indien die afdwinging neerkomt op rechtsmisbruik of indien het boetebeding als punitief zou worden gekwalificeerd. Een en ander wordt bevestigd door het feit dat zowel AG als PSA argumenten heeft gebruikt met betrekking tot rechtsmisbruik en punitief boetebeding toen zij met GHA communiceerden vóór de GHA-beslissing van 2013 ⁽⁴⁸⁾, onder meer juridische memoranda van hun respectieve raadslieden ⁽⁴⁹⁾. Hoewel het niet aan de Commissie is om vooruit te lopen op de vraag in hoeverre die vorderingen kunnen slagen, bleken zij wel ontvankelijk en voldoende geloofwaardig, hetgeen laat zien dat het risico op rechtszaken door GHA als reëel kon worden gepercipieerd.
- (178) Bovendien wordt (zij het terugblikkend) de ernst van die argumenten van AG en PSA verder bevestigd niet alleen door het [...] ⁽⁵⁰⁾, maar ook door het feit dat zowel AG ⁽⁵¹⁾ als PSA ⁽⁵²⁾ zelfs de boeten hebben aangevochten die GHA op basis van de aangepaste TMV's had opgelegd, waarbij zij onder meer aanvoerden dat er sprake was van rechtsmisbruik door GHA en dat de boeten voor het niet-behalen van aangepaste TMV's punitief en buitensporig waren.

⁽⁴⁶⁾ Het Belgische burgerlijk recht bekrachtigt het “pacta sunt servanda”-beginsel, maar voorziet terzelfder tijd in beperkingen van en uitzonderingen op dit beginsel. Een van die beperkingen is dat contractuele rechten, overeenkomstig artikel 1134, lid 3, van het Belgisch Burgerlijk Wetboek, “te goeder trouw” ten uitvoer moeten worden gebracht, d.w.z. dat rechtsmisbruik niet is toegestaan. Van rechtsmisbruik is sprake indien een partij haar rechten uitoefent op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een redelijk en zorgvuldig persoon. Zie S. Stijns, *Verbintenissenrecht*, die Keure, 2005, Boek I, blz. 62 e.v., met verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Cassatie.

⁽⁴⁷⁾ Doel van contractuele boeten wegens niet-nakoming van contractverplichtingen is de benadeelde partij te compenseren voor de verliezen die deze als gevolg van die niet-nakoming door een tegenpartij heeft geleden. Boeten zijn punitief wanneer het doel ervan is de niet-nakomende partij te bestraffen ten voordele van de benadeelde partij zonder dat de benadeelde partij schade heeft geleden. Punitieve boeten zijn in strijd met de openbare orde van de Belgische Staat en vormen gronden voor niet-afdwingbaarheid van dit soort boeten.

⁽⁴⁸⁾ Bijv. brief PSA van 19 december 2011 aan GHA (verklaring van België van 19 augustus 2016, bijlage 7.44); ook brief PSA van 19 februari 2013 aan GHA (verklaring van België van 15 maart 2016, bijlage 15).

⁽⁴⁹⁾ Memorie van de raadslieden van AG van 15 februari 2012 (verklaring van België van 15 maart 2016, bijlage 10); memorie van de externe raadslieden van PSA van 11 februari 2013 (verklaring van België van 20 maart 2017, bijlage 7.2).

⁽⁵⁰⁾ [...] (verklaring van België van 20 maart 2017, bijlage 7.3).

⁽⁵¹⁾ Op 20 juni 2014 heeft GHA een verzoek om arbitrage ingediend wegens niet-betaling van boeten door AG voor het niet-behalen van de aangepaste TMV's en heeft AG de boeten aangevochten op grond van rechtsmisbruik en buitensporig boetebeding (verklaring van AG van 18 april 2016, met synthesememorie AG voor de arbitrageprocedure).

⁽⁵²⁾ Op 2 mei 2016 heeft PSA een arbitrageprocedure aangespannen tegen GHA en heeft zij het scheidsgerecht verzocht GHA te gelasten PSA de boeten voor het niet-behalen van de aangepaste TMV's terug te betalen. Zie bijlage 6 bij de opmerkingen van PSA van 2 mei 2016 bij het inleidingsbesluit, alsmede bijlagen 7.1(a) en 7.1(b) van de verklaring van België van 1 december 2017.

- (179) Voorts merkt de Commissie op dat de geloofwaardigheid van argumenten die AG in de arbitrageprocedure tegen GHA heeft aangevoerd, door de arbitrale uitspraak in die zaak wordt bevestigd ⁽⁵³⁾. Het scheidsgerecht stelde zich op het standpunt dat de afdwinging van boeten wegens het niet-behalen van de aangepaste TMV's op grond van de GHA-beslissing van 2013, geen rechtsmisbruik naar Belgisch burgerlijk recht inhield. Daarmee heeft het scheidsgerecht rekening gehouden met het feit dat GHA de TMV's in zijn GHA-beslissing van 2013 had aangepast, rekening houdende met de crisis, de situatie in de Hamburg-Le Havre-range en de situatie van Antwerpen uit historisch oogpunt, en dat dit soort gedraging in overeenstemming was met hetgeen mocht worden verwacht van een redelijk en voorzichtig havenbedrijf.
- (180) Daarnaast heeft PSA, anders dan AG, zelf een arbitrageprocedure aangespannen tegen GHA waarbij zij de terugbetaling vorderde van boeten voor het niet-behalen van aangepaste TMV's.
- (181) Wat betreft het risico op rechtszaken, en met name het risico voor GHA rechtszaken te verliezen, concludeert de Commissie dat de procedures die PSA en AG daadwerkelijk hebben aangespannen, laten zien dat dit een reëel risico was en dat een voorzichtige marktdeelnemer met dit risico rekening zou hebben gehouden bij het nemen van zakelijke beslissingen.

Conclusie betreffende maatregel 1

- (182) Uit de voorgaande overwegingen volgt dat het in beginsel denkbaar is dat een marktdeelnemer in een markteconomie die in de positie van GHA verkeerde, in het licht van de crisis de contractueel geldende TMV's had aangepast. Wat betreft de vermindering die GHA in het kader van maatregel 1 heeft toegekend, is de Commissie tot de volgende bevindingen gekomen: i) de tijdsperiode tussen het begin van de crisis en het moment waarop GHA zijn beslissing heeft genomen, is op zich geen aanwijzing dat het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie niet in acht is genomen; ii) de methodiek die GHA heeft gebruikt om de omvang van de aanpassing van de TMV's te bepalen, lijkt redelijk te zijn; iii) de GHA-beslissing bevatte geen prikkel voor PSA en AG om verkeer te verplaatsen naar andere havens waar strikt de hand werd gehouden aan de TMV's; iv) elementen zoals ruimtelijke ordening, mobiliteit en duurzame werkgelegenheid speelden slechts een ondergeschikte rol, en v) wanneer de TMV's niet zouden zijn aangepast, bestond er een reëel risico op verlies van rechtszaken waarmee een voorzichtige marktdeelnemer in een markteconomie rekening zou hebben gehouden.
- (183) In het licht van al deze elementen komt de Commissie tot de bevinding dat maatregel 1, alles samengenomen, geacht moet worden het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie in acht te nemen.
- (184) Derhalve concludeert de Commissie dat maatregel 1 geen economisch voordeel vormt, noch voor PSA, noch voor AG. Aangezien aan alle criteria van artikel 107, lid 1, VWEU moet zijn voldaan, wil een maatregel staatssteun vormen in de zin van dat artikel, is het ontbreken van een economisch voordeel dat anders niet op marktvoorwaarden beschikbaar zou zijn, voldoende om te besluiten dat de maatregel waartegen is geklaagd, geen staatssteun vormt.

6.1.2. Mogelijk voordeel verleend met maatregel 2

- (185) Om te kunnen beoordelen of GHA bij het nemen van maatregel 2 heeft gehandeld als een marktdeelnemer in een markteconomie en of als gevolg daarvan maatregel 2 geen voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU inhield ten faveure van AG, moet worden nagegaan of het handhaven van de 75/125-regel ten aanzien van AG een voordeel opleverde dat AG niet had kunnen krijgen indien de oorspronkelijke TMV's opnieuw waren ingevoerd.
- (186) Die vraag dient te worden beoordeeld in het licht van het feit dat in 2014 ongeveer 30 % van AG's concessiegebied aan PSA is overgedragen. Toen GHA de TMV's voor AG in 2015 opnieuw invoerde, bracht het een volume dat overeenstemde met het verlies van 30 % van het concessiegebied in mindering op de oorspronkelijke TMV's, om uit te komen op TMV's ten belope van 1 247 630 TEU.
- (187) De Commissie merkt op dat AG reeds presteerde op een niveau dat de in 2014 opnieuw ingevoerde TMV's overschreed. In 2015 presteerde AG andermaal beter dan dat niveau. De vraag of een voorzichtige investeerder in een markteconomie de TMV's al opnieuw in 2014 had ingevoerd of pas in 2015 (zoals GHA deed), is dus niet relevant om te bepalen of GHA enig voordeel aan AG heeft verschaft. Hoe dan ook zou AG voor 2014 en 2015 geen boets aan GHA verschuldigd zijn. Zowel bij een herinvoering van de oorspronkelijke TMV's (met de nodige aanpassingen voor het verlies van ongeveer 30 % van het concessiegebied) als bij de voortgezette toepassing van 75/125-regel (in lijn met maatregel 2) zou AG GHA geen enkele vergoeding verschuldigd zijn.

⁽⁵³⁾ Arbitrale uitspraak van 16 september 2016 (bijlage bij de verklaring van België van 5 oktober 2016).

- (188) Wat betreft de twijfel in het inleidingsbesluit dat het verlies door AG van het overdragen gebied niet rechtvaardigde dat de verlaagde vergoeding ten aanzien van AG werd gehandhaafd omdat AG het gebied hoe dan ook niet gebruikte (punten 82 en 83 van het inleidingsbesluit), verwijst de Commissie naar overweging 184 en tekent zij ook aan dat GHA tegen 2016 opnieuw de som van de oorspronkelijke TMV's van PSA en AG had ingevoerd, met als enige verschil dat de TMV's van PSA nu hoger zijn dan haar oorspronkelijke TMV's, terwijl de TMV's van AG overeenkomstig zijn verlaagd. De Commissie is van oordeel dat een algemeen totaal aan TMV's toepassen dat hoger ligt dan de voorgaande, zoals klager lijkt te eisen, niet passend zou zijn omdat het totale voor PSA en AG (samen) beschikbare concessiegebied niet groter is geworden dan het totale gebied dat bij de oorspronkelijke concessieovereenkomsten was toegewezen.
- (189) Daarom concludeert de Commissie dat maatregel 2 AG geen economisch voordeel heeft opgeleverd. Aangezien aan alle criteria van artikel 107, lid 1, VWEU moet zijn voldaan, wil een maatregel staatssteun vormen in de zin van dat artikel, is het ontbreken van een economisch voordeel dat anders niet op marktvoorwaarden beschikbaar zou zijn, voldoende om te besluiten dat de maatregel waartegen is geklaagd, geen staatssteun vormt.

6.1.3. Andere beweringen van klager

- (190) Wat betreft de bewering van klager dat het voordeel dat PSA tot 2012 heeft ontvangen, is blijven doorlopen in de periode 2013-2016, verwijst de Commissie naar punt 85 van het inleidingsbesluit, waarin is verklaard dat met maatregel 2 een einde is gekomen aan een mogelijk voordeel voor PSA, voor zover de oorspronkelijke TMV's bij die maatregel geleidelijk — en niet onmiddellijk — opnieuw zijn ingevoerd. Bovendien gaat het in het onderhavige besluit om de beoordeling van de maatregelen 1 en 2, zoals omschreven in overweging 22, en zoals aanvankelijk omschreven in punt 49, punten i) en ii), van het inleidingsbesluit. Niettemin is de Commissie van oordeel dat GHA marktconform heeft gehandeld toen het besloot om de voor PSA geldende TMV's geleidelijk opnieuw in te voeren. De TMV's met ingang van 2014 onmiddellijk opnieuw invoeren (zoals door klager is geëist), had tot een jaarstijging (van 2013 naar 2014) geleid die groter was geweest dan onder de oorspronkelijke TMV's was bepaald (zie ook de opmerkingen van België in overweging 153). Bijgevolg zou een onmiddellijke herinvoering van TMV's ten aanzien van PSA niet hebben gespoord met de eerdere bestuurspraktijk die GHA had vastgesteld door TMV-overeenkomsten uit te werken die voor in de haven werkzame terminalexploitanten gelden.

7. CONCLUSIE

- (191) Zoals in de overwegingen 180 en 185 is uiteengezet, vormen de maatregelen 1 en 2 geen staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU,

HEEFT HET VOLGENDE BESLUIT VASTGESTELD:

Artikel 1

De maatregelen die België ten uitvoer heeft gelegd en die bestonden in, ten eerste, de verlaging van contractuele minimumtonnenmaatverplichtingen en vervolgens de verlaging van door twee terminalconcessiehouders in de haven van Antwerpen verschuldigde vergoedingen met terugwerkende kracht tot 2009, en, ten tweede, het handhaven van de verlaagde minimumtonnenmaatverplichtingen ten aanzien van een van die concessiehouders in de periode na 2013, vormen geen staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

Artikel 2

Dit besluit is gericht tot het Koninkrijk België.

Gedaan te Brussel, 23 november 2018.

Voor de Commissie
Margrethe VESTAGER
Lid van de Commissie