DÉCISION (UE) 2019/1246 DE LA COMMISSION

du 23 novembre 2018

relative à l'aide d'État alléguée SA.35905 (2016/C) (ex 2015/NN) (ex 2012/CP) — Belgique — Concessionnaires actifs dans le port d'Anvers

[notifiée sous le numéro C(2018) 7690]

(Les textes en langues française et néerlandaise sont les seuls faisant foi.)

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

LA COMMISSION EUROPÉENNE,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment son article 108, paragraphe 2, premier alinéa,

vu l'accord sur l'Espace économique européen, et notamment son article 62, paragraphe 1, point a),

après avoir invité les parties intéressées à présenter leurs observations conformément auxdits articles ([1]) et vu ces observations,

considérant ce qui suit:

1. PROCÉDURE

(1) Le 17 décembre 2012, la Commission a été saisie d'une plainte déposée par Katoen Natie NV (la «plaignante» ou «KN») concernant une prétendue aide d'État accordée par l'État belge à deux concessionnaires de terminaux actifs dans le port d'Anvers, à savoir PSA Antwerp NV («PSA») ([2]) et Antwerp Gateway NV («AG»). Les 4 et 7 janvier 2013, la plaignante a fourni aux services de la Commission des informations complémentaires concernant l'aide alléguée.

(2) La plainte a été transmise aux autorités belges pour observations le 29 janvier 2013. Par lettre datée du 8 avril 2013, les autorités belges ont informé les services de la Commission que les mesures faisant l'objet de la plainte ne constituaient pas, selon elles, une aide illégale. La Belgique a fourni des informations complémentaires le 11 juillet 2013.

(3) Par la suite, dans une lettre datée du 12 juillet 2013, les services de la Commission ont demandé des renseignements complémentaires à la Belgique, qui a répondu le 2 septembre 2013. En réponse à la demande des services de la Commission datée du 4 mars 2014, la Belgique a fourni des éclaircissements complémentaires le 6 mars 2014, les 1er et 24 avril 2014 et le 19 mai 2014.

(4) Le 11 août 2014, les services de la Commission a envoyé une lettre d'évaluation préliminaire à la plaignante indiquant que, jusqu'à preuve du contraire, les mesures faisant l'objet de la plainte ne constituaient pas une aide d'État. Elle a joint à cette même lettre les observations de la Belgique.

(5) Dans sa lettre du 9 septembre 2014, la plaignante a contesté l'évaluation préliminaire des services de la Commission et a informé cette dernière de nouveaux éléments en rapport avec l'affaire. Le 7 janvier 2015, les autorités belges ont communiqué des observations concernant les nouveaux éléments fournis par la plaignante.

([1]) JO C 104 du 18.3.2016, p. 17.
([2]) Toute référence à PSA s'entend comme référence à PSA Antwerp NV ou, selon le cas, à son successeur légal, PSA DGD.

(6) Par lettre du 18 janvier 2016, la Commission a notifié à la Belgique sa décision d'ouvrir la procédure prévue à l'article 108, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne («TFUE»). Comme à la suite de l'ouverture de la procédure, les autorités belges ont présenté des observations le 15 mars 2016. La décision de la Commission d'ouvrir la procédure («la décision d'ouverture») a été publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* ([3]) le 18 mars 2016. La Commission a invité les parties intéressées à présenter leurs observations.

(7) Entre le 18 avril et le 3 mai 2016, trois parties intéressées ont présenté des observations aux services de la Commission. Le 20 mai 2016, les services de la Commission ont transmis les observations des parties intéressées à la Belgique. La Belgique a répondu à ces observations le 15 juin 2016.

(8) Le 23 juin 2016, les services de la Commission ont demandé un complément d'information à la Belgique, laquelle le leur a fourni les 19 et 29 août 2016.

(9) Le 10 octobre 2016, AG a présenté une communication aux services de la Commission.

(10) Le 20 octobre 2016, les services de la Commission ont demandé un complément d'information aux autorités belges, lesquelles le leur ont fourni le 16 décembre 2016.

(11) Le 20 février 2017, les services de la Commission ont demandé un complément d'information à la Belgique, qui le leur a fourni le 21 mars 2017.

(12) Dans le cadre d'une réunion avec les services de la Commission, qui s'est tenue le 2 mars 2017, la plaignante a déposé une communication datée du 2 mars 2017.

(13) Le 7 mars 2017, les services de la Commission ont demandé un complément d'information à la Belgique, laquelle le leur a fourni les 5 et 20 avril 2017.

(14) Par lettres du 4 août 2017, les services de la Commission ont demandé un complément d'information à PSA et à AG, qui le leur ont fourni le 15 septembre 2017.

(15) Le 13 novembre 2017, les services de la Commission ont demandé un complément d'information à la Belgique, laquelle le leur a fourni les 1er, 4 et 14 décembre 2017.

(16) Le 16 juillet 2018, les services de la Commission ont demandé un complément d'information à la Belgique, laquelle le leur a fourni les 18 et 27 juillet, ainsi que le 10 août 2018.

2. **CONTEXTE ET DESCRIPTION DES MESURES**

(17) En 2004, à la suite d'un appel d'offres public, la régie portuaire communale de la ville d'Anvers (Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen, la «GHA») a conclu des contrats de concession ([4]) d'une durée de 42 ans avec PSA et AG pour la prestation de services liés au transbordement de conteneurs dans le nouveau terminal Deurganckdok du port (le «DGD»).

(18) Ces contrats définissent des conditions de tonnage minimum («TM»), mesuré en équivalents vingt pieds («EVP»), destinées à encourager les concessionnaires à maximiser l'utilisation des superficies qui leur ont été attribuées.

([3]) Voir note de bas de page 1.

([4]) L'expression «contrats de concession» est utilisée dans la présente décision pour des raisons de lisibilité, sans préjuger la question de savoir si ces contrats constituent de véritables contrats de concession au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (JO L 94 du 28.3.2014, p. 1).

Des TM progressifs pour le DGD ont été introduits pendant une phase de démarrage allant jusqu'en 2012 ([5]). Après quoi, les TM étaient supposés rester stables. Si les concessionnaires n'atteignaient pas les TM requis, ils étaient contractuellement tenus de verser des indemnités/compensations à la GHA. Les concessions prévoyaient également que la GHA pouvait y mettre un terme avant la date d'expiration fixée en cas de sous-exploitation manifeste par le concessionnaire ou en cas d'insolvabilité d'un concessionnaire.

(19) Le trafic de conteneurs dans la rangée dite Hambourg-Le Havre ([6]) a diminué de 15,8 % entre 2008 et 2009 et de 16,3 % dans les cinq plus grands ports de cette rangée (Rotterdam, Anvers, Hambourg, Brême et Le Havre) ([7]). Cette baisse du trafic correspondait à l'incidence de la contraction de l'activité économique mondiale observée depuis 2008 (la «crise») dans la rangée Hambourg-Le Havre. À Anvers, le trafic global de conteneurs a également diminué de 16,3 %. Dans le DGD, le trafic a diminué de 38,6 % au total (de 37,7 % pour PSA et de 39,9 % pour AG). PSA et AG ne parvenaient plus à atteindre leurs TM respectifs, qui augmentaient encore d'année en année en raison du mécanisme de mise en œuvre progressive. Par conséquent, elles étaient contractuellement tenues de verser des compensations à la GHA, mais aucune compensation n'a été perçue entre 2009 et 2012.

(20) À la suite d'un échange de courriels entre la GHA et AG en décembre 2009, des discussions ont eu lieu au sujet de l'abaissement des TM initiaux. Dans ce contexte, la GHA a d'abord suggéré d'abaisser les TM initiaux du taux de baisse observé dans la rangée Hambourg-Le Havre cette année-là (à savoir: 15,8 %) ([8]). Depuis février 2011, la GHA a rappelé à plusieurs reprises à PSA et à AG qu'elles n'avaient pas respecté les TM fixés et leur a demandé leur point de vue. PSA et AG ont souligné dans plusieurs réponses ([9]) leur importance pour le développement du port ([10]), en faisant allusion à leur éventuel départ vers d'autres ports ([11]), ainsi que l'incidence de la crise. En outre, PSA et AG ont également exposé le point de vue juridique de leurs conseils, expliquant pourquoi les clauses pénales n'étaient ni applicables ni exécutoires ([12]). Ces arguments ont par la suite été invoqués par PSA et AG dans des procédures d'arbitrage engagées contre la GHA ([13]).

(21) Comme indiqué au considérant 1, le 17 décembre 2012, la Commission a été saisie d'une plainte déposée par KN concernant le défaut de paiement des compensations dues par PSA et AG au titre des TM non atteints. En 1992, la GHA a passé un contrat de concession avec KN. En 1998, des TM ont été introduits dans le contrat de concession de KN. En 2009, KN n'a pas réussi à atteindre les TM. La GHA a réduit la compensation fixée contractuellement pour KN (comme elle l'avait fait pour d'autres exploitants de terminaux dans le contexte de la crise). Ainsi, au lieu de devoir verser environ [180 000-250 000] EUR (*), KN a dû verser [7 500-9 000] EUR pour l'année 2009 (et uniquement pour l'année 2009).

(22) Le 26 mars 2013, la GHA a décidé de réajuster les contrats de concession avec PSA et AG (la «décision de 2013 de la GHA»). La décision de 2013 de la GHA comportait les éléments suivants:

Mesure n° 1 (applicable à PSA et à AG) — voir graphiques ([14]) **1 et 2 figurant au considérant 29:** la mesure n° 1 ([15]) consiste en une réduction des compensations dues par PSA et AG pour non-respect des TM prévus avec effet rétroactif à partir de 2009 en application de la «règle des 75/125» déterminée par la GHA. Selon cette règle,

([5]) Dans le cas de PSA, les TM étaient fixés aux seuils suivants: 1 010 183 EVP en 2008, 1 522 103 EVP en 2009, 2 034 023 EVP en 2010, 2 447 751 EVP en 2011 et 2 559 600 EVP de 2012 jusqu'à l'expiration de la concession. Dans le cas d'AG, les TM étaient fixés aux seuils suivants: 665 208 EVP en 2008, 1 023 583 EVP en 2009, 1 383 208 EVP en 2010, 1 595 167 EVP en 2011, et 1 755 000 EVP à partir de 2012.

([6]) La rangée Hambourg-Le Havre comprend les ports maritimes les plus importants situés sur la côte de la mer du Nord en Europe continentale, notamment Rotterdam, Anvers, Hambourg, Bremerhaven et 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]) Voir, par exemple, le courriel envoyé par la GHA à AG le 14 janvier 2011, faisant référence à une lettre du 3 décembre 2010. Il convient de noter que les contrats de concession prévoyaient qu'en cas de réduction de la capacité de transbordement pendant la concession, non imputable au concessionnaire, les volumes à atteindre devraient être réduits au prorata.

([9]) Lettre d'AG à la GHA du 12 janvier 2012 (annexe 7.9 à la communication de la Belgique du 19 août 2016); Lettre d'AG à la GHA du lundi 17 janvier 2011 (annexe 7.5 à la communication de la Belgique du 19 août 2016); Lettre de PSA à la GHA du 19 décembre 2011 (annexe 7.44 à la communication de la Belgique du 19 août 2016); Lettre de PSA à la GHA du 24 août 2012 (annexe 7.50 à la communication de la Belgique du 19 août 2016); Lettre de PSA à la GHA du 28 mars 2013 (annexe 7.55 à la communication de la Belgique du 19 août 2016).

([10]) En 2014, les activités de PSA et d'AG représentaient environ [15-40] % du chiffre d'affaires total de la GHA, en tenant compte de tous les revenus directs et indirects liés aux activités de PSA et d'AG dans le port d'Anvers.

([11]) Voir note de bas de page 9.

([12]) Note du 15 février 2012 des conseils d'AG (communication de la Belgique du 15 mars 2016, annexe 10); note du 11 février 2013 des conseils externes de PSA (communication de la Belgique du 20 mars 2017, annexe 7.2).

([13]) Le 20 juin 2014, la GHA a sollicité un arbitrage concernant le défaut de paiement des indemnités par AG au titre du non-respect des TM réajustés, et AG a contesté les indemnités en invoquant un abus de droit et une clause pénale excessive (communication d'AG du 18 avril 2016 comportant sa note de synthèse dans la procédure d'arbitrage).

(*) Information confidentielle.

([14]) Compilés par la Commission sur la base des données communiquées par la Belgique.

([15]) Voir également le considérant 49, point i) et le considérant 81 de la décision d'ouverture.

les TM ont été réajustés en ajoutant 125 % du taux de croissance annuel de la rangée Hambourg-Le Havre au TM de l'année précédente. Lorsque le trafic diminuait, 75 % du taux de baisse annuel de la rangée Hambourg-Le Havre étaient déduits des TM de l'année précédente. La règle implique donc que PSA et AG doivent afficher une croissance de 25 % supérieure à celle de leurs pairs dans la rangée Hambourg-Le Havre. La référence pour l'établissement des nouveaux TM pour l'année 2009 était le trafic réalisé en 2008 dans le DGD. Le «facteur de surperformance» de 25 % se fonde sur la performance historique du port d'Anvers, qui, en termes de taux de croissance du trafic annuel, d'après une moyenne calculée sur une période plus longue, était supérieure de 25 % à la moyenne des ports dans la rangée Hambourg-Le Havre. Pour la seule année 2009, la mise en œuvre de la mesure n° 1 a entraîné des réductions des TM équivalant à – 41,7 % (PSA) et à – 29,7 % (AG) par rapport aux TM initiaux de 2009.

(23) Le 12 mai 2014, la GHA a adopté la décision suivante:

Mesure n° 2 — voir graphique 2 figurant au considérant 29: la mesure n° 2 ([16]) consiste à maintenir les compensations réduites (selon la règle des 75/125) pour ce qui est d'AG uniquement.

(24) PSA a versé à la GHA des indemnités réduites après le réajustement des TM en application de la décision de 2013 de la GHA, mais s'est réservé le droit de contester ce paiement au motif que la clause pénale contractuelle était contraire à l'ordre public en ce sens qu'elle était purement punitive, et que l'application de sanctions constituait un abus de droit de la part de la GHA. Le 2 mai 2016, PSA a demandé à une commission d'arbitrage d'ordonner à la GHA de rembourser à PSA les compensations qu'elle avait payées après adoption de la décision de 2013 de la GHA. L'issue de la procédure n'est pas encore connue au moment de l'adoption de la présente décision.

(25) AG n'a pas payé les indemnités réduites et la GHA l'a ensuite sommée de le faire. L'affaire a été renvoyée devant une commission d'arbitrage. AG a notamment fait valoir qu'une clause pénale ne pouvait s'appliquer que si les TM n'étaient pas atteints en raison de circonstances liées à AG, mais qu'en réalité, ils n'avaient pas été atteints à cause de la crise, et que l'application d'indemnités réduites constituait un abus de droit de la part de la GHA. À l'issue de la procédure, les indemnités réduites appliquées par la GHA ont toutefois été jugées raisonnables.

(26) Le 12 mai 2014, la GHA a modifié unilatéralement les contrats de concession passés avec PSA et AG. Les modifications impliquaient l'attribution à PSA d'une surface du DGD initialement attribuée à AG, mais non utilisée par cette dernière. Par conséquent, PSA disposait d'une surface d'environ 20 % plus grande et AG, quant à elle, d'une surface de 30 % plus petite par rapport aux surfaces initialement attribuées. Dans le même temps, la GHA a décidé de maintenir la règle des 75/125 en ce qui concerne AG en application de la mesure n° 2 (voir considérant 22). Pour ce qui est de PSA, la GHA a décidé d'appliquer la règle des 75/125 pour la dernière fois en 2013. La GHA a progressivement rétabli les TM initialement prévus dans les contrats (après une augmentation progressive jusqu'en 2016) ([17]). En outre, à partir de 2016, PSA a été soumise à des TM supplémentaires applicables à la surface qui lui avait été attribuée en 2014.

(27) En 2015, le tribunal de première instance de Bruxelles a rejeté la plainte introduite par KN contre la GHA selon laquelle le réajustement des TM par la GHA en faveur d'AG et de PSA constituait une aide d'État ([18]). Le tribunal a notamment conclu qu'en réajustant les TM, la GHA avait raisonnablement tenu compte de la crise et qu'on pouvait supposer qu'un créancier privé aurait adopté une décision similaire. KN a introduit un recours contre ce jugement du 12 février 2015. Le recours est pendant devant la cour d'appel de Bruxelles au moment de l'adoption de la présente décision.

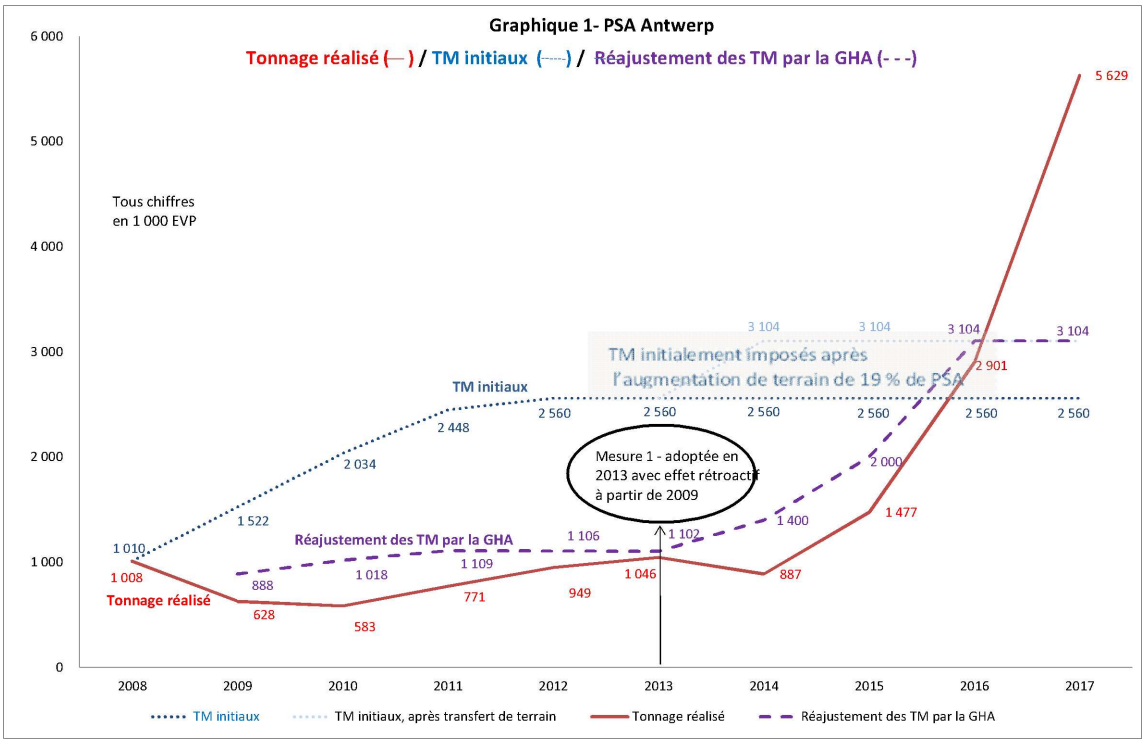
(28) Le 15 janvier 2016, la Commission a ouvert la procédure formelle d'examen, exprimant des doutes sur la question de savoir si les mesures nos 1 et 2 constituaient des aides d'État.

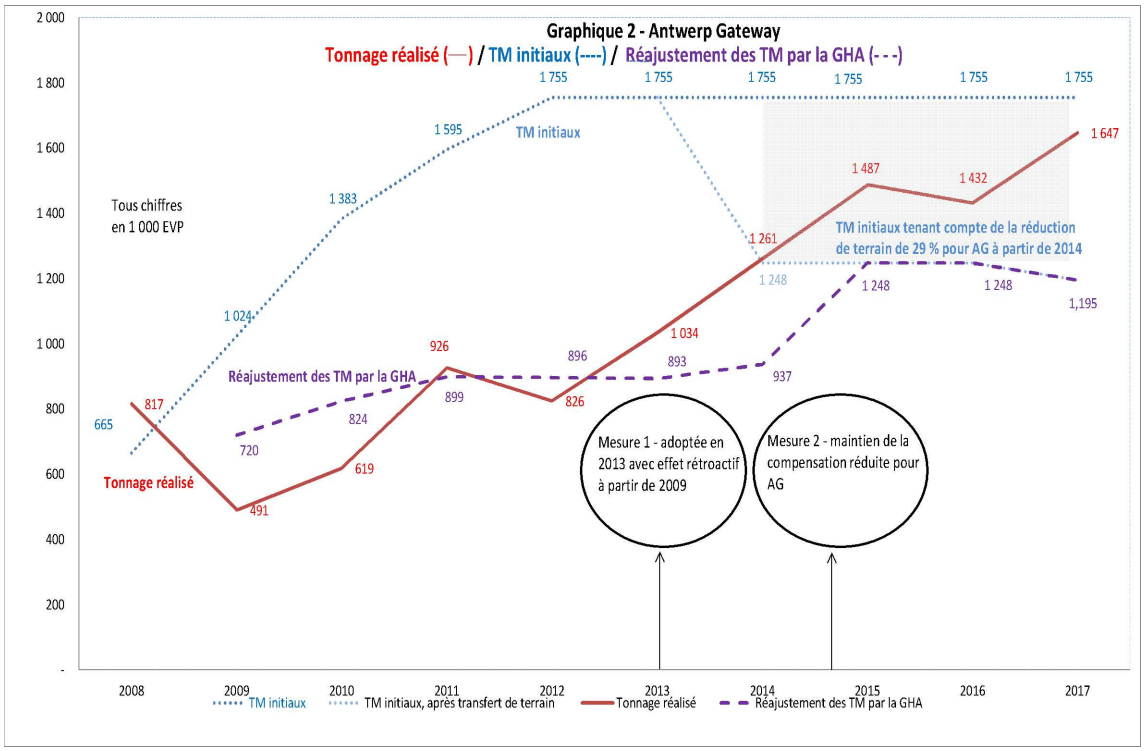
(29) La présente décision décrit et apprécie les mesures nos 1 et 2 décrites au considérant 22, et décrites initialement dans la décision d'ouverture au considérant 49, points i) et ii), ainsi qu'aux considérants 81 et 82 de ladite décision.

([16]) Voir également le considérant 49, point ii) et le considérant 82 de la décision d'ouverture.

([17]) Le mécanisme d'augmentation progressive prévoyait l'application des TM suivants à PSA: 2014: 1 400 000 EVP, 2015: 2 000 000 EVP, 2016: 2 559 600 EVP, plus 544 526 EVP pour la surface supplémentaire attribuée à PSA.

([18]) KN a notamment fait valoir que la GHA avait enfreint l'obligation de suspension prévue à l'article 108, paragraphe 3), du TFUE, et a demandé au tribunal d'interdire à la GHA d'appliquer sa décision de 2013, et d'ordonner à la GHA de facturer et de percevoir la compensation restante, ou, subsidiairement, d'obliger la GHA à annuler la décision et à adopter une nouvelle décision pour percevoir la compensation due, en appliquant des dommages et intérêts sur une base quotidienne en cas de non-respect de cette décision.





3. LA DÉCISION D'OUVERTURE

3.1. Quant à l'existence d'une aide

(30) Dans sa décision d'ouverture, la Commission a exprimé des doutes sur la question de savoir si les mesures n°s 1 et 2 constituaient ou non une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

3.1.1. *Mesure n° 1*

(31) Premièrement, la Commission doutait qu'un opérateur privé avisé en économie de marché aurait attendu pendant quatre ans une décision relative à la réduction des compensations dues. Elle a fait observer qu'il convenait de tenir compte de l'incidence de la crise aux fins de l'appréciation de la conformité de la mesure n° 1 avec le marché. Elle a également constaté que seules PSA et AG étaient soumises à des TM progressifs, revus à la hausse chaque année entre 2004 et 2012, alors que tous les autres concessionnaires du port d'Anvers, dont la plaignante, étaient soumis à des TM fixes. En conséquence, dans le contexte de la crise, la situation de PSA et d'AG était spécifique et distincte de celle des autres opérateurs présents dans le port d'Anvers.

(32) La Commission a en outre reconnu que l'incidence sans précédent de la crise avait contraint les entreprises de tous les secteurs économiques à adapter leur comportement.

(33) En dehors du contexte de la crise, la Commission a constaté que le maintien de la coopération avec PSA et AG était important pour les intérêts du port d'Anvers à long terme.

(34) En dépit de ces arguments, la Commission a néanmoins considéré qu'un opérateur privé avisé en économie de marché aurait cherché à maximiser ses profits (ou à minimiser ses pertes) en procédant au recouvrement des sommes dues dans les plus brefs délais. Les compensations impayées et accumulées depuis 2009 ont été réduites de façon significative et n'ont été traitées que rétroactivement par la décision de 2013 de la GHA.

(35) Lors de plusieurs réunions tenues depuis 2009, le conseil d'administration de GHA a discuté d'aspects concernant les données relatives au trafic ainsi que de la crise, mais pas directement de la question de la réclamation des compensations dues par PSA et AG pour non-respect des TM. Comme indiqué au point 5.3 de la décision de 2013 de la GHA, même si la question de ces TM faisait alors l'objet de consultations, la facturation des compensations dues a été différée ([19]).

(36) Deuxièmement, la Commission a émis des doutes quant à la question de savoir si un opérateur privé avisé en économie de marché aurait accordé à PSA et à AG une réduction similaire à celle accordée par la GHA. La Commission a noté que, même si, en 2009, le trafic enregistré par le DGD avait effectivement diminué de 38,6 % (et non de 16 % comme l'a indiqué la plaignante), la réduction de la compensation s'élevait à 80 % environ (bien que sur une période de quatre ans) ([20]).

(37) Troisièmement, la Commission a émis des doutes quant à la question de savoir si un opérateur privé avisé en économie de marché aurait accordé à PSA et à AG une réduction de la compensation eu égard au fait que la position de négociation de la GHA semblait assez forte sur la base des contrats de concession. Étant donné que les exploitants de terminaux à conteneurs ne pouvaient mettre fin unilatéralement à leurs relations avec la GHA, tandis que celle-ci pouvait révoquer la concession complètement ou partiellement en cas de sous-utilisation manifeste du DGD, PSA et AG ne pouvaient pas de façon crédible menacer de quitter le port d'Anvers si les TM n'étaient pas revus à la baisse ou si la compensation n'était pas supprimée.

(38) Quatrièmement, la Commission a aussi fait observer que le fait que la GHA n'exige pas le paiement des compensations pouvait avoir incité PSA et AG à relocaliser leurs activités dans des ports où les TM étaient strictement, respectés afin de ne pas y être sanctionnées.

(39) Cinquièmement, la Commission a émis des doutes sur la question de savoir si la décision de 2013 de la GHA a pris en considération des éléments tels que l'aménagement du territoire, la mobilité et l'emploi de longue durée. Selon une jurisprudence constante ([21]), de tels aspects non économiques de décisions commerciales devraient être ignorés aux fins de l'application du principe de l'opérateur en économie de marché.

(40) Sixièmement, la Commission a douté que la GHA ait été, dans les faits, confrontée à un risque sérieux de contentieux de la part de PSA et d'AG, et à des menaces de leur part de quitter le port d'Anvers. Des lettres émanant de PSA et d'AG, dans lesquelles celles-ci expliquent leur point de vue juridique et datant des 19 et 23 février 2013, ont été adressées à la GHA après transmission, le 29 janvier 2013, à la Belgique, pour observations, de la plainte déposée en l'espèce.

([19]) En outre, en ce qui concerne PSA il est précisé au point 4.3 de la décision de 2013 qu'il a été décidé de suspendre la réclamation des compensations en vue d'une enquête plus approfondie.

([20]) La réduction de la compensation est distincte de la réduction des TM. Exemple: TM initial = 2 500, TM réajusté = 1 500, trafic réalisé = 1 200, indemnité par unité = 8. Dans ce cas hypothétique, la réduction des TM serait de 40 %, mais la réduction des indemnités s'élèverait à 77 %.

([21]) Arrêt de la Cour de justice du 5 juin 2012, Commission/Électricité de France (EDF), C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, points 79 à 81.

3.1.2. *Mesure n° 2*

(41) En ce qui concerne la mesure n° 2, la Commission a noté qu'il était impossible d'atteindre les TM initiaux en raison de la crise. Étant donné que dans sa décision du 12 mai 2014, la GHA a déclaré qu'il ne pouvait plus être maintenu que les TM initiaux ne pouvaient pas être respectés en raison de la crise, la Commission a émis des doutes quant à la question de savoir si le maintien de la réduction du montant de la compensation due pour non-respect des TM en faveur d'AG pouvait être jugé conforme au marché.

(42) En particulier, le maintien de cette réduction ne semblait pas nécessaire pour dédommager AG de la perte temporaire d'une partie de sa concession, étant donné qu'AG n'utilisait en tout état de cause pas cette partie de la concession. Comme le prévoit la mesure n° 2, les TM réduits (compensation réduite) en faveur d'AG devaient rester applicables jusqu'en 2042, soit bien plus longtemps que les sept années durant lesquelles cette partie de la concession faisait l'objet d'un transfert ([22]).

3.2. **Compatibilité**

(43) La Commission a considéré que les mesures en cause résultaient d'un allégement des charges qui devraient normalement être supportées par PSA et AG et qu'elles constitueraient donc une aide au fonctionnement. Une telle aide ne pouvait pas être jugée compatible avec le marché intérieur puisqu'elle ne facilitait pas le développement d'activités ou de régions économiques. Au stade de la décision d'ouverture, la Commission a estimé que les exceptions énoncées à l'article 107, paragraphes 2 et 3, du TFUE, n'étaient pas applicables.

4. **OBSERVATIONS DES PARTIES INTÉRESSÉES**

4.1. **Katoen Natie**

(44) KN a indiqué partager l'évaluation préliminaire de la Commission selon laquelle les mesures en cause étaient imputables à l'État belge et a ajouté qu'étant donné que les principes de bonne administration s'appliquaient à la décision de 2013 de la GHA, le conseil d'administration de la GHA devait savoir qu'en tant qu'entité de droit public, elle agissait dans l'intérêt public.

(45) Selon KN, toutes les décisions sensibles du conseil d'administration de la GHA (telles que la décision relative aux conséquences du non-respect des TM) ont été prises avec le soutien total de la coalition au pouvoir au sein du conseil communal d'Anvers.

(46) KN a également marqué son accord avec l'évaluation préliminaire de la Commission selon laquelle les mesures examinées présentaient un caractère sélectif.

(47) Selon KN, à la lumière des décisions prises par la GHA en 2013 et 2014, la GHA s'est réservé le droit de procéder à des évaluations discrétionnaires spécifiques et individuelles de toute circonstance particulière applicable à la concession en cause et de prendre toute décision qu'elle jugerait appropriée. Dans sa décision de 2013, la GHA a précisé avoir pris sa décision en faisant usage de la «marge d'appréciation» dont elle disposait. Selon KN, cela prouve que les mesures étaient spécifiques à PSA et à AG et qu'elles étaient donc sélectives.

(48) KN a également souscrit à l'évaluation préliminaire de la Commission selon laquelle les mesures examinées faussaient la concurrence et affectaient les échanges entre États membres. Dans ce contexte, KN a souligné que grâce à son implantation à l'intérieur des terres et à ses liaisons ferroviaires, fluviales et routières avec l'arrière-pays, le port d'Anvers constituait une plateforme internationale et que PSA et AG étaient en concurrence avec d'autres exploitants de terminaux tels que KN, tant dans le port d'Anvers que dans la rangée Hambourg-Le Havre.

(49) KN a indiqué partager les doutes exprimés par la Commission dans la décision d'ouverture sur la question de savoir si la mesure n° 1 conférait un avantage économique tant à PSA qu'à AG.

(50) KN a en outre affirmé qu'un opérateur privé avisé en économie de marché ayant une position de négociation aussi forte que celle de la GHA aurait intégralement recouvré les compensations dues ou aurait au moins négocié une réduction sensiblement inférieure et proportionnée.

(51) KN a précisé que les contrats de concession conféraient à la GHA des droits solides en ce sens qu'ils autorisaient la GHA à demander 7,31 EUR par EVP non respecté et, en cas de sous-utilisation manifeste, à imposer des conditions supplémentaires au concessionnaire pour accroître ses performances ou à révoquer totalement ou partiellement la concession.

([22]) La GHA a abandonné la mesure n° 2 et rétabli les TM initiaux imposés à AG à compter de 2015, dûment réajustés pour la perte de terrain subie par AG. Depuis 2015, AG a dû respecter un TM annuel de 1 247 630 EVP.

(52) KN a également souligné que les contrats de concession respectifs autorisaient la GHA à recouvrer directement les indemnités dues.

(53) Selon KN, l'ampleur de la réduction des compensations en cause était disproportionnée et donc sans rapport avec la crise. Alors que la baisse totale du trafic observée dans le port d'Anvers s'élevait à 15,6 % et que dans le DGD, où PSA et AG étaient actifs, la baisse était de 38,6 %, la réduction atteignant en réalité 80 %.

(54) Comme KN l'a également fait remarquer, les TM réduits en faveur de PSA et AG continueraient à s'appliquer à l'avenir, quelle que soit la durée de la crise. Par conséquent, la mesure n° 2 maintenant les TM réduits au-delà de 2013 était, selon KN, sans rapport avec la crise.

(55) KN a également noté que l'aménagement du territoire, la mobilité et l'emploi de longue durée avaient été pris en considération par la GHA lors de la prise des décisions contestées et que la poursuite de ces objectifs était incompatible avec le principe de l'opérateur en économie de marché.

(56) KN a allégué que le comportement de la GHA au lendemain de la crise était sans précédent par comparaison avec les autres autorités portuaires des ports voisins et concurrents. Le port de Rotterdam a reconnu, selon KN, qu'une exemption de compensation ne pourrait avoir que des effets contre-productifs.

(57) KN a estimé que la mesure n° 1 n'était pas justifiée pour empêcher PSA et AG de quitter le port d'Anvers. Selon KN, rien n'indiquait que PSA et AG envisageaient de prendre des décisions de désinvestissement en raison des difficultés rencontrées pour respecter leurs TM. Dans ce contexte, KN a évoqué le chiffre d'affaires consolidé et les bénéfices engrangés entre 2013 et 2015 par les groupes dont PSA et AG faisaient partie. Les bénéfices étaient largement supérieurs aux indemnités initialement infligées à PSA et à AG pour le non-respect des TM dans le port d'Anvers.

(58) KN a également affirmé que seule la GHA avait le droit de résilier unilatéralement les contrats de concession. La résiliation du contrat de concession n'aurait pas entraîné de conséquences économiques négatives pour la GHA, étant donné que compte tenu de la clause de résiliation du contrat, la GHA avait toujours la possibilité d'exiger une compensation au concessionnaire pour tout dommage subi du fait d'une résiliation justifiée par le concessionnaire. La charge financière supplémentaire résultant d'une résiliation incomberait donc au concessionnaire plutôt qu'à la GHA.

(59) KN a fait remarquer que MSC-Maersk était également intéressée par une concession avec la GHA. Toute perte subie à la suite de la résiliation des contrats avec PSA et AG aurait été atténuée grâce aux revenus générés par ce nouveau concessionnaire. KN a également déclaré que lorsque la concession a été initialement accordée à PSA en 2004, Maersk était également une partie intéressée, mais que la concession avait été attribuée à PSA car cette dernière avait accepté des TM supérieurs.

(60) KN considérait que les menaces de contentieux concernant les contrats de concession de la part de PSA et AG n'étaient pas crédibles, puisque les compensations pour non-respect des TM étaient exécutoires en vertu du droit belge. De plus, aucune théorie de l'imprévision ([23]) n'était applicable aux contrats en vertu du droit belge.

(61) En ce qui concerne la mesure n° 2 pour ce qui est d'AG, KN a indiqué partager l'évaluation préliminaire de la Commission selon laquelle tout avantage potentiel lié à la réduction des TM resterait en faveur d'AG puisque la mesure n° 2 maintenait les TM réduits (en application de la règle des 75/125) pour cette entreprise.

(62) Pour ce qui est de PSA, KN a affirmé que la GHA avait conféré un avantage indu à PSA en ne rétablissant pas immédiatement les TM de 2004 de PSA, mais en les rétablissant progressivement, et en maintenant donc au moins partiellement les TM réduits. Étant donné que la GHA a reconnu que la crise ne pouvait plus être invoquée pour justifier l'impossibilité de respecter les TM de 2004, il n'y avait aucune raison objective de ne pas augmenter immédiatement les TM. Néanmoins, la GHA n'a augmenté les TM de PSA que progressivement entre le 1er janvier 2014 et le 31 décembre 2015, ce qui a constitué un avantage supplémentaire pour PSA.

(63) KN a également fait valoir que l'avantage susmentionné avait encore été accru compte tenu de la surface supplémentaire reçue par PSA le 12 mai 2014 et pour laquelle PSA n'avait pas besoin de respecter de TM pendant 2014 et 2015.

([23]) Une clause de sauvegarde est une clause contractuelle destinée à couvrir les cas où des événements imprévus bouleversent fondamentalement l'équilibre d'un contrat, résultant en une charge excessive sur l'une ou l'autre des parties. (https://fr.wikipedia.org/wiki/Clause_de_sauvegarde)

(64) KN a souligné qu'un contrat opérationnel de partage d'espace de navire entre Maersk, MSC et CMA CGM (le «réseau P3») était censé améliorer les perspectives économiques. Par conséquent, la GHA aurait dû en tenir compte lors du réajustement des TM en faveur de PSA. KN a également indiqué que même si, à partir de 2016, PSA avait été soumise aux TM initiaux, majorés des TM supplémentaires spécifiques pour la surface transférée, l'entreprise commune constituée par PSA avec MSC et remplaçant le concessionnaire initial aurait continué à bénéficier d'un avantage. KN n'a pas quantifié cet avantage.

(65) En ce qui concerne la surface de la concession transférée par AG à PSA, KN a affirmé que la perte de la surface transférée par AG ne justifiait pas le maintien de la compensation réduite en faveur d'AG, puisqu'en tout état de cause, AG n'utilisait pas cette surface et que la taille accrue de la concession accordée à PSA aurait dû entraîner une augmentation des TM de 2004 pour PSA.

(66) Pour ce qui est de la compatibilité éventuelle des mesures en cause avec le marché intérieur, KN a fait valoir que l'article 107, paragraphe 3, point c), du TFUE fait référence aux «aides destinées à faciliter le développement de certaines activités économiques ou de certaines régions économiques». Selon KN, le terme «faciliter» indiquait que l'aide devait inciter le bénéficiaire à investir dans le développement d'une activité ou d'une région. Selon KN, la GHA aurait simplement incité PSA et AG à détourner le trafic du port d'Anvers. La compatibilité au titre de cette disposition ne pouvait donc pas exister.

(67) En rapport également avec la compatibilité avec le marché intérieur, KN a abordé les questions liées à l'objectif d'intérêt commun, à la nécessité et à la proportionnalité de l'aide, à la distorsion de concurrence et à l'affectation des échanges entre États membres. KN a également indiqué partager l'évaluation préliminaire de la Commission selon laquelle les mesures constituaient une aide au fonctionnement en faveur de PSA et d'AG. KN a conclu qu'elles étaient incompatibles avec le marché intérieur.

4.1.1. *Autres observations de KN*

(68) Le 2 mars 2017, KN a présenté d'autres observations concernant l'aide d'État prétendument accordée à PSA et à AG, affirmant que la GHA avait continué à accorder une aide d'État au moins jusqu'en 2015. La GHA a continué d'appliquer les réductions en rapport avec la crise et a renoncé à toute compensation qu'AG et PSA auraient dû payer pour non-respect des TM initiaux. En 2015, PSA et AG n'ont pas respecté les TM contractuels. Cependant, la GHA a décidé ([24]) de renoncer à l'exécution des obligations contractuelles de PSA et AG. KN a déclaré que, par conséquent, PSA et AG ne sont toujours pas tenues de verser une quelconque compensation pour la violation substantielle de leurs obligations contractuelles concernant les TM.

(69) KN a également précisé qu'AG avait bénéficié d'un avantage sélectif se montant à 31 039 997,83 EUR sur la période 2009-2015 et que PSA avait bénéficié d'un avantage sélectif s'élevant à 61 122 116,16 EUR sur la période 2009-2015.

(70) KN a souligné que l'avantage économique accordé à AG et à PSA ne pouvait pas être qualifié de mesure de crise, mais constituait plutôt un avantage structurel.

(71) KN a également fait remarquer que PSA avait refusé de payer les compensations et avait entamé une procédure devant la Cour d'appel de Bruxelles pour recouvrer les compensations versées antérieurement.

4.2. **PSA Antwerp**

(72) PSA a contesté que les mesures en cause étaient financées au moyen de ressources d'État. Renvoyant à l'article 15, paragraphe 1, et à l'article 20 du décret portuaire de la Communauté flamande, PSA a affirmé que la GHA percevait à son profit des taxes portuaires «de toute nature» et «à l'exclusion de toute autre autorité», et que la GHA percevait tous les revenus résultant de l'exercice des compétences administratives portuaires et de «toute autre activité». Les pertes de la GHA n'étaient pas imputables à l'État belge et n'entraînaient pour lui aucune charge supplémentaire. Étant donné que tous les revenus résultant de l'exercice par la GHA des compétences administratives portuaires étaient effectivement perçus par la GHA et que l'État ne supportait aucun coût à cet égard, aucun avantage en faveur de PSA n'était financé au moyen de ressources d'État.

(73) PSA a également souligné que la structure de contrôle de la GHA était autonome. Le décret portuaire de la Communauté flamande prévoyait la création d'une entité juridique distincte de la ville d'Anvers, qui a repris l'ensemble des compétences administratives portuaires de la ville d'Anvers (article 1 des statuts de la GHA).

([24]) Décision du conseil d'administration de la GHA n° 161146 du 17 mai 2016.

(74) PSA a souligné que la GHA pouvait conclure une ou plusieurs conventions politiques avec la ville d'Anvers, notamment en matière de politique portuaire et urbaine (article 7, paragraphe 2, des statuts de la GHA) et que, par conséquent, la ville d'Anvers n'avait joué aucun rôle de contrôle, mais avait été obligée de négocier avec la GHA pour conclure ces conventions politiques.

(75) PSA a en outre expliqué que les membres du conseil communal ne représentaient qu'une majorité, mais pas l'intégralité du conseil d'administration. Ces membres provenaient de différents partis, aux opinions politiques diverses et, au total, ils ne représentaient même pas un tiers de l'ensemble du conseil communal d'Anvers. En outre, il n'y a jamais eu de réunion au cours de laquelle un point de vue général du conseil communal aurait été présenté aux membres nommés du conseil d'administration.

(76) En résumé, PSA a contesté le fait que les mesures en cause étaient imputables à l'État belge. Selon PSA, rien dans les rapports du conseil communal n'indiquait que ce dernier jouait un rôle de contrôle vis-à-vis de la GHA. Au contraire, la GHA a souvent été qualifiée de partie autonome dans les négociations et les conventions. PSA a notamment évoqué le récent arrêt *Commerz Nederland* ([25]) de la Cour de justice, selon lequel l'imputabilité d'une mesure d'aide à l'État peut être déduite «d'un ensemble d'indices résultant des circonstances de l'espèce et du contexte dans lequel cette mesure est intervenue». Dans ce contexte, PSA a également cité les recherches du professeur Eric Van Hooydonk, selon lesquelles la prise de décision au sein des autorités portuaires municipales était presque exclusivement axée sur la promotion des intérêts du port et non sur des intérêts municipaux plus larges.

(77) PSA a en outre souligné que le directeur du conseil de surveillance du port ne pouvait procéder qu'à un examen administratif de la légalité des décisions de la GHA [article 25, point c), des statuts de la GHA]. Le directeur du conseil de surveillance du port ne possédait pas le pouvoir d'évaluer la teneur ou la nécessité d'une mesure prise par l'opérateur portuaire. En l'espèce, le directeur régional du conseil de surveillance du port n'a pas participé au processus décisionnel du conseil d'administration de la GHA. Étant donné que la décision de la GHA n'enfreignait pas le décret portuaire de la Communauté flamande, le directeur du conseil de surveillance du port ne pouvait même pas s'opposer à la décision spécifique en cause. En l'absence de contrôle effectif de la ville d'Anvers ou de la Région flamande, les conditions de l'affaire Stardust Marine n'étaient pas réunies.

(78) Quant à la question de savoir si les mesures en cause impliquaient un avantage économique, PSA a souligné qu'aux fins de l'application du principe de l'opérateur en économie de marché, les juridictions de l'Union avaient reconnu que la maximisation des bénéfices ne résultait pas exclusivement du recouvrement des coûts réels sur le court terme ([26]). Selon PSA, un créancier privé se serait également laissé guider par des perspectives à long terme, aussi parce que les sommes auxquelles il a été renoncé constituaient une incitation imposée pour stimuler le développement du port. Par conséquent, la GHA ne subissait aucune perte, mais renonçait seulement à la perception de revenus exceptionnels. Selon PSA, les TM établis étaient basés sur une étude de marché datant de 1998 qui prévoyait une croissance [annuelle] continue de 10 % et qui, par conséquent, de l'avis de PSA, était trop ambitieuse dès le départ. PSA a ajouté qu'en 2012, les effets de la crise n'avaient pas encore complètement disparu, car en 2012, les importations en Europe restaient inférieures au niveau atteint en 2008 ([27]).

(79) PSA a souligné que les frais qu'elle devait payer pour non-respect des TM dans le DGD étaient plus élevés que les frais facturés pour d'autres docks dans le port d'Anvers (par exemple: [0,30-0,70] EUR par tonne pour PSA dans le DGD contre [0,12-0,20] EUR par tonne pour KN dans le dock Vrasenedock).

(80) PSA a également suggéré de tenir compte du fait que le DGD était encore en phase de démarrage lorsque la crise s'est produite.

(81) Pour ce qui est du risque que PSA quitte le port d'Anvers, PSA a affirmé qu'il était possible de résilier le contrat de concession ou d'y mettre un terme. À cet égard, PSA a évoqué les résiliations anticipées des contrats de concession qu'elle avait conclus avec l'autorité portuaire de […], à compter du […] et du […]. Si PSA avait résilié le contrat de concession avec la GHA, la perte en termes de redevances de concession pour la GHA se serait élevée à environ [10-16] millions d'euros par an.

([25]) Arrêt de la Cour de justice du 17 septembre 2014, Commerz Nederland NV/Havenbedrijf Rotterdam NV, C-242/13, ECLI:EU:C:2014:2224, point 32.

([26]) Arrêt de la Cour de justice du 21 mars 1991, République italienne/Commission des Communautés européennes, C-305/89, ECLI:EU:C:1991:142, point 20; arrêt du Tribunal du 11 septembre 2012, Corsica Ferries France SAS/Commission européenne, T-565/08, ECLI:EU:T:2012:415, point 83.

([27]) OMC, Importations mondiales de marchandises par région et par certaines économies, 2002-2012, https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/its2013_e/its13_appendix_e.htm

(82) PSA aurait pu résilier le contrat en invoquant un cas de force majeure, puisque le contrat s'avérait irréalisable en raison des graves conséquences qu'a eues la crise sur les activités portuaires, ou en annulant le contrat au motif que la clause pénale n'était pas valable, ou encore, du fait que PSA n'était plus solvable, si les indemnités imposées initialement avaient été intégralement perçues.

(83) PSA a en outre présenté un calcul simplifié des bénéfices engrangés par PSA pour ses activités dans le DGD, montrant qu'en 2013, les activités auraient été déficitaires si les indemnités initiales avaient été intégralement perçues.

(84) PSA a également formulé l'observation suivante:

— PSA aurait pu contraindre la GHA à résilier le contrat de concession en créant une situation de sous-utilisation.

— La persistance de la GHA à vouloir imposer le tonnage initial aurait pu affecter les investissements futurs de PSA dans le port d'Anvers.

— Le départ de PSA du port d'Anvers aurait des conséquences négatives pour la GHA car, premièrement, la GHA perdrait des redevances de concession d'environ 12 millions d'euros par an et deuxièmement, la GHA aurait dû payer des compensations financières pour les importants investissements immobiliers consentis par PSA. En outre, PSA se serait abstenue de faire d'autres investissements dans le port d'Anvers.

— D'autres sources de revenus pour la GHA comme les taxes portuaires, qui sont directement liées au volume du trafic qu'attire PSA, en auraient pâti si PSA avait quitté le port.

— Pour ce qui est de l'avenir, la GHA aurait du mal à trouver un nouveau concessionnaire prêt à accepter les mêmes conditions que celles initialement convenues avec PSA.

(85) Quant à la question de savoir si PSA avait transféré le trafic vers d'autres ports où les TM étaient appliqués strictement, PSA a souligné que la GHA n'avait jamais renoncé aux TM, mais les avait seulement réajustés et que même après réajustement, les TM imposaient des performances supérieures à la moyenne dans la rangée Hambourg-Le Havre.

(86) En ce qui concerne l'ampleur de la réduction, PSA a fait remarquer que la combinaison d'une méthode d'estimation imprécise et orientée vers l'avenir d'une part, et de la crise d'autre part, avait incité la GHA à accorder la réduction des TM en question. Dans ce contexte, PSA a également fait valoir que les conditions de tonnage pour les concessionnaires du DGD étaient progressives, tandis que celles imposées aux autres concessionnaires du port d'Anvers étaient linéaires.

(87) S'agissant des éléments tels que l'aménagement du territoire, la mobilité et l'emploi de longue durée, PSA a fait remarquer que les considérations commerciales auraient déjà, à elles seules, suffi pour qu'un créancier privé adopte la décision prise par la GHA.

(88) En ce qui concerne le caractère plausible d'une menace de la part de PSA d'engager des poursuites, PSA a renvoyé à la note remise à la GHA en février 2013. Dans cette note, PSA estimait que la clause pénale contenue dans le contrat de concession était inapplicable en vertu du droit belge. Dans cette note, PSA exhortait également la GHA à réécrire la clause pénale au regard des volumes totaux que PSA réalisait dans tous les terminaux d'Anvers ([28]). En outre, PSA a affirmé que si les indemnités imposées entre 2009 et 2013 étaient jugées illégales et donc inapplicables en vertu du droit belge, il ne pouvait pas y avoir d'aide d'État puisque la GHA n'aurait rien pu réclamer à PSA. PSA a ajouté que la question de la légalité en droit belge serait examinée plus en détail dans les procédures d'arbitrage engagées dans l'intervalle.

(89) PSA a contesté que les mesures en cause présentaient un caractère sélectif, du fait que PSA et AG se trouvaient dans une situation particulière par rapport aux opérateurs portuaires actifs sur les docks autres que le DGD. Le DGD était un dock spécialement conçu pour recevoir et manipuler des conteneurs de haute mer. Les autres opérateurs portuaires se concentraient sur les produits métallurgiques et agricoles et étaient situés sur un dock fortement axé sur la logistique. Par conséquent, de l'avis de PSA, PSA et AG n'étaient pas des concurrents de la plaignante. PSA a également souligné que les mesures n'avaient pas été prises spécifiquement pour PSA et AG, mais qu'elles s'appliquaient à tous les concessionnaires du DGD.

([28]) Étant donné que dans d'autres terminaux du port d'Anvers, PSA dépassait les TM applicables, il a été proposé de compenser les TM non atteints dans le DGD par les TM excédentaires.

4.3. **Antwerp Gateway**

(90) AG a souligné qu'elle n'était même pas d'accord avec la réduction de l'indemnité demandée dans le cadre de la décision de 2013 de la GHA («mesure n° 1»). Un différend juridique concernant cette question était pendant devant le tribunal arbitral, le tribunal de première instance d'Anvers s'étant déclaré incompétent en raison de la clause compromissoire figurant dans le contrat de concession.

(91) Tout d'abord, AG a mis en doute la raison d'être des clauses pénales dans les contrats de concession entre les autorités portuaires et les concessionnaires. AG a souligné que l'objectif des sociétés commerciales (telles qu'AG) était d'engranger des bénéfices. En outre, AG avait réalisé d'importants investissements dans le DGD et avait logiquement fortement intérêt à les rentabiliser.

(92) Selon AG, le système d'indemnisation visait à évaluer l'utilisation maximale de la capacité disponible et à encourager le concessionnaire à maintenir activement et à utiliser au maximum la capacité disponible.

(93) AG a en outre invoqué le fait qu'aucune indemnité n'aurait dû être perçue pour des raisons de force majeure au sens du Code civil belge. Toujours selon AG, il existait bien un cas de force majeur en raison de la crise. Un autre élément dont les concessionnaires ne pouvaient pas être tenus pour responsables et qui empêchait la manutention de très grands porte-conteneurs dans le port d'Anvers était le retard accusé dans l'approfondissement de l'Escaut.

(94) AG a également estimé que les indemnités exigées étaient illégales en droit belge, car elles étaient de nature purement punitive et ne compensaient donc aucune perte potentielle.

(95) En outre, AG a déclaré que le montant de la compensation était excessif et totalement disproportionné par rapport à la perte potentiellement supportée par la GHA. La compensation devrait donc être réduite à 25 % du montant réclamé conformément aux règles applicables en vertu du droit civil belge.

(96) AG a ajouté qu'aucune TVA ne devrait être payée sur le montant de la compensation facturé par la GHA, car la TVA n'est pas exigible sur les paiements classés comme des montants forfaitaires couvrant des pertes potentielles.

5. **OBSERVATIONS DE LA BELGIQUE**

5.1. **Observations de la Belgique faisant suite à la décision d'ouverture**

(97) La Belgique a contesté que les décisions de la GHA étaient imputables à l'État. De l'avis des autorités belges, compte tenu de l'autonomie garantie par le décret portuaire, la composition du conseil d'administration (décidée par «l'État») et l'existence d'un «commissaire de port» (doté de pouvoirs plus limités que ceux du commissaire du gouvernement à la SNCB) ne sauraient en aucun cas constituer à elles seules des preuves suffisantes que l'action de la GHA était imputable au gouvernement. Ainsi, le simple fait que la décision de 2013 de la GHA ait été soumise au conseil d'administration ne suffisait pas pour présumer que la décision était imputable à l'État.

(98) La Belgique a par ailleurs contesté le fait que la GHA avait conféré des avantages économiques à PSA et à AG lors de l'adoption des mesures n°s 1 et 2. À cet égard, la Belgique a fait référence à la jurisprudence mettant en cause le critère de l'opérateur en économie de marché, en particulier, les affaires HAMSA/Commission ([29]), Commission/EDF ([30]), Espagne/Commission ([31]) et DM Transport ([32]). La Belgique a souligné que l'action de l'autorité était raisonnablement compatible avec — autrement dit, «proportionnée à» — la position qu'un créancier privé aurait pu adopter dans une situation comparable.

(99) En guise d'observation générale, la Belgique a fait valoir que dans un arrêt sur le fond rendu par le tribunal de première instance de Bruxelles le 12 février 2015, il avait déjà été reconnu qu'aucune aide d'État n'avait été accordée et que la GHA avait agi en tant qu'opérateur privé avisé en économie de marché, plus précisément en tant que créancier privé hypothétique ([33]).

(100) En ce qui concerne les doutes soulevés dans la décision d'ouverture au sujet du laps de temps important qui s'est écoulé entre le début de la crise et l'adoption de la décision de 2013 par la GHA, la Belgique a souligné que les remises ou règlements de dettes éventuels sont souvent examinés pendant plusieurs années avant qu'une action en justice ne soit engagée.

([29]) Arrêt du Tribunal de première instance du 11 juillet 2002, Hijos de Andrés Molina, SA (HAMSA)/Commission, T-152/99, ECLI:EU:T:2002:188, point 170.
([30]) Arrêt de la Cour de justice du 5 juin 2012, Commission européenne/Électricité de France (EDF), C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, points 78, 79, 86 et 103.
([31]) Arrêt de la Cour de justice du 29 avril 1999, Royaume d'Espagne/Commission, C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, point 46.
([32]) Arrêt de la Cour de justice du 29 juin 1999, Déménagements-Manutention Transport SA (DMT), C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, points 24 et 30.
([33]) KN a fait appel de ce jugement [voir considérant 25]. La décision en appel n'a pas encore été rendue.

(101) La Belgique a en outre déclaré que les effets de la crise, ses conséquences exceptionnelles pour les exploitants soumis à des TM progressifs et son incidence sur le port imposaient une enquête plus approfondie. La réduction conséquente du trafic, avec une baisse sans précédent de 15,8 % dans la rangée Hambourg-Le Havre et de 15,6 % à Anvers, a eu des conséquences durables et exceptionnelles: en 2012, le transbordement de conteneurs dans le port d'Anvers restait inférieur de 0,1 % au niveau de 2008. En raison de la combinaison d'une baisse de 15,6 % à Anvers en 2009 et de l'effet durable de la crise, la GHA a procédé en 2013 à un examen structurel de la question des TM. En outre, la procédure de détermination et d'imputation des volumes déficitaires a été formalisée de manière standard pour tous les concessionnaires soumis à des conditions de tonnage minimum dans la décision de 2013 de la GHA.

(102) La Belgique a également posé la question de savoir si les enquêtes en matière d'aides d'État devaient porter sur l'efficience et la détermination du gouvernement et non sur la question de savoir si l'effet financier et économique de l'action gouvernementale (et son incidence sur l'utilisation des ressources d'État) correspondait à l'action d'un créancier privé. La question de savoir si un opérateur privé aurait pris la même décision plus rapidement était beaucoup moins pertinente.

(103) En ce qui concerne les doutes soulevés dans la décision d'ouverture quant à l'ampleur de la réduction, la Belgique a réitéré que seules PSA et AG étaient soumises à des TM progressifs, alors que les autres entreprises étaient soumises à des TM fixes. Par conséquent, les répercussions de la crise ont été exponentiellement plus importantes pour PSA et AG que pour les autres concessionnaires, et le fait d'appliquer le même traitement à PSA/AG qu'aux autres entreprises aurait entraîné une discrimination.

(104) La Belgique a souligné que les TM applicables à PSA et à AG avaient été bien respectés au cours des trois premières années, malgré une augmentation substantielle d'environ 250 %, passant de 298 000 EVP en 2006 à 1 010 183 EVP en 2008 pour PSA, et de 187 000 EVP en 2006 à 665 208 EVP en 2008 pour AG.

(105) La Belgique a en outre fait remarquer que les TM applicables aux concessions dans le DGD différaient fondamentalement de ceux imposés à KN, qui détenait une concession dans le Vrasendok, dans la mesure où les TM par mètre carré étaient d'environ [14-19] tonnes pour les concessions du DGD, contre [2-4] tonnes pour KN, et où la compensation à payer pour non-respect du tonnage par les concessionnaires du DGD était d'environ [0,30-0,70] EUR par tonne, contre [0,12-0,20] EUR par tonne pour KN. Si la GHA avait facturé à PSA et à AG les déficits de la période 2009-2012 sur la base de la compensation par tonne manquante applicable à KN (à savoir, [0,12-0,20] EUR par tonne au lieu de [0,30-0,70] EUR par tonne) — et sur la base des TM initiaux applicables à PSA et à AG — le montant facturé à PSA aurait été d'environ [10-15] millions d'euros au lieu des [8-10] millions d'euros effectivement facturés, et le montant facturé à AG aurait été d'environ [4-7] millions d'euros au lieu des [2-5] millions d'euros effectivement facturés.

(106) Les autres concessionnaires du port ont atteint en 2012 des tonnages d'un niveau compris dans la fourchette d'avant la crise et n'ont eu aucune difficulté à respecter les TM applicables.

(107) Selon les TM initiaux, PSA et AG devaient réaliser une augmentation supplémentaire de 70 %, alors que le trafic global dans le port d'Anvers avait diminué de 15,6 % en 2009 et qu'en 2012, il restait légèrement inférieur au niveau de 2008. L'incidence exponentielle du déclin de 2009 a été plus sévère pour PSA et AG. De plus, le fait que les volumes du trafic, à la fois pour le port d'Anvers et pour eux-mêmes, aient été progressivement ramenés au niveau d'avant la crise ne suffisait pas pour PSA et AG. Si pour les autres opérateurs, le retour au niveau d'avant la crise signifiait qu'ils n'avaient plus de problèmes, cette situation imposait toujours d'importants TM pour PSA et AG.

(108) En principe, si le volume dans le DGD avait évolué normalement au cours des toutes premières années, les deux opérateurs auraient alors atteint leur volume maximal normalement. Trois ou quatre ans plus tard, après la sortie de crise, ils n'auraient pas eu à payer de compensation. C'est uniquement parce que la crise s'est produite dans la période de construction du nouveau dock et en raison de la situation spécifique de ce nouveau dock que le problème pour PSA et AG a été beaucoup plus grave que pour les autres exploitants du port. Selon la Belgique, il n'y a eu ni sélectivité (puisque la position des exploitants du DGD n'était pas comparable à celle des autres exploitants du port) ni octroi d'un quelconque avantage.

(109) Par ailleurs, la Belgique a affirmé que les TM initiaux étaient basés sur un modèle de marché spécifique escompté, soutenu par un large consensus sur l'évolution anticipée. Cependant, les attentes sous-jacentes ont par la suite été jugées irréalistes en raison de circonstances échappant au contrôle des exploitants concernés et de la GHA. À Rotterdam, les TM initiaux. ont été adaptés à la nouvelle situation économique avant la mise en place des concessions Tweede Maasvlakte. Là-bas, personne n'a émis d'objection à cette approche. Par analogie, il ne serait pas raisonnable d'exiger que le système des augmentations substantielles encore imposées à PSA et à AG, même pour les années suivantes, continue de s'appliquer, alors que l'économie européenne était confrontée à une crise sans précédent et imprévisible.

(110) Quant au risque que PSA et AG quittent, du moins en partie, le port d'Anvers, la Belgique a fait remarquer que pour déterminer si la GHA avait agi comme un investisseur privé l'aurait fait, il fallait tenir compte des intérêts à long terme de l'autorité portuaire. À cet égard, la Belgique a déclaré que la valeur absolue des redevances de concession et des paiements connexes générée par PSA et AG au cours de la période 2008-2012 était considérablement plus élevée que la somme de 13,5 millions d'euros, la compensation due par AG et PSA en application de la décision de 2013 de la GHA pour non-respect des TM modifiés.

(111) En outre, la Belgique a fait mention d'autres recettes associées aux concessions de PSA/AG et en particulier à des recettes d'exploitation de la GHA, dépassant régulièrement les [200-400] millions d'euros sur la période 2012-2014. Sur ces recettes d'exploitation, [30-50] % provenaient des redevances de concession, tandis que [30-50]% provenaient des taxes portuaires payées par les navires d'amarrage.

(112) Par ailleurs, la Belgique a fait valoir qu'en 2014, les recettes directes de la GHA provenant de la gestion des concessions détenues par PSA et AG s'élevaient à environ [50-90] millions d'euros, soit environ [15-40] % du chiffre d'affaires total de la GHA.

(113) En ce qui concerne le risque que l'application des TM initiaux ait conduit PSA et AG à réduire leurs activités dans le port d'Anvers, la Belgique a indiqué que PSA et AG avaient déjà décidé par le passé de désinvestir dans d'autres ports. La Belgique a rappelé que les opérateurs concernés exploitaient un réseau mondial de terminaux et que la structure des performances et des coûts des différents terminaux pouvait être comparée beaucoup plus rapidement dans le cadre d'exercices d'évaluation comparative. Comme la Belgique l'a également indiqué, dans d'autres ports, des mesures ont été prises (par exemple réduction des taxes portuaires) pour compenser les coûts de la crise et, après la crise, les capacités inutilisées disponibles ont permis un transfert d'activités. Compte tenu des éléments qui précèdent, la GHA avait alors estimé que PSA et AG n'accepteraient pas de payer les compensations pour non-respect des TM initiaux et qu'il existait un risque réel qu'elles transfèrent leurs activités dans les ports voisins.

(114) Quant à la question de savoir si les contrats de concession pouvaient ou non être résiliés ou modifiés, la Belgique a déclaré que PSA et AG auraient pu invoquer la force majeure en raison de la crise ou prétendre que les compensations à payer pour non-respect des TM constituaient des clauses pénales non autorisées et qu'elles n'étaient par conséquent pas valables (ce point a été soulevé aussi bien par AG que par PSA dans des procédures d'arbitrage). Qui plus est, la faillite d'un concessionnaire structurellement déficitaire aurait également pu entraîner la résiliation d'un contrat.

(115) La Belgique a également souligné que, dans la rangée Hambourg-Le Havre, les exploitants de terminaux se faisaient concurrence pour attirer et conserver des volumes de trafic. Dans ce contexte, la GHA devait rester compétitive et était dépendante de la puissance d'achat des concessionnaires.

(116) Comme la Belgique l'a expliqué, la GHA devait garder à l'esprit que les contrats de concession étaient établis dans des circonstances économiques différentes, tant en ce qui concerne la demande (en hausse) que la capacité (capacité limitée en Europe du Nord-Ouest). La crise a eu pour conséquence que les ports sont devenus actifs sur un marché d'acheteurs. Par conséquent, les compagnies maritimes, notamment en raison de leur taille et de la situation des capacités, sont devenues la partie dominante et ont utilisé leur force de négociation.

(117) Quant à la question de savoir si la décision de 2013 de la GHA avait spécifiquement incité PSA et AG à relocaliser leurs activités dans d'autres ports où la conformité avec les conditions de tonnage était strictement assurée pour éviter d'être sanctionnées dans ces ports, la Belgique a évoqué les mesures prises par d'autres ports concurrents pour atténuer les effets de la crise pour les utilisateurs des ports, par exemple en réduisant les taxes portuaires. La Belgique a également cité l'exemple de Hutchinson Whampoa, qui a suspendu ses investissements dans l'extension de son propre port de Felixstowe, et de l'opérateur (DP World) du port à conteneurs et du parc logistique de London Gateway, qui a également réduit ses investissements ou les a totalement ou partiellement suspendus. Dans ce contexte, la Belgique n'a toutefois cité aucun cas de réduction des TM, mais a déclaré que les exemples cités évoquaient la même idée sous-jacente, à savoir la diminution des investissements ou des engagements pendant la crise.

(118) La Belgique a en outre expliqué que ce n'est qu'en 2013 que la GHA a décidé du traitement à accorder aux TM non respectés entre 2009 et 2012, et que cela n'avait donc pas pu inciter PSA et AG à détourner leur trafic vers d'autres ports.

(119) En ce qui concerne les aspects tels que l'aménagement du territoire, la mobilité et l'emploi de longue durée dans la décision de 2013 de la GHA, la Belgique a fait remarquer que les considérations liées à l'aménagement du territoire et à l'emploi de longue durée ne pouvaient dans ce cas que renforcer les motivations économiques. Même dans la mesure où ces considérations ont également joué un rôle, elles ont conforté l'idée selon laquelle l'action de la GHA était motivée par sa volonté d'éviter que PSA et AG ne quittent le port d'Anvers. Selon la Belgique, la simple référence à des aspects non économiques ne pouvait nuire à la constatation selon laquelle la GHA avait agi comme un investisseur privé l'aurait fait sur le marché.

(120) Quant au risque que PSA et AG engagent une action en justice pour contester l'application des TM contractuels dans leur intégralité, la Belgique a souligné qu'une autorité publique pouvait prendre en considération les risques procéduraux lorsqu'elle décide de son action (par exemple, le risque de longues procédures de rééchelonnement ou de faillite) ([34]) et que les règles relatives aux aides d'État n'empêchaient pas forcément, par exemple, la conclusion d'un accord transactionnel ([35]). Par la suite, l'existence d'une possible réclamation légitime a effectivement été un facteur pertinent pour déterminer si l'autorité publique agissait comme un créancier privé ([36]). Par conséquent, la GHA devait tenir compte du fait que PSA et AG pouvaient contester le recouvrement intégral de la compensation pour les TM non respectés devant les tribunaux nationaux ou les tribunaux d'arbitrage, et que ce recouvrement intégral aurait pu être refusé par un juge ou un arbitre, notamment au motif qu'il s'agissait d'un abus de droit de la part de la GHA ou de l'exécution d'une clause pénale punitive.

(121) La Belgique a fait référence au considérant 78 de la décision d'ouverture, qui indiquait que pour démontrer le risque présumé de contentieux, la Belgique avait fourni à la Commission des lettres émanant de PSA et d'AG, dans lesquelles celles-ci expliquaient leur point de vue juridique. Cependant, ces lettres dataient des 19 et 23 février 2013. Les bénéficiaires présumés les ont donc adressées à la GHA après transmission de la plainte déposée en l'espèce à la Belgique pour observations le 29 janvier 2013. La Belgique a fait valoir qu'à l'époque où la plainte a été déposée, aucune décision n'avait encore été prise au sujet des TM non respectés pour la période 2009-2012. Cette décision n'ayant été prise que dans le cadre de la décision de 2013 de la GHA, PSA et AG n'auraient pas pu engager d'action en justice avant la décision de 2013 de la GHA et la plainte concernant l'aide d'État.

(122) Outre les doutes soulevés par la Commission dans la décision d'ouverture, la Belgique a observé que même les TM réajustés étaient encore nettement supérieurs aux TM proposés par PSA et AG lors de la consultation initiale du marché qui, à la suite d'un appel d'offres, a conduit à l'attribution des concessions en question à PSA et à AG. Plus précisément, les TM initiaux de 16 700 000 tonnes (= 1 336 000 EVP) ont ensuite été portés à 53 932 500 tonnes (= 4 131 600 EVP). Cette augmentation significative des TM a été décidée car une reconfiguration des différentes concessions sur les rives gauche et droite du DGD avait également permis d'optimiser le transbordement par les opérateurs concernés. Dans le réajustement, les prévisions étaient basées sur un pic du marché.

(123) La Belgique a en outre allégué que la décision de 2013 de la GHA était cohérente avec des décisions similaires prises par les [autres] autorités portuaires, ce qui, selon la Belgique, constituait une preuve supplémentaire de sa «conformité avec le marché».

(124) En ce qui concerne la mesure n° 2, la Belgique a indiqué que, conformément à la décision de 2013 de la GHA, les TM réajustés demeuraient applicables jusqu'à la fin du contrat de concession.

(125) La Belgique a également souligné qu'à la suite du transfert de terrain convenu, AG devait respecter les TM applicables alors que la surface objet de la concession avait été réduite d'environ 30 %. Même si AG n'utilisait pas à ce moment-là la partie transférée à PSA, les TM continuaient d'augmenter et AG aurait eu besoin de cet espace ultérieurement.

(126) La Belgique a en outre affirmé qu'il n'y avait pas de sélectivité au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE. Comme la Belgique l'a expliqué, tous les concessionnaires soumis à des conditions de tonnage étaient invités une fois par an à expliquer et à justifier les volumes déficitaires dans le cadre de la procédure uniforme définie dans la décision de 2013 de la GHA. Ainsi, la GHA les avait tous traités de la même manière. La plaignante elle-même pouvait tirer avantage de ce système. Selon la Belgique, il existait un seul «système de référence» au sens du projet de communication de la Commission de 2014 ([37]), qui s'appliquait à tous les concessionnaires.

5.2. **Observations de la Belgique faisant suite aux observations de tiers**

(127) La Belgique a à nouveau évoqué le risque que PSA et AG quittent le port d'Anvers si les compensations étaient appliquées. Dans ce contexte, elle a cité l'exemple de PSA et d'AG, qui, par le passé, avaient désinvesti à Dubaï et en Inde. En outre, PSA avait prématurément mis fin à sa concession dans le port de […]. Par conséquent, la

([34]) Arrêt de la Cour de justice du 24 janvier 2013, Frucona Košice a.s./Commission européenne, C-73/11 P, ECLI:EU:C:2013:32, point 81; arrêt de la Cour de justice du 21 mars 2013, Commission européenne/Buczek Automotive sp. z o.o, C-405/11 P, ECLI:EU:C:2013:186, points 59 et suivants.

([35]) Par exemple, décision de la Commission du 13 mars 2000, N 94/98, Allemagne, Leuna 2000/Elf/Mider, compromis (JO C 327 du 28.12.2002, p. 10), SG (2000) D/102293, points 19 et suivants; décision de la Commission 2011/276/UE du 26 mai 2010 concernant l'aide d'État sous la forme d'un accord fiscal transactionnel mise à exécution par la Belgique en faveur de la société Umicore SA (ex-«Union Minière SA») [aide d'État C 76/03 (ex NN 69/03)] (JO L 122 du 11.5.2011, p. 76).

([36]) Décision 2011/276/UE.

([37]) Projet de communication de la Commission relative à la notion d'«aide d'État» visée à l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, Bruxelles, 2014, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/draft_guidance_fr.pdf, points 126 et suivants.

crainte de la GHA que PSA et AG puissent également résilier leurs concessions à Anvers était réelle et les décisions prises par la GHA de réduire les TM et, donc, de renoncer à une partie des compensations, étaient conformes au principe de l'opérateur en économie de marché.

(128) Les autorités belges ont également rappelé que d'autres acteurs du marché avaient pris des mesures similaires à celles de la GHA en réduisant les investissements prévus ou en les répartissant sur des périodes plus longues que celles initialement prévues. De même, d'autres autorités portuaires avaient réduit les taxes portuaires et les TM (bien que certaines autorités portuaires n'aient pas appliqué de TM au départ).

(129) À la suite des observations présentées par KN, la Belgique a contesté que KN était en concurrence avec PSA et AG et, à cet égard, a renvoyé aux décisions du Conseil d'État et de la Cour d'Appel.

(130) Pour ce qui est de la sélectivité, la Belgique a indiqué ne pas partager l'allégation de KN selon laquelle les décisions de la GHA n'avaient pas été prises dans le cadre d'une «politique générale». La décision de 2013 de la GHA prévoyait en effet une mesure générale visant à remédier aux conséquences de la crise et concernait le trafic de conteneurs ainsi que le trafic de marchandises en vrac. Selon la Belgique, la décision concernant PSA et AG a tenu compte de la situation factuelle spécifique de ces deux concessionnaires.

(131) En ce qui concerne les observations de KN concernant la mesure n° 2, la Belgique a indiqué qu'en affirmant que des TM encore plus élevés devraient s'appliquer à PSA, KN n'a pas pris en considération le contexte plus large de la relation entre la GHA et les concessionnaires. De même, KN n'a pas tenu compte du fait que le principal objectif des TM était d'inciter les concessionnaires à exploiter autant que possible le potentiel d'une concession, mais pas de constituer une source de revenus autonome.

5.3. **Communications de la Belgique faisant suite aux demandes de renseignements de la Commission**

5.3.1. *Avantage — mesure n° 1*

(132) La Belgique a démontré que la GHA avait, dans plusieurs cas, renoncé aux compensations des concessionnaires, autres que PSA et AG, en dérogation aux clauses compensatoires prévues dans les contrats de concession respectifs lorsque les TM prévus contractuellement n'avaient pas été atteints entre 2009 et 2012. Dans plusieurs autres cas, la GHA avait perçu des compensations en vertu des clauses compensatoires prévues dans les contrats de concession respectifs des concessionnaires qui n'avaient pas respecté les TM fixés contractuellement.

(133) Les décisions de recouvrer ou non les compensations ont suivi une procédure appliquée par la GHA. Par exemple, en avril 2010, la GHA a invité les concessionnaires du port d'Anvers à expliquer pourquoi ils n'avaient pas atteint les TM contractuels en 2009.

(134) En réponse à la demande de renseignements de la Commission du 23 juin 2016 concernant le possible non-respect des TM par AG après 2014, la Belgique a précisé que la GHA avait décidé ([38]) d'attendre l'issue de la procédure formelle d'examen de la Commission avant de prendre une décision pour 2015. En outre, la GHA souhaitait également attendre l'issue de la décision du collège des arbitres. Un report de la décision n'impliquait pas qu'AG serait exemptée de tout paiement pour l'année 2015. La GHA s'était explicitement réservé la faculté de faire valoir ses droits concernant la facturation d'un éventuel non-respect des TM par AG. La GHA a également souligné dans cette décision qu'un report de la décision concernant les TM pour l'année 2015 ne saurait être interprété comme une renonciation à ses droits de la part de la GHA.

(135) La Belgique a en outre informé la Commission qu'elle avait rétabli les TM initiaux pour AG avec effet pour l'année 2015, dûment réajustés pour tenir compte de la perte de terrain disponible découlant du transfert de terrain.

5.3.2. *Avantage — mesure n° 2*

(136) En ce qui concerne la question de savoir pourquoi la GHA n'a pas rétabli les TM initiaux dans leur intégralité pour PSA en 2014, mais les a rétablis progressivement à hauteur de 1 400 000 EVP en 2014 et de 2 000 000 EVP en 2015, pour n'atteindre le volume total de 2 559 600 EVP qu'en 2016, la Belgique a fourni l'explication qui suit.

([38]) Communication de la Belgique du 4 avril 2017 faisant référence à la décision n° 161146 de la GHA du 17 mai 2016.

(137) En supposant qu'en 2014, l'activité économique ait déjà pu atteindre le niveau d'avant la crise, cela ne signifie pas que pour les exploitants du DGD (AG et PSA), les TM pouvaient revenir à leur niveau initial. En effet, si le trafic était revenu au niveau d'avant la crise au bout de trois à cinq ans, les TM n'étaient pas restés au même niveau, mais avaient continué d'augmenter. Cette situation est spécifique au DGD, car il s'agissait du seul terminal où, pendant la crise, les TM continuaient d'augmenter chaque année en raison du démarrage des opérations dans le DGD et du fait qu'il faut toujours plusieurs années pour équiper totalement un nouveau terminal et atteindre la capacité maximale en attirant un nouveau trafic. En d'autres termes, si dans une situation normale de TM fixes, le fait d'atteindre le niveau d'avant la crise résout le problème du non-respect des TM dû à la crise, ce n'est pas le cas pour les concessions du DGD. De ce seul fait, les exploitants du DGD se trouvent dans une situation beaucoup plus difficile et mettent beaucoup plus longtemps à revenir au niveau antérieur. On peut également considérer cela sous un angle différent: un retour aux niveaux initiaux impliquerait que la GHA ait imposé des augmentations encore plus importantes du trafic de conteneurs par rapport à ce qui était prévu dans les accords de concession actuels. Il y a évidemment des limites à ce qui est raisonnablement possible.

5.3.3. *Simulations de bénéfices à long terme*

(138) La Belgique a présenté des calculs détaillés, qui montrent que le montant des indemnités auxquelles il a été renoncé serait compensé par une augmentation des recettes à long terme. Les calculs étaient en partie fondés sur des données ex ante mais, en tant que tels, ils ont été établis ex post.

6. **APPRÉCIATION**

6.1. **Quant à l'existence d'une aide**

(139) La Commission doit examiner si les mesures en cause constituent une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

(140) En vertu de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, sont «incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État, sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions».

(141) Pour qu'une mesure puisse être qualifiée d'aide d'État au sens de cette disposition, il faut donc que les conditions cumulatives suivantes soient remplies: i) la mesure doit être imputable à l'État et être financée au moyen de ressources d'État; ii) elle doit procurer un avantage économique à une entreprise; iii) cet avantage doit être sélectif; et iv) la mesure doit fausser ou menacer de fausser la concurrence et affecter les échanges entre États membres.

(142) Par conséquent, si l'une des conditions mentionnées au considérant 141 n'est pas remplie, la mesure ne peut pas être qualifiée d'aide d'État. En l'espèce, la Commission estime qu'il convient d'apprécier si l'une des deux mesures accordait un avantage aux bénéficiaires présumés.

(143) Au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, l'avantage est un avantage économique qu'une entreprise n'aurait pas pu obtenir dans les conditions normales du marché, c'est-à-dire en l'absence d'intervention de l'État.

(144) Pour déterminer, aux fins de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, si la réduction des compensations par la GHA a conféré un avantage économique à PSA et à AG, la Commission doit établir si la GHA a agi comme l'aurait fait un opérateur privé dans une situation similaire. En vertu du principe de l'opérateur en économie de marché, une mesure mise à exécution par l'État ne mobilise aucune aide lorsque, dans des circonstances similaires, un investisseur privé d'une taille comparable à celle des organismes publics concernés, opérant dans les conditions normales d'une économie de marché, aurait pu être amené à accorder la même mesure en faveur du bénéficiaire ([39]).

(145) Selon une jurisprudence constante ([40]), la Commission reconnaît que les mesures doivent être analysées dans le contexte de l'époque au cours de laquelle elles ont été prises. En outre, la Commission a l'obligation de tenir compte, dans l'évaluation d'une mesure, de tous les éléments pertinents et de son contexte ([41]).

([39]) Arrêt de la Cour de justice du 11 juillet 1996, Syndicat français de l'Express international (SFEI) et autres/La Poste et autres, C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, points 60-61. Arrêt du Tribunal du 6 mars 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale et Land Nordrhein-Westfalen/Commission, affaires jointes T-228/99 et T-233/99, ECLI:EU:T:2003:57, point 208.

([40]) Arrêt de la Cour de justice du 16 mai 2002, République française/Commission (Stardust Marine), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, point 71: («…pour rechercher si l'État a adopté ou non le comportement d'un investisseur avisé dans une économie de marché, il y a lieu de se replacer dans le contexte de l'époque au cours de laquelle les mesures de soutien financier ont été prises…»).

([41]) Arrêt du Tribunal du 27 avril 2017, Germanwings/Commission, T-375/15, ECLI:EU:T:2017:289, point 77, et la jurisprudence citée.

6.1.1. *Avantage éventuel accordé par la mesure n° 1 - décision de 2013 de la GHA*

(146) La Commission fait observer, comme indiqué dans la décision d'ouverture, qu'il convient de tenir compte de l'incidence de la crise aux fins de l'appréciation de la conformité de la mesure n° 1 avec le marché. La Commission constate également qu'au moment où la crise a commencé, notamment en 2008 et 2009, seules PSA et AG étaient soumises à des TM progressifs, revus à la hausse chaque année, alors que tous les autres concessionnaires du port d'Anvers, dont la plaignante, étaient soumis à des TM fixes (voir considérant 29). En conséquence, dans le contexte de la crise, la situation de PSA et d'AG était spécifique et distincte de celle des autres opérateurs actifs dans le port d'Anvers.

(147) La Commission reconnaît en outre que l'incidence sans précédent de la crise a contraint les entreprises de tous les secteurs économiques à adapter leur comportement.

(148) En dehors du contexte de la crise, la Commission constate par ailleurs que le maintien de la coopération avec PSA et AG était important pour les intérêts du port d'Anvers sur le long terme.

(149) La Commission rappelle également que KN (voir considérant 21) et d'autres opérateurs du port d'Anvers (voir considérant 131), ont bénéficié de TM réajustés en leur faveur dans le contexte de la crise.

(150) La Commission considère par conséquent que, par principe, on ne peut exclure que dans la position de la GHA, un opérateur privé avisé en économie de marché aurait également réajusté les TM contractuellement applicables compte tenu de la crise.

(151) Dans sa décision d'ouverture, la Commission doutait néanmoins que la GHA ait agi comme l'aurait fait un opérateur privé avisé en économie de marché lorsqu'elle a mis la mesure n° 1 à exécution.

Laps de temps entre le début de la crise et l'adoption de la décision de 2013 de la GHA

(152) En particulier, dans sa décision d'ouverture, la Commission a considéré qu'un opérateur privé avisé aurait cherché à maximiser ses profits (ou à minimiser ses pertes) en procédant au recouvrement des sommes dues dans les plus brefs délais. En l'espèce, un laps de temps important s'est écoulé entre le début de la crise et l'adoption de la décision de 2013 par la GHA, qui a traité de façon rétroactive la question des compensations non payées et les a réduites de façon significative.

(153) De plus, comme indiqué au point 6.4 de la décision de 2013 de la GHA, la question des TM a été débattue à plusieurs reprises, au fil des ans, par le conseil d'administration de la GHA ([42]). Or, celui-ci discutait, durant ces réunions, d'aspects concernant les données relatives au trafic ainsi que de la crise, mais pas directement de la question de la réclamation des compensations dues par PSA et AG pour non-respect des TM. Cela est indiqué de façon explicite au point 5.3 de la décision de 2013 de la GHA, qui précise que, même si la question des TM faisait alors l'objet de consultations, la réclamation des compensations dues a été différée ([43]).

(154) Compte tenu des éléments qui précèdent, la Commission doutait qu'un opérateur privé avisé en économie de marché aurait attendu pendant quatre ans une décision relative à la réduction des compensations dues, à savoir de 2009 à 2013.

(155) En réponse à ces doutes, la Belgique a présenté une correspondance entre la GHA et respectivement, PSA et AG, indiquant qu'en décembre 2009, des discussions avaient eu lieu au sujet de la réduction des TM initiaux. Dans ce contexte, la GHA a d'abord suggéré d'abaisser les TM initiaux du taux de baisse observé dans la rangée Hambourg-Le Havre cette année-là (à savoir: – 15,8 %) ([44]). À partir de cette date, la GHA a rappelé à plusieurs reprises à PSA et à AG qu'elles n'avaient pas respecté les TM fixés et leur a demandé leur point de vue. PSA et AG ont souligné dans plusieurs réponses leur importance pour le développement du port, en faisant allusion à leur éventuel départ vers d'autres ports, ainsi qu'aux effets de la crise. En outre, PSA et AG ont également exposé le point de vue juridique de leurs conseils, expliquant pourquoi les clauses pénales n'étaient ni applicables ni exécutoires. Ces arguments ont par la suite été invoqués par PSA et AG dans des procédures d'arbitrage contre la GHA.

([42]) Le sujet était à l'ordre du jour des réunions du conseil d'administration des 12 mai et 1er septembre 2009, des 29 juin et 5 octobre 2010, des 1er février, 11 octobre et 8 novembre 2011 et des 3 juillet, 4 septembre, 6 novembre et 18 novembre 2012.

([43]) En outre, en ce qui concerne PSA Antwerp, il est précisé au point 4.3 de la décision de 2013 qu'il a été décidé de suspendre la réclamation des compensations en vue d'une enquête plus approfondie.

([44]) Voir, par exemple, le courrier électronique envoyé par la GHA à AG le 14 janvier 2011, faisant référence à une lettre du 3 décembre 2010. Il convient de noter que les contrats de concession prévoyaient qu'en cas de réduction de la capacité de transbordement non imputable au concessionnaire pendant la concession, les volumes à atteindre devraient être réduits au prorata.

(156) La Commission conclut que dans le contexte de la crise et au vu de l'importante correspondance échangée entre la GHA, d'une part, et PSA et AG, d'autre part, on ne saurait accuser la GHA d'inaction en ce qui concerne le défaut de paiement des indemnités. En outre, la Commission note que la situation de PSA et d'AG semblait particulièrement délicate du fait que leurs TM étaient progressifs (alors que ceux des autres concessionnaires étaient linéaires et que le DGD était encore en phase de démarrage (ses activités auraient donc pu être affectées différemment de celles des autres terminaux). En conséquence, le fait que la GHA n'ait pris une décision finale qu'en 2013 ne constitue pas, en soi, un élément permettant de conclure que le principe de l'opérateur en économie de marché n'a pas été respecté, étant donné qu'un tel opérateur aurait très bien pu prendre une décision dans un délai similaire.

Ampleur du réajustement

(157) En ce qui concerne la réduction de la compensation elle-même, la Commission a exprimé des doutes quant à la question de savoir si un opérateur privé avisé en économie de marché aurait accordé à PSA et à AG une réduction de même ampleur que celle accordée par la GHA. À cet égard, la décision d'ouverture a comparé une baisse du trafic de 38,6 % dans le DGD en 2009 avec une diminution totale de la compensation tournant autour de 80 %.

(158) Il convient de préciser que la réduction de 80 % ne concerne pas seulement 2009 mais toute la période de quatre ans allant de 2009 à 2012. En ce qui concerne l'année 2009 uniquement, la réduction moyenne pondérée totale des TM applicables à PSA et à AG était de 38,6 %, soit l'équivalent de la baisse du trafic dans le DGD mentionnée au considérant 157. La réduction totale appliquée était d'environ 80 % car elle couvrait également les années 2010 à 2012.

(159) La Commission rappelle qu'on ne peut exclure que dans la position de la GHA, un opérateur privé avisé en économie de marché aurait réduit les TM dans le contexte de la crise et en vue de maintenir la coopération à long terme, comme indiqué au considérant 150 de la présente décision. Cependant, cela ne mène pas à la conclusion automatique que toute réduction des TM est conforme au marché. Par conséquent, la Commission a émis des doutes quant à l'ampleur des réductions des TM appliquées par la GHA et doit évaluer si l'ampleur de ces réductions correspond au comportement d'un opérateur privé avisé en économie de marché.

(160) La plaignante a allégué qu'il serait circulaire d'utiliser les performances du DGD comme base pour réajuster les TM de PSA et d'AG. Il vaudrait mieux, comme l'a proposé la plaignante, utiliser la baisse globale du trafic dans l'ensemble du port (soit – 16 %).

(161) Du point de vue de la GHA, plusieurs facteurs sont a priori disponibles aux fins du réajustement des TM dans le contexte de la crise. La Commission fait observer que la GHA a appliqué une combinaison de deux facteurs. Le premier est l'évolution du trafic dans la rangée Hamburg-Le Havre et le second est la baisse du trafic dans le DGD.

(162) Le premier facteur est défini comme la somme des volumes du trafic de conteneurs de tous les ports de cette rangée. Il tient à la nature d'une rangée comprenant plusieurs ports que certains ports soient plus performants que certains autres de la rangée, et d'autres moins. Les performances de chaque dock individuel dans chaque port diffèrent généralement des performances moyennes du port. En conséquence, comparer les performances d'un dock individuel avec celles de toute la rangée Hamburg-Le Havre, qui résultent de la compilation d'un ensemble relativement important de données, peut souvent déboucher sur des conclusions inappropriées. Par ailleurs, chaque dock peut subir les effets de la crise avec une intensité différente. Cela plaide en faveur d'une méthode consistant à comparer la situation de chaque dock individuel avec des données provenant d'un ensemble de données comparable.

(163) Cependant, la limite de la restriction de l'ensemble de données devrait être atteinte au moment où celle-ci devient circulaire (voir à ce propos l'allégation de la plaignante; considérant 160). La circularité aurait pour effet d'éliminer l'incitation pour le concessionnaire à atteindre certains TM, car les TM seraient — en raison de l'effet circulaire — alignés rétroactivement sur les performances réelles du concessionnaire.

(164) Cependant, la Commission constate que le réajustement appliqué par la GHA n'est pas circulaire puisqu'il repose sur une combinaison de deux facteurs. Le premier est la rangée Hamburg-Le Havre et le second est la baisse du trafic dans le DGD. La Commission fait observer que l'utilisation de la rangée Hamburg-Le Havre comme composante de la matrice de réajustement des TM est appropriée, car elle constitue probablement l'ensemble de données le plus large possible disponible en ce qui concerne les opérateurs du port d'Anvers. En termes de volume de trafic de conteneurs, le port d'Anvers représente une part importante de la rangée Hamburg-Le Havre, car il occupe la deuxième place après le port de Rotterdam. De plus, les performances de la rangée Hamburg-Le Havre sont en tout état de cause réajustées au détriment de PSA et d'AG en vertu de la règle des 75/125 (voir considérant 21). En fait, la règle implique que PSA et AG doivent afficher une croissance 25 % plus élevée que celle de la rangée Hamburg-Le Havre. En effet, le facteur de correction de 25 % est également basé sur des données réelles (historiques), car il reflète la surperformance du port d'Anvers par rapport à la rangée Hamburg-Le Havre.

(165) Le trafic réel de PSA et d'AG dans le DGD en 2008 était le deuxième facteur pris en compte dans la formule utilisée pour le réajustement des TM. Cette année-là, le port d'Anvers avait enregistré une croissance de 6,3 % du trafic de conteneurs par rapport à l'année précédente. Par contre, entre 2008 et 2009, le trafic de conteneurs avait connu une baisse sans précédent de 16,3 %. Étant donné qu'à l'époque, les TM applicables au port d'Anvers étaient revus à la hausse chaque année, PSA et AG devaient toutes deux respecter, en 2009, des TM nettement supérieurs à ceux de 2008 ([45]), ce qui, lorsque le trafic global de conteneurs a considérablement diminué, s'est révélé impossible. La Commission estime que l'utilisation du trafic réalisé par chaque concessionnaire dans le DGD comme autre composante de la matrice était justifiée, car l'utilisation du trafic global réalisé dans le port d'Anvers (correspondant à l'autre exemple plus vaste disponible de plage restreinte) aurait pu conduire à des résultats inexacts. En effet, la situation dans le DGD était très spécifique puisque le DGD était encore en phase de démarrage lorsque la crise a commencé.

(166) La Commission note en outre que le réajustement appliqué par la GHA a eu pour effet que sur la période 2009-2012, les TM ont été supérieurs aux tonnages atteints par PSA et AG (excepté en 2011, où AG a légèrement dépassé les TM réajustés imposés). La GHA n'a donc nullement renoncé aux indemnités dues. En outre, il a été démontré que, contrairement à ce qu'affirme la plaignante, le réajustement des TM en application de la mesure n° 1 n'était pas circulaire. Si la mesure n° 1 avait été circulaire, PSA et AG n'auraient pas été contraintes de verser de compensation entre 2009 et 2012.

(167) La mesure n° 1 reste donc conforme à l'objectif ultime de la facturation d'indemnités pour les TM non atteints, qui ne consiste pas à faire des indemnités une véritable source de revenus, un retour sur investissement ou un paiement pour des services/biens fournis par la GHA, mais plutôt à inciter les concessionnaires à atteindre les meilleures performances possibles dans les circonstances données.

(168) La Commission conclut par conséquent que la méthodologie utilisée par la GHA pour réajuster les TM se révèle raisonnable.

Possible détournement du trafic vers d'autres ports

(169) En ce qui concerne le doute exprimé dans la décision d'ouverture et l'allégation correspondante de la plaignante selon lesquels la décision de 2013 de la GHA aurait incité PSA et AG à relocaliser leurs activités dans des ports où les conditions liées aux TM étaient appliquées strictement, la Commission note que PSA et AG, au moment de décider où relocaliser leurs activités entre 2009 et 2012, ne pouvaient pas savoir quelle décision prendrait la GHA au sujet des compensations pour non-respect des TM ces années-là. En fait, la GHA n'a traité cette question que rétroactivement dans sa décision de 2013. En outre, la décision de 2013 de la GHA, bien que revoyant à la baisse les TM initialement applicables à PSA et à AG, continuait d'imposer des TM supérieurs aux performances réelles enregistrées par PSA et AG entre 2009 et 2012 (excepté en 2011, où AG a légèrement dépassé les TM réajustés imposés). En outre, si la GHA était en effet engagée dans des discussions avec PSA et AG au sujet de la réduction des TM initiaux (voir, à cet égard, le considérant 20), la teneur de ces échanges indique que la GHA n'a jamais eu l'intention de réduire les TM de manière telle que cela reviendrait à renoncer complètement aux compensations exigibles pour non-respect des TM. La Commission conclut donc que la décision de 2013 de la GHA n'a pas incité PSA et AG à relocaliser leurs activités vers d'autres ports dans lesquels les TM étaient appliqués de façon stricte.

Aménagement du territoire, mobilité et emploi de longue durée

(170) Dans la décision d'ouverture, la Commission a fait observer que la conformité de la mesure n° 1 avec le principe de l'opérateur en économie de marché était également contestable du fait que la décision de 2013 de la GHA prenait en considération des facteurs tels que l'aménagement du territoire, la mobilité et l'emploi de longue durée.

(171) La Commission estime cependant que la décision de 2013 de la GHA a été principalement motivée par des considérations économiques. La GHA a pris en compte l'incidence globale de la crise sur PSA et AG, mais aussi sur les autres exploitants de terminaux détenant des concessions dans le port d'Anvers. De plus, la GHA a pris en considération le fait qu'elle gérait un port majeur (le deuxième dans la rangée Hamburg-Le Havre en termes de trafic de conteneurs), en forte concurrence avec d'autres ports et, en particulier, avec les autres ports de la rangée Hamburg-Le Havre, ainsi que le risque que la coopération à long terme avec PSA et AG soit compromise si les TM n'étaient pas réduits (voir les considérants 148 et 159).

([45]) TM initiaux: 2008: PSA: 1 010 183 EVP; AG: 665 208 EVP; 2009: PSA: 1 522 103 EVP; AG: 1 023 583 EVP.

(172) La Commission en conclut que les éléments tels que l'aménagement du territoire, la mobilité et l'emploi de longue durée n'ont joué qu'un rôle secondaire dans les facteurs pris en compte par la GHA lors de l'adoption de sa décision de 2013.

Menaces de quitter le port et risque de contentieux

(173) Dans la décision d'ouverture, la Commission a également fait observer que PSA et AG ne pouvaient de façon crédible menacer de quitter le port d'Anvers si les TM n'étaient pas revus à la baisse ou si la compensation n'était pas supprimée (considérant 75 de la décision d'ouverture). Les exploitants de terminaux à conteneurs ne pouvaient pas mettre fin unilatéralement à leurs relations avec la GHA, alors que celle-ci pouvait révoquer la concession complètement ou partiellement en cas de sous-utilisation manifeste du terminal.

(174) En outre, la décision d'ouverture exprimait également des doutes quant à l'existence d'un risque sérieux de contentieux de la part de PSA et d'AG (considérant 78 de la décision d'ouverture). PSA et AG avaient envoyé des lettres expliquant leur point de vue juridique à la GHA les 19 et 23 février 2013, après transmission de la plainte à la Belgique pour observations le 29 janvier 2013. Autrement dit, le risque aurait été plus crédible si PSA et AG avaient envoyé ces lettres avant qu'ils aient eu connaissance de l'existence de la plainte.

(175) En raison de leurs liens contextuels, ces deux éléments sont appréciés conjointement dans les considérants suivants.

(176) Après avoir analysé les communications présentées par la Belgique à la suite de la décision d'ouverture et, en particulier, la correspondance entre la GHA d'une part, et PSA et AG d'autre part, la Commission estime qu'il y avait effectivement un risque sérieux que PSA et AG contestent l'application des indemnités par la GHA pour non-respect des TM initiaux dans le cadre d'une action en justice ou d'une procédure d'arbitrage, ainsi qu'un risque crédible que l'application de ces indemnités par la GHA soit refusée par une commission d'arbitrage ou par le tribunal en vertu du droit civil belge conformément à la doctrine de l'abus de droit ([46]) ou en raison de la qualification d'une clause pénale comme étant punitive ([47]).

(177) Sur la base des éléments disponibles datant de l'époque des faits, la Commission estime que le droit civil belge peut en effet être invoqué pour contester l'application intégrale des indemnités pour non-respect des TM contractuels si cette application devait constituer un abus de droit ou si la clause pénale devait être qualifiée de punitive. Cela est confirmé par le fait qu'AG et PSA se sont toutes deux appuyées sur des arguments relatifs à l'abus de droit et à une clause pénale punitive dans leurs communications avec la GHA avant l'adoption de sa décision de 2013 ([48]), y compris sur des notes juridiques de leurs conseillers juridiques respectifs ([49]). S'il n'appartient pas à la Commission de préjuger l'efficacité éventuelle de ces allégations, elles se sont révélées recevables et suffisamment crédibles, ce qui montre que le risque de contentieux aurait pu être perçu par la GHA comme réel.

(178) En outre (quoique de manière rétrospective), le sérieux des arguments avancés par AG et PSA est confirmé non seulement par le contenu des […] ([50]) mais aussi par le fait qu'AG ([51]) et PSA ([52]) ont toutes deux effectivement contesté les indemnités imposées par la GHA sur la base des TM réajustés, en invoquant notamment un abus de droit par la GHA et en prétextant que les pénalités infligées pour non-respect des TM réajustés étaient punitives et exorbitantes.

([46]) Le droit civil belge souscrit au principe du «pacta sunt servanda», tout en prévoyant des limites et des exceptions à ce principe. Une de ces limites est que les droits contractuels doivent être exécutés «de bonne foi» conformément à l'article 1134, paragraphe 3, du code civil belge, ce qui signifie que l'abus de droit («rechtsmisbruik») n'est pas autorisé. Un abus de droit peut se produire lorsqu'une partie exerce ses droits d'une manière qui dépasse clairement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne raisonnable et avisée. Voir Stijns, S., Verbintenissenrecht, Die Keure, 2005, livre I, p. 62 et suivants, faisant référence à la jurisprudence de la Cour de cassation.

([47]) Les sanctions contractuelles en cas de violation d'obligations contractuelles ont pour but d'indemniser la partie lésée pour les pertes qu'elle a subies du fait d'une telle violation par une autre partie. Les sanctions sont punitives lorsque leur but est de punir la partie défaillante au profit de la partie lésée en l'absence de dommages subis par la partie lésée. Les sanctions punitives sont contraires à l'ordre public belge et constituent des motifs d'inapplicabilité de telles sanctions.

([48]) Par exemple, lettre du 19 décembre 2011 adressée par PSA à la GHA (communication de la Belgique du 19 août 2016, annexe 7.44); et lettre du 19 février 2013 adressée par PSA à la GHA (communication de la Belgique du 15 mars 2016, annexe 15).

([49]) Note du 15 février 2012 des conseils d'AG (communication de la Belgique du 15 mars 2016, annexe 10); note du 11 février 2013 des conseils externes de PSA (communication de la Belgique du 20 mars 2017, annexe 7.2)

([50]) […] (communication de la Belgique du 20 mars 2017, annexe 7.3)

([51]) Le 20 juin 2014, la GHA a sollicité un arbitrage concernant le défaut de paiement des indemnités par AG au titre du non-respect des TM réajustés et AG a contesté les indemnités en invoquant un abus de droit et une clause pénale excessive (communication d'AG du 18 avril 2016 comportant sa note de synthèse dans la procédure d'arbitrage).

([52]) Le 2 mai 2016, PSA a engagé une procédure d'arbitrage contre la GHA et a demandé au tribunal arbitral d'ordonner à la GHA de rembourser les indemnités perçues pour non-respect des TM réajustés. Voir annexe 6 des observations de PSA du 2 mai 2016 sur la décision d'ouverture, ainsi que l'annexe 7.1 (a) et 7.1 (b) de la communication de la Belgique du 1er décembre 2017.

(179) En outre, la Commission constate que la crédibilité des arguments invoqués par AG dans la procédure d'arbitrage engagée contre la GHA est confirmée par la décision arbitrale dans cette affaire ([53]). Le tribunal arbitral a estimé que l'application d'indemnités en cas de non-respect des TM réajustés en application de la décision de 2013 de la GHA ne constituait pas un abus de droit en vertu du droit civil belge. Pour ce faire, le tribunal arbitral a pris en compte le fait que la GHA avait adapté les TM dans sa décision de 2013 après avoir tenu compte de la crise, de la situation dans la rangée Hamburg-Le Havre et de la situation d'Anvers dans une perspective historique, et que ce comportement était conforme à ce que l'on peut attendre d'une autorité portuaire raisonnable et avisée.

(180) En outre, contrairement à AG, PSA a quant à elle engagé une procédure d'arbitrage contre la GHA pour réclamer le remboursement des indemnités versées pour non-respect des TM réajustés.

(181) En ce qui concerne le risque de contentieux et, en particulier, de contentieux défavorable à la GHA, la Commission conclut que les procédures effectivement engagées par PSA et AG montrent que ce risque était réel, et qu'un opérateur privé avisé en économie de marché aurait pris un tel risque en considération au moment de prendre des décisions commerciales.

Conclusion relative à la mesure n° 1

(182) Il résulte des éléments qui précèdent que, par principe, on ne peut exclure que dans la position de la GHA, un opérateur en économie de marché aurait également réajusté les TM contractuellement applicables compte tenu de la crise. En ce qui concerne les réductions accordées par la GHA au titre de la mesure n° 1, la Commission a constaté i) que le laps de temps écoulé entre le début de la crise et le moment où la GHA a pris sa décision ne constitue pas un élément permettant de conclure au non-respect du principe de l'opérateur en économie de marché; ii) que la méthodologie utilisée par la GHA pour déterminer l'ampleur du réajustement des TM se révèle raisonnable; iii) que la décision de la GHA n'a pas incité PSA et AG à relocaliser leurs activités vers d'autres ports dans lesquels les TM étaient appliqués de façon stricte; iv) que les éléments tels que l'aménagement du territoire, la mobilité et l'emploi de longue durée ne semblent avoir joué qu'un rôle secondaire; et v) que si les TM n'avaient pas été réajustés, il y aurait eu un risque réel de contentieux défavorable qu'un opérateur privé avisé en économie de marché aurait pris en considération.

(183) Compte tenu de tous ces éléments, la Commission estime que, dans l'ensemble, la mesure n° 1 doit être considérée comme conforme au principe de l'opérateur en économie de marché.

(184) En conséquence, la Commission conclut que la mesure n° 1 ne constitue pas un avantage économique, ni en faveur de PSA, ni en faveur d'AG. Étant donné que les critères de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE doivent être remplis de façon cumulative pour qu'une mesure constitue une aide d'État au sens de cet article, l'absence d'avantage économique qui n'aurait pas été obtenu dans les conditions normales du marché suffit pour conclure que la mesure incriminée ne constitue pas une aide d'État.

6.1.2. *Possible avantage conféré par la mesure n° 2*

(185) La question de savoir si la GHA, en adoptant la mesure n° 2, a agi en tant qu'opérateur privé avisé en économie de marché et si, par conséquent, la mesure n° 2 ne constituait pas un avantage au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE en faveur d'AG nécessite de déterminer si le maintien de la règle des 75/125 pour AG octroyait un avantage qu'AG n'aurait pas obtenu en cas de rétablissement des TM initiaux.

(186) Cette question doit être appréciée en tenant compte du fait qu'en 2014, environ 30 % de la surface de concession d'AG ont été transférés à PSA. Lorsque la GHA a rétabli les TM en faveur d'AG en 2015, elle a déduit un montant correspondant à la perte de superficie de la concession de 30 % des TM initiaux pour parvenir à des TM de 1 247 630 EVP.

(187) La Commission constate que déjà en 2014, AG dépassait les TM rétablis. En 2015, AG affichait là encore des résultats supérieurs à ce niveau. La question de savoir si un investisseur avisé en économie de marché aurait rétabli les TM applicables à AG dès 2014 ou seulement en 2015 (comme l'a fait la GHA) n'est donc pas pertinente pour établir si la GHA a accordé un avantage à AG. En tout état de cause, AG n'aurait dû payer aucune indemnité à la GHA pour 2014 et 2015. Dans le cadre du rétablissement des TM initiaux (dûment réajustés du fait de la perte d'environ 30 % de la superficie de la concession) ainsi que du maintien de l'application de la règle des 75/125 (conformément à la mesure n° 2), AG n'aurait pas eu à payer de compensation à la GHA.

([53]) Décision d'arbitrage du 16 septembre 2016 (annexe à la communication de la Belgique du 5 octobre 2016).

(188) En ce qui concerne le doute soulevé dans la décision d'ouverture ayant trait au fait que la perte par AG de la surface transférée ne justifiait pas le maintien de la compensation réduite en faveur d'AG car AG n'utilisait en tout état de cause pas cette partie de la concession (considérants 82 et 83 de la décision d'ouverture), la Commission renvoie au considérant 184 et note également qu'en 2016, la GHA a rétabli les TM initialement imposés à PSA et AG, à la différence près que les TM imposés à PSA étaient désormais supérieurs aux TM initiaux qu'elle devait respecter tandis que ceux d'AG étaient réduits proportionnellement. La Commission estime que l'application d'un montant total de TM plus élevé que les précédents, comme la plaignante semble l'invoquer, ne serait pas appropriée puisque la surface totale de la concession s disponible pour PSA et AG (conjointement) n'a pas augmenté par rapport à la superficie totale attribuée en vertu des contrats de concession initiaux.

(189) Partant, la Commission conclut que la mesure n° 2 n'a pas conféré d'avantage économique à AG. Étant donné que les critères de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE doivent être remplis de façon cumulative pour qu'une mesure constitue une aide d'État au sens de cet article, l'absence d'avantage économique qui n'aurait pas été obtenu dans les conditions normales du marché suffit pour conclure que la mesure incriminée ne constitue pas une aide d'État.

6.1.3. *Autres allégations de la plaignante*

(190) En ce qui concerne l'allégation de la plaignante selon laquelle l'avantage accordé à PSA jusqu'en 2012 a été maintenu entre 2013 et 2016, la Commission renvoie au considérant 85 de la décision d'ouverture, qui indique que la mesure n° 2 met fin à un possible avantage en faveur de PSA, dans la mesure où elle a rétabli progressivement, et non pas immédiatement, les TM fixés initialement. En outre, l'objet de la présente décision est d'apprécier les mesures nos 1 et 2, telles que décrites au considérant 22, et initialement décrites au considérant 49, points i) et ii), de la décision d'ouverture. Néanmoins, la Commission estime que la GHA a agi de manière conforme au marché lorsqu'elle a décidé de rétablir progressivement les TM applicables à PSA. Un rétablissement immédiat avec effet en 2014 (tel qu'invoqué par la plaignante) aurait entraîné une augmentation annuelle (de 2013 à 2014) plus importante que prévu en application des TM initiaux (voir également les observations de la Belgique; considérant 153). Par conséquent, un rétablissement immédiat pour PSA aurait été incompatible avec la pratique administrative antérieure établie par la GHA en matière de mise en place de contrats de TM applicables aux exploitants de terminaux actifs dans le port.

7. **CONCLUSION**

(191) Comme indiqué aux considérants 180 et 185, les mesures nos 1 et 2 ne constituent pas des aides d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE,

A ADOPTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

Les mesures mises à exécution par la Belgique et ayant consisté, premièrement, à réduire les conditions contractuelles de tonnage minimum et, ensuite, à réduire les compensations dues par deux concessionnaires de terminaux dans le port d'Anvers avec effet rétroactif à partir de l'année 2009 et, deuxièmement, à maintenir les conditions de tonnage minimum réduites pour un desdits concessionnaires après l'année 2013, ne constituent pas des aides d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Article 2

Le Royaume de Belgique est destinataire de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le 23 novembre 2018.

Par la Commission
Margrethe VESTAGER
Membre de la Commission