

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 230.672 van 27 maart 2015
in de zaak A. 212.209/XII-7644**

In zake:

1. de NV SEAPORT TERMINALS
2. de NV KATOEN NATIE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Erwin Simons
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Barteld Schutyser

tegen:

het GEMEENTELIJK HAVENBEDRIJF ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe, Nathanaëlle Kiekens en Rozanne
Vander Hulst
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 14 april 2014, strekt tot de
nietigverklaring van:

“de beslissing d.d. 10 februari 2014 van de raad van bestuur van het Gemeentelijk
Havenbedrijf Antwerpen, zoals ter kennis gebracht bij schrijven van 11 februari
2014, en waarin besloten werd om:

- kennis te nemen van de resultaten, van de in het kader van het besluit van
de raad van bestuur van 2 december 2013, uitgevoerde markttoetsing;

- gelet op het ontbreken van concrete evenwaardige alternatieven, het directiecomité, met mogelijkheid van subdelegatie, te machtigen om, mede in het licht van de resultaten van de markttoetsing, besprekingen te voeren met de diverse betrokken stakeholders – hierbij rekening houdend met het algemeen havenbelang en de belangen van de diverse stakeholders – teneinde na te gaan op welke wijze de gecommuniceerde opportuniteit van MSC en de P3-partners kan geacommodeerd worden in de haven van Antwerpen (cq. het Deurganckdok).”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 februari 2015.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Barteld Schutyser, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat David D’Hooghe, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij, zijnde het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen (hierna: GHA), is een autonoom gemeentelijk havenbedrijf dat volgens artikel 247*bis* van het Gemeentedecreet één van de havenbedrijven betreft in de zin van het decreet van 2 maart 1999 ‘houdende het beleid en het beheer van de zeehavens’. In toepassing van laatstgenoemd decreet is een havenbedrijf een publiekrechtelijke overheid die het beheer en de exploitatie van het havengebied als taak heeft en die de havenbestuurlijke bevoegdheden uitoefent overeenkomstig de bepalingen van dat decreet en andere toepasselijke bestuursrechtelijke principes.

Overeenkomstig artikel 13 van voormeld decreet kan de verwerende partij het havendomein ter beschikking stellen van derden voor hernieuwbare periodes van bepaalde duur. Deze terbeschikkingstelling kan door middel van een domeinconcessie of een concessie van bouwwerken gebeuren, dan wel door erfpacht-, opstal- of huurrechten te verlenen.

Twee voor dit geding van belang zijnde concessies betreffen het Deurganckdok. Op 3 februari 2004 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij om de kaaivlakte aan de westelijke zijde van het Deurganckdok, bestaande uit een terreindeel A en een terreindeel B, aan de nv Hesse-Noord Natie (later de nv PSA Antwerp) in concessie te geven. Dit resulteert in een concessieovereenkomst van 13 februari 2004. Op 30 november 2004 beslist de raad van bestuur van het GHA tevens om de kaaivlakte aan de oostelijke zijde van het Deurganckdok, bestaande uit een terreindeel A en een terreindeel B, in concessie toe te wijzen aan de nv Antwerp Gateway. Dit

resulteert in een concessieovereenkomst van 15 december 2004. De einddatum van beide concessies is 31 december 2046.

3.2. Op 18 juni 2013 kondigen het Deense bedrijf Maersk Line, de Zwitserse Mediterranean Shipping Company (hierna: MSC) en het Franse bedrijf Compagnie Maritime d’Affrètement - Compagnie Générale Maritime (hierna: CMA CGM) een operationele samenwerking, P3 genaamd, aan.

Op 26 november 2013 ontvangt de verwerende partij een brief van MSC waarin zij die samenwerking aankondigt, mededeelt dat die operationele samenwerking extra trafieken van volcontainerschepen tot gevolg zal hebben waardoor bijkomende volumes aan containers zouden moeten worden behandeld en om die reden te willen verhuizen naar de terreinen rond het Deurganckdok om op die locatie haar trafieken en die van de andere P3-partners te verwerken. MSC geeft aan in eerste instantie te denken aan de bestaande en verder uit te bouwen terminal van de nv PSA Antwerp op de westzijde van het Deurganckdok.

De raad van bestuur van de verwerende partij beslist op 2 december 2013 het volgende:

“1.7 Eerste analyse van de P3/MSC opportuniteit

De evolutie die zich voordoet in de sector van de volcontainer en deepsea-containerafhandeling is om diverse redenen een uitzonderlijke opportuniteit.

De mogelijke keuze van P3/MSC, als game-changer in de containermarkt, voor de Antwerpse haven betekent een aanzienlijke aangroei in de te behandelen containervolumes. Met een stijging op hooguit 5 jaren, louter op basis van organische groei, naar ca. 7 miljoen TEU (+ ca. 30%) en een gestage doorgroei naar 9 miljoen TEU (+ 67%) is het belang hiervan uitermate uniek te noemen.

De blijvende groei die de Antwerpse haven gedurende de voorbije twee decennia in de containerbusiness heeft doorgemaakt, de gerealiseerde uitdieping van de Schelde teneinde nog beter unieke opportuniteiten, zoals P3/MSC, te kunnen behandelen, wordt door de vooropgestelde keuze van de P3-alliantie ten volle erkend, bevestigd en versterkt.

Bovendien wordt een zeer concrete vraag voorgelegd door MSC, zoals blijkt uit de brief van 26 november 2013 (bijlage).

Op grond van een eerste analyse blijken de uitgangspunten van MSC aansluiting te vinden bij de feitelijke bevindingen van het GHA.

Met een capaciteit van ca. 5.000.000 TEU bereikt MSC haar saturatiepunt, wetende dat in de betrokken sector meestal uitgegaan wordt van een capaciteitsbezetting tot 80% / 85% als zijnde rendabel en optimaal. Eens men boven deze grens gaat zal dit een onmiddellijk negatief effect genereren op de rentabiliteit van de terminal.

Zoals hierboven reeds aangegeven werd door MSC op het Delwaidedok in 2012 een overslag gegenereerd van 4.303.840 TEU (zijnde 79,70% van de beschikbare capaciteit).

Rekening houdend met de prognoses zoals gesteld door de betrokken rederij, voor wat betreft haar eigen trafieken en de trafieken te behandelen binnen de P3-alliantie, dient gesteld dat de totale overslagcapaciteit op korte termijn (binnen 5 jaar) stijgt tot ca. 7.100.000 TEU (132% van de beschikbare capaciteit), om daarna nog verder toe te nemen. (zie tabel)

Er is vast te stellen dat deze opportuniteit een verregaande bezetting, cq. benutting van het Deurganckdok lijkt te vereisen, waardoor meteen ook zou kunnen verholpen worden aan de eerder besproken problematiek aangaande TMV.

Er dient dan ook te worden nagegaan op welke wijze zulks kan gerealiseerd worden, en op welke wijze dit kan ingepast worden in de bestaande concessies, dan wel andere verdere tussenkomsten zou vereisen.

[...]

BESLUIT: voorstel aan de raad van bestuur:

artikel 1: Op grond van de beschikbare gegevens vast te stellen en te bevestigen dat het MSC en P3 project in de volcontainersector een uitgesproken kans is voor de haven van Antwerpen die in het licht van het algemeen havenbelang noopt tot verdere raadpleging en toetsing van de markt.

artikel 2: Het directiecomité, met mogelijkheid van subdelegatie, te machtigen om op transparante en open wijze een markttoetsing te organiseren cq. diverse stakeholders te raadplegen teneinde te vernemen, of er andere concrete opportuniteiten op korte termijn in het vooruitzicht gesteld kunnen worden die door de facilitering van P3 zouden worden doorkruist, dan wel onverenigbaar zouden zijn met P3.

artikel 3: Het directiecomité, met mogelijkheid van subdelegatie, te machtigen om, mede in het licht van de resultaten van de markttoetsing, besprekingen te voeren met de diverse betrokken stakeholders – hierbij rekening houdend met het algemeen havenbelang en de belangen van de diverse stakeholders – teneinde na te gaan op welke wijze deze en/of andere opportuniteiten kunnen geacomodeerd worden in de haven van Antwerpen (cq. het Deurganckdok).

artikel 4: Het directiecomité, met mogelijkheid van subdelegatie, te machtigen na te gaan op welke wijze in de toekomst invulling zou kunnen

gegeven worden aan het Delwaidedok, en tentatief af te toetsen, onder voorbehoud van een verdere marktraadpleging, welke bestemming zou kunnen gegeven worden aan Delwaidedok indien de MSC trafieken Deurganckdok zouden aandoen.
[...].”

3.3. In uitvoering van voormelde beslissing van 2 december 2013 vraagt de verwerende partij bij brief van 4 december 2013 aan potentieel geïnteresseerde marktpartijen – zijnde enerzijds, alle concessionarissen in de haven van Antwerpen, waaronder de tweede verzoekende partij, en, anderzijds “een zo ruim mogelijke, ook internationale groep van havenbedrijven, shipping lines en havenoperatoren” – het volgende:

“Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen, bij monde van haar raad van bestuur van 2 december 2013, heeft kennis genomen van de wens van MSC en de P3-partners, een samenwerkingsverband van 3 rederijen, om van Antwerpen haar hubhaven voor Noord West Europa te willen maken. Dit zal tot gevolg hebben dat op vrij korte termijn belangrijke capaciteit van het Deurganckdok ten behoeve van MSC en de P3-partners zou moeten kunnen worden aangesproken welke het Deurganckdok biedt als volcontainerdok.

Vooraleer ter zake de nodige beslissingen te nemen wenst het GHA echter te vernemen of er zich thans nog andere gelijkwaardige opportuniteiten zouden voordoen, die door de facilitering van MSC en de P3-partners zouden worden mislopen, dan wel die onverenigbaar zouden zijn met de facilitering van MSC en de P3-partners.

Om deze reden wordt gevraagd om ons op korte termijn, en uiterlijk tegen 20 december 2013, mee te delen of er concrete opportuniteiten zijn die in het vooruitzicht kunnen gesteld worden die nopen tot reservatie van het Deurganckdok hiervoor.

Dit schrijven houdt geen enkel engagement in hoofde van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen in, en heeft tot doel om met kennis van zaken, in het algemeen havenbelang, de nodige beslissingen te kunnen nemen.”

Diverse aangeschreven marktpartijen reageren op voormelde markttoetsing; sommigen daarvan, zijnde de ondernemingen “DP World (Antwerp Gateway), MSC/TIL, Maersk, CMA/CGM, PSA Antwerp, APM Terminals en Zuid Natie” worden op hun eigen verzoek ook ontvangen door de verwerende partij.

De tweede verzoekende partij antwoordt bij brief van 20 december 2013 dat zij de inhoud van de brief van 4 december 2013 niet begrijpt. In essentie verbaast het haar dat haar opinie wordt gevraagd over een eventuele commerciële relatie tussen, enerzijds, de concessionarissen die het Deurganckdok uitbaten en, anderzijds, MSC en de P3-partners. Zij vraagt zich dan ook af wat de werkelijke bedoeling is van voormeld schrijven. Zij verzoekt de verwerende partij hierover verduidelijking te verschaffen. De verwerende partij antwoordt niet op deze brief.

3.4. Op 10 februari 2014 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij het volgende:

“[...]

MOTIVATIE

Op grond van het voorgaande is het GHA van oordeel dat de aangeboden opportuniteit vanwege MSC en de P3-partners zeker verder moet weerhouden worden en dat machtiging verleend dient te worden aan het directiecomité om mede in het licht van de resultaten van de markttoetsing, verder besprekingen te voeren met de diverse betrokken stakeholders – hierbij rekening houdend met het algemeen havenbelang en de belangen van de diverse stakeholders – teneinde na te gaan op welke wijze de gecommuniceerde opportuniteit van MSC en de P3-partners binnen de vooropgestelde timing kan geaccommodeerd worden in de haven van Antwerpen (cq. het Deurganckdok).

Uitdrukkelijk wordt hierbij ook benadrukt dat rekening houdend met de weerhouden opportuniteit, het GHA haar principes inzake het behouden/mogelijk maken van haveninterne concurrentie en optimaal ruimtegebruik zal blijven handhaven en nastreven. Hoofdzakelijk, doch niet uitsluitend, zal het GHA de verdere naleving en uitwerking van deze principes o.m. benaastigen door middel van het concessiebeleid.

De gelijke concurrentie en stimulans die te vinden is in het instrument van de tonnenmaatverplichtingen zal daarbij als randvoorwaarde blijvend gehanteerd worden.

BESLUIT: de raad van bestuur beslist

artikel 1: kennis te nemen van de resultaten, van de in het kader van het besluit van de raad van bestuur van 2 december 2013, uitgevoerde markttoetsing

artikel 2: gelet op het ontbreken van concrete evenwaardige alternatieven, het directiecomité, met mogelijkheid van subdelegatie, te machtigen om, mede in het licht van de resultaten van de markttoetsing, besprekingen te voeren met de diverse betrokken stakeholders – hierbij rekening houdend

met het algemeen havenbelang en de belangen van de diverse stakeholders – teneinde na te gaan op welke wijze de gecommuniceerde opportuniteit van MSC en de P3-partners kan geaccommodeerd worden in de haven van Antwerpen (cq. het Deurganckdok)

artikel 3: in het kader van een transparant beleid de opdracht te geven aan PATR een afschrift van dit besluit over te maken aan de bedrijven die gereageerd hebben op de markttoetsing”.

Dit is de bestreden beslissing, waarvan bij brief van 11 februari 2014 een afschrift werd overgemaakt aan alle bedrijven die hebben gereageerd op de markttoetsing.

3.5. Op 12 mei 2014 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij “gelet op de unieke opportuniteit van MSC/P3, in te stemmen met de overdracht van de bestaande concessie op de westzijde van het Deurganckdok aan de nieuwe joint venture ‘PSA DGD’ overeenkomstig de voorwaarden van de huidige concessie van PSA Antwerp op dit terrein, behoudens de hierna vermelde afwijkingen”, onder meer wat de tonnenmaatverplichtingen betreft.

Tevens beslist de raad van bestuur op diezelfde datum “het gedeelte van de concessie van Antwerp Gateway op de oostzijde van het Deurganckdok met een oppervlakte van ca. 380.361m² + ca. 23.713m² uit de concessie van Antwerp Gateway te lichten” en het gedeelte van ca. 380.361m² op de oostzijde van het Deurganckdok, aldus voorheen behorende tot de concessie van de nv Antwerp Gateway, in concessie te geven aan de joint venture PSA DGD, met mogelijkheid van subconcessie aan MPET als tijdelijk accessorium van de concessie van de westzijde van het Deurganckdok, voor een duurtijd van 7 jaar, en “de oppervlakte van 23.713m² [...] aan de tijdelijke en voorwaardelijke concessie van PSA DGD [toe te voegen] van zodra de voortgang van de werken aan de Deurganckdoksluis dit toelaat”.

De verwerende partij zet in haar memorie van antwoord en laatste memorie uiteen dat inmiddels de P3-samenwerking is afgesprongen doch vervangen door een nieuw samenwerkingsverband, genaamd 2M, gevormd tussen

MSC en Maersk. Zij wijst in dit verband op een beslissing van de raad van bestuur van de verwerende partij van 15 december 2014 “waarbij het GHA heeft vastgesteld dat de uitgangspunten van de beslissingen van 12 mei 2014 onverkort kunnen worden gehandhaafd in het kader van de 2M-samenwerking” en tevens heeft “beslist tot een aantal begeleidende maatregelen om de tijdelijkheid en voorwaardelijkheid van de concessie van PSA DGD nv op de zuidoostzijde van het Deurganckdok beter te laten aansluiten op de actuele en toekomstige behoeften van Antwerp Gateway”.

Op 8 juli 2014 stellen onder meer de huidige verzoekende partijen een beroep tot nietigverklaring in tegen de voormelde beslissingen van de verwerende partij van 12 mei 2014. Deze beroepen zijn bij de Raad van State gekend onder de rolnummers A.213.027/XII-7703 en A.213.028/XII-7704.

IV. Heropening van het debat

4. Met het oog op een goede rechtsbedeling is het passend het debat te heropenen teneinde voorliggend beroep samen te behandelen met de voormelde beroepen tot nietigverklaring ingesteld tegen de beslissingen van 12 mei 2014 van de raad van bestuur van de verwerende partij.

BESLISSING

Het debat wordt heropend.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 maart 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest