



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. KOKOTT
fremsat den 18. april 2013¹

Sag C-115/12 P

**Den Franske Republik
mod**

Europa-Kommissionen

»Appel — strukturfonde — Den Europæiske Fond for Regionaludvikling (EFRU) — EU's strukturintervention i regionen Martinique i Frankrig — reduktion af den finansielle støtte — artikel 2 i direktiv 93/37/EØF — offentlige indkøb — samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter — direkte tilskud til en byggekontrakt, der er indgået af et privat organ — sportsanlæg, rekreative anlæg og anlæg til fritidsformål — arbejde med henblik på renovering og udvidelse af et privatdrevet hotelområde«

I – Indledning

1. Under hvilke omstændigheder skal det offentlige underkaste private parter byggeprojekter, som det offentlige i væsentligt omfang giver finansiell støtte til eller fremmer, en udbudsprocedure i henhold til EU-retten om offentlige kontrakter? I den foreliggende appelsag, der vedrører anvendelse af penge fra en af de europæiske strukturfonde, skal Domstolen tage stilling til dette juridiske spørgsmål, der hidtil i vidt omfang har været uafklaret.

2. Baggrunden for retstvisten er et privat byggeprojekt fra 2003 i den franske region Martinique, hvor et ferieanlæg, der blev drevet af et privat selskab, skulle renoveres og udvides. Det offentlige ydede tilskud på mere end 50% til dette byggeprojekt, bl.a. også med midler fra den Den Europæiske Fond for Regionaludvikling (EFRU).

3. Da det viste sig, at omtalte byggeprojekt var blevet gennemført, uden at der forinden var gennemført en udbudsprocedure i henhold til EU-retten om offentlige kontrakter, vedtog Europa-Kommissionen ved beslutning K(2010) 5229 af 28. juli 2010 at ophæve EFRU's finansielle støtte til dette projekt² (herefter »den omtvistede beslutning«). Kommissionen påberåbte sig i denne forbindelse princippet om, at der kun må gives støtte fra de europæiske strukturfonde til projekter, der er i overensstemmelse med Fællesskabets politikker, bl.a. inden for området for offentlige kontrakter. Siden da har Frankrig og Kommissionen været uenige om, hvorvidt reglerne om offentlige kontrakter i forbindelse med de byggearbejder, der foretages med henblik på renovering og udvidelse af det private ferieanlæg, virkelig kræver, at der gennemføres en udbudsprocedure.

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Beslutning K(2010) 5229 fra Europa-Kommissionen af 28.7.2010 om ophævelse af en del af den støtte, som oprindeligt var tildelt fra Den Europæiske Fond for Regionaludvikling (EFRU) i henhold til enhedsprogrammeringsdokumentet for mål nr. 1 for en EF-strukturintervention i regionen Martinique i Frankrig.

4. Det afgørende i denne forbindelse er, om det pågældende ferieanlæg i udbudsretlig henseende kan henføres til kategorien »sportsanlæg, rekreative anlæg og anlæg til fritidsformål«. Navnlig med hensyn til sådanne anlæg skal bestemmelserne om offentlige kontrakter nemlig overholdes, selv hvis private parter tildeles opgaven at bygge dem; dette gælder, såfremt det offentlige yder direkte tilskud på mere end 50% til det pågældende projekt.

5. Spørgsmålet er desuden, om skattelettelser også kan anses for direkte tilskud som omhandlet i de relevante bestemmelser.

II – Retsregler

6. De relevante retsregler i den foreliggende sag er indeholdt i direktiv 93/37/EØF³. Artikel 2 i dette direktiv var affattet således⁴:

»1. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at de ordregivende myndigheder overholder eller sørger for, at bestemmelserne i dette direktiv bliver overholdt, når de yder direkte tilskud på mere end 50% til en bygge- og anlægskontrakt, som indgås af andre end dem selv.

2. Stk. 1 vedrører kun kontrakter, der falder ind under klasse 50, gruppe 502, i den systematiske fortegnelse over økonomiske aktiviteter i De Europæiske Fællesskaber (NACE), og kontrakter, der vedrører opførelse af hospitaler, sportsanlæg, rekreative anlæg, anlæg til fritidsformål, skole- og universitetsbygninger og bygninger til administrative formål.«

7. Supplerende skal der henvises til artikel 1, litra a), i direktiv 93/37, der har følgende ordlyd:

»I dette direktiv forstås ved

a) »offentlige bygge- og anlægskontrakter«, gensidigt bebyrdende kontrakter, som indgås skriftligt mellem en entreprenør på den ene side og en ordregivende myndighed som defineret under litra b) på den anden side, og som til genstand har enten udførelse eller både udførelse og projektering af arbejder [...] eller bygge- og anlægsarbejde som defineret under litra c) eller ved [...] at lade et bygge- og anlægsarbejde udføre, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov.«

8. Bestemmelserne i direktiv 93/37 finder anvendelse på det foreliggende tilfælde gennem en henvisning i artikel 12 i forordning (EF) nr. 1260/1999, der indeholder generelle bestemmelser om EU's strukturfonde⁵. I denne forskrift, der har overskriften »Forenelighed«, bestemmes følgende:

»Operationer, der medfinansieres af fondene eller af EIB eller et andet finansielt instrument, skal være forenelige med traktaten og de retsakter, der er udstedt i henhold til denne, samt med Fællesskabets politikker og aktioner, herunder dem, der vedrører konkurrencereglerne, offentlige udbud, beskyttelse og forbedring af miljøet, fjernelse af uligheder og fremme af ligestilling mellem mænd og kvinder.«

3 — Rådets direktiv af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54). Dette direktiv er i mellemtiden blevet ophævet og afløst af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 134, s. 114), der skulle gennemføres senest den 31.1.2006. I det foreliggende tilfælde er det direktiv 93/37, der skal anvendes, da bevillingen af EFRU-støtten til byggeprojektet vedrørende renovering og udvidelse af ferieanlægget »Les Boucaniers« i tidsmæssig henseende falder ind under anvendelsesområdet for dette direktiv.

4 — En i det væsentlige identisk bestemmelse er nu indeholdt i artikel 8 i direktiv 2004/18, hvorefter denne regel ikke blot anvendes på bygge- og anlægskontrakter, men også på tjenesteydelseskontrakter; i begge tilfælde dog kun, når kontrakterne overstiger bestemte finansielle grænseværdier.

5 — Rådets forordning af 21.6.1999 om vedtagelse af generelle bestemmelser for strukturfondene (EFT L 161, s. 1).

III – Baggrunden for retstvisten

9. I den franske region Martinique driver selskabet Société martiniquaise des villages de vacances (herefter »SMVV«) Club Méditerranées ferieanlæg »Les Boucaniers«. I 2003 besluttede SMVV at renovere og udvide dette anlæg. Byggearbejderne blev anslået til en værdi af ca. 49,98 mio. EUR.

10. Til dette projekt bevilgede regionen Martinique tilskud på ca. 2,5 mio. EUR. Desuden bevilgede den franske stat skattefordele på ca. 16,69 mio. EUR⁶. Ved beslutning K(2004) 4142 af 18. oktober 2004 fastsatte Europa-Kommissionen på sin side EFRU's finansielle støtte til 12,46 mio. EUR, hvilket svarer til 24,93% af de samlede omkostninger ved projektet, der kan ydes tilskud til.

11. Efter en kontrol i 2007 kritiserede Revisionsretten imidlertid Kommissionens bevilling af midlerne fra EFRU, da der i strid med artikel 2 i direktiv 93/37 ikke var blevet gennemført en udbudsprocedure for byggearbejderne med henblik på renovering og udvidelse af ferieanlægget »Les Boucaniers«, selv om der blev ydet offentlige tilskud på i alt 63,33% til projektet.

12. Revisionsrettens kritik gav anledning til en længere skriftveksling og førte i sidste ende til, at Kommissionen ved den omtvistede beslutning af 28. juli 2010 vedtog helt at ophæve EFRU's støtte til projektet vedrørende renovering og udvidelse af ferieanlægget »Les Boucaniers«. Da der var ydet tilskud til dette bygge- og anlægsprojekt som en del af en enhedsprogrammering for en EF-strukturintervention i regionen Martinique⁷, førte denne beslutning fra Kommissionen teknisk set til en tilsvarende reduktion af strukturinterventionens samlede omfang i den pågældende region.

13. Den 11. oktober 2010 anlagde Frankrig sag med påstand om annullation af den omtvistede beslutning, men Frankrig tabte sagen i første instans. I sin dom af 16. december 2011⁸ (herefter også »den appellerede dom«) afviste Retten Frankrigs påstand som værende ugrundet og tilpligtede Frankrig at betale sagens omkostninger.

IV – Sagsforløbet for Domstolen

14. Ved stævning af 1. marts 2012 iværksatte Den Franske Republik nærværende appel af Rettens dom. Den har nedlagt følgende påstande:

- Dommen afsagt af Den Europæiske Unions Ret af 16. december 2011 i sag T-488/10, Frankrig mod Kommissionen, ophæves i det hele.
- Der træffes endelig afgørelse i sagen, idet Kommissionens beslutning K(2010) 5229 af 28. juli 2010 annulleres, eller sagen hjemvises til Retten.

15. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Andet led af appellansens første anbringende og første led af appellansens tredje anbringende afvises eller subsidiært forkastes, og appellen forkastes.
- Det tilpligtes appellanten at betale sagens omkostninger.

16. Der er indgivet skriftlige indlæg for Domstolen, og der blev afholdt retsmøde den 11. marts 2013.

6 — Disse skattebegunstigelser bygger på artikel 199-j B I i den franske Code général des impôts (den almindelige skattelov).

7 — Ved beslutning K(2000) 3493 af 21.12.2000 havde Kommissionen for 2000-2006 bevilget støtte på op til 17,15 mio. EUR fra EFRU i henhold til enhedsprogrammeringsdokumentet for mål nr. 1 for en EF-strukturintervention i regionen Martinique i Frankrig.

8 — Rettens dom af 16.12.2011, sag T-488/10, Frankrig mod Kommissionen, EU:T:2011:767.

V – Bedømmelse af appellen

17. Til støtte for sin appel har Frankrig til prøvelse af Rettens dom fremsat i alt tre anbringender, der for det første vedrører begrebet direkte tilskud samt begrebet sportsanlæg, rekreative anlæg og anlæg til fritidsformål som omhandlet i artikel 2 i direktiv 93/37 (det første og det tredje anbringende), og for det andet en påstået forvanskning af de faktiske omstændigheder samt en ulovlig ændring af begrundelsen for den omtvistede beslutning (det andet anbringende). I det følgende undersøger jeg indledningsvis det andet anbringende, og derefter behandler jeg det første og det tredje anbringende.

A – Det andet anbringende: den hævdede forvanskning af den omtvistede beslutning og ændring af begrundelsen for beslutningen

18. Med det andet anbringende har Frankrig gjort indsigelse mod præmis 43, andet punktum, i den anfægtede dom. I denne passage af dommen fastslår Retten, at Kommissionen lod det samlede formål med ferieanlægget være afgørende, da den undersøgte projektet vedrørende komplet renovering af ferieanlægget »Les Boucaniers« i den omtvistede beslutning⁹.

19. Ifølge Frankrig har Retten forvansket den omtvistede beslutning på dette punkt og ændret begrundelsen for beslutningen. Frankrig er af den opfattelse, at Kommissionen i den omtvistede beslutning netop ikke tog afsæt i det samlede formål med ferieanlægget, men derimod udelukkende i karakteren af de arbejder, der blev gennemført. Frankrig har i denne forbindelse navnlig støttet sig til 31. og 32. betragtning til den omtvistede beslutning.

20. I henhold til fast retspraksis kan Retten og Domstolen inden for rammerne af et annullationssøgsmaal under ingen omstændigheder sætte deres egen begrundelse i stedet for den, udstederen af den anfægtede retsakt har angivet¹⁰. De kan heller ikke forvanske indholdet af retsakten¹¹.

21. Reelt går påstanden om forvanskning af den omtvistede beslutning og om ændring af begrundelsen for beslutningen i sidste ende i samme retning. Det påstås i hvert fald, at Retten har »indfortolket« noget i den omtvistede beslutning, som den faktisk ikke indeholder. Begge påstande kan derfor bedømmes under ét.

22. På mig virker det, som om Kommissionen ikke har bekendt kulør særlig klart i den omtvistede beslutning. Ganske vist er det centrale i 31. og 32. betragtning til den pågældende beslutning de enkelte bygge- og anlægsarbejder i forbindelse med renovering og udvidelse af ferieanlægget »Les Boucaniers«. Dette har Frankrig med rette påpeget. Samtidig siges det imidlertid også i den omtvistede beslutning, at projektet er en »enhed« eller et »samlet projekt« (28. og 31. betragtning til den omtvistede beslutning).

9 — På processproget lyder præmis 43 i den anfægtede dom således: »Il convient de rappeler que, afin d'examiner si les marchés de travaux en cause portaient sur des travaux de bâtiment relatifs aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs au sens de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/37, il y a lieu de se baser sur la vocation d'ensemble du club Les Boucaniers et non sur les travaux entrepris. À cet égard, il convient de relever que, en examinant, dans la décision attaquée, le projet consistant en une rénovation complète du club Les Boucaniers, la Commission a analysé l'applicabilité de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/37 en ce sens.«

10 — Dom af 27.1.2000, sag C-164/98 P, DIR International Film m.fl. mod Kommissionen, »DIR«, Sml. I, s. 447, præmis 38 og 49, af 1.6.2006, forenede sager C-442/03 P og C-471/03 P, P&O European Ferries (Vizcaya) og Diputación Foral de Vizcaya mod Kommissionen, Sml. I, s. 4845, præmis 60 og 67, af 22.12.2008, sag C-487/06 P, British Aggregates mod Kommissionen, Sml. I, s. 10515, præmis 141, og af 24.1.2013, sag C-73/11 P, Frucona Košice mod Kommissionen, præmis 89.

11 — I henhold til fast praksis undersøger Domstolen i appelsager, om Retten har forvansket faktiske omstændigheder eller bevismidler (jf. bl.a. dom af 18.1.2007, sag C-229/05 P, PKK og KNK mod Rådet, Sml. I, s. 439, præmis 35 og 37, af 18.7.2007, sag C-326/05 P, Industrias Químicas del Vallés mod Kommissionen, Sml. I, s. 6557, præmis 57, og af 9.6.2011, forenede sager C-71/09 P, C-73/09 P og C-76/09 P, Comitato »Venezia vuole vivere« mod Kommissionen, Sml. I, s. 4727, præmis 152 og 153).

23. På baggrund heraf er det ikke udelukket, at Kommissionen i forbindelse med sin beslutning – ud over at tage hensyn til karakteren af de udførte arbejder – også tog hensyn til det samlede formål med ferieanlægget »Les Boucaniers«. Den omtvistede beslutning kan i hvert fald fortolkes i denne retning, og det kan derfor i sidste ende ikke påstås, at Retten har forvansket beslutningen¹² eller har ændret begrundelsen for beslutningen ved sin fortolkning.

24. Det følger heraf, at det andet anbringende må forkastes.

B – *Det første anbringende: begrebet direkte tilskud som omhandlet i artikel 2, stk. 1, i direktiv 93/37*

25. Med det første anbringende påstår Frankrig, at Retten har misforstået begrebet direkte tilskud som omhandlet i artikel 2, stk. 1, i direktiv 93/37.

26. Baggrunden for denne kritik er, at den støtte, som den franske stat har ydet til renovering og udvidelse af ferieanlægget »Les Boucaniers«, ikke er givet i form af penge, men derimod som skattelettelser, der desuden – ifølge Frankrig – ikke er bevilget selskabet Club Méditerranée som ejer af ferieanlægget eller SMVV som bygherre, men derimod de fysiske personer, der som deltagere i et privat *société en nom collectif*¹³ havde investeret i dette byggeprojekt¹⁴.

27. Frankrig har bestridt, at sådanne skattelettelser kan anses for »direkte tilskud« i henhold til artikel 2, stk. 1, i direktiv 93/37 – dels fordi de ikke har karakter af støtte, dels fordi de ikke medfører direkte tilskud. Undersøgelsen bør indledes med at se på sidstnævnte synspunkt.

1. Udtrykket »direkte« tilskud (det første anbringendes andet led)

28. Det første anbringendes andet led vedrører begrebet »direkte tilskud« som omhandlet i artikel 2, stk. 1, i direktiv 93/37 og er specielt rettet mod præmis 36 og 37 i den anfægtede dom. Frankrig mener, at Retten begik en retlig fejl, da den anså skattelettelserne for bygge- og anlægskontrakten for direkte tilskud, selv om skattelettelserne hverken blev indrømmet bygherren eller ejeren af ferieanlægget »Les Boucaniers«, men derimod deltagerne i et privat *société en nom collectif*.

a) Formaliteten

29. Kommissionen mener, at dette led af første anbringende skal afvises, idet der efter dens opfattelse sættes spørgsmålstejn ved Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder og bevismidlerne og fremsættes nye argumenter, som Frankrig ikke gjorde gældende i første instans.

30. Jeg finder ikke denne indvending overbevisende.

12 — Jf. i denne retning – angående et dokument, der kunne fortolkes på flere måder – dom af 10.2.2011, sag C-260/09 P, Activision Blizzard Germany mod Kommissionen, Sml. I, s. 419, præmis 54.

13 — Et *société en nom collectif* (SNC) i henhold til fransk ret er et handelselskab, i hvilket selskabsdeltagerne hæfter personligt med hele deres formue.

14 — Kommissionen har derimod fremhævet, at skattelettelserne for selve det pågældende *société en nom collectif* blev bevilget til det omtvistede byggeprojekt.

31. Med sin kritik sigter Frankrig *ikke* mod at drage Rettens konstateringer af de faktiske forhold i tvivl for så vidt angår spørgsmålet om, hvem der er den begunstigede i forhold til skattelettelserne, og sådanne konstateringer blev da heller ikke foretaget i den anfægtede dom. Frankrig kritiserer derimod for det første Rettens fortolkning af artikel 2, stk. 1, i direktiv 93/37 og for det andet kvalificeringen af de skattelettelser, der blev ydet konkret, som »direkte tilskud«. Det er dermed i sidste ende Rettens juridiske kvalificering af de faktiske omstændigheder, der skal efterprøves, og det følger af fast praksis, at Domstolen har kompetence til at foretage en sådan undersøgelse i appelsager¹⁵.

32. I modsætning til hvad Kommissionen mener, har det ingen betydning, om Frankrig allerede under proceduren i første instans fremførte noget specifikt om problemet »direkte« tilskud. Det står nemlig fast, at Retten beskæftigede sig med dette spørgsmål i præmis 36 og 37 i den anfægtede dom. Disse angivelser fra Retten skal kunne efterprøves under appellen. Retspraksis anerkender, at Domstolen under en appel har kompetence til at tage stilling til den retlige afgørelse, der er blevet truffet vedrørende de anbringender, der er blevet behandlet i første instans¹⁶.

33. Det er muligt, at Frankrig under sagen i første instans endnu ikke fremførte, at der ikke er tale om direkte tilskud til *bygherren* eller *ejeren* af ferieanlægget, idet skattelettelserne blev bevilget private deltagere i et *société en nom collectif*. Hvad dette angår er det imidlertid nok at henvise til, at parterne har ret til at uddybe deres argumenter i løbet af retstvisten, alene under forbehold af, at de ikke ændrer sagens genstand, således som den har foreligget for Retten¹⁷. I det foreliggende tilfælde er der på ingen måde grund til at frygte, at der sker en sådan ændring af sagens genstand, eftersom parterne allerede diskuterede spørgsmålet om direkte tilskud som sådant under første instans.

34. Følgelig skal det første anbringendes andet led antages til realitetsbehandling.

b) Realiteten

35. Indholdsmæssigt set er Frankrigs argument imidlertid ikke overbevisende.

36. Allerede ordlyden i artikel 2, stk. 1, i direktiv 93/37 viser, at det afgørende for, om der foreligger »direkte tilskud«, ikke er, *hvilke personer* der får bevilget offentlig støtte. Det er derimod tilstrækkeligt til at kunne anvende artikel 2, stk. 1, i direktiv 93/37, at der til *den bygge- og anlægskontrakt*, som indgås af andre end en ordregivende myndighed, ydes direkte tilskud fra en eller flere ordregivende myndigheder på mere end 50%. Begrebet direkte tilskud er med andre ord ikke forbundet med en bestemt person, men med et bestemt objekt.

37. Den meget snævre fortolkning af begrebet »direkte« tilskud, som Frankrig gør sig til talsmand for, ville gøre det alt for let at omgå artikel 2 i direktiv 93/37. En ordregivende myndighed ville kunne frigøre sig fra sine forpligtelser i henhold til direktivet ved at undlade at give bygherren eller ejeren af en byggegrund tilskud til det pågældende byggeprojekt og i stedet give tilskuddene til personer, der økonomisk set er forbundet med disse parter.

15 — Dom af 1.6.1994, sag C-136/92 P, Kommissionen mod Brazzelli Lualdi m.fl., Sml. I, s. 1981, præmis 49, af 21.9.2006, sag C-167/04 P, JCB Service mod Kommissionen, Sml. I, s. 8935, præmis 106, af 16.7.2009, sag C-440/07 P, Kommissionen mod Schneider Electric, Sml. I, s. 6413, præmis 191, og af 19.7.2012, sag C-337/09 P, Rådet mod Zhejiang Xian Chemical Industrial Group, præmis 55.

16 — Dommen i sagen Kommissionen mod Brazzelli Lualdi m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 59, dom af 11.12.2008, sag C-295/07 P, Kommissionen mod Département du Loiret, Sml. I, s. 9363, præmis 95, og af 16.11.2011, sag C-548/09 P, Bank Melli Iran mod Rådet, Sml. I, s. 11381, præmis 122.

17 — Dom af 20.10.1994, sag C-76/93 P, Scaramuzza mod Kommissionen, Sml. I, s. 5173, præmis 18, dommen i sagen PKK og KNK mod Rådet, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 64, dom af 15.4.2010, sag C-485/08 P, Gualtieri mod Kommissionen, Sml. I, s. 3009, præmis 37, og af 18.11.2010, sag C-322/09 P, NDSHT mod Kommissionen, Sml. I, s. 11911, præmis 41.

38. Det var derfor helt korrekt, da Retten i præmis 36 og 37 i den anfægtede dom anså det for afgørende, om der var ydet direkte tilskud til *projektet* som omhandlet i artikel 2 i direktiv 93/37, og ikke f.eks. om tilskuddet specifikt var blevet bevilget bygherren eller ejeren af ferieanlægget »Les Boucaniers«.

c) Foreløbig konklusion

39. Det første anbringendes andet led skal følgelig ganske vist antages til realitetsbehandling, men det er ugrundet.

2. Begrebet »tilskud« (det første anbringendes første led)

40. Det første anbringendes første led angår begrebet tilskud som omhandlet i artikel 2, stk. 1, i direktiv 93/37 og er rettet specielt mod præmis 24-35 i den anfægtede dom. Frankrig er af den opfattelse, at skattelettelse ikke kan anses for tilskud i henhold til denne bestemmelse.

41. Begrebet tilskud defineres ikke nærmere i direktiv 93/37. Ligesom talrige andre ubestemte retsbegreber kan dette begreb også have forskelligt indhold alt efter, hvilket delområde af EU-retten, der er berørt. Således omfatter begrebet tilskud i bestemmelserne om beskyttelse af det indre marked i EU mod subsidieret indførsel fra tredjelande udtrykkeligt også skattelettelse¹⁸. Derimod omfattes skattelettelse i konkurrenceretten ganske vist af det brede begreb »statsstøtte«¹⁹, men ikke af det snævrere begreb »tilskud«²⁰; i konkurrenceretten dækker sidstnævnte begreb kun direkte tilskud.

42. For at fastlægge indholdet af artikel 2 i direktiv 93/37, skal det ved en fortolkning selvstændigt fastslås, hvilken betydning begrebet tilskud i denne bestemmelse har.

43. Der er ingen tvivl om, at både formålene med artikel 2 i direktiv 93/37 og den lovgivningssammenhæng, som denne bestemmelse indgår i, i sig selv taler for en bred fortolkning af begrebet tilskud, der ikke nødvendigvis udelukkende omfatter direkte ydelser fra det offentlige, men derimod også andre støtteforanstaltninger som f.eks. de skattelettelse, der er tale om her. Dette har Retten korrekt påpeget i sin dom²¹.

44. Fortolkningen af artikel 2 i direktiv 93/37 må imidlertid ikke udelukkende støtte sig til formålene med denne bestemmelse og den lovgivningssammenhæng, den indgår i, men skal derimod også inddrage bestemmelsens tilblivelseshistorie. Navnlig på grund af tilblivelseshistorien mener jeg, at Retten har draget de forkerte konklusioner i den foreliggende sag.

18 — Artikel 3 i Rådets forordning (EF) nr. 597/2009 af 11.6.2009 om beskyttelse mod subsidieret indførsel fra lande, der ikke er medlemmer af Det Europæiske Fællesskab (EFT L 188, s. 93).

19 — Således præciseres det allerede i dom af 2.7.1974, sag 173/73, Italien mod Kommissionen, Sml. s. 709, præmis 28, at en foranstaltning eventuelle fiskale karakter ikke er tilstrækkelig til at bringe den uden for anvendelsesområdet i artikel 107 TEUF (tidligere artikel 92 i EØF-traktaten); jf. desuden dom af 17.11.2009, sag C-169/08, Presidente del Consiglio dei Ministri, Sml. I, s. 10821, præmis 58 og 66.

20 — Det forhold, at begrebet tilskud er snævrere end begrebet statsstøtte, fremgår bl.a. af dom af 23.2.1961, sag 30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 211, org.ref.: Rec. s. 3, af 14.9.2004, sag C-276/02, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 8091, præmis 24, og af 8.9.2011, sag C-279/08 P, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 7671, præmis 86.

21 — Jf. navnlig præmis 32 og 33 i den anfægtede dom.

45. Den regulering, der er omfattet af artikel 2 i direktiv 93/37, blev ved artikel 1a i direktiv 71/305/EØF²² som affattet i direktiv 89/440/EØF²³ for første gang indført i europæisk ret om offentlige bygge- og anlægskontrakter²⁴.

46. Det er bemærkelsesværdigt, at både Kommissionen og Europa-Parlamentet i forbindelse med artikel 1a i direktiv 71/305 oprindeligt gik ind for en meget bred formulering, der ikke var begrænset til at omfatte direkte tilskud. Således foreslog Kommissionen, at artikel 1a skulle omfatte samtlige former for direkte eller indirekte finansiering af bygge- og anlægskontrakter²⁵. Det standpunkt vedrørende artikel 1a, som Parlamentet vedtog under førstebehandlingen, gik også ud fra dette meget brede begreb »finansiering«. Dette standpunkt indeholdt endda en definition af begrebet finansiering, der ud over offentlige tilskud udtrykkeligt også omfattede bevilling af skattefordele²⁶.

47. Den affattelse af artikel 1a i direktiv 71/305, som Rådet i sidste ende vedtog, henviser imidlertid ikke mere generelt til finansiering af bygge- og anlægskontrakter, men er begrænset til udelukkende at nævne direkte tilskud til sådanne kontrakter fra ordregivende myndigheders side.

48. Dermed besluttede Rådet, der dengang var fællesskabslovgiveren – imod Kommissionens forslag og Parlamentets standpunkt under førstebehandlingen – at artikel 1a i direktiv 71/305 skulle formuleres snævert og således, at man undgår begrebet »finansiering« og begrænser sig til reglen om ordregivende myndigheders direkte tilskud på mere end 50% til bygge- og anlægskontrakter.

49. Der følger heller ikke noget andet af den fælles erklæring fra Rådet og Kommissionen, der blev vedlagt Rådets protokol i anledning af vedtagelsen af artikel 1a i direktiv 71/305. I denne erklæring bekræftes det ganske vist, at »alle forskellige former for direkte tilskud« skal omfattes af artikel 1a²⁷. I den fælles erklæring findes der derimod ikke nogen holdepunkter for, at der ud over de direkte tilskud også skulle inddrages andre fordele som f.eks. skattelettelser under anvendelsesområdet for artikel 1a, eller at sådanne skattelettelser på deres side skulle anses for direkte tilskud, sådan som Kommissionen har hævdet under proceduren for Domstolen.

50. På baggrund heraf er Rettens²⁸ og Kommissionens retsopfattelse, hvorefter henvisningen til direkte tilskud i artikel 1a i direktiv 71/305 »klart og udelukkende« har til formål at undtage indirekte tilskud og ikke ellers at begrænse anvendelsesområdet for denne bestemmelse, ikke ret overbevisende. På denne måde kan det ikke forklares, hvorfor Rådet indsnævrede bestemmelsens ordlyd specifikt til »tilskud« og ikke ville holde fast i begrebet »finansiering«, der blev anvendt oprindeligt, og som var meget mere generelt.

22 — Rådets direktiv af 26.7.1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 185, s. 5).

23 — Rådets direktiv af 18.7.1989 om ændring af direktiv 71/305/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 210, s. 1).

24 — I den anfægtede dom tales der ukorrekt om artikel 1a i direktiv 89/440; i virkeligheden er der tale om artikel 1a i direktiv 71/305 som affattet i direktiv 89/440.

25 — I Kommissionens forslag til Rådets direktiv om ændring af direktiv 71/305/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (KOM(86) 679 endelig) var bestemmelsen stadig nummereret som artikel 2 a, og dens stk. 1 var affattet således: »Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger med henblik på, at bestemmelserne i dette direktiv overholdes, når investeringer vedrørende bygge- og anlægskontrakter, som indgås af andre organer end de i artikel 1, litra b), definerede, direkte eller indirekte, helt eller delvis finansieres med offentlige midler.«

26 — Ved førstebehandlingen gik Europa-Parlamentet ind for følgende formulering, der på daværende tidspunkt stadig var benævnt artikel 2a i direktiv 71/305 (EFT 1988 C 167, s. 65): »Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger med henblik på, at bestemmelserne i dette direktiv overholdes, når investeringer vedrørende bygge- og anlægskontrakter, som indgås af andre organer end de i artikel 1, litra b), definerede, i overvejende grad finansieres med midler fra de i artikel 1, litra b), første led, omhandlede ordregivende myndigheder. Ved finansiering forstås [...] offentlig støtte [...] rentetilskud til bevilgede lån [...] skattelettelser [...] særlig gunstige betingelser i forbindelse med fast ejendom.«

27 — Protokolerklæringen lyder således: »Rådet og Kommissionen bekræfter, at der ved anvendelsen af artikel 1 a i videst muligt omfang skal tages hensyn til alle forskellige former for direkte tilskud – herunder fællesskabstilskud – for de pågældende byggekontrakter.« [O.a.:Domstolens oversættelse].

28 — Den anfægtede dom, præmis 35 in fine.

51. Henset til denne tilblivelseshistorie kan begrebet direkte tilskud i artikel 2 i direktiv 93/37, der afløste artikel 1a i direktiv 71/305 men har samme indhold som denne, næppe forstås så bredt, at den selv også omfatter skattelettelser. Der er ingen holdepunkter for at antage, at lovgiver ville give begrebet tilskud en så bred betydning.

52. Retten begik således en retlig fejl, da den på trods af den ovenfor beskrevne tilblivelseshistorie bag artikel 2 i direktiv 93/37 også henførte rene skattelettelser under anvendelsesområdet for artikel 1a.

53. Det følger heraf, at det første anbringendes første led kan tages til følge. Allerede af denne grund er det berettiget at ophæve den anfægtede dom. Hvis de skattelettelser, som den franske stat har ydet til renovering og udvidelse af ferieanlægget »Les Boucaniers«, således ikke medregnes, falder andelen af direkte tilskud fra det offentlige til dette byggeprojekt under den grænse på 50%, som ligger til grund for artikel 2 i direktiv 93/37²⁹.

C – Det tredje anbringende: »sportsanlæg, rekreative anlæg, anlæg til fritidsformål« som omhandlet i artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/37

54. Frankrigs tredje anbringende vedrører begrebet »sportsanlæg, rekreative anlæg, anlæg til fritidsformål« som omhandlet i artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/37. Frankrig har gjort gældende, at Retten har fortolket dette begreb for bredt og undladt at tage hensyn til, at bestemmelsen kun vedrører bygge- og anlægskontrakter, der for det første skal opfylde de kollektive behov hos brugerne af sportsanlæg, rekreative anlæg og anlæg til fritidsformål (jf. lige nedenfor under afsnit 1), og som for det andet er af direkte økonomisk interesse for ordregivende myndigheder (jf. nedenfor under afsnit 2).

1. De kollektive behov hos brugerne af sportsanlæg, rekreative anlæg og anlæg til fritidsformål (det tredje anbringendes første led)

55. Med det tredje anbringendes første led kritiseres præmis 56-63 i den anfægtede dom. Frankrig har gjort gældende, at Retten har set bort fra, at det kun er anlæg, der har til formål at opfylde de kollektive behov hos brugerne, der kan anses for sportsanlæg, rekreative anlæg og anlæg til fritidsformål som omhandlet i artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/37.

a) Formaliteten

56. Ifølge Kommissionen skal det tredje anbringendes første led afvises, idet Frankrig under sagen i første instans ikke argumenterede med »de kollektive behov hos brugerne« af sportsanlæg, rekreative anlæg og anlæg til fritidsformål, men støttede sig til kriteriet »de ordregivende myndigheders sædvanlige behov«.

57. Denne indsigelse kan ikke tages til følge. Det er ganske vist rigtigt, at Frankrig ikke anførte kriteriet »de kollektive behov hos brugerne« under sagen i første instans – i hvert fald ikke under den skriftlige procedure – men oprindeligt opfordrede til at fortolke artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/37 således, at den skal anvendes på kontrakter, der har en sådan karakter, at de henhører under de sædvanlige behov for ordregivende myndigheder. Henvisningen til de kollektive behov hos brugerne er imidlertid blot en udbygning af Frankrigs argumentation, der ikke ændrer sagens genstand og dermed er tilladt under appellen³⁰.

58. Det tredje anbringendes første led skal følgelig antages til realitetsbehandling.

29 – Jf. herom ovenfor, punkt 11 i dette forslag til afgørelse.

30 – Jf. herom den retspraksis, der er nævnt ovenfor i fodnote 17.

b) Realiteten

59. I det væsentlige er parterne inden for rammerne af det tredje anbringendes første led uenige om, hvorvidt begrebet sportsanlæg, rekreative anlæg og anlæg til fritidsformål inden for rammerne af artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/37 skal fortolkes snævert eller bredt.

60. I den anfægtede dom besluttede Retten sig for en bred fortolkning, som den også betegner som en »funktional fortolkning«³¹. Herefter falder bygge- og anlægskontrakter i forbindelse med private ferieanlæg som Club Méditerranées »Les Boucaniers« ind under reglerne om offentlige bygge- og anlægskontrakter, dog altid under forudsætning af, at de modtager direkte tilskud fra ordregivende myndigheder på mere end 50%.

61. Denne fortolkning af begrebet sportsanlæg, rekreative anlæg og anlæg til fritidsformål er ikke overbevisende.

i) Kravet om en indskrænkende fortolkning af begrebet sportsanlæg, rekreative anlæg og anlæg til fritidsformål

62. Ved første øjekast passer ordlyden af artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/37 ganske vist også på private ferieanlæg som det omtvistede. Både formålet med artikel 2 i direktiv 93/37 og den sammenhæng, hvori bestemmelsen inddrager omtalte sportsanlæg, rekreative anlæg og anlæg til fritidsformål under anvendelsesområdet for direktivet, taler imidlertid imod dette.

63. Artikel 2 i direktiv 93/37 udvider ikke reglerne om offentlige bygge- og anlægskontrakter på generel vis, således at de omfatter alle private byggeprojekter, såfremt disse blot opnår offentlige tilskud på mere end 50%.

64. Artikel 2 i direktiv 93/37 har derimod blot til hensigt at hindre, at bestemmelserne om offentlige kontrakter og bestemmelsernes formål omgås inden for *bestemte sagsområder*³². Derfor inddrager artikel 2 på netop disse områder private bygge- og anlægskontrakter under anvendelsesområdet for direktivet, såfremt ordregivende myndigheder yder direkte tilskud på mere end 50% til disse projekter. Den omstændighed, at der ikke er tale om en regel, der kan generaliseres, men om en udtømmende opregning, fremgår ikke mindst af, at der i artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/37 anvendes formuleringen »vedrører kun«.

65. I øvrigt viser en sammenligning med de andre sagsområder, der nævnes i artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/37, at der udelukkende er tale om kontrakter i forbindelse med transportinfrastruktur³³ eller bygningsværker, der enten står til rådighed for almenheden (skole- og universitetsbygninger og sygehuse) eller selv skal benyttes af en ordregivende myndighed (bygninger til administrative formål).

66. På baggrund heraf må begrebet sportsanlæg, rekreative anlæg og anlæg til fritidsformål i artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/37 også fortolkes indskrænkende, således som Domstolen i øvrigt også har forholdt sig med andre EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter³⁴. I modsætning til hvad Kommissionen har fremført, medfører en sådan fremgangsmåde på ingen måde, at der »indfortolkes«

31 — Den anfægtede dom, navnlig sidste del af præmis 30 samt præmis 59.

32 — Generaladvokat Légers forslag til afgørelse af 7.12.2000 i sag C-399/98, Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi m.fl., Sml. I, s. 5409, punkt 106. Jf. også præmis 30 i den anfægtede dom.

33 — Der er tale om kontrakter, der falder ind under klasse 50, gruppe 502, i »den systematiske fortegnelse over økonomiske aktiviteter i De Europæiske Fællesskaber« (NACE), der henvises til i artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/37.

34 — Jf. eksempelvis den indskrænkning af begrebet offentlig kontrakt, der foretages i henhold til fast retspraksis, og hvorved quasi in house-aftaler udelukkes fra begrebet. Indskrænkningen kan føres tilbage til dom af 18.11.1999, sag C-107/98, Teckal, Sml. I, s. 8121, præmis 50, andet punktum.

et yderligere kriterium i artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/37, som EU-lovgiveren ikke har ønsket. Kun den restriktive fortolkning af begrebet sportsanlæg, rekreative anlæg og anlæg til fritidsformål er i overensstemmelse med bestemmelsens formål og den lovgivningssammenhæng, som lovgiver anvender begrebet i i direktiv 93/37. Dette har Frankrig med rette henvist til.

ii) Kriterier bag den indskrænkende fortolkning af begrebet sportsanlæg, rekreative anlæg og anlæg til fritidsformål

67. Selv om der altså må gives Frankrig medhold i, at begrebet sportsanlæg, rekreative anlæg og anlæg til fritidsformål i artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/37 skal fortolkes indskrænkende, er jeg ikke overbevist om, at de kriterier, som denne medlemsstat foreslår, giver en passende retningslinje for en sådan fortolkning.

68. Kriteriet »opfyldelse af de kollektive behov hos brugerne« af sportsanlæg, rekreative anlæg og anlæg til fritidsformål, som Frankrig har støttet sig til under den foreliggende appel, virker for upræcist til at kunne være en passende målestok for fortolkning og anvendelse af artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/37. Hertil kommer, at de fleste af de anlæg, der nævnes i denne forskrift (ud over skole- og universitetsbygninger og hospitaler også rekreative anlæg og anlæg til fritidsformål), i reglen har til formål (i hvert fald også) at opfylde de individuelle behov hos deres brugere³⁵. I sidste ende har det imidlertid mindre betydning, om der opfyldes »individuelle« eller »kollektive« interesser hos brugerne, end om det er i almenhedens interesse, at de pågældende bygningsværker stilles til rådighed.

69. Kriteriet »de ordregivende myndigheders sædvanlige behov«, som Frankrig foreslog under sagen i første instans, forekommer mig ikke at være mere egnet. Dette kriterium er for ensidigt udformet efter offentlige institutioners traditionelle opgaver og tager ikke hensyn til det forhold, at disse opgaver kan ændre sig og udvides i tidens løb. En passende fortolkning af artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/37 må også tage hensyn til dette synspunkt.

70. Jeg foreslår derfor at fortolke artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/37 sådan, at bestemmelsen kun omfatter private bygge- og anlægskontrakter, som ordregivende myndigheder yder støtte til med henblik på at opfylde deres opgaver inden for rammerne af *forsyningspligtigheder*. Forsyningspligtigheder er et koncept, der bruges ofte i EU-retten³⁶, og som desuden er tilstrækkeligt bredt til på den ene side at tage hensyn til forskellige behov i de enkelte medlemsstater og deres talrige lokale offentlige organer, og på den anden side også tage behørigt hensyn til nyere udviklinger inden for den kreds af opgaver, som offentlige institutioner varetager. Desuden kan der på denne vis sikres en sammenhæng mellem reglerne om offentlige kontrakter og den europæiske konkurrenceret.

71. Selv om hverken Frankrig eller Kommissionen i det foreliggende tilfælde konkret har opfordret til at anvende kriteriet forsyningspligtigheder, hindrer dette ikke Domstolen i at anvende netop dette kriterium ved fortolkning og anvendelse af artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/37. Domstolen er nemlig ikke »parternes talerør«³⁷. Den kan derfor ikke være fuldstændig bundet af de argumenter, som parterne har fremført til støtte for deres krav, da den i modsat fald kan tænkes at blive nødsaget til at basere sin afgørelse på urigtige retlige betragtninger³⁸.

35 — Et sygehusophold afhænger af den enkelte brugers helbredstilstand og er dermed særdeles individuelt. På tilsvarende vis afhænger brugen af uddannelsesinstitutioner helt eller delvis af den enkeltes individuelle evner og ønsker.

36 — Jf. eksempelvis meddelelse fra Kommissionen »Forsyningspligtigheder i Europa« (EFT 2001 C 17, s. 4) samt rapporten »Forsyningspligtigheder«, som Kommissionen afgav til det Europæiske Råd i Laeken (KOM(2001) 598 endelig).

37 — Jf. generaladvokat Légers forslag til afgørelse af 2.4.1998 i sag C-252/96 P, Europa-Parlamentet mod Gutiérrez de Quijano y Lloréns, Sml. 1998 I, s. 7421, punkt 36.

38 — Jf. i denne retning kendelse af 27.9.2004, sag C-470/02 P, UER mod M6 m.fl., EU:C:2004:565, præmis 69, og dom af 21.9.2010, forenede sager C-514/07 P, C-528/07 P og C-532/07 P, Sverige mod API og Kommissionen, Sml. I, s. 8533, præmis 65.

72. Hvis man altså fortolker artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/37 sådan, at *ikke alle* sportsanlæg, rekreative anlæg og anlæg til fritidsformål er omfattet af denne bestemmelse, men kun dem, der tjener forsyningspligtigheder – f.eks. offentligt tilgængelige parker, sportspladser, biblioteker og museer – har Retten i den foreliggende sag begået en retlig fejl.

73. Det tredje anbringendes første led skal derfor tages til følge.

2. Den ordregivende myndigheds direkte økonomiske interesse (det tredje anbringendes andet led)

74. Med det tredje anbringendes andet led har Frankrig især taget afstand fra den appellerede doms præmis 64. Efter Frankrigs opfattelse har Retten begået en retlig fejl ved at hævde, at begrebet »bygge- og anlægskontrakter« i artikel 2 i direktiv 93/37 skal fortolkes uafhængigt af udtrykket »offentlige bygge- og anlægskontrakter« i direktivets artikel 1, litra a). Frankrig har gjort gældende, at både artikel 1, litra a), og artikel 2 i direktiv 93/37 kun omhandler bygge- og anlægskontrakter, som den ordregivende myndighed har en direkte økonomisk interesse i.

75. Frankrigs argumenter forekommer at være overbevisende.

76. Bygge- og anlægskontrakter som omhandlet i artikel 2 i direktiv 93/37 adskiller sig ene og alene fra de kontrakter, der nævnes i direktivets artikel 1, litra a), ved, at de ikke indgår af *ordregivende myndigheder*, men derimod af *andre* – navnlig af private virksomheder – og at ordregivende myndigheder yder direkte tilskud til dem på mere end 50%.

77. I øvrigt knytter artikel 2 i direktiv 93/37 sig ved at anvende udtrykket »bygge- og anlægskontrakter« allerede efter sin ordlyd til den definition af begrebet, som opstilles i artikel 1, litra a), for hele direktivet, og som det saglige anvendelsesområde for netop dette direktiv afhænger grundlæggende af.

78. Også formålet med artikel 2 i direktiv 93/37 taler for at fortolke begrebet bygge- og anlægskontrakt på en måde, der er knyttet til den generelle definition i direktivets artikel 1, litra a). Artikel 2 i direktivet skal nemlig forhindre, at de EU-retlige bestemmelser om offentlige bygge- og anlægskontrakter omgås, ved at der involveres private parter³⁹. Følgelig kan artikel 2 ikke inddrage andre bygge- og anlægskontrakter under anvendelsesområdet for direktivet end dem, der også skulle være genstand for en udbudsprocedure, hvis de blev indgået af en ordregivende myndighed selv i stedet for en privat part.

79. Hvis der altså i det normale tilfælde, som henhører under artikel 1, litra a), i direktiv 93/37, kun er tale om en bygge- og anlægskontrakt, såfremt de byggeydelse, der erlægges, er af direkte økonomisk interesse for den ordregivende myndighed⁴⁰, gælder dette så meget desto mere i det særtilfælde, som behandles i artikel 2 i direktiv 93/37. Også de byggeydelse, der erlægges i dette særtilfælde, kan kun henføres under anvendelsesområdet for direktiv 93/37, såfremt de ordregivende myndigheder, der yder direkte tilskud til de pågældende byggearbejder på mere end 50%, har en direkte økonomisk interesse i dem.

39 — Jf. ovenfor, punkt 64 i dette forslag til afgørelse.

40 — Jf. dom af 25.3.2010, sag C-451/08, Helmut Müller, Sml. I, s. 2673, præmis 49, 54, 57 og 58, og af 15.7.2010, sag C-271/08, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 7091, præmis 75, der vedrørte bestemmelserne i direktiv 2004/18, som afløste direktiv 93/37.

80. Som Domstolen har redegjort for, kan der navnlig foreligge en umiddelbar økonomisk interesse, hvis det er bestemt, at den ordregivende myndighed bliver ejer eller får en retlig adkomst, som sikrer den rådigheden over det bygge- og anlægsarbejde, der er genstand for kontrakten, eller hvis myndigheden skal drage økonomiske fordele eller bære økonomiske risici, som hænger sammen med den fremtidige anvendelse af bygningsværket⁴¹. Alt dette kan ikke antages at være tilfældet i en situation som den foreliggende, hvor de ordregivende myndigheder blot har støttet et privat byggeprojekt finansielt – inden for rammerne af strukturstøtte.

81. Alene det forhold, at et privat byggeprojekt kan have en positiv indvirkning på den generelle økonomiske udvikling i en region, sådan som det kan være tilfældet ved renovering og udvidelse af et privat ferieanlæg, er derimod ikke tilstrækkeligt til, at der kan opstå en umiddelbar økonomisk interesse for de offentlige instanser, der har ydet direkte tilskud til dette byggeprojekt. De offentlige donorer kan nemlig højst have en *middelbar* økonomisk interesse i de erlagte byggeydelse.

82. Også i så henseende har Retten altså begået en retlig fejl ved fortolkning og anvendelse af artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/37. Dermed skal det tredje anbringendes andet led ligeledes tages til følge.

3. Afsluttende bemærkning om det tredje anbringende

83. For så vidt angår begge led i tredje anbringende har Kommissionen videre gjort gældende, at en bred fortolkning af artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/37 som den, Retten har foretaget, tjener formålet om at sikre en upartisk tildeling af offentlige midler⁴².

84. Det er rigtigt, at dette synspunkt også er blandt de formål, der forfølges med de EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter. En hensyntagen til dette mål må imidlertid ikke føre til, at der foretages en så bred fortolkning af artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/37, at det er i strid med systemet. Lovgiver har besluttet at virkeliggøre dette mål ved, at ikke alle, men derimod kun bestemte, private byggeprojekter underkastes bestemmelserne i direktiv 93/37.

85. Det må desuden huskes, at allerede de grundlæggende friheder i det indre marked – navnlig etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser – indeholder et forbud mod forskelsbehandling, som også indebærer en gennemsigtighedsforpligtelse⁴³. Selv uden for anvendelsesområdet for de udbudsretlige direktiver hindrer disse principper ordregivende myndigheder i at støtte eller finansiere private bygge- og anlægskontrakter med offentlige midler på en måde, der er uigennemsigtig eller indebærer en forskelsbehandling. Det er i denne forbindelse ikke nødvendigt at foretage en ekstensiv fortolkning af artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/37.

D – *Sammenfatning*

86. Da det første anbringendes første led samt begge led af tredje anbringende tages til følge, skal den anfægtede dom ophæves.

41 — Jf. herom Helmut Müller-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 40, præmis 50-52. Baggrunden for kriteriet om umiddelbar økonomisk interesse har senest generaladvokat Wathelet belyst i sit forslag til afgørelse af 11.4.2013 i sagen Kommissionen mod Nederlandene (sag C-576/10, punkt 108-113). Jf. desuden forslag til afgørelse fremsat af generaladvokat Mengozzi den 17.11.2009 i Helmut Müller-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 40, punkt 46-62.

42 — Kommissionen har henvist til præmis 31 i den anfægtede dom.

43 — Dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 60-62, af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname, Sml. I, s. 7287, præmis 16 og 17, og af 13.4.2010, sag C-91/08, Wall, Sml. I, s. 2815, præmis 68.

VI – Afgørelse om sagen i første instans

87. I henhold til artikel 61, stk. 1, i statuten for Domstolen, kan Domstolen selv træffe endelig afgørelse i sagen, hvis den er moden til påkendelse, eller hjemvise den til Retten til afgørelse.

88. I den foreliggende sag har Retten i sin dom foretaget en omfattende undersøgelse af de anbringender, som Frankrig fremførte under sagens behandling i første instans. Parterne havde desuden både under proceduren for Retten og under appellen for Domstolen mulighed for at udveksle deres standpunkter vedrørende alle de aspekter, der har betydning for afgørelsen af retstvisten. De faktiske omstændigheder behøver ikke yderligere opklaring. Dermed er sagen moden til påkendelse.

89. Hvis artikel 2 i direktiv 93/37 fortolkes og anvendes sådan, som jeg har foreslået det ovenfor i forbindelse med det første og det tredje anbringende⁴⁴, skal Frankrigs påstand om annullation af Rettens dom tages til følge. For det første blev der nemlig ikke ydet direkte tilskud på mere end 50% til det private ferieanlæg »Les Boucaniers«, hvis man undlader at inddrage de skattelettelser, som den franske stat indrømmede. For det andet kan dette ferieanlæg ikke anses for et sportsanlæg, rekreativt anlæg eller anlæg til fritidsformål som omhandlet i denne bestemmelse. Selv hvis man antager, at også Martiniques lokale indbyggere fra tid til anden benytter ferieanlæggets fritidstilbud – som betalende endagsbesøgende – betyder dette ikke, at ferieanlægget ikke længere har karakter af hotelområde, der har til formål at opfylde rent private interesser og ikke bruges til at erlægge nogen form for forsyningspligtigheder.

90. Kommissionens omtvistede beslutning skal følgelig erklæres for ugyldig (artikel 264, stk. 1, TEUF).

VII – Sagens omkostninger

91. I henhold til artikel 184, stk. 2, i Domstolens procesreglement træffer Domstolen afgørelse om sagens omkostninger, såfremt der gives appellanten medhold, og Domstolen selv endeligt afgør sagen⁴⁵.

92. I henhold til Domstolens procesreglements artikel 138, stk. 1, sammenholdt med artikel 184, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.

93. I annullationssøgsmålet i første instans nedlagde Frankrig påstand om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger. Da Kommissionens påstand om frifindelse i annullationssøgsmålet ikke tages til følge, skal den betale omkostningerne ved sagens behandling i første instans.

94. Under appellen har Frankrig derimod ikke nedlagt påstand om sagens omkostninger. Det forekommer derfor passende for så vidt at pålægge begge parter at bære hver deres egne omkostninger.

44 — Jf. ovenfor under punkt 54-82 i dette forslag til afgørelse.

45 — I henhold til det almindelige princip om, at nye processuelle regler finder anvendelse i samtlige tvister, der verserer på ikrafttrædelsestidspunktet (fast retspraksis, jf. dom af 12.11.1981, forenede sager 212/80 - 217/80, Meridionale Industria Salumi m.fl., Sml. s. 2735, præmis 9), afgøres spørgsmålet om, hvem der bærer sagens omkostninger, i den foreliggende sag ud fra Domstolens procesreglement af 25.9.2012, der trådte i kraft den 1.11.2012 (jf. i denne retning også dom af 15.11.2012, sag C-417/11 P, Rådet mod Bamba, præmis 91 og 92). Indholdet af reglerne er imidlertid det samme som i artikel 69, stk. 2, sammenholdt med artikel 118 og 122, stk. 1, i Domstolens procesreglement af 19.6.1991.

VIII – Forslag til afgørelse

95. På baggrund af ovenstående overvejelser foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- »1) Dommen afsagt af Den Europæiske Unions Ret af 16. december 2011 i sag T-488/10, Frankrig mod Kommissionen, ophæves.
- 2) Kommissionens beslutning K(2010) 5229 af 28. juli 2010 annulleres.
- 3) Europa-Kommissionen betaler omkostningerne ved sagens behandling i første instans. I øvrigt bærer hver part sine egne omkostninger.«