



# Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
J. KOKOTT  
van 18 april 2013<sup>1</sup>

**Zaak C-115/12 P**

**Franse Republiek  
tegen**

**Europese Commissie**

„Hogere voorziening — Structuurfondsen — Europees Fonds voor regionale ontwikkeling (EFRO) — Structurele bijstandsverlening van de Unie in de regio Martinique (Frankrijk) — Vermindering van financiële bijstand — Artikel 2 van richtlijn 93/37/EEG — Overheidsopdrachten — Coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken — Rechtstreekse subsidiëring van een door een particuliere instelling geplaatste opdracht voor de uitvoering van werken — Inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding — Renovatie- en uitbreidingswerkzaamheden ten behoeve van een door particulieren geëxploiteerd hotelcomplex”

## I – Inleiding

1. Onder welke omstandigheden moeten bouwprojecten van particulieren waarvoor door de overheid in aanzienlijke omvang bijdragen of subsidies worden verleend, worden aanbesteed volgens het Europese recht op het gebied van de plaatsing van overheidsopdrachten? In de onderhavige hogere voorziening, die het gebruik van gelden uit een van de Europese structuurfondsen betreft, wordt het Hof verzocht zich uit te spreken over deze tot dusver grotendeels nog niet beantwoorde rechtsvraag.
2. Achtergrond van het geschil is een particulier bouwproject uit het jaar 2003 voor de uitbreiding van een door een particuliere onderneming geëxploiteerd vakantiedorp in de Franse regio Martinique. Dit bouwproject werd voor meer dan 50 % door de overheid gesubsidieerd, onder meer met middelen uit het Europees Fonds voor regionale ontwikkeling (EFRO).
3. Toen bleek dat het bouwproject zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure in de zin van het Europese recht op het gebied van de plaatsing van overheidsopdrachten was uitgevoerd, besloot de Europese Commissie op 28 juli 2010 bij beschikking C(2010) 5229 om de financiële bijstand van het EFRO aan dit project<sup>2</sup> (hierna: „litigieuze beschikking”) in te trekken. De Commissie deed daarbij een beroep op het beginsel dat subsidies uit de Europese structuurfondsen alleen mogen worden toegekend voor projecten die in overeenstemming zijn met het communautair beleid, onder meer met

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — Beschikking C(2010) 5229 van de Europese Commissie van 28 juli 2010 houdende intrekking van een deel van de deelneming van het Europees fonds voor regionale ontwikkeling (EFRO) uit hoofde van het enkelvoudig programmeringsdocument van doelstelling 1 voor de structurele bijstandsverlening van de Gemeenschap in de regio Martinique (Frankrijk).

het beleid op het gebied van de plaatsing van overheidsopdrachten. Sindsdien twisten Frankrijk en de Commissie over de vraag of de aanbestedingsregels het doorlopen van een aanbestedingsprocedure vereiste voor de werkzaamheden van renovatie en uitbreiding van het betrokken particuliere vakantiedorp.

4. In dit verband is doorslaggevend of het betrokken vakantiedorp onder de categorie „inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding” in de zin van het aanbestedingsrecht valt. Speciaal wat dergelijke inrichtingen betreft dienen de aanbestedingsregels immers zelfs te worden nageleefd als de opdracht voor de bouw ervan door particulieren wordt geplaatst, mits het betrokken project voor meer dan 50 % rechtstreeks door de overheid wordt gesubsidieerd.

5. Bovendien rijst de vraag of ook belastingverlichtingen als rechtstreekse subsidieverlening in de zin van deze bepalingen kunnen worden aangemerkt.

## II – Rechtskader

6. Het rechtskader van deze zaak wordt gevormd door richtlijn 93/37/EEG.<sup>3</sup> Artikel 2 van deze richtlijn luidde als volgt<sup>4</sup>:

„1. De lidstaten nemen de nodige maatregelen opdat de aanbestedende diensten de bepalingen van deze richtlijn naleven of doen naleven, wanneer zij voor een opdracht voor de uitvoering van werken die door een andere instantie dan een aanbestedende dienst is geplaatst rechtstreeks voor meer dan 50 % subsidie verlenen.

2. Lid 1 heeft slechts betrekking op opdrachten die vallen onder klasse 50, groep 502, van de NACE-nomenclatuur en op opdrachten betreffende bouwwerken voor ziekenhuizen, inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding, school- en universiteitsgebouwen en gebouwen met een administratieve bestemming.”

7. Aanvullend dient te worden gewezen op artikel 1, sub a, van richtlijn 93/37, dat als volgt luidde:

„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder

- a) „overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken’: schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een aannemer, enerzijds, en een sub b omschreven aanbestedende dienst, anderzijds, en die betrekking hebben op de uitvoering dan wel het ontwerp alsmede de uitvoering van werken [...] of sub c bepaalde werkzaamheden, dan wel op het laten uitvoeren [...] van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet”.

3 — Richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54). Deze richtlijn is inmiddels ingetrokken en vervangen bij richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114), die tot 31 januari 2006 moest worden omgezet. Op de onderhavige zaak is echter nog richtlijn 93/37 van toepassing, die nog van kracht was toen de EFRO-bijstand voor het project voor de renovatie en uitbreiding van het vakantiedorp „Les Boucaniers” werd verleend.

4 — Een inhoudelijk in wezen overeenstemmende bepaling is thans opgenomen in artikel 8 van richtlijn 2004/18, dat deze regeling behalve op opdrachten voor de uitvoering van werken ook van toepassing verklaart op opdrachten voor de uitvoering van diensten, in beide gevallen evenwel uitsluitend boven bepaalde drempelbedragen.

8. De bepalingen van richtlijn 93/37 zijn op de onderhavige zaak van toepassing via een verwijzing in artikel 12 van verordening (EG) nr. 1260/1999 die algemene bepalingen omvat inzake de structuurfondsen van de Unie bevat.<sup>5</sup> In dat artikel wordt onder het opschrift „Verenigbaarheid” het volgende bepaald:

„De door de fondsen of door de EIB of een ander financieringsinstrument gefinancierde verrichtingen, moeten in overeenstemming zijn met het Verdrag en de op grond van het Verdrag vastgestelde besluiten, alsmede met het communautair beleid, met inbegrip van het beleid inzake de mededingingsregels, het beleid inzake de plaatsing van overheidsopdrachten, het beleid inzake milieubescherming en -verbetering en het beleid inzake het wegnemen van discriminatie, en de bevordering van gelijke kansen voor mannen en vrouwen.”

### III – Achtergrond van het geding

9. Société martiniquaise des villages de vacances (SMVV) exploiteert in de Franse regio Martinique het vakantiedorp „Les Boucaniers” van Club Méditerranée. In 2003 besloot SMVV tot renovatie en uitbreiding van dit vakantiedorp. De kosten van de bouwwerkzaamheden werden begroot op ongeveer 49,98 miljoen EUR.

10. Dit project kreeg steun van de regio Martinique ten bedrage van ongeveer 2,5 miljoen EUR, en verder kende de Franse Staat belastingverlichtingen toe ad 16,69 miljoen EUR.<sup>6</sup> Bij beschikking C(2004) 4142 van 18 oktober 2004 heeft de Europese Commissie op haar beurt de financiële bijstand van het EFRO vastgesteld op 12,46 miljoen EUR; dit komt overeen met 24,93 % van de totale subsidiabele kosten van het project.

11. Tegen de toekenning van de EFRO-middelen door de Commissie kwamen echter bezwaren van de Europese Rekenkamer na een in 2007 uitgevoerde controle, omdat de opdracht voor de renovatie en uitbreiding van het vakantiedorp „Les Boucaniers” in strijd met artikel 2 van richtlijn 93/37 niet was aanbesteed, hoewel het project voor in totaal 63,33 % met overheidsmiddelen werd gefinancierd.

12. Deze bezwaren van de Rekenkamer gaven aanleiding tot een omvangrijke correspondentie en leidden er uiteindelijk toe dat de Commissie bij de litigieuze beschikking van 28 juli 2010 de financiële bijstand van het EFRO voor de renovatie en uitbreiding van het vakantiedorp „Les Boucaniers” in zijn geheel introk. Omdat dit bouwproject als onderdeel van een enkelvoudig programmeringsdocument voor de structurele bijstandsverlening van de Unie in de regio Martinique was gesubsidieerd<sup>7</sup>, leidde deze beslissing van de Commissie technisch gezien tot een overeenkomstige vermindering van de totale omvang van de structurele bijstandsverlening van de Unie in deze regio.

13. Het op 11 oktober 2010 door Frankrijk ingestelde beroep tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking werd in eerste aanleg verworpen. In zijn arrest van 16 december 2011<sup>8</sup> (hierna: „bestreden arrest”) wees het Gerecht het beroep van Frankrijk als ongegrond af en veroordeelde Frankrijk in de kosten.

5 — Verordening (EG) nr. 1260/1999 van de Raad van 21 juni 1999 houdende algemene bepalingen inzake de Structuurfondsen (PB L 161, blz. 1).

6 — Deze belastingverlichtingen berustten op artikel 199 undecies B I van de Franse Code général des impôts (algemeen belastingwetboek).

7 — Bij beschikking C(2000) 3493 van 21 december 2000 had de Commissie voor de jaren 2000-2006 een deelneming vanuit EFRO uit hoofde van een enkelvoudig programmeringsdocument van doelstelling 1 voor de structurele bijstandsverlening in de regio Martinique (Frankrijk) ten bedrage van maximaal 17,15 miljoen EUR toegekend.

8 — Arrest van het Gerecht van 16 december 2011, Frankrijk/Commissie (T-488/10).

#### IV – Procedure voor het Hof

14. Bij verzoekschrift van 1 maart 2012 heeft de Franse Republiek de onderhavige hogere voorziening ingesteld tegen het arrest van het Gerecht. Frankrijk verzoekt het Hof:

- het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 16 december 2011 in zaak T-488/10, Frankrijk/Commissie, in zijn geheel te vernietigen en
- de zaak zelf af te doen door nietigverklaring van beschikking C(2010) 5229 van de Commissie van 28 juli 2010, of te verwijzen naar het Gerecht.

15. De Commissie verzoekt het Hof:

- het tweede onderdeel van het eerste middel en het eerste onderdeel van het derde middel niet-ontvankelijk, subsidiair, ongegrond te verklaren alsmede de hogere voorziening af te wijzen, en
- Frankrijk te verwijzen in de kosten.

16. De hogere voorziening is voor het Hof schriftelijk en op 11 maart 2013 mondeling behandeld.

#### V – Beoordeling van de hogere voorziening

17. In zijn hogere voorziening komt Frankrijk op tegen het arrest van het Gerecht met in totaal drie middelen, die enerzijds gericht zijn op het begrip rechtstreekse subsidieverlening alsmede het begrip inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding in de zin van artikel 2 van richtlijn 93/37 (eerste respectievelijk derde middel), en anderzijds klagen over onjuiste opvatting van de feiten alsmede ontoelaatbare verbetering van de motivering van de litigieuze beschikking (tweede middel). Hierna zal ik eerst ingaan op het tweede middel en daarna op het eerste en het derde middel.

*A – Tweede middel: Onjuiste opvatting van de litigieuze beschikking en verbetering van de motivering ervan*

18. Met het tweede middel komt Frankrijk op tegen de tweede zin van punt 43 van het bestreden arrest. Daarin stelt het Gerecht vast dat de Commissie is uitgegaan van de bestemming van het vakantiedorp in zijn algemeenheid, toen zij in de litigieuze beschikking het project van de complete renovatie van het vakantiedorp „Les Boucaniers” onderzocht.<sup>9</sup>

19. Frankrijk verwijt het Gerecht de litigieuze beschikking op dit punt onjuist te hebben opgevat en de motivering ervan te hebben verbeterd. Frankrijk is van mening dat de Commissie in de litigieuze beschikking juist niet is uitgegaan van de bestemming van het vakantiedorp in zijn algemeenheid, maar uitsluitend van het karakter van de uitgevoerde werkzaamheden. Daarbij refereert Frankrijk inzonderheid aan de punten 31 en 32 van de litigieuze beschikking.

<sup>9</sup> — In de procestaal luidt punt 43 van het bestreden arrest als volgt: „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.”

20. Volgens vaste rechtspraak mag de Unierechter in een beroep tot nietigverklaring in geen geval zijn eigen motivering in de plaats stellen van die van de instelling die de bestreden handeling heeft verricht.<sup>10</sup> Evenmin mag hij de inhoud van de bestreden handeling onjuist voorstellen.<sup>11</sup>

21. Inhoudelijk gaan de grieven inzake onjuiste opvatting van de litigieuze beschikking en verbetering van de motivering van de beschikking per saldo in dezelfde richting. Het Gerecht wordt in beide gevallen verweten in de litigieuze beschikking iets te hebben gelezen dat er niet in staat. Beide grieven kunnen derhalve gezamenlijk worden beoordeeld.

22. Het lijkt mij dat de Commissie in de litigieuze beschikking haar standpunt niet duidelijk heeft weergegeven. Het staat vast dat in de punten 31 en 32 van de beschikking de afzonderlijke bouwwerkzaamheden in het kader van de renovatie en uitbreiding van het vakantiedorp „Les Boucaniers” centraal staan. Hierop is door Frankrijk terecht gewezen. Tegelijkertijd wordt in de litigieuze beschikking echter ook aangegeven dat het bij het project gaat om „één enkel project” of om een „totaalproject” (punten 28 en 31 van de litigieuze beschikking).

23. Tegen deze achtergrond is het niet uitgesloten dat de Commissie naast het karakter van de uitgevoerde werkzaamheden ook de algehele bestemming van het vakantiedorp „Les Boucaniers” in haar besluitvorming heeft betrokken. In ieder geval kan de litigieuze beschikking in dat opzicht op verschillende wijzen worden uitgelegd, zodat het Gerecht per saldo niet kan worden verweten de beschikking onjuist te hebben opgevat<sup>12</sup> of de motivering van de beschikking te hebben verbeterd.

24. Bijgevolg moet het tweede middel worden afgewezen.

B – *Eerste middel: begrip rechtstreekse subsidieverlening in de zin van artikel 2, lid 1, van richtlijn 93/37*

25. Met het eerste middel verwijt Frankrijk het Gerecht dat het het begrip rechtstreekse subsidieverlening in de zin van artikel 2, lid 1, van richtlijn 93/37 onjuist heeft opgevat.

26. De achtergrond van deze grief is dat het bij de door de Franse Staat toegekende subsidie voor de renovatie en uitbreiding van het vakantiedorp „Les Boucaniers” niet ging om een bijdrage in geld, maar om belastingverlichtingen, die bovendien – aldus Frankrijk – niet aan de vennootschap Club Méditerranée als eigenaar van het vakantiedorp of aan SMVV als opdrachtgever waren toegekend, maar aan natuurlijke personen die als vennoten van een particuliere *société en nom collectif*<sup>13</sup> in dit bouwproject hadden geïnvesteerd.<sup>14</sup>

27. Frankrijk betwist dat dergelijke belastingverlichtingen als „rechtstreekse subsidieverlening” in de zin van artikel 2, lid 1, van richtlijn 93/37 kunnen worden beschouwd, en wel enerzijds omdat deze geen subsidiekarakter hebben, en anderzijds omdat deze geen rechtstreekse subsidieverlening tot gevolg hebben. Het verdient aanbeveling om met het laatste punt te beginnen.

10 — Arresten van 27 januari 2000, DIR International Film e.a./Commissie („DIR”, C-164/98 P, Jurispr. blz. I-447, punten 38 en 49); 1 juni 2006, P&O European Ferries (Vizcaya) en Diputación Foral de Vizcaya/Commissie (C-442/03 P en C-471/03 P, Jurispr. blz. I-4845, punten 60 en 67); 22 december 2008, British Aggregates/Commissie (C-487/06 P, Jurispr. blz. I-10515, punt 141), en 24 januari 2013, Frucona Košice/Commissie (C-73/11 P, punt 89).

11 — Volgens vaste rechtspraak toetst het Hof in hogere voorziening of het Gerecht feiten en bewijs onjuist heeft opgevat (zie bijvoorbeeld arresten van 18 januari 2007, PKK en KNK/Raad, C-229/05 P, Jurispr. blz. I-439, punten 35 en 37; 18 juli 2007, Industrias Químicas del Vallés/Commissie, C-326/05 P, Jurispr. blz. I-6557, punt 57, en 9 juni 2011, Comitato „Venezia vuole vivere” e.a./Commissie, C-71/09 P, C-73/09 P en C-76/09 P, Jurispr. blz. I-4727, punten 152 en 153).

12 — Zie in die zin – met betrekking tot een document dat op verschillende wijze kon worden uitgelegd – arrest van 10 februari 2011, Activision Blizzard Germany/Commissie (C-260/09 P, Jurispr. blz. I-419, punt 54).

13 — De *société en nom collectif* (SNC) naar Frans recht is een vennootschap waarvan de vennoten met hun gehele vermogen persoonlijk aansprakelijk zijn.

14 — De Commissie benadrukt daarentegen dat de belastingverlichtingen voor het litigieuze bouwproject zijn toegekend aan de *société en nom collectif* als zodanig.



1. Begrip „rechtstreekse” subsidieverlening (tweede onderdeel van het eerste middel)

28. Het tweede onderdeel van het eerste middel betreft het begrip „rechtstreekse” subsidieverlening in de zin van artikel 2, lid 1, van richtlijn 93/37 en is specifiek gericht tegen de punten 36 en 37 van het bestreden arrest. Frankrijk is van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de belastingverlichtingen voor de bouwopdracht aan te merken als rechtstreekse subsidieverlening, hoewel deze verlichtingen noch aan de opdrachtgever noch aan de eigenaar van het vakantiedorp „Les Boucaniers” zijn toegekend, maar aan de vennoten van een particuliere *société en nom collectif*.

a) Ontvankelijkheid

29. De Commissie acht dit onderdeel van het eerste middel niet-ontvankelijk, aangezien het naar haar opvatting de beoordeling van de feiten en het bewijs door het Gerecht ter discussie stelt en een nieuw betoog inhoudt dat in eerste aanleg niet is aangevoerd.

30. Dit bezwaar overtuigt mij niet.

31. De grief van Frankrijk beoogt *niet* de feitelijke vaststellingen van het Gerecht met betrekking tot de persoon van de begunstigde van de belastingverlichtingen ter discussie te stellen, en wel reeds niet omdat dergelijke vaststellingen in het bestreden arrest niet voorkomen. Veeleer bekritiseert Frankrijk enerzijds de wijze waarop het Gerecht artikel 2, lid 1, van richtlijn 93/37 heeft uitgelegd, en anderzijds het feit dat het Gerecht de concreet toegekende belastingverlichtingen als „rechtstreekse” subsidieverlening heeft aangemerkt. Bijgevolg wordt de juridische kwalificatie van de feiten ter discussie gesteld, een punt dat het Hof volgens vaste rechtspraak in hogere voorziening kan toetsen.<sup>15</sup>

32. In tegenstelling tot de opvatting van de Commissie is het niet van belang of Frankrijk reeds in eerste aanleg specifieke argumenten met betrekking tot de problematiek van de „rechtstreekse” subsidieverlening heeft aangevoerd. Het staat namelijk vast dat het Gerecht deze vraag in de punten 36 en 37 van het bestreden arrest heeft besproken. De desbetreffende vaststellingen van het Gerecht moeten in hogere voorziening kunnen worden getoetst. De rechtspraak erkent dat het Hof in hogere voorziening bevoegd is tot beoordeling van de rechtsbeslissing op de middelen die in eerste aanleg zijn behandeld.<sup>16</sup>

33. Het mag dan zo zijn dat Frankrijk in eerste aanleg nog niet had gesteld dat er geen sprake was van rechtstreekse subsidieverlening aan *de opdrachtgever* of *de eigenaar* van het vakantiedorp, omdat de belastingverlichtingen waren toegekend aan particuliere vennoten van een *société en nom collectif*. In dit verband volstaat echter de opmerking dat het partijen vrijstaat hun betoog in de loop van de procedure verder te ontwikkelen, zolang zij maar niet in hogere voorziening het voorwerp van het geding voor het Gerecht wijzigen.<sup>17</sup> Een dergelijke wijziging van het voorwerp van het geding is in casu echter niet aan de orde, aangezien de vraag van de rechtstreekse subsidieverlening als zodanig reeds in eerste aanleg op tegenspraak is behandeld.

34. Het tweede onderdeel van het eerste middel is dus ontvankelijk.

15 — Arresten van 1 juni 1994, Commissie/Brazzelli Lualdi e.a. (C-136/92 P, Jurispr. blz. I-1981, punt 49); 21 september 2006, JCB Service/Commissie (C-167/04 P, Jurispr. blz. I-8935, punt 106); 16 juli 2009, Commissie/Schneider Electric (C-440/07 P, Jurispr. blz. I-6413, punt 191), en 19 juli 2012, Raad/Zhejiang Xinan Chemical Industrial Group (C-337/09 P, punt 55).

16 — Arrest Commissie/Brazzelli Lualdi e.a. (aangehaald in voetnoot 15, punt 59), en arresten van 11 december 2008, Commissie/Département du Loiret (C-295/07 P, Jurispr. blz. I-9363, punt 95), en 16 november 2011, Bank Melli Iran/Raad (C-548/09 P, Jurispr. blz. I-11381, punt 122).

17 — Arrest van 20 oktober 1994, Scaramuzza/Commissie (C-76/93 P, Jurispr. blz. I-5173, punt 18), arrest PKK en KNK/Raad (aangehaald in voetnoot 11, punt 64), alsmede arresten van 15 april 2010, Gualtieri/Commissie (C-485/08 P, Jurispr. blz. I-3009, punt 37), en 18 november 2010, NDSHT/Commissie (C-322/09 P, Jurispr. blz. I-11911, punt 41).

b) Ten gronde

35. Inhoudelijk snijdt het betoog van Frankrijk echter geen hout.

36. Reeds de bewoordingen van artikel 2, lid 1, van richtlijn 93/37 laten zien dat het bestaan van een „rechtstreekse subsidie” niet ervan afhangt aan *welke personen* de overheidssubsidie wordt verleend. Voor de toepassing van artikel 2, lid 1, van richtlijn 93/37 is veeleer voldoende dat voor de *opdracht voor de uitvoering van werken* die wordt geplaatst door een andere instelling dan een aanbestedende dienst, rechtstreekse subsidie van meer dan 50 % wordt toegekend van de zijde van een of meer aanbestedende diensten. Het begrip rechtstreekse subsidieverlening heeft met andere woorden geen betrekking op personen, maar op het object.

37. De bijzonder enge opvatting van het begrip „rechtstreekse” subsidieverlening die Frankrijk bepleit, zou het omzeilen van artikel 2 van richtlijn 93/37 al te gemakkelijk maken. Zo zou een aanbestedende dienst zich aan de verplichtingen van de richtlijn kunnen onttrekken door weliswaar niet aan de opdrachtgever of de eigenaar van een bouwterrein subsidies voor de betrokken opdracht toe te kennen, maar wel aan personen die economisch met hen verbonden zijn.

38. Volledig terecht heeft het Gerecht zich derhalve in de punten 36 en 37 van het bestreden arrest afgevraagd of voor *het project* rechtstreeks subsidie in de zin van artikel 2 van richtlijn 93/37 was verleend, en niet of deze subsidie specifiek aan de opdrachtgever of de eigenaar van het vakantiedorp „Les Boucaniers” was toegekend.

c) Voorlopige conclusie

39. Het tweede onderdeel van het eerste middel is dus ontvankelijk, maar ongegrond.

2. Het begrip „subsidie” (eerste onderdeel van het eerste middel)

40. Het eerste onderdeel van het eerste middel heeft betrekking op het begrip „subsidie” in de zin van artikel 2, lid 1, van richtlijn 93/37 en is specifiek gericht tegen de punten 24 tot en met 35 van het bestreden arrest. Frankrijk is van mening dat belastingverlichtingen niet als subsidie kunnen worden beschouwd volgens deze bepaling.

41. Het begrip subsidie wordt in richtlijn 93/37 niet nader gedefinieerd. Zoals tal van andere onbepaalde rechtsbegrippen kan ook dit begrip een verschillende inhoud hebben al naargelang het deelgebied van het Unierecht waarom het gaat. Zo worden in de bepalingen ter bescherming van de Europese interne markt tegen gesubsidieerde invoer uit derde landen uitdrukkelijk ook belastingverlichtingen onder het begrip subsidie begrepen.<sup>18</sup> In het mededingingsrecht daarentegen vallen belastingverlichtingen wel onder het ruime begrip staatssteun<sup>19</sup>, maar niet onder het engere begrip subsidie.<sup>20</sup> Met dit laatste worden in het mededingingsrecht alleen rechtstreekse betalingen bedoeld.

42. Om inhoud te geven aan artikel 2 van richtlijn 93/37, moet dus door middel van autonome uitlegging worden bepaald welke betekenis het daar gebruikte begrip subsidie heeft.

18 — Artikel 3 van verordening (EG) nr. 597/2009 van de Raad van 11 juni 2009 betreffende bescherming tegen invoer met subsidiëring uit landen die geen lid van de Europese Gemeenschap zijn (PB L 188, blz. 93).

19 — Zo is reeds in het arrest van 2 juli 1974, Italië/Commissie (173/73, Jurispr. blz. 709, punt 28), uitgemaakt dat een maatregel niet buiten de werkingssfeer van artikel 107 VWEU (artikel 92 EEG-verdrag) valt, enkel omdat deze mogelijksterwijs van fiscale aard is; zie ook arrest van 17 november 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, Jurispr. blz. I-10821, punten 58 en 66).

20 — Dat het begrip subsidie enger is dan het begrip steunmaatregel, blijkt onder meer uit de arresten van 23 februari 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Hoge Autoriteit (30/59, Jurispr. blz. 3, 43); 14 september 2004, Spanje/Commissie (C-276/02, Jurispr. blz. I-8091, punt 24), en 8 september 2011, Commissie/Nederland (C-279/08 P, Jurispr. blz. I-7671, punt 86).

43. Het lijkt geen twijfel dat zowel de doelstellingen van artikel 2 van richtlijn 93/37 als de normatieve context van de bepaling op zichzelf gezien een ruime uitlegging van het begrip subsidie ondersteunen, die haar grenzen niet dwingend vindt in rechtstreekse overheidsbetalingen, maar ook andere ondersteuningsmaatregelen zoals de hier besproken belastingverlichtingen kan omvatten. Daarop heeft het Gerecht in zijn arrest terecht gewezen.<sup>21</sup>

44. De uitlegging van artikel 2 van richtlijn 93/37 mag evenwel niet uitsluitend worden gebaseerd op de doelstellingen en de normatieve context van de bepaling, maar moet ook rekening houden met de ontstaansgeschiedenis ervan. Specifiek met betrekking tot deze ontstaansgeschiedenis lijkt het Gerecht in casu niet de juiste conclusies te hebben getrokken.

45. De regeling van artikel 2 van richtlijn 93/37 heeft haar intrede in het Europese aanbestedingsrecht gedaan bij artikel 1 bis van richtlijn 71/305/EEG<sup>22</sup>, zoals gewijzigd bij richtlijn 89/440/EEG.<sup>23 24</sup>

46. Wat artikel 1 bis van richtlijn 71/305 betreft valt op dat zowel de Commissie als het Europese Parlement oorspronkelijk een zeer ruime formulering voorstond, die niet beperkt was tot uitsluitend rechtstreekse subsidieverlening. Zo stelde de Commissie voor, alle vormen van directe of indirecte financiering van opdrachten voor de uitvoering van werken onder artikel 1 bis te brengen.<sup>25</sup> Het in eerste lezing vastgestelde standpunt van het Parlement inzake artikel 1 bis ging eveneens uit van dit zeer ruime financieringsbegrip. Het bevatte zelfs een definitie van het begrip financiering, die naast overheidssubsidies uitdrukkelijk ook de toekenning van belastingvoordelen noemde.<sup>26</sup>

47. Daarentegen refereert de uiteindelijk door de Raad vastgestelde versie van artikel 1 bis van richtlijn 71/305 niet meer in algemene zin aan de financiering van opdrachten voor de uitvoering van werken, maar noemt slechts nog de rechtstreekse subsidiëring van dergelijke opdrachten door aanbestedende diensten.

48. Daarmee heeft de Raad, als toenmalige wetgever, in artikel 1 bis van richtlijn 71/305 – tegen het voorstel van de Commissie en het standpunt van het Parlement in eerste lezing in – gekozen voor een enge formulering die het ruime begrip „financiering” vermijdt en zich beperkt tot de rechtstreekse subsidiëring van meer dan 50 % van opdrachten voor de uitvoering van werken door aanbestedende diensten.

49. Iets anders kan ook niet worden afgeleid uit de gemeenschappelijke verklaring van de Raad en de Commissie, die naar aanleiding van de vaststelling van artikel 1 bis van richtlijn 71/305 is opgenomen in de notulen van de Raad. In die verklaring wordt weliswaar bevestigd dat „alle verschillende vormen van rechtstreekse subsidies” vallen onder artikel 1 bis.<sup>27</sup> Daarentegen kan uit deze verklaring niet

21 — Zie met name de punten 32 en 33 van het bestreden arrest.

22 — Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 185, blz. 5).

23 — Richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989 tot wijziging van richtlijn 71/305/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 210, blz. 1).

24 — In het bestreden arrest is ten onrechte sprake van artikel 1 bis van richtlijn 89/440; dit moet zijn artikel 1 bis van richtlijn 71/305, zoals gewijzigd bij richtlijn 89/440.

25 — In het voorstel van de Commissie voor een richtlijn van de Raad tot wijziging van richtlijn 71/305/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken [COM(86) 679 def.] was de bepaling nog genummerd als artikel 2 bis waarvan lid 1 als volgt luidde: „De lidstaten nemen de nodige maatregelen opdat deze richtlijn wordt nageleefd wanneer investeringen in opdrachten voor de uitvoering van werken, welke door andere instanties dan de in artikel 1, sub b, bedoelde worden geplaatst, geheel of gedeeltelijk, direct of indirect, met overheidsmiddelen worden gefinancierd.”

26 — In eerste lezing pleitte het Parlement voor de volgende formulering die op dat moment nog als artikel 2 bis van richtlijn 71/305 ingevoegd zou worden (PB 1988, C 167, blz. 65): „De lidstaten nemen de nodige maatregelen opdat deze richtlijn wordt nageleefd wanneer de aanbestedende diensten [...] voor meer dan de helft deelnemen in de financiering van investeringen in opdrachten voor de uitvoering van werken, welke door andere instanties dan de in artikel 1, sub b, bedoelde worden geplaatst. Onder financiering wordt verstaan: verlening van overheidssubsidie, rentesubsidie op verstrekte kredieten, verlening van fiscale voordelen, verlening van voordelen in onroerendgoedsector.”

27 — Deze verklaring luidt: „De Raad en de Commissie bevestigen dat bij de toepassing van artikel 1 bis alle verschillende vormen van rechtstreekse subsidie – daaronder begrepen subsidies van communautaire oorsprong – voor de betrokken opdrachten voor de uitvoering van werken zo veel mogelijk in aanmerking moeten worden genomen.”



worden afgeleid dat naast de rechtstreekse subsidies ook andere voordelen zoals belastingverlichtingen binnen de werkingssfeer van artikel 1 bis moeten vallen, of dat dergelijke belastingverlichtingen op hun beurt als rechtstreekse subsidies zouden zijn aan te merken, zoals de Commissie in de procedure voor het Hof aanvoert.

50. Tegen deze achtergrond is de rechtsopvatting van het Gerecht<sup>28</sup> en de Commissie, dat de vermelding van „rechtstreekse subsidie” in artikel 1 bis van richtlijn 71/305 „duidelijk en uitsluitend” is bedoeld om indirecte subsidies uit te sluiten en niet om de werkingssfeer van deze bepaling anderszins te beperken, weinig overtuigend. Want op deze wijze kan niet worden verklaard waarom de Raad de formulering van deze bepaling specifiek heeft beperkt tot subsidieverlening in plaats van het oorspronkelijk gebruikte, veel algemenere begrip „financiering” te handhaven.

51. Gezien deze ontstaansgeschiedenis kan ook het begrip rechtstreekse subsidieverlening in artikel 2 van richtlijn 93/37, als inhoudelijk overeenstemmende opvolger van artikel 1 bis van richtlijn 71/305, nauwelijks zo ruim worden opgevat dat het zelfs belastingverlichtingen omvat. Er bestaat geen aanleiding ervan uit te gaan dat de wetgever in deze bepaling een dermate ruime betekenis aan het begrip subsidie wilde geven.

52. Het Gerecht heeft derhalve blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door ongeacht de bovenbeschreven ontstaansgeschiedenis van artikel 2 van richtlijn 93/37 ook eenvoudige belastingverlichtingen binnen de werkingssfeer van deze bepaling te brengen.

53. Hieruit volgt dat het eerste onderdeel van het eerste middel slaagt. Reeds om die reden is de vernietiging van het bestreden arrest gerechtvaardigd. Indien de door de Franse Staat toegekende belastingverlichtingen voor de renovatie en uitbreiding van het vakantiedorp „Les Boucaniers” niet worden meegerekend, komt het aandeel van de door de overheid voor dit bouwproject verleende rechtstreekse subsidie lager uit dan 50 %, zoals bepaald in artikel 2 van richtlijn 93/37.<sup>29</sup>

*C – Derde middel: „inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding” in de zin van artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/37*

54. Het derde door Frankrijk aangevoerde middel betreft het begrip „inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding” in de zin van artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/37. Frankrijk verwijt het Gerecht dat het dit begrip veel te ruim heeft uitgelegd en daarbij niet heeft bedacht dat het in de bepaling alleen gaat om opdrachten voor de uitvoering van werken die enerzijds voldoen aan de collectieve behoeften van de gebruikers van inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding (zie hieronder, punt 1) en anderzijds het rechtstreekse economische belang van aanbestedende diensten dienen (zie hieronder, punt 2).

1. Relevantie van de collectieve behoeften van de gebruikers van inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding (eerste onderdeel van het derde middel)

55. Het eerste onderdeel van het derde middel is gericht tegen de punten 56 tot en met 63 van het bestreden arrest. Frankrijk verwijt het Gerecht te hebben miskend dat als inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding in de zin van artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/37 alleen die inrichtingen kunnen worden beschouwd die bedoeld zijn om de collectieve behoeften van de gebruikers te dienen.

28 — Punt 35 in fine van het bestreden arrest.

29 — Zie in dit verband hierboven, punten 9-11 van deze conclusie.

a) Ontvankelijkheid

56. De Commissie acht dit eerste onderdeel van het derde middel niet-ontvankelijk, aangezien Frankrijk het argument van de „collectieve behoeften van de gebruikers” van inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding in eerste aanleg niet heeft aangevoerd, maar zich daar heeft gebaseerd op het criterium van de „traditionele behoeften van de aanbestedende diensten”.

57. Dit argument snijdt geen hout. Het is weliswaar juist dat Frankrijk in eerste aanleg – althans in de schriftelijke procedure – het criterium van de „collectieve behoeften van de gebruikers” nog niet heeft gebruikt, maar oorspronkelijk heeft gesteld dat artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/37 van toepassing is op opdrachten die naar hun aard binnen de sfeer van de traditionele behoeften van de aanbestedende diensten vallen. Dat Frankrijk thans refereert aan de collectieve behoeften van de gebruikers is evenwel slechts een verdere uitwerking van het betoog van Frankrijk, die het voorwerp van het geding niet wijzigt en dus in hogere voorziening is toegestaan.<sup>30</sup>

58. Bijgevolg is dit eerste onderdeel van het derde middel ontvankelijk.

b) Ten gronde

59. In wezen verschillen partijen in het kader van dit eerste onderdeel van het derde middel van mening over de vraag of het begrip inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding in de context van artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/37 eng of ruim dient te worden uitgelegd.

60. Het Gerecht heeft zich in het bestreden arrest uitgesproken voor een ruime uitlegging, die het ook wel heeft aangeduid als „functionele uitlegging”.<sup>31</sup> Op grond daarvan vallen zelfs opdrachten voor de uitvoering van werken in verband met particuliere vakantiedorpen, zoals „Les Boucaniers” van Club Méditerranée, binnen de werkingssfeer van de aanbestedingsregels voor de uitvoering van werken, steeds verondersteld dat zij rechtstreeks voor meer dan 50 % worden gesubsidieerd door de aanbestedende diensten.

61. Deze uitlegging van het begrip inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding overtuigt mij niet.

i) Het vereiste van restrictieve uitlegging van het begrip inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding

62. De bewoordingen van artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/37 kunnen weliswaar op het eerste gezicht ook van toepassing zijn op particuliere vakantiedorpen zoals het onderhavige. Echter, daartegen verzet zich zowel de doelstelling van artikel 2 van richtlijn 93/37 als de samenhang waarin deze bepaling de betrokken inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding onder de richtlijn brengt.

63. Artikel 2 van richtlijn 93/37 houdt geen algemene uitbreiding van het aanbestedingsrecht in tot alle particuliere bouwprojecten wanneer deze voor meer dan 50 % met publieke middelen worden gesubsidieerd.

30 — Zie de in voetnoot 17 aangehaalde rechtspraak.

31 — Bestreden arrest, inzonderheid punt 30 in fine en punt 59.

64. Artikel 2 van richtlijn 93/37 moet enkel voorkomen dat de aanbestedingsregels en de hiermee nagestreefde doelstellingen *op bepaalde gebieden* worden ontdoken.<sup>32</sup> Om die reden betreft artikel 2 particuliere opdrachten voor de uitvoering van werken, op juist deze gebieden in de werkingssfeer van de richtlijn, voor zover deze projecten voor meer dan 50 % rechtstreeks worden gesubsidieerd door aanbestedende diensten. Dat het hierbij niet gaat om een bepaling die zomaar kan worden veralgemeend, maar om een uitputtende opsomming, blijkt niet in de laatste plaats uit de formulering „heeft slechts betrekking op” in artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/37.

65. Verder blijkt uit vergelijking met de andere in artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/37 genoemde gebieden dat het uitsluitend gaat om opdrachten betreffende de vervoersinfrastructuur<sup>33</sup> of bouwwerken die of aan het publiek ter beschikking staan (scholen, universiteiten, ziekenhuizen) of door een aanbestedende dienst zelf worden gebruikt (gebouwen met een administratieve bestemming).

66. Tegen deze achtergrond moet ook het begrip inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding in artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/37 restrictief worden uitgelegd, zoals het Hof overigens ook reeds heeft gedaan ten aanzien van andere bepalingen van het Europese aanbestedingsrecht.<sup>34</sup> In tegenstelling tot de opvatting van de Commissie wordt hierdoor geenszins aan artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/37 een aanvullend criterium toegevoegd dat door de Uniewetgever niet was bedoeld. Alleen een restrictieve uitlegging van het begrip inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding is immers in overeenstemming met het doel en de normatieve context van het gebruik van dit begrip door de wetgever in richtlijn 93/37. Hierop heeft Frankrijk terecht gewezen.

ii) Criteria voor de restrictieve uitlegging van het begrip inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding

67. Hoewel Frankrijk moet worden toegegeven dat het begrip inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding in artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/37 restrictief moet worden uitgelegd, ben ik er niet van overtuigd dat de door deze lidstaat voorgestelde criteria een geschikte leidraad voor een dergelijke uitlegging vormen.

68. Het criterium „voorzien in de collectieve behoeften van de gebruikers” van inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding waar Frankrijk zich in deze hogere voorziening op baseert, lijkt te vaag om een geschikte maatstaf te kunnen zijn voor de uitlegging en toepassing van artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/37. Hierbij komt dat de meeste van de in deze bepaling genoemde inrichtingen (scholen, universiteiten, ziekenhuizen, maar ook inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding) in de regel bedoeld zijn om (althans mede) in de individuele behoeften van hun gebruikers te voorzien.<sup>35</sup> Uiteindelijk is minder van belang of „individuele” of „collectieve” belangen van de gebruikers worden gediend, als wel of het te bouwen bouwwerk in het belang van het publiek is.

32 — Conclusie van advocaat-generaal Léger van 7 december 2000 in de zaak *Ordine degli Architetti e.a.* (C-399/98, Jurispr. blz. I-5409, punt 106); zie ook punt 30 van het bestreden arrest.

33 — Dit zijn de opdrachten van klasse 50, groep 502, van de „Algemene systematische bedrijfsindeling in de Europese Gemeenschappen” (NACE), waaraan in artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/37 wordt gerefereerd.

34 — Zie bijvoorbeeld de restrictieve uitlegging van het begrip „overheidsopdracht”, die quasi-inhouseopdrachten uitsluit; vaste rechtspraak sinds het arrest van 18 november 1999, *Teckal* (C-107/98, Jurispr. blz. I-8121, punt 50, tweede zin).

35 — Het bezoek aan een ziekenhuis is afhankelijk van de gezondheidstoestand van de betrokken gebruiker en daarmee dus uitermate individueel. Ook het bezoek aan opleidingsinstellingen is geheel of gedeeltelijk afhankelijk van de individuele capaciteiten en voorkeuren van ieder afzonderlijke persoon.

69. Ook het door Frankrijk in eerste aanleg voorgestelde criterium „traditionele behoefte van de aanbestedende diensten” lijkt mij niet geschikter. Het is te eenzijdig toegesneden op de traditionele taken van overheidsinstellingen en gaat eraan voorbij dat deze taken in de loop der tijd kunnen veranderen en zich uitbreiden. Een redelijke uitlegging van artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/37 moet tevens rekening houden met dit gezichtspunt.

70. Mijn voorstel luidt derhalve artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/37 in die zin op te vatten dat daaronder uitsluitend particuliere opdrachten voor de uitvoering van werken vallen, die door aanbestedende diensten ter vervulling van hun taken van *algemeen belang* worden gesubsidieerd. Het algemeen belang is een in het Unierecht gebruikelijk concept<sup>36</sup>, dat bovendien voldoende open is om rekening te kunnen houden met enerzijds de verschillende behoeften in de afzonderlijke lidstaten en hun talrijke territoriale overheden, en anderzijds nieuwere ontwikkelingen binnen het takenpakket van overheidsinstellingen. Verder zou op deze wijze kunnen worden gezorgd voor coherentie tussen het aanbestedingsrecht en het Europese mededingingsrecht.

71. Ofschoon noch Frankrijk noch de Commissie zich in casu concreet heeft uitgesproken voor het criterium van het algemeen belang, is dit geen beletsel voor het Hof om zich bij de uitlegging en toepassing van artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/37 te baseren op juist dit criterium. De rechter is immers niet „de mond van partijen”.<sup>37</sup> Hij kan dan ook niet verplicht zijn enkel argumenten in zijn beschouwing te betrekken die de partijen tot staving van hun aanspraken hebben aangevoerd. Anders zou hij zich in voorkomend geval gedwongen kunnen zien zijn beslissing op onjuiste overwegingen rechtens te baseren.<sup>38</sup>

72. Indien artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/37 dus zo wordt uitgelegd dat daaronder *niet alle* inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding vallen, maar slechts die welke het algemene belang dienen – bijvoorbeeld voor het publiek toegankelijke groen- en sportvoorzieningen, bibliotheken en musea –, heeft het Gerecht in casu blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

73. Het eerste onderdeel van het derde middel is derhalve gegrond.

2. Het rechtstreekse economische belang van de aanbestedende dienst (tweede onderdeel van het derde middel)

74. In het tweede onderdeel van het derde middel kritiseert Frankrijk met name punt 64 van het bestreden arrest. Frankrijk is van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door ervan uit te gaan dat het begrip „opdrachten voor de uitvoering van werken” in de zin van artikel 2 van richtlijn 93/37 los van het begrip „overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken” in de zin van artikel 1, sub a, van deze richtlijn dient te worden uitgelegd. Naar de opvatting van Frankrijk heeft echter zowel artikel 1, sub a, als artikel 2 van richtlijn 93/37 slechts betrekking op opdrachten voor de uitvoering van werken die het rechtstreekse economische belang van de aanbestedende dienst dienen.

75. De door Frankrijk aangevoerde argumenten zijn overtuigend.

36 — Zie bijvoorbeeld de mededeling van de Commissie „Diensten van algemeen belang in Europa” (PB 2001, C 17, blz. 4) alsmede het rapport van de Commissie aan de Europese Raad van Laken „Diensten van algemeen belang” [COM(2001) 598 definitief].

37 — In die zin reeds advocaat-generaal Léger in zijn conclusie van 2 april 1998 in de zaak Parlement/Gutiérrez de Quijano y Lloréns (C-252/96 P, Jurispr. blz. I-7421, punt 36).

38 — In die zin beschikking van 27 september 2004, UER/M6 e.a. (C-470/02 P, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 69), en arrest van 21 september 2010, Zweden e.a./API en Commissie (C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, Jurispr. blz. I-8533, punt 65).

76. Opdrachten voor de uitvoering van werken in de zin van artikel 2 van richtlijn 93/37 verschillen van die van artikel 1, sub a, van deze richtlijn enkel en alleen doordat zij niet door *aanbestedende diensten* worden geplaatst maar door *andere instellingen* – vooral particuliere ondernemingen –, en wel met een rechtstreekse subsidie van meer dan 50 % van de aanbestedende diensten.

77. Reeds naar zijn bewoordingen – zie de formulering „opdrachten voor de uitvoering van werken” – sluit artikel 2 van richtlijn 93/37 aan bij de begripsbepaling die in artikel 1, sub a, voor de gehele richtlijn is vastgelegd en die van substantieel belang is voor de materiële werkingssfeer van juist deze richtlijn.

78. Ook de doelstelling van artikel 2 van richtlijn 93/37 pleit voor een uitlegging van het begrip opdracht voor de uitvoering van werken die berust op de algemene definitie in artikel 1, sub a, van de richtlijn. Artikel 2 van de richtlijn moet immers voorkomen dat de Europese aanbestedingsregels worden ontdoken door de inschakeling van particulieren.<sup>39</sup> Artikel 2 kan bijgevolg geen andere opdrachten voor de uitvoering van werken binnen de werkingssfeer van de richtlijn brengen dan die waarvoor ook een aanbestedingsprocedure moet plaatsvinden wanneer zij door een aanbestedende dienst zelf en niet door een particulier worden geplaatst.

79. Indien dus in het normale geval van artikel 1, sub a, van richtlijn 93/37 alleen sprake is van een opdracht voor de uitvoering van werken indien de werken in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst worden uitgevoerd<sup>40</sup>, geldt dit te meer in het bijzondere geval van artikel 2 van richtlijn 93/37. Ook de daarin bedoelde werken kunnen alleen binnen de werkingssfeer van richtlijn 93/37 vallen, indien zij een rechtstreeks economisch belang vertegenwoordigen voor de aanbestedende diensten die een rechtstreekse subsidie van meer dan 50 % verlenen voor deze werken.

80. Zoals het Hof heeft aangegeven, kan een rechtstreeks economisch belang vooral aanwezig zijn wanneer is bepaald dat de aanbestedende dienst eigenaar zal worden van het uit te voeren werk, dat hij een gebruiksrecht daarop zal verkrijgen of dat hij de economische voordelen zal genieten of de economische risico's zal dragen verbonden aan het toekomstige gebruik van het werk.<sup>41</sup> Van dit alles kan geen sprake zijn in een geval als het onderhavige, waarin een particulier bouwproject uitsluitend financieel – in het kader van de verlening van structurele bijstand – door aanbestedende diensten werd gesteund.

81. Het enkele feit dat een particulier bouwproject positieve gevolgen kan hebben voor de algemene economische ontwikkeling van een regio, zoals dit bij een renovatie en uitbreiding van een particulier vakantiedorp het geval kan zijn, is evenwel niet voldoende om een rechtstreeks economisch belang van de overheidsinstellingen aan te nemen die dit bouwproject rechtstreeks hebben gesubsidieerd. Deze publieke investeerders hebben hooguit een *indirect* economisch belang bij de uitgevoerde werken.

82. Ook in dit opzicht heeft het Gerecht derhalve blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging en toepassing van artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/37. Het tweede onderdeel van het derde middel is derhalve eveneens gegrond.

39 — Zie boven, punt 64 van deze conclusie.

40 — In die zin arresten van 25 maart 2010, Helmut Müller (C-451/08, Jurispr. blz. I-2673, punten 49, 54, 57 en 58), en 15 juli 2010, Commissie/Duitsland (C-271/08, Jurispr. blz. I-7091, punt 75), met betrekking tot de opvolgster van richtlijn 93/37, te weten richtlijn 2004/18.

41 — Zie arrest Helmut Müller (aangehaald in voetnoot 40, punten 50-52). De achtergrond van het criterium „rechtstreeks economisch belang” is onlangs belicht door advocaat-generaal Wathelet in zijn conclusie van 11 april 2013 in de zaak Commissie/Nederland (C-576/10, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 108-113); zie ook conclusie van advocaat-generaal Mengozzi van 17 november 2009 in de zaak Helmut Müller (aangehaald in noot 40, punten 46-62).



### 3. Slotopmerking over het derde middel

83. Met betrekking tot beide onderdelen van het derde middel voert de Commissie verder nog aan dat een ruime uitlegging van artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/37, zoals door het Gerecht voorgestaan, tot doel heeft een onpartijdige verstrekking van publieke middelen te verzekeren.<sup>42</sup>

84. Het is juist dat ook dit gezichtspunt onderdeel is van de doelstellingen van de bepalingen van het Europese aanbestedingsrecht. Maar ook deze doelstelling kan echter geen aanleiding zijn voor een ruime uitlegging van artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/37 die in strijd is met de systematiek van de richtlijn. De wetgever heeft beslist dat deze doelstelling moet worden gerealiseerd door niet alle, maar slechts bepaalde particuliere bouwprojecten onder de bepalingen van richtlijn 93/37 te laten vallen.

85. In aanvulling hierop wil ik er nog op wijzen dat de fundamentele vrijheden van de Europese interne markt – met name de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten – reeds een discriminatieverbod omvatten, dat tevens een transparantieplichting inhoudt.<sup>43</sup> Op grond van deze beginselen mogen aanbestedende diensten ook buiten de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen geen particuliere opdrachten voor de uitvoering van werken op niet-transparante of discriminerende wijze met overheidsmiddelen subsidiëren of bekostigen. Een ruime uitlegging van artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/37 is daarvoor niet nodig.

### D – *Samenvatting*

86. Aangezien het eerste onderdeel van het eerste middel alsmede beide onderdelen van het derde middel gegrond zijn, dient het bestreden arrest te worden vernietigd.

## VI – **Beslissing op het beroep in eerste aanleg**

87. Krachtens artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie kan het Hof de zaak zelf afdoen wanneer deze in staat van wijzen is, dan wel haar voor afdoening verwijzen naar het Gerecht.

88. In casu heeft het Gerecht in zijn arrest de in de procedure in eerste aanleg door Frankrijk aangevoerde middelen uitvoerig onderzocht. Bovendien hebben partijen in de procedure voor het Gerecht alsook in hogere voorziening voor het Hof gelegenheid gehad hun standpunten met betrekking tot alle voor de beslechting van deze zaak relevante aspecten uiteen te zetten. De feiten behoeven geen verdere opheldering. Derhalve is de zaak in staat van wijzen.

89. Indien artikel 2 van richtlijn 93/37 wordt uitgelegd en toegepast zoals ik boven in het kader van het eerste en derde middel heb voorgesteld<sup>44</sup>, is het door Frankrijk ingestelde beroep tot nietigverklaring gegrond. Want enerzijds is het particuliere vakantiedorp „Les Boucaniers” niet voor meer dan 50 % rechtstreeks gesubsidieerd, indien de door de Franse staat toegekende belastingverlichtingen niet worden meegerekend. Anderzijds kan dit vakantiedorp niet worden beschouwd als inrichting voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding in de zin van deze bepaling. Zelfs wanneer men ervan uitgaat dat ook de lokale inwoners van Martinique incidenteel – als dagbezoekers tegen vergoeding – gebruikmaken van het recreatieaanbod van het vakantiedorp, verliest het vakantiedorp niet zijn karakter van hotelcomplex waarmee uitsluitend particuliere belangen worden gediend en geen diensten van algemeen belang worden verricht.

42 — De Commissie verwijst naar punt 31 van het bestreden arrest.

43 — Arresten van 7 december 2000, Telaustria en Telefonadress (C-324/98, Jurispr. blz. I-10745 punten 60-62); 21 juli 2005, Coname (C-231/03, Jurispr. blz. I-7287, punten 16 en 17), en 13 april 2010, Wall (C-91/08, Jurispr. blz. I-2815, punt 68).

44 — Zie de punten 54-82 van deze conclusie.

90. Dientengevolge moet de litigieuze beschikking van de Commissie nietig worden verklaard (artikel 264, eerste alinea, VWEU).

## VII – Kosten

91. Volgens artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie beslist het Hof over de kosten wanneer de hogere voorziening gegrond is en het Hof de zaak zelf afdoet.<sup>45</sup>

92. Volgens artikel 138, lid 1, juncto artikel 184, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd.

93. In zijn beroep tot nietigverklaring in eerste aanleg heeft Frankrijk verzocht de Commissie te verwijzen in de kosten. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, moet zij in de kosten van de procedure in eerste aanleg worden verwezen.

94. In hogere voorziening heeft Frankrijk echter geen kostenveroordeling gevorderd. Derhalve lijkt het gerechtvaardigd beide partijen in zoverre te verwijzen in de eigen kosten.

## VIII – Conclusie

95. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

- „1) Het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 16 december 2011 in zaak T-488/10, Frankrijk/Commissie, wordt vernietigd.
- 2) Beschikking C(2010) 5229 van de Europese Commissie van 28 juli 2010 wordt nietig verklaard.
- 3) De Europese Commissie wordt verwezen in de kosten in eerste aanleg. Voor het overige zal elke partij haar eigen kosten dragen.”

45 — Overeenkomstig het algemene beginsel dat nieuwe procesregels toepasselijk zijn op alle bij hun inwerkingtreding aanhangige gedingen (vaste rechtspraak, zie bijvoorbeeld arrest van 12 november 1981, *Meridionale Industria Salumi e.a.*, 212/80-217/80, *Jurispr.* blz. 2735, punt 9), geldt voor de kostenbeslissing in het onderhavige geval het Reglement voor de procesvoering van 25 september 2012, dat op 1 november 2012 in werking is getreden (in die zin ook arrest van 15 november 2012, *Raad/Bamba*, C-417/11 P, punten 91 en 92). Inhoudelijk is er evenwel geen verschil met artikel 69, lid 2, juncto artikel 118 en artikel 122, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering van 19 juni 1991.