



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JULIANE KOKOTT
föredraget den 18 april 2013¹

Mål C-115/12 P

**Republiken Frankrike
mot**

Europeiska kommissionen

”Överklagande — Strukturfonder — Europeiska regionala utvecklingsfonden (Eruf) — Unionens strukturåtgärder i regionen Martinique i Frankrike — Innehållande av finansiellt stöd — Artikel 2 i direktiv 93/37/EEG — Offentlig upphandling — Koordinering av upphandlingsförfarandet för offentliga byggtreprenadkontrakt — Direkt subventionering av en byggtreprenad som tilldelats av ett privat organ — Sport-, nöjes- och fritidsanläggningar — Renoverings- och utbyggnadsarbeten på en hotellanläggning som drivs av en privat aktör”

I – Inledning

1. Under vilka omständigheter måste privata byggprojekt som i väsentlig utsträckning beviljas stöd eller främjas av staten vara föremål för ett upphandlingsförfarande enligt de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling? Detta är den i huvudsak obesvarade fråga som domstolen har att ta ställning till i förevarande mål om överklagande som rör användning av medel från en av de europeiska strukturfonderna.

2. Bakgrund till tvisten utgör ett privat byggprojekt i den franska regionen Martinique från år 2003, vid vilket en semesterby som drevs av ett privat bolag renoverades och byggdes ut. Detta byggprojekt beviljades statligt stöd med över 50 procent, bland annat med medel från Europeiska regionala utvecklingsfonden (Eruf).

3. När det visade sig att nämnda byggprojekt hade genomförts utan något upphandlingsförfarande, i den mening som avses i unionsbestämmelserna, fastställde Europeiska kommissionen den 28 juli 2010 genom beslut K(2010) 5229 att stödet från Eruf till detta projekt skulle innehållas² (nedan kallat det angripna beslutet). Kommissionen åberopade i detta avseende principen att stöd från unionens strukturfonder enbart får beviljas för projekt som är förenliga med gemenskapspolitiken, bland annat med politiken inom området för offentlig upphandling. Sedan dess tvistar Frankrike och kommissionen om huruvida det enligt bestämmelserna om offentlig upphandling verkligen krävdes ett genomförande av ett upphandlingsförfarande vad gällde byggarbetena för att renovera och bygga ut den aktuella privata semesterbyn.

1 — Originalspråk: tyska.

2 — Kommissionens beslut K(2010) 5229 av den 28 juli 2010 om nedsättning av en del av det stöd som beviljats ur Europeiska regionala utvecklingsfonden (Eruf) med stöd av det samlade programdokumentet för mål 1 för gemenskapens strukturåtgärd i regionen Martinique i Frankrike.

4. Det är i detta sammanhang avgörande huruvida den aktuella semesterbyn i upphandlingsrättsligt hänseende kan hänföras till kategorin ”sport-, nöjes- och fritidsanläggningar”. Just vad gäller sådana anläggningar ska bestämmelserna om offentlig upphandling iakttas även om upprättandet sker på uppdrag av privatpersoner, under förutsättning att det aktuella projektet till över 50 procent finansieras direkt av staten.

5. Dessutom uppkommer frågan huruvida skattelättnader kan anses utgöra direkt stöd, i den mening som avses i de aktuella bestämmelserna.

II – Tillämpliga bestämmelser

6. Den unionsrättsliga ramen i detta fall utgörs av direktiv 93/37/EEG.³ Artikel 2 i nämnda direktiv hade följande lydelse⁴:

”1. Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att de upphandlande myndigheterna skall följa detta direktiv eller garantera att det följs, om dessa till mer än 50 procent direkt subventionerar ett kontrakt som tilldelas av annat organ än dem själva.

2. Punkt 1 skall gälla endast kontrakt som täcks av klass 50, grupp 502 av allmänna näringsgrensindelningen inom Europeiska gemenskapen (NACE-nomenklaturen) och kontrakt som rör uppförande av sjukhus och sjukhem, anläggningar för sport, rekreation och fritid och av byggnader för skolor, universitet och administration.”

7. Som komplettering vill jag hänvisa till artikel 1 a i direktiv 93/37, som hade följande ordalydelse:

”Vid tillämpningen av detta direktiv gäller följande:

offentliga byggtreprenadkontrakt avser skriftliga avtal med ekonomiska villkor som ingåtts mellan en entreprenör och en under led b) närmare angiven upphandlande myndighet som avser antingen utförande eller såväl projektering som utförande av byggtreprenader ... eller av en byggtreprenad i den mening som avses i led c) eller utförande ... av en byggtreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat.”

8. I förevarande mål är bestämmelserna i direktiv 93/37 tillämpliga genom en hänvisning i artikel 12 i förordning (EG) nr 1260/1999, som innehåller allmänna bestämmelser för unionens strukturfonder.⁵ I nämnda bestämmelse föreskrivs följande under rubriken ”Förenlighet”:

”De insatser som finansieras av fonderna eller av EIB eller andra finansieringsorgan skall vara förenliga med bestämmelserna i fördraget, med de rättsakter som antagits med stöd av detta samt med gemenskapens politik och program, inklusive den som rör konkurrensregler, offentlig upphandling, miljöskydd och miljövård, undanröjande av bristande jämställdhet mellan kvinnor och män samt främjande av jämställdhet mellan dem.”

3 — Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfaranden för offentlig upphandling avseende bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54). Detta direktiv har numera upphävts och ersatts genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114), vilket skulle ha införlivats senast den 31 januari 2006. I förevarande mål ska emellertid direktiv 93/37 tillämpas, eftersom detta direktiv var tillämpligt i tidsmässigt hänseende avseende beviljande av Eruf-stöd till renoveringen och utbyggnaden av semesterbyn ”Les Boucaniers”.

4 — Denna bestämmelse motsvaras numera i huvudsak av artikel 8 i direktiv 2004/18, vilken vid sidan om byggtreprenadkontrakt även är tillämplig på tjänster, i båda fallen dock endast över ett visst ekonomiskt tröskelvärde.

5 — Rådets förordning (EG) nr 1260/1999 av den 21 juni 1999 om allmänna bestämmelser för strukturfonderna (EGT L 161, s. 1).

III – Bakgrund till tvisten

9. Société martiniquaise des villages de vacances (nedan kallad SMVV) driver semesterbyn "Les Boucaniers" i den franska regionen Martinique som tillhör Club Méditerranée. År 2003 beslutade SMVV att renovera och bygga ut anläggningen. Kostnaden för byggentreprenaden uppskattades till cirka 49 980 000 euro.

10. För detta projekt beviljade regionen Martinique stöd på cirka 2 500 000 euro och dessutom beviljade den franska staten skattelättnader på cirka 16 690 000 euro.⁶ Genom beslut K(2004) 4142 av den 18 oktober 2004 fastställde Europeiska kommissionen i sin tur ekonomiskt stöd på 12 460 000 euro från Eruf, vilket motsvarar 24,93 procent av de stödberättigande totala kostnaderna för projektet.

11. Efter en prövning som genomfördes år 2007 riktade emellertid Europeiska revisionsrätten en invändning mot det av kommissionen beviljade Eruf-stödet, eftersom det inte hade genomförts någon offentlig upphandling av byggentreprenaden för renoveringen och utbyggnaden av semesterbyn "Les Boucaniers" i strid med artikel 2 i direktiv 97/37, fastän projektet till sammanlagt 63,33 procent hade finansierats genom statligt stöd.

12. Revisionsrättens invändningar gav upphov till en längre korrespondens och medförde slutligen att kommissionen genom det angripna beslutet slog fast att Erufs finansiella stöd till renoveringen och utbyggnaden av semesterbyn "Les Boucaniers" skulle innehållas helt. Eftersom denna byggentreprenad hade erhållit stöd som del av en samlad programplanering för unionens strukturåtgärder i regionen Martinique,⁷ medförde kommissionens beslut i tekniskt hänseende en motsvarande nedsättning av unionens sammantagna strukturåtgärder i nämnda region.

13. I första instans vann den talan om ogiltigförklaring av det angripna beslutet som Frankrike väckte den 11 oktober 2010 ingen framgång. Tribunalen ogillade talan i sin dom av den 16 december 2011⁸ (nedan även kallad den överklagade domen) och förpliktade Frankrike att ersätta rättegångskostnaderna.

IV – Förfarandet vid domstolen

14. Genom en skrivelse av den 1 mars 2012 överklagade Republiken Frankrike tribunalens dom. Frankrike har yrkat att domstolen ska

- upphäva den dom som Europeiska unionens tribunal meddelade den 16 december 2011 i mål T-488/10, Frankrike mot kommissionen, och
- själv slutligt avgöra målet genom att ogiltigförklara kommissionens beslut K(2010) 5229 av den 28 juli 2010, eller återförvisa målet till tribunalen.

15. Kommissionen har å sin sida yrkat att domstolen ska

- förklara att den andra delen av den första grunden för överklagande och den första delen av den tredje grunden för överklagande inte kan upptas till sakprövning och, i andra hand, att de saknar stöd, samt ogilla överklagandet, och

6 — Dessa skattelättnader grundas på artikel 199 i bilaga B I till den allmänna franska skattelagen (Code général des impôts).

7 — Genom beslut K(2000) 3493 av den 21 december 2000 hade kommissionen för åren 2000–2006 beviljat stöd från Eruf till den i ett dokument samlade programplaneringen för mål 1 avseende gemenskapens strukturåtgärder i regionen Martinique i Frankrike som uppgick till upp till 17 150 000 euro.

8 — Tribunalens dom i mål T-488/10, Frankrike mot kommissionen (ej publicerad i rättsfallssamlingen).

— förplikta Frankrike att ersätta rättegångskostnaderna.

16. Överklagandet har handlagts skriftligen vid domstolen och muntlig förhandling har hållits den 11 mars 2013.

V – Bedömning av överklagandet

17. Frankrike har i sitt överklagande åberopat tre grunder. Grunderna avser begreppet ”direkt subventionering” samt begreppet ”sport-, nöjes- och fritidsanläggningar” i den mening som avses i artikel 2 i direktiv 93/37 (den första och den tredje grunden för överklagandet). Vidare hävdas det att tribunalen har förvanskat de faktiska omständigheterna samt ersatt motiveringen av det angripna beslutet (andra grunden för överklagandet). Jag ska nedan först pröva den andra grunden för överklagandet innan jag behandlar den första och den tredje grunden för överklagandet.

A – Andra grunden för överklagandet: Påståendet att tribunalen har förvanskat innehållet i det angripna beslutet och ersatt dess motivering

18. Genom den andra grunden för överklagande har Frankrike ifrågasatt andra meningen i punkt 43 i den överklagade domen. I denna del av domen har tribunalen slagit fast att kommissionen baserade sig på syftet med hela semesterbyn när den i det angripna beslutet prövade projektet för den kompletta renoveringen av semesterbyn ”Les Boucaniers”.⁹

19. Frankrike gör gällande att tribunalen har förvanskat innehållet i det angripna beslutet på denna punkt samt ersatt kommissionens motivering. Frankrike anser att kommissionen i det angripna beslutet inte utgick från syftet med hela semesterbyn, utan uteslutande från vilken typ av arbete som har utförts. I detta avseende hänvisar Frankrike särskilt till punkterna 31 och 32 i det angripna beslutet.

20. Enligt fast rättspraxis kan unionsdomstolarna vid en talan om ogiltigförklaring således inte i något fall ersätta den motivering som upphovsmannen till den överklagade rättsakten har lämnat med en egen motivering.¹⁰ Inte heller får unionsdomstolarna förvanska innehållet i den angripna handlingen.¹¹

21. Syftet med påståendena att det angripna beslutet har förvanskats respektive att motiveringen av detta beslut har ersatts är i slutändan detsamma. Tribunalen beskylls i båda fallen för att ha ”tolkat in” någonting i det angripna beslutet som det inte innehåller. Båda påståendena kan sålunda prövas gemensamt.

9 — På rättegångsspråket har punkt 43 i den överklagade domen följande lydelse: ”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 av den 27 januari 2000 i mål C-164/98 P, DIR International Film m.fl. mot kommissionen (REG 2000, s. I-447), punkterna 38 och 49, av den 1 juni 2006 i de förenade målen C-442/03 P och C-471/03 P, P&O European Ferries (Vizcaya) och Diputación Foral de Vizcaya mot kommissionen (REG 2006, s. I-4845), punkterna 60 och 67, av den 22 december 2008 i mål C-487/06 P, British Aggregates mot kommissionen (REG 2008, s. I-10515), punkt 141, och av den 24 januari 2013 i mål C-73/11 P, Frucona Košice mot kommissionen, punkt 89.

11 — Enligt fast praxis ska domstolen vid ett överklagande pröva huruvida tribunalen har förvanskat faktiska omständigheter eller bevisning (se, exempelvis, dom av den 18 januari 2007 i mål C-229/05 P, PKK och KNK mot rådet (REG 2007, s. I-439), punkterna 35 och 37, av den 18 juli 2007 i mål C-326/05 P, Industrias Químicas del Vallés mot kommissionen (REG 2007, s. I-6557), punkt 57, och av den 9 juni 2011 i de förenade målen C-71/09 P, C-73/09 P och C-76/09 P, Comitato ”Venezia vuole vivere” mot kommissionen (REU 2011, s. I-4727), punkterna 152 och 153.

22. Kommissionen har enligt min mening inte tagit ställning på ett särskilt tydligt sätt i det angripna beslutet. Förvisso ligger fokus i punkterna 31 och 32 i nämnda beslut på de enskilda arbeten som utförts i samband med renoveringen och utbyggnaden av semesterbyn "Les Boucaniers". Detta har Frankrike med rätta påpekat. Samtidigt talas det i det angripna beslutet emellertid även om att projektet utgör ett "enhetligt projekt" eller ett "sammansatt projekt" (punkterna 28 och 31 i det angripna beslutet).

23. Det är mot denna bakgrund inte uteslutet att kommissionen i sitt beslut utöver typen av genomförda arbeten även har beaktat syftet med hela semesterbyn "Les Boucaniers". Det angripna beslutet är åtminstone öppet för tolkning i detta hänseende, vilket innebär att tribunalen genom sin tolkning i slutändan inte kan anklagas för att ha förvanskat detta beslut,¹² lika lite som för att ha ersatt beslutets motivering.

24. Överklagandet kan följaktligen inte bifallas såvitt avser den andra grunden.

B – Första grunden för överklagande: Begreppet "direkt subventionerar" i artikel 2.1 i direktiv 93/37

25. Frankrike har genom sin första grund för överklagande gjort gällande att tribunalen har missuppfattat begreppet "direkt subventionerar" i artikel 2.1 i direktiv 93/37.

26. Bakgrunden till denna invändning är att det stöd som den franska staten beviljade för renoveringen och utbyggnaden av semesterbyn "Les Boucaniers" inte utgjordes av subventioner i form av pengar, utan av skattelättnader som dessutom, enligt Frankrike, inte beviljades bolaget Club Méditerranée som innehavare av semesterbyn eller SMMV som entreprenör, utan en fysisk person som i egenskap av delägare i ett privat *société en nom collectif*¹³ som hade investerat i denna byggentreprenad.¹⁴

27. Frankrike bestrider att sådana skattelättnader kan anses utgöra "direkta subventioner", i den mening som avses i artikel 2.1 i direktiv 93/37, eftersom de inte har karaktären av subvention och dessutom inte medför någon direkt subventionering. Det förefaller lämpligt att först pröva sistnämnda omständighet.

1. Fråga huruvida subventioneringen är "direkt" (andra delen av den första grunden för överklagandet)

28. Den andra delen av den första grunden för överklagande gäller begreppet "direkta" subventioner, i den mening som avses i artikel 2.1 i direktiv 93/37, och avser särskilt punkterna 36 och 37 i den överklagade domen. Frankrike anser att tribunalen har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att slå fast att skattelättnaderna för byggentreprenaden utgjorde direkta subventioner fastän dessa lättnader varken beviljades entreprenören eller ägaren av semesterbyn "Les Boucaniers", utan delägarna i ett privat *société en nom collectif*.

Upptagande till sakprövning

29. Kommissionen anser att denna del av den första grunden för överklagande inte kan tas upp till sakprövning, eftersom detta innebär ett ifrågasättande av tribunalens bedömning av de faktiska omständigheterna och av bevisningen samt att Frankrike anför nya argument som inte har gjorts gällande i första instans.

12 — Se, för ett liknande resonemang, avseende en handling som kunde tolkas på flera olika sätt, dom av den 10 februari 2011 i mål C-260/09 P, Activision Blizzard Germany mot kommissionen (REU 2011, s. I-419), punkt 54.

13 — *Société en nom collectif* (SNC) enligt fransk rätt utgör ett handelsbolag i vilket delägarna ansvarar personligen med hela sin förmögenhet.

14 — Kommissionen har emellertid framhållit att skattelättnaderna till *société en nom collectif* som sådana har beviljats för den omtvistade entreprenaden.

30. Denna invändning är inte övertygande.

31. Frankrikes påstående har *inte* till syfte att ifrågasätta tribunalens bedömning av de faktiska omständigheterna beträffande vem som har åtnjutit skattelättnaderna, eftersom tribunalen ändå inte har gjort några sådana fastställelser i den överklagade domen. Tvärtom kritiserar Frankrike den tolkning som tribunalen har gjort av artikel 2.1 i direktiv 93/37 samt klassificeringen av de konkret beviljade skattelättnaderna som "direkta" subventioner. Detta innebär i slutändan en prövning av den rättsliga kvalificering som tribunalen har gjort av de faktiska omständigheterna som domstolen enligt fast praxis är behörig att pröva i mål om överklagande.¹⁵

32. Det är, tvärtom vad kommissionen har hävdat, även utan betydelse huruvida Frankrike har anfört argument som särskilt rör problematiken med den "direkta" subventioneringen redan vid förfarandet i första instans. Det står nämligen klart att tribunalen har behandlat denna fråga i punkterna 36 och 37 i den överklagade domen. Det måste vara möjligt att pröva tribunalens resonemang vid ett överklagande. Det är erkänt i rättspraxis att domstolen är behörig att pröva den rättsliga bedömningen av de punkter som har åberopats i den lägre instansen.¹⁶

33. Det är möjligt att Frankrike inte redan gjorde gällande i första instans att det inte förelåg någon direkt subventionering till *entreprenören* eller *ägaren* till semesterbyn, eftersom skattelättnaderna beviljades privata delägare i en *société en nom collectif*. I detta avseende är det emellertid tillräckligt att påpeka att det är tillåtet för parterna att vidareutveckla sina argument under tvistens gång så länge de inte avser en annan sak än den som varit föremål för talan vid tribunalen.¹⁷ Det föreligger emellertid inte någon som helst risk för en sådan ändring av föremålet för talan i förevarande mål, eftersom frågan om direkt subventionering som sådan redan har behandlats i första instans.

34. Således kan den första delen av den andra grunden för överklagande upptas till sakprövning.

Prövning i sak

35. Frankrikes argument är emellertid inte relevanta i sak.

36. Redan av ordalydelsen i artikel 2.1 i direktiv 93/37 framgår det att det för frågan huruvida det föreligger en "direkt subventionering" inte är avgörande *vilka personer* som beviljas det statliga stödet. Tvärtom är det för en tillämpning av artikel 2.1 i direktiv 93/37 tillräckligt att *det kontrakt* som tilldelas av ett annat organ än en upphandlande myndighet finansieras till mer än 50 procent av en eller flera upphandlande myndigheter. Begreppet direkt subventionering hänför sig med andra ord inte till personer utan till ett objekt.

37. Den av Frankrike företagna, särskilt restriktiva tolkningen, av "direkt" subventionering skulle göra det alltför lätt att kringgå artikel 3 i direktiv 93/37. Därigenom kunde en upphandlande myndighet undgå skyldigheter enligt direktivet genom att visserligen inte bevilja subventioner till entreprenören eller ägaren till mark som bebyggs, utan till personer som har ekonomiska band med dessa.

15 — Dom av den 1 juni 1994 i mål C-136/49 P, kommissionen mot Brazzelli Lualdi m.fl. (REG 1994, s. I-1981), punkt 49, av den 21 september 2006 i mål C-167/04 P, JCB Service mot kommissionen (REG 2006, s. I-8935), punkt 106, av den 16 juli 2009 i mål C-440/07 P, kommissionen mot Schneider Electric (REG 2009, s. I-6413), punkt 191, och av den 19 juli 2012 i mål C-337/09 P, rådet mot Zhejiang Xinan Chemical Industrial Group, punkt 55.

16 — Domen i målet kommissionen mot Brazzelli Lualdi m.fl. (ovan fotnot 15), punkt 59, dom av den 11 december 2008 i mål C-295/07 P, kommissionen mot Département du Loiret (REG 2008, s. I-9363), punkt 95, och av den 16 november 2011 i mål C-548/09 P, Bank Melli Iran mot rådet (REU 2011, s. I-11381), punkt 122.

17 — Dom av den 20 oktober 1994 i mål C-76/93 P, Scaramuzza mot kommissionen (REG 1994, s. I-5173), punkt 18, domen i målet PKK och KNK mot rådet (ovan fotnot 11), punkt 64, dom av den 15 april 2010 i mål C-485/08 P, Gualtieri mot kommissionen (REU 2010, s. I-3009), punkt 37, och av den 18 november 2010 i mål C-322/09 P, NDSHT mot kommissionen (REU 2010, s. I-11911), punkt 41.

38. Tribunalen har därför i punkterna 36 och 37 i den överklagade domen helt korrekt utgått från huruvida *projektet* har erhållit direkta subventioner, i den mening som avses i artikel 2 i direktiv 93/37, och inte exempelvis från huruvida denna subventionering särskilt beviljades till entreprenören eller ägaren av semesterbyn "Les Boucaniers".

Slutsats i denna del

39. Den andra delen av den första grunden för överklagande kan sålunda tas upp till sakprövning, men kan inte vinna framgång.

2. Begreppet "subventioner" (den första delen av den andra grunden för överklagande)

40. Den första delen av den andra grunden för överklagande avser begreppet "subventioner", i den mening som avses i artikel 2.1 i direktiv 93/37, och avser särskilt punkterna 24–35 i den överklagade domen. Frankrike anser att skattelättnader inte kan anses utgöra subventioner enligt denna bestämmelse.

41. Begreppet subventioner definieras inte närmare i direktiv 93/37. I likhet med många andra oklara rättsliga begrepp kan även detta begrepp ha olika innehåll beroende på vilket delområde av unionsrätten det är fråga om. Exempelvis omfattar begreppet subvention i bestämmelserna om skyddet för unionens inre marknad mot subventionerad import från tredjeländer uttryckligen även skattelättnader.¹⁸ Däremot omfattas skattelättnader inom konkurrensrätten visserligen av det omfattande begreppet statligt stöd,¹⁹ men inte av det snävare begreppet subvention.²⁰ Inom konkurrensrätten betecknar sistnämnda begrepp enbart direkta subventioner.

42. För att sålunda ge innehåll åt artikel 2 i direktiv 93/37, ska det genom tolkning fastställas vilken betydelse begreppet subvention som används där ska anses ha.

43. Såväl målen i artikel 2 i direktiv 93/37 som det regelsammanhang i vilket bestämmelsen ingår kan vid en isolerad betraktelse utan tvivel ligga till grund för en extensiv tolkning av begreppet subvention som inte nödvändigtvis endast ska anses omfatta direkta statliga subventioner, utan även andra stödåtgärder som exempelvis de här aktuella skattelättnaderna. Detta har tribunalen med rätta påpekat i sin dom.²¹

44. Emellertid får tolkningen av artikel 2 i direktiv 93/37 inte enbart grundas på syftet och det regelsammanhang i vilket denna bestämmelse befinner sig, utan måste även innefatta dess uppkomsthistoria. Särskilt mot bakgrund av denna uppkomsthistoria förefaller det enligt min mening som om tribunalen har dragit felaktiga slutsatser i förevarande mål.

18 — Artikel 3 i rådets förordning (EG) nr 597/2009 av den 11 juni 2009 om skydd mot subventionerad import från länder som inte är medlemmar i Europeiska gemenskapen (EUT L 188, s. 93).

19 — Exempelvis fastställdes det redan i dom av den 2 juli 1974 i mål 173/73, Italien mot kommissionen (REG 1974, s. 709; svensk specialutgåva, volym 2, s. 321), punkt 28, att en åtgärds eventuella skattemässiga karaktär inte i sig medför ett tillräckligt skäl för att undanta den från tillämpningen av artikel 107 FEUF (tidigare artikel 92 i EEG-fördraget). Se, dessutom, dom av den 17 november 2009 i mål C-169/08, Presidente del Consiglio dei Ministri (REG 2009, s. I-10821), punkterna 58 och 66.

20 — Det framgår bland annat av dom av den 23 februari 1961 i mål 30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg mot höga myndigheten (REG 1961, s. 3, 43; svensk specialutgåva, volym 1, s. 69), av den 14 september 2004 i mål C-276/02, Spanien mot kommissionen (REG 2004, s. I-8091), punkt 24, och av den 8 september 2011 i mål C-279/08 P, kommissionen mot Nederländerna (REU 2011, s. I-7671), punkt 86, att begreppet subvention är snävare än begreppet stöd.

21 — Se särskilt punkterna 32 och 33 i den överklagade domen.

45. Bestämmelsen i artikel 2 i direktiv 93/37 har sitt ursprung i artikel 1 a i direktiv 71/305/EEG²² i dess lydelse enligt direktiv 89/440/EEG²³ som infördes i gemenskapens bestämmelser om offentliga byggentreprenader.²⁴

46. I detta sammanhang är det anmärkningsvärt att såväl kommissionen som Europaparlamentet ursprungligen förespråkade en vidsträckt formulering av artikel 1 a i direktiv 71/305 som inte enbart omfattade direkt subventionering. Kommissionen föreslog att artikel 1 a skulle omfatta samtliga former av direkt eller indirekt finansiering av byggentreprenader.²⁵ Detta mycket extensiva begrepp av finansiering utgjorde även utgångspunkten i parlamentets ståndpunkt som fastställdes vid den första behandlingen av artikel 1 a. Nämnade ståndpunkt beträffande artikel 1 a innehöll till och med en definition av begreppet finansiering som förutom offentliga subventioner även uttryckligen omfattade beviljandet av skatteförmåner.²⁶

47. Däremot hänför sig den av rådet slutligen antagna versionen av artikel 1 a i direktiv 71/305 inte längre allmänt till finansiering av byggentreprenader, utan där nämns uteslutande endast att upphandlande myndigheter direkt subventionerar sådana kontrakt.

48. Sålunda valde rådet, som dåtida gemenskapslagstiftare, att inte följa kommissionens förslag och parlamentets ståndpunkt, som fastställdes vid den första behandlingen, utan att i stället anta en snävare formulering genom vilken det omfattande begreppet "finansiering" undveks och vilken endast omfattade bestämmelsen om kontrakt som får direkta subventioner på mer än 50 procent av kontraktets värde från upphandlande myndigheter.

49. Något annat kan inte heller utläsas av rådets och kommissionens gemensamma ståndpunkt som bifogades med anledning av antagandet av artikel 1 a i direktiv 71/305. I detta yttrande understryks visserligen att "alla olika former av direkta subventioner" ska omfattas av artikel 1 a.²⁷ I nämnda yttrande föreligger det däremot inte några omständigheter som talar för att även andra fördelar, utöver direkta subventioner, som exempelvis skattelättnader, skulle omfattas av artikel 1 a, eller att sådana skattelättnader i sin tur skulle anses utgöra direkta subventioner, såsom kommissionen har hävdad i förfarandet vid domstolen.

50. Mot denna bakgrund förmår tribunalens²⁸ och kommissionens rättsliga bedömning inte övertyga, enligt vilken hänvisningen till direkta subventioner i artikel 1 a i direktiv 71/305 "uppenbarligen uteslutande" syftar till att undanta indirekt subventionering, men inte till att begränsa tillämpningen av nämnda bestämmelse i övrigt. Detta förklarar nämligen inte varför rådet särskilt begränsade bestämmelsens ordalydelse till subventionering och inte behöll det väsentligt mer generella uttrycket finansiering som ursprungligen användes.

22 — Rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfaranden för offentlig upphandling avseende bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5).

23 — Rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 om ändring av direktiv 71/305/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 210, s. 1).

24 — I den överklagade domen hänvisas felaktigt till artikel 1 a i direktiv 89/440, när det egentligen är fråga om artikel 1 a i direktiv 71/305, i dess lydelse enligt direktiv 89/440.

25 — I kommissionens förslag till ett rådets direktiv om ändring av direktiv 71/305/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbete (KOM(86) 679 slutlig) fanns bestämmelsen fortfarande i artikel 2a.1 med följande lydelse: "Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att se till att detta direktivs bestämmelser följs när investeringar i byggprojekt som upphandlats av andra enheter än dem som definieras i artikel 1 b helt eller delvis och direkt eller indirekt finansieras med allmänna medel."

26 — Vid den första behandlingen föreslog parlamentet följande formulering av artikel 1 a i direktiv 71/305 (EGT C 167, 1988, s. 65): "Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att se till att detta direktivs bestämmelser följs när de upphandlande myndigheterna ... finansierar den största delen av investeringen i ett byggprojekt som upphandlats av andra enheter än dem som definieras i artikel 1 b. Med uttrycket finansiering förstås följande: utbetalning av offentliga subventioner, räntebidrag på beviljade krediter, skatteförmåner och lättnader i bygghänsesed."

27 — Denna förklaring i protokollet har följande lydelse: "Rådet och kommissionen bekräftar att det vid tillämpningen av artikel 1 a i största möjliga mån måste tas hänsyn till alla olika former av direkta subventioner, däribland från gemenskapen, av de aktuella byggprojekten."

28 — Punkt 35 *in fine* i den överklagade domen.

51. Med hänsyn till denna tillkomsthistoria kan inte heller den till sitt innehåll identiska artikel 2 i direktiv 93/37, som ersatt artikel 1 a i direktiv 71/305, tolkas så extensivt att den till och med skulle omfatta skattelättnader. Det föreligger inte några omständigheter som talar för att lagstiftaren i denna bestämmelse har haft för avsikt att en så vidsträckt betydelse ska ligga till grund för begreppet subventioner.

52. Tribunalen gjorde sålunda en felaktig rättslig bedömning när den trots ovannämnda förarbeten till artikel 3 i direktiv 93/37 slog fast att denna bestämmelse även var tillämplig på skattelättnader i sig.

53. Härav följer att överklagandet ska vinna bifall såvitt avser den första grundens första del. Ett upphävande av den överklagade domen är motiverat redan av denna anledning. Om de skattelättnader som den franska staten har beviljat för renoveringen och utbyggnaden av semesterbyn "Les Boucaniers" inte räknas med, sjunker nämligen andelen direkta statliga subventioner för denna byggentreprenad under det tröskelvärde på 50 procent som föreskrivs i artikel 2 i direktiv 93/37.²⁹

C – Tredje grunden för överklagande: "Sport-, nöjes- och fritidsanläggningar", i den mening som avses i artikel 2.2 i direktiv 93/37

54. Den tredje grunden för överklagande som Frankrike har åberopat avser begreppet "sport-, nöjes- och fritidsanläggningar", i den mening som avses i artikel 2.2 i direktiv 93/37. Frankrike hävdar att tribunalens tolkning av detta begrepp är för extensiv och att den inte har beaktat att bestämmelsen enbart avser byggentreprenader som svarar mot de kollektiva behov som användare av sport-, nöjes- och fritidsanläggningar har (se nedan punkt 1) och som dessutom har något direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten (se nedan punkt 2).

1. Huruvida de kollektiva behoven från användare av sport-, nöjes- och fritidsanläggningar är av betydelse (första delen av den tredje grunden för överklagande)

55. Genom den tredje grundens första del ifrågasätts punkterna 56–63 i den överklagade domen. Frankrike hävdar att tribunalen har bortsett från att sport-, nöjes- och fritidsanläggningar, i den mening som avses i artikel 2.2 i direktiv 93/37, endast kan anses utgöra sådana anläggningar som svarar mot användarnas kollektiva behov.

Upptagande till sakprövning

56. Kommissionen anser att den tredje grundens första del inte kan tas upp till sakprövning, eftersom Frankrike i förfarandet i första instans inte har åberopat de "kollektiva behoven från användarna" av sport-, nöjes- och fritidsanläggningar, utan enbart åberopat kriteriet "den upphandlande myndighetens normala behov".

57. Denna invändning är ogrundad. Det stämmer visserligen att Frankrike ännu inte hänvisade till kriteriet "användarnas kollektiva behov" i första instans, åtminstone inte vid det skriftliga förfarandet, utan ursprungligen förespråkade att artikel 2.2 i direktiv 93/37 skulle avse kontrakt som till sin natur omfattas av den upphandlande myndighetens normala behov. Den nuvarande hänvisningen till användarnas kollektiva behov utgör emellertid enbart en vidareutveckling av Frankrikes argumentation som inte förändrar föremålet för tvisten och sålunda kan tas upp till sakprövning vid överklagandet.³⁰

58. Sålunda kan den tredje grundens första del tas upp till sakprövning.

29 — Se ovan punkterna 9–11 i detta förslag till avgörande.

30 — Se i detta avseende ovan i fotnot 17 anförd rättspraxis.

Prövning i sak

59. Parterna tvistar i huvudsak om huruvida begreppet ”sport-, nöjes- och fritidsanläggningar” enligt artikel 2.2 i direktiv 93/37 ska ges en restriktiv eller extensiv tolkning i samband med den första delen av den tredje grunden.

60. Tribunalen har i den överklagade domen gjort en extensiv tolkning som den även betecknade som en ”funktionell tolkning”.³¹ Enligt denna tolkning omfattas till och med byggentreprenader som avser privata semesterbyar som Club Méditerranées ”Les Boucaniers” av lagstiftningen om offentlig upphandling, under förutsättning att de till mer än 50 procent direkt subventioneras av upphandlande myndigheter.

61. Denna tolkning av begreppet sport-, nöjes- och fritidsanläggningar förmår inte övertyga.

i) Kravet på en restriktiv tolkning av begreppet sport-, nöjes- och fritidsanläggningar

62. Vid ett första påseende skulle förvisso ordalydelsen i artikel 2.2 i direktiv 93/37 även kunna passa på privata semesterbyar som den här aktuella. Mot detta talar emellertid såväl syftet med artikel 2 i direktiv 93/37 som det sammanhang i vilket direktivet genom denna bestämmelse görs tillämplig på nämnda sport-, nöjes- och fritidsanläggningar.

63. Artikel 2 i direktiv 93/37 medför inte någon allmän utsträckning av lagstiftningen om offentlig upphandling till samtliga privata byggprojekt enbart för att de till mer än 50 procent subventioneras genom allmänna medel.

64. Tvärtom ska artikel 2 i direktiv 93/37 tvärtom enbart hjälpa till att inom *vissa områden* förhindra ett kringgående av bestämmelserna om offentlig upphandling och de syften som eftersträvas med dem.³² Sålunda inkluderas just dessa områden genom artikel 2 i direktivets tillämplighetsområde såvida dessa projekt till mer än 50 procent direkt subventioneras av upphandlande myndigheter. Det framgår inte minst av formuleringen ”skall gälla endast” i artikel 2.2 i direktiv 93/37 att det i detta avseende inte är fråga om en generell bestämmelse, utan om en uttömmande uppräkningslista.

65. Vid en jämförelse med de andra områden som nämns i artikel 2.2 i direktiv 93/37 framgår det för övrigt att det uteslutande är fråga om kontrakt i samband med trafikinfrastruktur³³ eller med byggnader som antingen står till allmänhetens förfogande (skolor, universitet och sjukhus) eller som ska användas av en upphandlande myndighet i sig (administrativa byggnader).

66. Mot denna bakgrund ska även begreppet sport-, nöjes- och fritidsanläggningar i artikel 2.2 i direktiv 93/37 tolkas restriktivt, såsom domstolen för övrigt även har gjort med andra bestämmelser inom unionens lagstiftning om offentlig upphandling.³⁴ Till skillnad mot vad kommissionen anser kan ett sådant förfarande inte alls syfta till att i artikel 2.2 i direktiv 93/37 tolka in ett ytterligare kriterium som inte har föreskrivits av unionslagstiftaren. Tvärtom kan endast en restriktiv tolkning av begreppet sport-, nöjes- och fritidsanläggningar vara förenlig med syftet och det regelsammanhang i vilket detta begrepp används av lagstiftaren i direktiv 93/37. Detta har Frankrike med rätta påpekat.

31 — Den överklagade domen, särskilt punkt 30 *in fine* och punkt 59.

32 — Förslag till avgörande av generaladvokaten Léger av den 7 december 2000 i mål C-399/98, Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi m.fl. (REG 2001, s. I-5409), punkt 106. Se även punkt 30 i den överklagade domen.

33 — Detta utgör de kontrakt som täcks av klass 50, grupp 502 av allmänna näringsgrensindelningen inom Europeiska gemenskapen (NACE-nomenklaturen), till vilka det hänvisas i artikel 2.2 i direktiv 93/37.

34 — Se, exempelvis begränsningen av begreppet offentlig upphandling genom kvasiinterna transaktioner i fast rättspraxis som grundar sig på dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121), punkt 50 andra mening.

ii) Kriterier för en restriktiv tolkning av begreppet sport-, nöjes- och fritidsanläggningar

67. Även om jag sålunda delar Frankrikes uppfattning att begreppet sport-, nöjes- och fritidsanläggningar ska ges en restriktiv tolkning, är jag inte övertygad om att de av nämnda stat föreslagna kriterierna utgör rimliga riktlinjer för en sådan tolkning.

68. Kriteriet ”tillgodoseende av de kollektiva behov som användare” av sport-, nöjes- och fritidsanläggningar har, på vilket Frankrike stöder sig i förevarande överklagande förefaller för vagt för att kunna utgöra en lämplig bedömningsgrund för tolkningen och tillämpningen av artikel 2.2 i direktiv 93/37. Dessutom tillkommer att de flesta anläggningar som nämns i den aktuella bestämmelsen (skolor, universitet, sjukhus, men även sport-, nöjes- och fritidsanläggningar) i regel (åtminstone även) är avsedda för att tillgodose användarnas individuella behov.³⁵ I slutändan är det emellertid inte avgörande huruvida användarnas individuella eller kollektiva behov tillgodoses, utan snarare huruvida tillgängliggörandet av de aktuella byggnaderna är av allmänintresse.

69. Inte heller det av Frankrike i första instans föreslagna kriteriet den ”upphandlande myndighetens normala behov” förefaller mer lämpat. Detta kriterium är för ensidigt inriktat på traditionella uppgifter som offentliga myndigheter har haft utan att det beaktas att dessa uppgifter kan komma att ändra sig och utökas allteftersom tiden går. Denna omständighet måste också beaktas vid en rimlig tolkning av artikel 2.2 i direktiv 93/37.

70. Mot denna bakgrund föreslår jag att artikel 2.2 i direktiv 93/37 ska tolkas så, att denna bestämmelse enbart är tillämplig på privata byggtreprenader som subventioneras av upphandlande myndigheter för att uppfylla egna uppgifter i *allmänhetens intresse*. Tjänster i allmänhetens intresse utgör ett allmänt koncept inom unionsrätten,³⁶ vilket dessutom är tillräckligt öppet för att olika behov i enskilda medlemsstater och deras talrika förvaltningsområden ska kunna beaktas, å ena sidan, och även i fråga om nyare utvecklingar vad gäller offentliga myndigheters uppgifter, å andra sidan. På detta sätt skulle även ett inre sammanhang mellan lagstiftningen om offentlig upphandling och unionens konkurrensrätt kunna upprättas.

71. Även om varken Frankrike eller kommissionen konkret har förordat kriteriet tjänster i allmänhetens intresse i förevarande mål, hindrar detta inte att domstolen lägger just detta kriterium till grund vid tolkningen och tillämpningen av artikel 2.2 i direktiv 93/37. Domstolen är nämligen inte ”parternas talesman”.³⁷ Den kan sålunda inte vara bunden av enbart de argument som parterna har lagt fram till stöd för sina påståenden, eftersom den i så fall ibland skulle bli tvungen att grunda sitt avgörande på felaktiga rättsliga överväganden.³⁸

72. Om artikel 2.2 i direktiv 93/37 sålunda tolkas så, att denna bestämmelse inte omfattar samtliga sport-, nöjes- och fritidsanläggningar, utan enbart sådana som främjar tjänster i allmänhetens intresse, exempelvis allmänt tillgängliga parker, sportanläggningar, bibliotek och museer, så har tribunalen gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning.

73. Överklagandet kan således vinna bifall såvitt avser den tredje grundens första del.

35 — Ett sjukhusbesök beror på den aktuella användarens hälsotillstånd och är sålunda väldigt individuellt. Besök vid läroanstalter är i motsvarande mån helt eller delvis avhängigt av de enskilda personernas förmågor och preferenser.

36 — Se, exempelvis, meddelande från kommissionen, ”Tjänster i allmänhetens intresse i Europa” (EGT C 17, 2001, s. 4), samt rapporten ”Tjänster i allmänhetens intresse” som kommissionen lämnade till Europeiska rådets möte i Laeken (KOM(2001) 598 slutlig).

37 — Se redan generaladvokaten Légers förslag till avgörande av den 2 april 1998 i mål C-252/96 P, parlamentet mot Gutiérrez de Quijano y Lloréns (REG 1998, s. I-7421), punkt 36.

38 — Se, för ett liknande resonemang, beslut av den 27 september 2004 i mål C-470/02 P, UER mot M6 m.fl. (ej publicerat i rättsfallssamlingen), och dom av den 21 september 2010 i de förenade målen C-514/07 P, C-528/07 P och C-532/07 P, Sverige mot API och kommissionen (REU 2010, s. I-8533), punkt 65.

2. Den upphandlande myndighetens direkta ekonomiska intresse (andra delen av den tredje grunden för överklagande)

74. Med den tredje grundens andra del har Frankrike särskilt kritiserat punkt 64 i den överklagade domen. Nämnda stat anser att tribunalen har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att slå fast att uttrycket kontrakt, i den mening som avses i artikel 2 i direktiv 93/37, ska tolkas oberoende av uttrycket offentliga byggtreprenadkontrakt, i den mening som avses i artikel 1 a i nämnda direktiv. Frankrike anser emellertid att såväl artikel 1 a som artikel 2 i direktiv 93/37 enbart avser byggtreprenader som är av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten.

75. Frankrikes argument är övertygande.

76. Kontrakt i den mening som avses i artikel 2 i direktiv 93/37 skiljer sig endast från kontrakt enligt artikel 1 a i nämnda direktiv genom att de inte tilldelas av *upphandlande myndigheter*, utan av *andra organ*, till exempel privata företag, men till mer än 50 procent finansieras genom upphandlande myndigheter.

77. Redan enligt ordalydelsen anknyter artikel 2 i direktiv 93/37 för övrigt, genom användningen av uttrycket "kontrakt", till de definitioner som fastställs för hela direktivet i artikel 1 a och vilka i princip är avgörande för direktivets materiella tillämpningsområde.

78. Även syftet med artikel 2 i direktivet talar för en tolkning av begreppet kontrakt i enlighet med den allmänna definitionen i artikel 1 a i direktivet. Genom artikel 2 i direktivet ska nämligen förhindras att unionsbestämmelserna om offentlig upphandling kringgås genom utnyttjande av privata aktörer.³⁹ Följaktligen kan artikel 2 inte medföra att direktivet blir tillämpligt på andra kontrakt än de som även ska bli föremål för offentlig upphandling om de tilldelas av en upphandlande myndighet själv i stället för genom en privat aktör.

79. Om det normalt sett enbart är fråga om ett byggtreprenadkontrakt om den tillhandahållna byggtreprenaden är av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten,⁴⁰ så är detta i än högre grad fallet i den speciella situation som regleras i artikel 2 i direktiv 93/37. Direktiv 93/37 kan enbart bli tillämpligt på en sådan byggtreprenad som tillhandahålls enligt nämnda bestämmelse om byggtreprenaden har ett direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndighet av vilken den till mer än 50 procent finansieras.

80. Såsom domstolen har uppgett kan det i synnerhet föreligga ett direkt ekonomiskt intresse om det föreskrivs att den upphandlande myndigheten ska erhålla ägande- eller nyttjanderätten till den uppförda byggnaden eller om myndigheten ska åtnjuta de ekonomiska fördelar och bära de ekonomiska risker som hänger samman med byggnadens framtida användning.⁴¹ Det kan inte antas att någon av dessa omständigheter föreligger i ett fall som det förevarande, i vilket ett privat byggprojekt enbart erhåller finansiellt stöd, i samband med strukturstöd, från upphandlande myndigheter.

39 — Se ovan punkt 64 i detta förslag till avgörande.

40 — Se dom av den 25 mars 2010 i mål C-451/08, Helmut Müller (REU 2010, s. I-2673), punkterna 49, 54, 57 och 58, och av den 15 juli 2010 i mål C-271/08, kommissionen mot Tyskland (REU 2010, s. I-7091), punkt 75, som meddelades beträffande direktiv 2004/18 som har ersatt direktiv 93/37.

41 — Se i detta avseende domen i målet Helmut Müller (ovan fotnot 40), punkterna 50–52. Bakgrunden till kriteriet om direkt ekonomiskt intresse har nyligen behandlats i generaladvokaten Wathelets förslag till avgörande av den 11 april 2013 i mål C-576/10, kommissionen mot Nederländerna, punkterna 108-113; se även generaladvokaten Mengozzis förslag till avgörande av den 17 november 2009 i målet Helmut Müller (ovan fotnot 40), punkterna 46-62.

81. Enbart den omständigheten att en privat byggtreprenad kan medföra positiv verkan på den allmänna ekonomiska utvecklingen i en region, såsom kan vara fallet vid renoveringen och utbyggnaden av en privat semesterby, är däremot inte tillräckligt för att motivera att de upphandlande myndigheter som direkt har subventionerat detta byggprojekt har ett direkt ekonomiskt intresse. Denna offentliga bidragsgivare har nämligen på sin höjd ett *indirekt* ekonomiskt intresse av den tillhandahållna byggtreprenaden.

82. Även i detta avseende har tribunalen sålunda gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning vid tolkningen och tillämpningen av artikel 2.2 i direktiv 93/37. Sålunda kan överklagandet även vinna bifall såvitt avser den tredje grundens andra del.

83. 3. Avslutande anmärkningar beträffande den tredje grunden för överklagande

84. Kommissionen har vad gäller båda delarna av den tredje grunden gjort gällande att en extensiv tolkning av artikel 2.2 i direktiv 93/37, såsom den av tribunalen företagna, främjar syftet att säkerställa en opartisk tilldelning av offentliga medel.⁴²

85. Det ska medges att även detta utgör del av de syften som eftersträvas genom unionsbestämmelserna om offentlig upphandling. Emellertid kan inte heller ett beaktande av detta syfte leda till en med systemet oförenlig extensiv tolkning av artikel 2.2 i direktiv 93/37. Lagstiftaren har beslutat sig för att förverkliga detta syfte genom att föreskriva att bestämmelserna i direktiv 93/37 enbart är tillämpliga på vissa och inte på samtliga privata byggtreprenader.

86. Det ska dessutom påpekas att redan de grundläggande friheterna på unionens inre marknad, nämligen etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster, innefattar ett diskrimineringsförbud som även medför en skyldighet att lämna insyn.⁴³ Dessa principer hindrar upphandlande myndigheter från att på ett otydligt eller diskriminerande sätt subventionera eller finansiera privata byggtreprenader med offentliga medel som inte i sig omfattas av tillämpningsområdet för de upphandlingsrättsliga principerna. Det krävs i detta avseende inte någon extensiv tolkning av artikel 2.2 i direktiv 93/37.

VI – D – Sammanfattning

87. Eftersom den första grundens första del samt båda delarna av den tredje grunden ska vinna bifall, ska den överklagade domen upphävas.

88. VI – Avgörande avseende den talan som väcktes i första instans

89. Det följer av artikel 61 första stycket i domstolens stadga att domstolen antingen själv slutligt kan avgöra målet, om detta är färdigt för avgörande, eller återförvisa målet till tribunalen för avgörande.

90. Tribunalen har i sin dom i förevarande mål gjort en omfattande prövning av de grunder för talan som Frankrike gjorde gällande i förfarandet i första instans. Parterna har dessutom i förfarandet vid tribunalen fått tillräckliga möjligheter att diskutera samtliga aspekter som har betydelse för avgörandet av målet. De faktiska omständigheterna behöver inte heller klarläggas ytterligare. Sålunda är målet färdigt för avgörande.

42 — Kommissionen hänför sig till punkt 31 i den överklagade domen.

43 — Dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress (REG 2000, s. I-10745), punkterna 60–62, av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname (REG 2005, s. I-7287), punkterna 16–17, och av den 13 april 2010 i mål C-91/08, Wall (REU 2010, s. I-2815), punkt 68.

91. Om artikel 2 i direktiv 93/37 tolkas och tillämpas så som jag har föreslagit ovan i samband med den första och den tredje grunden för överklagande,⁴⁴ så är den talan om ogiltigförklaring som Frankrike har väckt välgrundad. Den privata semesterbyn "Les Boucaniers" var nämligen inte direkt subventionerad till mer än 50 procent om man inte beaktar de skattelättnader som den franska staten beviljat. Dessutom kan semesterbyn inte anses utgöra en sport-, nöjes- och fritidsanläggning i den mening som avses i denna bestämmelse. Även om man skulle anta att även de lokala invånarna på Martinique sporadiskt skulle utnyttja semesterbyns fritidsutbud, som daggäster mot betalning, förändrar detta inte semesterbyns karaktär som hotellanläggning som syftar till att säkerställa rent privata intressen och inte tillhandahåller några som helst tjänster i allmänhetens intresse.

92. Följaktligen ska kommissionens omtvistade beslut ogiltigförklaras (artikel 264 första stycket FEUF).

VII – VII – Rättegångskostnader

93. Enligt artikel 184 andra stycket i rättegångsreglerna ska domstolen, när ett överklagande är välgrundat och den själv avgör tvisten i sak, besluta om rättegångskostnaderna.⁴⁵

94. Enligt artikel 138 jämförd med artikel 184.1 i domstolens rättegångsregler ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna om detta har yrkats.

95. I sin talan om ogiltigförklaring i första instans har Frankrike yrkat att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom kommissionen har tappat målet, ska den ersätta rättegångskostnaderna i första instans.

96. Frankrike har däremot inte vid överklagandet yrkat att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Mot denna bakgrund förefaller det motiverat att besluta att parterna i detta avseende ska bära sina egna rättegångskostnader.

VIII – Förslag till avgörande

97. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen ska besluta enligt följande:

- 1) Den dom som Europeiska unionens tribunal meddelade den 16 december 2011 i mål T-488/10, Frankrike mot kommissionen, upphävs.
- 2) Europeiska kommissionens beslut K(2010) 5229 av den 28 juli 2010 ogiltigförklaras.
- 3) Europeiska kommissionen ska ersätta rättegångskostnaderna i första instans. Vardera parten ska i övrigt bära sina rättegångskostnader."

44 — Se ovan punkterna 54–82 i detta förslag till avgörande.

45 — Enligt den allmänna principen att nya handläggningsregler är tillämpliga på alla tvister som pågår vid tidpunkten då de träder i kraft (fast rättspraxis, se dom av den 12 november 1981 i de förenade målen 212/80-217/80, *Meridionale Industria Salumi m.fl.*, (REG 1981, s. 2735), punkt 9), grundar sig rättegångskostnaderna i förevarande mål på domstolens rättegångsregler från den 25 september 2012, som trädde i kraft den 1 november 2012 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 november 2012 i mål C-417/11 P, rådet mot Bamba, punkterna 91 och 92). I materiellt hänseende föreligger det emellertid inte någon skillnad i förhållande till artikel 69 andra stycket jämförd med artiklarna 118 och 122 första stycket i domstolens rättegångsregler av den 19 juni 1991.