CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. SZPUNAR
van 5 maart 2015[1]

Zaak C-78/14 P

Europese Commissie
tegen

ANKO AE

„Hogere voorziening — Arbitragebeding — Bevoegdheid van het Hof — Uitlegging van een contractueel beding”

1. Deze hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht van de Europese Unie in de zaak ANKO/Commissie[2] betreft het onderscheid tussen feitelijke en rechtsvragen in het kader van een hogere voorziening met betrekking tot een geschil van contractuele aard over een arbitragebeding. Tot op heden is slechts een beperkt aantal van dergelijke hogere voorzieningen ingesteld. De onderhavige zaak biedt het Hof de gelegenheid te beslissen dat de enkele uitlegging van een contractvoorwaarde een feitelijke vraag is waartegen geen hogere voorziening openstaat.

Voorgeschiedenis van het geding

2. ANKO AE (hierna: „ANKO”) is een vennootschap naar Grieks recht, die zich bezighoudt met de verkoop en de productie van metaalproducten en van elektronische en telecommunicatieproducten, -toestellen en apparatuur. Sinds 2006 heeft zij deelgenomen aan de uitvoering van verschillende door de Europese Unie gesubsidieerde projecten.

3. Overeenkomstig verordening (EG) nr. 1906/2006[3] en binnen het kader zoals vastgesteld bij besluit nr. 1982/2006/EG[4] heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen op 19 december 2007 en 21 januari 2008 namens de Gemeenschap de subsidieovereenkomsten nr. 215754 en nr. 215952 gesloten met de vennootschappen Siemens SA en FIMI Srl, de coördinatoren van twee verschillende consortia waarvan ANKO deel uitmaakte. Deze overeenkomsten betroffen de financiering van het project „Open architecture for Accessible Services Integration and Standardisation” (open architectuur voor toegankelijke diensten, integratie en normalisatie; hierna: „project Oasis”) en de financiering van het project „A complex multi-parameter system for the effective and ongoing evaluation and

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — T-117/12, EU:T:2013:643 (hierna: „bestreden arrest”).

3 — Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2006 tot vaststelling van de regels voor de deelname van ondernemingen, onderzoekscentra en universiteiten aan acties op grond van het zevende kaderprogramma, en voor de verspreiding van onderzoeksresultaten (2007-2013) (PB L 391, blz. 1).

4 — Besluit van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2006 betreffende het zevende kaderprogramma van de Europese Gemeenschap voor activiteiten op het gebied van onderzoek, technologische ontwikkeling en demonstratie (2007-2013) (PB L 412, blz. 1)

monitoring of motor capacity in sufferers of Parkinson's disease and other neurodegenerative illnesses" (complex systeem op basis van meerdere parameters voor het doeltreffend en voortdurend evalueren en volgen van de motorische toestand van personen met Parkinson of andere neurodegeneratieve aandoeningen; hierna: „project Perform").

4. De gemeenschappelijke algemene voorwaarden van deze beide subsidieovereenkomsten zijn neergelegd in bijlage II bij die overeenkomsten (hierna: „algemene voorwaarden"). Krachtens clausule II.5, lid 3, onder d), van de algemene voorwaarden kan de Commissie, na ontvangst van de in clausule II.4 bedoelde verslagen, de betaling van het voor de betrokken begunstigde(n) bestemde bedrag te allen tijde geheel of gedeeltelijk opschorten wanneer:

— het uitgevoerde werk niet voldoet aan de bepalingen van de subsidieovereenkomst;

— de begunstigde zijn nationale staat een bedrag moet terugbetalen dat ten onrechte als staatssteun is ontvangen;

— de bepalingen van de subsidieovereenkomst zijn geschonden of wanneer een verdenking of vermoeden daarvan bestaat, in het bijzonder na audits en controles zoals bepaald in de clausules II.22 en II.23 van de algemene voorwaarden;

— de verdenking bestaat dat een of meer begunstigden een onregelmatigheid hebben begaan bij de uitvoering van de subsidieovereenkomst;

— de verdenking bestaat, of is vastgesteld, dat een of meer begunstigden een onregelmatigheid hebben begaan bij de uitvoering van een andere subsidieovereenkomst die wordt gefinancierd uit de algemene begroting van de Unie of uit begrotingen die door haar worden beheerd. In zulke gevallen vindt opschorting van de betalingen plaats wanneer de onregelmatigheid van een ernstige en systematische aard is die waarschijnlijk van invloed zal zijn op de uitvoering van de betrokken subsidieovereenkomst.

5. De Commissie heeft bij twee brieven van 9 augustus 2011 de betalingen aan ANKO uit hoofde van die subsidieovereenkomsten voorlopig opgeschort. Samengevat was zij van mening dat er wegens onregelmatigheden aan de zijde van ANKO goede gronden waren om te vermoeden dat ANKO die overeenkomsten kon hebben geschonden, in het bijzonder clausule II.5, lid 3, onder d), van de algemene voorwaarden.

Procesverloop voor het Gerecht en bestreden arrest

6. Bij verzoekschrift ingediend op grond van artikel 272 VWEU en de arbitragebedingen in de betrokken subsidieovereenkomsten heeft ANKO verzocht: 1) vast te stellen dat de Commissie haar contractuele verplichtingen niet is nagekomen door de betalingen in het kader van de projecten Oasis en Perform op te schorten; 2) de Commissie te gelasten haar het bedrag van 637 117,17 EUR te betalen in het kader van het project Perform, vermeerderd met de rente waarin is voorzien bij clausule II.5, lid 5, van de algemene voorwaarden, vanaf de betekening van dit beroep; 3) de Commissie te gelasten vast te stellen dat ANKO het door haar in het kader van het project Oasis ontvangen bedrag van 56 390 EUR niet aan de Commissie hoeft terug te betalen, en 4) de Commissie te verwijzen in de kosten.

7. Het Gerecht heeft in punt 79 van het bestreden arrest het middel aanvaard waarmee ANKO haar eerste vordering ondersteunde, namelijk dat de Commissie de betalingen voor de projecten Oasis en Perform zonder rechtsgrondslag en in strijd met de subsidieovereenkomsten van die projecten had opgeschort. Het Gerecht heeft in punt 93 van dat arrest ook de tweede vordering toegewezen, „voor

zover die ertoe strekt de Commissie te veroordelen tot uitkering van de bedragen waarvan in het kader van het project Perform de betaling was opgeschort, zonder dat die betaling een oordeel inhoudt over de subsidiabiliteit van de door [ANKO] gedeclareerde uitgaven". In punt 98 van het bestreden arrest is de derde vordering daarentegen afgewezen.

Procesverloop voor het Hof en conclusies van partijen

8. Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het Hof op 13 februari 2014, heeft de Commissie de onderhavige hogere voorziening ingesteld. De Commissie verzoekt het Hof het bestreden arrest te vernietigen en verweerster in hogere voorziening te verwijzen in de kosten.

9. Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het Hof op 17 februari 2014, heeft de Commissie het Hof verzocht de tenuitvoerlegging van het bestreden arrest op te schorten tot de uitspraak van het arrest in hogere voorziening. Bij op 18 februari 2014 ter griffie van het Hof neergelegde brief heeft de Commissie voorts verzocht om dat verzoek nog vóór de andere partij in de procedure haar opmerkingen had gemaakt, voorlopig toe te wijzen tot de uitspraak van de eindbeschikking in de procedure in kort geding.

10. Bij beschikkingen van respectievelijk 21 februari en 8 april 2014 heeft de vicepresident van het Hof besloten, respectievelijk de tenuitvoerlegging van het bestreden arrest op te schorten tot de uitspraak van de eindbeschikking in de procedure in kort geding, nog vóór de andere partij in de procedure haar opmerkingen had gemaakt, en de tenuitvoerlegging van het bestreden arrest op te schorten tot de uitspraak van het eindarrest in de procedure in hogere voorziening.

11. De partijen zijn in hun pleidooien gehoord ter terechtzitting van 11 december 2014.

Juridische beoordeling

12. De Commissie voert één middel aan, dat is opgebouwd uit vijf onderdelen. Zij klaagt over „onjuiste uitlegging van de algemene voorwaarden" van de subsidieovereenkomsten, te weten 1) onjuiste beoordeling van de ernstige en systematische aard van de onregelmatigheden als reden voor de opschorting, 2) onjuiste beoordeling van de mogelijkheid/het risico dat de onregelmatigheden zich zullen herhalen, 3) onjuiste gevolgtrekking uit de ad-hocrectificaties, 4) onjuiste beoordeling van de mogelijkheid gemiddelde kosten te gebruiken en onjuiste toepassing van deze mogelijkheid op fictieve kosten – onjuiste opvatting van bewijs, en ten slotte 5) verwarring van de voorwaarden voor opschorting (verdenking) met de voorwaarden voor subsidiabiliteit (zekerheid).

Afbakening van rechts- en feitelijke vragen in een geding dat op grond van artikel 272 VWEU is ingeleid

13. Om te beginnen wil ik erop wijzen dat volgens artikel 256 VWEU en artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie de hogere voorziening alleen rechtsvragen kan betreffen en gebaseerd moet zijn op middelen ontleend aan onbevoegdheid van het Gerecht, onregelmatigheden in de procedure voor het Gerecht, waardoor aan de belangen van de verzoekende partij afbreuk is gedaan, dan wel schending van het Unierecht door het Gerecht. Het Gerecht is dus bij uitsluiting bevoegd om de feiten vast te stellen, behoudens het geval waarin de feitelijke onjuistheid van hetgeen het heeft vastgesteld voortvloeit uit de hem overgelegde processtukken, en om de

aangevoerde bewijzen te beoordelen.[5] De vaststelling van de feiten en de beoordeling van de bewijzen leveren dus, behoudens onjuiste opvatting daarvan, geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof.[6]

14. De scheidslijn tussen een feitelijke en een rechtsvraag is niet altijd gemakkelijk te trekken. In casu is de kardinale vraag of de uitlegging van een bepaling van de algemene voorwaarden van een subsidieovereenkomst in beginsel een feitelijke of een rechtsvraag is.

15. De rechtspraak van het Hof verschaft ons dienaangaande niet veel aanwijzingen.

16. In het arrest Commissie/Alexiadou heeft het Hof een arrest van het Gerecht vernietigd en de zaak terugverwezen omdat het Gerecht voorbij was gegaan aan een contractvoorwaarde die het in aanmerking had moeten nemen.[7]

17. In het arrest Evropaïki Dynamiki/Commissie[8] heeft het Hof eveneens een arrest van het Gerecht vernietigd en de zaak terugverwezen. In dit geval was het Hof van oordeel dat het Gerecht had verzuimd uitspraak te doen op een van de vorderingen van rekwirante[9], dat het niet voldoende had onderzocht of bepaalde kosten subsidiabel waren in de zin van een aantal bepalingen van de betrokken algemene voorwaarden[10], dat het een bepaling van de algemene voorwaarden niet op coherente en gemotiveerde wijze had toegepast[11] en ten slotte, dat het Gerecht niet adequaat en voldoende had gereageerd op de argumenten van rekwirante[12].

18. Toch ging het in deze beide arresten niet om de enkele uitlegging van de contractvoorwaarden.[13]

19. In de zaak die aanleiding was tot het recente arrest Gemeente Millau en SEMEA/Commissie[14], kon volgens het Gerecht het bestaan van een derdenbeding in eerste aanleg worden afgeleid uit de doelstelling van een overeenkomst. Het Gerecht had zich dan ook bevoegd verklaard om kennis te nemen van het beroep van de Commissie tegen de gemeente Millau. Het Hof zag hierin een door het Gerecht verrichtte beoordeling van de feiten[15] en niet een aan het toezicht van het Hof onderworpen rechtsvraag. In casu had de gemeente Millau zich door sluiting van het derdenbeding met SEMEA[16] onderworpen aan het arbitragebeding vervat in de algemene voorwaarden van de door SEMEA en de Commissie gesloten overeenkomst.

20. Blijkens deze rechtspraak heeft het Hof nog geen hogere voorziening toegewezen op grond van onjuiste uitlegging van een contractuele bepaling. De redenen waarom het Hof een arrest van het Gerecht heeft vernietigd, waren altijd van een andere orde. Mijns inziens is het Hof terughoudend wanneer de bepalingen van een overeenkomst in het kader van een hogere voorziening met betrekking tot een contractueel geschil moeten worden uitgelegd.

5 — Zie voor deze vaste rechtspraak bijvoorbeeld arrest Gemeente Millau en SEMEA/Commissie (C-531/12 P, EU:C:2014:2008, punt 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

6 — Ibidem.

7 — C-436/07 P, EU:C:2008:623 (punt 19).

8 — C-200/10 P, EU:C:2011:281.

9 — Ibidem (punt 33).

10 — Ibidem (punt 41).

11 — Ibidem (punt 54).

12 — Ibidem.

13 — Arresten Commissie/Alexiadou (EU:C:2008:623) en Evropaïki Dynamiki/Commissie (EU:C:2011:281).

14 — EU:C:2014:2008.

15 — Arrest Gemeente Millau en SEMEA/Commissie (EU:C:2014:2008, punt 57). Op grond hiervan is het Gerecht tot de conclusie gekomen dat er op de gemeente Millau een betalingsverplichting rustte.

16 — Société d'économie mixte d'équipement de l'Aveyron.

21. Dit zo zijnde, wordt in de aangehaalde rechtspraak geen expliciete uitspraak gedaan over de kwestie of de uitlegging van een contractuele bepaling een feitelijke of een rechtsvraag is.

22. Is in het licht van deze gegevens de enkele uitlegging van een bepaling van een overeenkomst een beoordeling van feiten?

23. Ik denk van wel.

24. Een bepaling van een overeenkomst is geen rechtsbron in de zin van een rechtsregel. Gelet hierop valt een overeenkomst niet onder het begrip „recht" in de zin van artikel 256 VWEU en artikel 58 van het Statuut van het Hof. De uitlegging van een bepaling van een overeenkomst kan daarom niet worden beschouwd als uitlegging van recht.

25. Uiteraard is de situatie anders, indien een hogere voorziening is gebaseerd op schending van het recht dat op een overeenkomst van toepassing is, ongeacht of dat nu Unie- of nationaal recht is.[17] In dat geval moet het op de overeenkomst toepasselijke recht worden uitgelegd.

26. Het Hof kan echter niet een bepaling van een overeenkomst uitleggen die geen enkel verband houdt met een bepaling van het Unierecht zonder inbreuk te maken op de bevoegdheid van het Gerecht om de feiten vast te stellen.

27. Een korte analyse van hetgeen thans in het procesrecht in enkele lidstaten geldt, bevestigt deze constatering.

28. In het Poolse recht behoort blijkens de rechtspraak en de heersende leer in de doctrine, de vaststelling van de bedoelingen van partijen tot de beoordeling van de feiten, die in cassatie niet wordt getoetst. Daarentegen kan schending van de in artikel 65 van het burgerlijk wetboek vervatte regels voor de uitlegging van een overeenkomst als cassatiemiddel worden aangevoerd.[18]

29. In het Spaanse recht is de juiste uitlegging van een overeenkomst geen kwestie waartegen cassatie open staat. Deze problematiek behoort niet tot de bevoegdheid van de cassatierechter en impliceert niet een toetsing van de rechtmatigheid, maar maakt inbreuk op de taken van de feitenrechter.[19]

30. Evenzo is naar Italiaans recht de uitlegging van een overeenkomst in beginsel voorbehouden aan de feitenrechter en staat hiertegen geen cassatie open, aangezien het om een feitelijke beoordeling gaat.[20]

17 — Het Hof lijkt er niets op tegen te hebben om in hogere voorziening oorspronkelijk nationale materiële bepalingen die van toepassing zijn op de overeenkomst te toetsen. Zie bijvoorbeeld arrest Commissie/CCRE (C-87/01 P, EU:C:2003:400, punten 56-64). Advocaat-generaal Kokott bekritiseert deze lijn in de rechtspraak in haar conclusie in de zaak Gemeente Millau en SEMEA/Commissie (C-531/12 P, EU:C:2014:1946, punten 76 en 77), waarbij zij zich op de formulering van artikel 58 van het Statuut van het Hof beroept.

18 — Zie Ereciński, T., „Komentarz do art. 398(3)", in Ereciński, T. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warschau, 2012, punt 11; Wójcik, M., „Komentarz do art. 398(3)", in Jakubecki, A. (red.), *Komentarz do Kodeksu pospowania cywilnego*, Warschau, 2012, punt 7, en arresten van de Sąd Najwyższy (hooggerechtshof van Polen) van 20 maart 2002, nr. V CKN 945/00, en 15 oktober 2002, nr. II CKN 1167/00.

19 — Zie arresten van het Tribunal Supremo (hooggerechtshof van Spanje) van 7 juni 2011 [nr. 364/2011 (FD 10°)], van 12 november 2012 [nr. 650/2012 (FD 3°)] en 15 november 2012 [nr. 782/2012 (FD 3°)].

20 — Zie arresten van de Corte di Cassazione (hof van cassatie, Italië) Cass., 29 juli 2003, nr. 11679, Cass., 14 juli 2004, nr. 13075, en Cass., 4 mei 2009, nr. 10232.

31. In het Duitse recht worden de bepalingen van een overeenkomst in hogere voorziening („Revision") evenmin als rechtsregels beschouwd.[21] De vaststelling van de bedoelingen van partijen bij de overeenkomst valt onder de beoordeling van de feiten.[22] Datzelfde geldt voor de uitlegging van een arbitrageovereenkomst.[23] De rechter in hogere voorziening is gebonden aan de uitlegging van de feitenrechter. Hij kan alleen vaststellen of deze rechter blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting doordat hij een wettelijke bepaling, zoals de uitleggingsregels, heeft geschonden, of tot een uitlegging is gekomen die ingaat tegen alle logische of empirische regels.[24]

32. Het Litouwse recht beschouwt de uitlegging van een overeenkomst als een feitelijke kwestie. Cassatie heeft derhalve alleen plaats bij schending van de regels voor de uitlegging van overeenkomsten.[25]

33. In casu worden de twee subsidieovereenkomsten krachtens artikel 9 beheerst door de eigen voorwaarden, bepalingen van het Unierecht met betrekking tot het Zevende kaderprogramma voor activiteiten op gebied van onderzoek, technologische ontwikkeling en demonstratie, het Financieel Reglement van de Unie, en subsidiair het Belgisch recht.

34. De Commissie voert echter geen schending van deze bepalingen van Unierecht aan. Bovendien heeft zij ter terechtzitting op mijn desbetreffende vraag uitdrukkelijk gesteld dat zij geen schending van bepalingen van Belgisch recht aanvoert.

35. In het licht van het voorgaande zal ik de vijf onderdelen van het middel in hogere voorziening onderzoeken. Op die grondslag zie ik niet in op welke wijze het enige middel, dat is ontleend aan een „onjuiste uitlegging van de algemene voorwaarden" van de subsidieovereenkomsten, een rechtsvraag zou kunnen opwerpen. Volledigheidshalve zal ik toch kort de argumenten weergeven die de Commissie bij elk van de vijf onderdelen van dit middel heeft aangevoerd.

Eerste, tweede, derde en vijfde onderdeel

Argumenten van de Commissie

– Eerste onderdeel: onjuiste beoordeling van de ernstige en systematische aard van de onregelmatigheden

36. De Commissie laakt in wezen dat het Gerecht clausule II.5, lid 3, onder d), van de algemene voorwaarden onjuist heeft uitgelegd en toegepast bij de beoordeling van de „ernstige en systematische" aard van de betrokken onregelmatigheden als reden voor de opschorting van de betalingen uit hoofde van de subsidieovereenkomsten. Zij betoogt op dit punt dat de opschorting van de betalingen niet op de conclusies van het verslag van de financiële audit van de litigieuze projecten was gebaseerd, maar op de ernstige en systematische onregelmatigheden die bij eerdere, in 2006 en 2008 verrichte financiële controles waren vastgesteld bij andere projecten waaraan verweerster in hogere voorziening had deelgenomen, en op het feit dat laatstgenoemde niet aan de aanbevelingen wilde voldoen die bij de laatste van die controles, met de referentie 08-BA52-042, waren gedaan. Bij deze onregelmatigheden ging het voornamelijk om het boeken van hoge kosten als directe personeelskosten

21 — Zie in het burgerlijk procesrecht Reichold, K., in Thomas, H./ Putzo, H. (red.), *Zivilprozeßordnung*, 29e druk, München, 2008, § 545, punt 3. Zie in het bestuursprocesrecht Kopp, O., Schenke, W.-R., *Verwaltungsgerichtsordnung*, 15e druk, München 2007, § 137, punten 3 e.v.

22 — Zie Heßler, H.-J., Zöller, R., *Zivilprozeßordnung*, 28e druk, München 2010, § 546, punt 9.

23 — Bundesgerichtshof (federaal gerechtshof, Duitsland), arrest van 28 februari 1957 - VII ZR 204/56 (BGHZ 24, 15).

24 — Zie naar burgerlijk procesrecht, Heßler, H.-J., op. cit., § 546, punt 9. Zie naar administratief procesrecht, Kopp, O., Schenke, W.-R., op. cit., § 137, punt 19.

25 — Zie de uitspraken van de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (hooggerechtshof van Litouwen) van 15 april 1998, nr. 3K-21/98, 2 november 2010, nr. 3K-7-409/2010, en 25 maart 2011, nr. 3K-3-132/2011.

voor prestaties die waren verricht door personen die niet over de vereiste wetenschappelijke kwalificaties beschikten, en de gehanteerde methode van berekening van de uitgaven die ertoe leidde dat de subsidiabele kosten te hoog werden ingeschat en er geen betrouwbaar registratiesysteem voor de werkuren was.

– Tweede onderdeel: onjuiste beoordeling van de mogelijkheid/het risico dat de onregelmatigheden zich zullen herhalen

37. De Commissie betoogt dat juist ANKO's „werkwijze" om de personeelskosten te berekenen de oorzaak van de onregelmatigheden is, omdat daardoor zowel het aantal uren als de beloning van de personeelsleden wordt opgedreven. Deze kwalijke praktijk was reeds bij vijf projecten vastgesteld en zou dus „waarschijnlijk" ook van invloed zijn op de uitvoering van de betrokken projecten. De weigering van het Gerecht om deze „mogelijkheid" (of verdenking) te erkennen vormt evenzeer een onjuiste uitlegging van clausule II.5, lid 3, onder d), van de algemene voorwaarden.

– Derde onderdeel: onjuiste gevolgtrekking uit ad-hocrectificaties

38. De Commissie erkent dat ANKO rectificaties heeft aangebracht en terugbetalingen heeft gedaan. Dat betekende echter niet dat zij haar algemene „werkwijze" definitief heeft gewijzigd. Zij had enkel ad-hocrectificaties aangebracht daar waar de onregelmatigheden naar voren waren gekomen, en ermee volstaan bepaalde bedragen terug te betalen waarvan haar was verweten ze onverschuldigd te hebben verkregen. Zij had echter geen maatregelen van algemene aard genomen voor de controle van de ingezette personen en hun kwalificaties voor het betrokken programma of voor de nauwkeurige registratie van de arbeidsuren van het personeel, om te voorkomen dat de oude „praktijk" in de toekomst opnieuw werd toegepast. Het feit dat er uit de concrete ad-hocrectificatie door ANKO conclusies zijn getrokken over haar algemene „werkwijze" geeft blijk van een onjuiste inductieve redenering die leidt tot een onjuiste uitlegging van clausule II.5, lid 3, onder d), van de algemene voorwaarden aangaande de mogelijkheid dat onregelmatigheden van dezelfde aard zich opnieuw zullen voordoen bij andere projecten.

– Vijfde onderdeel: verwarring van de voorwaarden voor opschorting (verdenking) met de voorwaarden voor subsidiabiliteit (zekerheid)

39. Volgens de Commissie verwart het Gerecht de voorwaarden voor opschorting van de betalingen, namelijk een enkele verdenking, met de voorwaarden voor de subsidiabiliteit van de gedeclareerde uitgaven.

40. De Commissie betoogt op dit punt dat opschorting van de betalingen slechts een voorlopige maatregel is. Zij kan die maatregel dus baseren op een mogelijk gevolg en derhalve op een eenvoudige waarschijnlijkheid. Derhalve is geenszins vereist dat een inbreuk en schade vaststaan.

Beoordeling

41. Het Gerecht heeft in de punten 46 tot en met 79 van het bestreden arrest clausule II.5, lid 3, onder d), van de algemene voorwaarden uitgelegd.

42. In punt 65 van het bestreden arrest heeft het Gerecht vastgesteld dat „de Commissie de ernstige en systematische aard van de vastgestelde ontregelmatigheden niet genoegzaam heeft aangetoond, en evenmin de wijze waarop deze onregelmatigheden, gesteld dat zij zouden zijn aangetoond, van invloed konden zijn op de uitvoering van de projecten Perform en Oasis".

43. In de onderhavige hogere voorziening is de Commissie er enkel op uit dat het Hof zijn eigen uitlegging van clausule II.5, lid 3, onder d), van de algemene voorwaarden in de plaats stelt van de uitlegging door het Gerecht.

44. Aangezien de Commissie slechts de uitlegging van clausule II.5, lid 3, onder d), van de algemene voorwaarden in twijfel trekt, stel ik het Hof voor het eerste, tweede, derde en vijfde onderdeel niet-ontvankelijk te verklaren.

Vierde onderdeel: onjuiste beoordeling van de mogelijkheid gemiddelde kosten te gebruiken, onjuiste toepassing van deze mogelijkheid op fictieve kosten en onjuiste opvatting van het bewijs

Argumenten van de Commissie

45. De Commissie brengt om te beginnen de criteria in herinnering waaraan cumulatief moet zijn voldaan om gemiddelde personeelskosten te mogen declareren. In de eerste plaats moeten de gemiddelde personeelskosten worden berekend volgens de methode waarvan de begunstigde heeft verklaard dat dat zijn gebruikelijke boekhoudmethode is; in de tweede plaats moet de berekeningsmethode zijn gebaseerd op de werkelijke personeelskosten van de begunstigde zoals die zijn opgenomen in zijn jaarrekening, zonder geschatte of begrote posten; in de derde plaats moet de berekeningsmethode alle niet-subsidiabele kosten uitsluiten van de gemiddelde personeelsbedragen, en in de vierde plaats moet het aantal productie-uren dat voor de berekening van het gemiddelde uurtarief wordt gebruikt, in overeenstemming zijn met de normale bedrijfsvoeringsmethoden van de begunstigde voor zover deze diens werkelijke arbeidsvoorwaarden weerspiegelen. Aangaande dat laatste criterium benadrukt de Commissie dat het Gerecht heeft aangegeven dat alleen de kosten konden worden opgevoerd van de uren die daadwerkelijk aan het project waren besteed door de personen die de werkzaamheden rechtstreeks uitvoerden.

46. Volgens de Commissie heeft het Gerecht door te erkennen dat ANKO bepaalde personeelskosten geldig had gedeclareerd, en daarbij te verwijzen naar de contractvoorwaarden, in het bijzonder clausule II.14, lid 1, tweede alinea, van de algemene voorwaarden, de draagwijdte van die contractvoorwaarden in de punten 71 tot en met 75 van het bestreden arrest verkeerd uitgelegd. Die voorwaarden bieden weliswaar de mogelijkheid de uitgaven te berekenen op basis van een gemiddelde, maar slechts voor zover dat gemiddelde wordt berekend op basis van de werkelijke en niet de fictieve personeelskosten. Het gebruik van een „gemiddelde" overeenkomstig die contractvoorwaarden kan niet betekenen dat dergelijke fictieve kosten geoorloofd zouden zijn, aangezien dit gemiddelde moet worden vastgesteld op basis van de werkelijke kosten.

47. Op dit punt herinnert de Commissie eraan dat zij niet de mogelijkheid betwist om gemiddelde bedragen te gebruiken voor de personeelskosten, maar veeleer dat kosten in aanmerking worden genomen die niet de werkelijke kosten zijn omdat ofwel de beloning niet overeenstemt met de specialisatie van het ingezette personeel, ofwel de productie-uren geen werkelijke, maar fictieve uren zijn. Zij benadrukt dat het een algemeen beginsel van goed beheer is dat de gegevens die in aanmerking worden genomen, juist zijn en dat dit in elk geval een voorwaarde is om kosten uit de begroting van de Unie te vergoeden, hetgeen zich wat de subsidieovereenkomst betreft, vertaalt in het feit dat de werkelijke uren en kosten moeten worden bijgehouden. Dat vervolgens met een gemiddeld bedrag wordt gewerkt, hetgeen ANKO hoe dan ook niet had gedaan, is een andere kwestie en betekent niet dat daarbij fictieve, en dus niet bestaande, uren of kwalificaties van niet-gespecialiseerd personeel in aanmerking zouden mogen genomen.

48. Dientengevolge was de uitlegging van clausule II.5, lid 3, onder d), van de algemene voorwaarden door het Gerecht onjuist en was de aangevoerde motivering ondeugdelijk, aangezien voor de vijf projecten reeds was vastgesteld dat de door verweerster in hogere voorziening opgevoerde kosten, althans voor een deel, niet de werkelijke kosten waren, zoals de algemene voorwaarden van de subsidieovereenkomsten vereisen.

49. Volgens de Commissie kan de argumentatie van het Gerecht in dit verband ook worden beschouwd als een onjuiste opvatting van het bewijs, aangezien ANKO geen gemiddelde kosten had gebruikt, maar het precieze aantal productie-uren en de exacte vergoedingen, die wat de oudste subsidieovereenkomsten betreft voor iedere werknemer ad hoc waren gerectificeerd, zoals bleek uit de auditrapporten.

Beoordeling

50. Voor zover de Commissie de uitlegging van het Gerecht in twijfel trekt, verwijs ik naar mijn bespreking in de punten 41-44 hierboven.

51. Wat de vermeende onjuiste opvatting van het bewijs betreft, moet om te beginnen worden vastgesteld dat de Commissie zich uitdrukkelijk hierop heeft beroepen, zoals de rechtspraak van het Hof vereist. [26]

52. Volgens vaste rechtspraak geldt: „Een dergelijke onjuiste opvatting moet evenwel duidelijk blijken uit de stukken, zonder dat de feiten en de bewijzen *opnieuw* hoeven te *worden beoordeeld* [27]." [28] Het Hof heeft soms een wat flexibeler formulering gebruikt, dat „van een [...] onjuiste opvatting sprake [is] wanneer, zonder gebruik te maken van *nieuwe* bewijs*elementen* [29], de beoordeling van de bestaande bewijselementen kennelijk onjuist blijkt te zijn". [30]

53. Een onjuiste opvatting van het bewijs veronderstelt dat het Gerecht de grenzen van een redelijke beoordeling van de bewijzen kennelijk heeft overschreden. Om het bestaan van een onjuiste opvatting aan te tonen, volstaat het niet om een andere lezing dan die van het Gerecht van dit bewijs voor te stellen. [31]

54. Ik meen dat het Gerecht in de punten 71 tot en met 79 van het bestreden arrest het bewijs niet onjuist heeft opgevat.

55. In punt 75 van het bestreden arrest verwijst het Gerecht naar artikel II.14, lid 1, eerste alinea, onder d), en tweede alinea, van de algemene voorwaarden. Ook al kan men een andere mening hebben over het door ANKO gebruikte systeem voor het toerekenen van kosten, dan nog is de uitlegging van het Gerecht niet kennelijk onjuist. Bij de uitlegging van de bepalingen van de algemene voorwaarden is het de taak van het Gerecht de feiten in alle vrijheid te beoordelen, dat wil zeggen de

26 — Zie voor dit vereiste bijvoorbeeld beschikking Carrols/BHIM (C-171/12 P, EU:C:2013:131, punt 36).

27 — Cursivering van mij.

28 — Zie arrest Tomra Systems e.a./Commissie (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

29 — Cursivering van mij.

30 — Zie arrest PKK en KNK/Raad (C-229/05 P, EU:C:2007:32, punt 37). Advocaat-generaal Kokott legt in haar conclusie in deze zaak (C-229/05 P, EU:C:2006:606, punt 42) het verschil tussen beide formuleringen als volgt uit: „ook de constatering van een verkeerde voorstelling van bewijselementen [veronderstelt] een minimum aan beoordeling [...]. Van een verkeerde voorstelling van bewijselementen is veeleer sprake, wanneer zonder het aanvoeren van nieuwe bewijselementen de beoordeling van de aanwezige bewijselementen duidelijk onjuist is."

31 — Zie arresten Activision Blizzard Germany/Commissie (C-260/09 P, EU:C:2011:62, punt 57) en Commissie/Aalberts Industries e.a. (C-287/11 P, EU:C:2013:445, punt 52).

inhoud van de algemene voorwaarden, de bedoelingen van partijen en de omstandigheden waaronder de overeenkomst is gesloten en is uitgevoerd. Ook al zou een andere uitkomst dan die van het Gerecht mogelijk kunnen zijn, dan nog kan de beoordeling van het Gerecht niet als kennelijk onjuist en leidend tot een onjuiste opvatting van het bewijs worden beschouwd.

56. Ik geef daarom het Hof in overweging het vierde onderdeel ongegrond te verklaren.

Conclusie

57. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de hogere voorziening af te wijzen en de Commissie in de kosten te verwijzen.