CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL C. O. LENZ van 22 oktober 1991 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

A — De feiten

1. Dit geschil betreft een vordering van de Commissie voortkomend uit een aanvankelijk tussen de Europese Economische Gemeenschap en de landbouwer F. Schulze Isfort-Ekel gesloten overeenkomst, waarbij verweerder later in plaats van de oorspronkelijke contractant partij is geworden en waarvan artikel 13, waarop naar de mening van verzoekster de bevoegdheid van het Hof van Justitie is gegrond, de volgende clausule bevat:

„Alle geschillen die over de geldigheid, de interpretatie en de toepassing van deze overeenkomst mochten rijzen, worden ter beslechting aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen voorgelegd."

2. De grondslag voor de overeenkomst vormt verordening (EEG) nr. 1302/78 betreffende het verlenen van financiële steun aan projecten voor de exploitatie van alternatieve energiebronnen [1], waarvan artikel 8 onder meer bepaalt, dat de Commissie in onderhandeling treedt over de contracten die nodig zijn voor de verwezenlijking van goedgekeurde projecten, en deze contracten afsluit.

3. Volgens artikel 1, sub 1, van de overeenkomst verbindt de contractant zich tot de verwezenlijking van een project dat als volgt wordt omschreven:

„Bouw van een meststal voor varkens met het oog op de produktie van proceswarmte voor anaërobe processen door zonneënergie en omzetting van methaan (biogas) in warmte en elektrische energie."

Volgens het in bijlage I (tabel 3) opgenomen werkprogramma diende de laatste fase van het project (ingebruikneming, demonstratie en programma van maatregelen) eind 1984 te zijn voltooid.

4. In de artikelen 1, 2 en 3 van de overeenkomst verplichtte de Gemeenschap zich ertoe, de contractant een financiële bijdrage te betalen, die werd vastgesteld op 40% van de door de Commissie geverifieerde en goedgekeurde werkelijke kosten van het project exclusief BTW tot een maximum van 240 000 DM.

5. In artikel 14 van de overeenkomst wordt gestipuleerd, dat het Duitse recht erop van toepassing is. Naast deze verwijzing bevat deze overeenkomst onder meer een reeks

* Oorspronkelijke taal: Duits.

1 — Verordening van de Raad van 12 juni 1978 (PB 1978, L 158, blz. 3).

gedetailleerde bepalingen betreffende gevallen waarin de contractant de financiële steun geheel of gedeeltelijk moet terugbetalen. Een van die bepalingen is artikel 8, waarop de Commissie de vorderingen die zij in casu doet gelden, baseert. Dit artikel luidt als volgt:

„Indien de contractant een der krachtens deze overeenkomst op hem rustende verplichtingen niet nakomt, kan de Commissie, na hem bij aangetekend schrijven in gebreke te hebben gesteld, de overeenkomst als van rechtswege ontbonden beschouwen, wanneer de contractant niet binnen een maand na de ingebrekestelling zijn verplichtingen nakomt. De overeenkomst kan eveneens door de Commissie als ontbonden worden beschouwd, wanneer de contractant om de financiële bijdrage te bekomen, onjuiste verklaringen heeft afgelegd, voor zover deze hem kunnen worden toegerekend. In deze gevallen is de contractant gehouden de als financiële steun betaalde bijdrage, vermeerderd met rente te rekenen vanaf het verstrijken van de hiervoor bedoelde termijn van een maand, onverwijld aan de Commissie terug te betalen. Het rentepercentage is het percentage dat door de Europese Investeringsbank werd toegepast op de datum van het besluit van de Commissie waarbij de financiële bijdrage voor het project werd verleend."

6. De vordering van de Commissie betreft in de eerste plaats de terugbetaling van een bedrag van 72 000 DM, dat door de rechtsvoorganger van verweerder als deel van de overeengekomen financiële steun van de Gemeenschap werd ontvangen en dat, vermeerderd met rente, na diens terugtreden aan zijn rechtsopvolger werd overgedragen. In de met het oog op de verandering van contractant tussen de Gemeenschap, verweerder en diens rechtsvoorganger gesloten aanvullende overeenkomst is in dit verband overeengekomen, dat Schulze Isfort-Ekel aan verweerder alle uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en plichten „cedeert", „daaronder begrepen de rechten en verplichtingen met betrekking tot het door de Commissie reeds in het kader van de overeenkomst uitgekeerde steunbedrag".

7. Door geen van de partijen wordt betwist, dat het project dat het voorwerp van de overeenkomst vormde, niet is verwezenlijkt. In verband daarmee kwam het vanaf 1985 tot een omvangrijke briefwisseling tussen partijen. Nadat de Commissie van verweerder aanvankelijk — zonder resultaat — terugbetaling van het genoemde bedrag had gevorderd, stelde zij verweerder bij aangetekende brief van 9 december 1986, die hij op 17 december 1986 ontving, in gebreke; zij kondigde de ontbinding aan voor het geval verweerder niet binnen een termijn van een maand het bewijs van de beschikbaarheid van een terrein en de vereiste overheidsvergunningen zou overleggen. Verweerder heeft geen van de geëiste bewijzen binnen de vastgestelde termijn overgelegd.

8. In de daaropvolgende — wederom vruchteloze — briefwisseling maande de Commissie verweerder meermaals, onder meer bij brief van 16 september 1987, tot betaling van het genoemde bedrag vermeerderd met rente. Bij brief van 8 juli 1988 deelde de Commissie verweerder mede, dat zij in geval van niet-betaling de rechter zou inschakelen. Verder verklaarde zij, dat zij bij de ontbinding bleef, en wel eerst in twee brieven van 20 maart en 31 juli 1987 (waarvan verweerder een kopie ontving) die geadresseerd waren aan de Landrat van de Kreis Neustadt/Aisch-Bad Windsheim, die de Commissie ervan in kennis had gesteld,

dat verweerder nu wel over een voor de verwezenlijking van het project geschikt terrein beschikte, en ten slotte in een brief van 8 december 1988 aan verweerder zelf.

9. Verweerder gaf toe, dat het project was mislukt, maar ging niet over tot terugbetaling. Bij brief van 19 juli 1988 deed hij een tegenvordering gelden ter hoogte van 72 000 DM wegens de omvangrijke materiaalaankopen die hij ter uitvoering van het project zou hebben gedaan. In dit verband beriep hij zich in een volgende brief op het rechtsbeginsel „culpa in contrahendo" en op een toezegging van de Commissie van 30 april 1985, volgens welke „40% van de materiaalaankopen als schadepost erkend zouden kunnen worden". Met betrekking tot deze brief zet de Commissie in haar verzoekschrift uiteen, zonder door verweerder te worden tegengesproken, dat dit inderdaad betekende dat de Commissie bereid was 40% van de verrichte materiaalaankopen te financieren, maar dat deze toezegging was verbonden aan de voorwaarde, dat de materiaalaankopen voor 31 december 1984 waren geschied en door rekeningen en betalingsbewijzen werden bewezen; verweerder had evenwel geen enkel bewijsstuk overgelegd.

10. De Commissie doet voorts een rentevordering gelden die uit twee gedeelten bestaat; zij eist namelijk 6% rente vanaf de datum van uitbetaling van het bedrag van 72 000 DM aan de rechtsvoorganger van verweerder, en 11,9% rente vanaf het verstrijken van de termijn van een maand, genoemd in de ingebrekestellingsbrief van 9 december 1986.

11. De *Commissie* concludeert dat het den Hove behage:

1) verweerder te veroordelen tot betaling aan de Commissie van de Europese Gemeenschappen van een som van 72 000 DM vermeerderd met rente op de voet van 6% 's jaars vanaf 24 januari 1983 en op de voet van 11,9% 's jaars vanaf 18 januari 1987;

2) verweerder te verwijzen in de kosten van het geding.

12. *Verweerder* concludeert tot verwerping van het beroep en tot verwijzing van verzoekster in de kosten van het geding.

13. Op verdere details met betrekking tot de feiten van de zaak en de argumenten van partijen kom ik, voor zover nodig, terug in het kader van mijn analyse; voor het overige verwijs ik naar het rapport ter terechtzitting.

B — Analyse

Eerste deel — Bevoegdheid van het Hof van Justitie

14. Verweerder heeft een exceptie van onbevoegdheid van het Hof opgeworpen, eerst in een vóór de indiening van het verweerschrift ingediend verzoek om termijnverlenging en later nogmaals ter terechtzitting. Volgens artikel 42, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moeten alle middelen in het eerste processtuk (in casu: het verweerschrift, artikel 40, lid 1, van het

Reglement voor de procesvoering) worden voorgedragen. Nieuwe middelen mogen — behoudens artikel 42, lid 1 — in de loop van het geding niet meer worden voorgedragen, tenzij zij steunen op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst tijdens de procedure is gebleken. Aan de voorwaarden voor deze uitzondering is in casu niet voldaan. Verweerder baseert zich immers op de bewoordingen van de overeenkomst, die sinds het sluiten ervan niet meer gewijzigd zijn.

15. Ook al behoeft de door verweerder opgeworpen exceptie niet in overweging te worden genomen (hetzij omdat zij niet in de juiste vorm, hetzij omdat zij te laat is voorgedragen), acht ik het, waar het om een bevoegdheidsvraag gaat, gewenst dat het Hof ze in casu afwijst; het Hof dient met toepassing van artikel 92, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering zich uitdrukkelijk bevoegd te verklaren op grond van artikel 181 EEG-Verdrag, en dit zowel ten aanzien van de vordering van de Commissie als ten aanzien van de vordering in reconventie van verweerder.

16. Dienaangaande zou ik het volgende willen opmerken.

17. *1.* Waar verweerder stelt, dat het Hof niet bevoegd is om over de vordering van de Commissie te beslissen, baseert hij zich op artikel 14 van de overeenkomst. Verweerder legt die clausule, die bepaalt dat op de overeenkomst het Duitse recht van toepassing is, aldus uit, dat zij ook ziet op het Duitse procesrecht, in het bijzonder het Duitse burgerlijke procesrecht. Volgens dit recht kon verweerder, die niet als ondernemer in het handelsregister is ingeschreven, vóór het ontstaan van het geschil geen rechtsgeldige forumkeuze overeenkomen.

18. Dit betoog kan niet worden aanvaard. De uitlegging die verweerder aan artikel 14 van de overeenkomst geeft, is in tegenspraak met artikel 13 van de overeenkomst, waarin het Hof van Justitie als de bevoegde rechter wordt aangewezen. Gelet op de gemeenschapsrechtelijke context van de overeenkomst en de in artikel 181 EEG-Verdrag uitdrukkelijk erkende prorogatiemogelijkheid, moet ervan worden uitgegaan, dat partijen hun arbitrageclausule op dat artikel hebben gebaseerd. Zoals uit de geheel andere formulering van artikel 14 blijkt, was dit niet bedoeld om deze duidelijke regeling buiten werking te stellen, maar enkel om het op de overeenkomst toepasselijke materiële recht te bepalen. Dit is overigens in overeenstemming met het algemeen erkende beginsel, dat elke rechterlijke instantie haar eigen procedureregels toepast, daaronder begrepen de regels betreffende de bevoegdheid.[2] Het procesrecht van het Hof omvat artikel 181 EEG-Verdrag, maar niet de (overeenkomstige) bepalingen van nationale procesrechtelijke regelingen. Voor het overige moet artikel 181 door alle rechterlijke instanties als een *specifieke* regeling worden beschouwd, die voorrang heeft boven afwijkend nationaal recht en die het geval regelt waarin de bevoegdheid van het Hof op een arbitrageclausule dient te worden gebaseerd.[3] Deze zaak ligt derhalve van meet af

2 — H. Krück, in: Von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4e druk, Baden-Baden 1991, artikel 181, nr. 18, met verdere opmerkingen.

3 — Dit lijkt eveneens het uitgangspunt van het Hof te zijn geweest in de zaak Pellegrini (die betrekking had op artikel 153 EGA-Verdrag) (zie arrest van 7 december 1976, zaak 23/76, Pellegrini, Jurispr. 1976, blz. 1807, r. o. 9 e. v.).

aan buiten het toepassingsgebied van de door verweerder genoemde *algemene* bepalingen van het Duitse burgerlijke procesrecht, waarop in casu dus geen beroep kan worden gedaan. Het Hof is dientengevolge krachtens artikel 13 van de in geding zijnde overeenkomst juncto artikel 181 EEG-Verdrag (dat geen van de door verweerder genoemde soort voorwaarden bevat) bevoegd ten aanzien van de vorderingen van de Commissie, die alle gebaseerd zijn op artikel 8 van de overeenkomst (in voorkomend geval in verbinding met aanvullende bepalingen van Duits recht).

19. 2. Wat de bevoegdheid van het Hof betreft om te oordelen over de vordering die verweerder doet gelden ter compensatie van een eventuele schuldvordering van de Commissie, dient, rekening houdend met de in het arrest Zoubek[4] geformuleerde beginselen, te worden vastgesteld, dat deze bevoegdheid wel degelijk bestaat. Volgens dat arrest mag het Hof in het kader van artikel 181 EEG-Verdrag enkel kennis nemen van vorderingen uit een door de Gemeenschap gesloten overeenkomst waarin een arbitragebeding voorkomt, of van vorderingen die rechtstreeks verband houden met de verbintenissen die uit deze overeenkomst voortvloeien.[5]

20. Verweerder heeft zijn vordering tot compensatie aanvankelijk op twee middelen gebaseerd, te weten een vermeende „schuld van de Commissie bij het sluiten van de overeenkomst" (dat wil zeggen een gedraging die naar Duits recht grond kan opleveren voor een vordering die gebaseerd is op schending van het vertrouwen dat bij het sluiten van de overeenkomst tussen partijen dient te bestaan), en op de toezegging van de Commissie 40% van de materiaalaankopen te financieren (een toezegging die, zoals blijkt uit het percentage van de financiële bijdrage[6], in direct verband staat met de contractuele verplichting van de Commissie tot financiering van het project). Zowel in dit opzicht alsook met betrekking tot de bepalingen van het Duitse verbintenissenrecht, waarop verweerder zich ter terechtzitting heeft beroepen (§ 346 BGB, bepalingen betreffende overeenkomsten tot aanneming van werk en het verrichten van diensten, § 242 BGB) en die een nadere regeling geven van de rechten en verplichtingen van partijen bij een overeenkomst, bestaat de door het Hof geëiste samenhang.

21. Uit het bovenstaande blijkt, dat het Hof bevoegd is te oordelen zowel over de vorderingen van de Commissie als over verweerders vordering tot compensatie met de schuldvordering van de Commissie.

Tweede deel — Het recht van de Commissie[7] op terugbetaling van de hoofdsom (72 000 DM) ingevolge artikel 8 van de overeenkomst

22. *I.* Laat ik beginnen met een opmerking over de toepassing van artikel 14 van de

4 — Arrest van 18 december 1986, zaak 426/85, Zoubek, Jurispr. 1986, blz. 4057.

5 — Rechtsoverweging 11 van het arrest Zoubek die verwijst naar artikel 6, sub 3, van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

6 — Zie artikel 3 van de overeenkomst juncto bijlage I, B.1 en 2 ervan.

7 — Hoewel volgens de bewoordingen van de overeenkomst de Gemeenschap als contractant verschijnt, bepaalt artikel 8, dat de daar genoemde bedragen aan de Commissie moeten worden terugbetaald. Deze kan derhalve in eigen naam een vordering tot terugbetaling doen gelden. De moeilijkheden die hieruit met betrekking tot vorderingen kunnen voortvloeien die verder reiken dan de tekst van artikel 8, of met betrekking tot de vorderingen van verweerder tot compensatie van schuldvorderingen, zijn hier niet van belang; zoals ik zal aantonen, zijn alleen de op artikel 8 gebaseerde vorderingen van de Commissie gerechtvaardigd.

overeenkomst. Het is inderdaad juist, dat partijen globaal naar het Duitse recht hebben verwezen. Deze verwijzing dient echter te worden gezien in het kader waarin zij staat. De overeenkomst waar het hier om gaat, is een publiekrechtelijke subsidieovereenkomst ter verwezenlijking van de in verordening nr. 1302/78 omschreven doelstellingen. Partijen hebben in de afzonderlijke clausules van de overeenkomst deze bijzondere, geenszins typische situatie willen regelen, waarbij zij zich niet op een gecodificeerd gemeenschapsrecht konden baseren. Gelet op deze bijzonderheden is het duidelijk, dat in het kader van artikel 14 geen bepalingen van Duits recht van toepassing kunnen zijn die niet verenigbaar zijn met de aard en de doelstellingen van de gesloten overeenkomst of met bepaalde bepalingen ervan zoals deze blijken uit de bewoordingen, opbouw en context van de betrokken regeling. Artikel 14 moet mitsdien restrictief worden uitgelegd. Dit geldt met name ook voor de bepalingen van het Duitse Burgerlijk Wetboek waaraan partijen bij de verwijzing naar „het Duitse recht" zeker gedacht hebben.

23. Van een dergelijke gedachte lijkt overigens ook § 62, tweede volzin, van het Verwaltungsverfahrensgesetz [8] uit te gaan. Genoemd artikel bevat met betrekking tot publiekrechtelijke overeenkomsten weliswaar een algemene verwijzing naar de „bepalingen van het burgerlijk wetboek", doch deze bepalingen vinden slechts „overeenkomstige toepassing" en blijven derhalve buiten toepassing voor zover zij niet overeenstemmen met de aard van de publiekrechtelijke overeenkomst. [9]

24. Ik ga derhalve in het navolgende uit van deze uitlegging van artikel 14, waarbij het uiteraard niet nodig is de draagwijdte ervan te behandelen indien aan de voorwaarden voor toepassing van de relevante Duitse bepaling niet wordt voldaan.

25. Gelet op het bovenstaande kan de andere vraag, namelijk of artikel 14 ook verwijst naar bepalingen van het Duitse *publiekrecht,* in het bijzonder het administratieve recht, onbeantwoord blijven. Enerzijds bestaat er op genoemd punt immers volledige overeenstemming tussen artikel 14 van de overeenkomst en de parallelle bepaling van § 62, tweede volzin, van het Verwaltungsverfahrensgesetz, anderzijds is, zoals ik zal aantonen, de toepasselijkheid van Duitse publiekrechtelijke bepalingen voor het overige hier niet van belang.

26. *II.* Aangezien de toepassing van artikel 8 van de overeenkomst veronderstelt, dat de overeenkomst tussen verweerder en de Gemeenschap rechtsgeldig tot stand is gekomen, dienen allereerst de argumenten van verweerder te worden onderzocht voor zover men ze kan opvatten als betrekking hebbende op dit punt.

27. *1.* Om te beginnen verklaart verweerder, dat het project „in Duitsland niet te verwezenlijken was". Hierbij baseert hij zich, zoals blijkt uit twee brieven van het Landratsamt Haßberge waarvan kopieën bij het verweerschrift zijn gevoegd, op het feit dat moeilijkheden bij het verkrijgen van een bouwvergunning de verwezenlijking van het project op een door verweerder daarvoor bestemd terrein hadden belet. Verder wijst verweerder erop, dat het op grond van de

8 — Wet van 25 mei 1976 (BGBl. I, blz. 1253), zoals nadien gewijzigd.

9 — Zie Stelkens/Bonk/Leonhardt, *Verwaltungsverfahrensgesetz,* commentaar, 3e druk, München 1990, § 62, nr. 12.

wet inzake het energiebeleid onmogelijk was, onafhankelijk van het openbare elektriciteitsnet te opereren of zelfs de overproduktie aan energie aan het openbare elektriciteitsnet af te geven.

28. Dit verweer zou in die zin kunnen worden opgevat, dat het betrekking heeft op § 306 BGB. Ingevolge dat artikel is een op een onmogelijke prestatie gerichte overeenkomst nietig. Als vaststaand geldt, dat deze bepaling een onmogelijkheid tot presteren veronderstelt die reeds bij het sluiten van de overeenkomst bestaat, dit wil zeggen, dat deze onmogelijkheid reeds van het begin af aan moet hebben bestaan en dat zij bovendien objectief moet zijn (dit wil zeggen, niet enkel geldt voor een specifieke wederpartij).[10] Aan deze voorwaarde is met betrekking tot de door de bouwvoorschriften veroorzaakte moeilijkheden niet voldaan, omdat deze moeilijkheden, zoals uit de twee bijgevoegde brieven blijkt, samenhingen met de situatie van het betrokken terrein. In de in geding zijnde overeenkomst is echter niet bepaald, dat het project op een bepaald terrein moest worden verwezenlijkt.

29. Met betrekking tot de problemen in verband met de Wet energiebeleid heeft verweerder in het geheel niet gepreciseerd, van welke voorwaarden het project in dit opzicht afhankelijk was en in hoeverre de bepalingen van het Duitse recht de uitvoering ervan beletten.

30. Dientengevolge kan de overeenkomst niet worden geacht ongeldig te zijn in de zin van § 306 BGB.

10 — Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, commentaar, 50e druk, München 1991, § 306, nr. 3 (Bewerking: Heinrichs).

31. *2.* Het door verweerder ter terechtzitting naar voren gebrachte argument, dat de overeenkomst „bijna onzedelijk" was, aangezien de verwezenlijking van het project voor hem veel moeilijker was dan voor een landbouwer, kan niet worden aanvaard. Het enkele feit, dat de uitvoering van een overeenkomst betrekkelijk „moeilijk" is voor degene die zich ertoe heeft verbonden, maakt die overeenkomst niet onzedelijk en heeft derhalve geen nietigheid krachtens § 138 BGB tot gevolg. Bovendien had verweerder, zoals zijn gemachtigde ter terechtzitting uiteenzette, „om het zo maar te zeggen het idee (voor het project) en had hij het plan opgesteld en uitgerekend". Hij was derhalve goed op de hoogte van de moeilijkheden die het project meebracht. Alleen al hierom mist het verwijt van onzedelijkheid elke grond.

32. *3.* Tot slot heeft verweerder in zijn verweerschrift aangevoerd, dat de medewerkers van verzoekster hem hadden „omgepraat" of „onder druk gezet" om de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen over te nemen. Verzoekster bestrijdt dit.

33. Al deze argumenten zouden hooguit in het kader van § 123 BGB relevant kunnen zijn, volgens welke een wilsverklaring aangevochten kan worden, wanneer de verklarende wederrechtelijk door doleuze handelingen of bedreigingen tot die verklaring is gebracht. Verweerder heeft echter niets aangevoerd wat aan een van die twee criteria voldoet, en het blijkt ook niet, dat hij de bij het sluiten van de overeenkomst gegeven wilsverklaring heeft aangevochten. § 123 BGB kan derhalve in geen geval van toepassing zijn.

34. *4.* Uit geen van bovenvermelde gezichtspunten kan dus tot nietigheid van de met verweerder gesloten overeenkomst worden geconcludeerd, en dit is ook wel in overeenstemming met de houding die verweerder ten slotte ter terechtzitting heeft ingenomen, waar hij stelde, dat de bepalingen inzake ongerechtvaardigde verrijking niet van toepassing zijn wanneer er een overeenkomst bestaat, en dat verzoekster er ten onrechte van uitgaat, dat zij dat wel zijn.

35. *III.* Derhalve dient artikel 8 van de overeenkomst, waar de Commissie zich op baseert, te worden onderzocht. Volgens dat artikel onderstelt het recht op terugbetaling een ontbondenverklaring van de overeenkomst alsmede een reeks voorwaarden.

36. *1.* Wat allereerst de vereiste ontbondenverklaring [11] aangaat, betreft het geschil tussen partijen per slot van zaken enkel de vraag, op welk tijdstip verweerder die verklaring heeft ontvangen, dat wil zeggen of zij reeds in de brief van 9 december 1986 was opgenomen. In tegenstelling tot de Commissie die deze vraag bevestigend beantwoordt, is verweerder van mening, dat die brief slechts een (met de ingebrekestelling verbonden) aankondiging van ontbinding bevatte, niet echter de ontbondenverklaring zelf. Verweerder heeft in zijn verweerschrift en ter terechtzitting echter toegegeven, dat niet in geschil is dat de overeenkomst is „opgezegd" [12] en wel bij brief van 16 september 1987. Juist is, dat de Commissie op dat tijdstip verweerder onder verwijzing naar haar brief van 9 december 1986 opnieuw en in aansluiting op een soortgelijke brief van 24 juni 1987 tot betaling heeft gemaand en daarmee heeft bevestigd, dat zij niet wenste te insisteren op uitvoering van de overeenkomst, doch ze als ontbonden wilde beschouwen overeenkomstig artikel 8. Zo er tot op dat tijdstip nog geen ontbondenverklaring was geweest, dan dient deze in elk geval in deze brief te worden gezien. Voor de door het Hof van Justitie te treffen beslissing met betrekking tot de hoofdsom is het tijdstip van de ontbinding van geen belang. Derhalve behoeft dit tussen partijen omstreden punt geen verder onderzoek, noch de vraag of de ontbondenverklaring niet reeds in een eerdere brief van het jaar 1987 was opgenomen of in elk geval in een latere brief, namelijk die van 8 december 1988. Voorts is het niet van belang, indien men de brief van verzoekster van 9 december 1986 als ontbondenverklaring moet opvatten, of deze ontbinding voorwaardelijk kan worden gemaakt — alsnog leveren van het bewijs dat aan bepaalde feitelijke voorwaarden voor de uitvoering van de overeenkomst was voldaan — en of zij met de ingebrekestelling kon worden verbonden.

37. *2.* In artikel 8 van de overeenkomst worden als ontbindende voorwaarden genoemd:

— niet-nakoming door de contractant van een van de uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen;

— ingebrekestelling per aangetekende brief;

11 — Zie artikel 8, eerste volzin van de overeenkomst: de Commissie (kan) (...) de overeenkomst als ontbonden beschouwen.

12 — Hier wordt kennelijk ontbinding in de zin van de stelling van de Commissie bedoeld en niet de opzegging overeenkomstig artikel 9 van de overeenkomst.

— overschrijding van een termijn van een maand waarbinnen de contractant bedoelde verplichtingen moet nakomen.

38. Tussen partijen staat vast, dat verweerder (respectievelijk zijn rechtsvoorganger) het in artikel 1, sub 1, van de overeenkomst omschreven project niet heeft verwezenlijkt, en wel (hoewel het tussen partijen overeengekomen werkprogramma voorzag in ingebruikneming vóór het einde van 1984) noch voor aanvang van de ontbindingsprocedure in de zin van artikel 8 van de overeenkomst, noch na de ingebrekestelling, die — eveneens onbetwist — bij brief van de Commissie van 9 december 1986 heeft plaatsgevonden. Dat deze brief een ingebrekestelling in de zin van artikel 8 van de overeenkomst bevat, kon niet in twijfel worden getrokken op grond van het feit dat de Commissie, na te hebben verklaard dat zij verweerder in gebreke stelde, hem erop wees, dat zij de overeenkomst als ontbonden zou beschouwen indien hij niet binnen een maand bepaalde bewijsstukken zou overleggen. Deze bijzonderheid had hooguit tot gevolg kunnen hebben, dat de Commissie zich niet op ontbinding krachtens artikel 8 van de overeenkomst had kunnen beroepen indien verweerder de verlangde bewijsstukken binnen de gestelde termijn had overgelegd (hetgeen echter niet is gebeurd). Aan het bestaan van de ingebrekestelling verandert hierdoor in elk geval niets.

39. Terwijl aan de tweede van de drie genoemde voorwaarden (ingebrekestelling) dus stellig volledig is voldaan, moet met betrekking tot de eerste en de derde voorwaarde (niet-nakoming van een contractuele verplichting, overschrijding van de termijn van een maand) worden vastgesteld, dat er in elk geval objectief gezien aan is voldaan.

40. Rest nog te onderzoeken, of de niet-nakoming van de overeenkomst voor en na de ingebrekestelling aan verweerder of diens rechtsvoorganger kan worden toegerekend. De tekst van de overeenkomst bevat in dat opzicht geen bijzondere voorwaarde, zodat men ervan zou kunnen uitgaan, dat de enkele objectieve niet-nakoming reeds aan verweerder toerekenbaar is en de Commissie het recht geeft de overeenkomst als ontbonden te beschouwen. Een andere conclusie is denkbaar wanneer men op dit punt het bestaan van schuld verlangt. In dat geval zou de Commissie immers omstandigheden moeten aanvoeren waaruit van schuld van verweerder of diens rechtsvoorganger blijkt, hetgeen zij echter niet heeft gedaan.

41. De Commissie stelt evenwel terecht, dat de reden voor de niet-nakoming van de contractuele verplichtingen door verweerder of diens rechtsvoorganger in principe [13] niet ter zake doet. De overeenkomst is zo geredigeerd, dat uitsluitend de contractant verantwoordelijk is voor de verwezenlijking van het project. Artikel 1, sub 1, bepaalt categorisch:

„De contractant verbindt zich overeenkomstig het in bijlage I beschreven werkprogramma het volgende project te verwezenlijken: (...)."

42. Volgens artikel 2 verbindt hij zich, het in bijlage I opgenomen tijdschema te volgen. Volgens artikel 4, sub 1, draagt hij de „technische en financiële verantwoordelijkheid" voor de te verrichten werkzaamheden. Volgens artikel 6 is alleen hij tegenover de

13 — Behoudens in het geval — dat zich hier niet voordoet — dat de Gemeenschap haar eigen verplichtingen niet nakomt (negatieve handeling) of de uitvoering van de overeenkomst verhindert of vertraagt (positieve handeling).

Commissie aansprakelijk voor schade die door de uitvoering van de overeenkomst aan derden wordt toegebracht.

43. De rol van de Gemeenschap beperkt zich tot het betalen van een financiële bijdrage aan de contractant (artikel 1, sub 2) en het in ontvangst nemen van diens verslagen (artikelen 4, sub 3 en 4, sub 4) en van informatie en documenten (artikel 4.5).

44. Volgens artikel 9 van de overeenkomst kan deze door elk van de partijen worden opgezegd wanneer het in bijlage I beschreven werkprogramma mislukt, met name door voorzienbare technische of economische tegenslagen of door een buitensporige overschrijding van de geraamde kosten van het project. In dit geval kan de Commissie overeenkomstig de regels die voor het geval van een commerciële exploitatie zijn bepaald (bijlage II, punten II.1 en II.2 van de overeenkomst), terugbetaling van de financiële bijdrage (vermeerderd met rente) verlangen, indien de gedeeltelijke verwezenlijking van het werkprogramma tot resultaten heeft geleid die commerciële exploitatie mogelijk maken.

45. Uit al deze bepalingen te zamen beschouwd volgt het beginsel, dat de contractant, om de financiële bijdrage te verkrijgen, het volle risico voor de verwezenlijking van het project dient te dragen en het recht op die bijdrage verliest indien het project niet (overeenkomstig het werkprogramma) verwezenlijkt wordt; de Gemeenschap daarentegen draagt zelfs niet het risico van een mislukking waaraan de contractant geen schuld heeft. De enige uitzondering op dit principe, waardoor het wordt bevestigd en tegelijkertijd iets wordt verzacht, is te vinden in artikel 9 van de overeenkomst, doch deze uitzondering geldt enkel in het geval dat de overeenkomst wordt opgezegd *voordat* er sprake is van een wanprestatie in de zin van artikel 8.

46. Dit alles is uiteindelijk ook in overeenstemming met het economische doel van de overeenkomst. Evenals de andere overeenkomstig artikel 8, lid 1, van verordening nr. 1302/78 volgens hetzelfde model opgestelde contracten, beoogt deze immers de verwezenlijking mogelijk te maken van de doelstellingen van artikel 1 van die verordening, namelijk het ondersteunen van projecten „die modelwaarde bezitten" (en op grond van voorafgaande studies en onderzoekingen industrieel en commercieel levensvatbaar lijken). Het doel waarmee de financiële middelen van de Gemeenschap zijn ingezet, wordt dus slechts bereikt wanneer het project ook daadwerkelijk wordt verwezenlijkt. Is dit niet het geval, dan is het de functie van artikel 8 van de overeenkomst om de inbreng van publieke fondsen in te trekken. Artikel 8 dient dan ook aldus te worden opgevat, dat het geen schuld van de kant van de contractant veronderstelt.

47. Gelet op al het bovenstaande moet worden vastgesteld, dat de door verzoekster ingestelde vordering tot terugbetaling van de hoofdsom ex artikel 8 zowel in beginsel als wat de — niet betwiste — omvang ervan betreft, gegrond is.

48. *IV.* Dan dienen wij thans te onderzoeken, of met betrekking tot het gevorderde bedrag het beroep niet moet worden afgewezen op grond van de *compensatie* die verweerder doet gelden.

49. Hierbij moet echter worden opgemerkt, dat de vorderingen die verweerder met het oog op compensatie heeft aangevoerd, niet gegrond zijn.

50. *1.* Wat de vordering op grond van een „culpa in contrahendo" betreft, heeft verweerder niet duidelijk gemaakt, waarin precies de schuld van de Commissie zou zijn gelegen.

51. *2.* Aan de door verweerder ter terechtzitting aangevoerde verbintenisrechtelijke bepalingen van het Duitse Burgerlijk Wetboek kan evenmin een aanspraak worden ontleend, zodat ook uit dit gezichtspunt het niet mogelijk is compensatie toe te passen — zelfs indien men het procesrechtelijke probleem van de late instelling van de vordering buiten beschouwing laat.

52. a) Volgens § 346 BGB, waar verweerder zich in de eerste plaats op baseert, zijn partijen in geval van ontbinding verplicht elkaar de ontvangen prestaties te restitueren. Van geleverde diensten of van het gebruik van een zaak moet de waarde worden vergoed, of dient, indien in de overeenkomst een tegenprestatie in geld is vastgelegd, deze te worden verricht.

53. Hier is het echter volstrekt onduidelijk, welke prestatie, in welke vorm ook, verzoekster of de Gemeenschap krachtens de overeenkomst van verweerder zou hebben verkregen. Zelfs indien men de verwezenlijking van het project als verweerders tegenprestatie voor de financiële bijdrage van de Commissie zou willen beschouwen, is deze prestatie, zoals hierboven uiteengezet, hoe dan ook niet verricht.

54. b) Aan de bepalingen betreffende overeenkomsten tot aanneming van werk of het verrichten van diensten (§ 611 e. v. resp. § 631 e. v. BGB) kan verweerder, anders dan hij meent, evenmin een aanspraak ontlenen, zelfs niet — zo mag ik er wel aan toevoegen — wanneer men een beroep doet op § 670 betreffende vergoeding van kosten, die overeenkomstig § 675 van toepassing kan zijn op overeenkomsten tot aanneming van werk en het verrichten van diensten.

55. Uit de aard en de opbouw van de overeenkomst blijkt namelijk duidelijk, dat de wederpartij van de Gemeenschap geen andere dan de daarin bepaalde rechten dient te hebben. De financiële bijdrage van de Gemeenschap is rekenkundig te beschouwen als een begrensde vergoeding van gemaakte kosten, aangezien zij, als maximumbedrag, een bepaald deel van de kosten dient te dekken. Deze bijdrage omvat echter ten dele ook elementen van een beloning, voor zover zij namelijk, indien het project niet wordt verwezenlijkt, overeenkomstig artikel 8 moet worden terugbetaald. Verder heeft zij tot op zekere hoogte ook iets weg van een lening, want wanneer de resultaten van het project commercieel worden geëxploiteerd, moet zij overeenkomstig punt II van bijlage II (gedeeltelijk) worden terugbetaald.

56. Waar deze overeenkomst op een zo specifieke wijze is ingericht en zij zo duidelijk wordt geacht de wederzijdse rechten van partijen definitief te regelen, zou het in strijd zijn met de aard ervan rekening te houden met andere rechtsgronden, die tot veel verdergaande aanspraken zouden leiden dan tussen partijen zijn overeengekomen. Die rechtsgronden dienen hier dan ook geen toepassing te vinden.[14]

14 — Zie punten 22-24.

57. c) Verweerder is tot slot van mening, als ik hem goed heb begrepen, dat het in strijd zou zijn met § 242 BGB wanneer een recht op terugbetaling van gemaakte kosten in de omvang die hij doet gelden, niet zou worden erkend. Volgens genoemde bepaling is de schuldenaar verplicht de prestatie te verrichten in overeenstemming met de goede trouw en rekening houdend met de verkeersopvattingen.

58. In het door verweerder aangevochten resultaat, volgens welk hij dergelijke aanspraken niet heeft, kan ik echter, gelet op de reeds genoemde doelstelling van de overeenkomst, geen schending van het beginsel van de goede trouw zien.

59. *3.* Verweerder baseert zich voorts op een toezegging van de Commissie in haar brief van 30 april 1985, 40% van de materiaalkosten te zullen betalen. Hoewel de Commissie deze toezegging niet betwist, moet ook dit middel falen.

60. a) Wat om te beginnen de door verweerder gestelde administratie-, reis- en verblijfkosten en zijn eis tot schadevergoeding voor de tijdsinvestering betreft, moet worden vastgesteld, dat deze onkosten volgens de niet bestreden uiteenzetting van de Commissie niet onder die toezegging van een financiële bijdrage vallen. Overigens vestigt de Commissie terecht de aandacht op het feit, dat deze kosten ook niet door de financiële bijdrage zouden zijn gedekt wanneer het project verwezenlijkt was. De bijdrage gold immers enkel voor materiaalaankopen inclusief levering[15] enerzijds en montagekosten[16] anderzijds.

61. b) Met betrekking tot de gemaakte kosten voor apparatuur (door verweerder op 44 190 DM gesteld) en de overige materiaalkosten (volgens verweerder 37 083 DM), heeft de Commissie inderdaad niet beweerd, dat deze niet door haar toezegging werden gedekt. Verweerder heeft de „apparatuurkosten" ten bedrage van 44 190 DM echter niet eens gespecificeerd en in het bijzonder geen verband tussen deze kosten en het project in casu aangetoond. Dit laatste geldt ook voor de overige materiaalkosten (naar zijn zeggen 37 083 DM). Voorts heeft de Commissie, overeenkomstig de bewijslast die voortvloeit uit toepassing van het soort toezegging als die in casu, aan de betaling de voorwaarde verbonden, dat de materiaalaankopen door rekeningen en bewijsstukken worden aangetoond. Verweerder heeft echter noch in de precontentieuze fase noch in zijn verweerschrift (een dupliek is niet binnen de gestelde termijn ingediend) documenten of andere bewijsstukken overgelegd waaruit kan worden afgeleid of en tot welk bedrag verweerder of zijn rechtsvoorganger bij de overeenkomst daadwerkelijk de door hem gestelde kosten hebben gemaakt. Uit de in verband hiermee overgelegde brief van de firma Gartner valt slechts op te maken, dat verweerder, zoals hij ook in zijn verweerschrift stelt, het betrokken materiaal heeft besteld; van levering of betaling van dit materiaal is noch in de brief van de firma Gartner noch in zijn verweerschrift sprake.

62. Uit dit alles blijkt, dat verweerders vordering tot compensatie niet kan worden

15 — Vgl. bijlage I van de overeenkomst sub B.1 en 2 alsook de toelichting bij post 2.1.2 in tabel 1 van bijlage I.

16 — Zie vorige voetnoot, maar de toelichting bij post 2.1.3.

aanvaard. Het beroep dient derhalve tot het bedrag van de hoofdsom te worden toegewezen.

Derde deel — Recht van de Commissie op de gevorderde rente

63. *I.* Allereerst moet worden vastgesteld, dat de Commissie ingevolge de overeenkomst en overeenkomstig hetgeen zij heeft gevorderd, aanspraak heeft op rente (over de hoofdsom) op de voet van 11,9% 's jaars vanaf 18 januari 1987. Deze vordering is gerechtvaardigd zowel wat haar grondslag betreft, aangezien zij volgens artikel 8 van de overeenkomst zonder verdere voorwaarde met het recht op terugbetaling (van de hoofdsom) is verbonden, als wat de hoogte betreft, want vaststaat dat het door de Commissie verlangde rentepercentage van 11,9% overeenstemt met wat in de overeenkomst is gestipuleerd [17] en dat op 17 januari 1987 de in artikel 8, derde volzin, van de overeenkomst gestelde termijn van een maand na de ingebrekestelling [18] was verstreken, hetgeen in overeenstemming is met de vordering van de Commissie tot betaling van rente vanaf 18 januari 1987.

64. *II.* De Commissie doet echter tevens een aanspraak op rente vanaf 24 januari 1983 (tot en met 17 januari 1987) gelden. Zij stelt, dat de overeenkomst in geval van ontbinding voorziet in herstel van de status quo ante. Volgens de Commissie, die naar het arrest Zoubek [19] verwijst, dient dit herstel eveneens de ontvangen creditrente sedert de betaling van het voorschot te omvatten. Wat de hoogte van de rente betreft, zou een forfaitaire berekening moet worden gemaakt; de daadwerkelijke rentewinst van verweerder zou hier niet van belang zijn. De in Duitsland in dergelijke gevallen toegepaste rentevoet zou 6% bedragen. Hiervoor verwijst de Commissie naar § 44, sub a, lid 3, van de Bundeshaushaltsordnung. [20] Deze bepaling zou het beginsel tot uitdrukking brengen, dat de ontvanger van een overheidssubsidie in geval van een verplichting tot terugbetaling geen rentewinst over het tot zijn beschikking gestelde bedrag mag maken.

65. Voor verzoeksters rentevordering is echter geen steun te vinden, noch in de door haar vermelde rechtsgronden noch in andere.

66. *1.* Met betrekking tot de tussen partijen gesloten overeenkomst moet worden vastgesteld, dat artikel 8 volstrekt duidelijk is ten aanzien van de gevolgen van de ontbinding van de overeenkomst en bepaalde, precies omschreven rechten van de Commissie. Het lijdt geen twijfel (en dit wordt ook verder niet bestreden), dat de rentevordering waar het hier om gaat, niet daartoe behoort.

67. *2.* Derhalve dient het argument van de Commissie, dat dit onderdeel van haar vorderingen voortvloeit uit de verplichting tot herstel van de status quo ante, te worden onderzocht.

17 — Rentevoet van de Europese Investeringsbank, geldende ten tijde van het besluit van de Commissie over de toekenning van de financiële bijdrage aan het project.

18 — Het wordt niet bestreden, dat verweerder deze ingebrekestelling op 17 december 1986 heeft ontvangen.

19 — Zie voetnoot 4.

20 — Van 19 augustus 1969 (BGBl. I, blz. 1284).

68. Dit argument kan juridisch op verschillende wijzen worden gekwalificeerd; ik zal hier aanstonds op terugkomen. Maar welke men ook kiest, het argument houdt in geen enkel geval steek, zoals uit de uitlegging van artikel 8 van de overeenkomst blijkt.

69. Deze bepaling dient namelijk aldus te worden opgevat, dat naast de aldaar uitdrukkelijk genoemde rentevorderingen geen andere aanspraken kunnen bestaan. Dit uitputtende karakter van artikel 8 van de overeenkomst blijkt uit artikel 8, lid 1, van verordening nr. 1302/78, waarin de bevoegdheid en de te volgen procedure bij het sluiten van subsidieovereenkomsten als volgt worden bepaald:

„De Commissie treedt in onderhandeling over de contracten die nodig zijn voor de verwezenlijking van de overeenkomstig artikel 6 goedgekeurde projecten en sluit deze contracten af. Zij stelt hiertoe een modelcontract op, waarin de rechten en verplichtingen van elke partij, en met name de regels inzake de eventuele terugbetaling van de financiële steun, worden vermeld."

70. Voor zover deze bepaling voorziet in een „modelcontract" — dat in casu kennelijk ook is gebruikt — waarin „met name de regels inzake de eventuele terugbetaling van de financiële steun" zijn opgenomen, is het doel daarvan duidelijk: voor het geval van problemen bij de uitvoering van de overeenkomst *duidelijkheid* scheppen ten aanzien van de juridische consequenties van ontbinding. Deze duidelijkheid kon echter slechts worden verkregen door een uitputtende regeling. Enerzijds bestaan er immers geen gecodificeerde — en dus inhoudelijk duidelijke — gemeenschapsregels betreffende het publiekrechtelijke verbintenissenrecht, waarmee men lacunes zou kunnen aanvullen. Anderzijds dreigen bij toepassing van het nationale recht wegens de atypische aard van de overeenkomst allerlei onvoorziene problemen, zoals uit de onderhavige zaak blijkt.

71. Dit in aanmerking genomen, is de stelling van de Commissie, dat ontbinding in de zin van artikel 8 van de overeenkomst op herstel van de status quo ante is gericht, onhoudbaar. Dit geldt zonder dat verdere toelichting nodig is, in de eerste plaats voor zover bovengenoemd argument in de zin van een eenvoudige uitlegging van het begrip „ontbinding" zou moeten worden opgevat. Het is echter niet anders, indien de Commissie daarmee had willen verwijzen naar een voor de ontbinding van publiekrechtelijke subsidieovereenkomsten geldend beginsel, dat zij in het gemeenschapsrecht meende te kunnen vinden. Zelfs indien een dergelijk beginsel bestond, zou het zeker niet dezelfde rang als het EEG-Verdrag en de hiermee gelijkgestelde rechtsbeginselen kunnen hebben, maar zou het de rang van afgeleid recht hebben en hier door de bepaling van de op artikel 8 van verordening nr. 1302/78 gebaseerde subsidieovereenkomst opzij worden gezet.

72. Men kan overigens ook niet meegaan met de Commissie voor zover zij van mening schijnt te zijn, dat het bestaan van een gemeenschapsrechtelijk beginsel met deze inhoud reeds in het arrest Zoubek[21] is erkend. Rechtsoverweging 8 van dit arrest luidt als volgt:

„In geval van ontbinding van een overeenkomst moeten de partijen weer in de toe-

21 — Zie voetnoot 4.

stand worden geplaatst waarin zij zich zouden hebben bevonden, indien zij die overeenkomst nooit hadden gesloten. Het beginsel van het herstel in de vorige toestand houdt in, dat elke partij verplicht is terug te geven wat zij van de andere heeft ontvangen. Deze restitutieplicht betreft zowel de ontvangen zaak of geldsom als de vruchten van die zaak of de rente die sedert de betaling op die som is gevallen."

73. Deze passage dient echter te worden verstaan als een eenvoudige uitlegging van de overeenkomst die in die zaak in het geding was. Dit blijkt uit het verband met rechtsoverweging 6 van het arrest, die luidt als volgt:

„Artikel 7 van de overeenkomst, krachtens hetwelk de Commissie de overeenkomst kan ontbinden wanneer de wederpartij de overeenkomst niet of onjuist ten uitvoer brengt, na hem bij aangetekende brief in gebreke te hebben gesteld, moet worden aangemerkt als een uitdrukkelijke ontbindende voorwaarde, volgens welke een partij, als sanctie voor de onjuiste uitvoering van de verplichtingen door de wederpartij, zonder tussenkomst van de rechter de overeenkomst kan ontbinden."

74. Bovendien ging het daar om een overeenkomst die, met betrekking tot de renteberekening over de bij ontbinding terug te betalen geldsom, duidelijk uitlegging behoefde, want in tegenstelling tot de overeenkomst waar het in deze zaak om gaat, bevatte zij op dat punt juist geen uitdrukkelijke regeling.[22] Het in het arrest Zoubek overwogene kan derhalve niet op deze zaak worden toegepast, ongeacht of de in dat arrest beoordeelde overeenkomst wel hetzelfde rechtskarakter had als de publiekrechtelijke overeenkomst in casu.

75. *3.* Ook de op het — als aanvulling toepasselijke — Duitse recht gebaseerde argumenten van de Commissie kunnen mij niet overtuigen.

76. a) Het Duitse recht kent geen algemeen, van specifieke bepalingen[23] losstaand beginsel, dat de ontvanger van een toegekende overheidssubsidie in geval van een verplichting tot terugbetaling geen rentewinst uit de door hem ontvangen geldsom mag maken.[24] De algemene regels van het Duitse bestuursrecht die dit probleem behandelen — §§ 48 en 49 van het Verwaltungsverfahrensgesetz en § 44, sub a, van de Bundeshaushaltsordnung — en die eventueel als bron van een dergelijk beginsel in overweging zouden kunnen worden genomen, zijn bij voorbaat niet van toepassing op publiekrechtelijke overeenkomsten, maar uitsluitend op eenzijdige bestuurshandelingen.[25] Juist voor het onderhavige geval van subsidieverlening via een publiekrechtelijke overeenkomst, wordt dus de realisering van het algemeen belang, dat aan het gestelde beginsel ten grondslag zou liggen ° ervan uitgaande, dat een dergelijk beginsel bestaat —, aan de keuzevrijheid van de contractpartijen overgelaten.[26]

22 — Zie punt 3 van het rapport ter terechtzitting, Jurispr. 1986, blz. 4058, alsook de conclusie van advocaat-generaal Sir Gordon Slynn, op. cit., blz. 4062, 4064.

23 — Met betrekking tot rentebepalingen in bepaalde wetten en bepaalde verordeningen, zie Nöll, *Die Rückforderung fehlgeschlagener Subventionen — Zugleich ein Beitrag zur Problematik vorläufiger Subventionsbewilligungen*, Göttingen 1987, blz. 202 e. v.

24 — De vraag welke werking de bepalingen van het subsidieovereenkomst ten opzichte van een dergelijk beginsel zouden hebben, verliest daarmee ieder belang.

25 — Zie met betrekking tot de §§ 48 en 49 Verwaltungsverfahrensgesetz in verband waarmee § 44, sub a, Bundeshaushaltsordnung specifieke bepalingen op het terrein van vrijwillige subsidies bevat: Stelkens/Bonk/Leonhardt, t. a. p., artikel 62, nr. 6, en artikel 48, nr. 28.

26 — Behoudens dwingende privaatrechtelijke bepalingen, waarnaar de overeenkomst in voorkomend geval verwijst.

77. Bovendien kan zelfs aan de genoemde bestuursrechtelijke bepalingen geen beginsel met de door de Commissie aangegeven inhoud worden ontleend. Ter fine van de intrekking van een bestuurshandeling die op het moment dat zij werd verricht, rechtmatig was — dit komt (in het geval van subsidieverlening via eenzijdige bestuurshandeling) met deze zaak overeen, aangezien er niets tegen de wettigheid van de overeenkomst tussen de Commissie en verweerder spreekt —, wordt deze als een „wettige" bestuurshandeling beschouwd.[27] Volgens § 49 van het Verwaltungsverfahrensgesetz kan een dergelijke handeling derhalve alleen met werking voor de toekomst worden ingetrokken (herroepen), hetgeen het recht op rente over de terug te betalen geldsom over de periode voorafgaande aan de herroeping, per definitie uitsluit.[28] Ook § 44, sub a, van de Bundeshaushaltsordnung, de bijzondere bepaling inzake vrijwillige subsidies, die in lid 3 uitdrukkelijk bepaalt dat rente verschuldigd is vanaf het moment waarop het recht tot terugvordering ontstaat, schrijft geen herroeping voor het verleden voor — hetgeen een recht op terugbetaling zou doen ontstaan met terugwerkende kracht tot het tijdstip waarop de bestuurshandeling is verricht. Het is daarentegen aan de discretionaire bevoegdheid van de administratie overgelaten om ex tunc dan wel ex nunc te herroepen.[29] Zelfs bij herroeping ex tunc kan onder de voorwaarden van § 44, sub a, lid 3, tweede volzin, van de Bundeshaushaltsordnung van een rentevordering worden afgezien.

78. Na het voorgaande moet worden geconcludeerd, dat het door de Commissie aangevoerde beginsel in het Duitse recht niet bestaat.

79. b) Ook § 347, derde volzin, BGB, volgens hetwelk in geval van ontbinding „(over een) geldsom (...) vanaf de datum van ontvangst rente wordt berekend", kan geen grondslag opleveren voor het hier besproken onderdeel van de rentevordering. Deze bepaling is immers, naar uit de hierboven gegeven uitlegging blijkt, onverenigbaar met de aard van de contractuele regeling en daarom niet toepasselijk.[30]

Vierde deel — Kosten

80. De beslissing ten aanzien van de kosten vloeit voort uit artikel 69 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof. Omdat, naar mijn mening, de vordering van de Commissie tot terugbetaling van de hoofdsom in volle omvang moet worden toegewezen en haar rentevordering althans ten dele, lijkt het gerechtvaardigd verweerder overeenkomstig artikel 69, lid 2, te verwijzen in de kosten van het geding.

27 — Stelkens/Bonk/Leonhardt, t. a. p., nr. 7 e. v., met verwijzingen naar de rechtspraak.

28 — Dit wordt bijzonder duidelijk wanneer men de formulering van het Bundesverwaltungsgericht bestudeert, volgens welke de herroeping de rechtsgrond voor het behouden van de subsidie voor de toekomst wegneemt (zie arrest van 11 februari 1983 — 7 C 70/80 — *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1984, blz. 36 en 38).

29 — Vgl. § 44, sub a, lid 3, eerste volzin, Bundeshaushaltsordnung.

30 — Zie punten 22-24.

C — Conclusie

81. Mitsdien geef ik het Hof in overweging:

„1) Verweerder te veroordelen tot betaling aan verzoekster van een bedrag van 72 000 DM vermeerderd met rente op de voet van 11,9% 's jaars vanaf 18 januari 1987.

2) Het beroep voor het overige te verwerpen.

3) Verweerder te verwijzen in de kosten van het geding."