RAPPORT TER TERECHTZITTING
in zaak C-209/90 *

I — De feiten

Op 17 december 1982 sloot de Europese Economische Gemeenschap, vertegenwoordigd door de Commissie, met F. Schulze Isfort-Ekel, landbouwer, een overeenkomst ter zake van de toekenning van financiële steun van de Gemeenschap aan een project dat in artikel 1 van de overeenkomst wordt omschreven als volgt: „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."

Artikel 8 van de overeenkomst bepaalt: „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."

In artikel 13 van de overeenkomst wordt het volgende bepaald: „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."

In artikel 14 wordt bepaald, dat op de overeenkomst het Duitse recht van toepassing is.

In een aanvullende overeenkomst van 20 februari 1984 werd overeengekomen, dat alle uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van Schulze werden overgenomen door Feilhauer, daaronder begrepen de rechten en verplichtingen met betrekking tot het door de Commissie reeds uitgekeerde steunbedrag, dat was toegekend overeenkomstig verordening (EEG) nr. 1302/78 van de Raad van 12 juni 1978 betreffende het verlenen van financiële steun aan projecten voor de exploitatie van alternatieve energiebronnen (PB 1978, L 158, blz. 3).

Conform punt I, lid 1, sub a, van bijlage II bij genoemde overeenkomst, had de Commissie namelijk op 24 januari 1983 aan de oorspronkelijke wederpartij een bedrag van 72 000 DM als voorschot op de bijdrage uitbetaald.

Op 4 maart 1984 bevestigde Feilhauer, dit bedrag vermeerderd met creditrente ten bedrage van 931,74 DM van Schulze te hebben ontvangen. Zoals de Commissie in haar brief van 23 januari 1984 bevestigde, kon

* Procestaal: Duits.

die rente voor het betrokken project worden aangewend, waarbij verrekening bij de laatste betaling zou plaatsvinden.

Bij brief van 5 februari 1985 verzocht de Commissie, het voorschot binnen een maand terug te betalen, zulks op grond dat Feilhauer zijn contractuele verplichtingen inzake de uitvoering van het project niet nakwam.

Bij brief van 19 februari 1985 liet Feilhauer de Commissie weten, dat deze hem nog niet conform artikel 8 van de overeenkomst in gebreke had gesteld; bovendien had hij reeds materiaal voor de verwezenlijking van het project gekocht ter waarde van 77 222,02 DM.

De Commissie eiste vervolgens bewijsstukken van deze aankopen, die Feilhauer niet leverde ondanks zijn belofte deze uiterlijk half juli 1985 over te leggen.

Toen Feilhauer ondanks een brief van de Commissie van 7 augustus 1985 ook gedurende de daaropvolgende periode geen inlichtingen verschafte over het project en de naar zijn zeggen door hem reeds gedane uitgaven, deelde de Commissie hem op 21 maart 1986 mede, dat zij de overeenkomst definitief ontbonden achtte en terugbetaling eiste van het uitbetaalde voorschot vermeerderd met depositorente en vertragingsrente op de voet van 11,9% 's jaars, te rekenen vanaf 5 maart 1985.

Bij brief van 4 april 1986 protesteerde Feilhauer tegen de desbetreffende debetnota en tegen „de opzegging van de overeenkomst conform artikel 8", en in een brief van 25 juli 1986 bestreed hij opnieuw de ontbondenverklaring van 5 februari 1985 en beweerde hij tevens een terrein voor het project te hebben verworven.

Bij aangetekende brief van 9 december 1986, door Feilhauer op 17 december 1986 ontvangen, stelde de Commissie Feilhauer in gebreke en verklaarde zij de overeenkomst voor ontbonden indien hij niet binnen een maand de beschikbaarheid van een terrein en de verkrijging van de vereiste vergunningen zou aantonen. De belangrijkste alinea van deze brief luidt als volgt:

„Rekening houdend met de bovenvermelde feitelijke en juridische situatie, stelt de Commissie u onder verwijzing naar haar brief van 5 februari 1985 en krachtens artikel 8 van de overeenkomst van 17 december 1982 benevens de aanvulling van 20 februari 1984 in gebreke. Indien u niet binnen een maand na ontvangst van deze brief de Commissie het bewijs levert van de beschikbaarheid van een voor de verwezenlijking van het project geschikt terrein door overlegging van een uittreksel uit het kadaster of andere documenten en van de verkrijging van alle voor de verwezenlijking van het project noodzakelijke vergunningen door overlegging van kopieën van deze vergunningen, verklaart de Commissie de overeenkomst conform artikel 8 ontbonden."

Feilhauer legde binnen de gestelde termijn geen van de gevorderde bewijzen over.

Enige tijd later wendde de Landrat (hoofd van de overheidsdiensten) van de Kreis Neustadt/Aisch-Bad Windsheim zich tot de Commissie om haar erop te wijzen, dat Feilhauer inmiddels wel beschikte over een voor de verwezenlijking van het project geschikt terrein. De Commissie verklaarde echter in twee brieven van 20 maart en 31 juli 1987, waarvan Feilhauer een kopie ontving, dat zij zich genoodzaakt zag in de ontbinding van de overeenkomst te volharden.

Bij brief van 24 juni 1987 maande de ordonnateur van de Commissie Feilhauer aan tot betaling binnen veertien dagen van het bedrag van 72 000 DM vermeerderd met deposito- en vertragingsrente op de voet van 11,9% 's jaars.

In een brief van 15 juli 1987 bracht Feilhauer opnieuw naar voren, dat er geen ontbinding had plaatsgevonden en dat het project binnenkort zou worden uitgevoerd.

De Commissie eiste bij brief van 16 september 1987, onder verwijzing naar haar brief van 9 december 1986, opnieuw betaling. Zij stelde Feilhauer bij brief van 11 februari 1988 opnieuw in gebreke. Op 8 juli 1988 deelde zij Feilhauer mede, dat zij in geval van niet-betaling tot actie in rechte zou overgaan.

In een brief van zijn advocaat van 19 juli 1988 wees Feilhauer er nogmaals op, dat zijns inziens geen ontbinding had plaatsgevonden, doch hij gaf tevens toe, dat het project mislukt was. Voorts verzocht hij om compensatie tot een bedrag van 72 000 DM, aangezien hij ter uitvoering van de overeenkomst materiaalaankopen had gedaan waarvan de waarde uitsteeg boven het als voorschot uitbetaalde bedrag.

Bij brief van 8 december 1988 bevestigde de Commissie enerzijds opnieuw de geldigheid van de ontbinding en verwierp zij anderzijds de mogelijkheid van compensatie.

Ten slotte wees Feilhauer in een brief van zijn advocaat van 2 januari 1989 erop, dat hij bij wijze van tegenvordering het recht had compensatie te verlangen, die hem wegens de verrichte materiaalaankopen op grond van het beginsel „culpa in contrahendo" zeker zou worden toegekend. Hij beriep zich bovendien op een verklaring van de Commissie van 30 april 1985, inhoudende dat „40% van de materiaalaankopen als schadepost erkend zouden kunnen worden".

Tot enige terugbetaling door Feilhauer is het sindsdien niet gekomen.

II — Schriftelijke procedure en conclusies van partijen

Het beroep van de Commissie is op 12 juli 1990 ter griffie van het Hof ingeschreven.

De schriftelijke procedure heeft een regelmatig verloop gehad. Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en gehoord de advocaat-generaal, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Bij beschikking van 15 mei 1991 heeft het Hof de zaak naar de Derde kamer verwezen.

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.

Feilhauer concludeert tot verwerping van het beroep.

III — Middelen en argumenten van partijen

De *Commissie* wijst erop, dat de bevoegdheid van het Hof in deze zaak voortvloeit uit artikel 13 van de overeenkomst, zijnde een arbitrageclausule in de zin van artikel 181 EEG-Verdrag. Zij voegt hieraan toe, dat op grond van artikel 14 van de overeenkomst Duits recht van toepassing is.

Wat het *recht op terugbetaling van de hoofdsom* van 72 000 DM betreft, baseert de Commissie zich op de ontbindingsclausule van artikel 8 van de overeenkomst.

Inleidend merkt de Commissie op, dat Feilhauer niet bestrijdt het bedrag in het kader van de betrokken overeenkomst te hebben ontvangen.

De overeenkomst is door haar ontbonden verklaard bij brief van 9 december 1986 en wel met ingang van 18 januari 1987.

Door middel van genoemde brief heeft zij verweerder in gebreke gesteld, die op dat tijdstip ontegenzeglijk niet de uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen was nagekomen. Hoewel volgens het werkprogramma het project al lang voltooid had moeten zijn, kon verweerder zelfs niet bewijzen over een geschikt terrein te beschikken.

In die brief had zij tevens de ontbinding van de overeenkomst aangekondigd, tenzij Feilhauer binnen een maand althans door overlegging van de desbetreffende documenten zou aantonen dat hij over een terrein beschikte en de vereiste vergunningen had. Daar bij het verstrijken van de gestelde termijn aan deze voorwaarde niet was voldaan, ging de ontbinding in op dat tijdstip, dat wil zeggen op 18 januari 1987, in aanmerking genomen dat Feilhauer de betrokken brief op 17 december 1986 had ontvangen.

Als verweer tegen het argument van Feilhauer, dat de ontbinding hem niet valt „toe te rekenen", omdat het project wegens juridische en bestuurlijke obstakels onuitvoerbaar was geweest, hetgeen de Commissie na voorafgaand onderzoek eventueel aanleiding had moeten geven het project niet in de Bondsrepubliek Duitsland te laten uitvoeren, wijst de Commissie op de inhoud van artikel 8 van de overeenkomst. Dat artikel voorziet namelijk in een ontbinding, onafhankelijk van de redenen voor de wanprestatie. Dit is volgens de Commissie in overeenstemming met het concept zoals dat aan het gehele stelsel van financiële steun voor dit soort projecten ten grondslag ligt: niet de Commissie, maar haar wederpartij is verplicht de in de overeenkomst bepaalde maatregelen te nemen. Doet laatstgenoemde dat om welke reden ook niet, dan heeft zij geen recht op de financiële steun.

De Commissie bestrijdt niet, dat in het algemeen ontbinding niet voorwaardelijk kan zijn, aangezien het gaat om een „rechtscheppende handeling" waardoor de bestaande juridische rechtsverhouding wordt gewijzigd. Dergelijke wilsverklaringen kunnen niet aan voorwaarden worden gebonden, die ertoe zouden leiden dat er onduidelijkheid over de bestaande rechtssituatie ontstaat. In dit geval was het na het verstrijken van de gestelde termijn voor beide partijen duidelijk, dat de ontbinding, nu aan de voorwaarde niet was voldaan, van kracht was geworden; om welke redenen Feilhauer zijn contractuele verplichtingen niet was nagekomen, speelde daarbij geen rol.

Hierbij komt, dat in deze zaak de vervulling van de voorwaarde alleen afhing van de wil van degene die de ontbindingsaanzegging ontving; hij behoefde derhalve niet tegen de onzekerheid van een nieuwe rechtstoestand te worden beschermd.

In dit verband wijst de Commissie erop, dat de Duitse rechtspraak betreffende het contractueel overeengekomen ontbindingsrecht (§ 349 BGB) ontbindingsaanzeggingen onder voorwaarde toestaat, indien de vervulling van de voorwaarde uitsluitend afhankelijk is van de wil van degene die de aanzegging ontvangt (vgl. BGHZ 97, blz. 264).

Tot slot is de Commissie van mening, dat Feilhauer, aangezien er reeds eerder tussen partijen een briefwisseling had plaatsgevonden met betrekking tot de in geval van ontbinding te volgen procedure, zich niet erop kan beroepen, dat hij de brief slechts heeft opgevat als aankondiging van een op een later tijdstip nog uit te spreken ontbinding.

Subsidiair wijst de Commissie erop, dat de ontbinding conform artikel 8 van de overeenkomst in elk geval op 1 april 1987 is ingegaan. Op die datum ontving Feilhauer een kopie van de op 20 maart 1987 aan de Landrat van de Kreis Neustadt/Aisch-Bad Windsheim gerichte brief, waarin de ontbinding van de overeenkomst werd bevestigd.

Meer subsidiair wijst de Commissie erop, dat Feilhauer in de brief van zijn advocaat van 2 januari 1989 de geldigheid van de ontbinding heeft erkend.

De Commissie is bovendien van mening, dat Feilhauer de vordering tot terugbetaling niet kan compenseren met de kosten die hij in het kader van de overeenkomst zou hebben gemaakt.

In de eerste plaats blijkt uit bijlage I, sub B, van de overeenkomst en de daarbij gevoegde tabellen (vgl. blz. 8 en 9 van de bijlagen bij de overeenkomst), dat de door Feilhauer naar zijn zeggen gemaakte reis- en verblijfkosten en de vergoeding voor de geïnvesteerde tijd niet onder de financiering door de Gemeenschap vallen.

In de tweede plaats kunnen de materiaalaankopen voor de verwezenlijking van het project, waarop Feilhauer zich beroept, bij ontbreken van enige rechtsgrond geen recht op schadevergoeding doen ontstaan. Het door Feilhauer aangevoerde rechtsbeginsel „culpa in contrahendo" is in dit verband volledig irrelevant.

De Commissie merkt op, dat haar toezegging van 30 april 1985 over de financiering van 40% van de materiaalaankopen (dit cijfer stemt overeen met het percentage van de kosten van de verwezenlijking van het project, waartoe haar financiële steun zich beperkte), in elk geval is komen te vervallen wegens het ontbreken van bewijs met betrekking tot deze aankopen. Aan die toezegging was namelijk de voorwaarde verbonden, dat de aankopen vóór 31 december 1984 werden gedaan en door rekeningen en betalingsbewijzen werden aangetoond.

Uit de door Feilhauer overgelegde brief van de firma Gartner blijkt echter enkel, dat Feilhauer vóór 1 oktober 1982 (datum van de brief) ° dat wil zeggen nog vóór de sluiting van de overeenkomst met de oorspronkelijke contractant, Schulze Isfort-Ekel, en lang voordat hij zelf contractant werd ° bepaalde kosten („installatie van apparatuur") heeft gemaakt. Uit die brief blijkt voorts, dat bij de firma Gartner goederen ter waarde van 37 083,88 DM lagen opgeslagen. Noch van de kosten van de apparatuur, noch van die van het materiaal is evenwel aangetoond dat deze daadwerkelijk ten laste van Feilhauer zijn gekomen. Bovendien is niet zeker, of er een verband bestaat met het geplande demonstratieproject. Voorts wijst de Commissie er nog op, dat zij Feilhauer reeds op 30 april 1985 had verzocht de bewijsstukken voor de gestelde materiaalaankoop over te leggen. Feilhauer heeft dat echter niet gedaan.

De Commissie is van mening, dat zij eveneens *recht op terugbetaling van de over het voorschot gekweekte creditrente* heeft, die niet aan Feilhauer ten goede mag komen. Hierbij baseert zij zich op artikel 8 van de overeenkomst, dat in geval van ontbinding van de overeenkomst voorziet in herstel van de „status quo ante" en daarmee ook in de terugbetaling van de ontvangen creditrente (zie in die zin arrest van 18 december 1986, zaak 426/85, Zoubek, Jurispr. 1986, blz. 4057). Het beginsel dat de ontvanger van overheidssubsidie in geval van een verplichting tot terugbetaling geen rentevoordeel mag behalen over het tot zijn beschikking gestelde bedrag, ligt ook ten grondslag aan de Duitse wettelijke regeling, zoals blijkt uit (de sinds 18 juli 1980 van kracht zijnde) § 44, sub a, lid 3, van de Bundeshaushaltsordnung van 19 augustus 1969 (BGBl. I, blz. 1284).

De hoogte van deze rente moet op forfaitaire basis worden berekend, waarbij het niet aankomt op het rentevoordeel dat Feilhauer daadwerkelijk heeft behaald. In de Bondsrepubliek Duitsland is het algemeen voorgeschreven rentepercentage voor dergelijke gevallen 6%, want volgens § 44, sub a, lid 3, van de Bundeshaushaltsordnung is op vorderingen tot terugbetaling steeds een rentepercentage van 6% van toepassing.

Aangezien het in casu gaat om een recht op terugbetaling voortvloeiende uit de ontbinding van een overeenkomst, dient de rente te worden berekend vanaf de ontvangst van het voorschot door Feilhauer, te weten vanaf 24 januari 1983.

De Commissie stelt tot slot, dat zij — zoals uit artikel 8, derde en vierde volzin, van de overeenkomst blijkt — *recht op vertragingsrente* heeft ter hoogte van het door de Europese Investeringsbank ten tijde van het besluit van de Commissie tot toekenning van financiële steun gehanteerde rentepercentage.

Deze rentevoet bedroeg destijds 11,9% en de rente dient te worden betaald vanaf het verstrijken van de in artikel 8 genoemde termijn van een maand, dit wil zeggen vanaf 18 januari 1987.

Inleidend wijst *Feilhauer* erop, dat het technische ontwerp voor het project in casu door hemzelf is geleverd. Bij zijn weten is aan Schulze Isfort-Ekel een bedrag van 240 000 DM toegekend onder het voorbehoud dat de Bondsrepubliek Duitsland een aanvullende subsidie zou verlenen. Omdat deze subsidie niet werd toegekend, had de oorspronkelijke contractant van de overeenkomst afgezien.

Op aandringen van de Commissie, die van de moeilijkheden op de hoogte was geweest, had hij — aldus Feilhauer — ten slotte zelf de uitvoering van het project op zich genomen.

Feilhauer wijst er vervolgens op, dat de overeenkomst weliswaar is opgezegd, maar dat dit in feite pas is gebeurd bij brief van de Commissie van 16 september 1987, aangezien in deze brief aan de brief van 9 december 1986 en de daarin aangekondigde ontbinding werd gerefereerd.

De brief van de Commissie van 9 december 1986 is namelijk slechts een ingebrekestelling met aankondiging van ontbinding, aangezien ontbinding per definitie een wilsverklaring is die moet worden geaccepteerd en niet onder voorwaarde kan worden uitgesproken, maar die duidelijk tot uitdrukking moet brengen dat de overeenkomst vanaf dat moment niet meer bestaat.

Voorts kan de ontbinding van de overeenkomst hem niet worden aangerekend, aangezien het project niet kon worden uitgevoerd „op grond van publiekrechtelijke bepalingen en de vele betrokken overheden".

Zo was het bij voorbeeld op grond van het Energiewirtschaftsgesetz onmogelijk, onafhankelijk van het openbare elektriciteitsnet te opereren of zelfs de overproduktie aan energie aan het openbare elektriciteitsnet af te geven. Bovendien, aldus Feilhauer, had hij voortdurend tegenstand van de natuurbeschermingsinstanties ondervonden; zo werd zijn voorlopige aanvraag voor een bouwvergunning, waarvoor hij 240 DM administratiekosten had moeten betalen, afgewezen.

Feilhauer stelt, dat hij, vertrouwd in de rechtsgeldigheid van de overeenkomst en in de uitvoerbaarheid van het project, uitgaven heeft gedaan die ver boven het door de Commissie gevorderde bedrag van 72 000 DM uitgingen. Zoals uit een brief van de firma Gartner blijkt, heeft hij apparatuur ter waarde van 44 190 DM en materiaal ter waarde van 37 083,88 DM besteld. Deze kostenposten kunnen helaas niet meer worden gespecificeerd, nu er tussen het tijdstip van de bestellingen en de instelling van het beroep acht jaar zijn verstreken.

Het valt het moeilijk te begrijpen, waarom volgens de brief van de Commissie van 30 april 1985 slechts 40% van de gemaakte kosten erkend zouden moeten worden, hoewel het verweerder niet te verwijten valt, dat het project in de Bondsrepubliek Duitsland niet kon worden verwezenlijkt. De Commissie had zich namelijk veel eerder bewust moeten zijn van de moeilijkheden bij de verwezenlijking van het project en het eventueel in een andere Lid-Staat moeten laten uitvoeren.

Bovendien is het niet gerechtvaardigd alleen de vóór 31 december 1984 gedane uitgaven te erkennen, terwijl de overeenkomst pas veel later rechtsgeldig is ontbonden en klaarblijkelijk zelfs naar de mening van de Commissie de ontbinding op zijn vroegst had kunnen geschieden bij brief van 9 december 1986 met als effectieve datum 18 januari 1987.

Ter informatie voegt Feilhauer hieraan toe, dat hij met de Bondsminister van Landbouw, I. Kiechle, destijds plaatsvervangend voorzitter van de landbouwcommissie van de Bondsdag, over het project heeft gesproken. Die had hem aanvankelijk toegezegd dat hij de aangevraagde subsidie zou krijgen, maar was later van mening veranderd. Ook de voorzitter van de Duitse boerenbond, von Heeremann, had zijn steun toegezegd en getracht de financiering rond te krijgen, onafhankelijk van de openbare instellingen die zich afzijdig hielden. Deze poging was mislukt omdat het project geen uitzicht op winst had.

Deze en tal van andere bezoeken hebben reiskosten ter hoogte van minimaal 30 000 DM en verblijfkosten ter hoogte van bijna 4 000 DM meegebracht, waarbij nog omstreeks 15 000 DM voor de tijdsinvestering komt.

Mitsdien dient, aldus Feilhauer, het beroep te worden verworpen, aangezien zijn kosten het door de Commissie gevorderde bedrag overtreffen.

J. C. Moitinho de Almeida
rechter-rapporteur