FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

fremsat den 23. november 1999 *

1. Domstolen skal inden for rammerne af sin kompetence i henhold til EF-traktatens artikel 181 (nu artikel 238 EF) tage stilling til en sag anlagt af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, hvori denne har nedlagt påstand om, at Van Balkom Non-Ferro Scheiding BV (herefter »Balkom«), hvormed den har indgået en kontrakt, tilpligtes at tilbagebetale et for meget udbetalt beløb med renter.

2. Den pågældende kontrakt er omfattet af Rådets forordning (EØF) nr. 3640/85 af 20. december 1985 om ydelse af finansiel støtte til fremme af demonstrationsprojekter og industrielle pilotprojekter på energiområdet [1]. Den blev indgået den 4. december 1990 mellem Kommissionen og tre selskaber, som ved hjælp af finansiel støtte fra Fællesskabet skulle udføre et projekt, der tog sigte på energiproduktion på grundlag af opskåret bilskrot.

3. De tre selskaber er:

— Balkom, med hjemsted i Oss (Nederlandene)

— Van Balkom Seeliger GmbH (herefter »VBS«), med hjemsted i Heidelberg (Tyskland),

der ved undertegnelsen begge var repræsenteret ved deres direktør, Antoon Van Balkom,

og

— Deutsche Filterbau GmbH (herefter »DF«), med hjemsted i Düsseldorf (Tyskland).

* Originalsprog: fransk.

1 — EFT L 350, s. 29.

4. I henhold til kontrakten hæfter de tre selskaber som solidariske debitorer over for Fællesskabet. Fællesskabets finansielle støtte til projektets udførelse er fastsat til 17% af de faktiske omkostninger uden merværdiafgift, med et maksimumsbeløb på 987 343 ECU.

5. Kontraktens artikel 8 giver Kommissionen mulighed for at hæve kontrakten, hvis dens medkontrahenter misligholder deres forpligtelser. I artikel 9, stk. 1, bestemmes:

»Denne kontrakt kan opsiges af hver af kontrahenterne med et varsel på to måneder, såfremt det i bilag I nævnte arbejdsprogram falder bort, bl.a. på grund af et forudseligt teknisk eller økonomisk uheldigt udfald eller en uforholdsmæssig overskridelse af projektets omkostninger i forhold til overslagene.«

I artikel 9, stk. 3, hedder det:

»Hvis det ved en kontrol viser sig, at de af Kommissionen udbetalte beløb er for høje, skal det med urette udbetalte beløb med rente fra datoen for arbejdernes afslutning eller færdiggørelse som fastsat i kontrakten øjeblikkelig tilbagebetales af kontrahenten.«

6. Ifølge kontraktens artikel 13 er Domstolen kompetent til at afgøre alle eventuelle tvister mellem parterne om kontraktens gyldighed, fortolkning og anvendelse. Det bestemmes dog i artikel 14, at den er undergivet tysk ret. Bilag I til kontrakten indeholder et arbejdsprogram, som er inddelt i fem faser: »Ingeniørarbejde«, »Produktion og levering«, »Installation«, »Demonstration« og »Endelig rapport og dokumentation«. Det bestemmes, at arbejdsprogrammet skal være afsluttet den 30. juni 1993, og Fællesskabets partnere er i henhold til artikel 2 forpligtet til at overholde denne frist.

7. Gennemførelsen af kontrakten er stødt på en række uforudsete begivenheder, som har ført til, at Kommissionen den 16. august 1994 gjorde brug af sin opsigelsesret i henhold til førnævnte artikel 9 og den 29. november 1994 krævede, at Balkom tilbagebetalte den et beløb på 334 481 ECU inklusive renter. Den 8. februar 1995 udstedte den et betalingspålæg i dette øjemed.

8. De uforudsete begivenheder kan sammenfattes således:

I begyndelsen af 1991 udbetalte Kommissionen, som bestemt i bilag II til kontrakten, et forskud på 296 203 ECU til VBS. Den 21. august 1991 underrettede DF ved en skrivelse Kommissionen om, at selskabet ikke længere var i stand til at deltage i projektet, fordi det som følge af interne foranstaltninger i den koncern, det tilhørte,

ikke længere rådede over rettighederne til den teknologi, der skulle anvendes.

9. Endvidere meddeltes det i skrivelsen, hvoraf der blev fremsendt kopi til VBS, at DF sammen med VBS ville foretage de kontraktmæssige ændringer, som DF's udtræden havde nødvendiggjort.

10. Ved skrivelse af 26. august 1991 underrettede VBS Kommissionen om DF's udtræden og oplyste, at den teknologi, hvormed DF skulle have bidraget til projektet, nu henhørte under et andet selskab i koncernen, nemlig Deutsche Engineering der Voest-Alpine Industrieanlagenbau GmbH (Essen) (herefter »DE«), som VBS havde sat sig i forbindelse med. VBS anså det derfor for fuldstændig sikkert, at projektet kunne videreføres.

11. I samme skrivelse forsikrede VBS, at der var indledt forhandlinger med DF og dette andet selskab med henblik på fastlæggelsen af de nødvendige kontraktbestemmelser, og at Kommissionen ville blive holdt fuldt underrettet om forhandlingernes forløb.

12. VBS anførte yderligere i skrivelsen, at opfyldelsen af selskabets egne forpligtelser på ingen måde var bragt i fare (»Selbstverständlich wird sich an der Einhaltung unserer Verpflichtungen gegenüber der EG-Kommission im Rahmen des Demonstrationsvorhabens nichts ändern«), og at det på baggrund af de førte forhandlinger kunne anses for givet, at den nye partner ville overtage alle DF's forpligtelser.

13. VBS nævnte imidlertid også, at der var opstået problemer med hensyn til at opnå tilladelse til at opføre de i kontrakten omhandlede anlæg i Heidelberg, og at disse problemer gjorde det umuligt at overholde det fastlagte arbejdsprogram. VBS ville derfor foreslå ændringer heri.

14. For en sikkerheds skyld havde VBS taget skridt til at disponere over en anden grund, nemlig i Thüringen.

15. Den 7. oktober 1991 tilsendte VBS, som bestemt i kontrakten, Kommissionen den første tekniske og den første økonomiske rapport. I forbindelse hermed vendte VBS tilbage til sine problemer med hensyn til at opnå den nødvendige administrative tilladelse til at opføre de tekniske anlæg. Efter gennemgang af rapporterne udbetalte Kommissionen et nyt forskud til selskabet på 39 169 ECU.

16. Den 29. oktober 1992 tilsendte VBS Kommissionen den anden tekniske og den anden økonomiske rapport og meddelte den samtidig, at DF's og DE's moderselskab var ophørt med at beskæftige sig med forgasning ved høj temperatur. VBS havde derfor fundet en ny partner, VEBA-Oeltechnologie GmbH, hvis deltagelse det håbede Kommissionen ville acceptere. Der

måtte foretages en række tekniske ændringer i projektet, fordi der skulle anvendes en anden teknologi.

17. Nogle uger senere underrettede VBS imidlertid ved en skrivelse undertegnet af Van Balkom Kommissionen om, at selskabet af forskellige grunde ikke længere var i stand til at deltage i gennemførelsen af projektet og derfor trak sig ud af det, idet det gav afkald på samtlige de rettigheder over for Kommissionen, som det var tillagt i kontrakten.

18. VBS meddelte ligeledes, at selskabet med henblik på videreførelsen af projektet ville overdrage samtlige dokumenter og den opnåede knowhow til Balkom og anmodede om Kommissionens samtykke til disse foranstaltninger.

19. Ved en ny skrivelse af 16. februar 1993 anmodede VBS Kommissionen om en afregning på grundlag af den anden økonomiske rapport og oplyste den om de økonomiske vanskeligheder, som Balkom stod over for, og som gjorde det umuligt eventuelt at tilbagebetale et for meget udbetalt beløb.

20. Den 9. marts 1993 tilsendte Kommissionen Van Balkom en skrivelse i hans egenskab af direktør for Balkom for i tilknytning til et møde den 3. marts, som han havde deltaget i, at gøre status over projektet.

21. Ifølge Kommissionen var situationen som følger:

— VBS og DF skulle trække sig ud af projektet på grund af økonomiske vanskeligheder.

— Balkom skulle videreføre projektet på følgende betingelser:

— der skulle fremlægges en ændret udgave af det tekniske bilag til kontrakten

— senest den 31. december 1993 skulle der være opnået tilladelse til at opføre anlæggene

— Kommissionen skulle ikke foretage nogen udbetaling før dette tidspunkt.

Endelig forbeholdt Kommissionen sig at opsige kontrakten i henhold til dens artikel 9, hvis den fastsatte frist ikke blev overholdt.

En kopi af skrivelsen blev tilsendt den projektansvarlige hos VBS.

22. Ved skrivelse af 27. september 1993 underrettede Van Balkom som likvidator for VBS Kommissionen om en række indtrufne omstændigheder. For det første var der truffet en retsafgørelse, ifølge hvilken der ikke kunne indledes en konkursprocedure mod VBS, fordi selskabet ikke rådede over tilstrækkelige aktiver. For det andet havde Balkom fået alvorlige økonomiske vanskeligheder på grund af problemerne i den koncern, som selskabet tilhørte.

23. Balkom, som var insolvent, var kun blevet reddet af en aftale mellem sine kreditorer og sin bank og af en ny investors indtræden; denne ville dog trække sig ud. Balkom kunne derfor ikke videreføre projektet alene og ville heller ikke kunne overholde sine forpligtelser, hvis den kontrakt, som selskabet havde indgået med Kommissionen, blev opsagt.

24. Med hensyn til VBS, som var trådt i likvidation, var der indledt forhandlinger med henblik på at finde en køber. Van Balkom havde ikke opgivet håbet om at finde en sådan inden udløbet af fristen den 31. december 1993.

25. Den 8. oktober 1993 bekræftede Kommissionen i en skrivelse til Van Balkom, at fristen den 31. december 1993 var ufravigelig. Den 20. januar 1994 meddelte den i et »notat, der kan danne grundlag for en drøftelse«, at den tilbagebetaling, som den kunne gøre krav på i henhold til artikel 9 i kontrakten, kunne beregnes af et for aftalepartnernes udgifter opgjort beløb på 1 127 800 DEM, forudsat at der var bevisdokumenter herfor.

26. Den 14. april 1994 underrettede VBS Kommissionen om, at der fandtes en køber, som var meget interesseret i at videreføre projektet. Kommissionen meddelte pr. telefax af 8. juni 1994 VBS en ny frist, der udløb den 30. juni 1994.

27. Den 29. juni 1994 anmodede VBS' advokat, også pr. telefax, Kommissionen om ikke at opsige kontrakten under hensyn til forhandlingerne med den eventuelle køber, der stadig foregik.

28. Den 16. august 1994 meddelte Kommissionen ved skrivelse til såvel Balkom som VBS, at den havde besluttet at opsige kontrakten, og anmodede selskaberne om at tilsende den de dokumenter, som var nødvendige for afslutte regnskaberne endeligt. Hvis dette ikke skete, ville Balkom skulle tilbagebetale samtlige udbetalte tilskudsbeløb med renter.

29. Den 17. oktober 1994 meddelte Balkom's advokat Kommissionen, at denne allerede var i besiddelse af de dokumenter, som den havde anmodet om. De var blevet

indgivet til den af VBS, hvormed den altid havde drøftet samtlige finansielle spørgsmål.

30. Den 29. november 1994 tilsendte Kommissionen Balkom og VBS en skrivelse, hvori den meddelte de to selskaber, at den ikke ville fastsætte nogen ny tidsfrist. Samtidig krævede den, at de solidarisk hæftende debitorer på grundlag af en accepteret udgiftsopgørelse på 943 662,74 DEM eller 492 489 ECU tilbagebetalte et beløb på 251 649 ECU, hvortil der skulle lægges 82 832 ECU i renter fra den 16. oktober 1994, dvs. i alt 334 480 ECU.

31. Den 8. februar 1995 udstedte Kommissionen et betalingspålæg på dette beløb til Balkom og VBS.

32. Derpå fulgte yderligere tre skrivelser. I den første, der blev afsendt den 30. maj 1995, foreslog Kommissionen Balkom en ratevis betaling af selskabets gæld. I den anden, der blev fremsendt den 15. juni 1995, afviste Balkom's advokat dette forslag. I den tredje skrivelse, som var dateret den 28. juni 1995, og som havde samme afsender, bestred denne gyldigheden af det til Balkom udstedte betalingspålæg, udtalte, at det var urimeligt at pålægge Balkom ansvaret for den samlede tilbagebetaling, men foreslog ikke desto mindre, at man forsøgte at finde frem til et kompromis. Endelig anlagde Kommissionen den 23. april 1997 den foreliggende sag.

33. Dette referat af begivenhedsforløbet fra kontraktens undertegnelse til anlæggelsen af sagen for Domstolen, således som det fremgår af de af parterne fremlagte dokumenter, kan forekomme en smule langt, men jeg mener, det vil vise sig nyttigt ved vurderingen af, hvor velbegrundede de argumenter er, som parterne har udvekslet, og som jeg nu skal redegøre for.

34. Ifølge Kommissionen er årsagen til, at dens sagsanlæg udelukkende er rettet mod Balkom, at DF og VBS senest i marts 1993 ophørte med at være parter i kontrakten. Desuden kan den i henhold til kontraktens artikel 9 og i medfør af den solidariske hæftelse, der blev aftalt mellem de tre kontrahenter, kræve, at Balkom udreder hele det beløb, som den kan kræve tilbagebetalt, også selv om DF's og VBS' udtræden ikke var gyldig.

35. Vedrørende opsigelsen af kontrakten gør Kommissionen gældende, at der ikke er tale om en kontrakt med ubestemt varighed i tysk rets forstand, som kun kan hæves over for samtlige parter, idet der oprindelig blev aftalt en nøje tidsplan for gennemførelsen. Selv om man antager, at DF stadig var part i kontrakten på opsigelsestidspunktet — hvilket ikke er tilfældet — er opsigelsen derfor gyldig, selv om den ikke er blevet meddelt DF.

36. Kommissionen finder med hensyn til det berettigede i opsigelsen, at betingelserne i artikel 9, nemlig at projektet kunne forudses at ville slå fejl økonomisk, bevis-

ligt var opfyldt i 1994, når henses til de forskellige uforudsete begivenheder, der omtales ovenfor, herunder navnlig den omstændighed, at Balkom, der selv stod over for alvorlige økonomiske vanskeligheder, tydeligvis ikke længere var i stand til at fuldføre projektet efter DF's og VBS' udtræden.

37. Under alle omstændigheder havde projektet, som skulle have været afsluttet i juni 1993, ikke kunnet fuldføres på grund af den manglende tilladelse til at opføre de nødvendige anlæg.

38. For så vidt angår det krævede beløb har Kommissionen forklaret, at den fra summen af de til VBS udbetalte midler, som Balkom hæfter solidarisk for, har trukket et beløb, der svarer til 17% af de afholdte udgifter eksklusive moms, således som disse fremgår af den første økonomiske rapport, som den har kontrolleret og godkendt. Endvidere har den fremhævet, at den i sin skrivelse af 9. marts 1993 meddelte, at den ikke ville udbetale yderligere støtte, hvis den administrative tilladelse til at opføre anlæggene ikke var opnået senest den 31. december 1993.

39. Derfor, har Kommissionen tilføjet, kan den ikke kritiseres for ikke at have truffet beslutning om den anden økonomiske rapport. Den gør desuden gældende, at der i medfør af kontraktens artikel 9, stk. 3, hvorpå den støttede opsigelsen af kontrakten, skal betales renter fra den 1. juli 1991, da det var på dette tidspunkt, at projektets første fase, som i realiteten er den eneste, der er blevet gennemført, blev afsluttet.

40. Balkom's standpunkt går ud på det stik modsatte af disse argumenter. Efter selskabets opfattelse er kontrakten aldrig blevet gyldigt opsagt. For at være gyldig skal opsigelsen nemlig foretages over for samtlige medkontrahenter, da der er tale om en kontrakt med ubestemt varighed. Men Kommissionen har aldrig meddelt DF sin beslutning om at opsige kontrakten, selv om DF, i modsætning til hvad Kommissionen påstår, stadig var part i den, da Kommissionen traf beslutning om at opsige den.

41. Balkom har i forbindelse hermed bemærket, at DF's udtræden skal betragtes som en overdragelse af kontrakten, og at en sådan kun kan finde sted, hvis samtlige parter har indgået en aftale derom, som ifølge kontraktens artikel 7 skal have skriftlig form.

42. Kommissionen har imidlertid ikke kunnet fremlægge et sådant dokument, hvori den selv, VBS og Balkom sammen med DF aftaler vilkårene for DF's udtræden og overførslen af selskabets rettigheder og pligter til dets to partnere.

43. Selv hvis opsigelsen havde overholdt de foreskrevne formkrav, ville den efter Balkom's opfattelse ikke have været berettiget, eftersom det ikke kan hævdes, at der forelå et forudseligt, økonomisk uheldigt udfald.

44. For at forstå betydningen af begrebet »økonomisk uheldigt udfald« skal man nemlig henholde sig til punkt A, afsnit 4, i bilag I til kontrakten, som omhandler de med kontrakten forbundne økonomiske og tekniske risici, og hvori et uheldigt udfald defineres som et i forhold til de gældende markedsvilkår for højt investeringsbeløb.

45. På det stadium, hvortil man var kommet i udførelsen af projektet, var det imidlertid ikke muligt at fastslå, at investeringsomkostningerne ville komme til at overstige det nævnte beløb. Ganske vist var der under gennemførelsen af projektet opstået vanskeligheder, der havde medført forsinkelser i forhold til tidsplanen, som udelukkende var provisorisk, men det kunne på ingen måde sluttes heraf, at der forelå et forudseligt, økonomisk uheldigt udfald i kontraktens forstand.

46. Balkom hævder i forlængelse af dette ræsonnement, at Kommissionen ikke kan kræve tilbagebetaling af et for meget udbetalt beløb under påberåbelse af artikel 9, stk. 3, idet størrelsen af beløbet ikke kunne beregnes, da arbejdet ikke var afsluttet. Desuden hævder Balkom at have tilbageholdsret for så vidt angår en del af de midler, som Kommissionen kræver tilbagebetalt. Balkom begrunder dette med, at Kommissionen endnu ikke har taget stilling til den anden økonomiske rapport, der blev fremlagt af VBS, og hvorefter der i perioden fra den 1. juli 1991 til den 30. juni 1992 er blevet afholdt yderligere udgifter i forhold til dem, der var angivet i den første rapport, hvilket forpligter Kommissionen til at foretage en supplerende udbetaling.

47. Balkom mener ikke, at den afvisning af at foretage yderligere udbetalinger, som Kommissionen meddelte selskabet i sin skrivelse af 9. marts 1993, kan betragtes som en beslutning vedrørende VBS' anden økonomiske rapport.

48. Endelig anfægter Balkom for så vidt angår det tidspunkt, hvorfra renterne skal beregnes, datoen den 1. juli 1991. Selskabet mener nemlig ikke, at første fase i gennemførelsen af projektet kan betragtes som afsluttet den 30. juni 1991, idet den rent faktisk fortsatte længe ud over dette tidspunkt.

Vurdering

49. Hvordan skal man løse konflikten mellem disse diametralt modsatte opfattelser? En metodisk fremgangsmåde mener jeg kræver, at man adskiller de forskellige spørgsmål. For at afklare, om Kommissionen rent faktisk har ret til det beløb, som den kræver af Balkom, må det for det første undersøges, om dens beslutning om at opsige kontrakten var gyldig. Dette afhænger på sin side af, om to betingelser var opfyldt: Om Kommissionen overholdt de for opsigelsen foreskrevne formkrav, og om den på baggrund af, hvor langt man var kommet i gennemførelsen af projektet, da den traf sin beslutning, kunne gøre brug af sin opsigelsesret i henhold til kontraktens artikel 9. Min vurdering af, om de for opsigelsen foreskrevne former blev overholdt, afhænger for sit vedkommende af, om DF skulle have været underrettet om

dens beslutning, hvilket Kommissionen selv har medgivet ikke skete.

50. Når disse spørgsmål er blevet afklaret, og hvis den konklusion har måttet drages, at Kommissionen var berettiget til at gøre brug af sin opsigelsesret i henhold til kontraktens artikel 9, står det tilbage at undersøge, om den har beregnet det tilbagebetalingspligtige beløb korrekt, for så vidt angår såvel hovedstolen som renterne.

Gyldigheden af opsigelsen af kontrakten

51. Jeg skal indledningsvis undersøge, om Kommissionen overholdt enten kontrakten eller tysk ret — idet sidstnævnte finder anvendelse, hvor intet andet er bestemt i kontrakten — da den opsagde kontrakten ved skrivelse af 16. august 1994. Det er ubestridt, at denne skrivelse blev stilet til VBS og Balkom, men ikke til DF. Skulle den have været det?

52. Naturligvis ikke, hvis det skal anses for godtgjort, at der af Kommissionens oprindelig tre medkontrahenter på det pågældende tidspunkt kun var én tilbage, nemlig Balkom, selv hvis opsigelsen ligeledes var blevet meddelt VBS. Kan DF anses for på dette tidspunkt ikke længere at have haft noget kontraktligt bånd til Kommissionen? Det er jeg fristet til at svare bekræftende på i betragtning af de ovenfor omtalte uforudsete begivenheder.

53. Det er korrekt, at DF's skrivelse til Kommissionen om, at selskabet trak sig ud, på grund af sin helt ensidige karakter ikke i sig selv kunne medføre en afbrydelse af de kontraktlige bånd, der blev knyttet den 4. december 1990, og at den skal betragtes som en hensigtserklæring, et tilbud om at trække sig ud samt en afståelse af selskabets rettigheder ifølge kontrakten. Blev dette tilbud accepteret af kontraktens øvrige parter?

54. Det mener jeg ikke, at Balkom i dag kan bestride. Kommissionens samtykke er der ikke tvivl om, om end man kan undre sig over, at den havde så let ved at acceptere frafaldet af en partner, som rådede over en teknologi, der skulle have været anvendt i forbindelse med projektet. VBS' samtykke mener jeg kan udledes af selskabets skrivelse til Kommissionen af 26. august 1991.

55. I denne skrivelse henviser VBS ganske vist til, at der forhandles om løsningen af de kontraktmæssige spørgsmål i forbindelse med DE's deltagelse i projektet, hvilket betyder, at disse spørgsmål ikke var løst på det pågældende tidspunkt, men det skal bemærkes, at VBS på intet tidspunkt stillede betingelser for DF's udtræden. VBS betragtede den tværtimod som en fuldbyrdet kendsgerning. I modsat fald kunne selskabet have taget forbehold og gjort sit samtykke til DF's udtræden betinget af, at visse krav blev opfyldt.

56. Med hensyn til Balkom er det korrekt, at der blandt sagens akter ikke kan findes noget dokument, der er samtidigt med DF's udtræden, og hvoraf det sikkert kan udledes, at Balkom samtykkede i denne.

57. Det må givet være berettiget at antage, at Balkom ville have taget forbehold, hvis selskabet havde haft indvendinger imod DF's udtræden, idet det på grund af Van Balkom's stilling som direktør for såvel Balkom som VBS er udelukket, at Balkom ikke kendte til den. Det er dog ingenlunde nødvendigt at gå ind på et sådant ræsonnement, som tillægger det større vægt, at de to selskaber havde den samme direktør, end at der var tale om to særskilte juridiske personer, når man råder over Kommissionens særdeles klare skrivelse til Balkom af 9. marts 1993, hvori DF's, og i øvrigt også VBS', udtræden fremstilles som en fuldbyrdet kendsgerning. Skrivelsen fremsendtes efter de drøftelser, som Van Balkom deltog i på Balkom's vegne, og fremkaldte ikke nogen negativ reaktion fra dennes side.

58. Det kan antages, at Balkom på det pågældende tidspunkt, hvor projektets gennemførelse syntes i fare, ville have reageret kraftigt på en skrivelse, hvori der blev henvist til, at Balkom havde samtykket i de to partneres udtræden, hvis selskabet ikke havde givet et sådant samtykke.

59. Jeg mener derfor, at det kan udledes af de netop omtalte skrivelser, læst på baggrund af § 157 i Bürgerliches Gesetzbuch (herefter »BGB«), hvorefter kontrakter skal fortolkes på grundlag af princippet om god forretningsskik, at samtlige parter senest i marts 1993 betragtede DF's udtræden som en kendsgerning, og at det ville være udtryk for en urimelig formalisme at antage, at en sådan aftale skulle have form af et eneste dokument, som var undertegnet af samtlige parter.

60. Selv hvis man forudsætter, sådan som Balkom gør under påberåbelse af tysk retsteori, at omstændighederne i forbindelse med DF's tilbagetræden var diskutable henset til kontraktens art, mener jeg ikke, man kan slutte, at opsigelsen var ugyldig i relation til Balkom, fordi DF ikke blev underrettet om Kommissionens beslutning om at opsige kontrakten.

61. For at Balkom kan påberåbe sig tilsidesættelse af et formkrav, må selskabet nemlig også kunne påberåbe sig en krænkelse af sine rettigheder og interesser. Det er imidlertid kun DF, der — forudsat at den formelle rigtighed af dets udtræden anfægtes — ville kunne påberåbe sig en sådan krænkelse under henvisning til den i kontrakten foreskrevne solidariske hæftelse.

62. Det fremgår imidlertid, at DF på en særdeles klar måde gjorde opmærksom på, at det var umuligt for selskabet at fortsætte kontraktforholdet, at det af samme grund gav afkald på at blive behandlet af Kommissionen som en part i den i 1990 indgåede kontrakt, og at det derfor ikke

med rimelighed ville have kunnet kritisere Kommissionen for ikke at have givet det meddelelse om opsigelsen.

63. Derfor mener jeg, at Kommissionen under hensyn til udviklingen i de kontraktlige forbindelser i perioden 1990-1994 har opsagt kontrakten på en i formel henseende korrekt måde.

Berettigelsen af opsigelsen af kontrakten

64. Men var opsigelsen berettiget? Heller ikke på dette punkt mener jeg, at Balkom's indvendinger vejer særlig tungt. Balkom hævder, at begrebet »økonomisk uheldigt udfald« i kontraktens artikel 9 skal forstås på baggrund af et bilag til kontrakten, der vedrører økonomiske og tekniske risici.

65. Det fremgår imidlertid, at den bestemmelse, som det drejer sig om, nemlig afsnit 4.a i bilag I, hovedsagelig er beskrivende. Den angiver, hvor stort et investeringsbeløb der er nødvendigt for at gennemføre projektet, og den øvre grænse for de finansielle forpligtelser, som påhviler Kommissionens tre medkontrahenter. Den kan på ingen måde anses for at indeholde en definition af begrebet »forudseligt økonomisk uheldigt udfald«, som omhandlet i kontraktens artikel 9.

66. En sådan fortolkning ville i øvrigt være uforenelig med denne artikel, som giver alle parter mulighed for at opsige kontrakten, »såfremt det i bilag I nævnte arbejdsprogram falder bort, bl.a. på grund af et forudseligt, teknisk eller økonomisk uheldigt udfald eller en uforholdsmæssig overskridelse af projektets omkostninger i forhold til overslagene«. Man kan således ikke hævde, sådan som Balkom forsøger at gøre, at arbejdsprogrammet kun er bortfaldet, når projektets omkostninger har overskredet overslagene.

67. Nu hvor der kan ses bort fra denne indvending fra sagsøgte, finder jeg det unødvendigt indgående at forklare, hvorfor det med føje kan fastslås — i modsætning til Balkom's argumenter, som kun i ringe grad synes fremført i god tro — at der foreligger et forudseligt, økonomisk uheldigt udfald, når et projekt, der skulle have været fuldført i 1993, i 1994 stadig befinder sig på et meget lidt fremskredet stadium, når der af de oprindelig tre samarbejdende virksomheder kun er én tilbage, som på trods af sine bestræbelser derpå ikke har kunnet finde nye samarbejdspartnere, og som selv angiver, at den ikke længere kan bidrage til den for projektets videreførelse nødvendige finansiering, og når, ydermere, den administrative tilladelse, som er en forudsætning for overgangen til anden fase, endnu ikke er opnået, selv om der er truffet retslige foranstaltninger.

68. Det er vanskeligt at forestille sig et uheldigt udfald, der er mere åbenbart. Højst kan man, nok en gang, undre sig over, at Kommissionen ikke på et tidligere tidspunkt har opsagt kontrakten, gjort brug af sin ret til at træde ud af den i henhold til

dens artikel 8 — hvilket ville have haft langt mere alvorlige følger for dens medkontrahenter — eller i det mindste taget det uundgåelige uheldige udfald til efterretning og tværtimod har forlænget frister, som den indtil da havde betegnet som ufravigelige.

69. Under alle omstændigheder mener jeg, at Kommissionens opsigelse af kontrakten, på det tidspunkt hvor den fandt sted, var fuldt berettiget på baggrund af kontraktens bestemmelser.

Tilbagebetalingskravets størrelse

70. Følger det heraf, at Kommissionen har fornødent grundlag for at kræve tilbagebetaling af et for meget udbetalt beløb, som den har fastsat til 251 649 EUR, idet euroen i mellemtiden har afløst ecuen? Kommissionen kommer frem til dette beløb ved kun at tage de af dens medkontrahenters udgifter i betragtning som berettigede til økonomisk støtte, som den godkendte i forbindelse med tiltrædelsen af den første økonomiske rapport.

71. Efter det første retsmøde mente jeg, at det burde være muligt for parterne at nå til enighed om, hvorvidt nogle af de udgifter, der angives i den anden økonomiske rapport, som VBS fremsendte til Kommissionen i 1992, også burde tages i betragtning, således at det af Kommissionen krævede beløb blev nedsat.

72. Det fremgår nemlig ikke af sagens akter, at Kommissionen har taget klar stilling til den anden økonomiske rapport. Den forklarer i sin replik, at den havde truffet beslutning om rapporten (»den 2. Finanzbericht beschieden«) ved i skrivelse af 9. marts 1993 dels at fastsætte den 31. december 1993 som frist for opnåelsen af den administrative tilladelse, dels at meddele sagsøgte, at den ikke ville foretage yderligere udbetalinger før denne dato. At stille udbetalingerne i bero er imidlertid ikke det samme som at erklære, at man ikke længere er pligtig at betale noget som helst.

73. Desuden imødeså Kommissionen i et notat af 20. januar 1994, at der for fasen vedrørende ingeniørarbejde måtte godkendes et beløb på 1 127 800 DEM på betingelse af, at der var bevisdokumenter herfor (»falls entsprechende Nachweise vorliegen«).

74. Under det andet retsmøde understregede Kommissionen imidlertid, at ingen af de udgifter, der var angivet i den anden økonomiske rapport, kunne godkendes, og det af følgende grunde.

75. For det første gør Kommissionen gældende, at hvis der i denne anden rapport havde været angivet udgifter, som vedrørte programmets anden fase, »Produktion og levering« — hvilket dog ikke er tilfældet — ville de pågældende arbejder kun kunne være påbegyndt på sagsøgtes egen risiko, eftersom denne fase ifølge afsnit 2.2. i bilag I til kontrakten først kunne indledes efter afslutningen af den procedure, hvorefter der skulle ansøges om tilladelse til det pågældende byggeri. Det fremgår imidlertid udtrykkelig af den anden tekniske rapport, at denne procedure endnu ikke havde kunnet gennemføres.

76. For det andet oplyste Kommissionen under det andet retsmøde, at der i strid med forpligtelsen i henhold til kontraktens artikel 4, punkt 4.3.2, ikke var bilagt den anden økonomiske rapport noget bevisdokument, og at sådanne dokumenter ikke senere var blevet fremsendt, selv om Kommissionen i sin opsigelsesskrivelse af 16. august 1994 havde anmodet om at få tilsendt bevisdokumenter for godkendelsesberettigede udgifter (»The Commission ... would like to receive the corresponding statements«).

77. Endelig meddelte Balkom's advokat i en skrivelse af 17. oktober 1994, som er vedlagt stævningen som bilag 7, Kommissionen følgende:

»Min klient er hele tiden gået ud fra, at Van Balkom Seeliger tidligere har tilsendt Dem fuldstændige økonomiske bevisdokumenter ('full financial statements').

...

Min klient ville naturligvis gerne yde Dem den bistand, som De ønsker, og tilsende Dem de regnskabsbilag, som De anmoder om. Men som De vil kunne forstå, er dette af de anførte grunde meget vanskeligt for ham, da han aldrig selv har været i besiddelse af de pågældende bilag« [2].

78. Da sagsøgte under retsmødet den 21. oktober 1999 ikke kunne føre bevis for, at de omtalte dokumenter var blevet fremsendt, men indskrænkede sig til at benægte, at Kommissionen havde udbedt sig dem, kan man drage den konklusion, at Kommissionen ikke har haft mulighed for at træffe gyldig beslutning om udgifter afholdt efter fremsendelsen af den første økonomiske rapport.

79. Det må nemlig stå helt klart, at Kommissionen som ansvarlig for offentlige midler ikke kan foretage udbetalinger uden at råde over bevisdokumenter, der kan fremlægges for kontrolmyndighederne, herunder navnlig Revisionsretten.

2 — Frit oversat af forfatteren.

80. Det er Balkom, der påstår at have ret til et vist beløb svarende til en i kontrakten fastsat procentdel af de udgifter, som er forbundet med dens gennemførelse, og det påhviler derfor Balkom at dokumentere deres rigtighed.

81. For at løfte denne bevisbyrde er det naturligvis ikke tilstrækkeligt blot at fremlægge en økonomisk rapport; de regnskabsbilag, på grundlag af hvilke rapporten er blevet udarbejdet, må også fremlægges.

82. Da retsforhandlingerne har vist, at det er illusorisk at forvente, at de pågældende bilag bliver fremlagt, er der ikke længere nogen grund til at tilbyde sagsøgte en sidste mulighed for at dokumentere sine påstande med hensyn til beløb, som han endnu har til gode, og som bør fradrages i det af Kommissionen krævede beløb.

83. Jeg kan følgelig kun foreslå Domstolen, at den fastsætter hovedstolen af det beløb, som Balkom er skyldig at betale, til det beløb, som Kommissionen kræver, nemlig 251 649 EUR.

84. Denne konklusion gør det overflødigt at behandle spørgsmålet om, hvorvidt Balkom kan påberåbe sig en tilbageholdsret.

Tidspunktet, hvorfra renterne skal beregnes

85. De to parter er ligeledes uenige om, fra hvilket tidspunkt renterne skal løbe.

86. Kommissionen mener, at dette tidspunkt følger af kontraktens artikel 9, stk. 3, hvori det hedder:

»Hvis det ved en kontrol viser sig, at de af Kommissionen udbetalte beløb er for høje, skal det med urette udbetalte beløb med rente fra datoen for arbejdernes afslutning ('Abschluß') eller færdiggørelse ('Beendigung') som fastsat i kontrakten øjeblikkelig tilbagebetales af kontrahenten« [3].

87. Ifølge Kommissionen afsluttede Balkom projektets første fase den 30. juni 1991 som fastsat i kontrakten. Renterne skal følgelig beregnes fra denne dato, dvs. fra og med den 1. juli 1991.

88. Balkom gør gældende, at projektets første fase, »Ingeniørarbejde«, bestemt ikke var afsluttet den 30. juni 1991. Balkom er på nuværende tidspunkt ikke i stand til at afgøre, hvornår denne fase blev afsluttet.

3 — Frit oversat af forfatteren.

Under alle omstændigheder skulle VBS ved skrivelse af 29. oktober 1992 have underrettet Kommissionen om, at afslutningen af denne fase var beregnet til den 30. september 1993.

89. Jeg mener, at man kan lægge til grund, at udtrykket »arbejdernes færdiggørelse« (»Beendigung«), i modsætning til udtrykket »arbejdernes afslutning« (»Abschluß«), tager sigte på det tidspunkt, hvor arbejderne rent faktisk er ophørt, uden at projektet er fuldført. Det er med rette, at Kommissionen har forsøgt at bestemme dette tidspunkt, men det er muligt, at der er tale om en senere dato end den 30. juni 1991. Men eftersom Balkom selv erkender, at tidspunktet i hvert fald ikke er senere end den 30. september 1993, så er det denne dato, jeg foreslår Domstolen at fastsætte. Der findes, naturligvis, den alternative løsning at lade BGB's § 284 finde anvendelse. Ifølge denne bestemmelse skal renterne beregnes fra det tidspunkt, hvor der er rettet anmodning til skyldneren om at betale. I det betalingspålæg, som Kommissionen udstedte den 8. februar 1995, blev datoen den 30. april 1995 fastsat som sidste frist for, hvornår Balkom skulle have opfyldt sin tilbagebetalingsforpligtelse. Hvis denne frist lægges til grund, skal der betales rente fra den 1. maj 1995. Denne løsning mener jeg imidlertid, at man må se bort fra, eftersom det tidspunkt, hvorfra der skal beregnes rente i tilfælde af tilbagebetaling, er fastsat i artikel 9 i selve kontrakten.

90. Afslutningsvis skal det tilføjes, at Balkom ved efter det første retsmøde at påberåbe sig forældelse ifølge BGB har fremført et nyt anbringende, der må afvises, sådan som Kommissionen også har gjort gældende.

Forslag til afgørelse

91. Af de ovenfor angivne grunde foreslår jeg Domstolen, at den træffer følgende afgørelse:

»1) Van Balkom Non-Ferro Scheiding BV betaler til Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber 251 649 EUR med renter af dette beløb fra den 1. oktober 1993, beregnet efter de satser, der offentliggøres den første

hverdag i hver måned, og som Den Europæiske Fond for Monetært Samarbejde anvender ved sine transaktioner i euro.

2) I øvrigt frifindes sagsøgte.

3) Van Balkom Non-Ferro Scheiding BV betaler sagens omkostninger.«