CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL J. MISCHO

van 23 november 1999 *

1. In het kader van de bevoegdheid die het Hof ontleent aan artikel 181 EG-verdrag (thans artikel 238 EG), is een beroep van de Commissie van de Europese Gemeenschappen aanhangig strekkende tot veroordeling van de vennootschap Van Balkom Non-Ferro Scheiding BV (hierna „Balkom"), waarmee de Commissie een contract heeft gesloten, tot terugbetaling van het te veel ontvangen bedrag, vermeerderd met rente.

2. Het betrokken contract is in het kader van verordening (EEG) nr. 3640/85 van de Raad van 20 december 1985 ter bevordering, door financiële steun, van demonstratieprojecten en industriële proefprojecten op energiegebied [1] op 4 december 1990 door de Commissie gesloten met drie vennootschappen, voor de verwezenlijking, door middel van financiële steun van de Gemeenschap, van een project met het oog op de opwekking van energie uit autoschroot.

3. Deze drie vennootschappen zijn:

— Balkom, gevestigd te Oss (Nederland),

— Van Balkom Seeliger GmbH (hierna: „VBS"), gevestigd te Heidelberg (Duitsland),

beide bij de ondertekening van het contract vertegenwoordigd door hun directeur, de heer Antoon van Balkom,

en

— Deutsche Filterbau GmbH, gevestigd te Düsseldorf (Duitsland) (hierna: „DF").

* Oorspronkelijke taal: Frans.

1 — PB L 350, blz. 29.

4. Luidens het contract zijn de voornoemde drie vennootschappen tegenover de Gemeenschap gebonden als hoofdelijke schuldenaren. De financiële steun van de Gemeenschap voor de verwezenlijking van het project is vastgesteld op 17 % van de werkelijke kosten, exclusief BTW, met een maximum van 987 343 ECU.

5. Artikel 8 van het contract biedt de Commissie de mogelijkheid zich terug te trekken ingeval de contractpartijen hun verplichtingen niet nakomen, terwijl artikel 9, eerste alinea, het volgende bepaalt:

„Dit contract kan door elke ondertekenende partij met inachtneming van een opzeggingstermijn van twee maanden worden opgezegd, indien het in bijlage I opgenomen werkschema is vervallen, met name wanneer in technisch of economisch opzicht een mislukking wordt verwacht of wanneer de geraamde kosten van het project worden overschreden in een mate die te hoog wordt geacht."

Artikel 9, derde alinea, luidt als volgt:

„Indien de door de Commissie betaalde bedragen bij controle te hoog blijken, wordt het te veel betaalde bedrag, vermeerderd met de rente die verschuldigd is vanaf de afsluiting of beëindiging van de contractueel overeengekomen werkzaamheden, door de contractpartner onmiddellijk terugbetaald."

6. In artikel 13 van het contract wordt het Hof van Justitie bevoegdheid verleend om zich uit te spreken over alle eventuele geschillen tussen partijen over de geldigheid, de uitlegging en de toepassing van het contract, maar krachtens artikel 14 wordt het contract beheerst door Duits recht. Bijlage I van het contract bevat een werkschema, dat de contractpartijen van de Gemeenschap luidens artikel 2 moeten naleven. Het bestaat uit vijf fasen: „Engineering", „Productie en levering", „Installatie", „Demonstratie" en „Eindverslag en documentatie", en moet worden voltooid op 30 juni 1993.

7. Tijdens de uitvoering van het contract hebben zich een aantal verwikkelingen voorgedaan, hetgeen de Commissie ertoe heeft gebracht, op 16 augustus 1994 gebruik te maken van de mogelijkheid tot opzegging van het contract overeenkomstig voornoemd artikel 9 en, op 29 november 1994, van Balkom terugbetaling te vorderen van een bedrag van 334 481 ECU, rente inbegrepen. Daartoe heeft zij op 8 februari 1995 een aanmaning tot betalen gestuurd.

8. De verschillende gebeurtenissen kunnen als volgt worden samengevat:

Begin 1991 betaalt de Commissie VBS, zoals bepaald in bijlage II bij het contract, een voorschot van 296 203 ECU. Op 21 augustus 1991 zendt DF een brief aan de Commissie om haar mede te delen dat zij niet meer in staat is aan het project deel te nemen, daar zij ten gevolge van maatregelen binnen de groep waartoe zij

behoort, niet meer over de licentie voor de toe te passen technologie beschikt.

9. In deze brief, waarvan een afschrift aan VBS wordt gezonden, wordt medegedeeld dat de contractuele wijzigingen die ten gevolge van deze terugtrekking noodzakelijk zijn geworden, met VBS zullen worden verricht.

10. Op 26 augustus 1991 brengt VBS de Commissie op de hoogte van de terugtrekking van DF met de mededeling, dat de technologie die DF moest leveren, voortaan toebehoort aan een andere vennootschap van dezelfde groep, de Deutsche Engineering der Voest-Alpine Industrieanlagenbau GmbH (Essen) (hierna „DE"), waarmee VBS zich in verbinding heeft gesteld, zodat de voortzetting van het project volgens haar volledig is verzekerd.

11. In dezelfde brief verzekert VBS dat ze met DF en die andere vennootschap onderhandelingen heeft aangeknoopt om de nodige contractuele bepalingen vast te stellen, en dat de Commissie volledig zal worden ingelicht over het verloop van de onderhandelingen.

12. Nog steeds in dezelfde brief vermeldt VBS dat de naleving van haar eigen verbintenissen geenszins in gevaar komt („Selbstverständlich wird sich an der Einhaltung unserer Verpflichtungen gegenüber der EG-Kommission im Rahmen des Demonstrationsvorhabens nichts ändern") en dat men het in het licht van de gevoerde onderhandelingen als een vaststaand feit moet beschouwen, dat alle verbintenissen van DF door de nieuwe partner zullen worden overgenomen.

13. VBS maakt evenwel melding van enkele moeilijkheden om de bouwvergunning te verkrijgen voor de contractueel vastgelegde installatie te Heidelberg, waardoor het onmogelijk wordt het geplande werkschema na te komen, waarvan een wijziging zal worden voorgesteld.

14. Voorzichtigheidshalve heeft zij stappen ondernomen om in Thüringen over een andere plaats te beschikken.

15. Op 7 oktober 1991 stuurt VBS de Commissie het eerste contractueel overeengekomen technische en financiële verslag, waarin opnieuw wordt gesproken over de moeilijkheden die de vennootschap ontmoet om de nodige administratieve vergunning te krijgen voor de vestiging van de technische installaties. Op grond van dit verslag betaalt de Commissie VBS een nieuw voorschot van 39 169 ECU.

16. Op 29 oktober 1992 zendt VBS de Commissie het tweede technische en financiële verslag en deelt zij haar tegelijkertijd mede, enerzijds dat, aangezien de moedervennootschap van DF en van DE zich uit de sector van de vergassing tegen hoge temperatuur heeft teruggetrokken, zij een nieuwe partner heeft gevonden, de vennootschap Veba Oel Technologie GmbH, waarvan de deelneming naar zij hoopt door de Com-

missie zal worden aanvaard, en anderzijds dat het project een aantal technische wijzigingen moet ondergaan omdat gebruik wordt gemaakt van een andere technologie.

17. Enkele weken later wordt de Commissie in een door de heer Van Balkom ondertekend schrijven van VBS medegedeeld, dat deze vennootschap om verschillende redenen niet langer in staat is deel te nemen aan de verwezenlijking van het project en dat zij zich bijgevolg terugtrekt en afziet van alle rechten die zij jegens de Commissie uit het contract zou kunnen putten.

18. Ze kondigt tevens aan, dat zij voor de voortzetting van het project zowel alle documenten als alle verkregen kennis aan Balkom zal overdragen en vraagt hiervoor toestemming aan de Commissie.

19. In een nieuwe brief van 16 februari 1993 verzoekt VBS de Commissie om een afrekening op basis van het tweede financiële verslag en stelt zij haar in kennis van financiële moeilijkheden van Balkom, die eventuele terugbetaling van de te veel betaalde bedragen onmogelijk zouden maken.

20. Op 9 maart 1993 stuurt de Commissie een brief naar de heer Van Balkom, in zijn hoedanigheid van directeur van Balkom, waarin zij naar aanleiding van een gesprek waaraan hij op 3 maart heeft deelgenomen, de stand van zaken in verband met het project opmaakt.

21. Volgens de Commissie ziet de situatie er als volgt uit:

— VBS en DF trekken zich uit het project terug wegens economische moeilijkheden,

— Balkom zet het project onder de volgende voorwaarden voort:

— zij legt een gewijzigde versie van de technische bijlage bij het contract over,

— zij verkrijgt uiterlijk op 31 december 1993 een vergunning om de installaties te bouwen,

— tot die datum verricht de Commissie geen enkele verdere betaling.

Tenslotte behoudt de Commissie zich het recht voor het contract overeenkomstig artikel 9 op te zeggen indien de gestelde termijn niet wordt nageleefd.

Een afschrift van deze brief wordt aan de projectleider bij VBS gezonden.

22. In een schrijven van 27 september 1993 bericht de heer Van Balkom, in zijn hoedanigheid van vereffenaar van VBS, de Commissie over een reeks gebeurtenissen. In de eerste plaats wordt gesproken over de gerechtelijke beslissing om een faillissementsprocedure van VBS niet toe te staan omdat haar activa ontoereikend zijn, en in de tweede plaats over de zware moeilijkheden van Balkom ten gevolge van de problemen in de groep waartoe zij behoort.

23. De vennootschap Balkom, die zich in staat van insolventie bevindt, overleeft slechts dankzij een overeenkomst tussen haar schuldeisers en haar bank en de komst van een nieuwe investeerder, die zich zal terugtrekken. In die omstandigheden is Balkom niet in staat, noch om het project alleen voort te zetten, noch om haar verbintenissen na te komen in geval van opzegging van haar contract met de Commissie.

24. Voor VBS, in vereffening, zijn besprekingen aan de gang om een overnemer te vinden. De heer Van Balkom blijft echter hopen dat hij daar vóór de vervaldatum 31 december 1993 in zal slagen.

25. Op 8 oktober 1993 bevestigt de Commissie bij brief aan de heer Van Balkom, dat de datum van 31 december 1993 dwingend is. Op 20 januari 1994 overweegt de Commissie in een „nota die als discussiebasis kan dienen", dat de terugbetaling waarop zij aanspraak kan maken overeenkomstig artikel 9 van het contract kan worden berekend op basis van de door de contractpartijen gedane uitgaven ten belope van 1 127 800 DEM, voor zover de desbetreffende bewijsstukken ter beschikking worden gesteld.

26. Op 14 april 1994 bericht VBS aan de Commissie dat er een overnemer is die zeer veel belangstelling zou hebben in voortzetting van het project. Bij faxbericht van 8 juni 1994 verleent de Commissie VBS een nieuwe termijn, die op 30 juni 1994 zal verstrijken.

27. Op 20 juni 1994 verzoekt de raadsman van VBS de Commissie, opnieuw bij faxbericht, het contract niet te beëindigen gezien de nog altijd lopende besprekingen met een eventuele overnemer.

28. Op 16 augustus 1994 deelt de Commissie bij brief gericht zowel aan Balkom als aan VBS haar besluit mee het contract te beëindigen en verzoekt zij hun de nodige documenten over te leggen om de rekeningen definitief te sluiten, bij gebreke waarvan Balkom de totaliteit van de gestorte bedragen, vermeerderd met rente, zal moeten terugbetalen.

29. Op 17 oktober 1994 meldt de raadsman van Balkom aan de Commissie, dat deze reeds in het bezit is van de gevraagde documenten, die haar verstrekt zijn door

VBS, met wie altijd alle financiële kwesties zijn behandeld.

30. Op 29 november 1994 stuurt de Commissie aan Balkom en aan VBS een brief waarin zij te kennen geeft, dat zij elke nieuwe termijn weigert en dat zij, op basis van een bedrag aan aanvaarde uitgaven van 943 662,74 DEM, dat wil zeggen 492 489 ECU, van de hoofdelijke schuldenaren terugbetaling vordert van een bedrag van 251 649 ECU, te vermeerderen met rente ten bedrage van 82 832 ECU, verschuldigd op 16 oktober 1994, dat wil zeggen een totaalbedrag van 334 480 ECU.

31. Op 8 februari 1995 stuurt de Commissie Balkom en VBS een aanmaning tot betaling van dat bedrag.

32. Daarop volgen nog drie brieven. In de eerste, van de Commissie en gedateerd 30 mei 1995, wordt Balkom gespreide betaling van haar schuld voorgesteld. In de tweede, van de raadsman van Balkom en gedateerd 15 juni 1995, wordt dit voorstel afgewezen. In de derde brief, van dezelfde persoon, van 28 juni 1995, wordt de geldigheid van de tot Balkom gerichte aanmaning betwist en wordt de klacht geuit dat het onredelijk is de terugbetaling volledig ten laste van de vennootschap te leggen, terwijl anderzijds wordt voorgesteld een compromis te zoeken. Uiteindelijk heeft de Commissie op 23 april 1997 het onderhavige beroep ingesteld.

33. Dit overzicht van de gebeurtenissen die tussen de tekening van het contract en de aanhangigmaking van de zaak bij het Hof hebben plaatsgevonden, opgemaakt aan de hand van de door partijen overgelegde documenten, lijkt wellicht een beetje lang, maar zal naar mijn mening zijn nut bewijzen wanneer het Hof zich zal moeten uitspreken over de gegrondheid van de argumenten die partijen hebben uitgewisseld en die ik thans zal uiteenzetten.

34. De Commissie verklaart, haar beroep uitsluitend tegen Balkom te hebben ingesteld omdat DF en VBS op zijn laatst sinds maart 1993 geen partij meer waren bij het contract. Overigens kan, ook zo die terugtrekking niet geldig mocht zijn geweest, Balkom wegens de tussen de drie contractpartijen van de Gemeenschap overeengekomen hoofdelijkheid worden aangesproken voor het volle bedrag dat de Commissie krachtens artikel 9 van het contract kan terugvorderen.

35. Aangaande de opzegging van het contract beweert de Commissie dat, aangezien van begin af aan een nauwkeurig tijdschema voor de uitvoering was overeengekomen, geen sprake is van een contract van onbepaalde duur naar Duits recht, dat slechts ten aanzien van alle partijen zou kunnen worden opgezegd. Derhalve blijft haar opzegging geldig hoewel ze niet aan DF is verzonden, in de veronderstelling — quod non — dat deze laatste op de datum van opzegging nog partij was bij het contract.

36. Inzake de gegrondheid van de opzegging meent de Commissie dat de voorwaarden van artikel 9, namelijk een te verwachten economische mislukking van het pro-

ject, in 1994 klaarblijkelijk vervuld waren, gelet op de diverse zojuist in herinnering gebrachte verwikkelingen, waaronder het feit dat na de terugtrekking van DF en VBS de vennootschap Balkom zich voor zware financiële moeilijkheden geplaatst zag en duidelijk niet meer in staat was dit project te voltooien.

37. Het project, waarvan de voltooiing voor juni 1993 was voorzien, was in elk geval geblokkeerd omdat er geen bouwvergunning was voor de installaties die de uitvoering van het project vereiste.

38. Wat het gevorderde bedrag betreft verklaart de Commissie dat zij van het totaal van de betalingen aan VBS, waarmee Balkom hoofdelijk verbonden is, het bedrag heeft afgetrokken dat overeenstemt met 17 % van de kosten, exclusief BTW, in verband met de uitgegeven bedragen, zoals deze blijken uit het eerste financiële verslag dat zij heeft gecontroleerd en goedgekeurd. Zij herinnert eraan, dat zij in haar brief van 9 maart 1993 te kennen had gegeven dat zij geen betaling meer zou verrichten indien de administratieve vergunning voor de bouw van de installaties niet uiterlijk op 31 december 1993 was verkregen.

39. De Commissie voegt hieraan toe, dat haar dus niet kan worden verweten dat zij zich niet over het tweede financiële verslag heeft uitgesproken. Zij voert overigens aan dat overeenkomstig artikel 9, derde alinea, van het contract, waarop zij zich heeft gebaseerd om het contract op te zeggen, de rente verschuldigd is vanaf 1 juli 1991, aangezien de eerste fase van het project, de enige die daadwerkelijk ten uitvoer is gebracht, op die datum is beëindigd.

40. Balkom gaat lijnrecht in tegen deze verschillende argumenten. Haars inziens is het contract nooit op geldige wijze opgezegd. Aangezien het volgens haar om een contract voor onbepaalde tijd gaat, is opzegging ervan slechts geldig indien zij ten aanzien van alle contractpartijen wordt verricht. De Commissie heeft haar besluit tot opzegging echter nooit ter kennis gebracht van DF, die, anders dan de Commissie beweert, op de dag van dat besluit nog altijd partij bij het contract was.

41. Balkom merkt in dit verband op, dat de terugtrekking van DF moet worden uitgelegd als een overdracht van contract, die slechts kan plaatsvinden met instemming van alle partijen, welke instemming krachtens artikel 7 van het contract schriftelijk had moeten worden gegeven.

42. Een dergelijk geschrift, waarin zij zelf, VBS en Balkom met DF de voorwaarden zouden hebben bepaald voor de terugtrekking van deze laatste en voor de overdracht van haar rechten en plichten aan haar twee partners, heeft de Commissie echter niet overgelegd.

43. Maar zelfs indien de opzegging volgens de vereiste vormvoorschriften was verricht, zou zij niet gerechtvaardigd zijn geweest, want, aldus Balkom, men kan niet beweren dat sprake was van een te verwachten economische mislukking.

44. Om de betekenis van het begrip economische mislukking te begrijpen, moet worden gekeken naar bijlage I, A, punt 4, bij het contract, waarin de economische en technische risico's worden behandeld en waarin de mislukking wordt omschreven aan de hand van een investeringsbedrag dat te hoog ligt ten opzichte van de marktvoorwaarden.

45. In het stadium waarin de uitvoering van het project was geraakt, was er evenwel geen grond om te beweren dat de kostprijs van de investeringen bedoeld bedrag uiteindelijk zou overschrijden. Bij de verwezenlijking van het project zijn weliswaar moeilijkheden opgetreden die vertragingen veroorzaakten ten opzichte van een zuiver indicatief tijdschema, maar dit wettigde geenszins de conclusie dat een economische mislukking in de zin van het contract te verwachten viel.

46. Voortgaande in haar redenering betoogt Balkom dat de Commissie niet met een beroep op artikel 9, derde alinea, terugbetaling van het onverschuldigd betaalde bedrag kon vorderen, aangezien de werkzaamheden niet waren beëindigd zodat het niet mogelijk was het eventueel te veel betaalde bedrag te berekenen, en zij maakt een retentierecht geldend op een deel van de door de Commissie teruggevorderde bedragen, omdat deze laatste zich nog niet heeft uitgesproken over het tweede financiële verslag dat VBS haar heeft voorgelegd en waarin voor de periode van 1 juli 1991 tot en met 30 juni 1992 melding wordt gemaakt van bijkomende uitgaven — ten opzichte van die welke in het eerste verslag zijn vermeld — die een aanvullende betaling door de Commissie vereisen.

47. Volgens Balkom mag de weigering om enige aanvullende betaling te verrichten, die de Commissie haar bij brief van 9 maart 1993 heeft medegedeeld, niet worden beschouwd als een beslissing over het tweede financieel verslag van VBS.

48. In verband met de aanvangsdatum van de rente tenslotte betwist Balkom de datum 1 juli 1991, aangezien haars inziens de datum 30 juni 1991 niet kan worden geacht het einde aan te geven van de eerste fase van uitvoering van het project, die in feite veel langer heeft geduurd.

Beoordeling

49. Hoe moet men kiezen tussen deze volkomen antagonistische stellingen? Een methodische aanpak bij het zoeken naar een oplossing vereist volgens mij, dat men de verschillende problemen van elkaar scheidt. Voor de vraag of de Commissie daadwerkelijk recht heeft op het bedrag dat zij van Balkom terugvordert, moet in de eerste plaats worden onderzocht of haar besluit om het contract te beëindigen, geldig is. Deze geldigheid is afhankelijk van twee voorwaarden: heeft de Commissie de voor deze opzegging voorgeschreven vormen nageleefd, kon de Commissie gelet op de stand van uitvoering van het project op het ogenblik waarop zij haar besluit heeft genomen, gebruik maken van de mogelijkheid waarover zij krachtens artikel 9 van het contract beschikt? Het oordeel over de naleving van de voor de opzegging voorgeschreven vormen zal afhangen van de vraag of, anders dan zoals de zaken volgens de bekentenis van de

Commissie zijn verlopen, de Commissie DF in kennis had moeten stellen van haar besluit, ook al had deze laatste vennootschap haar terugtrekking aangekondigd.

50. Zodra deze verschillende vragen zijn opgelost en in de veronderstelling dat de Commissie terecht gebruik heeft gemaakt van haar opzeggingsbevoegdheid die haar door artikel 9 van het contract wordt verleend, zal vervolgens moeten worden onderzocht of het terug te vorderen bedrag door de Commissie juist is berekend, zowel wat de hoofdsom als wat de rente betreft.

De geldigheid van de opzegging van het contract

51. Eerst moet worden onderzocht of de Commissie met de opzegging van het contract bij brief van 16 augustus 1994 heeft gehandeld overeenkomstig het contract of het Duitse recht, voor zover dit laatste bij gebreke van een andersluidende bepaling in het contract van toepassing is. Niemand betwist, dat deze brief is verzonden aan VBS en aan Balkom, maar niet aan DF. Had DF deze brief moeten krijgen?

52. Zeker niet indien als vaststaand wordt beschouwd dat van de drie aanvankelijke contractpartijen van de Commissie op die datum er slechts één, namelijk Balkom, overbleef, zelfs al werd de opzegging eveneens aan VBS betekend. Kan men aannemen dat DF op die datum geen enkele contractuele band meer had met de Commissie? Gelet op bovenvermelde verwikkelingen zou ik geneigd zijn deze vraag bevestigend te beantwoorden.

53. Het is juist, dat de brief waarin DF haar terugtrekking aan de Commissie bekendmaakt, vanwege zijn volkomen eenzijdig karakter op zich geen einde kon maken aan de op 4 december 1990 aangegane contractuele banden en dat dit schrijven moet worden geanalyseerd als een intentieverklaring, een aanbod tot terugtrekking en een afstand van contractueel verleende rechten. Is dit aanbod door de andere contractpartijen aanvaard?

54. Volgens mij kan Balkom dit thans niet betwisten. Dat de Commissie met het aanbod heeft ingestemd, valt niet te betwijfelen, ook al kan het verbazing wekken, dat de Commissie zich zo gemakkelijk tevreden heeft gesteld met de terugtrekking van een partner die in het bezit was van een technologie die in het project moest worden toegepast. De instemming van VBS kan volgens mij worden afgeleid uit haar brief van 26 augustus 1991 aan de Commissie.

55. In genoemde brief maakt VBS weliswaar melding van gesprekken om een regeling te treffen voor de contractuele problemen in verband met de betrokkenheid van DE bij het project, hetgeen betekent dat die problemen op dat tijdstip niet waren opgelost, maar VBS verbindt op geen enkel ogenblik voorwaarden aan de terugtrekking van DF; zij beschouwt deze terugtrekking juist als een vaststaand feit, ofschoon zij voorbehouden had kunnen maken en haar instemming afhankelijk had kunnen stellen van een aantal eisen.

56. Wat Balkom betreft, is het juist dat het dossier geen stuk bevat daterend van de periode rond de terugtrekking van DF, waaruit met zekerheid zou kunnen worden afgeleid dat zij met die terugtrekking instemde.

57. Men zou kunnen betogen dat, indien Balkom bezwaren had gehad tegen die terugtrekking — het is uitgesloten dat zij daar niets van afwist, aangezien de leiding van het bedrijf in handen was van de heer Van Balkom, die overigens ook bedrijfsleider van VBS is — zij zulks te kennen zou hebben gegeven. Maar het is helemaal niet nodig een redenering te volgen waarin meer waarde wordt gehecht aan de eenheid van de leiding dan aan het bestaan van twee aparte rechtspersonen, gelet op de overduidelijke brief van de Commissie van 9 maart 1993 aan Balkom waarin de terugtrekking van DF, alsook die van VBS overigens, als een vaststaand feit wordt voorgesteld, welke brief is geschreven naar aanleiding van besprekingen waaraan de heer Van Balkom namens Balkom deelnam en die geen enkele negatieve reactie van deze laatste uitlokte.

58. Evenwel kan worden aangenomen dat Balkom destijds, op het moment waarop de verwezenlijking van het project in gevaar bleek, krachtig zou hebben gereageerd op een brief waarin werd gesproken over haar instemming met de terugtrekking van twee partners, indien deze instemming geen vaststaand feit was.

59. Uit de verschillende brieven die ik heb vermeld, gelezen in het licht van artikel 157 van het Bürgerliche Gesetzbuch (hierna: „BGB"), volgens hetwelk contracten moeten worden uitgelegd op grond van het beginsel van goede trouw, kan mijns inziens dus worden afgeleid dat alle partijen uiterlijk in maart 1993 de terugtrekking van DF als een vaststaand feit beschouwden, en dat het standpunt dat een dergelijke consensus vorm had moeten krijgen in één, door alle partijen ondertekend document, blijk zou geven van ongegrond formalisme.

60. Maar zelfs in de veronderstelling dat, zoals Balkom beweert met een beroep op de Duitse rechtsleer, de omstandigheden waarin DF zich terugtrekt gelet op de aard van het contract betwistbaar blijven, geloof ik niet dat uit de niet-mededeling aan DF van het besluit tot opzegging door de Commissie kan worden afgeleid, dat deze opzegging geen gevolg heeft gehad jegens Balkom.

61. Zo Balkom zich op de niet-naleving van een vormvoorschrift wil beroepen, moet zij immers een aantasting van haar rechten en belangen aantonen. De enige die, op grond van de hoofdelijkheid die in het contract is bepaald, een dergelijke aantasting zou kunnen aanvoeren, zou echter DF zijn, in de veronderstelling dat er twijfel zou rijzen over de regelmatigheid van haar terugtrekking.

62. DF heeft echter op overduidelijke wijze medegedeeld dat zij de contractuele betrekking niet kon voortzetten en dat zij bijgevolg niet langer door de Commissie als partij bij het contract van 1990 wenste te worden behandeld. Het zou dus zeker misplaatst zijn geweest de Commissie te

verwijten, haar de opzegging niet te hebben betekend.

63. Mijns inziens heeft de Commissie dan ook, rekening houdend met de ontwikkelingen in de contractuele betrekking tussen 1990 en 1994, formeel gezien een regelmatige opzegging verricht.

De rechtvaardiging van de opzegging van het contract

64. Was deze opzegging echter ook gerechtvaardigd? Ook op dit punt leggen volgens mij de bezwaren van Balkom weinig gewicht in de schaal. Balkom beweert dat het begrip economische mislukking in artikel 9 van het contract moet worden begrepen aan de hand van een bijlage bij het contract, die betrekking heeft op de economische en technische risico's.

65. De betrokken bepaling, punt 4.1 van bijlage I, blijkt echter hoofdzakelijk een beschrijving te geven. Zo wordt melding gemaakt van het investeringsbedrag dat noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het project, en wordt aangegeven binnen welke grens de drie contracterende ondernemingen hun financiële verbintenissen aangaan. De bepaling mag in geen geval mogen worden beschouwd als een definiëring van de te verwachten economische mislukking in de zin van artikel 9 van het contract.

66. Een dergelijke uitlegging zou overigens onverenigbaar zijn met dit laatste artikel, dat elke partij de mogelijkheid biedt het contract op te zeggen „indien het in bijlage I opgenomen werkschema is vervallen, met name wanneer in technisch of economisch opzicht een mislukking wordt verwacht of wanneer de geraamde kosten van het project worden overschreden in een mate die te hoog wordt geacht". Bijgevolg mag men het vervallen van het programma niet beperken tot de enkele overschrijding van de geraamde kosten, zoals Balkom dat zou willen doen.

67. Nu dit bezwaar van de verwerende partij uit de weg is geruimd, meen ik verder dat het niet nodig is breedvoerig in te gaan op de vraag of er gronden bestaan om, anders dan de argumenten van Balkom, die weinig waarde blijken te hechten aan de goede trouw, aan te nemen dat sprake is van een te verwachten economische mislukking, wanneer een project dat in 1993 moest zijn voltooid, zich in 1994 nog altijd in een zeer weinig gevorderd stadium bevindt, wanneer van de drie ondernemingen die er bij de aanvang bij betrokken waren, er slechts één overblijft die, ondanks haar inspanningen, geen nieuwe partners heeft kunnen vinden en die zelf meldt dat zij zich in de onmogelijkheid bevindt om verder te zorgen voor de financiële inbreng die nodig is voor de voortzetting van het project, en wanneer bovendien de administratieve vergunning, waar de start van de tweede fase van afhankelijk is, ondanks een rechtszaak nog altijd niet verkregen is.

68. Men kan zich moeilijk een duidelijker geval van mislukking voorstellen. Men zou er zich hoogstens nogmaals over kunnen verbazen, dat de Commissie het contract

niet eerder heeft opgezegd of niet eerder gebruik heeft gemaakt van het recht om zich, overeenkomstig artikel 8 van het contract, terug te trekken, met gevolgen die veel zwaarder zouden zijn voor haar contractpartijen, of dat zij niet eerder van deze duidelijke mislukking akte heeft genomen, maar juist de termijnen heeft verlengd die zij voorheen zelf als dwingend had aangeduid.

69. In elk geval ben ik van mening dat toen de opzegging van het contract plaatsvond, deze gelet op de contractuele bepalingen volkomen gerechtvaardigd was.

Het bedrag van het teruggevorderde betaling

70. Is de Commissie bijgevolg gerechtigd tot terugvordering van de te veel betaalde bedragen, die zij, nu de euro inmiddels de ECU heeft vervangen, vaststelt op 251 649 euro? De Commissie komt tot dit bedrag door alleen de uitgaven die zij bij de goedkeuring van het eerste financieel verslag heeft aanvaard, te beschouwen als uitgaven van haar contractpartijen die recht geven op financiële steun.

71. Na de eerste terechtzitting dacht ik dat partijen tot een akkoord zouden moeten kunnen komen over de vraag of een aantal van de uitgaven vermeld in het tweede financieel verslag, door VBS aan de Commissie gestuurd in 1992, in aanmerking moesten komen, zodat het door de Commissie gevorderde bedrag moest worden verminderd.

72. Uit het dossier bleek immers niet, dat de Commissie een duidelijk standpunt had ingenomen over het tweede financieel verslag. In haar repliek had de Commissie verklaard, dat zij zich over dat verslag had uitgesproken („den 2. Finanzbericht beschieden") door de verwerende partij, bij brief van 9 maart 1993, een termijn tot 31 december 1993 op te leggen voor het verkrijgen van de administratieve vergunning en door haar mede te delen dat zij tot die datum geen enkele betaling meer zou verrichten. Opschorting van de betalingen is echter iets anders dan verklaren dat men niets meer verschuldigd is.

73. Overigens had de Commissie in een niet-officiële nota van 20 januari 1994 overwogen, de fase „engineering" te erkennen ten belope van 1 127 800 DEM, op voorwaarde dat de desbetreffende bewijsstukken beschikbaar zouden zijn („falls entsprechende Nachweise vorliegen").

74. Tijdens de tweede terechtzitting heeft de Commissie evenwel opgemerkt, dat zij geen van de in het tweede financieel verslag vermelde uitgaven kon erkennen, zulks om de volgende redenen.

75. In de eerste plaats voert de Commissie aan dat, voor zover dit tweede verslag uitgaven zou hebben vermeld — hetgeen echter niet het geval was — die betrekking hebben op de tweede fase van het programma, getiteld „Productie en levering", deze werken slechts onder de verantwoordelijkheid van de verwerende partij hadden kunnen worden aangevat, want krachtens punt 2.2 van bijlage I bij het contract had deze fase eerst een aanvang kunnen nemen na het afsluiten van de aanvraagprocedure voor de vergunning betreffende het betrokken gebouw. Het tweede technische verslag vermeldde echter uitdrukkelijk dat deze procedure geblokkeerd was.

76. In de tweede plaats heeft de Commissie tijdens de tweede terechtzitting meegedeeld dat, in strijd met de in artikel 4, punt 4.3.2, van het contract neergelegde verplichting, bij het tweede financiële verslag geen enkel bewijsstuk was gevoegd, en dat deze stukken later evenmin zijn opgestuurd, hoewel de Commissie in haar opzeggingsbrief van 16 augustus 1994 te kennen had gegeven dat zij de bewijsstukken wenste te ontvangen die overeenstemden met de uitgaven die voor erkenning in aanmerking kwamen [„The Commission (...) would like tot receive the corresponding statements"].

77. Tenslotte schreef de raadsman van Balkom aan de Commissie in een brief van 17 oktober 1994, die opgenomen is in bijlage 7 bij het verzoekschrift:

„Mijn cliënt is er altijd van uitgegaan, dat u in het verleden de volledige financiële bewijzen (‚full financial statements') van Van Balkom Seeliger hebt ontvangen.

(...)

Mijn cliënt zou u uiteraard op de door u gewenste wijze willen helpen en u de gevraagde boekhoudkundige stukken willen verstrekken. Om de uiteengezette redenen zult u begrijpen dat dit voor mijn cliënt zware problemen meebrengt, aangezien hij zelf nooit in het bezit van deze stukken is geweest." [2]

78. Aangezien de verwerende partij ter terechtzitting van 21 oktober 1999 niet heeft kunnen bewijzen, dat de desbetreffende stukken zijn overgelegd, en zij enkel heeft ontkend dat de stukken waren opgevraagd, kan worden geconcludeerd dat de Commissie niet in staat is geweest zich een correct oordeel te vormen over de uitgaven die na het eerste financiële verslag zijn gedaan.

79. Het ligt immers voor de hand dat de Commissie, als beheerder van overheidsgelden, geen uitgaven mag verrichten zonder te beschikken over de bewijsstukken die aan de controlerende instanties, met name aan de Rekenkamer, kunnen worden overgelegd.

2 — Vrije vertaling.

80. Balkom beweert recht te hebben op een bepaald bedrag, dat overeenstemt met een contractueel bepaald percentage van de ter uitvoering van het contract gedane uitgaven. Derhalve moet zij bewijzen dat haar uitgaven echt zijn.

81. Deze bewijslast reikt vanzelfsprekend verder dan het gewoon overleggen van een financieel verslag en omvat ook het overleggen van de boekhoudkundige stukken op grond waarvan het verslag is opgesteld.

82. Aangezien niet kan worden verwacht, dat deze stukken zullen worden overgelegd, zijn er geen termen aanwezig de verwerende partij een laatste kans te bieden om de gegrondheid van haar aanspraken te bewijzen wat betreft de bedragen die haar nog verschuldigd zouden zijn en die in mindering moeten worden gebracht op het door de Commissie gevorderde bedrag.

83. Ik kan het Hof bijgevolg slechts in overweging geven, voor de vaststelling van de door Balkom verschuldigde hoofdsom het door de Commissie gevorderde bedrag van 251 649 euro in aanmerking te nemen.

84. Deze oplossing maakt iedere discussie over een eventueel retentierecht van Balkom overbodig.

De aanvangsdatum van de rente

85. Partijen zijn het evenmin eens over de datum vanaf welke de rente moet beginnen te lopen.

86. Volgens de Commissie vloeit deze datum voort uit artikel 9, derde alinea, van het contract, dat het volgende bepaalt:

„Indien de door de Commissie betaalde bedragen bij controle te hoog blijken, wordt het te veel betaalde bedrag, vermeerderd met de rente die verschuldigd is vanaf de afsluiting (‚Abschluß') of beëindiging (‚Beendigung') van de contractueel overeengekomen werkzaamheden, door de contractpartner onmiddellijk terugbetaald." [3]

87. Volgens de Commissie heeft Balkom de eerste fase van het project, zoals die in het contract was bepaald, beëindigd op 30 juni 1991. Bijgevolg zou de rente vanaf die datum, dus vanaf 1 juli 1991, moeten worden berekend.

88. Balkom voert aan dat de eerste fase van het project, de engineering, absoluut niet voltooid was op 30 juni 1991. Balkom zou

3 — Vrije vertaling van de auteur.

op dit ogenblik niet in staat zijn de datum van voltooiing van de fase van de engineering te bepalen. In elk geval zou VBS de Commissie bij brief van 29 oktober 1992 hebben meegedeeld, dat de afsluiting van deze fase was voorzien voor 30 september 1993.

89. Mijns inziens kan men ervan uitgaan, dat de term „beëindiging van de werkzaamheden" („Beendigung"), in tegenstelling tot de term „afsluiting" („Abschluß"), betrekking heeft op het ogenblik waarop de werkzaamheden daadwerkelijk zijn gestopt, zonder dat het project voltooid is. De Commissie heeft terecht getracht dat ogenblik te bepalen, maar het is mogelijk dat het op een latere datum valt dan 30 juni 1991. Maar aangezien Balkom zelf erkent dat die datum in geen geval na 30 september 1993 valt, moet mijns inziens van deze datum worden uitgegaan. Een alternatieve oplossing zou bestaan in toepassing van artikel 284 van het BGB. Volgens deze bepaling moet de rente worden berekend vanaf het ogenblik waarop de schuldenaar tot betalen is aangemaand. De aanmaning tot betalen, die de Commissie op 8 februari 1995 heeft verzonden, legde Balkom evenwel de datum 30 april 1995 op om haar teruggaveplicht te vervullen. In deze veronderstelling zou de rente verschuldigd zijn vanaf 1 mei 1995. Deze oplossing moet volgens mij echter worden verworpen aangezien de aanvangsdatum van de verschuldigde rente in geval van terugbetaling door artikel 9 van het contract zelf wordt geregeld.

90. Volledigheidshalve merk ik tenslotte op, dat Balkom zich na de eerste terechtzitting heeft beroepen op verjaring overeenkomstig het BGB. Daarmee heeft zij een nieuw middel aangevoerd, dat, zoals door de Commissie gevorderd, alleen maar kan worden verworpen.

Conclusie

91. Om al deze redenen geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

„1) Van Balkom Non-Ferro Scheiding BV wordt veroordeeld tot betaling aan de Commissie van de Europese Gemeenschappen van een bedrag van 251 649 euro, vermeerderd met rente over dit bedrag vanaf 1 oktober

1993, berekend tegen de op de eerste werkdag van elke maand gepubliceerde percentages die het Europees Fonds voor monetaire samenwerking voor zijn euro-transacties hanteert.

2) Het beroep wordt voor het overige verworpen.

3) Van Balkom Non Ferro Scheiding BV wordt in de kosten verwezen."