FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

föredraget den 23 november 1999 *

1. Europeiska gemenskapernas kommission har, inom ramen för den behörighet den har enligt artikel 181 i EG-fördraget (nu artikel 238 EG), väckt talan vid domstolen och yrkat att bolaget van Balkom Non-Ferro Scheiding BV (nedan kallat Balkom), med vilket kommissionen slutit avtal, skall förpliktas att återbetala ett för högt utgivet belopp jämte ränta.

2. Avtalet i fråga faller inom ramen för rådets förordning (EEG) nr 3640/85 av den 20 december 1985 om främjande av demonstrationsprojekt och industriella pilotprojekt inom energisektorn genom finansiellt stöd [1]. Avtalet ingicks den 4 december 1990 mellan kommissionen och tre bolag i syfte att de sistnämnda, med hjälp av ett finansiellt stöd från gemenskapen, skulle genomföra ett projekt avseende energiproduktion genom användning av skrotade bildelar.

3. Dessa tre bolag var:

— Balkom, vars huvudkontor fanns i Oss (Nederländerna),

— van Balkom Seeliger GmbH (nedan kallat VBS), som hade sitt säte i Heidelberg (Tyskland),

båda dessa företräddes vid avtalets undertecknande av sin verkställande direktör, Antoon van Balkom,

och

— Deutsche Filterbau GmbH, som hade sitt säte i Düsseldorf (Tyskland) (nedan kallat DF).

* Originalspråk: franska.

1 — EGT L 350, s. 29.

4. Enligt avtalets lydelse var de tre bolagen bundna i förhållande till gemenskapen såsom solidariskt betalningsansvariga. Gemenskapens finansiella stöd för genomförandet av projektet bestämdes till 17 procent av den verkliga kostnaden, exklusive mervärdesskatt, upp till ett belopp om högst 987 343 ecu.

5. Artikel 8 i avtalet stadgade en möjlighet för kommissionen att frånträda avtalet för det fall de avtalsbundna företagen skulle brista i sina förpliktelser, medan det i artikel 9 första stycket föreskrevs att:

"Föreliggande avtal kan sägas upp av var och en av undertecknande parter genom ett meddelande härom två månader i förväg, om syftet med det arbetsprogram som beskrivs i bilaga I förfaller, särskilt om det sker genom ett förutsebart tekniskt eller ekonomiskt misslyckande eller ett alltför högt överskridande av planerade kostnader för projektet."

och i det tredje stycket att:

"Om det vid en kontroll visar sig att de belopp som utbetalats av kommissionen är för höga, skall den felaktigt utbetalade summan, jämte upplupen ränta från och med dagen för avslutandet eller avbrytandet av de arbeten som avses i avtalet, omedelbart återbetalas av avtalsparten."

6. Enligt artikel 13 i avtalet är domstolen behörig att avgöra alla eventuella tvister mellan parterna avseende avtalets giltighet, tolkning och tillämpning. Enligt artikel 14 är avtalet emellertid underställt tysk rätt. Avtalets bilaga I innehåller ett arbetsprogram, indelat i fem faser: "Teknik", "Produktion och leverans", "Montage", "Demonstration" och "Slutrapport och dokumentation", vilka förutsattes vara avslutade den 30 juni 1993. Gemenskapens avtalsparter förband sig enligt artikel 2 att iaktta detta datum.

7. Under genomförandet av avtalet har olika oförutsägbara händelser inträffat, vilka föranlett kommissionen att den 16 augusti 1994 göra bruk av sin rätt att säga upp avtalet enligt ovannämnda artikel 9 i avtalet och att den 29 november 1994 kräva Balkom på återbetalning av ett belopp, inklusive ränta, om 334 481 ecu. För detta ändamål upprättade kommissionen den 8 februari 1995 ett betalningskrav.

8. De olika händelserna kan sammanfattas på följande sätt:

I början av år 1991 utbetalade kommissionen, i enlighet med vad som stadgats i bilaga II till avtalet, ett belopp om 296 203 ecu till VBS såsom förskott. Den 21 augusti 1991 sände DF en skrivelse till kommissionen för att meddela att bolaget inte längre var i stånd att delta i projektet, eftersom det på grund av åtgärder som vidtagits inom den koncern som det tillhörde inte längre

förfogade över rättigheterna till den teknik som skulle användas.

9. I denna skrivelse, av vilken en kopia sändes till VBS, meddelades också att de avtalsmässiga ändringar som blivit nödvändiga genom frånträdet skulle utarbetas i samarbete med VBS.

10. Den 26 augusti 1991 informerade VBS kommissionen om DF:s frånträde och angav att den teknik som DF skulle ha tillfört projektet hädanefter tillhörde ett annat bolag i samma koncern, nämligen Deutsche Engineering der Voest-Alpine Industrieanlagenbau GmbH (Essen) (nedan kallat DE), med vilket bolag VBS satt sig i sådan förbindelse att projektets fortsatta genomförande enligt VBS mening tycktes vara helt säkrad.

11. I samma skrivelse försäkrade VBS att förhandlingar inletts med DF och med DE i syfte att fastställa erforderliga avtalsbestämmelser och att kommissionen skulle hållas fullständigt informerad om förhandlingarnas förlopp.

12. I samma skrivelse anförde VBS också att uppfyllandet av dess egna skyldigheter inte på något vis var i fara ("Selbstverständlich wird sich an der Einhaltung unserer Verpflichtungen gegenüber der EG-kommission im Rahmen des Demonstrationsvorhabens nichts ändern") och att det, med hänsyn till pågående förhandlingar, fanns anledning att ta för givet att alla DF:s förpliktelser skulle övertas av den nya parten.

13. VBS redogjorde emellertid för vissa svårigheter som uppkommit avseende dess ansökan om tillstånd att i Heidelberg bygga de i avtalet omnämnda anläggningarna. Dessa svårigheter omöjliggjorde iakttagandet av det planerade arbetsprogrammet. VBS skulle därför föreslå ändringar i arbetsprogrammet.

14. För säkerhets skull hade VBS vidtagit steg för att få förfoga över en annan plats, i Thüringen.

15. Den 7 oktober 1991 sände VBS de första tekniska och finansiella rapporterna till kommissionen, såsom stadgats i avtalet, varvid man åter nämnde de svårigheter som man mött avseende erhållandet av nödvändigt administrativt tillstånd för uppförandet av de tekniska anläggningarna. Med hänsyn till denna rapport utbetalade kommissionen ett nytt förskott om 39 169 ecu till VBS.

16. Den 29 oktober 1992 sände VBS en andra uppsättning tekniska och finansiella rapporter till kommissionen, samtidigt som bolaget informerade dels om att, eftersom DF:s och DE:s moderbolag dragit sig ur verksamheten med förgasning vid hög temperatur, det hade funnit en ny partner, Veba Oel Technologie GmbH, vars deltagande i projektet bolaget önskade att kommissio-

nen skulle acceptera, dels om att projektet måste genomgå ett visst antal tekniska förändringar på grund av användningen av en annan teknik.

17. Några veckor senare meddelade emellertid VBS — i en skrivelse undertecknad av Antoon van Balkom — kommissionen att bolaget, av olika orsaker, inte längre var i stånd att delta i genomförandet av projektet och följaktligen drog sig ur det samtidigt som det avsade sig alla sina rättigheter enligt avtalet gentemot kommissionen.

18. VBS meddelade likaledes att det till Balkom skulle översända såväl alla handlingar som uppgifter om de kunskaper som förvärvats, för att projektet skulle kunna fortsätta. VBS bad kommissionen att godkänna dessa åtgärder.

19. Genom en ny skrivelse av den 16 februari 1993 begärde VBS att kommissionen skulle göra en avräkning på grundval av den andra finansiella rapporten och informerade vidare om de finansiella svårigheter som Balkom befann sig i, svårigheter som skulle göra en eventuell återbetalning av ett för högt utgivet belopp omöjlig.

20. Den 9 mars 1993 sände kommissionen en skrivelse till Antoon van Balkom, i hans egenskap av verkställande direktör för Balkom, för att i anslutning till ett samtal den 3 mars, där denne deltagit, klarlägga det aktuella läget för projektet.

21. Enligt kommissionen var läget följande:

— VBS och DF skulle dra sig ur projektet på grund av ekonomiska svårigheter,

— Balkom skulle fullfölja projektet på följande villkor:

— en ändrad version av avtalets tekniska bilaga skulle upprättas,

— tillstånd att uppföra anläggningarna skulle erhållas senast den 31 december 1993,

— ingen utbetalning skulle ske från kommissionen före detta datum.

Slutligen förbehöll sig kommissionen, om den bestämda fristen inte iakttogs, rätten att säga upp avtalet med tillämpning av dess artikel 9.

En kopia av denna skrivelse sändes till den för projektet ansvariga personen hos VBS.

22. Den 27 september 1993 skrev Antoon van Balkom, i egenskap av VBS likvidator, till kommissionen för att underrätta denna om en rad händelser. Det rörde sig för det första om ett domstolsavgörande, enligt vilket det inte kunde inledas något konkursförfarande gentemot VBS på grund av dess otillräckliga tillgångar, och för det andra om de allvarliga svårigheter som Balkom befann sig i på grund av problemen i den koncern som det tillhörde.

23. Balkom var insolvent och hade räddats genom en överenskommelse mellan dess borgenärer och dess bank samt av en ny investerare, vilken dock drog sig ur affären. Under dessa förhållanden var Balkom inte i stånd vare sig att ensam fullfölja projektet eller att fullgöra sina skyldigheter för det fall avtalet med kommissionen skulle sägas upp.

24. Vad gällde VBS i likvidation pågick samtal för att hitta en köpare. Antoon van Balkom hade dock inte givit upp hoppet om att hitta en sådan före fristens utgång den 31 december 1993.

25. Den 8 oktober 1993 bekräftade kommissionen genom en skrivelse till Antoon van Balkom att fristen per den 31 december 1993 var oeftergivlig. I en "skrivelse, som kan utgöra diskussionsunderlag" av den 20 januari 1994, meddelade kommissionen att den övervägde att beräkna storleken av den återbetalning som den kunde kräva enligt artikel 9 i avtalet på grundval av ett belopp om 1 127 800 DEM avseende de utgifter som avtalsparterna haft, i den mån bestyrkande handlingar avseende dessa fanns tillgängliga.

26. Den 14 april 1994 informerade VBS kommissionen om att det fanns en köpare som var mycket intresserad av att fortsätta projektet. Genom telefax den 8 juni 1994 beviljade kommissionen VBS en ny tidsfrist, som skulle gå ut den 30 juni 1994.

27. Den 29 juni 1994 begärde VBS advokat, också per telefax, att kommissionen, med hänsyn till de samtal som fortfarande fördes med en eventuell köpare, inte skulle säga upp avtalet.

28. Den 16 augusti 1994 meddelade kommissionen genom en skrivelse till såväl Balkom som VBS sitt beslut att säga upp avtalet och bad dem samtidigt att inge nödvändiga handlingar för att definitivt kunna avsluta räkenskaperna. Om dessa dokument inte ingavs skulle Balkom förpliktas att återbetala samtliga utbetalade medel jämte ränta.

29. Den 17 oktober 1994 meddelade Balkoms advokat kommissionen att denna redan hade de handlingar den begärt in och att dessa ingivits av VBS, med vilket

bolag alla finansiella frågor alltid hade behandlats.

30. Den 29 november 1994 sände kommissionen en skrivelse till Balkom och VBS och meddelade att någon ny tidsfrist inte kunde komma i fråga och att de solidariskt betalningsansvariga parterna krävdes på återbetalning av en summa om 251 649 ecu, beräknad på grundval av de utgifter — uppgående till 943 662,74 DEM eller 492 489 ecu — som godkänts av kommissionen och till vilka skulle läggas 82 832 ecu i upplupen ränta per den 16 oktober 1994, det vill säga totalt 334 480 ecu.

31. Den 8 februari 1995 skickade kommissionen ett betalningskrav på detta belopp till Balkom och VBS.

32. Därefter följde ytterligare tre skrivelser, den första från kommissionen den 30 maj 1995, i vilken Balkom föreslogs en avbetalningsplan för skulden, den andra från Balkoms styrelse den 15 juni 1995, i vilken detta förslag avböjdes, och en tredje från samma avsändare den 28 juni 1995, i vilken giltigheten av betalningskravet till Balkom bestreds och i vilken anmärktes på det oskäliga i att lägga betalningsansvaret för hela återbetalningen på Balkom, men i vilken icke desto mindre föreslogs att förlikning skulle sökas. Slutligen väckte kommissionen den 23 april 1997 föreliggande talan.

33. Denna uppräkning av händelser som inträffat mellan tidpunkten för avtalets undertecknande och tidpunkten för talans väckande i domstolen, såsom de återgetts i de av parterna ingivna handlingarna, kan verka något lång, men jag tror att den kommer att visa sig användbar då det skall bedömas hur väl grundade parternas argument, som nu skall redovisas, är.

34. Enligt kommissionen beror den omständigheten att deras ansökan endast avser Balkom på att DF och VBS sedan i vart fall senast i mars 1993 inte längre varit kommissionens avtalsparter. För övrigt kan Balkom, även om DF:s och VBS frånträdande inte skulle ha varit giltigt, krävas på hela det belopp som kommissionen kan begära återbetalning av enligt artikel 9 i avtalet med stöd av det solidariska betalningsansvar som kommissionens tre avtalsparter kommit överens om.

35. Vad gäller uppsägningen av avtalet hävdar kommissionen, eftersom ett exakt tidsschema för genomförandet av projektet ursprungligen hade överenskommits, att det inte rörde sig om ett avtal med obestämd giltighetstid i tysk rätts mening, vilket endast kan sägas upp i förhållande till samtliga parter. Uppsägningen skulle därför äga giltighet även om den inte meddelats DF, om det skulle antas att sistnämnda bolag — vilket inte var fallet — fortfarande var avtalspart på uppsägningsdagen.

36. Vad gäller frågan om uppsägningen varit välgrundad bedömer kommissionen att villkoret som anges i artikel 9, nämligen att ett förutsebart ekonomiskt misslyck-

ande skall ha varit för handen, bevisligen var uppfyllt under år 1994 med beaktande av de olika händelser som återgetts ovan, särskilt som Balkom, efter DF:s och VBS frånträde, själv hade allvarliga finansiella svårigheter och uppenbarligen inte var i stånd att slutföra projektet.

37. Då projektet var planerat att färdigställas i juni 1993 förelåg i vart fall hinder att slutföra det på grund av att tillstånd att uppföra nödvändiga anläggningar inte meddelats.

38. Vad beträffar det krävda beloppet förklarar kommissionen att den dragit av ett belopp motsvarande 17 procent från utgifterna exklusive mervärdesskatt såsom de återgetts i den första finansiella rapporten — vilken kommissionen kontrollerat och godkänt — från det totala belopp som utbetalats till VSB och som Balkom var solidariskt betalningsansvarigt för. Kommissionen erinrar vidare om att den i sin skrivelse av den 9 mars 1993 angett att den inte skulle utbetala något ytterligare stöd om ett administrativt tillstånd att uppföra anläggningarna inte erhölls senast den 31 december 1993.

39. Kommissionen tillägger att man således inte kan klandra den för att inte ha fattat något beslut på grundval av den andra finansiella rapporten. Kommissionen gör dessutom gällande att med tillämpning av artikel 9 tredje stycket i avtalet, med stöd av vilken den sagt upp avtalet, skall ränta utgå från och med den 1 juli 1991, eftersom det var vid detta datum som projektets första fas, den enda som faktiskt genomfördes, fullbordades.

40. Balkom bestrider helt och hållet dessa argument. Enligt Balkom har avtalet aldrig blivit uppsagt på ett giltigt sätt. Då det rört sig om ett avtal som Balkom anser har ingåtts på obestämd tid är en uppsägning nämligen endast giltig om den skett i förhållande till samtliga avtalsparter. Kommissionen har emellertid aldrig meddelat DF, vilket bolag i motsats till vad kommissionen påstår fortfarande var avtalspart vid tidpunkten för uppsägningen, sitt beslut att säga upp avtalet.

41. Balkom påpekar apropå detta att DF:s frånträde måste anses ha varit en överlåtelse av avtalet, något som endast kan ske genom en överenskommelse mellan samtliga avtalsparter. En sådan överenskommelse skulle i enlighet med avtalets artikel 7 ha skriftlig form.

42. Kommissionen har dock inte kunnat uppvisa en sådan skriftlig överenskommelse, genom vilken kommissionen själv, VBS och Balkom med DF skulle ha reglerat villkoren för den sistnämndas frånträde och överlåtelsen av dess rättigheter och skyldigheter till dess två samarbetsparter.

43. Men även om uppsägningen skett med iakttagande av de formkrav som gällde skulle den alls inte ha varit välgrundad eftersom det, enligt Balkom, inte kan hävdas att bolaget befann sig i en situation där ett förutsebart ekonomiskt misslyckande var för handen.

44. Betydelsen av begreppet ekonomiskt misslyckande framgår av bilaga I A punkt 4 i avtalet, där avtalets ekonomiska och tekniska risker behandlas och där misslyckande definieras som ett i förhållande till rådande marknadsvillkor alltför högt investeringsbelopp.

45. På det stadium som utförandet av projektet nått var det emellertid omöjligt att sluta sig till att kostnaden för investeringarna slutligen skulle överstiga nämnda belopp. Visserligen hade genomförandet av projektet mött flera svårigheter som inneburit förseningar i förhållande till den endast provisoriska tidsplanen, men detta innebar inte på något vis att man kunde fastslå att ett förutsebart ekonomiskt misslyckande i avtalets mening förelåg.

46. Balkom, som driver sitt resonemang vidare, hävdar att kommissionen inte kunnat åberopa artikel 9 tredje stycket i avtalet för att kräva återbetalning av ett för högt utgivet belopp, eftersom det inte var möjligt att beräkna storleken av ett eventuellt för högt utgivet belopp då arbetena ännu inte fullbordats. Balkom påstår sig vidare ha retentionsrätt avseende en del av de medel som kommissionen kräver det på, på den grunden att kommissionen ännu inte tagit ställning till den andra finansiella rapport som VBS framlagt och i vilken åberopas ytterligare utgifter avseende perioden mellan den 1 juli 1991 och den 30 juni 1992 utöver dem som angetts i den första rapporten, vilket innebär krav på en kompletterande utbetalning från kommissionen.

47. Enligt Balkom kan kommissionens vägran att utföra kompletterande utbetalningar, som meddelats genom dess skrivelse av den 9 mars 1993, inte betraktas som ett beslut avseende den andra finansiella rapport som VBS framlagt.

48. Slutligen gäller det från vilken dag upplupen ränta skall beräknas. Balkom bestrider att den 1 juli 1991 är rätt dag, då det enligt dess mening omöjligen kan anses att den första fasen av projektets genomförande var slutförd den 30 juni 1991, utan denna fas pågick faktiskt under lång tid därefter.

Bedömning

49. Hur skall man avgöra tvisten mellan dessa helt motstridiga ståndpunkter? Jag anser att det, för att metodiskt kunna söka en lösning, är nödvändigt att skilja de olika frågorna åt. För att utröna om kommissionen verkligen har rätt till det belopp som den kräver Balkom på måste det allra först undersökas om dess beslut att säga upp avtalet var giltigt. Denna giltighet beror på två faktorer: Har kommissionen iakttagit föreskrivna formkrav för uppsägningen och kunde kommissionen, med hänsyn till hur långt genomförandet av projektet kommit vid den tidpunkt då den fattade sitt beslut, använda sig av sin rätt till uppsägning enligt artikel 9 i avtalet? Den bedömning som jag skall göra avseende frågan om föreskrivna formkrav för uppsägningen har iakttagits kommer i sin tur att bero på huruvida DF, i motsats till vad som — vilket även kommissionen medger — skett,

borde ha underrättats om kommissionens beslut, oaktat dess tillkännagivande av dess frånträde.

50. Då dessa olika frågor har lösts, och under förutsättning att jag kommit fram till slutsatsen att kommissionen rätteligen använt sig av den rätt till uppsägning som den haft enligt artikel 9, kvarstår det att undersöka om storleken av det belopp som skall återbetalas, såväl vad gäller kapitalbeloppet som räntan, har beräknats på ett korrekt sätt av kommissionen.

Giltigheten av uppsägningen av avtalet

51. Jag inleder med att undersöka om kommissionen i formellt hänseende har iakttagit avtalsbestämmelserna eller tysk rätt — i den mån denna är tillämplig på grund av att någon annan bestämmelse inte finns i avtalet — då den sade upp avtalet genom sin skrivelse av den 16 augusti 1994. Det är ostridigt att denna skrivelse sändes till VBS och till Balkom, men inte till DF. Borde den ha skickats till DF?

52. Naturligtvis inte, om man anser att det är klarlagt att endast en av kommissionens ursprungliga tre avtalsparter återstod vid denna tidpunkt, nämligen Balkom, även om också VBS underrättades om uppsägningen. Kan man anse att DF vid denna tidpunkt inte längre hade några avtalsmässiga band till kommissionen? För min del är jag benägen att, med hänsyn till de händelser som återgetts ovan, besvara denna fråga jakande.

53. Det är riktigt att DF:s skrivelse till kommissionen, genom vilken dess frånträde meddelades, på grund av dess ensidiga karaktär inte i sig kunde ha till följd att det avtalsförhållande som uppkommit den 4 december 1990 upphörde. Skrivelsen måste betraktas som en avsiktsförklaring, ett erbjudande om frånträde och en avsägelse av de rättigheter som bolaget tillerkänts genom avtalet. Accepterades detta erbjudande av övriga avtalsparter?

54. Jag tror att Balkom i dag i rimlighetens namn knappast kan bestrida detta. Kommissionens godkännande av frånträdandet är ställt utom allt tvivel, även om man kan förvåna sig över att kommissionen så lätt funnit sig i att en part, vilken förfogade över en teknik som skulle ha använts i projektet, hoppade av. VBS godkännande tycks mig kunna utläsas av dess skrivelse till kommissionen av den 26 augusti 1991.

55. I nämnda skrivelse anger VBS visserligen att samtal som syftar till att lösa avtalsmässiga problem med anknytning till DE:s medverkan i projektet förs, vilket betyder att dessa problem vid denna tidpunkt ännu inte var lösta, men det kan konstateras att VBS inte uppställt något villkor för DF:s frånträde. Tvärtom ansåg VBS att detta frånträde var fullbordat, trots att bolaget kunde ha gjort förbehåll och villkorat sitt godkännande av frånträdet med att vissa krav skulle uppfyllas.

56. Vad gäller Balkom stämmer det att det i handlingarna i målet inte går att finna någon handling, samtida med DF:s frånträde, av vilken det med säkerhet går att utläsa att Balkom godkänt frånträdet.

57. Visserligen skulle man med rätta kunna hävda att om Balkom hade haft några invändningar mot frånträdet, vilket det på grund av Antoon van Balkoms — som för övrigt var chef för VBS — ledande ställning är uteslutet att bolaget inte kände till, borde det ha uttryckt dessa. Men det är inte alls nödvändigt att ge sig in på ett sådant resonemang, enligt vilket det förhållandet att bolagen haft gemensam ledning skulle anses ha större vikt än förhållandet att det rörde sig om två olika juridiska personer, eftersom kommissionens skrivelse till Balkom — som inte kunde vara mer explicit — av den 9 mars 1993, föreligger i målet. I skrivelsen beskrivs DF:s frånträde, liksom för övrigt även VBS, som fullbordat. Skrivelsen sändes i anslutning till de diskussioner som förts, i vilka Antoon van Balkom deltog i Balkoms namn, diskussioner som inte hade lett till någon negativ reaktion från Balkoms sida.

58. Man kan emellertid förutsätta att Balkom vid denna tidpunkt, då genomförandet av projektet tycktes vara i fara, kraftigt skulle ha reagerat på en skrivelse som gjorde gällande att bolaget godkänt att två parter frånträtt avtalet, om ett sådant godkännande inte hade lämnats.

59. Jag anser således att man ur de olika skrivelser som jag just erinrat om — lästa mot bakgrund av artikel 157 i BGB, enligt vilken avtal skall tolkas på grundval av godtrosprincipen — kan härleda att samtliga avtalsparter senast i mars 1993 ansåg att DF frånträtt avtalet och att det vore onödigt formalistiskt att anse att en sådan överenskommelse, för att vara giltig, måste ha formen av en enda handling som undertecknats av samtliga parter.

60. Men även om man, vilket Balkom med åberopande av den tyska doktrinen gör, förutsätter att förhållandena kring DF:s frånträde varit sådana att dess giltighet är tvivelaktig med hänsyn till avtalets art, anser jag inte att man därav kan sluta sig till att det förhållandet att DF inte underrättats om kommissionens beslut om uppsägning innebär att uppsägningen varit utan verkan i förhållande till Balkom.

61. För att Balkom skall kunna göra gällande att formkraven inte iakttagits krävs nämligen att det kan åberopa att dess rättigheter eller intressen kränkts. Men det enda bolag som, under förutsättning att berättigandet av dess frånträde ifrågasätts, skulle kunna göra en sådan kränkning gällande är, med hänsyn till det solidariska betalningsansvar som stadgats i avtalet, DF.

62. Det framgår emellertid att DF på ett så klart sätt som möjligt angett att det var omöjligt för det att fullfölja avtalsförhållandet och att det, på grund härav, givit upp sin rätt att av kommissionen bli betraktat som part till avtalet från år 1990, på så sätt att det står klart att DF rimligen inte skulle

kunnat ha invändningar mot att kommissionen inte underrättat det om uppsägningen.

63. Jag bedömer således att kommissionen, med hänsyn till den utveckling som avtalsförhållandet genomgått mellan åren 1990 och 1994, har gjort en i formellt hänseende korrekt uppsägning av avtalet.

Berättigandet av uppsägningen av avtalet

64. Kan uppsägningen även i övrigt ha varit berättigad? Jag anser även här att Balkoms invändningar väger lätt. Balkom har hävdat att begreppet ekonomiskt misslyckande enligt artikel 9 i avtalet måste förstås mot bakgrund av en bilaga till avtalet rörande ekonomiska och tekniska risker.

65. Det framgår emellertid att bestämmelsen i fråga, punkt 4.1 i bilaga I, i huvudsak är av beskrivande karaktär. Den anger storleken av de investeringar som genomförandet av projektet förutsätter, samt den övre gränsen för de finansiella förpliktelser som kommissionens tre avtalsparter har. Bestämmelsen kan på intet sätt anses ge någon definition av begreppet förutsebart ekonomiskt misslyckande i den mening som avses i artikel 9 i avtalet.

66. En sådan tolkning skulle för övrigt vara oförenlig med den sistnämnda artikeln, enligt vilken varje avtalspart har rätt att säga upp avtalet "om syftet med det arbetsprogram som beskrivs i bilaga I förfaller, särskilt om det sker genom ett förutsebart tekniskt eller ekonomiskt misslyckande eller ett alltför högt överskridande av de planerade kostnaderna". Härav följer att man inte kan begränsa innebörden av begreppet ekonomiskt misslyckande till att, såsom Balkom velat göra, avse endast ett överskridande av planerade kostnader.

67. Då denna invändning från svaranden tillbakavisats anser jag inte att jag härefter mer ingående behöver förklara på vilket sätt man med rätta, i motsats till de argument som Balkom anfört och som knappast tycks mig ha anförts i god tro, kan hävda att ett förutsebart ekonomiskt misslyckande föreligger när ett projekt, som skulle ha slutförts under år 1993, fortfarande under år 1994 befinner sig i ett mycket ringa framskridet skede, när det av de ursprungligen tre samarbetande företagen endast återstod ett, vilket trots sina ansträngningar inte kunnat finna nya samarbetsparter och som självt åberopade den omöjliga situation som det befann sig i vad avsåg dess förmåga att bidra till nödvändig finansiering av projektets fullbordan, och när slutligen dessutom det administrativa tillstånd, på vilket övergången till den andra fasen berodde, ännu inte hade erhållits trots att rättsliga åtgärder vidtagits.

68. Man kan svårligen föreställa sig ett mer uppenbart misslyckande. Dessutom kan man än en gång uttrycka förvåning över att kommissionen inte tidigare sade upp avtalet eller använde sig av sin rätt till frånträde enligt artikel 8 i avtalet — med

betydligt svårare följder för dess avtalsparter — eller åtminstone att den inte tidigare beaktat det säkra misslyckandet, utan tvärtom förlängt de tidsfrister som den själv tidigare betecknat som oeftergivliga.

69. I vart fall anser jag att kommissionens uppsägning av avtalet, vid den tidpunkt då den skedde, var fullt berättigad med hänsyn till avtalets bestämmelser.

Storleken på yrkad återbetalning

70. Föreligger därmed grund för kommissionen att kräva återbetalning av ett för högt utgivet belopp, som den fastställt till 251 649 euro, då euro under tiden ersatt ecu? Kommissionen har kommit fram till detta belopp genom att endast beakta de stödberättigade kostnader som avtalsparterna haft, kostnader som kommissionen medgett genom att godkänna den första finansiella rapporten.

71. Efter den första muntliga förhandlingen ansåg jag att det borde vara möjligt för parterna att nå fram till en överenskommelse vad gäller frågan huruvida vissa av de kostnader som anges i den andra finansiella rapporten, som sändes av VBS till kommissionen år 1992, borde beaktas på så sätt att det belopp som kommissionen krävde skulle kunna sänkas.

72. Det framgår nämligen inte av handlingarna i målet om kommissionen klart har tagit ställning till den andra finansiella rapporten. I sin replikinlaga förklarade kommissionen att den fattat beslut på grundval av denna rapport ("den 2. Finanzbericht bescheiden") genom att i en skrivelse av den 9 mars 1993 fastställa en frist fram till den 31 december 1993 inom vilken svaranden skulle ha erhållit det administrativa tillståndet och med upplysning om att kommissionen inte skulle göra någon ytterligare utbetalning före detta datum. Det är emellertid en sak att inställa betalningarna och en annan att förklara att man inte längre över huvud taget är betalningsskyldig.

73. Kommissionen har dessutom i en inofficiell skrivelse av den 20 januari 1994 meddelat att den var beredd att godkänna kostnader inom fasen "teknik" upp till ett belopp om 1 127 800 DEM, på det villkoret att bestyrkande handlingar avseende dessa kostnader föreligger ("falls entsprechende Nachweise vorliegen").

74. Vid den andra muntliga förhandlingen har kommissionen emellertid angett att inte någon av de kostnader som angetts i den andra finansiella rapporten kunde godkännas, och det av följande skäl.

75. För det fall att kostnader avseende den andra fasen av programmet, kallad "Produktion och leverans", hade omnämnts i den andra rapporten — vilket emellertid inte är fallet — skulle sådana arbeten endast ha kunnat inledas på svarandens egen risk, eftersom denna fas enligt punkt 2.2 i bilaga 1 till avtalet inte kunde inledas förrän efter det att förfarandet för tillstånd till byggnadsarbetet i fråga avslutats. Det framgick emellertid uttryckligen av den andra arbetsrapporten att detta förfarande stod stilla.

76. Kommissionen har vid den andra muntliga förhandlingen dessutom informerat domstolen om att någon bestyrkande handling, i strid med den skyldighet som anges i artikel 4, punkt 4.3.2 i avtalet, inte har bifogats den andra finansiella rapporten och att sådana handlingar inte heller sänts in senare, trots att kommissionen i sin skrivelse av den 16 augusti 1994 om uppsägning av avtalet meddelat att den önskade erhålla bestyrkande handlingar avseende de kostnader som skulle kunna godkännas ("The Commission... would like to receive the corresponding statements").

77. I en skrivelse av den 17 oktober 1994, som återfinns som bilaga 7 till ansökan, meddelade Balkoms advokat slutligen följande till kommissionen:

"Min klient har hela tiden utgått från att Ni tidigare har erhållit fullständiga finansiella bevis ('full financial statements') från van Balkom Seeliger...

Min klient skulle givetvis vilja biträda Er på det sätt Ni önskar och inge de räkenskapshandlingar som begärts. Men av skäl som förklarats för Er inser Ni säkert att detta skulle innebära betydande svårigheter för min klient, eftersom han själv aldrig har innehaft dessa handlingar. [2]"

78. Eftersom svaranden vid den muntliga förhandlingen den 21 oktober 1999 inte kunnat visa att handlingarna i fråga överlämnats, utan endast har förnekat att det har begärts att de skall inges, finns det skäl att dra slutsatsen att kommissionen inte givits möjlighet att med giltig verkan besluta om de kostnader som uppstått efter den första finansiella rapporten.

79. Det står nämligen helt klart att kommissionen, i egenskap av ansvarig för allmänna medel, inte kan göra utbetalningar utan att förfoga över bestyrkande handlingar som kan visas upp för kontrollmyndigheterna, särskilt för revisionsrätten.

2 — Min fria översättning.

80. Det är Balkom som har påstått sig ha rätt till ett visst belopp, uppgående till en i avtalet fastställd procentsats av de kostnader som uppstått vid genomförandet av avtalet, och det ankommer således på detta bolag att visa att kostnaderna verkligen uppstått.

81. För att denna bevisbörda skall uppfyllas krävs uppenbarligen mer än att endast en finansiell rapport inges, och det krävs även att de räkenskapshandlingar på grundval av vilka rapporten upprättats inges.

82. Eftersom förhandlingarna visat att det är illusoriskt att hoppas på att dessa handlingar kommer att inges, finns det inte längre någon anledning att ge svaranden en sista chans att styrka sina påståenden att kommissionen fortfarande skulle vara skyldig bolaget ett visst belopp, vilket borde dras av från det belopp som kommissionen krävt.

83. Jag kan följaktligen endast föreslå att domstolen vid fastställandet av det huvudbelopp som Balkom är skyldigt att betala skall fastställa summan 251 649 euro, det belopp som kommissionen krävt.

84. Denna lösning gör att all diskussion avseende en eventuell retentionsrätt för Balkom är överflödig.

Utgångspunkten för ränteberäkningen

85. De två parterna är likaledes oense om från vilken dag räntan skall börja löpa.

86. Enligt kommissionens mening följer detta av artikel 9 tredje stycket i avtalet, där följande anges:

"Om det vid en kontroll visar sig att de belopp som utbetalats av kommissionen är för höga skall det felaktigt utbetalade beloppet, jämte upplupen ränta från och med dagen för avslutandet (Abschluss) eller avbrytandet (Beendigung) av de arbeten som avses i avtalet, omedelbart återbetalas av avtalsparten". [3]

87. Enligt kommissionen hade Balkom avslutat den första fasen av projektet den 30 juni 1991, såsom föreskrivits i avtalet. Följaktligen skall räntan beräknas från denna dag, det vill säga från och med den 1 juli 1991.

88. Balkom gör gällande att den första fasen av projektet, tekniken, absolut inte var avslutad den 30 juni 1991. För närva-

3 — Min fria översättning.

rande är Balkom inte i stånd att avgöra när denna fas i stället avslutades. I vart fall skall VBS genom skrivelse av den 29 oktober 1992 ha informerat kommissionen om att fasen beräknades kunna avslutas den 30 september 1993.

89. För min del anser jag att man bör utgå från att uttrycket "avbrytande" (Beendigung), i motsats till uttrycket "avslutande" (Abschluß), syftar på den tidpunkt då arbetena verkligen upphörde, utan att projektet var färdigställt. Kommissionen har gjort rätt när den försökt bestämma denna tidpunkt, men det är möjligt att den inträffade senare än den 30 juni 1991. Men eftersom detta datum, vilket Balkom själv medgett, i vart fall inte hänför sig till tid efter den 30 september 1993, föreslår jag att domstolen skall lägga detta datum till grund för sitt avgörande. Det finns visserligen en alternativ lösning, som innebär att artikel 284 i BGB skall tillämpas. Enligt denna bestämmelse skall räntan beräknas från och med den tidpunkt då krav på betalning ställts på den betalningsskyldige. I det betalningsföreläggande som kommissionen utfärdade den 8 februari 1995 angavs emellertid datumet den 30 april 1995 som sista dag för Balkom att uppfylla sin återbetalningsskyldighet. I sådant fall skulle räntan börja löpa från och med den 1 maj 1995. Det tycks mig emellertid som om denna lösning måste avfärdas, eftersom utgångspunkten för när räntan skall börja löpa i fall av återbetalning anges i artikel 9 i själva avtalet.

90. Jag vill slutligen för fullständighetens skull tillägga att Balkom, genom att efter den första muntliga förhandlingen åberopa preskription enligt BGB, har infört en ny grund i processen, vilken, såsom kommissionen har gjort gällande, endast kan avvisas.

Förslag till avgörande

91. Av de skäl som angetts ovan föreslår jag att domstolen skall fastställa att:

1) van Balkom Non-Ferro Scheiding BV till Europeiska gemenskapernas kommission skall betala ett belopp om 251 649 euro jämte ränta på detta belopp från och med den 1 oktober 1993, beräknad enligt den på första

vardagen i varje månad offentliggjorda räntesats som Europeiska fonden för monetärt samarbete tillämpar på sina transaktioner i euro.

2) Talan ogillas i övrigt.

3) van Balkom Non-Ferro Scheiding BV skall ersätta rättegångskostnaderna.