CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL S. ALBER

van 25 januari 2001 [1]

I — Inleiding

1. De onderhavige zaak betreft de terugbetaling van een door de Commissie in het kader van het Thermie-programma betaald voorschot. De terugbetaling wordt gevorderd omdat een door de Commissie gesubsidieerd bouwproject door de hoofdelijk aansprakelijke verweersters niet is uitgevoerd, daar het terrein in kwestie niet kon worden verkregen.

II — Feiten en rechtskader

A — *De tussen partijen gesloten overeenkomst*

2. Op 15 september 1992 heeft de Europese Gemeenschap, vertegenwoordigd door de Commissie, met Oder-Plan Architektur GmbH, een vennootschap naar Duits recht, NCC Siab Bau GmbH, een vennootschap naar Duits recht, en Esbensen Consulting Engineers, een vennootschap naar Deens recht, overeenkomst nr. BU/1048/91 DE gesloten in het kader van het Thermie-programma. [2] Volgens de aanhef van de overeenkomst treden de drie contractpartijen [3] als hoofdelijke schuldenaars op. Oder-Plan vervulde daarnaast de functie van „coördinator" overeenkomstig artikel 1.4 van de overeenkomst.

3. De voor de zaak relevante bepalingen van de overeenkomst luiden als volgt:

„Artikel 1 — Voorwerp van de overeenkomst

1.1 De contractpartijen verbinden zich ertoe de in bijlage I opgesomde werkzaamheden, omschreven als Oderhaus — Passive

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — Verordening (EEG) nr. 2008/90 van de Raad van 29 juni 1990 inzake de bevordering van de technologische ontwikkeling op energiegebied in Europa (Thermie-programma), PB L 185, blz. 1.

3 — Hiermee worden volgens de overeenkomst de drie verwerende vennootschappen Oder-Plan, Siab en Esbensen bedoeld.

Solar Energy in an Innovative Office Building (hierna: ‚project'), uit te voeren.

[...]

1.4 De coördinator is voor de contractpartijen verantwoordelijk voor de overlegging van alle documenten aan de Commissie en voor de contacten tussen de contractpartijen en de Commissie. Alle algemene mededelingen van de Commissie aan de contractpartijen en omgekeerd lopen via de coördinator.

Artikel 2 — Duur

2.1 Het project heeft een duur van 47 maanden en vangt aan op 01/06/1992 (hierna: ‚datum van aanvang van de werkzaamheden'). Het project eindigt op 30/04/1996 (hierna: ‚datum van beëindiging van de werkzaamheden') overeenkomstig het in tabel 1 van bijlage I aangegeven tijdschema.

2.2 Vertraging in de uitvoering van het project dient onverwijld aan de Commissie te worden gemeld. De contractpartijen of de Commissie kunnen deze overeenkomst onder de in artikel 8 van bijlage II gestelde voorwaarden opzeggen.

Artikel 3 — Financiële deelname van de Gemeenschap

[...]

3.2 De deelneming van de Commissie bedraagt

— 30 % van de vergoedbare kosten (exclusief BTW) van het project overeenkomstig de artikelen 8 en 19 tot en met 28 van bijlage II, tot een maximum van 233 100 ecu.

[...]

Artikel 4 — Betalingen van de Commissie

4.1 De Commissie verricht haar betalingen in ecu als volgt:

— een voorschot van 69 930 ecu (Europese munteenheid), zijnde 30 % van het in artikel 3.2 van de overeenkomst genoemde bedrag;

[...]

4.3 De Commissie verricht alle betalingen aan de coördinator, die verantwoordelijk is voor de onmiddellijke overmaking van de desbetreffende bedragen aan elke contractpartij. De Commissie kan niet aansprakelijk worden gesteld voor onregelmatigheden van de coördinator in dit verband.

Artikel 5 — Verslagen

5.1 De contractpartijen zenden de Commissie met regelmatige tussenpozen via hun coördinator (als aparte documenten) de volgende verslagen:

1 technische verslagen (zie artikel 6.1, sub a, 1 van bijlage II)

2 financiële verslagen (zie artikel 6.1, sub a, 2 van bijlage II)

[...]

Artikel 9 — Toepasselijk recht en inwerkingtreding van de overeenkomst

9.1 Op deze overeenkomst is Duits recht van toepassing.

[...]

Artikel 10 — Bijlagen

De volgende bijlagen vormen een integrerend deel van de overeenkomst:

Bijlage I — Werkprogramma

Bijlage II — Algemene voorwaarden".

4. Bijlage I, deel B, van de overeenkomst bevat hoofdzakelijk het tijdschema voor de uitvoering van het project, precieze technische gegevens met betrekking tot het project, de uitsplitsing van de geraamde kosten van de verschillende uitvoeringsfasen en

een gedetailleerde beschrijving van het project:

„Bijlage I — Deel B

B.1 Doel van het project

Het doel van het project is de bouw van een energie-arm modelkantoorgebouw. Het gebouw heeft een volume van 6 200 m^2 en 20 000 m^3 en ligt in de nabijheid van de Oder.

[...]

B.5 Gedetailleerde beschrijving van het project

Dit kantoorgebouw wordt om een atrium heen gebouwd. Het gebouw ligt in de nabijheid van de Oder, de oostgrens van Duitsland met Polen, zie bijlagen 2 en 3.

Het brutovloeroppervlak van het gebouw bedraagt 6 200 m^2; het heeft een volume van 20 200 m^3. Voor de energieberekeningen is uitgegaan van een nettovloeroppervlak van 5 200 m^2.

[...]"

5. In punt B.7, sub a, van bijlage I bij de overeenkomst wordt het project in vijf fasen onderverdeeld: de eerste wordt „preliminary design" („voorontwerp") genoemd, met een looptijd van 1 juni 1992 tot en met 30 november 1992. De tweede fase, de „detailed design" (gedetailleerde uitwerking) zou van 1 november 1992 tot en met 30 april 1993 duren. De overige fasen zijn in casu niet relevant.

6. In tabel 2 op bladzijde 18 van bijlage I bij de overeenkomst zijn de geraamde kosten exclusief belasting voor de verschillende fasen van het project opgenomen, te weten 96 600 DEM voor het „voorontwerp" en 64 400 DEM voor de „gedetailleerde uitwerking".

7. De bladzijden 19 tot en met 25 van bijlage I bij de overeenkomst bevatten situatietekeningen van de locatie en van de gebouwde oppervlakte van het „Oderhaus".

8. Van de in bijlage II bij de overeenkomst opgenomen „algemene voorwaarden",

onderverdeeld in de delen A tot en met F, luiden de in casu relevante bepalingen als volgt:

„Deel A

Uitvoering van de werkzaamheden

Artikel 1 — Verloop van de werkzaamheden

1.1 De contractpartijen stellen het personeel, de installaties, de uitrusting en het materiaal ter beschikking dat/die voor de regelmatige uitvoering van de werkzaamheden in het kader van de overeenkomst vereist is/zijn.

[...]

1.3 De contractpartijen nemen de maatregelen die nodig zijn voor de verkrijging van alle toestemmingen of vergunningen die voor de uitvoering van de werkzaamheden in het kader van de overeenkomst zijn voorgeschreven op grond van de wet- en regelgeving die geldt op de plaats of op de plaatsen waar de werkzaamheden moeten worden uitgevoerd. De contractpartijen stellen de Commissie onverwijld op de hoogte indien zij niet in staat zijn een dergelijke toestemming of vergunning te verkrijgen. De contractpartijen gaan gezamenlijk na wat in een dergelijk geval de gevolgen voor de nakoming van de overeenkomst zijn en treffen, indien nodig, in onderlinge overeenstemming adequate maatregelen.

1.4 De contractpartijen delen de Commissie via de coördinator de aanvang van de werkzaamheden in het kader van de overeenkomst mede en informeren de Commissie onverwijld over de beëindiging of stopzetting van de werkzaamheden of over gebeurtenissen of omstandigheden die de uitvoering van de overeenkomst aanzienlijk kunnen beïnvloeden.

[...]

Artikel 2 — Hoofdelijke aansprakelijkheid

Indien de overeenkomst door meer dan een contractpartner moet worden uitgevoerd, zijn de contractpartijen hoofdelijk aansprakelijk voor elke niet-nakoming van verplichtingen door een van de contractpartijen. De contractpartijen voeren de verplichtingen uit van contractpartijen die in verzuim zijn of zich hebben teruggetrokken, voorzover dat in de gegeven omstandigheden redelijk is, door de werkzaamheden in het kader van deze overeenkomst zelf of met behulp van derden overeenkomstig de artikelen 3 en 8 van deze bijlage te voltooien, tenzij de overeenkomst uit hoofde van artikel 8 van deze bijlage wordt opgezegd. Een contractpartij is in geval van verzuim van een contractpartij niet aansprakelijk

[...]

(c) voor een terugbetaling overeenkomstig artikel 8.4 van deze bijlage, wanneer zij ten genoegen van de Commissie kan aantonen dat zij niet tot de niet-nakoming heeft bijgedragen en dat zij artikel 1.4. van deze bijlage heeft nageleefd.

[...]

Artikel 4 — Afspraken tussen de contractpartijen

Bepalingen in eventuele afspraken tussen de contractpartijen of tussen de contractpartijen en derden doen geen afbreuk aan de verplichtingen van de contractpartijen jegens de Commissie in het kader van deze overeenkomst.

[...]

Artikel 6 — Verslagen

Indiening van verslagen

6.1 De contractpartijen doen de Commissie vanaf het tijdstip van de ondertekening van de overeenkomst in één zending (met aparte documenten) in viervoud de volgende verslagen, die op dezelfde periode betrekking hebben en zijn opgesteld in de twee in artikel 5.4 van de overeenkomst vastgelegde talen, ter goedkeuring toekomen:

a) tussentijdse verslagen:

1. Een tussentijds verslag (‚halfjaarlijks technisch verslag') waarin de voortgang van de werkzaamheden (vanaf het tijdstip van de aanvang van de werkzaamheden), de gebruikte middelen, de bereikte resultaten, economische aspecten, afwijkingen van het oorspronkelijke werkplan en van het samenwerkingsmodel met betrekking tot de contractuele werkzaamheden gedetailleerd beschreven worden.

2. Een opgave van de gemaakte kosten (‚halfjaarlijks financieel verslag') in de verslagperiode.

[...]

6.2 De contractpartijen verstrekken de Commissie via de coördinator onverwijld alle inlichtingen waarom zij in verband met de uitvoering van het in de overeenkomst genoemde werkprogramma vraagt.

[...]

Artikel 8 — Opzegging van de overeenkomst

[...]

8.2 De Commissie kan de overeenkomst opzeggen

[...]

(d) wanneer een of meer contractpartijen — tenzij plausibele en gerechtvaardigde technische of economische redenen zich daartegen verzetten — een van zijn/hun verplichtingen niet nakomt/nakomen, nadat de contractpartijen per aangetekende brief of brief met ontvangstbericht tot nakoming van hun verplichtingen zijn aangemaand en de contractpartijen een maand na ontvangst van deze brief nog steeds niet aan hun verplichtingen hebben voldaan;

[...]

8.4 Onverminderd [...] kan de Commissie, wanneer de overeenkomst overeenkomstig artikel 8.2 [...] sub d, [...] wordt opgezegd, gehele of gedeeltelijke terugbetaling van haar financiële deelneming vorderen.

Dit bedrag kan worden vermeerderd met interessen vanaf de datum waarop de contractpartij de steun heeft ontvangen, ter hoogte van het door het Europees Fonds voor Monetaire Samenwerking voor zijn transacties in ecu's toegepaste tarief, verhoogd met 2 procent; dit tarief wordt in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen op de eerste werkdag van elke maand gepubliceerd.

8.5 Indien de overeenkomst door meer dan een contractpartij wordt uitgevoerd, kan de Commissie beslissen de overeenkomst niet overeenkomstig artikel 8.2. op te zeggen, maar slechts de deelname van de contractpartij waarop de bovengenoemde opzeggingsbepalingen van toepassing zijn, voor die contractpartij te beëindigen onder de voorwaarden die de Commissie redelijk acht. Indien er geen redelijke gronden zijn om de overeenkomst niet voort te zetten, beëindigt de Commissie slechts de deelname van de contractpartij die in verzuim is.

[...]

Artikel 12 — Bevoegd gerecht

Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen is bij uitsluiting bevoegd voor alle geschillen met betrekking tot de overeenkomst.

[...]

Artikel 17 — Betaling van de steun van de Commissie

[...]

17.2 Voorzover in de overeenkomst niet anders is bepaald, wordt de financiële steun van de Commissie als volgt in termijnen uitbetaald:

(a) Het in artikel 4 van de overeenkomst vermelde bedrag wordt door de Commissie als voorschot betaald binnen twee maanden na de ondertekening van de overeenkomst door alle partijen.

Dit voorschot wordt voor deze overeenkomst gebruikt.

[...]

Artikel 19 — Vergoedbare kosten

Onverminderd het bepaalde in artikel 23 zijn vergoedbare kosten slechts de werkelijk ontstane kosten, die de contractpartijen elk na de datum van aanvang van de werkzaamheden dragen en die onontbeerlijk zijn voor de uitvoering van de overeenkomst. Alle onderstaande kostencategorieën, of een daarvan, kunnen vergoedbare kosten zijn:

— arbeid

— algemene kosten

— reis en verblijf

— duurzame goederen

— verbruiksgoederen

— gegevensverwerking

— externe diensten

— overige kosten in de zin van artikel 27 van deze bijlage.

[...]

Artikel 25 — Externe diensten

Onverminderd het bepaalde in artikel 3 van deze bijlage zijn de kosten van samenwerkingsovereenkomsten, onderaanneming en dienstverlening vergoedbare kosten als externe diensten.

[...]

Artikel 27 — Overige kosten

Overige bijkomende kosten die niet onder een van de bovengenoemde kostencategorieën vallen, kunnen in het kader van de overeenkomst slechts met toestemming van de Commissie in rekening worden gebracht.

[...]"

B — *Hoofdelijke aansprakelijkheid naar Duits recht*

9. De hoofdelijke aansprakelijkheid is in het Duitse recht geregeld in de §§ 421 e.v. van het Bürgerliche Gesetzbuch (Burgerlijk Wetboek; hierna: „BGB") [4].

§ 421 BGB (Hoofdelijke schuldenaars) luidt:

„Indien twee of meer personen een prestatie verschuldigd zijn op zodanige wijze dat

4 — Wet van 18 augustus 1896 (RGBl. blz. 195, BGBl. III 400-2), laatstelijk gewijzigd op 27 juni 2000.

zij ieder de prestatie voor het geheel moeten leveren, maar de schuldeiser slechts een keer gerechtigd is de prestatie te vorderen (hoofdelijke schuldenaars), kan de schuldeiser de prestatie naar eigen goeddunken geheel of gedeeltelijk van elk van de schuldenaars vorderen. Totdat de gehele prestatie is verricht, blijven alle schuldenaars verbonden."

§ 425 BGB (Werking van andere feiten) luidt:

„(1) Voorzover uit de verbintenisrechtelijke betrekking niet anders voortvloeit, werken andere dan de in de §§ 422 tot en met 424 genoemde feiten slechts voor en tegen de hoofdelijk verbonden schuldenaar wiens persoon zij betreffen.

(2) Dit geldt in het bijzonder voor opzegging, verzuim, schuld, voor de onmogelijkheid tot het verrichten van de prestatie door een hoofdelijk verbonden schuldenaar, voor verjaring, stuiting en schorsing van verjaring, voor vermenging van de vordering met de schuld en voor in kracht van gewijsde gegane beslissingen."

C — *De gedragingen van de contractpartijen, in het bijzonder de met de Commissie gevoerde correspondentie*

10. De Commissie was er bij het sluiten van de overeenkomst van op de hoogte dat het bouwterrein voor het project van verweersters nog niet was aangekocht. In november 1992 betaalde zij aan Oder-Plan als coördinator een voorschot ten bedrage van 69 930 ecu.

11. Op 29 juli 1994 heeft de Commissie een vragenlijst gezonden aan Oder-Plan, met het verzoek om informatie te verstrekken over de stand van de werkzaamheden aan het project „Oderhaus". Oder-Plan heeft deze vragenlijst op 28 september 1994 ingevuld aan de Commissie teruggezonden.

12. Daar de verweersters daarna geen van de overeenkomstig artikel 5 van de overeenkomst juncto artikel 6 van bijlage II bij de overeenkomst op te stellen halfjaarlijks verslagen indienden, stelde de Commissie hen op 20 januari 1995 per aangetekende brief met ontvangstbericht overeenkomstig artikel 2 van de overeenkomst en artikel 8 van bijlage II bij de overeenkomst wegens niet-indiening van de verslagen in gebreke. Tegelijkertijd maande zij de contractpartijen aan hun contractuele verplichting binnen twee maanden na ontvangst van de brief na te komen, anders zou de Commissie de overeenkomst opzeggen en

de financiële steun inclusief interessen terugvorderen. De brief was aan elk van de drie contractpartijen geadresseerd.

13. Bij brief van 27 maart 1995 deelde Oder-Plan de Commissie mee dat het project economisch niet meer uitvoerbaar was. Noch het voor de bouw van het Oderhaus oorspronkelijk geplande bouwterrein, noch een ander terrein had kunnen worden aangekocht. Zij kondigde aan op korte termijn een uitsplitsing van de tot dan toe ontstane kosten toe te zenden.

14. Geen van de contractpartijen diende de in januari 1995 gevraagde verslagen in. Per aangetekende brief, met ontvangstbericht, van 17 oktober 1995, wederom aan elk van de drie contractpartijen, zegde de Commissie daarom de overeenkomst op. Als redenen gaf zij aan het uitblijven van de gevraagde verslagen en de definitieve staking van het project. Tevens vorderde de Commissie volledige terugbetaling van het gestorte voorschot, vermeerderd met interessen — waarvan de hoogte nog vastgesteld moest worden.

15. Bij brief van 24 oktober 1995 zond Oder-Plan de Commissie een verslag over het verloop en de kosten van het project tot aan de definitieve stopzetting eind 1993. Daaruit blijkt dat het project meteen nadat de Commissie de subsidieaanvraag in het kader van het Thermie-programma had bevestigd, was stopgezet, omdat de geplande locatie niet kon worden verworven. Beschreven werden de daaropvolgende pogingen van de contractpartijen om een alternatieve locatie te vinden en het oorspronkelijke ontwerp in verband daarmee te bewerken. Dit vergde in het bijzonder onderhandelingen met de betrokken eigenaren en met de autoriteiten die moesten participeren, onderzoeken naar de bodemgesteldheid en de geschiktheid als bouwterrein, alsmede fundamentele aanpassing van de energietechniek en van het ontwerp van het project. In het verslag is het bedrag van de totale kosten vastgesteld op 282 790 DEM. Volgens de uitsplitsing zijn deze kosten gemaakt in het kader van de bewerking van het oorspronkelijke ontwerp en van de herziening van het project ten gevolge van de verandering van locatie.

16. Per aangetekende brief, met ontvangstbericht, van 12 februari 1996, die wederom aan alledrie de contractpartijen was gezonden, deelde de Commissie mee dat zij slechts een bedrag van 96 600 DEM (dit komt overeen met 51 401 ecu) als vergoedbare kosten erkende. Dit bedrag komt overeen met de maximale steun voor de „voorontwerp"-fase van het project, conform tabel 2 van bijlage I bij de overeenkomst. Zij stelde de verleende steun vast op 15 420 ecu (dit komt overeen met 30 % van de vergoedbare 51 401 ecu) en vorderde van de contractpartijen terugbetaling van een bedrag van 54 510 ecu (het verschil tussen het betaalde voorschot van 69 930 ecu en de erkende steun ten bedrage van 15 420 ecu), met interessen ten bedrage van 11 175 ecu.

17. Ondanks herhaaldelijke aanmaningen door de rekenplichtige van de Commissie hebben verweersters geen betaling verricht.

III — Procesverloop en conclusies van partijen

18. Bij verzoekschrift van 2 maart 1999, ingekomen bij het Hof op 3 maart 1999, heeft de Commissie beroep ingesteld. Zij verzoekt:

1) verweersters hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan de Commissie van de Europese Gemeenschappen van een bedrag van 54 510 euro, vermeerderd met interessen ten bedrage van 20 798,70 euro voor het tijdvak van 1 januari 1993 tot en met 15 januari 1999;

2) verweersters hoofdelijk te veroordelen tot betaling van interessen aan de Commissie van de Europese Gemeenschappen over de hoofdsom van 54 510 euro, vanaf 16 januari 1999 berekend tegen het door het Europees Fonds voor Monetaire Samenwerking voor zijn transacties in euro's toegepaste percentage, verhoogd met 2 %;

3) verweersters hoofdelijk in de kosten te veroordelen.

19. Siab en Esbensen verzoeken:

1) het beroep te verwerpen;

2) verzoekster in de kosten te veroordelen.

20. Oder-Plan heeft geen verweerschrift ingediend. Het verzoekschrift is haar op 9 maart 1999 per aangetekende brief met ontvangstbericht toegezonden. Uit het ontvangstbericht blijkt dat haar het verzoekschrift op 25 maart 1999 ter hand is gesteld. Maar op 7 april 1999 is de aangetekende brief met het verzoekschrift als retourzending bij de griffie van het Hof binnengekomen. Op de ongeopende envelop stond de volgende met de hand geschreven vermelding: „gelieve terug te zenden aan de afzender; Oder-Plan Architektur GmbH is op 15-11-1996 ontbonden; er is geen beheerder meer met de naam Christian Schlote".

21. Op verzoek van de griffier heeft de Commissie bij brief van 20 april 1999 haar standpunt bepaald over de kwestie van de betekening. Zij deelde mee dat Oder-Plan in vereffening was en dat de voormalige beheerder vereffenaar was geworden. Oder-Plan was nog steeds op het in het verzoekschrift vermelde adres ingeschreven in het handelsregister.

22. Bij memorie van 15 juni 1999 heeft de Commissie bovendien verzocht om tegen Oder-Plan uitspraak bij verstek te doen, en heeft zij verzocht:

1) Oder-Plan te veroordelen tot betaling aan de Commissie van de Europese

Gemeenschappen van een bedrag van 54 510 euro, met interessen ten bedrage van 20 798,70 euro voor het tijdvak van 1 januari 1993 tot en met 15 januari 1999;

2) Oder-Plan te veroordelen tot betaling van interessen aan de Commissie van de Europese Gemeenschappen over de hoofdsom van 54 510 euro, vanaf 16 januari 1999 berekend tegen het door het Europees Fonds voor Monetaire Samenwerking op zijn transacties in euro's toegepaste percentage, verhoogd met 2 %;

3) Oder-Plan in de kosten te veroordelen.

23. Dit verzoek is op 21 juli 1999 aan Oder-Plan gezonden. De aangetekende brief is echter door de post aan de griffie van het Hof teruggezonden met de vermelding „ontvanger onbekend, vertrokken".

IV — Argumenten van partijen

A — *Het wijzen van een verstekarrest tegen Oder-Plan*

24. De Commissie is van mening dat is voldaan aan de voorwaarden van artikel 94, leden 1 en 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof (hierna: Reglement voor de procesvoering) voor het wijzen van arrest bij verstek.

25. Oder-Plan verkeert weliswaar in ontbinding, maar kan als nog niet uit het handelsregister geschrapte vennootschap nog steeds worden gedagvaard. Zij is als vennootschap in vereffening op hetzelfde adres gevestigd en wordt door haar voormalige beheerder als vereffenaar vertegenwoordigd overeenkomstig, de §§ 66 en 67 van het Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (wet betreffende vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, GmbHG [5]).

26. Ter terechtzitting heeft de Commissie gesteld dat die voorwaarden nog steeds zijn vervuld.

27. Het beroep berust bovendien op dezelfde gronden als tegen Siab en Esbensen worden aangevoerd.

B — *Gegrondheid van het beroep tegen Siab en Esbensen*

28. Zowel verweersters als verzoekster beschouwen de in artikel 8.2 van bijlage II

5 — Wet van 20 april 1892 (RGBl. blz. 477) zoals bekendgemaakt op 20 mei 1898 (RGBl. blz. 846, BGBl. III/FNA 4123-1); laatstelijk gewijzigd op 22 juni 1998.

bij de overeenkomst geregelde opzegging als een contractueel ontbindingsrecht („Rücktrittsrecht") in de zin van de §§ 346 e.v. BGB. [6]

1) De regelmatige ontbindingsverklaring

29. De Commissie is van mening dat haar brief van 17 oktober 1995 de overeenkomst heeft beëindigd. De verklaring van 17 oktober 1995 is door Siab en Esbensen ontvangen.

30. Siab en Esbensen betwisten echter de beëindiging van de overeenkomst door de brief van 17 oktober 1995. Volgens hen heeft de Commissie niet afdoende bewezen dat zij de verklaring van 17 oktober 1995 hebben ontvangen. Het door de Commissie overgelegde ontvangstbericht van Siab is niet ondertekend en met betrekking tot Esbensen ontbreekt een ontvangstbericht volledig. Aangezien de verklaring inzake de beëindiging van de overeenkomst niet is ontvangen, is deze krachtens § 130, lid 1, BGB zonder gevolg gebleven jegens Siab en Esbensen. Uit het bepaalde in § 425 BGB blijkt bovendien dat een opzeggingsverklaring pas jegens alle hoofdelijke schuldenaars werking heeft, wanneer aan ieder van hen afzonderlijk wordt opgezegd.

2) De grond voor de ontbinding

31. De Commissie beroept zich in het bijzonder op niet-nakoming door de contractpartijen van de volgende contractuele verplichtingen van artikel 8.2 van bijlage II bij de overeenkomst:

— niet-uitvoering van het project in strijd met artikel 1.1 van de overeenkomst, en

— niet-nakoming van de rapportageverplichtingen van artikel 5 van de overeenkomst juncto artikel 6 van bijlage II bij de overeenkomst.

32. Siab en Esbensen betogen op het punt van de niet-nakoming van de rapportageverplichtingen dat alleen Oder-Plan als coördinator deze verplichting moest vervullen. Artikel 1.4. van de overeenkomst vormt dienaangaande een bijzondere regeling ten opzichte van de in artikel 2 van bijlage II bij de overeenkomst vastgelegde hoofdelijke aansprakelijkheid. De schending van de contractuele rapportageverplichtingen door Oder-Plan is dan ook niet toerekenbaar aan Siab en Esbensen.

6 — § 346 (Werking van de ontbinding), eerste volzin, luidt als volgt:
„Indien een partij zich in een overeenkomst de bevoegdheid tot ontbinding heeft voorbehouden, zijn de partijen, indien ontbinding plaatsheeft, verplicht elkaar de ontvangen prestaties terug te geven."
De overige wettelijke bepalingen inzake ontbinding zijn in casu niet van belang.

33. In dit verband voeren Siab en Esbensen tevens aan dat de Commissie op grond van artikel 8.5 van bijlage II van de overeenkomst had moeten overwegen de overeenkomst enkel met Oder-Plan te beëindigen in plaats van met alle contractpartijen.

34. Wat de niet-uitvoering van het project betreft is volgens Siab en Esbensen niet voldaan aan de voorwaarden van artikel 8.2, sub d, van bijlage II bij de overeenkomst: volgens die voorwaarden moet de Commissie de contractpartijen vóór de beëindiging van de overeenkomst aanmanen hun contractuele verplichtingen na te komen. De Commissie heeft in haar brief van 20 januari 1995 slechts de contractuele rapportageverplichtingen genoemd. Omdat een ingebrekestelling in verband met de niet-uitvoering van het project ontbreekt, kan de ontbinding niet rechtsgeldig op deze schending van de overeenkomst worden gebaseerd.

35. Siab heeft ter terechtzitting bovendien aangevoerd dat ingevolge de in tabel B.4 van bijlage II bij de overeenkomst vastgestelde taakverdeling tussen de contractpartijen haar contractuele verplichtingen pas in de fasen „constructie I" en „bouw" moesten worden nagekomen. Voor de niet-uitvoering van het project in de eerdere fase „planning/ontwerp" kan Siab dan ook niet aansprakelijk worden gesteld.

3) Verplichting tot terugbetaling

36. De Commissie is van mening dat de contractpartijen hoofdelijk gehouden zijn het voorschot terug te betalen. Siab en Esbensen kunnen zich niet beroepen op uitsluiting van hun hoofdelijke aansprakelijkheid ingevolge artikel 2, sub c, van bijlage II bij de overeenkomst. Enerzijds hebben zij niet aangetoond dat zij niet hebben bijgedragen aan het ontstaan van de redenen voor ontbinding; anderzijds zijn zij hun in artikel 1.4 van bijlage II bij de overeenkomst neergelegde informatieverplichting jegens de Commissie niet nagekomen.

37. Voorts kunnen Siab en Esbensen zich ook niet aan hun verplichting tot terugbetaling onttrekken met het verweer, dat de verrijking is weggevallen (§ 818, lid 3, BGB). De §§ 812 e.v. BGB, in het bijzonder het verweer van het wegvallen van de verrijking, zijn niet van toepassing bij een contractueel ontbindingsrecht en de daaropvolgende afwikkeling van de overeenkomst. [7]

38. Siab en Esbensen zijn van mening dat zij uit hoofde van artikel 2, sub c, van bijlage II bij de overeenkomst niet hoofde-

7 — § 812 (Beginsel), lid 1, eerste volzin, BGB luidt als volgt:
„Hij die door de prestatie van een ander of anderszins op diens kosten iets zonder rechtsgrond verkrijgt, is verplicht hem dit terug te geven."
§ 818 (Omvang van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking), lid 3, luidt:
„De verplichting tot teruggaaf of tot vervanging van de waarde is uitgesloten wanneer de ontvanger niet meer verrijkt is.".

lijk aansprakelijk zijn. Zij hebben geen schuld aan de niet-naleving van de rapportageverplichtingen. Bovendien waren zij zelf niet op regelmatige wijze door Oder-Plan over de voortgang van het project geïnformeerd. Bovendien zijn slechts aan Oder-Plan betalingen verricht.

39. Zo zij al aansprakelijk mochten zijn, is dat volgens hen enkel mogelijk op grond van de bepalingen op het gebied van ongerechtvaardigde verrijking (§§ 812 e.v. BGB). Aangezien van verrijking geen sprake is, zijn zij overeenkomstig § 818, lid 3, BGB, niet tot terugbetaling verplicht. De beperking van het recht op terugbetaling tot de nog bestaande verrijking volgt in casu uit het feit dat het overeenkomstig artikel 25 van bijlage II bij de overeenkomst van meet af aan de bedoeling was dat de ontvangen prestaties aan derden, bijvoorbeeld onderaannemers, zouden worden doorgegeven. Siab heeft van het aan Oder-Plan betaalde voorschot slechts 20 000 DEM ontvangen. Daarmee konden de prestaties van door haar ingeschakelde derden niet eens volledig betaald worden; in dat opzicht is haar verrijking dus weggevallen. Esbensen heeft van Oder-Plan nooit enige betaling ontvangen en is derhalve door het aan Oder-Plan betaalde voorschot ook nooit verrijkt geweest.

4) De berekening van de vergoedbare kosten

40. De Commissie is van mening dat de vergoedbare kosten van het project 96 600 DEM of 51 401 EUR belopen. Het project is nooit verder gekomen dan de eerste planningsfase, die in tabel 2 van bijlage I bij de overeenkomst „voorontwerp" wordt genoemd. Daarom zijn de door Oder-Plan in haar verslag van 24 oktober 1995 uitgesplitste kosten slechts vergoedbaar tot het in tabel 2 van bijlage I bij de overeenkomst vastgelegde maximumbedrag van 96 600 DEM. Andere kosten zijn volgens de Commissie niet vergoedbaar, omdat die betrekking hebben „op een volledig nieuw project", dat niets meer te maken heeft met het oorspronkelijke project met het oog waarop de Commissie de overeenkomst had gesloten. Problemen met betrekking tot de verwerving van het bouwterrein zijn naar de mening van de Commissie uitsluitend voor risico van verweersters. Daarom beloopt het door verweersters terug te betalen bedrag overeenkomstig de artikelen 3.2 en 4.1, eerste streepje, van de overeenkomst 54 510 EUR (verschil tussen het betaalde voorschot van 69 930 EUR en het erkende steunbedrag ten belope van 30 % van 51 401 EUR, dus 15 420 EUR).

41. Siab en Esbensen zijn echter van mening dat de Commissie de vergoedbare kosten verkeerd heeft berekend. Om te beginnen zijn niet alleen voor het „voorontwerp", maar ook voor de „gedetailleerde uitwerking" kosten gemaakt. Daarom bedraagt het maximumbedrag van de vergoedbare kosten overeenkomstig tabel 2 van bijlage I bij de overeenkomst in totaal 161 000 DEM (96 600 DEM plus 64 400 DEM).

42. Bovendien was de Commissie bij het sluiten van de overeenkomst ermee bekend dat verweersters het oorspronkelijk voor

het project beoogde terrein nog niet verworven hadden. De daaruit voortvloeiende problemen vallen volgens Siab en Esbensen dus niet alleen in hun risicosfeer, maar ook in die van de Commissie. Daar de Commissie het voorschot heeft betaald hoewel zij op de hoogte was van deze stand van zaken, had zij moeten begrijpen dat zij ook de kosten van een eventuele herziening van het project zou moeten financieren.

43. Concluderend vorderen Siab en Esbensen aanvullende subsidie ten bedrage van 25 129,50 EUR en een dienovereenkomstige vermindering van het door de Commissie gevorderde bedrag.

5) Medeschuld van de Commissie

44. Verzoekster is van mening dat Siab en Esbensen zich niet op medeschuld van de Commissie kunnen beroepen. Hun argument dat zij te lang heeft geaccepteerd dat de rapportageverplichtingen niet werden nagekomen, is wegens strijd met de goede trouw irrelevant. Siab en Esbensen zijn immers hun eigen contractuele verplichtingen niet nagekomen.

45. Siab en Esbensen zijn van mening dat de Commissie zowel wat de hoogte van het renteverlies alsook wat de inmiddels opgetreden insolventie van Oder-Plan betreft in aanzienlijke mate medeschuld heeft. Volgens de overeenkomst had het eerste verslag in januari 1993 moeten worden ingediend. Verzoekster heeft echter pas in januari 1995 op de niet-nakoming van de rapportageverplichtingen gewezen. Als Siab en Esbensen eerder op de hoogte waren geweest van de niet-nakoming van de contractuele verplichtingen door hun coördinator, hadden zij druk op hem kunnen uitoefenen en de mislukking van het project in 1993 bekend kunnen maken. Als de Commissie eerder had gereageerd, zou het betaalde voorschot ook nog niet volledig verbruikt zijn geweest. Doordat de Commissie twee jaar heeft afgewacht, heeft de Commissie de verplichting tot toezicht op de afwikkeling van de subsidie en daarmee haar zorgplichten jegens Siab en Esbensen geschonden.

6) De rentevordering

46. In haar verzoekschrift vordert de Commissie over het teruggevorderde bedrag rente vanaf 1 januari 1993, waarvan de definitieve hoogte voor het laatste tijdvak vanaf 16 januari 1999 nog overeenkomstig artikel 8.4, lid 2, van bijlage II bij de overeenkomst moet worden berekend.

47. Siab en Esbensen voeren subsidiair aan dat de rentevordering in elk geval per ultimo 1994 is verjaard overeenkomstig § 197 BGB.

48. Volgens de Commissie is de rentevordering niet verjaard. Pas bij de afrekening van de vergoedbare kosten bij de brief van 12 februari 1996 kon rente worden gevorderd.

49. Ter terechtzitting hebben Siab en Esbensen bovendien voor het eerst betoogd dat hooguit tot en met 12 februari 1996 rente kon worden gevorderd. De Commissie had namelijk in haar brief van 12 februari 1996, waarin het teruggevorderde bedrag definitief werd berekend, uitdrukkelijk verzocht om pas na een aanmaning van de rekenplichtige te betalen. Daarom konden vanaf dit tijdstip geen verdere moratoire interessen meer ontstaan. De rekenplichtige van de Commissie heeft Siab en Esbensen vervolgens nooit om betaling gevraagd.

50. De Commissie is van mening dat dit verweer te laat is aangevoerd en daarom moet worden verworpen. Verder blijkt uit de bijlagen K10 tot en met K12 bij het verzoekschrift dat de Commissie verweersters sinds mei 1996 herhaaldelijk tot terugbetaling heeft aangemaand.

V — Standpuntbepaling

51. De bevoegdheid van het Hof om over de onderhavige zaak te oordelen volgt uit artikel 12 van de overeenkomst.

52. Alvorens bij verstek arrest te wijzen, onderzoekt het Hof krachtens artikel 94, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering slechts of de conclusies van verzoeker gegrond voorkomen. Met betrekking tot Oder-Plan volstaat dus een dienovereenkomstige toetsing van het gestelde. Ten aanzien van Siab en Esbensen is echter een beoordeling in volle omvang vereist. Daar de vorderingen van de Commissie in alledrie de gevallen identiek zijn, zou ik eerst de gegrondheid van het beroep tegen Siab en Esbensen willen onderzoeken, alvorens in te gaan op het verzoek om tegen Oder-Plan een verstekarrest te wijzen.

A — *Gegrondheid van het beroep tegen Siab en Esbensen*

1) De vordering tot terugbetaling

53. Voor de vordering tot terugbetaling is om te beginnen een rechtsgeldige opzegging van de overeenkomst door de Commissie vereist.

a) Geldige ontbindingsverklaring

54. De brief van de Commissie van 17 oktober 1995 zou een geldige ontbin-

dingsverklaring kunnen zijn. Oder-Plan heeft die brief ontvangen, zoals haar brief van 23 oktober 1995 bevestigt. Maar Siab en Esbensen betwisten de ontvangst van de brief.

55. Het door de Commissie overgelegde ontvangstbericht van Siab is weliswaar op 23 oktober 1995 door het bevoegde postkantoor Fürstenwalde afgestempeld, maar is niet in het vakje „datum en handtekening van de ontvanger" ondertekend. Het bewijst dus niet dat Siab de brief heeft ontvangen. Anders dan Esbensen beweert, heeft Esbensen de brief ontvangen blijkens het door de Commissie in repliek overgelegde ontvangstbericht, dat door Esbensen op 3 november is ondertekend. Het bewijs dat de brief van 17 oktober 1995 Esbensen heeft bereikt, is dus wel geleverd.

56. Wat Siab betreft moet nog worden nagegaan of de ontvangst van de brief door Oder-Plan ook jegens haar werkt uit hoofde van artikel 1.4 van de overeenkomst. Daarvoor pleit de coördinerende rol van Oder-Plan. Een voorwaarde is wel dat de brief van 17 oktober 1995 een „algemene mededeling" in de zin van artikel 1.4 van de overeenkomst was.

57. In dit verband dient eerst de bewering van Siab en Esbensen verworpen te worden dat § 425 BGB in de weg staat aan een dergelijke „algemene werking" van de ontvangst door Oder-Plan tegenover alle schuldenaren. Het in § 425 BGB verankerde beginsel van werking ten opzichte van slechts één persoon is volgens de ondubbelzinnige tekst van het eerste lid van deze bepaling slechts van toepassing „[...] voorzover uit de verbintenisrechtelijke betrekking niet anders voortvloeit". In het onderhavige geval bevat artikel 1.4. van de overeenkomst een regeling die aan de beperkte werking derogeert door de benoeming van een coördinator en die als speciale regeling prevaleert.

58. Of de ontbinding van de overeenkomst als „algemene mededeling" moet worden beschouwd of dat het een bijzondere mededeling is die alle verweersters moest bereiken om haar werking te hebben, is uiteindelijk niet van belang. Want als men de ontvangst van de brief door Oder-Plan niet voldoende acht, ligt de ontbindingsverklaring van de Commissie tegenover Siab besloten in het ingestelde beroep. Daarmee heeft de Commissie aangegeven dat zij niet langer aan de overeenkomst gebonden wil zijn. Het staat vast dat het verzoekschrift door Siab is ontvangen.

59. Aldus kan worden gesteld dat de Commissie de overeenkomst ook jegens Siab en Esbensen rechtsgeldig heeft ontbonden.

b) Bestaan van een ontbindingsgrond

60. Thans kom ik bij de vraag of de Commissie mocht ontbinden. Zij voert in het bijzonder twee gronden aan: niet-nakoming van de contractuele rapportageverplichtingen en niet-uitvoering van het project.

61. Volgens artikel 8.2, sub d, van bijlage II bij de overeenkomst kan de Commissie de overeenkomst opzeggen wanneer een contractpartij een van haar verplichtingen niet nakomt. Het staat vast dat verweersters noch de in artikel 5 vereiste technische en financiële verslagen hebben overgelegd, noch het project in totaliteit hebben uitgevoerd. Derhalve zijn ten minste twee contractuele verplichtingen geschonden.

i) Niet-nakoming van de rapportageverplichtingen

62. De stelling van Siab en Esbensen dat de rapportageverplichtingen uitsluitend op Oder-Plan als coördinator rustten, is gezien artikel 8.2, sub d, van bijlage II irrelevant. Want zelfs als alleen Oder-Plan haar rapportageverplichtingen had geschonden, zou de Commissie gerechtigd zijn de overeenkomst jegens alle contractpartijen te ontbinden. Desondanks zal ik hierna de argumenten van Siab en Esbensen bespreken, aangezien ze van belang zijn voor de hoofdelijke aansprakelijkheid van de contractpartijen.

63. De rapportageverplichtingen van alle verweersters volgen uit de overeenkomst en uit bijlage II bij de overeenkomst. In de artikelen 5.1 en 5.4 van de overeenkomst alsmede in artikel 6.1. van bijlage II wordt in verband met de opstelling en toezending van verslagen steeds gesproken van „de contractpartijen" in het meervoud, nooit van slechts een van hen of slechts de „coördinator". Uit artikel 1.4 en artikel 5 van de overeenkomst volgt dat de „coördinator" slechts verantwoordelijk is voor het overleggen resp. toezenden van de verslagen. Dit zijn louter organisatorische bepalingen, die de verplichting tot het opstellen van verslagen onverlet laten. De opvatting van Siab en Esbensen dat de contractuele rapportageverplichtingen uitsluitend door Oder-Plan moesten worden vervuld, overtuigt niet gezien deze ondubbelzinnige bepalingen. Veeleer moesten alle verweersters deze verplichting nakomen. De schending van de rapportageverplichting is daarom ook aan Siab en Esbensen als eigen niet-nakoming van de overeenkomst toe te rekenen.

64. Derhalve faalt ook het argument van Siab en Esbensen, dat de Commissie de voorkeur had moeten geven aan beëindiging van de overeenkomst met alleen Oder-Plan boven opzegging van de overeenkomst in totaliteit. Want in de eerste plaats levert de contractbreuk van Siab en Esbensen zelf ook een opzeggingsgrond op. In de tweede

plaats kan de Commissie volgens artikel 8.5 van bijlage II de overeenkomst gedeeltelijk beëindigen: „[...] voorzover er geen redelijke gronden zijn om de overeenkomst niet voort te zetten [...]". Gezien het feit dat het project eind 1993 mislukt was, waren er in het onderhavige geval redelijke gronden voor opzegging van de gehele overeenkomst jegens alle contractpartijen.

ii) Niet-uitvoering van het project

65. Ook wordt niet betwist dat verweersters het project „Oderhaus" niet hebben uitgevoerd, maar eind 1993 definitief hebben stopgezet. Siab en Esbensen voeren echter ten aanzien van de hierop betrekking hebbende ontbindingsgrond een vormfout aan. De Commissie heeft hen vóór de beëindiging van de overeenkomst niet aangemaand deze prestatie te verrichten.

66. Volgens artikel 8.2, sub d, van bijlage II bij de overeenkomst moet de Commissie, om de overeenkomst te kunnen ontbinden, in beginsel eerst schriftelijk tot nakoming van de geschonden contractuele verplichting aanmanen. In casu dient echter te worden bedacht dat de definitieve mislukking van het project reeds eind 1993 vaststond, terwijl de Commissie pas door de brief van Oder-Plan van 27 maart 1995 over de staking van het project werd geïnformeerd. Bovendien hebben verweersters nooit laten blijken dat ze het project „Oderhaus" nog steeds wilden realiseren. Met een aanmaning tot uitvoering van het project tussen maart 1995, de datum waarop de ontbindingsgrond bekend werd, en oktober 1995, de datum van de ontbindingsverklaring, had het met artikel 8.2, sub d, van bijlage II beoogde doel om de contractpartijen alsnog in staat te stellen hun contractuele verplichting na te komen en aldus beëindiging van de overeenkomst te voorkomen, dus niet meer kunnen worden verwezenlijkt. Een voorafgaande aanmaning tot nakoming van de contractuele verplichting lijkt dan ook irrelevant.

67. Ook het ter terechtzitting door Siab aangevoerde argument dat zij ten tijde van de mislukking van het project nog geen contractuele verplichtingen had waarvan de niet-nakoming een ontbindingsgrond kon opleveren, treft geen doel. Zoals reeds gezegd levert de niet-nakoming van de contractuele verplichting van een der contractpartijen al een ontbindingsgrond op jegens alle contractpartijen (zie boven, punt 62 e.v.). Bovendien hebben alle contractpartijen zich in artikel 1.1 van de overeenkomst tot uitvoering van het project „Oderhaus" verplicht. Ingevolge artikel 2.1. van de overeenkomst begon het project op 1 juni 1992. Vanaf die datum bestond dus voor alledrie de verweersters de verplichting tot uitvoering van het project. Uit tabel B.4 van bijlage II blijkt niet van een verplichting van beperkte duur van bepaalde contractpartijen voor slechts enkele fasen van het project. Als een dergelijke interne afspraak tussen verweersters had bestaan, kan die de Commissie niet worden tegengeworpen, aangezien zij daarvan niet in kennis was gesteld.

68. Concluderend ben ik derhalve van mening dat de Commissie op grond van zowel de niet-nakoming van de rapportageverplichtingen als de niet-uitvoering van het project tot ontbinding mocht overgaan.

c) Rechtsgevolg met betrekking tot de verplichting tot terugbetaling

69. Thans kom ik bij de verplichting tot terugbetaling van Siab en Esbensen.

i) Bestaan van het recht op terugbetaling

aa) Hoofdelijke aansprakelijkheid

70. Tegen het recht op terugbetaling, dat de Commissie baseert op artikel 8.4 van bijlage II bij de overeenkomst, voeren Siab en Esbensen aan dat de rapportageverplichtingen en de verplichting tot verwerving van het perceel alleen op Oder-Plan rustten, en niet op hen. In zoverre kan van hen geen terugbetaling worden verlangd.

71. Na aanwijzing van de verschillende contractpartijen bepaalt de overeenkomst op bladzijde 1 dat Oder-Plan, Siab en Esbensen als hoofdelijk aansprakelijke schuldenaars optreden. Voor de details wordt naar artikel 2 van bijlage II verwezen. Overeenkomstig artikel 2, eerste volzin, van bijlage II zijn in beginsel alle verweersters hoofdelijk aansprakelijk voor de nakoming van alle contractuele verplichtingen. Volgens de derde volzin, sub c, van deze bepaling is dit slechts anders wanneer cumulatief aan de volgende voorwaarden is voldaan:

— de contractpartij kan ten genoegen van de Commissie aantonen dat zij niet tot de contractbreuk van de andere contractpartij heeft bijgedragen, en

— de contractpartij is haar in artikel 1.4 van bijlage II bij de overeenkomst neergelegde informatieverplichtingen nagekomen.

72. In casu lijkt aan geen van deze voorwaarden voor uitsluiting van aansprakelijkheid te zijn voldaan. Zoals reeds gezegd, zijn de drie contractpartijen in gelijke mate aansprakelijk voor de verzuimen die ontbinding rechtvaardigen, te weten niet-overlegging van verslagen en niet-uitvoering van het project. In dit opzicht is het niet relevant of Siab en Esbensen aan de wanprestatie van Oder-Plan hebben bijgedragen.

73. Bovendien hebben zij de Commissie niet over de definitieve stopzetting van het project eind 1993 geïnformeerd. In zoverre hebben zij de verplichting van artikel 1.4 van bijlage II geschonden, zodat ook aan de tweede voorwaarde voor de uitsluiting van aansprakelijkheid van Siab en Esbensen niet is voldaan. Hun uit de positie van Oder-Plan als „coördinator" afgeleid argument is derhalve ongegrond.

74. Voorts voeren zij aan dat de Commissie uitsluitend aan Oder-Plan heeft betaald, zodat alleen Oder-Plan tot terugbetaling verplicht is.

75. Dit argument is eveneens ongegrond. Volgens artikel 4.3 van de overeenkomst kan de Commissie immers niet voor onregelmatigheden van de „coördinator" in verband met de overmaking van betaalde bedragen aan de contractpartijen aansprakelijk worden gesteld. De betaling aan Oder-Plan ontheft Siab en Esbensen daarom niet van hun verplichting tot terugbetaling.

bb) Argument van de verrijking

76. Siab en Esbensen voeren tenslotte aan, dat er geen sprake is van verrijking. De bedragen die Siab van Oder-Plan heeft ontvangen, zijn overgemaakt aan onderaannemers. Juridisch gezien is hiertegen in te brengen dat bij een contractueel ontbindingsrecht de aanspraak op terugbetaling in beginsel niet beperkt is tot de bestaande verrijking en dat § 818, lid 3, BGB in beginsel niet toepasselijk is.[8] Weliswaar kan de toepassing van § 346, eerste volzin, BGB in die zin uitgesloten worden dat de verplichting tot terugbetaling beperkt wordt tot de nog bestaande verrijking. Maar in de tussen de Commissie en verweersters gesloten overeenkomst is een dergelijke bepaling niet opgenomen.

77. Daarom zou hooguit een impliciete beperking in aanmerking kunnen komen. Die kan echter niet reeds gezien worden in het feit dat verweersters het voorschot aan derden (zoals onderaannemers) moesten overmaken, zoals Siab en Esbensen menen. Want de stilzwijgende conclusie dat bij een dergelijke regeling de tot terugbetaling verplichte schuldenaar zich op de exceptie van § 818, lid 3, BGB moet kunnen beroepen, is slechts in uitzonderingsgevallen toelaatbaar.[9]

78. In het onderhavige geval spreekt de uitdrukkelijke regeling van artikel 8.4 van bijlage II tegen een dergelijke beperking

8 — Zie Kaiser, in: Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, deel II, 13e editie (Berlin, 1995), § 346, punt 22; Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 58e editie (München 1999), § 346, punt 3.

9 — Zie Kaiser, in: Staudinger, § 346, punt 31; Heinrichs, in: Palandt, § 346, punt 5.

van de verplichting tot terugbetaling. De terugbetaling is niet aan voorwaarden gebonden, met name niet aan de wijze van de besteding van het voorschot. Bovendien gaat het bij de kosten van prestaties van onderaannemers slechts om een van de mogelijke categorieën vergoedbare kosten van artikel 19 van bijlage II. De overmaking van het voorschot aan derden was daarom niet de enige bestedingsmogelijkheid van de geldelijke prestatie en speelde volgens de overeenkomst ook niet de belangrijkste rol. Voor een bijzondere stilzwijgende beperking van de regeling van § 346, eerste volzin, BGB is daarom in de omstandigheden van het onderhavige geval geen plaats. Siab en Esbensen zijn derhalve in beginsel gehouden het voorschot terug te betalen.

ii) Omvang van het recht op terugbetaling

aa) Berekening van de vergoedbare kosten

79. Op het punt van de omvang van het recht op terugbetaling is tussen partijen in de eerste plaats de kwestie van de vergoedbare kosten omstreden. Volgens artikel 19 van bijlage II bij de overeenkomst zijn slechts de kosten vergoedbaar die onontbeerlijk zijn voor de uitvoering van de werkzaamheden conform de tussen partijen gesloten overeenkomst. Deze werkzaamheden zijn in artikel 1.1 van de overeenkomst omschreven als het project „Oderhaus — Passive solar energy in an innovative office building" en zijn in bijlage I bij de overeenkomst nader uitgewerkt (zie boven, punt 4, bijlage I, punt B.5.). De bladzijden 19 tot en met 25 van bijlage I bij de overeenkomst bevatten in het bijzonder situatietekeningen van de exacte locatie en van de gebouwde oppervlakte van het project. Overeenkomstig artikel 27 van bijlage II (zie boven, punt 8) kunnen bijkomende kosten in het kader van de overeenkomst slechts met toestemming van de Commissie in rekening worden gebracht.

80. Daaruit volgt dat het voorschot van de Commissie is betaald voor een nauwkeurig omschreven project en voor de gespecificeerde kostencategorieën die in verband daarmee zouden ontstaan. De overeenkomst biedt geen steun voor de bewering van verweersters dat de subsidie zonder uitdrukkelijke toestemming van de Commissie ook voor andere locaties kon worden aangewend.

81. Het feit dat de Commissie bij het sluiten van de overeenkomst wist dat het bouwterrein voor het project nog niet was verkregen, leidt niet tot een andere conclusie. Er was namelijk in de overeenkomst niets bepaald over kosten van herziening van het project en kosten van een nieuw ontwerp voor een andere locatie. Voorts moesten de verweersters volgens de artikelen 1.1. en 1.3 van bijlage II onder andere voor de vereiste voorzieningen en materieel zorgen, alsmede voor de vergunningen die noodzakelijk waren voor de uitvoering van het project (zie boven, punt 8). Moeilijkheden in dat verband vielen dus — anders dan Siab en Esbensen betogen — juist niet in de risicosfeer van beide bij het sluiten van de overeenkomst betrokken zijden, maar alleen in die van verweersters.

82. Uit de brief van Oder-Plan van 24 oktober 1995 blijkt dat het oorspronkelijke project is stopgezet onmiddellijk na de bevestiging van de subsidieaanvraag door de Commissie, en dat verweersters vanaf dat moment een andere locatie voor het project probeerden te vinden. Zo blijkt ook uit de opsplitsing van de door verweersters ingediende kosten dat deze in verband staan met de beoogde verandering van locatie en betrekking hebben op de bewerking van het oorspronkelijke ontwerp en de herziening van het project. In de overeenkomst en de bijlagen daarbij is echter niet in dergelijke kosten voorzien en bij gebreke van uitdrukkelijke toestemming van de Commissie zijn die dan ook niet vergoedbaar. Het argument van de foutieve te lage berekening van de vergoedbare kosten door de Commissie moet daarom worden verworpen.

bb) Eventuele medeschuld van de Commissie

83. Tenslotte voeren Siab en Esbensen tegen de verplichting tot terugbetaling aan dat de Commissie „in belangrijke mate medeschuld heeft". Volgens hen had de Commissie een zorgplicht jegens hen, die meebracht dat zij al begin 1993 een aanmaning had moeten sturen wegens niet-nakoming van de rapportageverplichtingen en dat zij terugbetaling van het voorschot had moeten vorderen toen Oder-Plan nog solvabel was.

84. Dit argument kan reeds op feitelijke gronden geen doel treffen. De Commissie heeft zich al voordat Oder-Plan insolvabel werd, over de stand van zaken met betrekking tot de werkzaamheden laten informeren. Uit de brief van Oder-Plan van 27 maart 1995 valt af te leiden dat de Commissie op 29 juli 1994 een vragenlijst over de stand van het project aan Oder-Plan heeft gestuurd en dat Oder-Plan de lijst op 29 september 1994 heeft teruggezonden aan de Commissie. Oder-Plan is echter pas in 1996 ontbonden wegens insolventie.

85. Ook op juridische gronden houdt het argument van Siab en Esbensen geen stand. De Commissie heeft geen zorgplicht jegens Siab en Esbensen, zoals zij aannemen. In de eerste plaats wordt in de overeenkomst en de bijlagen niet uitdrukkelijk gesproken van een zorg- en of toezichtplicht van de Commissie. In artikel 5 van de overeenkomst en artikel 6 van bijlage II wordt slechts aan verweersters de verplichting opgelegd om verslagen op te stellen en aan de Commissie te zenden, maar er is geen daarmee corresponderende verplichting van de Commissie tot controle of waarschuwing.

86. Een plichtsverzuim van de Commissie zou daarom hooguit op publiekrechtelijke bepalingen of op het de beginsel van de goede trouw gebaseerd kunnen worden.

87. Zo zou schending van budgettaire bepalingen in aanmerking kunnen komen. De Commissie is op grond van budgettaire

bepalingen gehouden toezicht uit te oefenen op de regelmatige besteding van de door haar verstrekte subsidies. Deze publiekrechtelijke verplichting van de Commissie heeft echter in beginsel geen beschermingswerking ten opzichte van verweersters. De desbetreffende bepalingen beogen niet subsidie-ontvangers als Siab en Esbensen te beschermen tegen hun contractpartijen die de subsidies voor hen ontvangen, zoals Oder-Plan. Zij dienen veeleer het algemeen belang bij een regelmatige besteding van overheidsgeld. Aangezien de inachtneming van deze bepalingen niet in enigerlei vorm bestanddeel van de tussen partijen gesloten overeenkomst is geworden, is uit deze publiekrechtelijke verplichtingen van de Commissie geen zorgplicht ten gunste van Siab en Esbensen af te leiden.

88. Tenslotte kan op grond van het beginsel van de goede trouw de uitoefening van een recht ongeoorloofd zijn wanneer de rechthebbende buitencontractuele verplichtingen inzake samenwerking, informatie en/of bescherming heeft geschonden. Op grond daarvan zijn schuldeiser en schuldenaar van een contractuele rechtsbetrekking verplicht om in onderlinge samenwerking de voorwaarden voor de uitvoering van de overeenkomst te scheppen en belemmeringen voor de uitvoering ervan uit de weg te ruimen, alsmede om elkaar, ook ongevraagd, te informeren over beslissende omstandigheden. [10]

89. Zelfs wanneer men het in casu als een nalatigheid van de Commissie beschouwt dat zij twee jaar lang de niet-nakoming van de rapportageverplichtingen heeft geaccepteerd, faalt het argument van Siab en Esbensen, dat de Commissie daarmee is tekortgeschoten in haar ongeschreven beschermings- en zorgplicht jegens hen. Dit argument geeft namelijk blijk van een onaanvaardbare tegenstrijdige houding van verweersters. Het gaat niet aan dat een partij die op flagrante wijze contractbreuk pleegt, stelt dat de wederpartij zich jegens haar redelijk en met inachtneming van zorgplichten behoorde te gedragen. Een schuldenaar kan zich als verweer tegen een tot hem gerichte vordering niet op de beginselen van de goede trouw beroepen, als hij zelf zich onbehoorlijk heeft gedragen en daardoor de later tegen hem ingestelde vordering heeft uitgelokt. [11]

90. Dat zo laat pas terugbetaling is gevorderd, komt in de eerste plaats doordat de Commissie pas in maart 1995 in kennis werd gesteld van de niet-uitvoering van het project. In zoverre zijn verweersters hun informatieverplichting van artikel 1.4 van bijlage II om de Commissie onverwijld te informeren over de definitieve stopzetting van het project, niet nagekomen. Het argument van Siab en Esbensen dat zij niet op de hoogte waren van het verzuim van Oder-Plan en dus ook niet konden ingrijpen, is in casu wederom irrelevant, daar de rapportageverplichting een eigen verplichting van Siab en Esbensen is, zoals in het bovenstaande uiteengezet.

91. Om deze redenen faalt ook het argument, dat de Commissie met de uitoefening van haar rechten in strijd handelt met de goede trouw omdat zij haar rechten door te

10 — Zie Heinrichs, in: Palandt, § 242, punt 23 e.v.

11 — Zie BGHZ 25, 47, 52 e.v.

lang afwachten heeft verwerkt. Van rechtsverwerking is sprake wanneer de rechthebbende een recht langere tijd niet uitoefent en de schuldenaar gezien het algehele gedrag van de rechthebbende ervan uit mag gaan, en er ook van uit is gegaan, dat dit recht ook in de toekomst niet meer wordt uitgeoefend. Een dergelijke „situatie van gewettigd vertrouwen" ontstaat echter niet wanneer de schuldenaar zelf zich onbehoorlijk heeft gedragen.[12] In casu hebben Siab en Esbensen hun eigen rapportageverplichting geschonden.

92. Concluderend ben ik derhalve van mening dat de Commissie recht heeft op terugbetaling van 54 510 euro door Siab en Esbensen als hoofdelijke schuldenaars.

2) De rentevordering

93. Naast terugbetaling vordert de Commissie rente.

94. Voor de berekening van het rentebedrag is het van belang vast te stellen vanaf wanneer en hoe lang rente moet worden betaald. Volgens artikel 8.4, lid 2, van bijlage II kan de Commissie rente eisen vanaf de datum van ontvangst van de steunbetaling door verweersters. Het staat vast dat de Commissie in 1992 het voorschot heeft betaald. De Commissie vordert rente pas vanaf 1 januari 1993, zodat de vordering in dit opzicht in overeenstemming is met hetgeen is overeengekomen, en derhalve gegrond is.

95. Met betrekking tot de vraag tot wanneer rente verschuldigd is, hebben Siab en Esbensen ter terechtzitting naar voren gebracht dat in elk geval slechts tot en met 12 februari 1996 rente van hen kan worden gevorderd. Dit overtuigt echter niet. Op grond van artikel 8.4, lid 2, van bijlage II bij de overeenkomst kan in geval van terugvordering rente worden gevorderd vanaf de datum van ontvangst van de steunbetaling. Er zijn geen andere voorwaarden gesteld aan de vordering van rente. Het gaat daarom juist niet om moratoire interessen, die slechts verschuldigd zijn tot de beëindiging van het verzuim. Voor de bepaling van het tijdvak waarvoor rente kan worden gevorderd, is het daarom niet van belang dat de Commissie in haar brief van 12 februari 1996 heeft verzocht om niet onmiddellijk te betalen. Bovendien stond het Siab en Esbensen vrij, ondanks de brief van de Commissie van 12 februari 1996, om het opeisbare bedrag terug te betalen. Aan het verzoek van de Commissie om voorlopig nog geen betaling te verrichten lagen enkel interne administratieve redenen ten grondslag. Het vormde geen belemmering voor terugbetaling door verweersters. Er was

12 — Zie BGHZ 25, 47, 52 e.v.

geen sprake van schuldeisersverzuim aan de kant van de Commissie.

96. Tenslotte heeft de Commissie sinds mei 1996 verweersters herhaaldelijk aangemaand te betalen. Het is juist dat deze brieven enkel aan Oder-Plan zijn geadresseerd. De aanmaningen kunnen echter, als gericht tot de coördinator, ook aan Siab en Esbensen worden tegengeworpen.

97. De hoogte van de voor de verschillende tijdvakken berekende rente is door Siab en Esbensen niet betwist.

98. Verweersters beroepen zich echter op verjaring. Voor rentevorderingen geldt de vierjarige verjaringstermijn van § 197 BGB. Volgens de §§ 201, eerste volzin, en 198, eerste volzin, BGB gaat de verjaringstermijn in op het einde van het jaar waarin het recht is ontstaan. Dat is het tijdstip waarop het recht voor het eerst kan worden geldend gemaakt en via een gerechtelijke procedure kan worden gehandhaafd. Dit hangt weer af van de opeisbaarheid van de vordering, dat wil zeggen de datum waarop de schuldeiser de prestatie kan vorderen. [13] Het is echter niet noodzakelijk dat de hoogte van het bedrag reeds bepaalbaar is. Het tijdstip waarop de verjaring ingaat, is dan ook onafhankelijk van de toezending van een factuur, ook als pas daarin het bedrag van de vordering wordt vastgesteld. [14]

99. Overeenkomstig artikel 8.4 van bijlage II kon de Commissie zowel terugbetaling van de steun als rente vorderen vanaf de datum van de opzegging, die beslissend is voor de aanvang van de verjaring. De betwiste rentevordering kon dan ook vanaf de datum van de beëindiging van de overeenkomst geldend worden gemaakt. De Commissie heeft de overeenkomst, zoals reeds vermeld, beëindigd bij de brief van 17 oktober 1995, die Oder-Plan op 23 oktober 1995 heeft ontvangen en die ook Esbensen heeft bereikt. Het is in dit verband niet van belang of ten opzichte van Siab 3 november 1995 in aanmerking moet worden genomen of eventueel zelfs een veel later tijdstip, namelijk dat van de instelling van het beroep op 3 maart 1999. Dat zou er alleen toe leiden dat de verjaring nog later zou ingaan. Er kan daarom van worden uitgegaan dat op zijn vroegst vanaf 17 oktober 1995 rente kon worden gevorderd. De verjaring ging dus op 31 december 1995 in en is overeenkomstig § 209, lid 1, BGB gestuit door de instelling van het beroep op 3 maart 1999, dus voor het einde van de verjaring op 31 december 1999. Het argument van de verjaring van de rentevordering kan bijgevolg niet worden aanvaard. De door de Commissie gevorderde rente is volledig verschuldigd.

13 — Zie BGHZ 55, 340, 341.

14 — Zie BGHZ 79, 176, 178.

B — *Verzoek tot het wijzen van arrest bij verstek tegen Oder-Plan*

1) Procesbevoegdheid van Oder-Plan

100. Bij verzoekschrift van 15 juni 1999 heeft de Commissie verzocht om tegen Oder-Plan arrest bij verstek te wijzen. Gelet op artikel 94, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering is dit verzoek gegrond wanneer de Commissie de verwerende partij regelmatig in het geding heeft geroepen. Daaraan zou in casu getwijfeld kunnen worden in verband met de omstandigheden rond de betekening van het verzoekschrift aan Oder-Plan.

101. Het verzoekschrift is overeenkomstig de artikelen 39, eerste volzin, en 79, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering bij aangetekende brief met ontvangstbericht aan Oder-Plan betekend. Of de betekening regelmatig is geschied, kan in twijfel worden getrokken gelet op het feit dat de zending met het verzoekschrift teruggestuurd is naar de griffie met op de envelop de vermelding „[...] Oder-Plan Architektur GmbH is op 15.11.1996 ontbonden, er is geen beheerder meer met de naam Christian Schlote". Het is dus de vraag of Oder-Plan procesbevoegd is.

102. Overeenkomstig artikel 9 van de overeenkomst wordt de overeenkomst beheerst door Duits recht. De procesbevoegdheid van Oder-Plan moet dus naar Duits recht worden beoordeeld. Naar Duits recht is Oder-Plan GmbH procesbevoegd zolang zij niet heeft opgehouden te bestaan als rechtspersoon. Een vennootschap houdt op te bestaan na vereffening en schrapping uit het handelsregister. Een vennootschap die enkel ontbonden is, blijft daarentegen procesbevoegd en kan in rechte worden aangesproken. [15]

103. Volgens het door de Commissie overgelegde notarieel gewaarmerkt uittreksel uit het handelsregister van het Amtsgericht Charlottenburg van 4 juni 1999 is Oder-Plan GmbH op 14 november 1996 bij beschikking van het Amtsgericht ontbonden krachtens § 1 van het Löschgesetz van 9 oktober 1934. [16] De vennootschap is tot

15 — Zie Lutter, Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 15e editie (Köln 2000), § 60, punt 9, § 74, punt 17, 6.

16 — Deze wet is op 1 januari 1999 ingetrokken. De inhoud ervan is sindsdien opgenomen in de onlangs ingevoegde punten 5 en 7 van § 60 GmbHG juncto § 141a FGG. Zie over de juridische situatie na de intrekking van het Löschgesetz bijv. Rasner, in: Rowedder, Fuhrmann, e.a. GmbHG-Kommentar (München 1985), appendix na § 60.

nu toe echter nog niet geschrapt. Daarom is Oder-Plan procesbevoegd.

2) Overige voorwaarden voor de verstekprocedure

104. Het verzoekschrift is overeenkomstig de artikelen 39, eerste volzin, en 79, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering bij aangetekende brief met ontvangstbericht aan Oder-Plan betekend. Dit kon op regelmatige wijze aan het door de Commissie opgegeven adres geschieden. Omdat uit het handelsregister niet iets anders blijkt, dient ervan te worden uitgegaan dat Oder-Plan als vennootschap in vereffening nog steeds op hetzelfde adres is gevestigd en door haar voormalige beheerder als vereffenaar wordt vertegenwoordigd krachtens de §§ 66 en 67 GmbHG. Volgens het ontvangstbericht is het verzoekschrift op 25 maart 1999 ontvangen en derhalve regelmatig betekend. Het feit dat Oder-Plan de envelop met het verzoekschrift enkele dagen later heeft teruggezonden naar de griffie van het Hof kan de plaatsgevonden betekening niet ongedaan maken. Het verzoekschrift is dus op regelmatige wijze betekend en het beroep regelmatig ingesteld.

105. Het verzoek om bij verstek uitspraak te doen is, bij gebreke van de benoeming van een persoon die gemachtigd is tot het in ontvangst nemen van te betekenen stukken ter plaatse waar het Hof gevestigd is, door de terpostbezorging op 23 juli 1999 eveneens regelmatig betekend (artikelen 79, 40, lid 1, 39, en 38, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering). Bij brief van 26 oktober 1999 is de datum van de terechtzitting bepaald op 6 december 2000. Deze brief is op zijn beurt door terpostbezorging regelmatig aan Oder-Plan betekend.

106. Overeenkomstig artikel 94, leden 1 en 2, van het Reglement voor de procesvoering is voor het wijzen van een verstekarrest voorts vereist dat niet tijdig en in de voorgeschreven vormen een verweerschrift is ingediend en dat de conclusies van verzoeker gegrond voorkomen. Aan de eerste voorwaarde is voldaan. Oder-Plan heeft noch op het verzoekschrift noch op het verzoek om uitspraak te doen bij verstek gereageerd.

107. Wat de gegrondheid van het verzoek van de Commissie betreft kan naar bovenstaande overwegingen worden verwezen. Waar het beroep tegen Siab en Esbensen gegrond is, is het dat ook tegen Oder-Plan.

Derhalve moet het verzoek om uitspraak te doen bij verstek worden ingewilligd.

108. Tegen dit bij verstek gewezen arrest kan Oder-Plan krachtens artikel 94, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering verzet doen, waarover vervolgens bij arrest moet worden beslist.

VI — Kosten

109. Ingevolge artikel 69, lid 2, eerste volzin, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien Oder-Plan, Siab en Esbensen in het ongelijk zijn gesteld en de Commissie hun kostenveroordeling heeft gevorderd, dienen zij in de kosten te worden veroordeeld.

VII — Conclusie

110. In het licht van het voorgaande geef ik het Hof derhalve in overweging te beslissen als volgt:

A — *Verstekarrest tegen Oder-Plan*

„1) Oder-Plan Architektur GmbH wordt hoofdelijk met NCC Siab Bau GmbH en Esbensen Consulting Engineers veroordeeld tot betaling aan de Commissie van de Europese Gemeenschappen van een bedrag van 54 510 euro, vermeerderd met rente ten bedrage van 20 798,70 euro voor het tijdvak van 1 januari 1993 tot en met 15 januari 1999.

2) Oder-Plan Architektur GmbH wordt hoofdelijk met NCC Siab Bau GmbH en Esbensen Consulting Engineers veroordeeld tot betaling aan de Commissie

van de Europese Gemeenschappen van rente over de hoofdsom van 54 510 euro, vanaf 16 januari 1999 berekend tegen het door het Europees Fonds voor Monetaire Samenwerking op zijn transacties in euro's toegepast percentage, verhoogd met 2 %."

B — *Arrest tegen NCC Siab Bau en Esbensen Consulting Engineers*

„1) NCC Siab Bau GmbH en Esbensen Consulting Engineers worden hoofdelijk met Oder-Plan Architektur GmbH veroordeeld tot betaling aan de Commissie van de Europese Gemeenschappen van een bedrag van 54 510 euro, vermeerderd met rente ten bedrage van 20 798,70 euro voor het tijdvak van 1 januari 1993 tot en met 15 januari 1999.

2) NCC Siab Bau GmbH en Esbensen Consulting Engineers worden hoofdelijk met Oder-Plan Architektur GmbH veroordeeld tot betaling aan de Commissie van de Europese Gemeenschappen van rente over de hoofdsom van 54 510 euro, vanaf 16 januari 1999 berekend tegen het door het Europees Fonds voor Monetaire Samenwerking op zijn transacties in euro's toegepast percentage, verhoogd met 2 %."

C — *Kosten*

Oder-Plan Architektur GmbH, NCC Siab Bau GmbH en Esbensen Consulting Engineers worden hoofdelijk in de kosten veroordeeld.