FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

föredraget den 25 januari 2001 [1]

I — Inledning

1. Förevarande tvist rör återbetalning av ett förskott som kommissionen har utbetalat inom ramen för Thermieprogrammet. Kommissionen begär återbetalning på grund av att ett byggprojekt, som de solidariskt betalningsansvariga svarandena skulle ha utfört och som förskottet avsåg, aldrig genomfördes, eftersom den fastighet som skulle bebyggas inte gick att förvärva.

II — Bakgrund och tillämpliga bestämmelser

A — *Avtalet mellan parterna*

2. Den 15 september 1992 ingick Europeiska gemenskaperna, företrädda av kommissionen, tillsammans med Oder-Plan Architektur GmbH (nedan kallat Oder-Plan), bolag bildat enligt tysk rätt, NCC Siab Bau GmbH (nedan kallat Siab), bolag bildat enligt tysk rätt, och Esbensen Consulting Engineers (nedan kallat Esbensen), bolag bildat enligt dansk rätt, avtal nr BU/1048/91 DE inom ramen för Thermieprogrammet. [2] Enligt ingressen till avtalet är avtalsparterna [3] solidariskt betalningsansvariga inom ramen för avtalet. Oder-Plan skulle fungera som "koordinator", i den mening som avses i artikel 1.4 i avtalet.

3. De bestämmelser i avtalet som är av vikt för målet har följande lydelse:

"Artikel 1 — Avtalsföremålet

1.1. Avtalsparterna förpliktar sig att genomföra de arbeten som beskrivs i bilaga I under rubriken

1 — Originalspråk: tyska.

2 — Rådets förordning (EEG) nr 2008/90 av den 29 juni 1990 om främjandet av energiteknik i Europa (Thermieprogrammet) (EGT L 185, s. 1).

3 — Med uttrycket "avtalsparter" avses i avtalet de tre svarande bolagen Oder-Plan, Siab och Esbensen.

Oderhaus — Passive solar energy in an innovative office building (nedan kallat projektet).

...

1.4. Koordinatorn är ansvarig för att översända alla nödvändiga handlingar från avtalsparterna till kommissionen och för förbindelserna mellan avtalsparterna och kommissionen. Alla allmänna meddelanden från kommissionen till avtalsparterna och vice versa går över koordinatorn.

Artikel 2 — Varaktighet

2.1 Projektet skall genomföras under 47 månader, med början den 1 juni 1992 (nedan kallad dagen för projektets inledande). Projektet skall vara avslutat den 30 april 1996 (nedan kallat dagen för projektets avslutande) enligt den tidsplan som anges i tabell 1 i bilaga I.

2.2 Kommissionen skall utan dröjsmål underrättas om förseningar vad rör projektets genomförande. Avtalsparterna eller kommissionen kan säga upp avtalet under de förutsättningar som anges i artikel 8 i bilaga II.

Artikel 3 — Gemenskapens finansiella bidrag

...

3.2 Kommissionen skall bidra med

— 30 procent av de ersättningsgilla kostnaderna (exklusive mervärdesskatt) för projektet enligt artiklarna 8 och 19—28 i bilaga II, dock högst 233 100 ecu.

...

Artikel 4 — Kommissionens utbetalningar

4.1 Kommissionen gör sina utbetalningar i ecu enligt följande:

— ett förskott på 69 930 ecu (den europeiska valutaenheten) motsvarande 30 procent av det i artikel 3.2 i avtalet beskrivna beloppet,

...

4.3 Kommissionens samtliga utbetalningar går till koordinatorn, vilken ansvarar för att utan dröjsmål vidarebefordra de delbelopp som tillkommer respektive avtalspart. Kommissionen kan inte göras ansvarig för eventuella fel från koordinatorns sida i dessa avseenden.

Artikel 5 — Rapporter

5.1 Avtalsparterna skall med jämna mellanrum, och med koordinatorn som förmedlare, till kommissionen översända följande rapporter (i skilda dokument):

1 Tekniska rapporter (se artikel 6.1 a 1 i bilaga II)

2 Finansrapporter (se artikel 6.1 a 2 i bilaga II)

...

Artikel 9 — Tillämplig rätt och avtalets ikraftträdande

9.1 Detta avtal regleras av tysk rätt.

...

Artikel 10 — Bilagor

Följande bilagor utgör del av avtalet:

Bilaga I Arbetsprogram

Bilaga II Allmänna villkor."

4. Bilaga I del B i avtalet innehåller främst en tidsplan för hur projektet fortlöpande skall genomföras, exakta tekniska uppgifter rörande det planerade projektet, en uppdelning av de uppskattade kostnaderna för projektets olika faser, samt en detaljerad situationsplan för projektet. Mer i

detalj anges bland annat följande vad avser den konkreta beskrivningen av projektet:

"Bilaga I — Del B

B.1. Projektmål

Målet med projektet är att uppföra ett experimentellt lågenergihus som skall användas som kontorsbyggnad. Byggnadsvolymen är på 6 200 m^2 respektive 20 000 m^3 och byggnaden skall uppföras nära floden Oder.

...

B.5. Detaljerad beskrivning av projektet

Kontorsbyggnaden kommer att byggas som en atriumbyggnad. Byggnaden kommer att ligga nära floden Oder, som utgör Tysklands östgräns till Polen, se bilagorna 2 och 3.

Byggnadens bruttoyta kommer att vara 6 200 m^2. Byggnadens volym uppgår till 20 200 m^3. Vad rör energikalkylerna utgår man från en nettoyta på 5 200 m^2.

..."

5. Under punkt B.7.a i bilaga I till avtalet delas projektet upp i fem faser: Den första fasen, som benämns preliminary design (förstudie), skall pågå från den 1 juni 1992 till den 30 november 1992. Den andra fasen, som benämns detailed design (detaljstudie), skall pågå från den 1 november 1992 till den 30 april 1993. Övriga faser saknar betydelse för förevarande tvist.

6. I tabell 2 på sidan 18 i bilaga I till avtalet anges de uppskattade kostnaderna för projektets olika faser exklusive skatt. För förstudien anges beloppet 96 600 DEM, och för detaljstudien 64 400 DEM.

7. Sidorna 19—25 i bilaga I till avtalet innehåller situationsplaner, där Oderhaus läge och byggnadsmässiga omfattning beskrivs.

8. Bilaga II till avtalet innehåller Allmänna villkor, uppdelade i delarna A—F. De

bestämmelser som är relevanta i förevarande mål har följande lydelse:

"Del A

Arbetets utförande

Artikel 1 — Arbetets gång

1.1 Avtalsparterna ställer till förfogande personal, lokaler, utrustning och material som är nödvändigt för att på ett korrekt sätt genomföra de arbeten som anges i avtalet.

...

1.3 Avtalsparterna ansvarar för att vidta nödvändiga åtgärder för att skaffa alla de tillstånd som föreskrivs i gällande rätt på den ort arbetena skall genomföras som är nödvändiga för att genomföra de arbeten som anges i avtalet. Avtalsparterna skall utan dröjsmål underrätta kommissionen när de inte är i stånd att skaffa ett sådant tillstånd. Avtalsparterna undersöker gemensamt vad detta i så fall får för inverkan för avtalets uppfyllande och beslutar, om så är nödvändigt, om vilka åtgärder som bör vidtas.

1.4 Avtalsparterna meddelar genom koordinatorn kommissionen när arbetena enligt avtalet har inletts och underrättar utan dröjsmål kommissionen om när arbeten har avslutats eller inställts samt om händelser eller omständigheter som kan få en betydande inverkan på avtalets uppfyllande.

...

Artikel 2 — Solidariskt ansvar

Om avtalet skall uppfyllas av mer än en av avtalsparterna, svarar avtalsparterna solidariskt för att en av avtalsparterna inte uppfyller sina skyldigheter. Avtalsparterna uppfyller skyldigheterna för en avtalspart som kommer i dröjsmål eller lämnar samarbetet, om detta är rimligt under de omständigheter som är för handen, varvid de skall genomföra de arbeten som anges i avtalet själva eller med hjälp av utomstående enligt artiklarna 3 och 8 i denna bilaga, såvida avtalet inte har sagts upp i enlighet med artikel 8 i denna bilaga. En avtalspart ansvarar emellertid inte för en annan avtalspart som har hamnat i dröjsmål vad avser

...

c) återbetalning enligt artikel 8.4 i denna bilaga, om han inkommer med bevisning som kommissionen finner tillfredsställande om att han inte har bidragit till avtalsbrottet och att han har följt artikel 1.4 i denna bilaga.

...

Artikel 4 — Avtal mellan avtalsparterna

Överenskommelser i eventuella avtal mellan avtalsparterna eller mellan avtalsparterna och utomstående inverkar inte på avtalsparternas skyldigheter mot kommissionen enligt förevarande avtal.

...

Artikel 6 — Rapporter

Upprättande av rapporter

6.1 Avtalsparterna skall, för kommissionens godkännade, efter avtalets undertecknande, presentera följande rapporter (var och en i särskild handling och i fyra exemplar), som skall avse samma tidsperiod:

a) Lägesrapporter:

1. En lägesrapport (teknisk halvårsrapport) med detaljerade uppgifter om arbetenas fortgång (räknat från tidpunkten för arbetenas inledande), använda medel, uppnådda mål, ekonomiska överväganden, avvikelser från den ursprungliga arbetsplanen och avtalade samarbetsformer, vad avser de arbeten som anges i avtalet.

2. En uppställning över kostnaderna (finansiell halvårsrapport) under rapporttiden.

...

6.2 Avtalsparterna skall genom koordinatorn förse kommissionen med alla upplysningar av vikt som rör arbetsprogrammets genomförande.

...

8.4 Om inte annat har avtalats ... kan kommissionen, om avtalet har sagts upp enligt artikel 8.2 ... d)..., begära återbetalning av hela sitt finansiella bidrag eller en del därav.

Artikel 8 — Uppsägning av avtalet

...

Till detta belopp tillkommer ränta beräknad från den tidpunkt då avtalsparterna erhöll utbetalningen enligt den räntesats som tillämpas för European Monetary Cooperation Funds eurotransaktioner med tillägg av 2 procentenheter; denna räntesats offentliggörs den första vardagen i varje månad i Europeiska gemenskapernas tidning.

8.2 Kommissionen kan säga upp avtalet,

...

8.5 Om mer än en av avtalsparterna uppfyller avtalet, kan kommissionen besluta att inte säga upp avtalet enligt artikel 8.2, och i stället återkräva den andel av bidraget som har gått till den avtalspart på vilken ovannämnda bestämmelser om uppsägning är tillämpliga, enligt de villkor som kommissionen finner rättvisa. Om det inte finns några förnuftiga skäl för att inte låta avtalet fortgå, kan kommissionen nöja sig med att endast kräva återbetalning av det bidrag som har utbetalats till den avtalspart som har kommit i dröjsmål.

d) om en eller flera av avtalsparterna — även om det är fråga om välgrundade och berättigade tekniska eller ekonomiska skäl — inte har uppfyllt/kommer att kunna uppfylla sina skyldigheter, trots att avtalsparterna skriftligen, genom rekommenderat brev med mottagningsbevis, har uppmanats att uppfylla sina skyldigheter och avtalsparterna en månad efter delgivning av en sådan uppmaning fortfarande inte har uppfyllt sina skyldigheter,

...

...

Artikel 12 — Behörig domstol

Europeiska gemenskapernas domstol är ensam behörig i alla tvister som rör avtalet.

...

Artikel 17 — Utbetalning av kommissionens bidrag

...

17.2 Kommissionens ekonomiska bidrag utbetalas i rater enligt följande, om inte annat anges i avtalet:

a) En i artikel 4 i avtalet angiven engångssumma utbetalas av kommissionen som förskott inom två månader från det att samtliga parter har undertecknat avtalet. Detta förskott skall användas till arbeten som avses i detta avtal.

...

Artikel 19 — Ersättningsgilla kostnader

Utan att det påverkar bestämmelserna i artikel 23 anses som ersättningsgilla kostnader endast kostnader som verkligen har uppstått som avtalsparterna har haft efter arbetenas inledande och som uttryckligen är nödvändiga för att genomföra de arbeten som anges i avtalet. Ersättningsgilla kostnader kan vara av följande kostnadsslag:

— eget arbete,

— indirekta kostnader,

— resor och uppehälle,

— långlivade föremål,

— förbrukningsmaterial,

— databehandling,

— inköpta tjänster,

— särskilda kostnader i den mening som avses i artikel 27 i denna bilaga.

...

Artikel 25 — Inköpta tjänster

Om inte annat föreskrivs i artikel 3 i denna bilaga räknas kostnader som har sin grund i anslutande avtal, underentreprenörsavtal och tjänster som ersättningsgilla kostnader, i form av inköpta tjänster.

...

Artikel 27 — Särskilda kostnader

Särskilda tillkommande kostnader som inte omfattas av de kostnadsslag som anges ovan, kan endast beaktas inom ramen för avtalet om kommissionen ger sitt medgivande.

..."

B — *Solidariskt ansvar enligt tysk rätt*

9. Solidariskt ansvar regleras i tysk rätt i 421 § och följande paragrafer i Bürgerliches Gesetzbuch (nedan kallad BGB).[4]

421 § BGB (solidariskt ansvar) har följande lydelse:

"Om flera svarar för att uppfylla en skyldighet på så sätt att var och en är

4 — Lag av den 18 augusti 1896 (RGBl. s. 195, BGBl. III 400-2); senast ändrad den 27 juni 2000.

skyldig att uppfylla skyldigheten för alla, men borgenären endast kan kräva uppfyllande en gång (solidariskt ansvar), kan borgenären, om han så önskar, vända sig till vem som helst av gäldenärerna, för hela skulden eller för en del i skulden. Fram till dess att skyldigheten helt har uppfyllts, har samtliga gäldenärer samma ansvar."

425 § BGB (Inverkan av andra omständigheter) har följande lydelse:

"Andra omständigheter än de som anges i 422 §—424 § har endast verkan för eller mot den solidariskt ansvarige, om inte annat följer av skuldförhållandet självt.

Detta gäller särskilt för uppsägning, anmodan, fel, omöjlighet att uppfylla skyldigheten för en av de solidariskt ansvariga, preskription och preskriptionsavbrott, förväxling mellan skuld och fordran samt lagakraftvunnen dom."

C — *Avtalsparternas beteende, särskilt skriftväxlingen med kommissionen*

10. Kommissionen kände vid avtalsslutet till att den fastighet som svarandena behövde för projektet ännu inte hade förvärvats. I november 1992 betalade kommissionen ut ett förskott på 69 930 ecu till Oder-Plan, i dess egenskap av koordinator.

11. Den 29 juli 1994 sände kommissionen ett frågeformulär till Oder-Plan, vilket rörde hur arbetena inom ramen för projektet Oderhaus fortlöpte. Oder-Plan fyllde i detta formulär och återsände det till kommissionen den 28 september 1994.

12. Svarandena presenterade inga halvårsrapporter, såsom föreskrivs i artikel 5 i avtalet jämförd med artikel 6 i bilaga II till avtalet, varför kommissionen sände svarandena ett rekommenderat brev med mottagningsbevis av den 20 januari 1995, i vilket den enligt artikel 2 i avtalet och artikel 8 i bilaga II till avtalet påminde svarandena om att de var i dröjsmål genom att de inte hade presenterat sådana rapporter. Kommissionen anmodade samtidigt avtalsparterna att uppfylla sina skyldigheter enligt avtalet inom två månader från delgivningen. Kommissionen förklarade att den annars skulle säga upp avtalet och åter-

kräva sitt ekonomiska bidrag jämte ränta. Brevet var ställt till var och en av de tre avtalsparterna.

13. I skrivelse av den 27 mars 1995 meddelade Oder-Plan kommissionen att projektet inte längre var ekonomiskt genomförbart. Det hade visat sig omöjligt att förvärva den fastighet där det ursprungligen var tänkt att Oderhaus skulle uppföras eller en alternativ fastighet. Oder-Plan meddelade att bolaget snart skulle tillsända kommissionen en uppställning över hittills uppkomna kostnader.

14. Ingen av avtalsparterna presenterade någon rapport i januari 1995 enligt kommissionens anmodan. Kommissionen sade därför upp avtalet genom rekommenderat brev med mottagningsbevis av den 17 oktober 1995, som tillsändes var och en av de tre avtalsparterna. Som skäl angavs dels att rapporter inte hade presenterats enligt anmodan, dels att det slutgiltigt stod klart att projektet aldrig skulle genomföras. Kommissionen förklarade vidare att den återkrävde hela det utbetalade förskottet jämte ännu ej fastställd ränta.

15. I skrivelse av den 24 oktober 1995 beskrev Oder-Plan för kommissionen vad som hade hänt i projektet och vilka kostnader som hade uppstått fram till dess att projektet slutgiltigt avbröts i slutet av år 1993. Av denna beskrivning framgår att man övergivit projektet omedelbart efter det att kommissionen hade beviljat stöd till projektet inom ramen för Thermieprogrammet, på grund av att det inte var möjligt att förvärva den planerade fastigheten. Vidare beskrivs avtalsparternas följande ansträngningar för att finna alternativ till den ursprungligen planerade fastigheten och att härvid omarbeta det ursprungliga konceptet. Detta fordrade särskilda förhandlingar med olika fastighetsägare och myndigheter, undersökningar av markens egenskaper och huruvida den var ägnad för uppförande av Oderhaus samt omfattande omarbetningar vad avser energiteknik och projektplaner. Totalkostnaderna uppgick enligt beskrivningen till 282 790 DEM. Enligt uppdelningen hade dessa kostnader sin grund i att det ursprungliga konceptet hade måst omarbetas på grund av ortsbytet.

16. Kommissionen meddelade genom rekommenderat brev med mottagningsbevis av den 12 februari 1996, som var ställt till alla de tre avtalsparterna, att den endast ansåg att 96 600 DEM (det vill säga 51 401 ecu) avsåg ersättningsgilla kostnader. Detta belopp motsvarar enligt tabell 2 i bilaga I till avtalet det högsta belopp som kunde användas för projektfasen förstudie. Kommissionen fastställde sitt bidrag till 15 420 ecu (motsvarande 30 procent av de ersättningsgilla kostnaderna på 51 401 ecu) och krävde att avtalsparterna skulle återbetala 54 510 ecu (skillnaden mellan det utbetalade förskottet på 69 930 ecu och det beviljade bidraget på 15 420 ecu), jämte ränta uppgående till 11 175 ecu.

17. Trots att kommissionens räkenskapsförare flera gånger uppmanade svarandena att återbetala begärda belopp erhöll kommissionen inte någon återbetalning.

III — Förfarandet och parternas yrkanden

18. Kommissionen har genom ansökan av den 2 mars 1999, som inkom till domstolen den 3 mars 1999, väckt förevarande talan. Kommissionen har yrkat att domstolen skall

1. förplikta svarandena att till Europeiska gemenskapernas kommission solidariskt utge 54 510 euro, jämte ränta uppgående till 20 798,70 euro för tiden från och med den 1 januari 1993 till och med den 15 januari 1999,

2. förplikta svarandena att till Europeiska gemenskapernas kommission solidariskt utge ränta på huvudbeloppet om 54 510 euro från och med den 16 januari 1999 enligt den räntesats som tillämpas för European Monetary Cooperation Funds eurotransaktioner med tillägg av 2 procentenheter,

3. förplikta svarandena att solidariskt ersätta rättegångskostnaderna.

19. Siab och Esbensen har yrkat att domstolen skall

1. ogilla talan,

2. förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

20. Oder-Plan inkom aldrig med svaromål. Oder-Plan tillsändes ansökan genom rekommenderat brev med mottagningsbevis av den 9 mars 1999. Enligt mottagningsbeviset erhöll Oder-Plan ansökan den 25 mars 1999. Den 7 april 1999 fick domstolens kansli emellertid tillbaka ansökan. På det oöppnade kuvertet stod skrivet för hand: "Åter avsändaren; Oder-Plan Architektur GmbH har upplösts den 15 november 1996; det finns inte längre någon företagsledare med namnet Dipl.-Ing. Christian Schlote."

21. På justitiesekreterarens anmodan tog kommissionen i skrivelse av den 20 april 1999 ställning till frågan om delgivning av ansökan. Kommissionen meddelade att Oder-Plan var i likvidation och att den tidigare företagsledaren hade utsetts till likvidator. Bolaget var fortfarande registrerat i bolagsregistret under den adress som hade använts vid delgivningen.

22. Kommissionen begärde i skrivelse av den 15 juni 1999 dessutom att tredskodomsförfarande skulle tillämpas gentemot Oder-Plan och yrkade att domstolen skulle

1. förplikta Oder-Plan att till Europeiska gemenskapernas kommission utge

54 510 euro, jämte ränta uppgående till 20 798,70 euro för tiden från och med den 1 januari 1993 till och med den 15 januari 1999,

2. förplikta Oder-Plan att till Europeiska gemenskapernas kommission utge ränta på huvudbeloppet om 54 510 euro från och med den 16 januari 1999 enligt den räntesats som tillämpas för European Monetary Cooperation Funds eurotransaktioner med tillägg av 2 procentenheter,

3. förplikta Oder-Plan att ersätta rättegångskostnaderna.

23. Denna skrivelse tillsändes Oder-Plan den 21 juli 1999. Skrivelsen återkom emellertid med posten med stämpeln "Adressaten avflyttad utan att lämna ny adress" till domstolens kansli.

IV — Parternas argument

A — Huruvida en tredskodom kan meddelas gentemot Oder-Plan

24. Kommissionen anser att villkoren för att meddela en tredskodom enligt artikel 94.1 och 94.2 i domstolens rättegångsregler är uppfyllda.

25. Oder-Plan är ett bolag som har upplösts men inte avregistrerats i bolagsregistret, varför det är möjligt att väcka talan mot bolaget på samma sätt som före upplösningen. Oder-Plan har samma adress som bolag i likvidation och företräds av sin tidigare företagsledare i egenskap av likvidator enligt 66 och 67 §§ i Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG). [5]

26. Kommissionen har vid den muntliga förhandlingen förklarat att dessa förhållanden är oförändrade.

27. Talan om tredskodom grundas dessutom på samma skäl som talan mot Siab och Esbensen.

B — Huruvida talan mot Siab och Esbensen är grundad

28. Såväl svarandena som sökanden anser att reglerna om uppsägning av avtalet

5 — Lag av den 20 april 1892 (RGBl. s. 477) i dess lydelse enligt kungörelse av den 20 maj 1898 (RGBl. s. 846, BGBl. III/FNA 4123-1); senast ändrad den 22 juni 1998.

(Kündigung) i artikel 8.2 i bilaga II till avtalet är förenliga med reglerna om rätt att häva ett avtal (Rücktrittsrecht), i den mening som avses i 346 § och följande paragrafer i BGB. [6]

1) Korrekt hävning

29. Kommissionen anser att avtalet avslutades genom dess skrivelse av den 17 oktober 1995. Även Siab och Esbensen har erhållit hävningen av den 17 oktober 1995.

30. Siab och Esbensen har bestritt att avtalet avslutats genom skrivelsen av den 17 oktober 1995. Enligt deras mening har kommissionen inte styrkt att de har delgivits hävningen av den 17 oktober 1995. Det mottagningsbevis som kommissionen har företett avseende Siab har inte undertecknats av mottagaren och vad avser Esbensen har kommissionen över huvud taget inte företett något mottagningsbevis. Eftersom Siab och Esbensen inte har delgivits någon hävning, kan det inte hävdas att avtalet har avslutats vad rör dem enligt 130 § första stycket BGB. Av 425 § BGB följer dessutom att en hävning endast gäller mot samtliga solidariskt ansvariga, om var och en enskilt har delgivits den.

2) Hävningsgrunden

31. Kommissionen har särskilt åberopat att avtalsparterna inte har uppfyllt följande avtalsenliga skyldigheter i den mening som avses i artikel 8.2 i bilaga II till avtalet:

— Avtalet har inte genomförts, vilket strider mot artikel 1.1 i avtalet,

— avtalsparterna har inte uppfyllt sin skyldighet att presentera rapporter, vilket strider mot artikel 5 i avtalet jämförd med artikel 6 i bilaga II till avtalet.

32. Siab och Esbensen vänder sig mot hävningsgrunden att avtalsparterna inte har uppfyllt sin skyldighet att presentera rapporter, eftersom denna skyldighet endast ålåg Oder-Plan i dess roll som koordinator. Artikel 1.4 i avtalet innebär härvid en specialregel i förhållande till artikel 2 i bilaga II till avtalet rörande avtalsparternas solidariska ansvar. Siab och Esbensen kan inte klandras för att Oder-Plan inte har uppfyllt sin skyldighet att presentera rapporter.

6 — 346 § (Hävningens verkan) första meningen har följande lydelse:
"Om en av parterna har förbehållit sig rätten att häva avtalet, är parterna vid hävning skyldiga att återlämna vad de har erhållit från varandra."
Övriga lagregler om hävning saknar betydelse för förevarande tvist.

33. I detta sammanhang har Siab och Esbensen dessutom gjort gällande att kommissionen enligt artikel 8.5 i bilaga II till avtalet endast borde ha avslutat avtalet i förhållande till Oder-Plan som var i dröjsmål, i stället för att säga upp avtalet i förhållande till samtliga avtalsparter.

34. Siab och Esbensen menar att de i artikel 8.2 d i bilaga II till avtalet fastställda villkoren för att tillämpa hävningsgrunden att projektet inte har genomförts inte var uppfyllda. Kommissionen var nämligen skyldig att innan den avslutade avtalet anmoda avtalsparterna att uppfylla sina skyldigheter enligt avtalet. Kommissionen har i sin skrivelse av den 20 januari 1995 endast anmodat avtalsparterna att uppfylla sin skyldighet att presentera rapporter. Avtalsparterna har inte anmodats att uppfylla sina skyldigheter enligt avtalet. Eftersom detta är en förutsättning för att man skall kunna anse att projektet inte har genomförts, kunde kommissionen inte häva avtalet med stöd av denna grund.

35. Siab har vid den muntliga förhandlingen vidare gjort gällande att bolaget enligt den arbetsfördelning mellan avtalsparterna som redovisas i tabell B.4. i bilaga II till avtalet hade en skyldighet att uppfylla enligt avtalet först från och med faserna Konstruktion 1 och Uppförande. Siab kan, vad avser de tidigare faserna Planering/Projektering, inte klandras för att projektet inte redan har genomförts.

3) Återbetalningsskyldigheten

36. Kommissionen anser att avtalsparterna i egenskap av solidariskt ansvariga är skyldiga att återbetala förskottet. Siab och Esbensen kan inte göra gällande att de inte är solidariskt ansvariga enligt artikel 2 c i bilaga II till avtalet enligt undantagsregeln i samma bestämmelse. För det första har de inte styrkt att de inte har bidragit till att en grund för hävning har uppkommit, för det andra har de inte uppfyllt sin skyldighet att presentera rapporter för kommissionen enligt artikel 1.4 i bilaga II till avtalet.

37. Vidare kan Siab och Esbensen inte värja sig mot sin återbetalningsskyldighet genom att med stöd av 818 § tredje stycket BGB invända att de inte har gjort en obehörig vinst. Bestämmelserna i 812 § och följande paragrafer i BGB, särskilt bestämmelserna om invändning om berikande, är inte tillämpliga i fall av hävningsrätt enligt avtal och följande avveckling av avtalet. [7]

38. Siab och Esbensen anser att de inte är solidariskt ansvariga enligt artikel 2 c i bilaga II till avtalet. De kan inte klandras

7 — 812 § (Princip) första stycket första meningen BGB har följande lydelse:
"Den som genom annans handlande, eller på annat sätt på annans bekostnad, erhåller något utan rättslig grund därför, är skyldig att återlämna detta."
818 § (Omfattning av återbetalningsskyldigheten) tredje stycket har följande lydelse:
"Mottagaren är inte skyldig att återlämna eller ersätta värdet om denne inte längre har berikat sig."

för att skyldigheten att presentera rapporter inte har uppfyllts. Oder-Plan har dessutom inte på ett korrekt sätt underrättat dem om hur projektet fortskred. Slutligen har utbetalningar endast skett till Oder-Plan.

39. Om de över huvud taget skall anses ansvariga, kan detta endast gälla i den mån de har berikat sig, i den mening som avses i 812 § och följande paragrafer i BGB. Eftersom de inte har berikat sig på ett bestående sätt, kan de enligt 818 § tredje stycket BGB inte hållas återbetalningsskyldiga. Att återbetalningsskyldigheten i förevarande fall endast omfattar det berikande som återstår, följer av det att avtalsparterna redan från början tänkt lämna vidare det som de erhållit i enlighet med artikel 25 i bilaga II till avtalet till tredje personer, exempelvis underentreprenörer. Siab har endast erhållit 20 000 DEM av det förskott som utbetalades till Oder-Plan. Detta belopp räckte inte ens för att täcka de kostnader bolaget haft för inköpta tjänster. Siab har alltså inte berikat sig. Esbensen har aldrig erhållit någon utbetalning från Oder-Plan och har alltså inte vid något tillfälle berikat sig genom det förskott som utbetalats till Oder-Plan.

4) Beräkning av de ersättningsgilla kostnaderna

40. Kommissionen anser att de ersättningsgilla kostnaderna under projektet uppgår till 96 600 DEM, det vill säga 51 401 euro. Projektet gick aldrig längre än till den första planeringsfasen, vilken i tabell 2 i bilaga I till avtalet kallas förstudie. Därför kan, av de kostnader som Oder-Plan har tagit upp i sin rapport av den 24 oktober 1995, de ersättningsgilla kostnaderna högst uppgå till det maximibelopp som anges i tabell 2 i bilaga I till avtalet, nämligen 96 600 DEM. Tillkommande kostnader är inte ersättningsgilla, eftersom de rör "ett helt nytt koncept", vilket inte längre har något att göra med det ursprungliga projektet, avseende vilket kommissionen ingått ett avtal. Enligt sökanden är det uteslutande svarandena som skall stå för eventuella risker vad avser problem och frågor som rör förvärv av en lämplig fastighet. Följaktligen uppgår det bidrag som svarandena skall återbetala enligt artikel 3.2 och artikel 4.1 första strecksatsen i avtalet till 54 510 euro (skillnaden mellan det utbetalda förskottet på 69 930 euro och 30 procent av de ersättningsgilla kostnaderna på 51 401 euro, det vill säga 15 420 euro).

41. Siab och Esbensen anser å sin sida att kommissionen har beräknat de ersättningsgilla kostnaderna på ett felaktigt sätt. För det första har det inte bara uppstått kostnader avseende förstudien, utan även vad avser detaljstudien. Maximibeloppet för ersättningsgilla kostnader enligt tabell 2 i bilaga I till avtalet är således totalt 161 000 DEM (96 600 DEM plus 64 400 DEM).

42. Vidare var kommissionen vid avtalsslutet medveten om att svarandena ännu inte hade lyckats förvärva den fastighet

som ursprungligen var tänkt för projektet. De problem som uppstod på grund härav låg därför enligt Siab och Esbensen inte endast i deras riskansvar utan även i kommissionens. Kommissionen betalade ut förskottet trots att den kände till läget, vilket tyder på att kommissionen var beredd att ta sin del av kostnaderna för en eventuell omprojektering.

43. Siab och Esbensen har sammanfattningsvis gjort gällande att de har rätt till ytterligare bidrag om 25 129,50 euro och har yrkat motsvarande jämkning av sökandens anspråk.

5) Kommissionens medansvar

44. Sökanden menar att Siab och Esbensen inte kan hävda att kommissionen har ett medansvar. Siabs och Esbensens argument att kommissionen väntat för länge med att påpeka deras dröjsmål vad avser skyldigheten att presentera rapporter saknar relevans, eftersom det strider mot god tro. Siab och Esbensen har nämligen inte uppfyllt sina egna skyldigheter enligt avtalet.

45. Siab och Esbensen menar att kommissionen har ett betydande medansvar både vad avser storleken på den yrkade räntan och Oder-Plans mellankommande betalningsoförmåga. Enligt avtalet skulle den första rapporten ha presenterats i januari 1993. Sökanden påpekade först i januari 1995 att svarandena inte hade uppfyllt sin skyldighet att presentera rapporter. Om Siab och Esbensen tidigare hade känt till att koordinatorn inte hade uppfyllt sina skyldigheter, hade de kunnat utöva påtryckningar på denne och försökt hindra att projektet gick om intet år 1993. Om kommissionen hade reagerat tidigare hade det utbetalda förskottet inte heller helt konsumerats. Kommissionen har genom sin tvååriga väntan underlåtit att övervaka vad som skett med stödet och därmed åsidosatt sin omsorgsplikt gentemot Siab och Esbensen.

6) Ränteyrkandet

46. Kommissionen har i sin talan yrkat ränta på det belopp som den kräver återbetalning av från och med den 1 januari 1993, varvid räntans slutliga storlek för den sista tidsperioden från och med den 16 januari 1999 skall beräknas enligt artikel 8.4 andra stycket i bilaga II till avtalet.

47. Siab och Esbensen har i andra hand hävdat att enligt 197 § BGB är ränteyrkandet preskriberat fram till och med år 1994.

48. Enligt kommissionens mening är ränteyrkandet inte preskriberat. Kommissionen kunde framställa ett ränteyrkande först efter det att man hade beräknat avdraget för ersättningsgilla kostnader i skrivelsen av den 12 februari 1996.

49. Vid den muntliga förhandlingen gjorde Siab och Esbensen vidare, och för första gången, gällande att ränta endast kan yrkas för tiden fram till den 12 februari 1996. Kommissionen har nämligen i skrivelse av den 12 februari 1996, i vilken kravet på återbetalning slutgiltigt hade bestämts, uttryckligen ombett dem att inte göra någon inbetalning innan räkenskapsföraren tillställt dem en betalningsuppmaning. Av denna anledning kan kommissionen inte begära ytterligare ränta från och med denna tidpunkt. Siab och Esbensen har emellertid aldrig erhållit någon betalningsuppmaning från kommissionens räkenskapsförare.

50. Kommissionen anser att denna invändning har inkommit för sent. Invändningen kan därför inte upptas till sakprövning. Det framgår för övrigt av bilagorna K10—K12 till ansökan att kommissionen sedan maj 1996 vid ett antal tillfällen har uppmanat sökandena att återbetala det omtvistade beloppet.

V — Bedömning

51. Av artikel 12 i avtalet följer att EG-domstolen är behörig i förevarande mål.

52. Domstolen skall enligt artikel 94.2 i rättegångsreglerna innan den meddelar en tredskodom undersöka om sökandens yrkanden framstår som välgrundade. Vad avser Oder-Plan behöver således endast en sådan prövning göras. Vad avser Siab och Esbensen måste domstolen emellertid fullt ut pröva om talan är välgrundad. Eftersom kommissionens yrkanden är identiska för alla tre svarande, är det lämpligt att först pröva om talan är välgrundad vad avser Siab och Esbensen, och sedan pröva om tredskodom kan meddelas mot Oder-Plan.

A — *Talan mot Siab och Esbensen*

1) Yrkandet om återbetalning

53. Kommissionens återbetalningsyrkande förutsätter att kommissionen har gjort en giltig uppsägning av avtalet.

a) Giltig hävningsförklaring

54. Kommissionens skrivelse av den 17 oktober 1995 kan anses utgöra en giltig

hävningsförklaring. Denna skrivelse har kommit Oder-Plan tillhanda, vilket har bekräftats i skrivelse av den 23 oktober 1995. Siab och Esbensen hävdar dock att de inte har delgivits denna skrivelse.

55. Det mottagningsbevis som kommissionen har gett in rörande Siab är poststämplat av behörigt postkontor i Fürstenwalde den 23 oktober 1995. Mottagningsbeviset innehåller dock ingen underskrift i fältet "Datum och adressatens underskrift". Mottagningsbeviset utgör således inget bevis för att Siab har erhållit denna skrivelse. I motsats till vad Esbensen har påstått har kommissionen däremot givit in ett mottagningsbevis som kvitterats av detta bolag den 3 november 1995. Kommissionen har alltså styrkt att Esbensen delgivits skrivelsen av den 17 oktober 1995.

56. Vad avser Siab återstår att pröva om bolaget kan anses ha delgivits skrivelsen genom Oder-Plan enligt artikel 1.4 i avtalet. Att Oder-Plan haft rollen som koordinator talar för detta. Detta förutsätter dock att skrivelsen av den 17 oktober 1995 anses som ett "allmänt meddelande", i den mening som avses i artikel 1.4 i avtalet.

57. I detta sammanhang vill jag inledningsvis avfärda Siabs och Esbensens påstående att 425§ BGB utgör hinder för en sådan "generell verkan" ["Gesamtwirkung"] av att Oder-Plan har delgivits som gäller mot övriga gäldenärer. Principen i 425 § BGB om individuell verkan gäller enligt den uttryckliga lydelsen i första stycket i denna bestämmelse endast " ... om inte annat följer av skuldförhållandet ...". I förevarande fall framgår det av artikel 1.4 i avtalet att man har frångått huvudregeln om individuell verkan genom att utse en koordinator.

58. Huruvida hävningen av avtalet skall anses som allmänt meddelande eller om det är fråga om ett särskilt meddelande, som samtliga svarande måste delges för att det skall vara giltigt, är av mindre betydelse. Om man inte skulle anse att det räcker att Oder-Plan har delgivits skrivelsen på ett korrekt sätt, har Siab i vilket fall som helst delgivits kommissionens hävningsförklaring genom att kommissionen har väckt förevarande talan. Kommissionen har härvid uttryckt sin vilja att lämna avtalet. Siab har inte bestritt att bolaget har delgivits denna ansökan.

59. Det står således klart att kommissionen också har tillställt Siab och Esbensen en giltig hävningsförklaring.

b) Huruvida kommissionen hade rätt att häva avtalet

60. Det återstår att pröva om kommissionen hade rätt att häva avtalet. Kommissionen har särskilt åberopat två hävningsgrunder: För det första har svarandena inte uppfyllt sin skyldighet enligt avtalet att presentera rapporter och för det andra har de inte genomfört projektet.

61. Enligt artikel 8.2 d i bilaga II till avtalet kan kommissionen säga upp avtalet om en av avtalsparterna inte har uppfyllt sina skyldigheter. Det är ostridigt i målet att svarandena varken har tillsänt kommissionen tekniska rapporter eller finansrapporter enligt artikel 5 eller genomfört projektet. Följaktligen har åtminstone två skyldigheter enligt avtalet inte uppfyllts.

i) Skyldigheten att presentera rapporter

62. Siabs och Esbensens påstående att det uteslutande ålåg Oder-Plan, i dess roll som koordinator, att presentera rapporter saknar stöd i artikel 8.2 d i bilaga II till avtalet. Även om endast Oder-Plan skulle ha åsidosatt sin skyldighet att presentera rapporter, har kommissionen rätt att häva avtalet gentemot samtliga avtalsparter. Jag kommer trots detta att pröva Siabs och Esbensens invändningar nedan, eftersom de är av vikt för mina överväganden rörande avtalsparternas solidariska ansvar.

63. Att skyldigheten att presentera rapporter åvilar samtliga svarande framgår av avtalet och bilaga II till avtalet. Vad avser utarbetande och översändande av rapporterna talas det i såväl artikel 5.1 och 5.4 i avtalet som artikel 6.1 i bilaga II till avtalet om "avtalsparterna" i pluralis och aldrig om en av dem eller uteslutande om "koordinatorn". Av artikel 1.4 och artikel 5 i avtalet följer att "koordinatorn" endast ansvarar för att presentera eller översända rapporterna. Det är härvid fråga om en rent organisatorisk regel, som inte inverkar på skyldigheten att upprätta rapporter. Med hänsyn till bestämmelsernas entydiga ordalydelse finner jag inte Siabs och Esbensens påstående, att det endast ålåg Oder-Plan att uppfylla dessa skyldigheter enligt avtalet, övertygande. Jag anser tvärtom att det står klart att denna skyldighet åvilade samtliga svarande på samma sätt. Siab och Esbensen är alltså ansvariga för att skyldigheten att presentera rapporter inte har uppfyllts, som eget avtalsbrott.

64. Inte heller Siabs och Esbensens invändning att kommissionen borde ha nöjt sig med att säga upp avtalet gentemot Oder-Plan i stället för att säga upp hela avtalet är välgrundad. För det första föreligger, med anledning av deras egna avtalsbrott, grund för att säga upp avtalet gentemot Siab och

Esbensen. För det andra ligger det enligt artikel 8.5 i bilaga II till avtalet inom kommissionens skön att avgöra om eventuellt endast en del av avtalet skall sägas upp " ... om det inte finns några förnuftiga skäl för att inte låta avtalet fortgå...". Eftersom det i slutet av år 1993 stod klart att projektet inte skulle komma att genomföras, förelåg det i förevarande fall förnuftiga skäl för att säga upp hela avtalet gentemot samtliga avtalsparter.

ii) Projektet har inte genomförts

65. Det är likaså ostridigt i målet att svarandena inte har genomfört projektet Oderhaus, utan i stället slutgiltigt skrinlagt projektet i slutet av år 1993. Siab och Esbensen har trots detta hävdat att kommissionen har begått ett formfel vad avser denna hävningsgrund. Kommissionen har nämligen inte innan den sade upp avtalet anmodat avtalsparterna att fullfölja avtalet.

66. Det är i och för sig riktigt att kommissionen enligt artikel 8.2 d i bilaga II till avtalet i princip skriftligen måste uppmana avtalsparterna att fullfölja avtalet innan den kan använda sig av denna hävningsgrund. I förevarande fall skall det emellertid beaktas att det redan i slutet av år 1993 stod klart för avtalsparterna att projektet inte skulle komma att genomföras, medan kommissionen först genom Oder-Plans skrivelse av den 27 mars 1995 fick kännedom om att avtalsparterna hade gett upp projektet. Svarandena har dessutom inte vid någon tidpunkt hävdat att de ville fortsätta projektet Oderhaus. Om en anmodan att genomföra projektet hade utsänts mellan mars 1995, det vill säga den tidpunkt då kommissionen fick kännedom om hävningsgrunden, och oktober 1995, då kommissionen sände ut hävningsförklaringen, hade detta inte kunnat tjäna det syfte som ligger bakom regeln i artikel 8.2 d i bilaga II till avtalet, nämligen att göra det möjligt för avtalsparterna att fullfölja avtalet och på så sätt undvika att avtalet upphävs. Att först anmoda avtalsparterna att fullfölja sina skyldigheter enligt avtalet framstod därför som meningslöst.

67. Siabs invändning vid den muntliga förhandlingen att bolaget vid den tidpunkt då projektet lades ned ännu inte kunde anses icke ha uppfyllt sina skyldigheter enligt avtalet, på så sätt att detta skulle ha utgjort en hävningsgrund, saknar relevans. Som anförts ovan räcker omständigheten att en av avtalsparterna inte har uppfyllt sina skyldigheter enligt avtalet som hävningsgrund gentemot samtliga avtalsparter (se ovan punkt 62 och följande punkter). Enligt artikel 1.1 i avtalet har dessutom samtliga avtalsparter förpliktat sig att genomföra projektet Oderhaus. Enligt artikel 2.1 i avtalet skulle projektet inledas den 1 juni 1992. Från och med denna dag var således samtliga tre svarande skyldiga att genomföra projektet. Inget i tabell B.4 i bilaga II till avtalet tyder på att enskilda avtalsparter endast skulle ha vissa tidsbegränsade skyldigheter som endast avsåg vissa bestämda projektfaser. Om det skulle vara så att svarandena sinsemellan hade ingått en sådan överenskommelse, kan denna inte göras gällande mot kommissionen, eftersom den inte kände till den.

68. Sammanfattningsvis finner jag att både omständigheten att avtalsparterna inte har presenterat rapporter och omständigheten att projektet inte har genomförts innebar att kommissionen hade rätt att häva avtalet.

c) Rättsföljder vad avser återbetalningsskyldigheten

69. Därmed uppkommer frågan om Siab och Esbensen är återbetalningsskyldiga.

i) Rätt till återbetalning

aa) Solidariskt ansvar

70. Siab och Esbensen har hävdat att kommissionen inte har rätt till återbetalning enligt artikel 8.4 i bilaga II till avtalet, eftersom skyldigheten att presentera rapporter och att förvärva en lämplig fastighet endast åvilar Oder-Plan och inte övriga avtalsparter. Kommissionen kan därför inte begära återbetalning från dem.

71. Avtalet innehåller inledningsvis uppgifter om de olika parterna i avtalet. På sidan 1 i avtalet bestäms därefter att Oder-Plan, Siab och Esbensen är solidariskt ansvariga. Vad avser detaljer hänvisas till artikel 2 i bilaga II. Enligt artikel 2 första meningen i bilaga II till avtalet är samtliga svarande i princip solidariskt ansvariga för att uppfylla de skyldigheter som anges i avtalet. Det enda undantaget från regeln om solidariskt ansvar framgår av artikel 2 tredje meningen c i bilaga II till avtalet. Där anges följande kumulativa villkor för att undantagsregeln skall vara tillämplig:

— avtalsparten inkommer med bevisning som kommissionen finner tillfredsställande om att han inte har bidragit till övriga avtalsparters dröjsmål och

— avtalsparten har uppfyllt sin informationsplikt enligt artikel 1.4 i bilaga II till avtalet.

72. I förevarande fall förefaller inga av dessa villkor för att undantagsregeln skall vara tillämplig vara uppfyllda. Som anförts ovan är de tre avtalsparterna alla och i lika mån ansvariga för att grund för hävning har uppstått genom att de inte har presenterat rapporter och inte genomfört projektet. Det är härvid utan betydelse huruvida Siab och Esbensen har bidragit till att Oder-Plan inte har uppfyllt sina skyldigheter enligt avtalet eller inte.

73. Det står vidare klart att avtalsparterna inte informerade kommissionen om att de slutgiltigt lade ned projektet i slutet av år 1993. De har härvid åsidosatt artikel 1.4 i bilaga II till avtalet, varför inte heller det andra villkoret för att undantagsregeln skulle kunna vara tillämplig på Siab och Esbensen är uppfyllt. Siabs och Esbensens argument rörande Oder-Plans ställning som koordinator är således ogrundade.

74. Siab och Esbensen har vidare hävdat att eftersom kommissionen endast har utbetalat medel till Oder-Plan, är endast Oder-Plan återbetalningsskyldigt.

75. Även denna invändning saknar betydelse. Enligt artikel 4.3 i avtalet kan kommissionen nämligen inte hållas ansvarig för fel som koordinatorn begår, vad avser vidarebetalning av utbetalda medel till övriga avtalsparter. Att medel endast har utbetalats till Oder-Plan befriar alltså inte Siab och Esbensen från deras återbetalningsskyldighet.

bb) Invändningen om berikande

76. Siab och Esbensen har slutligen invänt att de inte har berikat sig. De medel som Oder-Plan har betalat till Siab har gått vidare till underentreprenörer. Jag menar dock att rättsligt sett är rätten till återbetalning när en part har rätt att häva ett avtal inte inskränkt till bestående berikande och att 818 § tredje stycket BGB i princip inte är tillämplig. [8] Det går emellertid att genom avtal frångå 346 § första meningen BGB, så att återbetalningsskyldigheten endast avser bestående berikande. Avtalet mellan kommissionen och svarandena innehåller emellertid ingen sådan överenskommelse.

77. Möjligen skulle parterna kunna anses ha ingått en implicit överenskommelse därom. Endast omständigheten att svarandena har vidarebetalat förskottet till tredje man (exempelvis underentreprenörer) räcker emellertid inte som stöd för en sådan slutsats, såsom Siab och Esbensen tycks mena. Det är nämligen endast under mycket speciella omständigheter som en sådan omständighet kan befria gäldenären från dennes återbetalningsskyldighet enligt undantaget i 818 § tredje meningen BGB. [9]

78. I förevarande fall talar den uttryckliga regeln i artikel 8.4 i bilaga II till avtalet mot att återbetalningsskyldigheten skulle

8 — Se Kaiser i Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, volym II, trettonde upplagan (Berlin 1995), 346 §, punkt 22, och Heinrichs i Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, femtioåttonde upplagan (München 1999), 346 §, punkt 3.

9 — Se Kaiser i Staudinger, 346 §, punkt 31, och Heinrichs i Palandt, 346 §, punkt 5.

ha begränsats på detta sätt. I denna bestämmelse är återbetalningsskyldigheten ovillkorad, särskilt vad avser hur förskottet har använts. Dessutom utgör kostnader för tjänster som inköps från underentreprenörer endast ett av de kostnadsslag som kan utgöra ersättningsgilla kostnader enligt artikel 19 i bilaga II till avtalet. Att vidarebetala förskottet till tredje man var vidare inte det enda användningsområde som förskottet kunde användas till och det stod inte heller i förgrunden i avtalet. Under dessa förhållanden finns det i förevarande fall ingen grund att anta att parterna implicit har frångått bestämmelsen i 346 § första meningen BGB. Siab och Esbensen är därför i princip skyldiga att återbetala förskottet.

ii) Återbetalningsskyldighetens omfattning

aa) Beräkning av ersättningsgilla kostnader

79. Vad avser återbetalningsskyldighetens omfattning tvistar parterna vidare om hur de ersättningsgilla kostnaderna skall beräknas. Enligt artikel 19 i bilaga II till avtalet kan ersättningsgilla kostnader endast bestå av kostnader som verkligen har uppstått, som avtalsparterna har haft efter arbetenas inledande, och som uttryckligen är nödvändiga för att genomföra de arbeten som anges i avtalet. Dessa arbeten betecknas i artikel 1.1 i avtalet som projektet "Oderhaus — Passive solar energy in an innovative office building" och de beskrivs närmare i detalj i bilaga I till avtalet (se punkt 4 ovan rörande punkt B.5 i bilaga I). Sidorna 19—25 i bilaga I till avtalet innehåller situationsplaner, där Oderhaus läge och byggnadsmässiga omfattning beskrivs. Enligt artikel 27 i bilaga II till avtalet (se punkt 8 ovan) kan övriga kostnader som har tillkommit på grund av avtalet endast beaktas om kommissionen ger sitt medgivande.

80. Av detta följer att kommissionens förskott har utbetalats för ett särskilt projekt och för bestämda kostnadsslag. Avtalet ger inget stöd för svarandenas påstående att medlen kunde användas för att uppföra den planerade byggnaden på en annan fastighet utan kommissionens uttryckliga samtycke.

81. Omständigheten att kommissionen vid avtalsslutet visste att den fastighet som var tänkt för projektet ännu inte hade förvärvats, leder inte till en annan slutsats. I avtalet föreskrevs ingenting om kostnader för omprojektering och ett nytt plankoncept för en annan fastighet. Svarandena var däremot enligt artikel 1.1 och 1.3 i bilaga II till avtalet bland annat skyldiga att ställa till förfogande lokaler, utrustning och material som var nödvändigt och bar ansvaret för att skaffa alla de tillstånd som är nödvändiga för att genomföra projektet (se punkt 8 ovan). Parterna delade således — i motsats till vad Siab och Esbensen har hävdat — inte risken för eventuella problem och svårigheter på detta område utan detta ansvar åläg endast svarandena.

82. Av Oder-Plans skrivelse av den 24 oktober 1995 framgår att det ursprungliga projektet lades ned omedelbart efter det att kommissionen hade undertecknat avtalet och att svarandena därefter har ansträngt sig för att finna en alternativ fastighet för projektet. Av svarandenas uppdelning av kostnaderna framgår vidare att de kostnader som dessa gör gällande har sin grund i ortsbytet, omarbetandet av det ursprungliga plankonceptet samt omarbetning av projektet. Kostnader av detta slag har inte förutsetts i avtalet jämte bilagor och de kan därför inte anses ersättningsgilla annat än om kommissionen har lämnat sitt uttryckliga samtycke, vilket inte är fallet. Invändningen att kommissionen har gjort fel i sin beräkning av de ersättningsgilla kostnaderna är således ogrundad.

bb) Kommissionens eventuella medansvar

83. Siab och Esbensen har slutligen, som invändning mot att de skulle vara återbetalningsskyldiga, gjort gällande att kommissionen har ett "betydande medansvar". Enligt Siab och Esbensen hade kommissionen en omsorgsplikt gentemot dem som bestod i att den, när den redan i början av år 1993 märkte att avtalsparterna inte hade uppfyllt sin skyldighet att presentera rapporter, borde ha uppmanat dem att uppfylla denna skyldighet och kräva återbetalning av förskottet medan Oder-Plan fortfarande var solvent.

84. Denna invändning saknar sakligt stöd. Kommissionen hade redan före Oder-Plans insolvens informerat sig om arbetenas fortgående. Det framgår av Oder-Plans skrivelse av den 27 mars 1995 att kommissionen den 29 juli 1994 hade tillsänt Oder-Plan ett frågeformulär rörande projektets fortgående och att detta bolag återsände formuläret till kommissionen den 28 september 1994. Oder-Plan upplöstes emellertid först år 1996 på grund av insolvens.

85. Siabs och Esbensens saknar även rättsligt stöd. Kommissionen hade ingen omsorgsplikt gentemot Siab och Esbensen, såsom de har hävdat. Avtalet och dess bilagor ålägger inte kommissionen någon uttrycklig omsorgs- eller övervakningsplikt. Enligt artikel 5 i avtalet och artikel 6 i bilaga II till avtalet är svarandena skyldiga att upprätta rapporter enligt avtalet och sända dem till kommissionen, men kommissionen har ingen motsvarande kontroll- eller påminnelseskyldighet.

86. Inte heller bestämmelser i offentlig rätt eller principen om god tro talar för att kommissionen skulle ha haft och åsidosatt en sådan skyldighet.

87. Kommissionen skulle möjligen kunna anses ha åsidosatt vissa budgetbestämmelser. Kommissionen är nämligen enligt bud-

getbestämmelserna skyldig att övervaka att bidrag som den har utbetalat används i enlighet med gällande regler. Denna skyldighet för kommissionen enligt offentlig rätt ger emellertid i princip inte svarandena något skydd. Tillämpliga bestämmelser syftar inte till att skydda stödmottagare som Siab och Esbensen mot en annan avtalspart som tar emot bidraget för deras räkning, såsom Oder-Plan. Budgetbestämmelserna syftar snarare till att skydda allmänintresset av att offentliga medel används på ett korrekt sätt. Eftersom dessa bestämmelser inte kan anses ingå som del i avtalet mellan parterna, kan denna skyldighet för kommissionen enligt offentlig rätt inte medföra en omsorgsplikt som Siab och Esbensen kan åberopa.

88. Jag vill slutligen anmärka att enligt principen om god tro kan det endast vara rättsstridigt att göra gällande en rättighet när detta strider mot en samarbets-, informations- och/eller skyddsskyldighet som åvilar rättighetsinnehavaren. Borgenärer och gäldenärer i ett avtalsförhållande är härvid skyldiga att samarbeta för att skapa förutsättningar för att avtalet skall kunna genomföras och hinder därför undanröjas samt utan anmodan utbyta upplysningar om avgörande omständigheter. [10]

89. Även om man skulle anse att kommissionen har agerat försumligt genom att under två år ha underlåtit att påpeka att avtalsparterna inte hade uppfyllt sin skyldighet att presentera rapporter, måste Siabs och Esbensens invändning att kommissionen därigenom har åsidosatt en oskriven skydds- och omsorgsplikt, som den hade att iaktta gentemot dem, ändå anses ogrundad. Denna invändning visar nämligen att svarandena själva har förfarit på ett rättsstridigt sätt. En part som uppenbart bryter mot ett avtal kan inte göra gällande att motparten borde ha visat honom omsorg och heder. En gäldenär kan inte freda sig mot ett anspråk genom att åberopa principen om god tro, när han själv inte har uppfyllt sin del av avtalet, varför motparten senare riktat anspråk mot honom. [11]

90. Att kommissionen har väntat så länge med att begära återbetalning beror i första hand på att kommissionen först i mars 1995 fick kännedom om att projektet inte skulle komma att genomföras. Svarandena har åsidosatt sin informationsplikt enligt artikel 1.4 i bilaga II till avtalet genom att inte omedelbart underrätta kommissionen om att man slutgiltigt hade lagt ned projektet. Siabs och Esbensens invändning att de inte kände till Oder-Plans försummelse och följaktligen inte hade möjlighet att påverka skeendet, saknar även här betydelse, eftersom Siab och Esbensen, som ovan anförts, själva var skyldiga att presentera rapporter.

91. På grundval av dessa överväganden avfärdar jag också påståendet att kommissionens anspråk skulle strida mot god tro,

10 — Se Heinrichs i Palandt, 242 §, punkt 23 och följande.

11 — Se BGHZ 25, 47, 52 och följande.

eftersom dess rättigheter är förverkade på grund av den långa tidsutdräkten. En rättighet är förverkad när rättighetsinnehavaren under en längre tid inte har gjort gällande denna rättighet och gäldenären till följd av rättighetsinnehavarens allmänna beteende med rätta har kunnat tro och har trott att denne aldrig skulle göra gällande denna rättighet. Sådana berättigade förväntningar [Vertrauenstatbestand] kan emellertid inte uppstå om gäldenären själv beter sig oredligt. [12] I förevarande fall har Siab och Esbensen emellertid åsidosatt sin egen skyldighet att presentera rapporter.

92. Jag finner sammanfattningsvis att kommissionen har rätt till återbetalning av 54 510 euro från Siab och Esbensen som solidariskt betalningsansvariga.

2) Ränteyrkandet

93. Kommissionen har förutom återbetalning även yrkat ränta.

94. Vid beräkningen av dröjsmålsräntans storlek är det avgörande från vilken tidpunkt och hur länge ränta skall utgå. Enligt artikel 8.4 andra stycket i bilaga II till avtalet har kommissionen rätt till ränta från den tidpunkt då svarandena erhöll utbetalningen. Det är ostridigt att kommissionen utbetalade förskottet år 1992. Kommissionen har yrkat ränta från och med den 1 januari 1993. Kommissionens yrkande står således i linje med avtalet mellan parterna och är därför välgrundat.

95. Vad avser frågan från vilken tidpunkt ränta skall utgå har Siab och Esbensen vid den muntliga förhandlingen hävdat att de i intet fall är skyldiga att betala ränta för tiden efter den 12 februari 1996. Jag finner inte denna ståndpunkt övertygande. Enligt artikel 8.4 andra stycket i bilaga II till avtalet har borgenären vid krav på återbetalning rätt till ränta från och med den tidpunkt då motparten erhöll utbetalningen. Det förekommer inga andra villkor för rätt till ränta. Det är härvid inte fråga om dröjsmålsränta som endast är tillämplig fram till dess dröjsmålet upphör. Det saknar härvid betydelse att kommissionen, vad avser den tid som man begär ränta för, i sin skrivelse av den 12 februari 1996 inledningsvis ombad svarandena att än så länge inte göra någon inbetalning. Siab och Esbensen var trots kommissionens skrivelse av den 12 februari 1996 oförhindrade att återbetala den utestående fordran. Kommissionens uppmaning att tillfälligt vänta med inbetalningen hade sin grund i interna administrativa skäl. Denna uppmaning hindrade på intet sätt svarandena från att

12 — Se BGHZ 25, 47, 52 och följande.

återbetala det omtvistade beloppet. Kommissionen var inte i eget dröjsmål.

96. Det skall slutligen anmärkas att kommissionen sedan maj 1996 flera gånger har uppmanat svarandena att återbetala det omtvistade beloppet. Dessa skrivelser har emellertid endast tillställts Oder-Plan. Siab och Esbensen skall dock anses ha fått del av dessa uppmaningar, eftersom de var riktade till koordinatorn.

97. Siab och Esbensen har inte invänt mot ränteberäkningarna för de olika tidsperioderna.

98. Svarandena har dock gjort preskriptionsinvändning. Ränteanspråk omfattas av fyraårig preskription enligt 197 § BGB. Enligt 201 § första meningen och 198 § första meningen BGB börjar preskriptionsfristen vid utgången av det år som anspråket uppstod. Detta är den tidpunkt då borgenären för första gången kan göra sitt anspråk gällande och väcka talan för att få verkställighet. Att fordran är förfallen är vidare ett villkor härför, det är först denna dag som borgenären kan göra anspråk på att få ut sin fordran. [13] Det är däremot inte nödvändigt att fordran redan kan bestämmas i siffror. Preskriptionsfristens början är således oavhängig av att en faktura sänds ut, även om det är först i denna faktura som anspråkets storlek fastställs. [14]

99. Enligt artikel 8.4 i bilaga II till avtalet kunde kommissionen kräva återbetalning av bidraget jämte ränta från och med hävningsdagen, varvid denna dag är avgörande för preskriptionsfristens början. Det är därför som kommissionen kunde begära ränta från och med att avtalet avslutades. Kommissionen sade, som ovan nämnts, upp avtalet redan genom sin skrivelse av den 17 oktober 1995, som Oder-Plan erhöll den 23 oktober 1995 och som även Esbensen erhöll. Frågan huruvida Siab skall anses ha erhållit hävningsförklaringen den 3 november 1995 eller eventuellt först vid en senare tidpunkt, nämligen när talan väcktes den 3 mars 1999, kan lämnas åt sidan. Om så vore, skulle detta endast innebära att preskriptionsfristen började löpa senare. Min ståndpunkt är således att kommissionen kunde fastställa sina ränteanspråk tidigast den 17 oktober 1995. Preskriptionsfristen började därför att löpa den 31 december 1995 och preskriptionsavbrott skedde enligt 209 § första stycket BGB genom att talan väcktes den 3 mars 1999, det vill säga innan fordran annars skulle ha preskriberats den 31 december 1999. Preskriptionsinvändningen rörande kommissionens ränteanspråk är således ogrundad. Kommissionen har rätt till ränta fullt ut enligt sitt ränteyrkande.

13 — Se BGHZ 55, 340, 341.

14 — Se BGHZ 79, 176, 178.

B — Yrkandet att domstolen skall meddela tredskodom mot Oder-Plan

100. Kommissionen har genom inlaga av den 15 juni 1999 yrkat att domstolen skall meddela tredskodom mot Oder-Plan. Detta yrkande är enligt artikel 94.1 i rättegångsreglerna grundat om talan har väckts på rätt sätt. Det kan eventuellt anses tveksamt om så är fallet här, eftersom det är tveksamt om Oder-Plan kan anses ha blivit korrekt delgiven.

101. Ansökan delgavs enligt artikel 39 första meningen och artikel 79 första stycket i rättegångsreglerna Oder-Plan genom rekommenderat brev med mottagningsbevis. Det är härvid tveksamt om Oder-Plan rätteligen har delgivits, eftersom kuvertet med ansökan återsänts till domstolens kansli med handskriften " ... Oder-Plan Architektur GmbH har upplösts den 15 november 1996; det finns inte längre någon företagsledare med namnet Dipl.-Ing. Christian Schlote". Detta innebär även att det är tveksamt om Oder-Plan är processbehörigt.

1) Oder-Plans processbehörighet

102. Enligt artikel 9.1 i avtalet är tysk rätt tillämplig på avtalet. Frågan huruvida Oder-Plan är processbehörigt skall således bedömas enligt tysk rätt. Enligt tysk rätt är Oder-Plan GmbH processbehörigt så länge bolaget existerar som juridisk person. Ett bolag har upphört när likvidationen har avslutats och bolaget har avregistrerats i bolagsregistret. Ett bolag som endast har upplösts är däremot fortfarande processbehörigt och det går att väcka talan mot ett sådant bolag. [15]

103. Kommissionen har ingivit utdrag från bolagsregistret vid Amtsgericht Charlottenburg av den 4 juni 1999, med intyg från notarius publicus. Av detta utdrag framgår att Oder-Plan GmbH har upplösts genom beslut av samma Amtsgericht av den 14 november 1996 enligt 1 § i Löschgesetzt av den 9 oktober 1934 [16]. Bolaget hade

15 — Se Lutter, Hommelhoff, GmbH-Gesetz, femtonde upplagan (Köln 2000), 60 §, punkt 9, 74 §, punkt 17, 6.

16 — Denna lag har upphävts den 1 januari 1999. Lagens innehåll återfinns framdeles i de nya punkterna 5 och 7 i 60 § GmbHG jämförd med 141a § FGG. Se vad avser nuvarande rättsläge bland annat Rasner i Rowedder, Fuhrmann, m.fl., GmbHG-Kommentar (München 1985), bilaga efter 60 §.

således inte upphört vid nämnda tidpunkt. Oder-Plan är därför processbehörigt.

2) Ytterligare villkor för att förfarande för tredskodom skall kunna tillämpas

104. Ansökan översändes till Oder-Plan enligt artikel 39 första meningen och artikel 79 första stycket i rättegångsreglerna genom rekommenderat brev med mottagningsbevis. Detta brev gick till den adress som kommissionen hade uppgivit. Eftersom inga uppgifter i bolagsregistret talar däremot, kan man utgå från att Oder-Plan som bolag i likvidation fortsatte att ha sitt säte på den angivna adressen och att det företräddes av den tidigare företagsledaren, i egenskap av likvidator enligt 66 § och 67 § GmbHG. Enligt mottagningsbeviset kom ansökan till Oder-Plan den 25 mars 1999 och bolaget har alltså rätteligen delgivits densamma. Omständigheten att Oder-Plan några dagar senare skickade tillbaka kuvertet med ansökan till domstolens kansli, förändrar inte det faktum att en giltig delgivning har skett. Sammanfattningsvis konstaterar jag att ansökan har delgivits på ett korrekt sätt och att talan således har väckts på ett korrekt sätt.

105. Yrkandet att förfarandet för tredskodom skall tillämpas har delgivits på ett korrekt sätt enligt artiklarna 79, 40.1, 39 och 38.2 i rättegångsreglerna den 23 juli 1999, eftersom Oder-Plan inte har angivit en delgivningsadress där EG-domstolen har sitt säte. I skrivelse av den 26 oktober 1999 kallades Oder-Plan till muntlig förhandling den 6 december 2000. Denna skrivelse har även den delgivits Oder-Plan genom enkelt brev.

106. Två ytterligare villkor för att tredskodom skall kunna meddelas är enligt artikel 94.1 och 94.2 i rättegångsreglerna att den instämda parten inte inkommer med svaromål i föreskriven form inom den fastställda fristen och att sökandens yrkanden framstår som välgrundade. Det första villkoret är uppfyllt. Svaranden har inte inkommit med svaromål vare sig vad avser ansökan eller yrkandet att förfarandet för tredskodom skall tillämpas.

107. Vad avser frågan huruvida kommissionens talan är välgrundad hänvisar jag till vad som har anförts ovan. Eftersom talan gentemot Siab och Esbensen är välgrundad är talan mot Oder-Plan *ex analogia* också

välgrundad. Yrkandet att domstolen skall meddela tredskodom skall således bifallas.

108. Oder-Plan har dock enligt artikel 94.4 i rättegångsreglerna möjlighet att ansöka om återvinning av denna tredskodom, varvid domstolen i så fall skall avgöra målet genom dom.

VI — Rättegångskostnaderna

109. Enligt artikel 69.2 första meningen rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Kommissionen har yrkat att Oder-Plan, Siab och Esbensen skall ersätta rättegångskostnaderna. Då dessa har tappat målet, skall kommissionens yrkande bifallas.

VII — Förslag till avgörande

110. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag domstolen att meddela följande dom:

A — *Tredskodom mot Oder-Plan*

1) Oder-Plan förpliktas att solidariskt med Siab och Esbensen till Europeiska gemenskapernas kommission utge 54 510 euro, jämte ränta uppgående till 20 798,70 euro för tiden från och med den 1 januari 1993 till och med den 15 januari 1999,

2) Oder-Plan förpliktas att solidariskt med Siab och Esbensen till Europeiska gemenskapernas kommission utge ränta på huvudbeloppet om 54 510 euro

från och med den 16 januari 1999 enligt den räntesats som tillämpas för European Monetary Cooperation Funds eurotransaktioner med tillägg av 2 procentenheter.

B — *Dom mot Siab och Esbensen*

1) Siab och Esbensen förpliktas att solidariskt med Oder-Plan till Europeiska gemenskapernas kommission utge 54 510 euro, jämte ränta uppgående till 20 798,70 euro för tiden från och med den 1 januari 1993 till och med den 15 januari 1999,

2) Siab och Esbensen förpliktas att solidariskt med Oder-Plan till Europeiska gemenskapernas kommission utge ränta på huvudbeloppet om 54 510 euro från och med den 16 januari 1999 enligt den räntesats som tillämpas för European Monetary Cooperation Funds eurotransaktioner med tillägg av 2 procentenheter.

C — *Rättegångskostnaderna*

Svarandena skall solidariskt ersätta rättegångskostnaderna.