

DOMSTOLENS DOM (Anden Afdeling)

11. oktober 2001 *

I sag C-77/99,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved R.B. Wainwright og K. Schreyer, som befuldmægtigede, bistået af Rechtsanwalt M. Núñez-Müller, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Oder-Plan Architektur GmbH i likvidation, Berlin (Tyskland), ved likvidator C. Schlote som repræsentant efter loven,

NCC Deutsche Bau GmbH, tidligere NCC Siab Bau GmbH, Fürstenwalde (Tyskland), ved Rechtsanwalt D. Stoecker,

Esbensen Consulting Engineers, Virum (Danmark), ved Rechtsanwalt D. Stoecker,

sagsøgte,

* Processprog: tysk.

angående en sag, hvorunder Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber i medfør af EF-traktatens artikel 181 (nu artikel 238 EF) har nedlagt påstand om tilbagebetaling af et forskud, der er blevet udbetalt af Kommissionen inden for rammerne af Thermie-programmet, der omhandles i artikel 1 i Rådets forordning (EØF) nr. 2008/90 af 29. juni 1990 om fremme af energiteknologi i Europa (Thermie-programmet) (EFT L 185, s. 1),

har

DOMSTOLEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, N. Colneric (refererende dommer), og dommerne R. Schintgen og V. Skouris,

generaladvokat: S. Alber

justitssekretær: assisterende justitssekretær H. von Holstein,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at Kommissionen, NCC Deutsche Bau GmbH og Esbensen Consulting Engineers har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 6. december 2000,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 25. januar 2001,

afsagt følgende

Dom

- 1 Ved stævning indleveret til Domstolens Justitskontor den 3. marts 1999 har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber i henhold til EF-traktatens artikel 181 (nu artikel 238 EF) anlagt sag med påstand om, at Oder-Plan Architektur GmbH (herefter »Oder-Plan«), NCC Deutsche Bau GmbH (herefter »Deutsche Bau«) og Esbensen Consulting Engineers (herefter »Esbensen«) in solidum tilpligtes at betale den 54 510 EUR, hvortil kommer rente af hovedstolen på 54 510 EUR, som udgør 20 798,70 EUR for perioden fra den 1. januar 1993 til den 15. januar 1999, og som fra den 16. januar 1999 beregnes efter den rentesats, der anvendes af Den Europæiske Fond for Monetært Samarbejde ved dennes euro-transaktioner, forhøjet med 2 procentpoint.

Sagens faktiske omstændigheder og retsgrundlaget

- 2 Den 15. september 1992 indgik Kommissionen på Det Europæiske Fællesskabs vegne en kontrakt med Oder-Plan, Deutsche Bau og Esbensen om tildeling af finansiel støtte fra Kommissionen til disse virksomheder, som i fællesskab skulle gennemføre et projekt benævnt »Oderhaus — Passive Solar Energy in an Innovative Office Building«. Oder-Plan og Deutsche Bau har hjemsted i Tyskland, Esbensen i Danmark.
- 3 Kontrakten blev indgået i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 2008/90 af 29. juni 1990 om fremme af energiteknologi i Europa (Thermie-programmet) (EFT L 185, s.1).

- 4 I kontraktens artikel 9.1 har parterne aftalt, at tysk ret finder anvendelse, og i artikel 12 i kontraktens bilag II er De Europæiske Fællesskabers Domstol blevet tillagt kompetence.
- 5 I kontrakten betegnes Oder-Plan, Deutsche Bau og Esbensen som »kontrahenterne«, der efter indledningen til den nævnte kontrakt og artikel 2 i bilag II handler som solidariske skyldnere. Sidstnævnte artikel bestemmer navnlig, at kontrahenterne principielt hæfter solidarisk og hver for sig over for Kommissionen, hvis en af dem ikke opfylder sine forpligtelser.
- 6 Efter kontrakten har Oder-Plan overtaget funktionen som koordinator. I henhold til kontraktens artikel 1.4 er koordinatoren på kontrahenternes vegne ansvarlig for fremlæggelse af alle dokumenter til Kommissionen samt for kontakten mellem kontrahenterne og Kommissionen. Desuden fastsætter bestemmelsen, at alle Kommissionens almindelige meddelelser til kontrahenterne og omvendt går igennem koordinatoren.
- 7 Kontraktens bilag I, punkt B.4, fastsætter opgavefordelingen mellem kontrahenterne inden for projektets rammer. Herefter henhører opgaverne »engineering/design« under Oder-Plan og Esbensen, opgaverne »construction« og »erection« under Deutsche Bau og opgaven »administration« udelukkende under Oder-Plan.
- 8 Efter kontraktens artikel 2 var påbegyndelsen af arbejdet til gennemførelse af projektet fastsat til den 1. juni 1992; arbejdet skulle være afsluttet den 30. april 1996. Det arbejdsprogram, som skulle gennemføres af kontrahenterne, er beskrevet i kontraktens bilag I under punkt B.7. I henhold til artikel 2.2, første punktum, skulle forsinkelser ved projektets gennemførelse straks meddeles Kommissionen.

- 9 I henhold til kontraktens artikel 3.1 var projektets samlede omkostninger anslået til i alt 10 321 865 ECU. Efter kontraktens artikel 3.2 skulle Kommissionen bidrage med 30% af projektets støtteberettigede omkostninger, uden moms, indtil et beløb på højst 233 100 ECU. Omkostningerne, hvortil der kan kræves støtte, fremgår af kontraktens bilag I, punkt B.11. Her er de inddelt i omkostninger til udkast til planlægning (»design«), udførelse (»execution«) og overvågning (»monitoring«). De i denne sammenhæng nævnte støtteberettigede omkostninger til udarbejdelse af projektet udgør 161 000 DEM. I tabel 2 i kontraktens bilag I er dette beløb opdelt således, at foreløbige udkast (»preliminary design«) udgør 96 600 DEM, og den detaljerede planlægning (»detailed design«) udgør 64 400 DEM.
- 10 Efter kontraktens artikel 4 sammenholdt med artikel 17.2 i kontraktens bilag II skulle Kommissionen inden for to måneder efter, at alle parterne havde underskrevet kontrakten, betale koordinatoren et forskud på 69 930 ECU, hvilket svarer til 30% af det maksimale beløb på 233 100 ECU, der er nævnt i kontraktens artikel 3.2.
- 11 I henhold til kontraktens artikel 5 og artikel 6.1, litra a), i kontraktens bilag II skulle kontrahenterne hvert halve år gennem koordinatoren tilsende Kommissionen forskellige tekniske og økonomiske rapporter.
- 12 Efter artikel 17.3 i kontraktens bilag II skulle kontrahenterne — såfremt Kommissionens allerede tildelte betalinger oversteg de finansielle bidrag, som den i alt skulle betale i henhold til kontraktens bilag II — ved slutningen eller ophøret af projektet i henhold til kontrakten straks tilbagebetale det overskydende beløb.
- 13 Kontraktens artikel 2.2, andet punktum, bestemmer, at kontrakten kan opsiges i henhold til de i artikel 8 i bilag II nævnte betingelser. Efter artikel 8.2, litra d), i bilag II kan Kommissionen bringe kontrakten til ophør, hvis en eller flere af kontrahenterne ikke opfylder sine forpligtelser, medmindre der foreligger

plausible og legitime tekniske eller økonomiske grunde, efter at den skriftligt ved rekommanderet brev eller brev med kvittering for modtagelsen har anmodet kontrahenterne om at opfylde deres forpligtelser, og såfremt kontrahenterne en måned efter denne skrivelser modtagelse endnu ikke har efterkommet deres forpligtelser.

- 14 Efter opsigelsen af kontrakten i henhold til artikel 8.2, litra d), kan Kommissionen i henhold til artikel 8.4 i kontraktens bilag II forlange tilbagebetaling af den samlede fællesskabsstøtte eller en del heraf. Desuden kan Kommissionen i givet fald forlange renter af beløbet, der skal tilbagebetales, efter den rentesats, der anvendes af Den Europæiske Fond for Monetært Samarbejde ved dennes euro-transaktioner, forhøjet med 2 procentpoint, fra det tidspunkt, hvor de kontraherende parter har modtaget støtten.
- 15 Efter artikel 2, tredje punktum, litra c), i kontraktens bilag II hæfter en kontrahent dog ikke for tilbagebetalingen i henhold til artikel 8.4 i kontraktens bilag II, hvis han på en tilfredsstillende måde kan bevise over for Kommissionen, at han ikke selv har medvirket til misligholdelsen, og at han har opfyldt sine informationsforpligtelser i henhold til artikel 1.4 i kontraktens bilag II. Efter sidstnævnte artikel er kontrahenterne navnlig forpligtet til straks at informere Kommissionen om enhver afbrydelse af arbejdet samt om alle omstændigheder, der væsentligt kan være til hinder for opfyldelsen af kontrakten.
- 16 Kommissionen fik ikke tilsendt de i kontraktens artikel 5 foreskrevne halvårslige tekniske og økonomiske rapporter. Den sendte derfor alle kontrahenterne et rekommanderet brev med modtagelsesbevis af 20. januar 1995, hvori den fastsatte en frist på to måneder til at opfylde underretningsforpligtelsen, og tilkendegav over for dem, at den ville opsiges kontrakten og kræve den tildelte støtte tilbage, hvis denne forpligtelse ikke blev opfyldt.
- 17 Esbensen nægter at have modtaget denne skrivelse. Ved skrivelse af 27. marts 1995 meddelte Oder-Plan Kommissionen, at det ikke var lykkedes at gennemføre projektet, da det forudsatte køb af byggegrund var mislykkedes. Oder-Plan

anførte desuden, at projektet ikke kunne gennemføres, da hverken de byggegrunde, der oprindeligt havde været planlagt dertil eller andre byggegrunde i stedet herfor, havde kunnet erhverves.

- 18 Kontrahenterne forelagde ikke de krævede rapporter inden for den frist, der var blevet fastsat af Kommissionen i dennes skrivelse af 20. januar 1995. Som følge heraf sendte Kommissionen — ved rekommanderet brev med modtagelsesbevis — kontrahenterne enslydende opsigelsesskrivelser af 17. oktober 1995. Som begrundelse for opsigelsen anførte den, at den ikke havde modtaget de rapporter, som den havde rykket for, og at projektet ikke kunne realiseres. Samtidig krævede den det udbetalte forskud tilbage samt renter. Deutsche Bau og Esbensen hævder, at de ikke har modtaget denne skrivelse fra Kommissionen.
- 19 Ved skrivelse af 24. oktober 1995 forelagde Oder-Plan Kommissionen en rapport af 28. juli 1995, hvori den redegjorde for projektets forløb, grunden til, at det var mislykkedes, samt for, hvad det af Kommissionen tildelte forskud var blevet anvendt til. Projektet skal ifølge denne skrivelse anses for definitivt at være mislykkedes fra slutningen af 1993.
- 20 I den nævnte rapport forklarede Oder-Plan, at der ved gennemførelse af projektet var opstået omkostninger på i alt 282 790 DEM. Disse omkostninger kunne opdeles som følger:

— 84 000 DEM	for omarbejdelse af udkast, der havde været nødvendig på grund af ændringen af den planlagte beliggenhed (Karl-Marx-Strasse/Bergstrasse i stedet for Mühlengasse 1) (jf. rapportens punkt 7.1)
--------------	--

- 16 970 DEM for omarbejdelse af energiteknikken (innovativ energi) med hensyn til det nye projekt (jf. rapportens punkt 7.2)

- 24 500 DEM for omarbejdelse af projektet som følge af problemer med byggegrunden, byggepladsdelinger osv.; i dette beløb er der indeholdt et beløb på 20 000 DEM, som NCC Siab Bau GmbH har fået refunderet af Oder-Plan (jf. rapportens punkt 7.3)

- 14 760 DEM på grund af de nødvendige forhandlinger med energileverandørerne med henblik på energiprojektets nye udformning (jf. rapportens punkt 7.4)

- 142 560 DEM for projektledelsen, navnlig de nødvendige forhandlinger med de kommunale myndigheder og ejerne af byggegrundene (jf. rapportens punkt 7.5).

21 Ved skrivelse af 12. februar 1996 meddelte Kommissionen kontrahenterne, at den kun anerkendte 96 600 DEM, svarende til 51 401 ECU, som støtteberettigede omkostninger og henførte dem som værende afholdt vedrørende fasen »preliminary design«. Den fastsatte derfor støtten til 30% af 51 401 ECU, dvs. til 15 420 ECU. Den opfordrede kontrahenterne til at tilbagebetale den 54 510 ECU (dvs. forskuddet på 69 930 ECU fratrukket den anerkendte støtte på 15 420 ECU) samt renter, som den beregnede til 11 175 ECU for perioden fra den 1. januar 1993 til den 30. september 1995, dvs. i alt 65 685 ECU. Det anførtes afslutningsvis i denne skrivelse, at Kommissionens regnskabsfører inden for de næste dage ville meddele kontrahenterne tilbagebetalingsmåden, og disse blev anmodet om ikke at foretage betaling forud herfor.

- 22 Ingen af kontrahenterne betalte.
- 23 Oder-Plan er ved rekommanderet brev blevet tilsendt stævningen den 9. marts 1999. Modtagelsesbeviset er behørigt blevet tilbagesendt til Domstolens Justitskontor, men dog med en ulæselig underskrift. Den 7. april 1999 indgik den uåbnede forsendelse igen til Domstolens Justitskontor med følgende håndskrevne påtegning på kuerten: »Tilbagesendes venligst afsenderen — Oder-Plan Architektur GmbH blev opløst den 15. november 1996 — der findes ikke længere nogen Geschäftsführer Dipl.-Ing. Christian Schlote«. I henhold til en yderligere påtegning på kuerten er forsendelsen blevet forkyndt for adressaten den 22. marts 1999.
- 24 Ved processkrift af 15. juni 1999 har Kommissionen forelagt en notarbekræftet udskrift af handelsregistret ved Amtsgericht Charlottenburg i Berlin vedrørende Oder-Plan, hvoraf fremgår, at Oder-Plan er blevet opløst i henhold til artikel 1 i lov af 9. oktober 1934, fordi en begæring over for Oder-Plan om åbning af en konkursbehandling var blevet afvist på grund af boets utilstrækkelighed ved Amtsgericht Charlottenburg's kendelse af 14. november 1996, som er blevet endelig.
- 25 Da Oder-Plan ikke har indgivet svarskrift, har Kommissionen ved processkrift af 15. juni 1999 anmodet om, at der afsiges udeblivelsesdom. Denne begæring blev tilsendt Oder-Plan den 21. juli 1999. Det rekommanderede brev er imidlertid blevet tilbagesendt Justitskontoret med postanmærkning: »flyttet — ny adresse ukendt«.

Spørgsmålet om sagens antagelse til realitetsbehandling

- 26 Sagen må afvises, for så vidt Kommissionen gør gældende, at den har krav på renter for perioden fra den 16. januar 1999 efter den rentesats, der anvendes af

Den Europæiske Fond for Monetært Samarbejde ved dennes euro-transaktioner, forhøjet med 2 procentpoint. Den nævnte fond eksisterer nemlig ikke længere, hvorfor der i hvert fald fra 1994 ikke længere offentliggøres nogen tilsvarende rentesatser. Dette har Kommissionen selv gjort gældende i sagen SIVU mod Kommissionen, der blev afgjort ved dom af 2. oktober 2001 (sag C-172/97 OP, trykt i dette bind af Samling af Afgørelser, s. 6699). Det er derfor ikke klart, hvor meget Kommissionen kræver i rente fra den 16. januar 1999. Påstanden er for så vidt ubestemt. En dom fra Domstolen, der ville svare til påstanden, ville ikke kunne fuldbyrdes, for de renter, der forlanges, vil ikke kunne beregnes. Sagen skal derfor afvises, i det omfang den vedrører renter beregnet fra den 16. januar 1999.

- 27 I øvrigt antages sagen til realitetsbehandling. Dette er også tilfældet, i det omfang den er anlagt mod Oder-Plan.
- 28 Oder-Plan har nemlig efter sit hjemsteds ret — tysk ret — i henhold til § 13 i Gesetz betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung (lov om anpartsselskaber, herefter »GmbHG«) retsevne og kan være part i en retssag.
- 29 Selskabet Oder-Plan har ikke mistet sin retsevne eller kompetence til at være part i en retssag, fordi det — efter at en begæring om åbning af konkursbehandling, der var rettet imod det, var blevet afvist på grund af boets utilstrækkelighed — i henhold til § 1 i Gesetz über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften (lov om opløsning og sletning af selskaber og andelsforeninger) i handelsregistret er blevet registreret som opløst (jf. i denne retning Bundesarbeitsgericht's dom af 22.3.1988 — 3 AZR 350/86 — *Neue Juristische Wochenschrift* 1988, s. 2637). Selskabet fik dermed status som selskab i likvidation, hvorved direktøren i henhold til GmbHG's § 66, stk. 1, blev likvidator.

- 30 Oder-Plan har heller ikke mistet sin retsevne eller evne til at være part i en retssag på grund af manglende aktiver. Oder-Plan er endnu ikke slettet i handelsregistret. Dette betyder efter en i tysk ret anlagt fortolkning, der tager udgangspunkt i retlig klarhed, at Oder-Plan, uanset et eventuelt tab af selskabets aktiver, ikke har mistet sin retsevne og evne til at være part i en retssag [jf. ovennævnte dom fra Bundesarbeitsgericht; Bork i Stein/Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21. udgave, 1993, § 50, punkt 34, litra c)]. Domstolen er enig i denne fortolkning.

Spørgsmålet, om Kommissionen skal gives medhold i søgsmålet med hensyn til Deutsche Bau og Esbensen

Parternes argumenter

- 31 Kommissionen gør gældende, at Deutsche Bau og Esbensen er forpligtede til solidarisk af de 69 930 ECU, der blev betalt som forskud, at tilbagebetale et beløb på 54 510 EUR.
- 32 Kontrakten mellem parterne er blevet bragt til ophør ved den opsigelse, der fremgår af Kommissionens skrivelser af 17. oktober 1995.
- 33 Også Esbensen har modtaget den forudgående rykkerskrivelse af 20. januar 1995, hvori det blev tilkendegivet, at kontrakten ville blive opsagt. Dette følger også af en skrivelse fra Esbensen til Kommissionen af 7. marts 1995, hvori Esbensen tog udtrykkeligt stilling til de af Kommissionen fremførte klagepunkter. Deutsche Bau og Esbensen har endvidere modtaget opsigelsesskrivelserne af 17. oktober 1995. Dette følger af modtagelsesbeviserne, som Kommissionen har fremlagt.

- 34 Da kontrahenterne for det første i strid med kontraktens artikel 1.1 ikke har gennemført projektet, for det andet i strid med kontraktens artikel 2.2, første punktum, ikke straks har underrettet Kommissionen om de indtrådte forsinkelser, og for det tredje i strid med kontraktens artikel 5 sammenholdt med artikel 6 i kontraktens bilag II ikke inden for den ved skrivelsen af 20. januar 1995 for dem fastsatte yderligere frist har forelagt de rapporter, der krævedes efter kontrakten, var Kommissionen i henhold til artikel 8.2, litra d), i kontraktens bilag II berettiget til at opsig denne ved skrivelsen af 17. oktober 1995.
- 35 Efter Kommissionens opfattelse hæfter kontrahenterne solidarisk for tilbagebetalingen af forskuddet. Deutsche Bau og Esbensen kan ikke påberåbe sig hæftelsesfritagelsen i artikel 2, litra c), i kontraktens bilag II, da de ikke har opfyldt den i artikel 1.4 i kontraktens bilag II fastsatte informationsforpligtelse.
- 36 De støtteberettigede omkostninger beløber sig til højst 96 600 DEM.
- 37 De i punkt 7.1, 7.3 og 7.5 i rapporten af 28. juli 1995 nævnte omkostninger er ikke støtteberettigede omkostninger, da de i det væsentlige kan tilbageføres til, at kontrahenterne ikke var i stand til at erhverve den byggegrund, der oprindeligt var påtænkt til projektet. I øvrigt bortfalder muligheden for støtte også derved, at omkostningerne i rapportens punkt 7.1 vedrører et helt nyt projekt. Dette projekt har ikke længere noget at gøre med det projekt, som Kommissionen oprindeligt var blevet forelagt, og med hensyn til hvilket denne havde indgået kontrakten.
- 38 Deutsche Bau og Esbensen gør gældende, at kontrakten ikke er blevet bragt til ophør ved den af Kommissionen ved skrivelserne af 17. oktober 1995 meddelte opsigelse.

- 39 For det første har ingen af dem modtaget opsigelsesskrivelserne af 17. oktober 1995. Modtagelsesbeviset for skrivelsen, der blev sendt til Deutsche Bau, indeholder ganske vist et poststempel fra Postamt Fürstenwalde, men ingen underskrift i underskriftsrubrikken. Esbensen har heller ikke modtaget skrivelsen af 20. januar 1995.
- 40 For det andet er opsigelsen ugyldig, fordi der ikke foreligger nogen opsigelsesgrund. Kommissionen har nemlig alene begrundet opsigelsen med, at kontrahenterne i strid med de kontraktlige bestemmelser i artikel 5, henholdsvis artikel 6 i kontraktens bilag II, ikke har opfyldt deres rapporteringsforpligtelser. Efter artikel 2 i kontraktens bilag II hæftede kontrahenterne ganske vist solidarisk over for Kommissionen, men alene Oder-Plan var som koordinator ansvarlig for opfyldelsen af disse forpligtelser efter de særlige bestemmelser i kontraktens artikel 1.4. Kommissionen ville alene have kunnet støtte en tilbagetræden på spørgsmålet om opfyldelsen af rapporteringsforpligtelserne, da de kontraktmæssige forudsætninger for en tilbagetræden på dette grundlag først forelå ved dens skrivelse af 20. september 1995 [jf. artikel 8.2, litra d), og artikel 8.4 i kontraktens bilag II].
- 41 Oder-Plans tilsidesættelse af kontrakten kan dog hverken tilregnes Deutsche Bau eller Esbensen.
- 42 Det kan ikke lægges Deutsche Bau og Esbensen til last, at de økonomiske rapporter ikke er blevet indsendt. Det påhvilede alene Oder-Plan at tilsende Kommissionen en økonomisk rapport vedrørende alle omkostninger. Esbensen indskærpede over for Oder-Plan, at den skulle opfylde sine forpligtelser til at indgive rapporter.
- 43 Det ville have været nærliggende for Kommissionen i det mindste at undersøge muligheden for alene at bringe kontrakten til ophør i forhold til Oder-Plan i

henhold til artikel 8.5 i kontraktens bilag II og muligheden for en fortsættelse af projektet med de øvrige kontrahenter ved inddragelse af nye partnere.

- 44 Deutsche Bau og Esbensen gør subsidiært gældende, at de — hvis de overhovedet skal hæfte — alene skal hæfte i henhold til princippet om ugrundet berigelse. Der består dog intet tilbagebetalingskrav, da der ikke foreligger berigelse, hvilket følger af § 818, stk. 3, i Bürgerliches Gesetzbuch (herefter »BGB«).
- 45 Dertil kommer, at Kommissionen har beregnet de støtteberettigede omkostninger forkert.
- 46 Kommissionen har med urette i sin skrivelse af 12. februar 1996 alene lagt et beløb på 15 420 ECU (30% af 51 401 ECU eller 96 600 DEM) til grund som endelig støtte. Kommissionen begår en fejl ved at fortolke kontrakten således, at de omkostninger, der kan anerkendes som støtteberettigede med henblik på projekteringsfasen, er begrænset til 96 600 DEM. I sin argumentation overser Kommissionen for det første, at tabel 2 i kontraktens bilag I alene gengiver de anslåede omkostninger, der udgør grundlaget for beregningen af forskuddet i henhold til kontraktens artikel 4.1, første led. Kommissionens samlede støtte er imidlertid ikke begrænset til dette forskud. Kommissionen ser endvidere bort fra, at de anslåede omkostninger til projektudarbejdelsen ikke var begrænset til 96 600 DEM, men at der samlet var anslået et beløb på 161 000 DEM til projektudarbejdelsen, nemlig omkostninger til »preliminary design« og til »detailed design«. De omkostninger, der faktisk er afholdt af Oder-Plan, vedrørte ikke almindelige, indledende projekteringsarbejder, som begrebet »preliminary design« måske kunne give indtryk af, men vedrørte en detaljeret planlægning af projektet på det påtænkte sted.
- 47 Da Kommissionen ved kontraktens indgåelse var bekendt med, at den byggegrund, der var udvalgt til projektet, endnu ikke var erhvervet af Oder-Plan, falder

de yderligere planlægningsomkostninger, der er opstået på grund af den nødvendige ændring af projektet, også inden for Kommissionens risikoområde. Omkostningerne i punkt 7.1, 7.3 og 7.5 i Oder-Plan's rapport af 28. juli 1995 er derfor omkostninger, som er støtteberettigede.

- 48 I øvrigt har Kommissionen ifølge Deutsche Bau og Esbensen også et betydeligt medansvar, for det første derved, at de renter, som den har gjort gældende, er opstået, og for det andet derved, at den faktiske modtager af dens betalinger ikke længere er i stand til at tilbagebetale de af Kommissionen tildelte beløb.
- 49 Hvis Kommissionen rettidigt havde krævet forskuddet tilbage, ville det ikke være blevet opbrugt, og eftersom Oder-Plan ville have haft de pågældende midler, ville der ikke være opstået noget tab for Kommissionen.
- 50 For så vidt angår de renter, der kræves af Kommissionen, gør Deutsche Bau og Esbensen gældende, at der foreligger forældelse. De gør desuden gældende, at de ikke skal betale renter ud over den 12. januar 1996. I skrivelsen af 12. februar 1996 anmodede Kommissionen dem nemlig om foreløbig ikke at betale, og de har ikke senere modtaget en anmodning om at betale.
- 51 Kommissionen finder, at indvendingen om bortfald af berigelse er ubegrundet, fordi BGB's § 818, stk. 3, ikke er anvendelig på kontraktmæssigt fastsatte tilbagetrædelsesrettigheder og tilknyttede kontraktafviklinger.

- 52 For så vidt som Deutsche Bau og Esbensen har gjort gældende, at det støtteberettigede omkostningsbeløb er større end angivet af Kommissionen og har begrundet dette med, at de ikke kun har udarbejdet »preliminary design«, men også »detailed design«, har Kommissionen heroverfor anført, at den på intet tidspunkt har modtaget bevis for et sådant »detailed design«. I øvrigt er projektet aldrig blevet påbegyndt — og endnu mindre færdiggjort — således at der under alle omstændigheder kan stilles spørgsmålstegn ved dets støtteberettigelse.
- 53 Kommissionen bestrider, at den har nogen form for medansvar. Efter dens opfattelse må dette anbringende afvises, da det er i strid med princippet om retfærdighed.
- 54 Rentekravet, der er gjort gældende, er ikke forældet, da den fireårige forældelsesfrist ikke begyndte at løbe før den 31. december 1996.

Domstolens bemærkninger

- 55 I henhold til artikel 8.4 i kontraktens bilag II har Kommissionen over for Deutsche Bau og Esbensen krav på, at disse tilbagebetaler et beløb på 54 510 EUR som en del af forskuddet på 69 930 ECU.
- 56 Da Kommissionen fremsendte sine opsigelsesskrivelser af 17. oktober 1995 til Deutsche Bau og Esbensen, var den berettiget til at opsig kontrakten i henhold til artikel 8.2, litra d), i kontraktens bilag II.

- 57 Der forelå mindst en opsigelsesgrund. Oder-Plan havde nemlig — i sin egenskab af koordinator — ved skrivelse af 27. marts 1995 meddelt Kommissionen, at projektet ikke kunne gennemføres, fordi den forudsatte byggegrundserhvervelse var mislykkedes. Deutsche Bau og Esbensen efterkom således ikke deres forpligtelser til at gennemføre projektet i henhold til kontraktens artikel 1, uden at de herved kan påberåbe sig plausible og legitime tekniske og økonomiske grunde.
- 58 Ganske vist skulle Kommissionen efter ordlyden af artikel 8.2, litra d), i kontraktens bilag II før opsigelsen have opfordret kontrahenterne til at videreføre projektet i overensstemmelse med deres kontraktmæssige forpligtelser. En sådan opfordring var dog efter princippet om loyalitet i kontraktforhold (BGB's § 242 og 157) ikke nødvendig i den foreliggende sag. Oder-Plan havde definitivt, og uden at det kunne misforstås, i sin skrivelse af 27. marts 1995 redegjort for projektets ophør. Herudover var tillidsforholdet mellem parterne, der var nødvendigt for gennemførelsen af kontrakten, faldet bort. Kontrahenterne havde nemlig næsten tre år efter den officielle påbegyndelse af arbejderne den 1. januar 1992 og efter den punktlige betaling af forskuddet fra Kommissionens side ikke engang erhvervet den byggegrund, der var en forudsætning for gennemførelsen af projektet. I modstrid til det af Esbensen anførte kunne man af disse grunde ikke kræve af Kommissionen — i overensstemmelse med artikel 8.5 i kontraktens bilag II — at den alene skulle opsiges kontrakten over for Oder-Plan og fortsætte den sammen med de to andre kontrahenter.
- 59 Da Kommissionen således var berettiget til at opsiges kontrakten, er det ikke nødvendigt at tage stilling til, om den også kunne have opsagt den, fordi kontrahenterne ikke havde forelagt de nødvendige tekniske og økonomiske rapporter, som de var blevet rykket for ved Kommissionens skrivelse af 20. januar 1995.
- 60 Kommissionen har endvidere foretaget en forskriftsmæssig opsigelse af kontrakten over for Deutsche Bau og Esbensen. Der er enighed om, at Oder-Plan har modtaget Kommissionens opsigelsesskrivelse af 17. oktober 1995, hvoraf det entydigt fremgår, at den opsiges kontrakten over for alle kontrahenterne. Kommissionen har endvidere bevist, at Esbensen — imod dennes benægtelse — har modtaget opsigelsesskrivelsen den 3. november 1995. Kommissionen har nemlig fremlagt et modtagelsesbevis, hvoraf fremgår, at forsendelsen behørigt er

blevet overgivet til Esbensen. Med hensyn til modtagelsesbeviset for skrivelsen af 17. oktober 1995 til Deutsche Bau er dette dog ikke tilfældet, da denne ikke er blevet behørigt underskrevet. Det er imidlertid ikke nødvendigt at tage stilling til, om opsigelsesskrivelsen til Oder-Plan bragte kontrakten i det hele til ophør, ud fra en antagelse om, at Oder-Plan som koordinator — også med hensyn til en meddelelse om opsigelse — var i besiddelse af en fuldmagt til at modtage en sådan, der var adresseret til de andre kontrahenter. Opsigelsen af kontrakten fra Kommissionens side over for Deutsche Bau skete nemlig i hvert fald ved forkyndelsen af stævningen, som opsigelsesskrivelsen af 17. oktober 1995 var vedlagt som bilag til.

- 61 Kommissionen kan således efter kontraktens opsigelse i henhold til artikel 8.4 i kontraktens bilag II forlange tilbagebetaling af sit samlede finansielle bidrag eller en del heraf. Deutsche Bau og Esbensen hæfter for så vidt solidarisk i henhold til BGB's § 421 ff. Dette følger af kontrakten selv, hvori det udtrykkeligt er nævnt, at kontrahenterne handler som solidarisk hæftende, hvorfor de hæfter for projektets gennemførelse og ikke kun hver især for gennemførelsen af bestemte arbejdsopgaver. Det følger således af kontrakten, at enhver af kontrahenterne i henhold til BGB's § 425, stk. 1, hæfter for en medkontrahents misligholdelse. Et sådant medansvar for andre solidariske skyldneres misligholdelse er i øvrigt almindeligt antaget i tysk ret, hvis flere virksomheder — som i den foreliggende sag — forpligter sig til at udføre et bygge- og anlægsarbejde (jf. Bundesgerichtshof's dom af 18.10.1951 — III ZR 138/50 — *Neue Juristische Wochenschrift* 1952, s. 217).
- 62 Deutsche Bau og Esbensen må derfor principielt også hæfte for misligholdelsen hos Oder-Plan, som efter deres opfattelse bærer ansvaret for, at kontrakten slog fejl. Imidlertid indeholder artikel 2, litra c), i kontraktens bilag II en undtagelse til kontrahenternes solidariske hæftelse for forpligtelsen til tilbagebetaling efter artikel 8.4 i kontraktens bilag II. En kontrahent skal nemlig ikke hæfte, hvis han kan bevise, at han ikke har medvirket til den andens misligholdelse af kontrakten, og at han har efterkommet sine informationsforpligtelser efter artikel 1.4 i kontraktens bilag II. Disse betingelser har Deutsche Bau og Esbensen ikke opfyldt. De har ikke nærmere godtgjort, at de er uden ansvar for, at projektet ikke blev gennemført. Derudover har de navnlig ikke bevist, at de har efterkommet deres informationsforpligtelser.

- 63 Kommissionens krav på tilbagebetaling af det tildelte forskud følger desuden af artikel 17.3 i kontraktens bilag II. Efter denne bestemmelse er kontrahenterne nemlig ved arbejdets ophør forpligtet til at tilbagebetale Kommissionen differencen mellem de af denne allerede ydede højere betalinger og det finansielle bidrag, som Kommissionen efter bestemmelserne i bilag II i alt skal betale. Det er ubestridt, at kontrahenterne i slutningen af 1993 ophørte med at arbejde på projektet. De skal derfor i henhold til artikel 17.3 i kontraktens bilag II tilbagebetale det modtagne forskud, for så vidt det ikke i henhold til kontraktens bestemmelser skal henregnes til de støtteberettigede omkostninger.
- 64 Med hensyn til de omtvistede beløb kræver Kommissionen med rette tilbagebetaling af et beløb på 54 510 EUR.
- 65 De støtteberettigede omkostninger udgjorde 96 600 DEM, svarende til 51 401 ECU, hvoraf 30%, dvs. 15 420 ECU — i henhold til kontraktens artikel 3.2 — skal fradrages det udbetalte forskud på 69 930 ECU. I modstrid med, hvad Deutsche Bau og Esbensen har anført, foreligger der ikke støtteberettigede omkostninger, som overstiger det førstnævnte beløb. For det første, som generaladvokaten i enkeltheder har redegjort for i punkt 79 til 82 i forslaget til afgørelse, må der — på grund af parternes kontraktmæssige forbindelse — nemlig tages udgangspunkt i, at det af Kommissionen tildelte forskud ikke uden dens tilslutning måtte bruges til andet end det i kontraktens bilag I detaljeret beskrevne projekt. Desuden kan der ikke — i modstrid med det af parterne anførte — være tale om, at man allerede var nået frem til detaljeret planlægning, før projektets endelige placering overhovedet stod fast. I hvert fald har parterne for så vidt ikke fremlagt nogen beviser.
- 66 Deutsche Bau og Esbensen kan ikke påberåbe sig princippet om bortfald af berigelse efter BGB's § 818, stk. 3. I den forbindelse skal der indledningsvis henvises til, at Kommissionen ved betalingen af forskuddet til koordinatoren har efterkommet sin forpligtelse over for alle kontrahenterne til at tildele et forskud efter kontrakten. Kommissionens betaling har således virkning over for alle kontrahenterne, der således på deres side under de ovenfor nævnte betingelser er forpligtet til solidarisk at foretage tilbagebetaling. Over for denne kontrakt-

mæssige tilbagebetalingsforpligtelse kan kontrahenterne ikke påberåbe sig princippet om bortfald af berigelse efter BGB's § 818, stk. 3. Det fremgår tværtimod af selve aftalen mellem parterne om forskuddet, at modtagerne af forskuddet skal tilbagebetale det, hvis og i det omfang der ikke skulle opstå omkostninger, for hvilke der kan kræves støtte, idet støttekravet i henhold til kontrakten skal modregnes i tilbagebetalingskravet. På grund af Kommissionens ydelsers forskuds karakter måtte kontrahenterne indrette sig på en mulig tilbagebetalingspligt. De kan derfor ikke påberåbe sig princippet om bortfald af berigelse.

67 Endelig kan Deutsche Bau og Esbensen ikke anfægte tilbagebetalingen af forskuddet med det argument, at Kommissionen tidligere skulle have gjort kravet herpå gældende over for Oder-Plan, da dette selskab stadig ville have været i stand til at betale, og at Kommissionen af denne grund i vidt omfang har medvirket til skadens indtræden.

68 I den henseende bemærkes, at Kommissionen ikke gør et erstatningskrav gældende, men delvist tilbagekræver det af den betalte forskud. BGB's § 254, som Deutsche Bau og Esbensen — under henvisning til medvirken fra Kommissionens side — tilsyneladende tager udgangspunkt i, er derfor ikke anvendelig (jf. Heinrichs i Palandt, BGB, 60. udgave, 2001, BGB's § 254, punkt 5 ff.).

69 Efter artikel 2, stk. 1, i Rådets forordning (EF) nr. 1103/97 af 17. juni 1997 om visse bestemmelser vedrørende indførelsen af euroen (EFT L 162, s. 1) skal henvisningen til ecu med hensyn til hovedstol og rentebeløb erstattes af en henvisning til euroen i forholdet 1 EUR: 1 ECU.

- 70 Efter artikel 8.4 i kontraktens bilag II skal kontrahenterne betale de kontraktmæssige renter. I modsætning til, hvad Deutsche Bau og Esbensen har anført, gælder dette ikke kun indtil den 12. februar 1996. Kommissionen har nemlig i sin skrivelse af 12. februar 1996 med sin anmodning om, at de af bogføringsmæssige grunde i første omgang ikke skulle foretage betaling, på ingen måde givet afkald på sit kontraktmæssige rentekrav for det tilfælde, at kontrahenterne efterfølgende ikke foretog nogen betaling. Deutsche Bau og Esbensen påberåber sig dog med rette, at de ubetalte renter for årene 1993 og 1994 er forældet. I henhold til BGB's § 199 skal der nemlig med hensyn til påbegyndelsen af forældelsen tages udgangspunkt i det tidspunkt, hvor kontrakten for første gang kunne have været opsagt. Dette var allerede tilfældet i 1993, da kontrahenterne havde indstillet arbejdet i løbet af dette år. For årene 1993 og 1994 udløb den fireårige forældelsesfrist, der er fastsat i BGB's § 197 og 201, derfor henholdsvis den 31. december 1997 og den 31. december 1998 — dvs. før sagsanlægget. Deutsche Bau og Esbensen skal derfor først betale renter fra den 1. januar 1995.
- 71 Efter Kommissionens beregning i skrivelsen af 12. februar 1996 til kontrahenterne skulle rentesatsen for 1993 ansættes til 9,75% og for 1994 til 6,25% af 54 510 ECU. Dette svarer til et beløb på 5 314,73 ECU for 1993 og et beløb på 3 406,88 ECU for 1994, i alt 8 721,61 ECU. Dette beløb skal fratrækkes det rentebeløb på 11 175 ECU, som Kommissionen i alt kræver for perioden fra den 1. januar 1993 til den 30. juni 1996. Der resterer således 2 453,39 ECU for tiden fra den 1. januar 1995 til den 30. juni 1996. For tiden herefter gælder den af Kommissionen foretagne beregning, som ikke anfægtes af Deutsche Bau og Esbensen med hensyn til beløbsstørrelsen. For perioden fra den 1. juli 1996 til den 30. juli 1998 skal der således fastsættes 7 874,55 ECU, for perioden fra den 31. juli 1998 til den 15. december 1998 1 428,30 ECU og fra den 16. december 1998 til den 15. januar 1999 yderligere 320,85 ECU, i alt 9 623,70 ECU. Renterne fra den 1. januar 1995 til den 15. januar 1999, som Deutsche Bau og Esbensen skal pålægges at betale, beløber sig således til et samlet beløb på 12 077,09 ECU. Som det er forklaret i præmis 69, skal dette beløb fastsættes til 12 077,09 EUR.

Spørgsmålet, om antagelse til realitetsbehandling af begæringen om afsigelse af en udeblivelsesdom over for Oder-Plan

72 Kommissionens begæring om, at der afsiges udeblivelsesdom over for Oder-Plan kan antages til realitetsbehandling i henhold til procesreglementets artikel 94, stk. 1.

73 Stævningen blev nemlig ved rekommanderet brev med modtagelsesbevis lovligt forkyndt for Oder-Plan efter procesreglementets artikel 39, stk. 1, sammenholdt med artikel 79, stk. 1, første afsnit. Oder-Plan har ikke indgivet noget svarskrift, således at Kommissionens begæring om afsigelse af en udeblivelsesdom, der lovligt blev forkyndt over for Oder-Plan i henhold til artikel 79, artikel 40, stk. 1, og artikel 38, stk. 2, i procesreglementet ved indlevering til postvæsenet den 23. juli 1999, kan antages til realitetsbehandling.

Spørgsmålet om Kommissionen skal gives medhold i begæringen om afsigelse af en udeblivelsesdom over for Oder-Plan

74 I henhold til procesreglementets artikel 94, stk. 2, skal Oder-Plan ved udeblivelsesdom dømmes i samme omfang som Deutsche Bau og Esbensen, idet søgsmålet mod Oder-Plan hviler på de samme søgsmålsgrunde, og disse findes begrundet i samme omfang, som søgsmålet mod Deutsche Bau og Esbensen.

Sagens omkostninger

- 75 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand herom, og Oder-Plan, Deutsche Bau og Esbensen i det væsentlige har tabt sagen, pålægges det dem in solidum at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN (Anden Afdeling)

- 1) Oder-Plan Architektur GmbH betaler i henhold til udeblivelsesdom in solidum med NCC Deutsche Bau GmbH og Esbensen Consulting Engineers 54 510 EUR til Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber med rente 12 077,09 EUR for perioden fra den 1. januar 1995 til den 15. januar 1999.

- 2) NCC Deutsche Bau GmbH og Esbensen Consulting Engineers betaler in solidum med Oder-Plan Architektur GmbH 54 510 EUR til Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber med rente 12 077,09 EUR for perioden fra den 1. januar 1995 til den 15. januar 1999.

- 3) I øvrigt frifindes Oder-Plan Architektur GmbH, NCC Deutsche Bau GmbH og Esbensen Consulting Engineers.

- 4) Oder-Plan Architektur GmbH, NCC Deutsche Bau GmbH og Esbensen Consulting Engineers betaler in solidum sagens omkostninger.

Colneric

Schintgen

Skouris

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 11. oktober 2001.

R. Grass

N. Colneric

Justitssekretær

Formand for Anden Afdeling