



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Niende Afdeling)

27. juni 2017*

»Tilskud — OLAF's undersøgelse — konstatering af uregelmæssigheder — Kommissionens afgørelse om en administrativ sanktion — udelukkelse fra procedurerne for tildeling af udbudskontrakter og tilskud, der finansieres over Den Europæiske Unions almindelige budget, i en periode på 18 måneder — registrering i systemet for tidlig opdagelse og udelukkelse — tidsmæssig anvendelse af forskellige versioner af finansforordningen — væsentlige formkrav — anvendelse med tilbagevirkende kraft af den mindst indgribende bebyrdende lovregel«

I sag T-151/16,

NC først ved barristers J. Killick og G. Forwood samt advokaterne C. Van Haute og A. Bernard, derefter ved advokaterne J. Killick, G. Forwood og C. Van Haute samt solicitor J. Jeram,

sagsøger,

mod

Europa-Kommissionen først ved F. Dintilhac og M. Clausen, derefter ved Dintilhac og R. Lyal, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

angående en påstand støttet på artikel 263 TEUF om annulatio af Kommissionens afgørelse af 28. januar 2016 om den administrative sanktion om udelukkelse af sagsøgeren fra procedurerne for tildeling af udbudskontrakter og tilskud, der finansieres over Den Europæiske Unions almindelige budget, i en periode på 18 måneder, og følgelig om at registrere denne i systemet for tidlig opdagelse og udelukkelse som omhandlet i artikel 108, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012 af 25. oktober 2012 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget og om ophævelse af Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002 (EUT 2012, L 298, s. 1),

har

RETTEN (Niende Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, S. Gervasoni, og dommerne L. Madise (refererende dommer) og K. Kowalik-Bańczyk,

justitssekretær: fuldmægtig S. Spyropoulos,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 2. marts 2017,

afsagt følgende

* Processprog: engelsk.

Dom

Twistens baggrund

- 1 Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012 af 25. oktober 2012 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget og om ophævelse af Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002 (EUT 2012, L 298, s. 1, herefter »finansforordningen«) er bl.a. blevet ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) 2015/1929 af 28. oktober 2015 (EUT 2015, L 286, s. 1), der finder anvendelse fra den 1. januar 2016. Idet retsforhandlingerne i denne sag rejser spørgsmålet om, hvilken udgave af finansforordningen der finder anvendelse på de faktiske omstændigheder i sagen, vil der i givet fald også henvises til den udgave af finansforordningen, der fandt anvendelse på det tidspunkt, hvor de forhold, der lægges sagsøgeren til last, fandt sted, når der henvises til Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002 af 25. juni 2002 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget (EFT 2002, L 248, s. 1) i den udgave, der fandt anvendelse i november 2008 og i februar 2009. Kommissionens delegerede forordning (EU) nr. 1268/2012 af 29. oktober 2012 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 966/2012 (EUT 2012, L 362, s. 1) blev også med virkning fra den 1. januar 2016 ændret ved Kommissionens delegerede forordning (EU) 2015/2462 af 30. oktober 2015 (EUT 2015, L 342, s. 7), selv om Kommissionens forordning (EF, Euratom) nr. 2342/2002 af 23. december 2002 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 1605/2002 (EFT 2002, L 357, s. 1) (herefter alle »gennemførelsesforordningen«) fandt anvendelse på det tidspunkt, hvor de forhold, der lægges sagsøgeren til last, fandt sted.
- 2 Sagsøgeren, NC, er en almennyttig forening, der bl.a. iværksætter aktioner med et humanitært sigte og en målsætning om bæredygtig udvikling. I 2007 fik foreningen i forbindelse med en kontrakt indgået med Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber inden for rammerne af Fællesskabets eksterne foranstaltninger bevilget et tilskud, der var fastsat til et beløb på flere hundrede tusinde euro for et projekt om miljømæssig forvaltning i et tredjeland.
- 3 I 2012 gennemførte Revisionsretten for Den Europæiske Union kontrolbesøg hos sagsøgeren i forbindelse med opfyldelsen af den i præmis 2 ovenfor nævnte kontrakt. Den identificerede to indkøb af udstyr med hensyn til et køretøj og teknisk udstyr, der rejste tvivl i forhold til, om de udbudsprocedurer, der var blevet fulgt for disse indkøb i henholdsvis november 2008 og februar 2009, var oprigtige. Det Europæiske Kontor for Bekæmpelse af Svig (OLAF) indledte derfor en undersøgelse, i løbet af hvilken OLAF gjorde sagsøgeren opmærksom på, at denne ikke havde været i stand til at fremlægge de dokumenter, hvorved denne havde anmodet om bud fra forskellige leverandører, og at det fulgte af undersøgelserne, at bestemte tilbudsgivere var tilknyttet den ene leverandør, der havde fået tildelt de to kontrakter. Ifølge OLAF lod omstændighederne formode, at sagsøgeren selv havde arrangeret udbuddet, således at det faldt ud til gunst for den nævnte leverandør. Sagsøgeren svarede OLAF, som i august 2014 som afslutning på undersøgelsen meddelte sagsøgeren, at OLAF ville anbefale Kommissionen at registrere foreningen i systemet for tidlig varsling som fastsat i Kommissionens afgørelse 2008/969/EF, Euratom af 16. december 2008 om det system for tidlig varsling, der skal anvendes af Kommissionens anvisningsberettigede og af forvaltningsorganerne (EUT 2008, L 344, s. 125).
- 4 Ved en skrivelse af 31. august 2015, der var udarbejdet på grundlag af finansforordningens artikel 131, stk. 5, sammenholdt med den nævnte forordnings artikel 109, stk. 1, samt med gennemførelsesforordningens artikel 145 i den udgave, som var gældende indtil den 31. december 2015, i medfør hvilke den ansvarlige anvisningsberettigede – efter at de berørte personer er givet lejlighed til at fremsætte bemærkninger – kan anvende administrative og økonomiske sanktioner, der er effektive, står i et rimeligt forhold til situationen og har en afskrækkende virkning, over for tilskudsmodtagere, der er fundet skyldige i grov misligholdelse af deres forpligtelser, meddelte Kommissionen sagsøgeren, at den havde til hensigt at udelukke denne fra aftaler og tilskud finansieret over Den Europæiske Unions budget i en periode på to år. Gennemførelsesforordningens artikel 145 i

den udgave, som var gældende indtil den 31. december 2015, fastslog bl.a., at udelukkelse fra aftaler og tilskud finansieret over Den Europæiske Unions budget kunne vare i op til fem år regnet fra den dato, hvor forseelsen er konstateret, og op til ti år i tilfælde af en ny forseelse. Kommissionen tilføjede, at sagsøgeren, i tilfælde af, at sanktionen blev pålagt, ville blive registreret i den centrale udelukkelsesdatabase som omhandlet i finansforordningens artikel 108 i den udgave, som var gældende indtil den 31. december 2015, såvel som i systemet for tidlig varsling i forbindelse med en varsling om udelukkelse som foreskrevet i artikel 12 i Kommissionens afgørelse 2014/792/EU af 13. november 2014 om det system for tidlig varsling, der skal anvendes af Kommissionens anvisningsberettigede og af forvaltningsorganerne (EUT 2014, L 329, s. 68), der erstattede den tidligere afgørelse om systemet for tidlig varsling, og som selv er blevet erstattet af bestemmelserne i finansforordningens artikel 105a, stk. 1, litra a), og artikel 108, stk. 2-4, i den udgave, som var gældende fra den 1. januar 2016, om »tidlig opdagelse af risici, der truer Unionens finansielle interesser«. Det skal bemærkes, at Kommissionen i sin skrivelse ligeledes henviste til de relevante bestemmelser i finansforordningen og i gennemførelsesforordningen, der fandt anvendelse på det tidspunkt, hvor de forhold, der lægges sagsøgeren til last, fandt sted. Bestemmelserne i de forordninger, som Kommissionen omtalte i sin skrivelse, er i det væsentlige identiske med dem, der er nævnt i nærværende præmis.

- 5 Kommissionen anmodede i forbindelse med den kontradiktoriske procedure, der er fastlagt i de ovenfor nævnte bestemmelser, sagsøgeren om at fremsætte sine bemærkninger inden for en frist på 30 dage fra modtagelsen dens skrivelse.
- 6 I skrivelsen af 31. august 2015 sammenfattede Kommissionen de faktiske omstændigheder, angav et vist antal forhold, ud fra hvilke den havde udledt, at de tilbud, der var givet for de pågældende to indkøb, ikke var oprigtige, påpegede, at der – med hensyn til tilbudsgiverne for leveringen af bilens identitet – var uoverensstemmelser imellem de oplysninger, som sagsøgeren havde givet i en operationel rapportering sendt til lederen af Den Europæiske Unions delegation i det tredjeland, som projektet angik, og hvad der fulgte af OLAF's undersøgelser, og understregede den manglende omtale af indkøbet af det tekniske udstyr i alle de rapporter, som sagsøgeren havde fremlagt, og at sagsøgeren ikke havde været i stand til at give Revisionsretten kopier af de opfordringer om at indgive tilbud, der skulle være blevet sendt til tilbudsgiverne. Kommissionen konkluderede på den baggrund, at sagsøgeren havde organiseret et bedrag, der bestod i en fiktiv indhentelse af tilbud for således at vælge leverandøren af de pågældende to stykker materiel. I den efterfølgende juridiske analyse fastslog Kommissionen, at der – foruden manipulationen med hensyn til de to udbudsprocedurer – forelå uregelmæssigheder i form af udarbejdelse af rapporter, der ikke afspejlede de virkelige forhold, såvel som manglende overholdelse af indkøbsprincipper og de i kontrakten fastsatte dokumentationsforpligtelser. Kommissionen var generelt af den opfattelse, at sagsøgeren ikke havde udført det støttede projekt med den seriøsitet, effektivitet og omhu, der krævedes i overensstemmelse med god brancheskik og under overholdelse af kontrakten. Med hensyn til den påtænkte sanktion mente Kommissionen – efter at have mindet om de almindelige kriterier, som finder anvendelse – at de konstaterede uregelmæssigheder var meget grove, og at det ikke var første gang, at sagsøgeren indgav dokumenter, der var forfalskede, eller som ikke afspejlede reelle forhold. Kommissionen henviste i denne forbindelse til en række tiltag, som sagsøgeren havde iværksat for at hæve sine omkostninger i forhold til den reelle situation i forskellige kontrakter, herunder den i den foreliggende sag omhandlede, og som var blevet opdaget af OLAF eller andre tjenestegrene. Dette havde ført til, at sagsøgeren måtte tilbagebetale mere end 200 000 EUR af uberettiget udbetalte tilskud.
- 7 Ved skrivelse af 5. oktober 2015 fremsatte sagsøgeren sine bemærkninger inden for den af Kommissionen fastsatte frist. Sagsøgeren angav bl.a., at en sanktion i form af udelukkelse af foreningen var uforholdsmæssig. I denne forbindelse gjorde sagsøgeren for det første gældende, at de grove forhold, som blev lagt denne til last, ikke forelå. Sagsøgeren bestred, at de omstændigheder, som Kommissionen lagde til grund, kunne føre til den konklusion, at sagsøgeren havde organiseret fiktive udbudsprocedurer. Sagsøgeren indrømmede i det væsentlige den manglende stringens i forbindelse med udarbejdelsen af sine rapporter, idet foreningen understregede, at den person, der havde ansvar

for projektet, var blevet afskediget, og at dens interne procedurer var blevet ændret, men sagsøgeren benægtede, at der fra dennes side var sket forsætlig svig, idet foreningen fremsatte forskellige argumenter vedrørende de forskellige forhold, som Kommissionen havde fremhævet. For det andet gjorde sagsøgeren gældende, at det omhandlede forhold ikke havde skadet Unionens finansielle interesser og ry. De pågældende indkøb var blevet betalt til markedspris, og det pågældende beløb var blevet tilbagebetalt til Unionen. For det tredje gjorde sagsøgeren gældende, at der bør tages hensyn til den tid, der er gået, for så vidt som foreningen siden de forhold, som lægges denne til last, fandt sted i 2008 og 2009, allerede er blevet sanktioneret hårdt for andre uregelmæssigheder. I denne forbindelse bestred sagsøgeren for det fjerde, at der skulle være tale om gentagne overtrædelser. De andre fremgangsmåder, som Kommissionen havde nævnt, var nemlig ikke forekommet tidligere end de i nærværende sag omhandlede, men var sket samtidig, idet de fulgte af den samme mangel på intern kontrol. For det femte var uregelmæssighederne ikke blevet begået forsætligt. For det sjette havde identifikationen af disse imidlertid gjort det muligt at fastlægge interne procedurer og strenge kontrolmekanismer med henblik på at sikre den påkrævede overholdelse af principperne, selv om sagsøgeren i øvrigt fuldt ud havde samarbejdet med tjenestegrene i Unionens institutioner i løbet af deres undersøgelser. For det syvende anførte sagsøgeren, at den betydelige sanktion, som foreningen allerede var blevet pålagt, som nævnt ovenfor, var blevet til et mediemæssigt *fait accompli* for så vidt angik OLAF's tidligere undersøgelser af sagsøgeren. Følgelig ville den af Kommissionen påtænkte udelukkelse i to år med registrering i den centrale udelukkelsesdatabase som omhandlet i finansforordningens artikel 108 i den udgave, som var gældende indtil den 31. december 2015, såvel som i systemet for tidlig varsling i forbindelse med en varsling om udelukkelse tildele sagsøgeren et ødelæggende slag, uden forbindelse til de omhandlede omstændigheder.

- 8 Kommissionen vedtog den 28. januar 2016 den anfægtede afgørelse om den administrative sanktion om udelukkelse af sagsøgeren fra procedurerne for tildeling af udbudskontrakter og tilskud, der finansieres over Den Europæiske Unions almindelige budget, i en periode på 18 måneder og følgelig om at registrere denne i systemet for tidlig opdagelse og udelukkelse som omhandlet i finansforordningens artikel 108, stk. 1, i den udgave, der var i kraft fra den 1. januar 2016 (herefter »den anfægtede afgørelse«).
- 9 Den anfægtede afgørelse gengiver den redegørelse for de faktiske omstændigheder, der er indeholdt i Kommissionens skrivelse af 31. august 2015 og sammenfattet i præmis 6 ovenfor. Kommissionen understreger heri, at den kontradiktoriske procedure blev iværksat ved denne skrivelse under anvendelse af finansforordningens artikel 109, stk. 1, i den udgave, der var gældende indtil den 31. december 2015. Kommissionen præciserer det retlige grundlag for sanktionen, idet den angiver de bestemmelser i finansforordningen og dennes gennemførelsesforordning, der finder anvendelse på det tidspunkt, hvor de forhold, der lægges sagsøgeren til last, fandt sted (jf. præmis 4 ovenfor). I denne henseende angiver Kommissionen i en fodnote følgende:

»I overensstemmelse med princippet om, at en ny lov finder anvendelse forud for en tidligere lov, og fast retspraksis i forbindelse hermed, skal der mindes om, at de procedureregler, der finder anvendelse, skal være gældende på tidspunktet for vedtagelsen af en afgørelse, selv om de materielretlige bestemmelser i princippet ikke finder anvendelse på forhold, der forelå, før bestemmelserne trådte i kraft [...]. Følgelig er de materielretlige bestemmelser, der finder anvendelse i den foreliggende sag, de regler, som var gældende på det tidspunkt, hvor de forhold, der lægges sagsøgeren til last, fandt sted. Den kontradiktoriske procedure blev afsluttet inden for rammerne af de regler, der fandt anvendelse indtil den 31. december 2015.«
- 10 Den anfægtede afgørelse omtaler derefter to uregelmæssigheder, der blev afdækket, nemlig manipulationen af to udbudsprocedurer og udarbejdelsen af rapporter, der ikke afspejlede de virkelige forhold. I afgørelsen gentages ligeledes den påtænkte sanktion på to års udelukkelse i betragtning af bl.a. den gentagne fremlæggelse af oplysninger, der ikke afspejlede de virkelige forhold.

- 11 I den retlige analyse, der er indeholdt i den efterfølgende del af den anfægtede afgørelse, kvalificerer Kommissionen de i foregående præmis omhandlede uregelmæssigheder som grove misligholdelser af de kontraktmæssige forpligtelser, der påhviler sagsøgeren, som omhandlet i de relevante bestemmelser i finansforordningen, der fandt anvendelse på det tidspunkt, hvor de forhold, der lægges sagsøgeren til last, fandt sted – i dette tilfælde artikel 96, stk. 1, litra b), og artikel 114, stk. 4, i forordning nr. 1605/2002, som er identiske med henholdsvis finansforordningens artikel 109, stk. 1, litra b), og artikel 131, stk. 5, i den udgave, som var gældende indtil den 31. december 2015. Kommissionen bestrider de af sagsøgeren fremsatte argumenter om, at denne ikke havde organiseret fiktive udbudsprocedurer. Den bestrider ligeledes sagsøgerens øvrige argumenter, der tilsigter at vise, at foreningen ikke havde tilsidesat en række principper, der var fastsat i kontrakten, eller som vedrørte den korrekte udførelse heraf. Kommissionen påpeger i øvrigt, at sagsøgeren ikke har bestridt de fejl, uoverensstemmelser eller forsømmelser, der forekommer i de rapporter, som sagsøgeren skulle udarbejde.
- 12 Hvad angår sanktionen anfører Kommissionen, at denne i henhold til de relevante bestemmelser, der finder anvendelse på det tidspunkt, hvor de forhold, der lægges sagsøgeren til last, fandt sted, med henblik på at fastlægge udelukkelsens varighed, under hensyntagen til proportionalitetsprincippet, særligt skal tage hensyn til forholdenes grovhed, herunder deres indvirkning på Unionens finansielle interesser og image, til, hvor lang tid der er gået siden de pågældende forhold indtrådte, til den manglende overholdelses varighed og hyppighed, til den pågældende enheds forsæt eller graden af uagtsomhed og til de foranstaltninger, som den pågældende enhed har truffet for at rette op på situationen. I dette tilfælde angiver Kommissionen efter at have påpeget forholdenes grovhed, at udarbejdelsen af dokumenter, der ikke afspejler de virkelige forhold, udgjorde en opførsel hos sagsøgeren, der gentog sig. Kommissionen henviser i denne forbindelse til de fremgangsmåder, der er angivet i dens skrivelse af 31. august 2015, og som sagsøgeren iværksatte for at hæve sine omkostninger i forhold til den reelle situation i forskellige kontrakter, hvilket var blevet opdaget af OLAF eller andre tjenestegrene. Hvad angår sagsøgerens forskellige argumenter med henblik på at undgå en sanktion udtaler Kommissionen bl.a., at det ikke er korrekt at hævde, at der ikke er sket en finansiell skade for Unionen, eftersom købsprisen, såfremt udbudsprocedurerne havde været ærlige, ville have kunnet være lavere, at Unionens image nødvendigvis påvirkes af en uretmæssig anvendelse af tilskud til udviklingssamarbejde med tredjelande, at den tid, der er gået, siden forholdene indtrådte, skyldes den omstændighed, at disse først blev opdaget i 2012 af Revisionsretten, at begrebet om gentagelser som omhandlet i de relevante bestemmelser i gennemførelsesforordningen, der finder anvendelse, ikke indebærer, at der skal være pålagt en tidligere administrativ sanktion med hensyn til visse af dem, eller at de skal ligge i tidsmæssig forlængelse af hinanden, og omfatter de tilfælde, hvori forholdene ikke er isolerede, men finder sted i et kompleks af lignende forhold, som viser, hvor grov overtrædelsen har været, at sagsøgeren i denne sag således allerede tidligere havde givet forkerte oplysninger med henblik på at hæve sine omkostninger, og at de i nærværende sag omhandlede manipulationer i modsætning til, hvad sagsøgeren har hævdet, var forsætlige, uden at en kontrolmekanisme kunne have undgået dem. I øvrigt bestrider Kommissionen på det kraftigste og på detaljeret vis at have været kilden til den offentlige omtale, som et medie stod bag, vedrørende procedurerne omkring sagsøgeren, såvel som de gentagende problemer, der berørte denne. Kommissionen fremhæver den store andel af statsmidler – fra uden for Unionen – i sagsøgerens budget, og den omstændighed, at tilskuddene fra Unionen til sagsøgeren fra 2008 til 2014 udgjorde en meget lille andel. Sanktionen om udelukkelse havde derfor ifølge Kommissionen ingen ødelæggende effekt på sagsøgeren, i modsætning til, hvad denne har gjort gældende. Idet Kommissionen derimod tog hensyn til de foranstaltninger, som sagsøgeren traf med henblik på at forbedre sin kontrol og sine interne procedurer, såvel som afskedigelsen af den person, der havde ansvaret for det pågældende projekt, nedsatte denne i realiteten sanktionen om udelukkelse, der gjaldt fra datoen for meddelelsen om afgørelsen om sanktionen, til 18 måneder.
- 13 Kommissionen tilføjer i den anfægtede afgørelse, at registreringen af sagsøgeren i systemet for tidlig opdagelse og udelukkelse vil ophøre, når sanktionsperioden udløber. Registreringen blev materielt foretaget den 30. marts 2016.

- 14 Den anfægtede afgørelse er ikke blevet offentliggjort. I denne forbindelse omtalte finansforordning i den udgave, der var gældende på det tidspunkt, hvor de forhold, der lægges sagsøgeren til last, fandt sted, ikke muligheden for at offentliggøre en sådan afgørelse. Til gengæld fastsatte finansforordningens artikel 109, stk. 3, i den udgave, som var gældende indtil den 31. december 2015, muligheden for en sådan offentliggørelse, efter at alle retsmidler er udtømt. Hvad imidlertid angår sanktioner om udelukkelse, der er vedtaget i et tilfælde som det foreliggende, bestemmer finansforordningens artikel 106, stk. 16 og 17, i den udgave, der var i kraft fra den 1. januar 2016, at der under visse betingelser kan ske offentliggørelse af navneoplysninger med hensyn til den udelukkelse, der er pålagt, inden mulighederne for prøvelse er udtømt.
- 15 Den 29. januar 2016 skrev sagsøgerens rådgivere til Kommissionen, selv om sagsøgeren endnu ikke havde fået kendskab til den anfægtede afgørelse. I deres skrivelse blev brugen af begrebet »svig« i Kommissionens skrivelse af 31. august 2015 bestridt med henvisning til, at dette begreb – som følge af dets meget negative betydning – lod forstå, at den omhandlede adfærd skulle have været forsætlig. Der var imidlertid i virkeligheden alene tale om angivelige grove misligholdelser af kontrakten. Det blev i øvrigt påpeget, at loftet på sanktionen om udelukkelse i et tilfælde som det foreliggende var blevet sænket fra fem til tre år, således som det fulgte af finansforordningens artikel 106, stk. 14, litra c), i den udgave, der var i kraft fra den 1. januar 2016. Den påtænkte sanktion på to år var imidlertid i den høje ende af de mulige sanktioner og burde i det mindste være blevet nedjusteret. Principalt blev der anmodet om, at der slet ikke blev pålagt sanktioner. Ud over de argumenter, der allerede var blevet fremsat, blev det tilføjet, at finansforordningens artikel 106, stk. 7, i den nævnte udgave bestemte, at der over for en aktør ikke burde træffes afgørelse om udelukkelse, når denne havde truffet afhjælpende foranstaltninger og vist sin pålidelighed. I den foreliggende sag havde Unionen ikke alene fået tilbagebetalt sine midler, men sagsøgeren havde seriøst revideret sine funktionsmåder. Det, at der forelå en gentagelse af den pågældende adfærd, blev på ny bestridt. Derudover blev det anført, at sagsøgeren sandsynligvis allerede reelt var blevet udelukket fra EU-kontrakter siden midten af 2014, og at sagsøgeren forbeholdt sig retten til at efterprøve dette. Der blev også spurgt om, hvordan Kommissionen havde til hensigt i proceduren at involvere det nye panel, oprettet i henhold til finansforordningens artikel 108 i den udgave, der var i kraft fra den 1. januar 2016 (herefter »artikel 108-panelet«).
- 16 Den 29. februar 2016 skrev sagsøgeren til Kommissionen, idet foreningen beklagede, at det i præmis 15 ovenfor sammenfattede brev fra rådgiverne krydsede den anfægtede afgørelse. Sagsøgeren anmodede om, at afgørelsen ikke blev offentliggjort, og at den blev revideret under hensyntagen til rådgivernes argumenter. Sagsøgeren spurgte ligeledes om, hvilke følger der ville være i forhold til de gældende kontrakter.
- 17 Den 1. marts 2016 svarede Kommissionen sagsøgerens rådgivere. Kommissionen understregede, at den anfægtede afgørelse ikke var støttet på en konstatering af svig, men på en konstatering af grove misligholdelser af kontraktlige forpligtelser, at princippet om anvendelsen af den nye, mindst indgribende bebyrdende lovregel var blevet taget i betragtning i kraft af nedsættelsen af udelukkelsens varighed fra 2 år til 18 måneder under hensyntagen til sænkningen af det loft, der var fastsat for denne sanktion, i den udgave af finansforordningen der var i kraft fra den 1. januar 2016, og at sagsøgeren ikke havde været genstand for en reel udelukkelse inden procedurens afslutning. Kommissionen tilføjede i det væsentlige, at den procedure, der havde ført til den anfægtede afgørelse, sluttede med afslutningen af den kontradiktoriske procedure i henhold til de regler, som var gældende indtil den 31. december 2015.

Retsforhandlinger og parternes påstande

- 18 Sagsøgeren har anlagt nærværende sag den 12. april 2016.

- 19 Ved særskilt dokument indleveret til Rettens Justitskontor under anvendelse af artikel 151 og artikel 152 i Rettens procesreglement anmodede sagsøgeren om, at sagen behandledes efter reglerne om hasteprocedure. Ved afgørelse af 13. maj 2016 afslog Retten denne anmodning.
- 20 Ved særskilt dokument indleveret til Rettens Justitskontor under anvendelse af procesreglementets artikel 66 anmodede sagsøgeren om at bevare sin anonymitet og om udeladelse af bestemte oplysninger i forhold til offentligheden. Ved afgørelse af 14. juni 2016 imødekom Retten denne anmodning med den begrundelse, at et afslag på anonymitet ville føre til offentliggørelse af sagsøgerens sanktion og således rent faktisk pålægge denne den yderligere sanktion at offentliggøre afgørelsen om udelukkelse (jf. præmis 14 ovenfor).
- 21 I stævningen anmodede sagsøgeren om, at der blev truffet foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, og bl.a., at Retten pålagde Kommissionen at fremlægge bestemte dokumenter og specificere forskellige faktuelle spørgsmål.
- 22 Efter indlevering af Kommissionens svarskrift til Rettens Justitskontor den 24. juni 2016 imødekom Retten den 18. juli 2016 i henhold til procesreglementets artikel 83 sagsøgerens anmodning om at indlevere en replik, der var begrænset til bemærkninger til de to bilag, som Kommissionen havde fremlagt, og opfordrede denne til tage stilling hertil i en duplik.
- 23 Sagsøgeren indleverede en replik den 7. august 2016, og Kommissionen indleverede en duplik den 28. september 2016.
- 24 På forslag fra den refererende dommer har Retten (Niende Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling og har som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse stillet parterne skriftlige spørgsmål, som skulle besvares i den mundtlige forhandling.
- 25 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Retten i retsmødet den 2. marts 2017.
- 26 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:
- Den anfægtede afgørelse annulleres.
 - De begærede foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse vedtages.
 - Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 27 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:
- Frifindelse.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

Retlige bemærkninger

- 28 Sagsøgeren har i stævningen påberåbt sig fire anbringender til støtte for påstanden om annulation af den anfægtede afgørelse. For det første har Kommissionen tilsidesat princippet om anvendelse med tilbagevirkende kraft af den mindst indgribende bebyrdende lovregel, idet den med hensyn til realiteten så bort fra visse bestemmelser i finansforordningen i den udgave, der var i kraft fra den 1. januar 2016. For det andet har Kommissionen tilsidesat væsentlige formforskrifter, idet den vedtog den anfægtede afgørelse uden at anmode om og opnå en foreløbig vurdering fra artikel 108-panelet som fastsat i denne udgave af finansforordningens bestemmelser, og idet den ikke accepterede at revidere sin afgørelse under hensyntagen til sagsøgerens afhjælpende foranstaltninger, i modsætning til

det, der kræves i de nævnte bestemmelser. For det tredje har sagsøgeren subsidiært gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat gennemførelsesforordningens artikel 133a i den udgave, der var gældende på det tidspunkt, hvor de forhold, der lægges sagsøgeren til last, fandt sted, der definerede de kriterier, hvorefter Kommissionen skulle fastlægge varigheden af en udelukkelse som den i hovedsagen fastsatte under overholdelse af proportionalitetsprincippet. Endelig er proportionalitetsprincippet og princippet ne bis in idem under alle omstændigheder blevet tilsidesat, for så vidt som sagsøgeren allerede reelt var blevet udelukket fra Unionens udbud og tilskud for den samme adfærd, inden den anfægtede afgørelse blev vedtaget.

- 29 Det andet anbringende skal behandles først.

Anbringendet om tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter

- 30 Under retsmødet frafaldt sagsøgeren dette anbringendes andet led, ifølge hvilket Kommissionen med urette undlod at foretage en fornyet gennemgang af den anfægtede afgørelse i overensstemmelse med det, der angiveligt følger af finansforordningens artikel 106, stk. 9, i den udgave, der var i kraft fra den 1. januar 2016, efter at Kommissionen modtog skrivelser fra sagsøgerens rådgivere af 29. januar 2016 som nævnt i præmis 15 ovenfor, der påpegede de afhjælpende foranstaltninger, der blev truffet for, at forhold som de i sagen omhandlede ikke gentog sig. Dette er blevet tilført retsmødeprotokollen. Der skal således alene tages stilling til anbringendets første led.
- 31 Sagsøgeren har anført, at Kommissionen selv i den anfægtede afgørelse angav, at de procedureregler, der skulle følges, var dem, der fandt anvendelse på det tidspunkt, hvor afgørelsen blev truffet. Idet den anfægtede afgørelse imidlertid blev vedtaget den 28. januar 2016, burde de procedureregler, der følger af finansforordningen i den udgave, der var i kraft fra den 1. januar 2016, være blevet fulgt, og navnlig burde artikel 108-panelet være blevet hørt, som fastlagt i finansforordningens artikel 108, stk. 5 ff., inden den nævnte afgørelse blev vedtaget.
- 32 Sagsøgeren har i det væsentlige påpeget, at det følger af bestemmelserne i finansforordningens artikel 105a, stk. 2, sammenholdt med bestemmelserne i artikel 106, stk. 1 og 2, og artikel 131, stk. 4, i den udgave, der var i kraft fra den 1. januar 2016, at den pågældende tilskudsmodtager – i det tilfælde, hvor grove misligholdelser af kontraktlige forpligtelser er blevet opdaget efter inspektioner, revisioner eller undersøgelser ved en anvisningsberettiget, OLAF eller Revisionsretten – alene kan udelukkes med henvisning til konstaterede faktiske omstændigheder eller andre forhold i henstillingen fra artikel 108-panelet. Idet Kommissionen har indrømmet, at den ikke vedtog den anfægtede afgørelse på grundlag af en sådan henstilling, har sagsøgeren anført, at henvisningen af sagen til artikel 108-panelet er blevet fastlagt med henblik på at sikre de økonomiske aktører retten til forsvar, navnlig for at modvirke den ubalance, der er i styrkeforholdet mellem Kommissionen og ansøgerne om eller modtagerne af tilskud, til skade for de sidstnævnte. Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionens afgørelse ville have været en anden, såfremt artikel 108-panelet havde deltaget i proceduren, bl.a. fordi dette ville have ført til en afklaring af visse forhold, navnlig fordi sagsøgeren ville have kunnet fremsætte sine argumenter over for et mere uafhængigt organ, og fordi sagsøgeren ville have været i stand til nærmere at angive de afhjælpende foranstaltninger, som denne havde truffet.
- 33 Sagsøgeren har bestridt muligheden, som Kommissionen i den foreliggende sag har omtalt, bl.a. i sin skrivelse af 1. marts 2016 som nævnt i præmis 17 ovenfor, for at fastslå, at de procedureregler, der skal anvendes, er dem, der fandt anvendelse, da »proceduren blev afsluttet«, hvilket er et ikke nærmere bestemt tidspunkt, der hindrer en kontrol af, hvorvidt procedurereglerne blev anvendt tidsmæssigt korrekt. Der burde alene tages hensyn til datoen for vedtagelsen af den pågældende afgørelse. Sagsøgeren har i denne forbindelse nærmere bestemt henvist til dom af 26 marts 2015, Kommissionen mod Moravia Gas Storage (C-596/13 P, EU:C:2015:203, præmis 33 og 41).

- 34 I sit svarskrift har Kommissionen medgivet, at den anfægtede afgørelse blev truffet efter den 1. januar 2016, og har i denne forbindelse peget på, at den nævnte afgørelse henviser til finansforordningens artikel 105a, artikel 106, stk. 1, litra e), artikel 108, stk. 1, og artikel 131, stk. 4, i den udgave, der var i kraft fra denne dato. Ifølge Kommissionen er princippet om, at de processuelle regler anvendes umiddelbart, imidlertid et almindeligt princip, der gælder alt efter de specifikke omstændigheder i den pågældende situation. I nærværende sag blev den del af proceduren, som sagsøgeren var inddraget i – dvs. den kontradiktoriske procedure – afsluttet inden den 31. december 2015 i henhold til de regler, der var gældende på dette tidspunkt. Selve den interne del af proceduren blev afsluttet den 17. december 2015 ved den tværtjenstlige høring, der førte til afgørelsen om at vedtage den pålagte sanktion. Den efterfølgende frist blev alene anvendt ved færdiggørelsen af den anfægtede afgørelse. Såfremt man havde besluttet fra den 1. januar 2016 at følge samtlige nye procedureregler og at henskyde sagen til artikel 108-panelet, ville dette have medført en genoptagelse af den allerede afsluttede kontradiktoriske procedure. Hvad angår den endelige vedtagelse af den anfægtede afgørelse blev de nye procedureregler ikke desto mindre anvendt, herunder navnlig bestemmelserne i finansforordningens artikel 105a, stk. 2, og artikel 131, stk. 4, i den udgave, der var i kraft fra den 1. januar 2016, hvoraf det følger, at afgørelsen skulle træffes af generaldirektoratet (GD) for »Europæisk naboskabspolitik og Udvidelsesforhandlinger«.
- 35 I denne forbindelse skal det indledningsvis bemærkes, at det ifølge et almindeligt anerkendt princip gælder, at en ny regel, for så vidt som ikke andet er bestemt, finder øjeblikkelig anvendelse på situationer, der opstår, men også på fremtidige virkninger af situationer, der er opstået under den tidligere regel, uden imidlertid at være indtrådt fuldstændigt. Til gengæld finder den normalt ikke anvendelse på retlige situationer, der er opstået og endeligt fastlagt, mens sidstnævnte tidligere regel var gældende (jf. i denne retning dom af 9.12.1965, *Singer*, 44/65, EU:C:1965:122, s. 1200, af 15.2.1978, *Bauche*, 96/77, EU:C:1978:26, præmis 48, og af 26.3.2015, *Kommissionen mod Moravia Gas Storage*, C-596/13 P, EU:C:2015:203, præmis 32). Det forholder sig kun anderledes – og med forbehold af det principielle forbud mod retsakters tilbagevirkende kraft – såfremt den nye retsregel er ledsaget af særbestemmelser, som specifikt regulerer dens tidsmæssige anvendelse (jf. dom af 7.11.2013, *Gemeinde Altrip m.fl.*, C-72/12, EU:C:2013:712, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis).
- 36 Det følger ligeledes af fast retspraksis, at procedurereglerne principielt gælder for samtlige procedurer, der er igangværende på tidspunktet for reglernes ikrafttræden (jf. i denne retning dom af 12.11.1981, *Meridionale Industria Salumi m.fl.*, 212/80-217/80, EU:C:1981:270, præmis 9, af 6.7.1993, *CT Control (Rotterdam)* og *JCT Benelux mod Kommissionen*, C-121/91 og C-122/91, EU:C:1993:285, præmis 22, og af 26.3.2015, *Kommissionen mod Moravia Gas Storage*, C-596/13 P, EU:C:2015:203, præmis 33). Det forholder sig kun anderledes, såfremt den nye retsregel er ledsaget af særbestemmelser, som specifikt regulerer dens tidsmæssige anvendelse, eller hvor langt den pågældende procedure er nået.
- 37 I den foreliggende sag indeholder forordning nr. 2015/1929, i henhold til hvilken finansforordningen er blevet ændret med virkning fra den 1. januar 2016, ingen særlige overgangsbestemmelser i forbindelse med fastsættelsen af den dato, på hvilken forordningen tages i anvendelse. Det samme gælder for forordning nr. 2015/2462 med hensyn til de ændringer, der er foretaget ved gennemførelsesforordningen med virkning fra samme dato.
- 38 Som det imidlertid blev fastslået i dom af 8. november 2007, *Andreasen mod Kommissionen* (F-40/05, EU:F:2007:189, præmis 165 og 166), som parterne blev gjort opmærksom på forud for retsmødet, kan anvendelsen af en ny procedureregel på en procedure, der allerede er indledt i henhold til den ældre procedureregel, såfremt denne procedure således skal gøres om, føre til at give den nye procedureregel tilbagevirkende kraft og ikke kun anvende den på en aktuel situation eller på fremtidige virkninger af et faktuel forhold, som er opstået, mens den tidligere bestemmelse var gældende. I et sådant tilfælde fører anvendelsen af den nye procedureregel nemlig til annullation med tilbagevirkende kraft af de procedurer eller proceduremæssige trin, der var i overensstemmelse med den regel, som var gældende, da de blev gennemført.

- 39 I nærværende sag har Kommissionen i det væsentlige gjort gældende, at den kontradiktoriske procedure, der gik forud for vedtagelsen af den anfægtede afgørelse om sanktionen, var afsluttet den 1. januar 2016, da den nye udgave af finansforordningen trådte i kraft. Ifølge Kommissionen ville en henvisning af sagen til artikel 108-panelet, således som dette er fastsat i bestemmelserne i finansforordningen, der fandt anvendelse fra den 1. januar 2016, have ført til en genoptagelse af en forskriftsmæssig kontradiktorisk procedure i henhold til de procedureregler, der således fandt anvendelse på dette tidspunkt.
- 40 Det skal, således som Kommissionen har gjort gældende, fastslås, at den kontradiktoriske procedure i den foreliggende sag blev afsluttet inden den 1. januar 2016. Den blev således indledt på grundlag af finansforordningens artikel 131, stk. 5, sammenholdt med artikel 109, stk. 1, i den udgave, som var gældende indtil den 31. december 2015, og på grundlag af gennemførelsesforordningens artikel 145 i samme udgave i kraft af Kommissionens skrivelse af 31. august 2015 som nævnt i præmis 4 ovenfor. Dette fremgår klart af sidste afsnit i denne skrivelse. Den kontradiktoriske procedure i forhold til sanktionen blev afsluttet i oktober 2015 med indgivelsen – inden for den af Kommissionen fastsatte frist – af sagsøgerens bemærkninger som svar herpå, som er blevet sammenfattet i præmis 7 ovenfor. Idet der ikke forelå andre klagepunkter eller anmodninger om præcisering eller dokumenter, der blev fremsat fra Kommissionens side efterfølgende, blev denne procedure ikke forlænget yderligere. Det skal således under hensyntagen til sagsakterne konkluderes, at den kontradiktoriske procedure blev ført og afsluttet forskriftsmæssigt i lyset af de regler, der fandt anvendelse på den.
- 41 Det skal derudover bemærkes, at bestemmelserne i den udgave af finansforordningen, der trådte i kraft den 1. januar 2016, og som bl.a. er indeholdt i den nævnte forordnings artikel 108, i meget væsentlig grad har ændret afviklingen af den procedure, der går forud for vedtagelsen af en afgørelse såsom den anfægtede afgørelse, fordi artikel 108-panelet, efter at sagen er blevet henvist til dette af den ansvarlige anvisningsberettigede, der fremsender sagsakterne, selv skal sikre den kontradiktoriske procedure i forhold til den pågældende økonomiske aktør og derefter udstede en henstilling til den ansvarlige anvisningsberettigede med henblik på, at denne vedtager en afgørelse, der i givet fald omfatter sanktionsforanstaltninger. I de udgaver, der var gældende indtil den 31. december 2015, indeholdt hverken finansforordningen eller gennemførelsesforordningen i modsætning hertil bestemmelser om et proceduremæssigt trin efter den kontradiktoriske procedure, der var sikret af den ansvarlige anvisningsberettigede selv, bortset fra det endelige trin for afgørelsens vedtagelse. Ændringen af bestemmelserne er således ikke begrænset til at tilføje et yderligere proceduremæssigt trin til den forudgående eksisterende procedure – hvilket kunne have været gennemført, uden at det skabte tvivl om de forudgående vedtagelser – men ændringen har ført til, at den foregående eksisterende procedure stort set er blevet erstattet med en ny forudgående procedure. Det skal tilføjes, at »proceduren« i modsætning til, hvad Kommissionen og sagsøgeren hver især har fremført, hverken sluttede ved afslutningen af den tværtjenstlige høring den 17. december 2015 eller på et ukendt eller ikke-verificerbart tidspunkt. Den procedure, der gik forud for vedtagelsen af den anfægtede afgørelse, sluttede i nærværende sag i oktober 2015 med afslutningen af den kontradiktoriske procedure, og sanktionsproceduren sluttede i sin helhed den 28. januar 2016 ved vedtagelsen af den anfægtede afgørelse.
- 42 Det følger af det ovenstående, at det er hele den procedure, der gik forud for vedtagelsen af den anfægtede afgørelse, der blev gennemført og afsluttet forskriftsmæssigt inden den 1. januar 2016, under hensyntagen til de regler, der fandt anvendelse på den.
- 43 Den omstændighed, at den anfægtede afgørelse blev vedtaget efter ikrafttrædelsen af den nye udgave af finansforordningen med oprettelsen af artikel 108-panelet, kan ikke rejse tvivl om denne vurdering. Selv om denne oprettelse nemlig har til formål at forstærke retten til forsvar for de af Unionens medkontrahenter, der kan blive pålagt sanktioner i henhold til finansforordningen, kan ingen udtrykkelig eller implicit bestemmelse i forordning nr. 2015/1929 eller nr. 2015/2462 fortolkes således, at den giver tilbagevirkende kraft til finansforordningens artikel 105a, stk. 2, og artikel 106, stk. 2, i den udgave, som var gældende fra den 1. januar 2016, der i et bestemt antal tilfælde fastslår, at sagen skal

henvises til artikel 108-panelet, hvilket ville føre til, at den forudgående procedure, der var forskriftsmæssigt afsluttet inden denne dato, bl.a. ud fra hensynet til overholdelse af kontradiktionsprincippet, ville skulle gentages (jf. analogt dom af 8.11.2007, *Andreasen mod Kommissionen*, F-40/05, EU:F:2007:189, præmis 165-171).

- 44 I øvrigt har sagsøgeren ikke gjort gældende, at noget trin i vedtagelsen af den anfægtede afgørelse fra den ansvarlige anvisningsberettigedes side skulle være gennemført på en ikke forskriftsmæssig måde, hvad enten det er i henhold til finansforordningen og gennemførelsesforordningen i den udgave, som var gældende indtil den 31. december 2015, eller i henhold til de samme forordninger i den udgave, der var i kraft fra den 1. januar 2016.
- 45 Under disse omstændigheder må det konkluderes, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at der foreligger en procedurefejl, der i givet fald ville udgøre en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter, som vil kunne bevirke, at den anfægtede afgørelse er ulovlig. Det andet anbringende skal derfor forkastes.

Anbringendet om tilsidesættelse af princippet om anvendelse med tilbagevirkende kraft af den mindst indgribende bebyrdende lovregel

- 46 Sagsøgeren har – henset til de bestemmelser, der fandt anvendelse på det tidspunkt, hvor de forhold, der lægges sagsøgeren til last, fandt sted – gjort gældende, at bestemmelserne i finansforordningen i den udgave, der var i kraft fra den 1. januar 2016, indeholder flere elementer, der bør betragtes som værende mindst indgribende for så vidt angår de pålagte sanktioner i et tilfælde som det foreliggende. For det første er udelukkelsens maksimale varighed blevet nedsat til tre år i henhold til artikel 106, stk. 14, litra c), selv om den før var på fem år, for det andet fastslår artikel 106, stk. 7, litra a), nu, at den økonomiske aktør ikke kan udelukkes, når den pågældende har truffet bestemte afhjælpende foranstaltninger og viser sin pålidelighed, mens en sådan omstændighed før alene skulle tages i betragtning med henblik på vurderingen af den eventuelle sanktion, for det tredje nævner artikel 106, stk. 3, nu blandt de kriterier, der skal vurderes med henblik på en eventuel sanktion, »eventuelle andre formildende omstændigheder, f.eks. graden af den økonomiske aktørs samarbejde med den relevante kompetente myndighed og vedkommendes bidrag til undersøgelsen«, mens disse elementer før ikke var nævnt. Kommissionen anvendte ikke disse mindst indgribende bestemmelser og tilsidesatte herved princippet om anvendelse med tilbagevirkende kraft af den mindst indgribende bebyrdende lovregel.
- 47 Kommissionen er for sin del af den opfattelse, at den anfægtede afgørelse ikke er i strid med princippet om anvendelse med tilbagevirkende kraft af den mindst indgribende bebyrdende lovregel.
- 48 Generelt er bestemmelserne i finansforordningen i den udgave, der var i kraft fra den 1. januar 2016, om opdagelse af risici og pålæggelse af administrative sanktioner ikke mere liberale eller mindre indgribende end før, således som dette følger af ottende betragtning til forordning nr. 2015/2929, hvorefter reglerne om udelukkelse fra deltagelse i tilskuds- eller udbudsprocedurer bør forbedres for at styrke beskyttelsen af Unionens finansielle interesser.
- 49 Mere specifikt er de formildende omstændigheder, som sagsøgeren har henvist til, blot eksempler på sådanne omstændigheder, der allerede er blevet taget i betragtning inden for rammerne af de bestemmelser, der fandt anvendelse på det tidspunkt, hvor de forhold, der lægges sagsøgeren til last, fandt sted. I denne forbindelse fastslog artikel 133a i forordning nr. 2342/2002, at den ansvarlige institution, for at fastlægge varigheden af udelukkelsen og for at sikre, at proportionalitetsprincippet overholdes, især skulle tage hensyn til, hvor alvorlige forholdene var, herunder deres indvirkning på De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser og image, og hvor lang tid der er gået, forseelsens varighed og eventuelle gentagelser, den pågældende enheds forsæt eller grad af uagtsomhed og de

foranstaltninger, som den pågældende enhed har truffet for at rette op på situationen. Derudover har sagsøgeren ikke under den administrative procedure mere specielt redegjort for sit samarbejde med den kompetente myndighed og sit bidrag til undersøgelsen.

- 50 Hvad angår spørgsmålet om de afhjælpende foranstaltninger, som sagsøgeren har henvist til, har Kommissionen i det væsentlige, idet den støtter sig på finansforordningens artikel 106, stk. 7, litra a), i den udgave, der var i kraft fra den 1. januar 2016, anført, at hensyntagen til sådanne foranstaltninger forudsætter, at disse har gjort det muligt for den pågældende økonomiske aktør at vise sin pålidelighed. Et sådant krav forelå ifølge Kommissionen ikke før, og bestræbelser på dette område blev blot taget i betragtning som formildende omstændigheder. Den nye ordning er således ikke mindre streng end den tidligere.
- 51 Med hensyn til de to sidste aspekter, som sagsøgeren har fremført, er den lovgivning, der var i kraft fra den 1. januar 2016, således ikke mindre streng end den, der fandt anvendelse på det tidspunkt, hvor de forhold, der lægges sagsøgeren til last, fandt sted.
- 52 Hvad endelige angår loftet for udelukkelses varighed, der rent faktisk var mindre end det tidligere loft på fem år, har Kommissionen understreget, at det i forbindelse med proceduren aldrig var tiltænkt at overskride det nye loft på tre år, eftersom varigheden af den udelukkelse, der oprindeligt blev angivet, var på to år, og en udelukkelsesperiode på 18 måneder i sidste ende blev pålagt. Ingen regel i den udgave af finansforordningen eller gennemførelsesforordningen, der var i kraft fra den 1. januar 2016, fastsætter en nedsættelse af sanktionernes varighed, svarende til en sådan nedsættelse. Følgelig blev ingen ny, mindre streng regel tilsidesat med hensyn til den pålagte udelukkelses varighed.
- 53 Princippet om anvendelse med tilbagevirkende kraft af den mindst indgribende bebyrdende lovregel er bl.a. knæsat i artikel 49, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, der bestemmer:
- »Ingen kan kendes skyldig i et strafbart forhold på grund af en handling eller undladelse, som ikke udgjorde en forbrydelse efter national ret eller international ret på det tidspunkt, da den blev begået. Der kan heller ikke pålægges en strengere straf end den, der var anvendelig på det tidspunkt, da lovovertrædelsen blev begået. Hvis der, efter at en lovovertrædelse er begået, i loven fastsættes en mildere straf, skal denne anvendes.«
- 54 Således som det blev fastslået i dom af 11. marts 2008, Jager (C-420/06, EU:C:2008:152, præmis 59 og 60), udgør dette princip en del af de fælles forfatningsmæssige traditioner i medlemsstaterne, således at princippet skal anses for at høre til de almindelige EU-retlige grundsætninger, som retsinstanser skal sikre overholdelsen af. Dette kommer særligt til udtryk i artikel 2, stk. 2, andet punktum, i Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 2988/95 af 18. december 1995 om beskyttelse af De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser (EFT 1995, L 312, s. 1), der fastsætter generelle regler for kontrol og for administrative foranstaltninger og sanktioner i forbindelse med uregelmæssigheder, der skader eller kunne skade Unionens almindelige budget eller budgetter, der forvaltes af denne, og som således finder anvendelse i den foreliggende sag. I medfør af denne bestemmelse påhviler det de kompetente myndigheder at anvende efterfølgende ændringer af bestemmelser, som er indeholdt i EU-retlige sektorbestemmelser, hvorved der indføres mindre indgribende administrative sanktioner, med tilbagevirkende kraft på en adfærd, der udgør en uregelmæssighed.
- 55 Når der er sket en udvikling i lovgivningen med hensyn til administrative sanktioner, der medfører, at den nye lovgivning med hensyn til visse aspekter er mindre indgribende, men for andre aspekter er mere indgribende end den tidligere, skal der med henblik på at fastslå, hvilken lovgivning der er den mindst bebyrdende, ikke foretages en abstrakt analyse, men fastslås, hvilken lovgivning der konkret er den mest fordelagtige for den pågældende virksomhed i betragtning af dennes situation (jf. i denne retning dom af 9.12.2014, Riva Fire mod Kommissionen, T-83/10, ikke trykt i Sml., under appel,

EU:T:2014:1034, præmis 85, Menneskerettighedsdomstolen, 17.9.2009, Scoppola mod Italien, CE:ECHR:2009:0917JUD001024903, præmis 109, og Menneskerettighedsdomstolen, 18.7.2013, Maktouf og Damjanović mod Bosnien-Hercegovinas, CE:ECHR:2013:0718JUD000231208, præmis 65).

- 56 I nærværende sag kan der under hensyntagen til situationen i hovedsagen ved en sammenligning af bestemmelserne om pålagte sanktioner i finansforordningen og gennemførelsesforordningen i den udgave, der fandt anvendelse på det tidspunkt, hvor de forhold, der lægges sagsøgeren til last, fandt sted, på den ene side og den udgave, der var i kraft fra den 1. januar 2016, på den anden side, konstateres følgende.
- 57 Finansforordningens artikel 106, stk. 7, litra a), i den udgave, der var i kraft fra den 1. januar 2016, og som fastslår, at det ikke er muligt at udelukke en aktør, der har truffet bestemte afhjælpende foranstaltninger og vist sin pålidelighed, fra Unionens udbud og tilskud, udgør klart en mindre indgribende bestemmelse end den, der hidtil har været gældende. Opfyldelsen af disse betingelser, selv om den kan nødvendiggøre en krævende bevisførelse, gør det nemlig nu muligt helt at blive fritaget for sanktionen om udelukkelse, mens en sådan bevisførelse tidligere ikke nødvendigvis medførte en sådan fritagelse. Denne bestemmelse er konkret relevant i den foreliggende sag, for så vidt som sagsøgeren i sit svar til Kommissionen af 5. oktober 2015, der blev givet i forbindelse med den i præmis 7 ovenfor sammenfattede kontradiktoriske procedure, udtrykkeligt og udførligt gjorde rede for de afhjælpende foranstaltninger, som denne angav at have truffet efter de pågældende begivenheder, og i det omfang Kommissionen ikke fandt, at disse var ubetydelige, idet den tog dem i betragtning, således som det fremgår af den anfægtede afgørelses afsnit 68, med henblik på at fastlægge den pålagte udelukkelses varighed. Med henblik på at fastslå, hvilken lovgivning der var den mindst indgribende, udgjorde finansforordningens artikel 106, stk. 7, litra a), i den udgave, der var i kraft fra den 1. januar 2016, følgelig en mindre bebyrdende bestemmelse til fordel for sagsøgeren.
- 58 Således som det er nævnt i denne doms præmis 9 ovenfor, henviste Kommissionen i denne henseende i den anfægtede afgørelse generelt og udtrykkeligt til bestemmelserne i finansforordningen og gennemførelsesforordningen om de sanktioner, der fandt anvendelse på det tidspunkt, hvor de forhold, der lægges sagsøgeren til last, fandt sted, men det fremgår også, at Kommissionen konkret ikke tog hensyn til finansforordningens artikel 106, stk. 7, litra a), i den udgave, der var i kraft fra den 1. januar 2016, der fastslår, at det ikke er muligt at udelukke en aktør, der har truffet bestemte afhjælpende foranstaltninger og vist sin pålidelighed, fra Unionens udbud og tilskud. Selv om den anfægtede afgørelse således viser, at der blev taget hensyn til sagsøgerens afhjælpende foranstaltninger med henblik på at fastlægge den pålagte udelukkelses varighed, er der heri ikke indeholdt nogen begrundelse for, hvorfor disse skulle have været utilstrækkelige med henblik på at opfylde de i den nævnte bestemmelse fastsatte betingelser. Det må heraf konkluderes, at Kommissionen ikke undersøgte, hvorvidt den skulle anvende eller se bort fra sidstnævnte. Det skal i denne forbindelse præciseres, at argumentet i Kommissionens svarskrift, hvorefter sagsøgerens manglende anerkendelse under den administrative procedure af den forsætlige karakter – fra sagsøgerens side – af gennemførelsen af de fiktive indkaldelser af tilbud, der er påtalt i OLAF's rapport, viste, at sagsøgerens pålidelighed ikke var genetableret, ikke kan tiltrædes. En økonomisk aktør, der er genstand for en sanktionsprocedure, har altid ret til at forsvare sig mod de klagepunkter, der er fremsat imod denne, og udøvelsen af denne rettighed afhænger ikke af vurderingen af dennes pålidelighed efter tidspunktet for de forhold, som lægges denne til last, i betragtning af de afhjælpende foranstaltninger, som vedkommende har kunnet træffe. Dette bekræfter, at hensyntagen til finansforordningens artikel 106, stk. 7, litra a), i den udgave, der var i kraft fra den 1. januar 2016, kunne have mundet ud i en afgørelse, der var mindre indgribende for sagsøgeren.
- 59 Derudover er det i et tilfælde som det foreliggende ikke udelukket, at den nedsættelse fra fem til tre år af den maksimale varighed for udelukkelsen, der følger af finansforordningens artikel 106, stk. 14, litra c), i den udgave, der var i kraft fra den 1. januar 2016, kunne føre til, at en ansvarlig anvisningsberettiget – under i øvrigt tilsvarende forhold – når vedkommende anvender denne udgave af finansforordningen, pålægger en berørt økonomisk aktør en udelukkelse, der er af kortere varighed,

end hvis vedkommende havde anvendt de tidligere gældende udgaver af finansforordningen og gennemførelsesforordningen. I nærværende sag anførte Kommissionen i sin skrivelse af 1. marts 2016, således som nævnt i præmis 17 ovenfor, selv, at der var blevet taget hensyn til nedsættelsen af loftet for udelukkelsens varighed med henblik på at pålægge en udelukkelse af atten måneders varighed i stedet for to års varighed som oprindeligt påtænkt. Følgelig udgjorde finansforordningens artikel 106, stk. 14, litra c), i den udgave, der var i kraft fra den 1. januar 2016, også konkret en mindre indbringende bestemmelse, som sagsøgeren kunne drage fordel af, selv om varigheden af den udelukkelse, som Kommissionen påtænkte i sin skrivelse af 31. august 2015, allerede lå under det nye loft.

- 60 Ikke desto mindre fremgår det, på trods af det, der er anført i skrivelserne af 1. marts 2016 som nævnt i præmis 59 ovenfor, heller ikke af den anfægtede afgørelse, at der blev taget hensyn til denne bestemmelse, nærmere bestemt punkt 45 ff. i den del, der har titlen »Udelukkelsens varighed«, således som Kommissionen har bekræftet under retsmødet.
- 61 Det skal i øvrigt bemærkes, at der i den ordning, der finder anvendelse fra den 1. januar 2016, ganske vidst findes en bestemmelse, der synes at være strengere end den, der var fastsat i den ordning, der fandt anvendelse på det tidspunkt, hvor de forhold, der lægges sagsøgeren til last, fandt sted. Som anført i præmis 14 ovenfor, fastlagde sidstnævnte nemlig ikke en mulighed for at offentliggøre en sanktionsafgørelse eller de væsentlige elementer forbundet hermed – i modsætning til, hvad der følger af den udgave af finansforordningen, der var i kraft fra den 1. januar 2016. I medfør af sidstnævnte er en sådan offentliggørelse dog ikke alene ikke obligatorisk, men Kommissionen havde i den foreliggende sag hverken til hensigt eller havde truffet afgørelse om at foretage en sådan offentliggørelse, hvilket i øvrigt ville have været i strid med princippet om, at administrative sanktioner, der ikke er fastlagt på det tidspunkt, hvor de forhold, der lægges sagsøgeren til last, fandt sted, ikke kan have tilbagevirkende kraft (jf. analogt, dom af 28.6.2005, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommission, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P og C-213/02 P, EU:C:2005:408, præmis 202). Følgelig kan dette aspekt ikke spille nogen rolle i nærværende sag.
- 62 Det følger således af den konkrete vurdering af situationen, at Kommissionen for at overholde princippet om anvendelse med tilbagevirkende kraft af den mindst indgribende bebyrdende lovregel skulle anvende de sanktionsbestemmelser, der fulgte af finansforordningen og gennemførelsesforordningen i den udgave, der fandt anvendelse fra den 1. januar 2016.
- 63 Den anfægtede afgørelse skal således annulleres, fordi den, således som det er konstateret i præmis 58 og 60 ovenfor, blev vedtaget, uden at der synes at være taget hensyn til bestemmelserne i en mindre indgribende bebyrdende ordning, der – anvendt med tilbagevirkende kraft på de faktiske omstændigheder i sagen – kunne have ført til en mindre byrdefuld afgørelse. Det er derfor ufornuddigt at foretage en undersøgelse af de to øvrige anbringender, som sagsøgeren har gjort gældende, eller at tage stilling til dennes anmodninger om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse.

Sagsomkostninger

- 64 Ifølge procesreglementets artikel 134, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har tabt sagen, bør det pålægges denne at betale sagsomkostningerne i overensstemmelse med sagsøgerens påstand.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Niende Afdeling):

- 1) **Europa-Kommissionens afgørelse af 28. januar 2016 om den administrative sanktion om udelukkelse af NC fra procedurerne for tildeling af udbudskontrakter og tilskud, der finansieres over Den Europæiske Unions almindelige budget, i en periode på 18 måneder, og følgelig om at registrere denne i systemet for tidlig opdagelse og udelukkelse som omhandlet i artikel 108, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012 af 25. oktober 2012 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget og om ophævelse af Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002, annulleres.**
- 2) **Kommissionen betaler sagsomkostningerne.**

Gervasoni

Madise

Kowalik-Bańczyk

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 27. juni 2017.

Underskrifter