

Sag C-326/23

Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement

Dato for indlevering:

25. maj 2023

Forelæggende ret:

Sąd Najwyższy (Polen)

Afgørelse af:

15. marts 2023

Sagsøgere:

C.W.S.A.

C.O.S.A.

D. sp. z o.o.

G.S.A.

C. sp. z o.o.

C.1 S.A.

Sagsøgt:

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Hovedsagens genstand

Søgsmål til prøvelse af afgørelse af 8. december 2019 truffet af Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (formanden for konkurrence- og forbrugerbeskyttelsesmyndigheden) om underkendelse af en aftale, der blev indgået af sagsøgerne, med henvisning til, at den er udtryk for en konkurrencebegrænsende praksis på det indenlandske marked for produktion og salg af grå cement, som er i strid med den nationale lovgivning og EU-lovgivningen, og om bødepålæg. Begæring om efterprøvelse af, hvorvidt en

dommer ved den øverste domstol ved den øverste domstol opfylder krav om uafhængighed og upartiskhed, som følge af indsigelsen om dommerens inhabilitet.

Genstand og retsgrundlag for anmodningen om præjudiciel afgørelse

Fortolkning af artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU, sammenholdt med artikel 47, første afsnit, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (i henhold til artikel 267 TEUF)

Præjudicielle spørgsmål

1. Skal artikel 19, stk. 1, andet afsnit, i Traktaten om Den Europæiske Union, sammenholdt med artikel 47, første afsnit, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder fortolkes således, at en national domstol, der træffer afgørelse om realiteten i sagen, har pligt til at se bort fra et processuelt retsskridt (en begæring), der er fremsat af en part, som om dette retsskridt ikke var blevet iværksat, når formålet med dette retsskridt er at anfægte en dommers udnævnelse ved brug af retsmidler, der både i henhold til EU-retten og en medlemsstats forfatning er ulovlige – når udnævnelsen hverken efter denne medlemsstats lovgivning eller EU-retten kan gøres til genstand for retslig prøvelse – navnlig ved at rejse tvivl om denne dommers evne og kvalifikationer til at udøve dommergerningen, når der ikke er en sammenhæng mellem omstændighederne ved dommerens udnævnelsesproces og de faktiske omstændigheder i den verserende sag, og der ikke er rimelige grunde til at rejse tvivl om dommerens uafhængighed og upartiskhed, der kan henføres til andre forhold end den af parten rejste tvivl om dommerudnævnelsesprocedurens retsmæssighed, herunder dommerens optræden efter udnævnelsen, dennes sårbarhed over for påvirkning fra den lovgivende eller den udøvende magt, hvilket i lyset af denne medlemsstats lovgivning medfører, at partens processkridt sidestilles med et forbudt *actio popularis* og anses for at være et groft og åbenlyst misbrug af den nationale procesret?

2. Skal artikel 19, stk. 1, andet afsnit, i Traktaten om Den Europæiske Union, sammenholdt med artikel 47, første afsnit, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder fortolkes således, at tildeling til parterne i national ret af beføjelser til at kræve, at der sker en prøvelse af, hvorvidt samtlige omstændigheder ved udnævnelsesproceduren og dommerens opførsel efter udnævnelsen kan have indflydelse på dommerens uafhængighed og upartiskhed i den verserende sag ved hjælp af en såkaldt upartiskhedstest eller en indsigelse om inhabilitet, hvorved der fremsættes begæring om, at dommeren viger sit sæde i sagen, er en effektiv og tilstrækkelig foranstaltning til opfyldelse af kravet om en domstol oprettet ved lov i EU-rettens forstand?

Anførte EU-retlige forskrifter

Traktaten om Den Europæiske Union, artikel 19, stk. 1, andet afsnit

Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret om grundlæggende rettigheder«), artikel 47, første afsnit

Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EØS-relevant tekst)

Anførte nationale forskrifter

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Republikken Polens forfatning, herefter »den polske forfatning«): artikel 179 og 180

Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (lov af 8.12.2017 om den øverste domstol, herefter »loven om den øverste domstol«): artikel 29

Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (lov af 17.11.1964 den civile retsplejelov, herefter »den civile retsplejelov«): artikel 49, stk. 1, artikel 379, nr. 4

Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (lov af 15.12.2000 om konkurrence- og forbrugerbeskyttelse, herefter »forbrugerbeskyttelsesloven«), artikel 5, stk. 1, nr. 1 og 3, artikel 9, artikel 101, stk. 1, nr. 1 og 2

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

- 1 Sagsøgerne anlagde et søgsmål til prøvelse af afgørelse af 8. december 2009 truffet af formanden for konkurrence- og forbrugerbeskyttelsesmyndigheden, hvori den aftale, der blev indgået mellem L.S.A. i M, G.S.A. i C, G1 S.A. i K., C. 2 sp. z o.o. i W., D. sp. z o.o. i S, C.W.S.A. i T og C.O.S.A. i O., der gik ud på fastsættelsen af købs- eller salgpris og øvrige forretningsbetingelser for salg af grå cement, opdelingen af markedet for produktion og salg af grå cement samt udvekslingen af fortrolige kommercielle oplysninger, blev anset som en konkurrencebegrænsende praksis på det indenlandske marked for produktion og salg af grå cement, og sagsøgerne blev påbudt at bringe overtrædelsen til ophør. I afgørelsen blev sagsøgerne i øvrigt pålagt bøder.
- 2 Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (den regionale domstol i Warszawa – domstol i sager om konkurrence- og forbrugerbeskyttelse) ændrede ved dom af 13. december 2013 den anfægtede afgørelse og nedsatte de pålagte bøder.

- 3 Ved dom af 21. maj 2014 afsagt af Sąd Apelacyjny w Warszawie (appeldomstolen i Warszawa) blev den ankede dom afsagt af Sąd Okręgowy (den regionale domstol) delvis ophævet og sagen i dette omfang blev hjemvist til fornyet behandling ved Sąd Okręgowy (den regionale domstol), og det skulle tilkomme denne ret at træffe afgørelse om betaling af omkostninger ved sagsbehandlingen i ankeinstansen og kassationsinstansen.
- 4 Den ovennævnte dom blev påkæret af bl.a. C. sp. z o.o. Selskabet gjorde gældende, at der forelå en grund til at ophæve sagen (jf. artikel 379, nr. 4, i den civile retsplejelov), eftersom det dommerkollegium af Sąd Najwyższy (øverste domstol), der den 29. juli 2020 afsagde dom i sagsnr. I NSK 8/19 til fornyet behandling ved Sąd Apelacyjny (appeldomstolen), der blev afsluttet ved den ankede dom – ifølge selskabet – var sammensat i strid med loven. I dommerkollegiet deltog nemlig personer, der blev udnævnt til embedet som dommer ved den øverste domstol efter indstilling fra Krajowa Rada Sądownictwa (det nationale råd for retsvæsenet, herefter »domstolsrådet«), hvis nærmere formål, organisation og opgaver fremgår af lov af 8. december 2017 om ændring af lov om domstolsrådet og visse andre love (Dz. U. af 2018, pos. 3, herefter »lov af 8.12.2017«). På tilsvarende vis deltog en person, der blev udpeget til dommerembedet ved Sąd Apelacyjny (appeldomstol) efter indstilling fra domstolsrådet i den udformning, som domstolsrådet fik ved lov af 8.12.2017, i påkendelse af en sag med sagsnr. VII AGa 847/20, afsluttet ved den ankede dom. Endvidere gjorde kærende gældende, at artikel 6, stk. 1, i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder af 4. november 1950 (herefter »EMRK«) blev tilsidesat ved, at den ankede dom blev afsagt under forhold, hvor sagsøgerens ret til rettergang for en uafhængig og upartisk domstol oprettet ved lov ikke var sikret henset til den lovstridige sammensætning af den øverste domstols dommerkollegium, der afsagde dom i sag med sagsnr. I NSK 8/19, og den lovstridige sammensætning af det dommerkollegium af den regionale domstol i Warszawa, der afsagde dom i sag med sagsnr. VII AGa 847/20.
- 5 Under henvisning til de rejste indsigelser nedlagde det kærende selskab påstand om, at den ankede dom ophæves i det omfang sagen er ugyldig og sagen hjemvises til fornyet behandling ved et korrekt sammensat dommerkollegium ved den øverste domstol, og såfremt der ikke gives medhold i denne påstand – nedlagde en subsidiær påstand om ophævelse af den ankede dom og hjemvisning af sagen til fornyet behandling ved et korrekt sammensat dommerkollegium ved appeldomstolen.
- 6 I skrivelse af 23. januar 2023 rejste selskab C. Sp. z o.o. indsigelse om inhabilitet over for dommer ved den øverste domstol, O.N., der var udpeget til at deltage i dommerkollegiet, der skulle påkende sag med sagsnr. I NZ 22/22, og selskabet gjorde gældende, at dommer ved den øverste domstol, O.N., under hensyntagen af de faktiske omstændigheder ved dommerens udnævnelse og hans handlinger efter udnævnelsen ikke opfylder betingelserne for uafhængighed og upartiskhed. Selskabet gjorde i øvrigt gældende:

- a) at dommer ved den øverste domstol, O.N., deltog i en almindelig udnævnelsesprøve for ledige stillinger som dommere ved den øverste domstol ved den øverste domstol arrangeret af domstolsrådet i den udformning, som domstolsrådet fik ved lov af 8.12.2017,
- b) at dommer ved den øverste domstol, O.N., udøvede dommergerningen på trods af, at Naczelny Sąd Administracyjny (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) ved kendelse suspendede domstolsrådets beslutning, der udgjorde det retlige grundlag for hans udnævnelse til embedet som dommer ved den øverste domstol, og på trods af, at Sąd Najwyższy (øverste domstol) ved afgørelse af 23. januar 2020 (herefter »afgørelse af 2020«) truffet af samtlige medlemmer af tre afdelinger af Sąd Najwyższy (øverste domstol) – navnlig afdelingen for civile sager, afdelingen for straffesager og afdelingen for arbejds- og socialretlige sager – fastslog, at hvert dommerkollegium, hvis medlem er en person udnævnt til embedet som dommer ved den øverste domstol ved Sąd Najwyższy (øverste domstol) efter indstilling fra domstolsrådet i den udformning, som domstolsrådet fik ved lov af 8.12.2017, anses som sammensat i strid med loven.
- c) at dommer ved den øverste domstol, O.N., deltog i afsigelsen af en kendelse vedrørende klager over uregelmæssigheder og tvivlsomme handlinger under præsidentvalget i 2020, hvilket rejser alvorlig tvivl om hans uafhængighed.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 7 Det problem, der er rejst i den omhandlede sag, vedrører to problemstillinger i forbindelse med to processuelle foranstaltninger i den polske procesret (den civile retspleje), navnlig dommers inhabilitet (jf. bestemmelserne i den civile retsplejelov) og en såkaldt test for upartiskhed, dvs. undersøgelse en dommers uafhængighed og upartiskhed – i den omhandlede sag en dommer ved den øverste domstols uafhængighed og upartiskhed (jf. bestemmelserne i lov om den øverste domstol), idet en tilsvarende procedure anvendes over for dommere ved retter i første instans, regionale domstole og appeldomstole (jf. et andet regelsæt).
- 8 Formålet med de forelagte præjudicielle spørgsmål er at få fastsat fælles rammer for en – ifølge Sąd Najwyższy (øverste domstol) – mulig tilpasning af standarden for den grundlæggende ret til en retfærdig rettergang i henhold til EU-retten, således som denne standard er udviklet i Domstolens praksis, under hensyntagen til den polske forfatningsmæssige orden, de processuelle regler og de værdier der ligger til grund for den pågældende ret. I lyset af den hidtidige praksis fra såvel Domstolen som fra Trybunał Konstytucyjny (forfatningsdomstol) kan Sąd Najwyższy (øverste domstol) imidlertid se en mulighed for dialog inden for rammerne af de respektive retsinstansers retspraksis, der vil gøre det muligt at gøre op med en holdning, der fører til en uopløselig modsigelse mellem EU-retten og den nationale lovgivning (forfatningsret).

- 9 Den første problemstilling vedrører en parts processkridt (indsigelse eller begæring), hvis formål er at anfægte en dommers udnævnelse, som er et ulovligt skridt i lyset af EU-lovgivningen og medlemsstatens forfatning – når udnævnelsen ikke kan gøres til genstand for en retslig kontrol hverken efter den nationale lovgivning eller EU-lovgivningen – ved at stille spørgsmålstejn ved dommerens evne til at udøve dommergerningen, eftersom der ikke findes en sammenhæng mellem omstændighederne ved dommerens udnævnelsesprocedure og omstændighederne ved den verserende sag, ligesom der ikke findes rimelige grunde til at betvivle dommerens uafhængighed og upartiskhed, der kan henføres til andet end det af parten rejste tvivl om udnævnelsesprocedurens retsmæssighed, herunder dommerens optræden i perioden efter udnævnelsen, dennes sårbarhed over for påvirkning fra den lovgivende magt eller den udøvende magt. I lyset af den nationale lovgivning sidestilles et sådant processuelt skridt fra partens side med en illegitim ubegrænset klage- og søgsmålsret *actio popularis* og anses for et grov og indlysende misbrug af den nationale procesret. Dermed opstår spørgsmålet om, hvorvidt den ret, der træffer afgørelse om realiteten, i henhold til artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU, sammenholdt med artikel 47, første afsnit, i chartret om grundlæggende rettigheder er forpligtet til at undlade at behandle dette processkridt, som om dette restskridt aldrig er blevet foretaget, og således, at dette retsskridt ikke afføder de sædvanlige retsvirkninger efter loven.
- 10 I polsk ret findes to processuelle foranstaltninger, der gør det muligt for parterne at rejse indsigelsen om, at en dommer, der er udpeget til at deltage i dommerkollegiet i en bestemt sag ikke garanter, at der træffes afgørelse i sagen på et objektivt grundlag. Den første foranstaltning er den civile retsplejelovs artikel 49 om dommers inhabilitet. Bestemmelsen giver mulighed for at udelukke en dommer fra medvirken i en bestemt retssag, såfremt der foreligger omstændigheder, som er egnede til at rejse tvivl om dommerens fuldstændige upartiskhed i den pågældende sag (*iudex suspectus*). Inhabiliteten indtræder ikke i kraft af selve loven (*ipso iure*), men der skal iværksættes en procedure, hvis formål er at udelukke den pågældende dommer fra medvirken i sagen, enten på begæring af en part, eller på initiativ fra selve dommeren, der erklærer sig inhabil.
- 11 Ved vurderingen af, hvorvidt der foreligger omstændigheder, som er egnede til at rejse tvivl om dommerens upartiskhed skal to aspekter tages i betragtning: en dommers såkaldte objektiv og subjektiv upartiskhed. Det subjektive aspekt betyder, at ingen dommer må give udtryk for partiskhed eller en personlig forudfattet mening, og der er en formodning for personlig upartiskhed, indtil det modsatte er bevist. For det andet skal retten være objektivt upartisk, hvilket vil sige, at den skal sikre en tilstrækkelig garanti for, at enhver rimelig tvivl herom kan udelukkes (dom af 19.2.2009, Koldo Gorostiaga Atxalandabaso/Parlament, C-308/07, EU:C:2009:103).
- 12 Som følge af denne retspraksis har Trybunał Konstytucyjny (forfatningsdomstol) udviklet i sin praksis et koncept om, at bevare de ydre tegn på uafhængighed. Det er vigtigt, at den enkelte dommer ikke blot handler i overensstemmelse med principperne om dommers uafhængighed og upartiskhed, men også, at den

fremstår således i offentlighedens øjne. I praksis fra Sąd Najwyższy (øverste domstol) understreges også, at det ikke handler om, hvorvidt der over for den enkelte dommer kan rejses en begrundet indsigelse om manglende objektivisme, men snarere, om der set fra partens perspektiv foreligger tilstrækkelige omstændigheder, der er egnede til at rejse tvivl om dommerens upartiskhed. Dette understreges også i praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter »Menneskerettighedsdomstolen«).

- 13 Det er ikke afgørende for at statuere inhabilitet jf. artikel 49, stk. 1, i den civile retsplejelov, at den enkelte dommer kender parten, heller ikke, hvis der er tale om et »personligt« kendskab mellem dommeren og parten, men til gengæld en særlig sammenhæng af personlige forhold, der ville gøre det svært for dommeren at beholde upartiskhed under pådømmelsen af en sag, som denne part er involveret i. Kendetegn for disse forhold kan være et følelsesmæssigt forhold til den pågældende person, eller forbindelser der kan have indflydelse på dommerens interesser eller status i samfundet.
- 14 Den anden foranstaltning (angående dommere ved den øverste domstol) fremgår af lov om den øverste domstol – artikel 29, stk. 5, (indført i 2022 med henblik på gennemførelsen af den standard, der er fastslået i Domstolens praksis). Den vedrører undersøgelsen af, hvorvidt bl.a. den enkelte dommer ved den øverste domstol opfylder betingelserne for uafhængighed og upartiskhed under hensyntagen til omstændighederne ved den enkelte dommer ved den øverste domstols udnævnelse, og dennes optræden efter udnævnelsen, såfremt det henset til de faktiske omstændigheder i den konkrete sag kan føre til en krænkelse af standarden for uafhængighed og upartiskhed således, at det kan have indflydelse på sagens udfald henset til den pågældendes forhold og sagens karakter. Såfremt der gives medhold i indsigelsen, udelukker Sąd Najwyższy (øverste domstol) dommeren fra medvirken i den pågældende sag, men denne udelukkelse må ikke være grundlag for at udelukke dommeren fra medvirken i andre sager, som påkendes med hans deltagelse (artikel 29, stk. 18, i lov om den øverste domstol).
- 15 Såvel inhabilitetsindsigelsen som en begæring om, at foretage en undersøgelse af, hvorvidt betingelserne for uafhængighed og upartiskhed er opfyldt, er ikke processuelle midler af generel karakter og de har ikke til formål at udelukke en dommer fra udøvelsen af dommergerningen. Begge disse processuelle midler skal tjene parten til at udelukke den enkelte dommer fra medvirken i den enkelte sag, når hans medvirken henset til sagens faktiske omstændigheder ikke garanter, at sagen afgøres på den objektive og uafhængige måde, uden påvirkning af enhver art fra tredjepart.
- 16 I henhold til den polske forfatnings artikel 179 beskikkes dommere af Republikken Polens præsident, efter indstilling fra domstolsrådet, på ubestemt tid. En dommer ved den øverste domstol er i henhold til artikel 29 i lov om den øverste domstol en person, der er blevet udnævnt til dommer ved den øverste domstolseembedet af Republikken Polens præsident og som har aflagt ed over for præsidenten (stk. 1). Det skal understreges, at det ikke er tilladt at sætte

spørgsmålstegn ved legitimiteten af domstole, forfatningsmæssige statsorganer og organer til kontrol og beskyttelse af loven (stk. 2), samt at [det ikke er tilladt] at Sąd Najwyższy (øverste domstol) afgør eller vurderer lovligheden af udnævnelsen af en dommer eller den beføjelse til at udøve dømmende virksomhed, som følger af denne udnævnelse (stk. 3).

- 17 Omstændighederne ved en dommer ved den øverste domstols udnævnelse må ikke udgøre det eneste grundlag for at anfægte en afgørelse, der er truffet under medvirken af denne dommer ved den øverste domstol eller for at rejse tvivl om denne dommers uafhængighed og upartiskhed (artikel 29, stk. 4 i lov om den øverste domstol).
- 18 En lignende holdning fremgår af praksis fra Trybunał Konstytucyjny (forfatningsdomstol). Trybunał Konstytucyjny (forfatningsdomstol) har i flere domme fastslået, at artikel 49, stk. 1, i den civile retsplejelov er i strid med den polske forfatning i det omfang, det efter denne bestemmelse er tilladt at behandle en indsigelse om en dommers inhabilitet, der er begrundet i en mangelfuld procedure for denne dommers udnævnelse til dommer ved den øverste domstolseembedet af Republikken Polens præsident efter indstilling fra domstolsrådet, samt i det omfang, det efter denne bestemmelse er tilladt at anse en hvilken som helst omstændighed ved proceduren for denne dommers udnævnelse til dommer ved den øverste domstolseembedet af Republikken Polens præsident efter indstilling fra domstolsrådet som en omstændighed, der er egnet til at rejse en begrundet tvivl om denne dommers upartiskhed i den enkelte sag. Endvidere har Trybunał Konstytucyjny (forfatningsdomstol) fastslået, at visse bestemmelser i lov om den øverste domstol er i strid med Polens forfatning, i det omfang disse bestemmelser udgør en hjemmel til, at Sąd Najwyższy (øverste domstol) træffer afgørelse om status af en person, der er blevet beskikket til dommerembedet, herunder embedet som dommer ved den øverste domstol, samt denne persons beføjelser, der er tilknyttet embedet, og de med denne status forbundne retsvirkninger af retshandlingerne, der udøves af en domstol under denne persons medvirken.
- 19 Denne løsning er også anerkendt i Domstolens praksis, hvor det er blevet fastslået, at den omstændighed alene, at den udøvende magts organer er involveret i processen til udnævnelse af dommere, ikke er af en sådan karakter, at den skaber en afhængighed for disse dommere af disse organer eller rejser tvivl om deres upartiskhed, hvis de berørte, når de først er udnævnt, ikke påvirkes af nogen form for pression og ikke modtager instrukser i udøvelsen af deres funktioner (jf. dom af 19.11.2019, A.K. m.fl., C-585/18, C-624/18 og C-625/18, EU:C:2019:982, præmis 133, jf. i øvrigt dom af 2.3.2021, A.B. m.fl., C-824/18, EU:C:2021:153, præmis 122, af 20.4.2021, Repubblica, C-896/19, EU:C:2021:311, præmis 56, af 15.7.2021, Kommissionen mod Polen, C-791/19, EU:C:2021:596, præmis 97). Samtidig kan den omstændighed, at den overvejende del af sammensætningen af et organ såsom domstolsrådet, der deltager i processen til udnævnelse af dommere, vælges af den lovgivende myndighed, ikke i sig selv kan rejse tvivl om

uafhængigheden af de dommere, der udnævnes ved afslutningen af denne proces (jf. dom af 9.7.2020, Land Hessen, C-272/19, EU:C:2020:535, præmis 55, 56).

- 20 Af Domstolens praksis fremgår ligeledes, at det kan forholde sig anderledes, når denne samme omstændighed, sammenholdt med andre relevante forhold og de betingelser, hvorunder disse valg er blevet truffet, fører til at fremkalde en sådan tvivl (dom i sag C-791/19, præmis 103). Det skal understreges, at begrebet »uafhængig og upartisk domstol« (engelsk *independent and impartial tribunal*, tysk *unabhängiges und unparteiisches Gericht*) er et målestok for vurderingen af uafhængighed og upartiskhed af en domstol (og ikke en dommers habilitet), men disse begreber er tæt forbundne.
- 21 I overensstemmelse med de kriterier, der er blevet indført i Domstolens dom af 29. marts 2022 (i sag Getin Noble Bank, C-132/20, EU:C:2022:235) er Sąd Najwyższy (øverste domstol) omfattet af »uafhængighedsformodningen«, der kan afkræftes ved en endelig retsafgørelse, der fastslår, at den dommer, der udgør den forelæggende ret, ikke har status som en uafhængig og upartisk domstol, der forudgående er oprettet ved lov, eller ved at påvise andre omstændigheder, der er egnede til at rejse tvivl om denne domstols uafhængighed og upartiskhed.
- 22 Det følger af Domstolens faste praksis, at rækkevidden af de nationale lovbestemmelser, der er genstand for en traktatbrudsprocedure, som hovedregel skal bedømmes under hensyntagen til de nationale domstoles fortolkning af dem (jf. dom af 15.7.2021, Kommissionen mod Polen, C-791/19, EU:C:2021:596, og den deri nævnte praksis). De nationale domstole må samtidig ikke undlade at anvende de nationale forskrifter, herunder de forfatningsmæssige forskrifter, når de vurderer, hvorvidt betingelserne i artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU og artikel 47 i chartret om grundlæggende rettigheder er opfyldt.
- 23 Den nationale lovgivnings bestemmelser (ligesom de folkeretlige regler) redegør ikke nærmere for standarden for uafhængighed eller upartiskhed. De indeholder ikke nogen bestemmelser om, hvad der i lovens forstand skal forstås ved uafhængighed og upartiskhed, og hvad en krænkelse eller tilsidesættelse af disse skal eller kan bestå i. Det er ikke angivet, hvorvidt det eneste kriterium for vurderingen af uafhængighed eller upartiskhed skal være den enkelte dommers optræden, eller der skal inddrages andre omstændigheder, som den enkelte dommer ikke har nogen indflydelse på. I kendelse af 23. februar 2023 fra Sąd Najwyższy (øverste domstol) er det fastslået, at der ved omstændighederne ved en dommer ved den øverste domstolsudnævnelse i lyset af artikel 29, stk. 5, i lov om den øverste domstol ikke skal forstås omstændigheder af generel karakter, der angår systemløsninger ved udnævnelsesprocessen, men de individuelle omstændigheder ved udnævnelsen af den enkelte dommer.
- 24 Ifølge praksis fra Trybunał Konstytucyjny (forfatningsdomstol) består en dommers uafhængighed i forfatningsbestemmelsernes forstand af flere væsentlige elementer, herunder: 1) neutralitet over for parterne, 2) uafhængighed over for de offentlige organer (institutioner) uden for retsvæsenet, 3) den enkelte dommers

autonomi over for de retslige myndigheder og organer, 4) uafhængighed fra den politiske indflydelse, herunder navnlig politiske partier, 5) den enkelte dommers integritet.

- 25 Undtagen den første af de nævnte elementer, der vedrører neutralitet over for parterne, kan vurderingen af de øvrige elementer i princippet ikke begrænses til en enkelt retssag, eftersom en dommers afhængighed af de offentlige organer (institutioner) uden for retsvæsenet, de retslige myndigheder og organer, eller den politiske indflydelse, herunder navnlig fra de politiske partier, egentlig må betyde, at den enkelte dommer overhovedet ikke kan kendetegnes som uafhængig. Erklæres en dommer inhabil som følge af dennes manglende uafhængighed i den ovennævnte forstand – hvilket netop er formålet med inhabilitetsindsigelsen i den omhandlede sag – vil denne erklæring dermed ikke kun være relevant for den enkelte retssag, men også i alle andre sager, eftersom konstateringen af, at dommeren ikke er uafhængig, altid må udløse iværksættelsen af passende tiltag med henblik på at udelukke dommeren fra at dømme i enhver retssag. Det er endnu mere relevant fordi det drejer sig om en forfatningsmæssig model for dommerudnævnelser. Den blotte konstatering af, at den enkelte dommer generelt var »afhængig« af omstændighederne eller personerne ved dennes udnævnelsesprocedure – hvilket skulle virke foregribende for vurderingen af dommeren som ikke uafhængig og dermed inhabil – ville betyde, at dommeren fratages muligheden for at udøve dommergerningen i det hele taget, hvorimod undersøgelsen af de konkrete omstændigheder ved udnævnelsen kan have indflydelse på vurderingen af dommerkandidaters optræden eller optræden af medlemmerne af de organer, der deltog i udnævnelsesproceduren (hvis beslutninger dommerkandidaten ingen indflydelse har på og disse beslutninger træffes inden for rammerne af en lovbestemt procedure), idet deres optræden ikke kan vurderes som manglende uafhængighed i den anførte, generelle forstand. Såfremt visse konkrete omstændigheder ved udnævnelsesproceduren gav anledning til at udelukke den enkelte dommer, skal dette ske i henhold til de almindelige regler for den sædvanlige procedure for erklæring af dommeren inhabil, som for eksempel i en situation, hvor en dommer skal deltage i pådømmelse af en sag, der vedrører et medlem af domstolsrådet, der under udnævnelsesproceduren tilkendegav sin mening om dommeren eller den person, der på dette tidspunkt varetog præsidentembedet, og vurderingen af upartiskhed skal foretages individuelt.
- 26 Det er dog først og fremmest en antagelse om, at omstændighederne ved den enkelte dommers udnævnelse (i snæver forstand dvs. vedrørende procesreglerne og retsgrundlaget for udnævnelsen, og vedrørende det helt konkrete forløb ved den enkelte udnævnelsesproces), uden nærmere at redegøre for deres karakter, kan have indflydelse på vurderingen af den enkelte dommers uafhængighed eller upartiskhed generelt, der rejser de væsentlige tvivl. Det er netop denne dimension, som inhabilitetsindsigelsen i den omhandlede sag har fokus på, men de afledte konklusioner har en generel karakter – såsom den om manglende evne til at udøve dommergerningen af dommer ved den øverste domstol, O.N., og af en appeldomstolsdommer, der deltog i afsigelsen af den påklagede dom. Til støtte for

indsigelsen gøres det – af kærende, der har rejst indsigelsen – gældende, at dommer ved den øverste domstol, O.N., ikke tillægger en tilstrækkelig betydning »den indlysende og graverende mangel ved sin udnævnelse ligesom ved udnævnelsen af de øvrige dommere, der er sket efter indstilling fra det nye domstolsråd«. Denne fortolkning af en dommers status går videre end de anførte kriterier, der fremgår af praksis fra såvel Domstolen som fra Trybunał Konstytucyjny (forfatningsdomstol).

- 27 Ifølge den mest udbredte holdning i retspraksis er det ikke tilstrækkeligt at henvise til omstændighederne ved den enkelte dommer ved den øverste domstols udnævnelse (herunder de eventuelle mangler ved udnævnelsesproceduren) og dennes optræden i perioden efter udnævnelsen (herunder dennes handlinger foretaget inden for rammerne af dommergerningen, erklæringer og offentlige udtalelser og offentlige aktiviteter i øvrigt), som kan rejse en begrundet tvivl om dommerens uafhængighed og upartiskhed, men det i så fald er nødvendigt at angive de omstændigheder, der beviser, at dette underskud kan påvirke udfald i den konkrete sag, henset til den pågældendes forhold og sagens karakter.
- 28 Der er imidlertid også udtrykt en modsat holdning, nemlig at det er tilstrækkeligt for at anse betingelsen om, at den enkelte dommer ikke er uafhængig og upartisk, jf. artikel 29, stk. 5, i lov om den øverste domstol, som opfyldt, at den enkelte dommers udnævnelse angiveligt er behæftet med mangel (det drejer sig om udnævnelser, der var gennemført på baggrund af domstolsrådets indstillinger i henhold til bestemmelserne, der var gældende fra 2018, dvs. i kraft af ændringsloven fra 2017), endvidere kan som »optræden efter udnævnelsen« anses handlinger, som foretages inden for rammerne af domsgerningen, der er i strid med Menneskerettighedsdomstolens praksis og afgørelse af Sąd Najwyższy (øverste domstol) fra februar 2020. Det fremgår af denne afgørelse, at der også er tale om en ukorrekt sammensætning af et dommerkollegium, hvis sammensætningen er i strid med loven, når der i dommerkollegiet deltager en person, der er udnævnt til embedet som dommer ved den øverste domstol efter indstilling fra domstolsrådet jf. relevante bestemmelser i loven fra 2017. Denne holdning ser imidlertid bort fra praksis fra Trybunał Konstytucyjny (forfatningsdomstolen) og er ifølge den forelæggende ret udtryk for en opfattelse, hvorefter en retsakt som den nævnte afgørelse fra Sąd Najwyższy (øverste domstol), der er underkendt som værende i strid med forfatningen, angiveligt er gældende og bindende for alle dommerkollegier af Sąd Najwyższy (øverste domstol).
- 29 Ved den omhandlede indsigelse er der rejst spørgsmålet om, hvorvidt udnævnelser til dommer ved den øverste domstol var »mangelfulde«, med henvisning til den efter EU-lovgivningen gældende standard og artikel 6 EMRK (retten til en retfærdig rettergang), men er til gengæld helt set bort fra vurderingen af, hvorvidt der under de konkrete omstændigheder foreligger dommerens, eventuelt rettens, afhængighed af den lovgivende eller den udøvede magt, der er begrundet i den måde (omstændigheder), hvorpå dommerens udnævnelse er kommet til, og hvad denne afhængighed i så fald skulle bestå i, eller hvorvidt der foreligger tvivl om

dommerens upartiskhed, der er begrundet i, at dommeren efter udnævnelsen er blevet underlagt en form for pression eller har modtaget instrukser i udøvelsen af sine funktioner (dom i forenede sager C-585/18, C-624/18 i C-625/18). For dommerne ved den øverste domstol vedkommende betyder det også, at den manglende individuelle efterprøvelse af, hvorvidt de ovennævnte betingelser er opfyldt, indebærer en krænkelse af den ovennævnte EU-retlige standard, som skulle gennemføres ved hjælp af denne efterprøvelse. Det blev dog som en sidebemærkning anført, at dommer ved den øverste domstol, O.N., deltog i afsigelsen af den kendelse vedrørende klager over forløbet af præsidentvalget i 2020, der set fra synspunktet af den politiske blok, som den sejrende kandidat kom fra, var gunstig, hvilket formentlig skulle efterlade det indtryk, at hans dommergerning retter sig efter interesser af den politiske blok, der gjorde hans udnævnelse til embedet som dommer ved den øverste domstol mulig. Uanset om denne påstand er begrundet eller ej skal det understreges, at det i grund og bund drejer sig om udøvelsen af dømmende virksomhed på trods af en – ifølge kærende – mangelfuld udnævnelsesproces til dommerembedet.

- 30 Nogle sammensætninger af Sąd Najwyższy (øverste domstol) (det handler om dommerne, der blev udnævnt til embedet som dommer ved den øverste domstol forud for 2018) anerkender også, at den enkelte dommers optræden efter udnævnelsen også omfatter hans udøvelse af dømmende virksomhed såsom afsigelse af domme. I kendelse af 27. februar 2023 afviste Sąd Najwyższy (øverste domstol), at dom af 20. april 2020 af Trybunał Konstytucyjny (forfatningsdomstol) havde retskraft i det omfang den fastslog, at Sąd Najwyższys (øverste domstol) afgørelse af 2020 var i strid med Polens forfatning, idet i afgørelsens afsigelse deltog dommerne ved den øverste domstol, der har truffet den ovennævnte kendelse og som vurderede deres egen forfatningsstridige afgørelse som korrekt, og som angiveligt har fremkaldt retsvirkninger, og dermed med indlysende tilsidesættelse af princippet om, at ingen kan være dommer i egen sag *nemo iudex in causa sua*.
- 31 Endvidere traf Sąd Najwyższy (øverste domstol) kendelse af 4. april 2023, hvori den stillede et spørgsmål til et udvidet dommerkollegium af Sąd Najwyższy (øverste domstol) om, hvorvidt det fremgår af artikel 29, stk. 5, i lov om den øverste domstol, at det er nødvendigt for at udelukke en dommer ved den øverste domstol fra medvirken i en bestemt sag, at alle de i bestemmelsen anførte betingelser er opfyldt kumulativt, således at den pågældende dommer ved den øverste domstol ikke opfylder uafhængigheds- og upartiskhedskrav, eller det er tilstrækkeligt, at kun én af betingelserne er opfyldt henset til sagens konkrete omstændigheder.
- 32 En sådan indsigelse eller begæring, der alene bygger på én betingelse, ville være en ukendt i den nationale ret og EU-retten proforma indsigelse eller begæring og ville medføre, at dommerens ret til at udøve dommergerningen ville være anfægtet. Endvidere ville det ikke tjene en vurdering af den enkelte dommer, men vurderingen af præsidentens beføjelse til at udnævne ham, og denne beføjelse kan ikke være genstand for prøvelse i henhold til andre bestemmelser end

forfatningen. I dom af 5. juni 2012 fastslog Trybunał Konstytucyjny (forfatningsdomstol), at artikel 179 i den polske forfatning er »en fuldkommen bestemmelse for så vidt angår præsidentens beføjelser til udnævnelse af dommere, eftersom bestemmelsen beskriver alle nødvendige led af udnævnelsesproceduren«.

- 33 Trybunał Konstytucyjny (forfatningsdomstol) har i sin praksis anført, at en dommer i det polske retssystem er en person, der fra Republikken Polens præsident har modtaget et udnævnelsesdokument, mens betingelserne for en dommers udelukkelse fra udøvelsen af dommergerningen skal fremgå af den polske forfatning og den af forfatningen afledte lovgivning. Præsidentens beføjelse undergives ikke den dømmende magts kontrol.
- 34 En generel udelukkelse af en dommer fra at udøve dommergerningen ville faktisk betyde en »suspendering« fra embedet – i strid med loven, og hvad er endnu vigtigere i strid med den polske forfatning og EU-lovgivningen. Trybunał Konstytucyjny (forfatningsdomstol) er af tilsvarende opfattelse for så vidt angår den fuldkomne »udelukkelse« fra at udøve dommergerningen, der gennemføres ved en retsakt med en lavere rang end en lovbestemmelse (afgørelse fra Sąd Najwyższy (øverste domstol), hvilket fører til en nyskabelse, at en særegen kategori af pensioneret dommer ab initio. Der stilles ikke krav om begrundelse af beslutninger, som Republikken Polens præsident tager i udøvelsen af sine skønsbeføjelser, hermed også af de beføjelser, der vedrører dommerudnævnelser og har karakter af personalemæssige beslutninger.
- 35 Den omstændighed, at en dommerudnævnelse jf. artikel 179 i den polske forfatning kræver en indstilling fra domstolsrådet, udgør ifølge praksis fra Trybunał Konstytucyjny (forfatningsdomstol), en væsentlig indsnævring af præsidentens skøn, idet præsidenten ikke efter eget ønske kan udnævne en person, der opfylder betingelserne, der stilles til kandidater til dommerembeder, men alene en person, hvis kandidatur var drøftet og er blevet indstillet af domstolsrådet. Det fremgår af den polske forfatning, at domstolsrådets indstilling er en forudsætning for, at præsidenten udøver sin skønsbeføjelse, hvorefter dommerembedet stiftes ved en overrækkelse af udnævnelsesdokumentet. Det fremgår imidlertid ikke umiddelbart af den polske forfatning, hvilke etaper der ligger forud for afleveringen af domstolsrådets indstilling til præsidenten eller hvilke kvalifikationer den enkelte dommerkandidat skal have. Præsidentens beføjelser har en selvstændig karakter, er uafhængige af andre organer, og præsidenten udøver disse beføjelser på egne vegne, på egen regning og på eget ansvar.
- 36 Republikken Polens præsidents beslutning om en dommerudnævnelse udgør ikke en forvaltningsretlig akt og er ikke undergivet kompetencen af domstole i forvaltningsretlige sager, og selve udnævnelsen udgør ikke en forvaltningsretlig sag. Der findes ingen procedure, inden for hvis rammer det er muligt at efterprøve gyldighed, retmæssighed eller retsvirkninger af præsidentens udøvelse af denne beføjelse. Det er ikke muligt at oprette en sådan kontrolprocedure hverken under hensyntagen til den internationale standard eller på det lovmæssige niveau. En dommers udnævnelse er til gengæld en forfatningsretlig akt og har sin hjemmel

direkte i en forfatningsbestemmelse. Den er dermed ikke en forvaltningsretlig akt. Der er intet organ, der har kompetence til at føre kontrol med udnævnelsens retmæssighed og retsvirkninger. Heller ikke Menneskerettighedsdomstolen har kompetence til at efterprøve præsidentens udøvelse af hans forfatningsbestemte skønbeføjelse. Den model for dommerudnævnelsen, der fremgår af den polske forfatning, gør det nødvendigt at sikre dommeren en uanfægtelig status således, at den ikke udsættes for eventuelle forsøg på at anfægte denne ved at søge nogle omstændigheder, der er egnede til at påvirke vurderingen af, hvorvidt udnævnelsesproceduren på den stadie, der lå forud for præsidentens beslutning om udnævnelse var korrekt. Dommerstatus' uanfægtelighed i denne forstand er en bestanddel af garantien for uafsættelighed, som ikke er tilføjet som et »privilegium« men har sine rødder i garantierne om retten til en retfærdig rettergang, herunder stabilitet af endelige retsafgørelser.

- 37 I lyset af artikel 179, sammenholdt med artikel 144, stk. 3, nr. 17, i den polske forfatning og i henhold til EU-retten findes der ikke mulighed for at udnævne en dommer alene for symbolets skyld, uden reelle praktiske virkninger. Dommerudnævnelsen er ensbetydende med at tilkende en person kompetencer til at udøve den dømmende magt. Indsigelsen om en dommers inhabilitet, der henviser til omstændighederne ved den enkelte dommers udnævnelse, der er egnede til negativt påvirke vurderingen af dommerens uafhængighed og upartiskhed, ville hver gang føre til at begrænse eller snart gøre det umuligt for dommeren at udøve den dømmende magt.
- 38 Uden et udtrykkeligt forfatningsmæssige grundlag kan en dommers udnævnelse i et demokratisk retsstat, ligesom det er tilfældet i EU-retten, ikke anfægtes i nogen procedure. Opfyldelsen af de i forfatningen anførte betingelser og krav medfører, at dommeren tilkendes en mandat i det fulde nærmere lovbestemte omfang, og det heraf følgende princip om embedets stabilitet og dommers uafsættelighed egentlig bidrager til opfyldelsen af garantien om retten til en retfærdig rettergang som omhandlet i artikel 45, stk. 1, i Polens forfatning, og artikel 19, stk. 1, andet afsnit TEU, sammenholdt med artikel 47, første afsnit, i chartret om grundlæggende rettigheder. Vurderingen af tilkendelse af mandatet og denne tilkendelses effektivitet på det polske rets område er ikke undergivet vurderingen efter EU-lovgivningen. Uafhængighed og upartiskhed har intet at gøre med den anvendte procedure for udnævnelsen, såfremt denne procedure gennemføres i en demokratisk stat. Hverken de nationale forfatningsmæssige bestemmelser eller bestemmelserne i EU-lovgivning giver et grundlag for at stille spørgsmålstegn ved den enkelte dommers habilitet af hensyn til den anvendte procedure for hans dommerudnævnelse, men til gengæld skal sikre denne uafhængighed og beskytte den mod det ydre pres – såvel fra den lovgivende som udøvende og dømmende magt.
- 39 Som det er blevet anført, findes der heller ikke i EU-lovgivningen noget retsgrundlag for at anfægte en dommerudnævnelse i en medlemsstat for på den måde at gøre det umuligt for den udnævnte at udøve sit embede, der hovedsageligt består af dømmende virksomhed. Det underbygges også af den omstændighed, der

er rejst af kærende, navnlig at dommer ved den øverste domstol, O.N., ved sin udnævnelse til dommer ved den øverste domstolseembedet var »fuldstændig bevist« om, at Naczelny Sąd Administracyjny (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) havde afsagt en kendelse om suspending af retsvirkningerne af domstolsrådets beslutning i det omfang beslutningen vedrørte indstilling af bl.a. O.N. til dommer ved den øverste domstolseembedet. Ifølge kærende udgør det et bevis på dommer ved den øverste domstol, O.N.s, manglende respekt og ringeagt for loven. Det vides imidlertid ikke, på hvilket grundlag kærende har formuleret disse beskyldninger. For det første skal det anføres, at O.N. (som på tidspunktet for den ovennævnte kendelses afsigelse af Naczelny Sąd Administracyjny (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) ikke endnu var højesteretsdommer) ikke deltog i nogen procedure ved Naczelny Sąd Administracyjny (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) angående vedtagelsen af retssikrende foranstaltninger i forhold til domstolsrådets beslutning, hvorfor den kendelse, som kærende har henvist til og påberåbt sig ikke blev afleveret til O.N., og der i øvrigt ikke findes grundlag for at antage, at O.N. havde haft kendskab til nogen retssikrende foranstaltninger i forhold til den omhandlede beslutning. Allerede af denne grund må kændendes anbringende om O.N.s manglende respekt for loven forkastes som ubegrundet. Anbringendet om den angiveligt manglende respekt for loven kunne være begrundet, hvis O.N. havde kendskab til, at en sådan kendelse var afsagt og hvad der nærmere fremgik af den. Det vides dermed ikke, hvilke fakta kærende lægger til grund for sit anbringende om, at O.N. havde kendskab til kendelsen om retssikrende foranstaltninger og ignorerede den. Såfremt kærende gør det på baggrund af begrundelsen af [den ovennævnte] afgørelse af 23. januar 2020 [fra Sąd Najwyższy (øverste domstol)], hvor det henvistes til »viden der fremgår af medieomtalen«, skal det understreges, at afgørelsen var truffet i strid med de processuelle regler, og at afgørelsen faktisk har retskraft som en bindende retsregel, så svarer den i afgørelsen anførte argumentation i den henseende på ingen måde til virkeligheden og udgør alene en række ubegrundede insinuationer, der er formulerede af de personer, der har skrevet under på begrundelsen, og kan ikke betragtes som en troværdig gengivelse af de faktiske omstændigheder. Endvidere selv hvis kandidaten til embedet som dommer ved den øverste domstol fra medierne fik det helt generelle kendskab til det faktum, at der var truffet kendelse om retssikrende foranstaltninger, kunne han have forventet, at denne kendelse ville leve op til principperne i den civile retspleje, dvs. at genstanden for kendelsen var den del af domstolsrådets beslutning, der ikke var retskraftig. I forhold til O.N. var domstolsrådets beslutning imidlertid retskraftig og eksigibel, og det var dermed hverken legitimt eller procesmæssigt muligt at træffe afgørelse om retssikrende foranstaltninger i den henseende. Som følge heraf kunne man ikke på udnævnelsesdagen antage, at Naczelny Sąd Administracyjny (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) i sine afgørelser, herunder kendelser om retssikrende foranstaltninger, i grov grad ville tilsidesætte loven. Denne nævnte antagelse ville have været berettiget, hvis O.N. havde gjort sig bekendt med hele kendelsen, hvilket af de anførte, objektive grunde, ikke kunne finde sted. Ingen senere ændring af domstolsrådets beslutnings indhold kunne have betydning,

eftersom disse ændringer af åbenlyse grunde ikke kunne virke med tilbagevirkende kraft. Uanset af det ovenfor anførte skal det understreges, at en sådan »retssikrende foranstaltning« ikke kan fremkalde nogen retsvirkninger inden for den offentlige rets anvendelsesområde og så meget desto mere i forhold til Republikken Polens præsident.

- 40 Sagsøgeren, der har rejst inhabilitetsindsigelsen, henviser til mangler – som efter sagsøgerens opfattelse fandtes – ved udnævnelsesproceduren og anfægter på den måde dommerens status, men anmoder ikke om dommerens udelukkelse fra medvirken i sagen på baggrund af omstændigheder, der kunne vidne om dommerens manglende upartiskhed i en konkret sag. Der er dermed tale om en proforma-anmodning, hvis formål er et ulovligt efter både EU-lovgivningen og medlemsstatens forfatning angreb på dommerudnævnelsen, når der hverken i den nationale lovgivning eller EU-lovgivningen findes regler, der gør det muligt at anfægte dommerudnævnelsen, hvorfor indsigelsen – ifølge Sąd Najwyższy (øverste domstol) – ikke skal tages under behandling og skal betragtes som om den ikke er rejst.
- 41 Den anden problemstilling vedrører de allerede anførte – i lyset af artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU, sammenholdt med artikel 47, første afsnit, i chartret om grundlæggende rettigheder – processuelle skridt og går ud på at fastslå, hvorvidt det er en effektiv og tilstrækkelig mekanisme til opfyldelsen af kriterier for en domstol oprettet ved lov i EU-rettens forstand, at parterne i den nationale lovgivning tilkendes en beføjelse til at kræve, at der undersøges, hvorvidt samtlige omstændigheder ved proceduren for udnævnelse af den enkelte dommer og dens optræden efter udnævnelsen har indflydelse på dommerens uafhængighed og upartiskhed i den verserende sag inden for rammerne af en såkaldt upartiskhedstest eller en inhabilitetsindsigelse.
- 42 På trods af EU-rettens målsætning om ensartet anvendelse og sammenhæng har Sąd Najwyższy (øverste domstol) ikke kendskab til, at der i andre medlemsstater bortset fra Polen findes retssystemer, der har indført nogen nye løsninger af processuel eller forfatningsmæssig karakter, hvis formål var en tilpasning af de nationale bestemmelser til krav, der fremgår af den ovennævnte praksis fra Domstolen. Ifølge Sąd Najwyższy (øverste domstol) har de i de præjudicielle spørgsmål anførte bestemmelser til formål at tilpasse standarden efter den polske lovgivning for så vidt angår lovligheden af efterprøvelse af den enkelte dommers uafhængighed og upartiskhed til de konklusioner, der fremgår af Domstolens ovennævnte domme. Formålet er i øvrigt at indføre en domstolsefterprøvelse af kriteriet »en domstol oprettet ved lov« som omhandlet i artikel 6 EMRK.
- 43 De ovennævnte foranstaltninger synes at være tilstrækkelige for at fastslå, hvorvidt en rets sammensætning er korrekt, så meget desto mere at antallet af tilfælde, hvor disse midler tages i brug er meget lille, og dette på trods af, at de har fået en betydelig medieomtale og der er blevet opfordret til at benytte disse foranstaltninger, hvilket betyder, at det egentlig sker meget sjældent, at parterne stiller spørgsmålstejn ved uafhængighed af dommerne ved den øverste domstol,

herunder disse dommer, der er blevet udnævnt siden 2018. Siden da har der i civile sager (ved Izba Cywilna Sądu Najwyższego (den øverste domstols afdeling for civile sager) været i alt 40 tilfælde, hvor parterne har rejst inhabilitetsindsigelsen eller begæret om gennemførelse af testen. Sammenlignes det med antal sager, som Izba Cywilna Sądu Najwyższego (den øverste domstols afdeling for civile sager) modtager pr. år, der ligger mellem 5 000-7 000, er det blotte 40 tilfælde en ubetydelig brøkdel.

- 44 De anførte foranstaltninger er tilstrækkelige til gennemførelsen af partens ret til en korrekt sammensætning af et dommerkollegium, såfremt de – naturligvis – anvendes korrekt såvel af parterne som af Sąd Najwyższy (øverste domstol). Det handler såvel om, hvorvidt parten lovligt kan formulere visse indsigelser og begæringer, som hvorvidt det er lovligt at træffe afgørelser af Sąd Najwyższy (øverste domstol), eventuelt af en anden domstol, i sager vedrørende en dommer ved den øverste domstol og anfægte afgørelser, som Sąd Najwyższy (øverste domstol) har truffet under medvirken af en dommer ved den øverste domstol, henset til omstændigheder af forskellig art. I overensstemmelse med grundsætningen om den fornuftige lovgiver og legalitetsprincippet (artikel 7 i den polske forfatning) samt de EU-retlige principper skal efterprøvelsen ikke bestå i at »anfægte« en retsafgørelse eller »betvivle« den enkeltes status som dommer, og den skal foretages inden for rammer af en procedure, der nærmere er beskrevet i særskilte bestemmelser (artikel 49 i den civile retsplejelov og artikel 29, stk. 5, i lov om den øverste domstol kan nu anses for sådanne særskilte bestemmelser). De seneste års retspraksis vidner dog om, at praksis går i en anden retning, navnlig at bestemmelserne i den polske forfatning, den nationale lovgivning og EU-lovgivning alene bruges som et incitament til at dommerkollegier (især de dommerkollegier, der er sammensat af dommere, der blev udnævnt til embedet som dommer ved den øverste domstol før 2018) formulerer vurderinger og udøver dømmende virksomhed, som ikke kan henføres til nogen retsbestemmelser. Visse dommerkollegier træffer afgørelser, hvori de fastslår, at det er tilstrækkeligt, at parten blot rejser et spørgsmål om omstændighederne ved udnævnelsen af den enkelte dommer for at partens anbringende betragtes som indsigelse om inhabilitet og begæring om, at udelukke den enkelte dommer fra medvirken i sagen, selv om denne fortolkningsøvelse er i direkte strid med såvel de anførte retsbestemmelser som afgørelser fra Trybunał Konstytucyjny (forfatningsdomstol), og i øvrigt på ingen måde understøttes de af EU-lovgivningen.
- 45 Det ovenfor anførte skulle angiveligt være et resultat af, at artikel 29, stk. 5, i lov om den øverste domstol ikke kan finde anvendelse i praksis. For eksempel fastslog Sąd Najwyższy (øverste domstol) i kendelse af 15. november 2022, at mangler ved en dommers test for uafhængighed og upartiskhed har karakter af systemfejl og er så graverende, at det i praksis gør det umuligt at anvende testen som et effektivt retsmiddel. Disse mangler medfører, at testen har en illusorisk karakter og den omstændighed, at parten opgiver dennes brug – eller mangler at opfylde de formelle betingelser, hvilket i realiteten forringer dens effektivitet – ikke skal tilskrives mangel på rettidig omhu hos parten.

- 46 I en anden kendelse af 27. februar 2023 fastslog Sąd Najwyższy (øverste domstol), at strukturen af den test, der fremgår af lov om den øverste domstol, med rette kan beskrives som en procedure, hvis formål er at gøre det umuligt at anvende artikel 6, stk. 1, således som Menneskerettighedsdomstolen har fortolket bestemmelsen i domme i sager mod Polen (Reczkowicz, Dolińska-Ficek i Ozimek og Advance Pharma sp.z o.o.), under henvisning til dom afsagt af Menneskerettighedsdomstolens Storkammer i sag Guómundur Andri Astraósson mod Island (sagsnr. 26374, Menneskerettighedsdomstolens Storkammers dom af 1.12.2020). I dommen af 1. december 2020 fastsloges navnlig, at begrebet »oprettet ved lov« også omfatter udnævnelsesproceduren for dommere (§ 228), og en retslig myndighed, der ikke opfylder betingelserne for uafhængighed – især i forhold til den udøvende magt – og upartiskhed, ikke kan defineres som »en domstol« som omhandlet i artikel 6, stk. 1, EMRK. Af denne grund fastslog Menneskerettighedsdomstolen, at der ved efterprøvelsen af, hvorvidt en bestemt domstol opfylder det ufravigelige krav om uafhængighed og upartiskhed, også skal tages hensyn til – henset til det samme formål – måden hvorpå medlemmerne udnævnes. I dommen af 1. december 2020 blev en tretindest vedtaget og nærmere beskrevet, der skal finde anvendelse i hver sag, hvor der rejses tvivl om en korrekt udnævnelse af en dommer, der er medlem af dommerkollegiet. Samtlige elementer af testen finder anvendelse, når det fastslås, at udnævnelsen af en dommer er sket med tilsidesættelse af den nationale lovgivning (genstanden for den videre efterprøvelse er tilsidesættelsens karakter – anden etape, og hvorvidt tilsidesættelsen af den nationale lovgivning af given karakter er fastslået og udbedret af en national ret – tredje etape). Elementerne af denne test angår naturligvis uafhængigheden og upartiskheden i det objektive og ikke i det subjektive aspekt.
- 47 Afgørelser afsagt af Sąd Najwyższy (øverste domstol) i andre sager vidner imidlertid om, at denne foranstaltning virker, og at der i virkeligheden handler om noget helt andet. Det har væsentlig betydning, at Sąd Najwyższys (øverste domstol) dommerkollegier i disse sager blev sammensat af dommerne, der blev udnævnt til embedet som dommer ved den øverste domstol før 2018 (uden dommerne der blev udnævnt efter 2018). Med andre ord hvis disse dommere udøver dommergerningen »i hinandens selskab« kan de ikke se nogen hindringer for at anvende lovbestemmelserne med henblik på at udelukke en anden dommer ved den øverste domstol (der blev udnævnt i henhold til lov fra 2017), under hensyntagen til – som det er nævnt før – mangler ved udnævnelsesproceduren og den omstændighed, at dommeren ikke selv har været sæde på grund af de angivelige mangler. Imidlertid skulle de anvende fremgangsmåden i artikel 29, stk. 5, i lov om den øverste domstol, hvorefter genstanden for efterprøvelsen ikke skal begrænses til den pågældende omstændighed (ved udnævnelsen), men tillige skal afdække, hvorvidt omstændighederne ved udnævnelsen og dommerens optræden efter udnævnelsen kunne føre til, at standarden for uafhængighed og upartiskhed blev tilsidesat således at det kunne have indflydelse på sagens udfald henset til den pågældendes forhold og sagens karakter.

- 48 Det må følgelig konkluderes, at den nationale lovgivning foreskriver foranstaltninger, hvis formål er at efterprøve dommerne ved den øverste domstols uafhængighed og upartiskhed. Disse foranstaltninger er effektive, hvis de anvendes korrekt. Såfremt en part på rette vis rejser indsigelsen om en dommers inhabilitet og fremsætter begæring om, at dommeren udelukkes fra medvirken i sagen eller fremsætter begæring om, at gennemføre en såkaldt uafhængighedstest, og den ret der skal træffe afgørelse i forhold til den rejste indsigelse (også på rette vis) anvender lovbestemmelserne, så bliver retten sammensat på den korrekte måde.
- 49 Endvidere skal det anføres, at det ikke er ofte og – henset til antallet af sager, som Sąd Najwyższy (øverste domstol) samlet set modtager – egentlig sker det meget sjældent, at parterne i en retsproces (især en civil retsproces) gør brug af inhabilitetsindsigelsen med den tilknyttede begæring om, at en dommer viger sæde og af begæringen om, at en uafhængighedstest gennemføres. Der opstår derfor et spørgsmål om der overhovedet er tale om en national ret, der er sammensat i strid med den nationale lovgivning og EU-lovgivningen, når parten ikke gør brug af de processuelle beføjelser, der tilkommer parten, for at anfægte dommerkollegiets sammensætning i den verserende sag (hvilket naturligvis ikke er tilfældet i den omhandlede sag). Hvis efterprøvelsen set fra partens synspunkt skal vedrøre det ydre aspekt af dommers uafhængighed, dvs. hvordan dommeren fremstår efter tredjeparts opfattelse, især efter parternes opfattelse, så i en situation hvor parterne ikke rejser tvivl om dommerens uafhængighed og upartiskhed i den verserende sag, er det umuligt at antage, at der overhovedet er grund til at påstå, at en national ret ikke opfylder betingelserne i den nationale lovgivning og EU-lovgivningen. Det er alene dette ydre aspekt af uafhængigheden, der kan afgøre, at en dommer henset til forløbet af hans udnævnelsesprocedure og hans optræden efter udnævnelsen, kunne undergives en efterprøvelse af, hvorvidt kriteriet om en uafhængig domstol i den pågældende sag, uden at hans forfatningsmæssige status derved anfægtes.
- 50 Henset til det ovenstående forelægger SN de anførte præjudicielle spørgsmål til Domstolen.