



# Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
E. SHARPSTON  
fremsat den 12. september 2019<sup>1</sup>

**Sag C-542/18 RX-II og C-543/18 RX-II**

**Erik Simpson**  
**mod**  
**Rådet for Den Europæiske Union**  
**og**  
**HG**  
**mod**

**Europa-Kommissionen**

»Fornyelse af prøvelse – Retten for EU-Personalesager – udnævnelse af dommere – procesforudsætning – indirekte kontrol – artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder – ret til en retfærdig rettergang – domstol oprettet ved lov – retssikkerhedsprincippet – påvirkning af EU-rettens ensartede anvendelse eller sammenhæng«

1. Hvad skal der ske, når kandidater, som er behørigt kvalificerede til at udøve hvervet som dommer ved Retten for EU-Personalesager (herefter »Personaleretten«), udnævnes efter en procedure, som viser sig at være ulovlig? I den foreliggende hidtil usete sagskonstellation er alle ingredienser samlet, så dette spørgsmål kan besvares. Disse sager rejser en række spørgsmål med hensyn til proceduren for Rådets udnævnelse af dommere til Personaleretten, til Rettens mulighed for at kontrollere denne udnævnelse, dvs. om denne kontrol kan være indirekte, til afvejningen af de forskellige principper, der regulerer kontrollen, samt til de virkninger, som en ulovlighed, der behæfter udnævnelsen af en dommer, kan få for retslige procedurer, som denne dommer medvirker til. Den primære udfordring i forbindelse med dette forslag til afgørelse består imidlertid først og fremmest i at formulere nogle retningslinjer, der gør det muligt at forene retten til adgang til en domstol oprettet ved lov på den ene side og den retssikkerhed, der er nødvendig for at sikre stabiliteten i retssystemet, på den anden side.

<sup>1</sup> – Originalsprog: fransk.

## Retsforskrifter

### *Den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder*

2. Artikel 6 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950 (herefter »EMRK«), med overskriften »Ret til retfærdig rettergang« bestemmer i stk. 1, at »[e]nhver har ret til en retfærdig og offentlig rettergang inden en rimelig frist for en uafhængig og upartisk domstol, der er oprettet ved lov«. Den nævnte konventions artikel 13 fastsætter retten til effektive retsmidler.

### *TEUF*

3. Artikel 257, stk. 1 og 4, TEUF bestemmer:

»Europa-Parlamentet og Rådet kan efter den almindelige lovgivningsprocedure oprette specialretter tilknyttet Retten, der i første instans skal træffe afgørelse i visse arter af sager inden for særlige områder.

[...]

Til medlemmer af specialretterne vælges personer, hvis uafhængighed er uomtvistelig, og som har de nødvendige kvalifikationer til at varetage retslige funktioner. De udnævnes af Rådet med enstemmighed.«

### *Bilag I til statuten for Den Europæiske Unions Domstol*

4. Ved artikel 2 i Rådets afgørelse 2004/752/EF, Euratom af 2. november 2004 om oprettelse af Personaleretten<sup>2</sup> (betegnet »Retten for EU-Personalesager«) blev der til protokol nr. 3 vedrørende statuten for Den Europæiske Unions Domstol (herefter »statuten for Domstolen«) føjet et bilag I<sup>3</sup>, som i den affattelse, der finder anvendelse på de faktiske omstændigheder, i artikel 2 bestemte følgende:

»[Personaleretten] består af syv dommere. [...]

Dommerne udnævnes for en periode på seks år. Afgående dommere kan genudnævnes.

Hvis en stilling som dommer bliver ledig, udnævnes der en ny dommer for en periode på seks år.«

<sup>2</sup> – EUT 2004, L 333, s. 7.

<sup>3</sup> – Dette bilag blev ophævet ved artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) 2016/1192 af 6.7.2016 om overførsel til Retten af kompetencen til som første instans at afgøre tvister mellem Den Europæiske Union og dens ansatte (EUT 2016, L 200, s. 137).

## 5. Artikel 3 i dette bilag I bestemte:

»1. Dommerne udnævnes af Rådet, der træffer afgørelse i henhold til [EUF-traktatens] artikel [257], stk. 4, [...] efter høring af det udvalg, der nedsættes i henhold til denne artikel [<sup>4</sup>]. Rådet påser ved udnævnelsen af dommerne, at [Personaleretten] får en afbalanceret sammensætning på så bredt et geografisk grundlag som muligt blandt medlemsstaternes statsborgere og for så vidt angår de repræsenterede nationale retssystemer.

2. Enhver unionsborger, der opfylder betingelserne i artikel [257, stk. 4, TEUF], kan indgive sin ansøgning. Rådet, der træffer afgørelse [...] efter henstilling fra Domstolen, fastsætter betingelserne og de nærmere bestemmelser vedrørende indgivelse og behandling af ansøgningerne.

3. Der nedsættes et [udvælgelsesudvalg] bestående af syv medlemmer, der er valgt blandt tidligere medlemmer af Domstolen og Retten [...] og jurister med anerkendte faglige kvalifikationer. Rådet træffer [...] efter indstilling fra Domstolens præsident afgørelse om udpegelsen af [udvælgelsesudvalgets] medlemmer og dets forretningsorden.

4. [Udvælgelsesudvalget] afgiver udtalelse om kandidaternes kvalifikationer til at udøve embedet som dommer ved EU-Personaleretten. [Udvælgelsesudvalget] knytter til denne udtalelse en liste over kandidater, der besidder de mest hensigtsmæssige erfaringer på højt niveau. En sådan liste skal indeholde et antal kandidater svarende til mindst det dobbelte af det antal dommere, Rådet skal udnævne.«

## *Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder*

6. Artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«)<sup>5</sup> med overskriften »Adgang til effektive retsmidler og til en upartisk domstol« bestemmer i stk. 2:

»Enhver har ret til en retfærdig og offentlig rettergang inden en rimelig frist for en uafhængig og upartisk domstol, der forudgående er oprettet ved lov. Enhver skal have mulighed for at blive rådgivet, forsvaret og repræsenteret.«

7. Chartrets artikel 52, stk. 3, bestemmer, at »[i] det omfang dette charter indeholder rettigheder svarende til dem, der er sikret ved [EMRK], har de samme betydning og omfang som i konventionen. Denne bestemmelse er ikke til hinder for, at EU-retten kan yde en mere omfattende beskyttelse.«

<sup>4</sup> – Jeg vil i det følgende i nærværende forslag til afgørelse betegne dette udvalg, hvis funktioner er beskrevet i artikel 3, stk. 3, i bilag I, »udvælgelsesudvalget«.

<sup>5</sup> – EUT 2010, C 83, s. 389.

## ***Udnævnelsesproceduren ved Personaleretten***

### *Indkaldelsen af ansøgninger af 2013*

8. Den 3. december 2013 blev der med henblik på udnævnelse af to dommere ved Personaleretten for en periode på seks år fra den 1. oktober 2014 til den 30. september 2020 offentliggjort en offentlig indkaldelse af ansøgninger i *Den Europæiske Unions Tidende* (herefter »indkaldelsen af ansøgninger af 2013«)<sup>6</sup>. Denne indkaldelse af ansøgninger blev iværksat som forberedelse til, at embedsperioderne for to dommere ved Personaleretten, nemlig dommerne S. Van Raepenbusch og H. Kreppel, udløb den 30. september 2014.

9. I stk. 2 i indkaldelsen af ansøgninger af 2013 blev der gjort rede for proceduren:

»[...] Dommerne udnævnes af Rådet, som træffer afgørelse med enstemmighed efter høring af et [udvælgelsesudvalg] bestående af syv medlemmer, der vælges blandt tidligere medlemmer af Den Europæiske Unions Domstol og Den Europæiske Unions Ret samt jurister med anerkendte faglige kvalifikationer. [Dette udvælgelsesudvalg] afgiver udtalelse om kandidaternes kvalifikationer til at udøve embedet som dommer ved [Personaleretten]. Det knytter til denne udtalelse en liste over kandidater, der besidder de mest hensigtsmæssige erfaringer på højt niveau. På listen opføres mindst dobbelt så mange personer, som der skal udnævnes dommere.«

10. Det blev forklaret i stk. 4, at »[d]a to dommers embedsperiode udløber den 30. september 2014, [...] indkaldes ansøgninger med henblik på udnævnelse af to nye dommere for en periode på seks år fra den 1. oktober 2014 til den 30. september 2020«.

11. Udvalgsudvalget opstillede behørigt en liste med navnene, ikke på fire, men på seks kandidater med den fornødne erfaring, og rangordnede disse efter opnåede resultater (herefter »den omhandlede kandidatliste«)<sup>7</sup>. Rådet besatte imidlertid ikke disse to stillinger på dette tidspunkt. Derfor fortsatte dommer S. Van Raepenbusch og dommer H. Kreppel med at fungere i deres embede efter ophøret af deres respektive embedsperioder, dvs. efter den 30. september 2014, i medfør af artikel 5, stk. 3, i statuten for Domstolen, hvorefter enhver dommer fungerer i embedet, indtil hans efterfølger er tiltrådt. Artikel 5, stk. 1, i bilag I til den nævnte statut fastsatte, at denne bestemmelse skulle finde anvendelse på dommerne ved Personaleretten.

12. Den 31. august 2015 ophørte embedsperioden<sup>8</sup> for en tredje dommer ved Personaleretten, I. Rofes i Pujol. Der blev ikke offentliggjort en offentlig indkaldelse af ansøgninger med henblik på besættelse af denne stilling. Dommer I. Rofes i Pujol fortsatte derfor ligeledes med at fungere i sit embede efter ophøret af sin embedsperiode i henhold til artikel 5, stk. 3, i statuten for Domstolen.

<sup>6</sup> – EUT 2013, C 353, s. 11.

<sup>7</sup> – Rådet synes aldrig at have accepteret, at udvalgsudvalget kunne præsentere listen over foreslåede kandidater i rangorden efter opnåede resultater. Jf. L. Sevón, »La procédure de sélection des membres du Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne: une expérience pionnière«, *Revue universelle des droits de l'homme*, bind 20 nr. 1-3, 30.6.2011, s. 7-9.

<sup>8</sup> – I. Rofes i Pujol blev udnævnt til dommer ved Personaleretten for en periode på seks år fra den 1.9.2009 til den 31.8.2015 ved Rådets afgørelse 2009/474/EF, Euratom, af 9.6.2009 om udnævnelse af en dommer ved Personaleretten (EUT 2009, L 156, s. 56).

*Afgørelse (EU, Euratom) 2016/454*

13. Følgende er anført i første til sjette betragtning til Rådets afgørelse (EU, Euratom) 2016/454 af 22. marts 2016 om udnævnelse af tre dommere ved Personaleretten (herefter »udnævnelsesafgørelsen«)<sup>9</sup>:

- »(1) Embedsperioden for to dommere ved [Personaleretten] [...] ophørte med virkning fra den 30. september 2014, og embedsperioden for en yderligere dommer ophørte med virkning fra den 31. august 2015. Det er derfor nødvendigt at udnævne tre dommere til at besætte disse stillinger, jf. artikel 2 og artikel 3, stk. 1, i bilag I til [...] [statutten for Domstolen] [...].
- (2) Efter en offentlig indkaldelse af ansøgninger, der blev offentliggjort i 2013 [...], med henblik på udnævnelse af to dommere ved [Personaleretten], afgav [udvælgelsesudvalget] udtalelse om kandidaternes kvalifikationer til at udøve embedet som dommer ved [Personaleretten]. Udvalget knyttede en liste til sin udtalelse over seks kandidater, der besidder de mest hensigtsmæssige erfaringer på højt niveau.
- (3) Efter den politiske enighed om reformen af Den Europæiske Unions retslige opbygning, der førte til vedtagelsen af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) 2015/2422 [...], fremlagde [Den Europæiske Unions Domstol] den 17. november 2015 et forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning vedrørende overførslen til Den Europæiske Unions Ret af kompetencen til som første instans at afgøre tvister mellem Unionen og dens ansatte med virkning fra den 1. september 2016.
- (4) Under disse omstændigheder er det af tidsmæssige årsager hensigtsmæssigt ikke at offentliggøre endnu en offentlig indkaldelse af ansøgninger, men snarere at trække på listen over de seks kandidater, der besidder de mest hensigtsmæssige erfaringer på højt niveau, som fastsat af udvælgelsesudvalget efter den offentlige indkaldelse af ansøgninger, der blev offentliggjort i 2013.
- (5) Det er derfor passende at udnævne tre af de personer, der er opført på ovennævnte liste, til dommere ved [Personaleretten], idet det påses, at [Personaleretten] får en afbalanceret sammensætning på så bredt et geografisk grundlag som muligt blandt medlemsstaternes statsborgere og for så vidt angår de repræsenterede nationale retssystemer. De tre personer på nævnte liste, der besidder de mest hensigtsmæssige erfaringer på højt niveau, er Sean Van Raepenbusch, João Sant'Anna og Alexander Kornezov. João Sant'Anna og Alexander Kornezov bør udnævnes med virkning fra datoen for nærværende afgørelses ikrafttræden. Idet Sean Van Raepenbusch allerede var dommer ved [Personaleretten] indtil den 30. september 2014 og [fortsatte] med at udøve embedet i afventning af Rådets afgørelse i overensstemmelse med artikel 5 i [statutten for Domstolen], er det hensigtsmæssigt at udnævne ham til en ny embedsperiode med virkning fra dagen efter afslutningen på hans forudgående embedsperiode.
- (6) Det følger af artikel 2 i bilag I til [statutten for Domstolen], at hvis en stilling som dommer bliver ledig, skal der udnævnes en ny dommer for en periode på seks år. Når den foreslåede forordning vedrørende overførslen til Den Europæiske Unions Ret af kompetencen til som første instans at afgøre tvister mellem Unionen og dens ansatte finder anvendelse, vil

<sup>9</sup> – EUT 2016, L 79, s. 30.

[Personaleretten] imidlertid ikke længere eksistere, og embedsperioden for de tre dommere, der udpeges ved nærværende afgørelse, vil derfor ophøre ipso facto dagen før den dato, hvor nævnte forordning finder anvendelse.«

14. Denne afgørelses artikel 1 bestemmer:

»Følgende udnævnes herved til dommere ved [Personaleretten]:

- Sean Van Raepenbusch, med virkning fra den 1. oktober 2014
- João Sant’Anna, med virkning fra den 1. april 2016
- Alexander Kornezov, med virkning fra den 1. april 2016.«

15. João Sant’Anna og Alexander Kornezov aflagde ed den 13. april 2016.

16. Ved afgørelse af 14. april 2016<sup>10</sup> tilknyttede Personaleretten dommerne Kieran Bradley, João Sant’Anna og Alexander Kornezov denne rets Anden Afdeling for perioden fra den 14. april til den 31. august 2016 (herefter »det omhandlede dommerkollegium«). Denne afdeling afsagde bl.a. domme og kendelser i FV-sagen<sup>11</sup>, Simpson-sagen<sup>12</sup> og HG-sagen<sup>13</sup>.

## **Baggrunden for Simpson-sagen og HG-sagen**

### ***FV-dommen***

17. I appellen for Retten i denne sag gjorde FV gældende, at Personalerettens dom, hvorved Rådet blev frifundet, var blevet afsagt af et dommerkollegium, som var blevet oprettet ulovligt, fordi proceduren for udnævnelse af dommeren i den stilling, der tidligere var besat af dommer I. Rofes i Pujol, var behæftet med en ulovlighed.

18. Retten konkluderede, at »henset til betydningen af overholdelsen af de regler, der regulerer udnævnelsen af en dommer med henblik på borgernes og offentlighedens tillid til domstolens uafhængighed og upartiskhed, [kan den pågældende dommer] ikke anses for [at være] en lovlig dommer som omhandlet i [chartrets] artikel 47, stk. 2, første punktum [...]«<sup>14</sup>, og ophævede Personalerettens dom. Jeg vender senere i nærværende forslag til afgørelse tilbage til Rettens ræsonnement i FV-dommen<sup>15</sup>.

19. Domstolen foretog ikke en fornyet prøvelse af Rettens dom i FV-sagen. Førstegeneraladvokaten vurderede nemlig, at »[FV-dommen] [...] ikke udgør en alvorlig risiko for, at EU-rettens ensartede anvendelse eller sammenhæng kan påvirkes«. Han foreslog imidlertid, at Domstolen foretog en fornyet prøvelse af denne dom (som jeg har forstået det, på

<sup>10</sup> – EUT 2016, C 146, s. 11.

<sup>11</sup> – Dom af 28.6.2016, FV mod Rådet (F-40/15, EU:F:2016:137).

<sup>12</sup> – Kendelse af 24.6.2016, Simpson mod Rådet (F-142/11 RENV, EU:F:2016:136).

<sup>13</sup> – Dom af 19.7.2016, HG mod Kommissionen (F-149/15, EU:F:2016:155).

<sup>14</sup> – Dom af 23.1.2018, FV mod Rådet (T-639/16 P, EU:T:2018:22, herefter »FV-dommen«, præmis 78).

<sup>15</sup> – Jf. punkt 41 ff. og punkt 126 ff. i nærværende forslag til afgørelse.

grund af dens konstitutionelle betydning). I denne sammenhæng besluttede Domstolen, at de formelle betingelser for fornyet prøvelse, der er fastsat i artikel 62 i statuttene for Domstolen, ikke var opfyldt<sup>16</sup>.

### *Dommen i Simpson-sagen og i HG-sagen*

20. De foreliggende sager om fornyet prøvelse vedrører to domme afsagt af Retten, dom af 19. juli 2018, Simpson mod Rådet<sup>17</sup>, og dom af 19. juli 2018, HG mod Kommissionen<sup>18</sup> (herefter samlet »dommene under fornyet prøvelse«). For så vidt som den fornyede prøvelse ikke vedrører sagernes realitet, vil jeg begrænse mig til at resumere det væsentligste indhold af disse sager og henvise Domstolen til læsning af Rettens domme med henblik på en mere detaljeret redegørelse for disse.

#### *Sag C-542/18 RX-II, Simpson*

21. Erik Simpson var oprindeligt hjælpeansat ved den estiske afdeling i Rådets oversættelsestjeneste. Han bestod herefter en udvælgelsesprøve for oversættere og blev ansat som tjenestemand (oprindeligt i lønklasse AD 5, derefter i lønklasse AD 6) og bestod derefter endnu en udvælgelsesprøve. Han ansøgte om forfremmelse til lønklasse AD 9 med den begrundelse, at han havde bestået den udvælgelsesprøve, der svarede til den ønskede lønklasse, og at tre tjenestemænd fra andre oversættelsesafdelinger, som befandt sig i en lignende situation, havde opnået en sådan forfremmelse.

22. Rådet afslog denne ansøgning og den klage, som Erik Simpson indgav i medfør af tjenestemandsvedtægtens artikel 90, stk. 2.

23. Erik Simpson fik medhold i sit senere søgsmål ved Personaleretten (sag F-142/11), hvorved Rådets afgørelse blev annulleret med den begrundelse, at Rådet havde tilsidesat begrundelsespligten. Retten gav Rådet medhold i dets appel til prøvelse af denne dom (sag T-130/14 P) og hjemviste sagen til Personaleretten (som blev sag F-142/11 RENV). Ved begrundet kendelse af 24. juni 2016 frifandt Personalerettens Anden Afdeling (sammensat af dommerne K. Bradley, J. Sant'Anna og A. Kornezov) Rådet i det hele.

24. Den 6. september 2016 iværksatte Erik Simpson appel til prøvelse af denne kendelse ved Retten.

25. Den 22. marts 2018 opfordrede Retten parterne til at fremsætte deres bemærkninger vedrørende konsekvenserne af FV-dommen for appellen. Som svar på denne opfordring gjorde parterne begge to gældende dels, at et anbringende vedrørende en ulovlighed i dommerkollegiets sammensætning (som den, der var blevet konstateret af Retten i FV-dommen) udgjorde en ufravigelig procesforudsætning, som skal behandles ex officio af appelinstanten, dels, at den appellerede kendelse var blevet underskrevet af det samme dommerkollegium som det, der havde afsagt FV-dommen. De konkluderede følgelig, at denne kendelse skulle ophæves af de samme grunde som dem, der blev lagt til grund af Retten i FV-dommen.

<sup>16</sup> – Domstolens beslutning af 19.3.2018, fornyet prøvelse FV mod Rådet (C-141/18 RX, EU:C:2018:218, præmis 4 og 5).

<sup>17</sup> – T-646/16 P, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:493.

<sup>18</sup> – T-693/16 P, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:492.

26. Retten ophævede efterfølgende Personalerettens kendelse og henviste sagen til en anden af Rettens afdelinger, for at denne kunne træffe afgørelse i første instans vedrørende søgsmålet. Denne sag er i øjeblikket udsat.

*Sag C-543/18 RX-II, HG*

27. HG, som var tjenestemand ved Europa-Kommissionen, gjorde tjeneste ved Kommissionens delegation i FN i New York. Der blev stillet en embedsbolig til rådighed for ham på grund af denne tjeneste. HG flyttede ikke helt ind i denne bolig, ifølge eget udsagn af familiemæssige årsager, men han brugte den indimellem og tillod en tredjemand (en ven) at bruge den i nogen tid som »opsynsmand«. HG blev pålagt en disciplinær sanktion og blev pålagt at erstatte Kommissionens tab. Han indgav en klage over den afgørelse, hvorved han blev pålagt en sanktion, hvilken klage blev afslået.

28. HG anlagde dernæst et søgsmål ved Personaleretten (sag F-149/15), bl.a. med påstand om annullation af den disciplinære sanktion og om erstatning for det angiveligt lidte tab. Denne sag (F-149/15) blev fordelt til Personalerettens Anden Afdeling, som oprindeligt var sammensat af dommerne H. Kreppel, I. Rofes i Pujol og K. Bradley. Efterfølgende tilknyttede Personaleretten dommerne K. Bradley, J. Sant’Anna og A. Kornezov Personalerettens Anden Afdeling<sup>19</sup>, som i denne sammensætning frifandt Kommissionen ved dom af 19. juli 2016.

29. Den 28. september 2016 iværksatte HG appel til prøvelse af denne dom ved Retten.

30. Den 31. januar 2018 anmodede HG skriftligt Retten om at indhente parternes bemærkninger om konsekvenserne af FV-dommen for appellen. Den 26. marts 2018 opfordrede Retten parterne til at fremsætte deres bemærkninger herom. Som svar på denne opfordring fremhævede begge parter, at Personalerettens dom var blevet afsagt af det samme dommerkollegium som det, hvis sammensætning Retten i FV-dommen havde fastslået var ulovlig. HG gjorde ligeledes gældende, at et anbringende om en ulovlighed i dommerkollegiets sammensætning (som den, der blev konstateret af Retten i denne dom) udgjorde en ufravigelig procesforudsætning. HG konkluderede følgelig, at Personalerettens dom burde ophæves af de samme grunde som dem, der blev lagt til grund af Retten i FV-dommen. Kommissionen erkendte, at Personalerettens dom kunne ophæves på grundlag af Rettens konklusioner i FV-dommen, og at sagen herefter kunne sendes til en anden af Rettens afdelinger (således som HG også havde foreslået). Kommissionen var ikke desto mindre af den opfattelse, at denne afdeling ikke skulle genoptage sagen fra starten, men først regnet fra det tidspunkt, hvor den dommer, hvis udnævnelse var ulovlig, deltog heri, eller det tidspunkt, på hvilket den af Personalerettens afdelinger, hvortil denne dommer var knyttet, indtrådte aktivt.

31. Retten ophævede derefter den appellerede dom fra Personaleretten og henviste sagen til en anden af Rettens afdelinger, for at denne kunne træffe afgørelse i første instans vedrørende søgsmålet. Denne sag er i øjeblikket udsat.

<sup>19</sup> – Jf. punkt 16 ovenfor.



## Retsforhandlingerne for Domstolen

32. Den 20. august 2018 anbefalede førstegeneraladvokaten, at der blev foretaget fornyet prøvelse de domme, der var blevet afsagt i sag T-646/16 P, Simpson, og sag T-693/16 P, HG. Herefter traf Afdelingen for Fornyset Prøvelse i medfør af artikel 62, stk. 2, i statuten for Domstolen og af artikel 193, stk. 4, i Domstolens procesreglement beslutningerne af 17. september 2018, fornyet prøvelse Simpson mod Rådet<sup>20</sup> og fornyet prøvelse HG mod Kommissionen<sup>21</sup>. Afdelingen fandt, at der skulle ske fornyet prøvelse af disse to domme for at fastslå, om de påvirker EU-rettens ensartede anvendelse eller sammenhæng.

33. Afdelingen for Fornyset Prøvelse præciserede nærmere bestemt genstanden for disse to fornyede prøvelser som følger:

»Den fornyede prøvelse skal vedrøre spørgsmålet, om [dommene under fornyet prøvelse], navnlig henset til det almindelige retssikkerhedsprincip, påvirker EU-rettens ensartede anvendelse eller sammenhæng, idet Retten som appelinstans fastslog, at det dommerkollegium, der afsagde [dommene under fornyet prøvelse], ikke var lovligt sat på grund af en ulovlighed, der påvirkede udnævnelsesproceduren for et af medlemmerne af dette dommerkollegium, som medførte en tilsidesættelse af princippet om en domstol oprettet ved lov, der er fastsat i [chartrets] artikel 47, stk. 2, første punktum.

Den fornyede prøvelse skal navnlig vedrøre spørgsmålet, om udnævnelsen af en dommer, i lighed med de retsakter, der er omhandlet i artikel 277 TEUF, kan være genstand for en indirekte legalitetskontrol, eller om en sådan indirekte legalitetskontrol – principielt eller efter at der er forløbet en vis periode – er udelukket eller begrænset til bestemte former for ulovligheder for at sikre den retlige stabilitet og retskraften.«

34. De berørte parter, der er omhandlet i artikel 23 i statuten for Domstolen, blev opfordret til at indgive skriftlige bemærkninger om disse spørgsmål. Appellanterne for Retten, Rådet, Kommissionen og den bulgarske regering har således indgivet skriftlige bemærkninger. Sagerne blev henvist til den store afdeling i overensstemmelse med artikel 195, stk. 5, i Domstolens procesreglement.

35. I retsmødet den 21. maj 2019 har alle disse parter afgivet mundtlige indlæg.

## Bedømmelse

### *Indledende bemærkninger*

36. Indledningsvis vil jeg gerne fremhæve, at Domstolen aldrig har udtalt sig om spørgsmålet om, hvorvidt Rettens ræsonnement i FV-dommen udgør en alvorlig risiko for, at EU-rettens ensartede anvendelse eller sammenhæng bliver påvirket. Det var af rent proceduremæssige årsager, at Domstolen ikke underkastede denne dom fornyet prøvelse, fordi den fandt, at førstegeneraladvokatens forslag om fornyet prøvelse af denne dom ikke opfyldte de hertil krævede betingelser. Når Domstolen beslutter ikke at underkaste en dom afsagt af Retten fornyet prøvelse,

<sup>20</sup> – Beslutning af 17.9.2018 (C-542/18 RX, EU:C:2018:763).

<sup>21</sup> – Beslutning af 17.9.2018 (C-543/18 RX, EU:C:2018:764).

fordi den ikke udgør en alvorlig risiko for, at EU-rettens ensartede anvendelse og sammenhæng kan påvirkes, er den anvendte formulering helt anderledes og angiver blot, at »det er uforløst at foretage fornyet prøvelse af dom [...]«<sup>22</sup>.

37. Det spørgsmål, der blev rejst ved FV-dommen, er fortsat uafklaret, og de domme, der i øjeblikket er under fornyet prøvelse, fremhæver blot spørgsmålets relevans. I disse to domme har Retten simpelthen bare fulgt den tilgang, som den tidligere havde lagt til grund i FV-dommen, og gengivet ræsonnementet i sidstnævnte dom. Det er følgelig umuligt at foretage den fornyede prøvelse i de foreliggende sager uden at indlede med en tilbundsående analyse af FV-dommen.

38. Risikerer de appellerede domme at påvirke EU-rettens ensartede anvendelse eller sammenhæng, for så vidt som Retten i disse domme i) under de foreliggende faktiske omstændigheder fastslog, at »princippet om en domstol oprettet ved lov«, som er fastsat i chartrets artikel 47, stk. 2, første punktum, var blevet tilsidesat, uden at tage hensyn til retssikkerhedsprincippet i sin bedømmelse, og ii) foretog en indirekte legalitetskontrol af udnævnelsen af en dommer ved Personaleretten?

39. I min nedenstående bedømmelse anvender jeg begrebet »retten til adgang til en domstol oprettet ved lov« frem for »princippet om en domstol oprettet ved lov«. Denne første formulering er den, der omhandles i chartrets artikel 47, stk. 2, første punktum, og i EMRK's artikel 6, stk. 1, samt i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols (herefter »Menneskerettighedsdomstolen«) relevante praksis på området. Det er min opfattelse, at det er dette aspekt af retten til en retfærdig rettergang, som Retten henviser til i FV-dommen og i dommene under fornyet prøvelse, når den taler om »princippet om en domstol oprettet ved lov« – hvilket udtryk Domstolen har gentaget i sin definition af parametrene for den foreliggende fornyede prøvelse.

40. Jeg vil ligeledes fremhæve, at de tre appeller for Retten (og de foreliggende sager om fornyet prøvelse) *på ingen måde sår tvivl om kvalifikationerne* hos de tre personer, der er udnævnt som dommere ved Personaleretten. De var alle tre anført på den omhandlede kandidatliste. De er følgelig alle tre personer, med hensyn til hvilke udvælgelsesudvalget har anerkendt, at de »besidder *de mest hensigtsmæssige erfaringer på højt niveau*« (min fremhævelse) til at varetage de pågældende funktioner. De tre berørte personer er med andre ord ikke alene i besiddelse af de egenskaber, der er *nødvendige* for at blive udnævnt til dommer ved Personaleretten; de er også de bedste egnede af alle de kandidater, som er blevet undersøgt af udvælgelsesudvalget, der, som jeg gentager, havde opstillet listen i rangorden efter opnåede resultater. Jeg gør ligeledes opmærksom på, at der på intet tidspunkt er sået tvivl om disse dommeres eller dette dommerkollegiums (Personalerettens Anden Afdeling på det omhandlede tidspunkt) uafhængighed eller upartiskhed.

<sup>22</sup> – Jf. som eksempel Domstolens beslutning af 8.2.2011, fornyet prøvelse Kommissionen mod Petrilli (C-17/11 RX, EU:C:2011:55), og af 29.6.2016, fornyet prøvelse Andres m.fl. mod ECB (C-312/16 RX, ikke trykt i Sml., EU:C:2016:520).

## ***Første del af problemstillingen som identificeret af Domstolen: retten til adgang til en domstol oprettet ved lov og afvejningen heraf med retssikkerhedsprincippet***

### *Rettens ræsonnement i FV-dommen*

41. I FV-dommen undersøgte Retten udnævnelsesproceduren og fastslog, at den retlige ramme, der var fastsat ved indkaldelsen af ansøgninger af 2013, var blevet tilsidesat, fordi Rådet efterfølgende havde anvendt den omhandlede kandidatliste til at besætte ikke alene de to stillinger, der var omfattet af indkaldelsen af ansøgninger af 2013, men tillige den stilling, der var besat af dommer I. Rofes i Pujol, som aldrig havde været genstand for en indkaldelse af ansøgninger<sup>23</sup>.

42. Jeg vil indledningsvis fremhæve, at Rettens konklusion vedrørende udnævnelsesproceduren efter min opfattelse var korrekt, for så vidt som denne procedure nemlig var behæftet med en ulovlighed.

43. Ved at benytte den omhandlede kandidatliste til at foretage tre udnævnelser, herunder i den stilling, som tidligere var besat af dommer I. Rofes i Pujol, frigjorde Rådet sig nemlig forsætligt fra den procedure, som det selv havde fastsat ved indkaldelsen af ansøgninger af 2013, således som det er fastsat i artikel 3, stk. 2, i bilag I til statuten for Domstolen. Den kortfattede begrundelse, som Rådet gav i tredje og fjerde betragtning til udnævnelsesafgørelsen, nemlig hensynet til tidsplanen for reformen af Unionens retslige opbygning, kan efter min opfattelse ikke begrunde Rådets tilsidesættelse af den retlige ramme for udnævnelsen af dommerne ved Personaleretten.

44. Inden dommer I. Rofes i Pujols embedsperiode udløb, burde Rådet således have iværksat en ny procedure for at genbesætte denne stilling, eftersom Rådet i stk. 4 i indkaldelsen af ansøgninger af 2013 udtrykkeligt havde begrænset denne procedure til udskiftning af de to dommere, hvis embedsperiode ville udløbe den 30. september 2014<sup>24</sup>. Ved at benytte den omhandlede kandidatliste til udnævnelsen af *tre* dommere anvendte Rådet ikke de regler, der regulerede den procedure, som det selv havde fastsat.

45. Det er forståeligt, at Rådet, da det vedtog udnævnelsesafgørelsen, har villet besætte alle de ledige stillinger ved Personaleretten hurtigst muligt. Artikel 1 og 2 i forordning (EU, Euratom) 2016/1192<sup>25</sup>, der blev vedtaget parallelt med disse udnævnelser, nedlagde Personaleretten og overførte dennes kompetencer til Retten den 1. september 2016. Efter min opfattelse forholder det sig ikke desto mindre således, at Rådet var forpligtet til at overholde den procedure, som det selv havde fastsat. Selv om Rådet i marts 2016 havde fundet, at der ikke længere var tid til at offentliggøre en indkaldelse af ansøgninger for at besætte dommer I. Rofes i Pujols stilling, hvilket endnu ikke var sket, havde det lovligt været muligt, at denne dommer blot forblev i stillingen i overensstemmelse med artikel 5, stk. 3, i statuten for Domstolen, indtil Personaleretten ophørte med at eksistere, og at Rådet besatte de to andre stillinger (som behørigt havde været genstand for en indkaldelse af ansøgninger).

<sup>23</sup> – FV-dommen, præmis 49-51. Jf. ligeledes præmis 17-19 ovenfor med hensyn til de faktiske omstændigheder.

<sup>24</sup> – Dvs. dommerne S. Van Raepenbusch og H. Kreppel. Proceduren for udskiftning af disse to dommere blev iværksat i december 2013, næsten ni måneder inden deres embedsperioder udløb (jf. punkt 8 ovenfor).

<sup>25</sup> – Tredje betragtning til udnævnelsesafgørelsen henviser til Kommissionens forslag vedrørende denne forordning (jf. punkt 13 ovenfor).

46. I øvrigt var proceduren, der førte til vedtagelsen af udnævnelsesafgørelsen, helt i overensstemmelse med den retlige ramme. Udvalgelsesudvalget, der var behørigt sammensat, havde nemlig udarbejdet en liste over kandidater, der besad de mest hensigtsmæssige erfaringer på højt niveau. Denne liste udgjorde et gyldigt grundlag for at udnævne to dommere. I overensstemmelse med artikel 3, stk. 2, i bilag I til statuten for Domstolen indeholdt listen et antal kandidater svarende til mindst det dobbelte af det antal dommere, som Rådet skulle udnævne (nemlig seks kandidater til de tre dommere, der i sidste ende blev udnævnt). Rådet var tilfreds med den omhandlede kandidatliste og benyttede valgmulighederne heri til at udnævne de tre berørte dommere. Ved læsningen af femte betragtning til udnævnelsesafgørelsen, og således som Rådet bekræftede i retsmødet, fremgår det, at Rådet udnævnte de tre kandidater på den omhandlede liste, der besad de mest hensigtsmæssige erfaringer på højt niveau, idet man samtidig sørgede for en afbalanceret sammensætning af Personaleretten på så bredt et geografisk grundlag som muligt blandt medlemsstaternes statsborgere og for så vidt angår de repræsenterede nationale retssystemer.

47. Selv om Retten i FV-dommen korrekt identificerede ulovligheden i forbindelse med udnævnelsesproceduren, vurderede den imidlertid ikke de retlige *konsekvenser* af denne ulovlighed korrekt. Efter min opfattelse kunne den identificerede ulovlighed påvirke udnævnelsesafgørelsen i sin helhed. Retten undersøgte endnu mindre det vanskelige spørgsmål om afvejningen af retten til adgang til en domstol oprettet ved lov på den ene side og retssikkerhedsprincippet på den anden side.

48. I stedet for dette valgte Retten at foretage en identificering af »den pågældende dommer«, nemlig identificeringen af den dommer, der blev udnævnt i »den tredje ledige stilling«<sup>26</sup>. Ved læsningen af FV-dommen<sup>27</sup> fremgår det, at Retten derved tog det første anbringende, som appellanten havde fremsat i denne sag, til følge.

49. Det er min opfattelse, at denne tilgang fra Rettens side er forkert. Hvis Rådets udnævnelse af 2016 var ulovlig, følger det heraf, at det er *umuligt at adskille disse tre udnævnelser ved Retten fra hinanden* for at identificere »den tredje dommer«, som (ifølge Retten) var den eneste, der var berørt af denne ulovlighed.

50. Selv hvis det blev antaget – hvilket ikke er tilfældet – at kun én af de tre udnævnelser var ulovlig, nævnes i femte betragtning til udnævnelsesafgørelsen de tre udnævnte kandidater i den rækkefølge, de blev foreslået af udvalgelsesudvalget, uden at det præciseres, hvilken dommer der er blevet udnævnt i den »tredje stilling«.

51. Hvis man vil forsøge at følge Rettens ræsonnement, er det højst muligt at antage, at S. Van Raepenbusch, tidligere præsident for Personaleretten (udnævnt pr. 1.10.2014, hvor hans tidligere embedsperiode udløb), måske var den første, der blev valgt af Rådet. På grundlag af de oplysninger, som Retten havde til rådighed efter FV-dommen, er det imidlertid umuligt at identificere, hvilken af de to andre kandidater, som blev udnævnt pr. 1. april 2016, der var dommer I. Rofes i Pujols efterfølger og udnævnt i denne famøse »tredje stilling«. Hverken i femte betragtning til eller i artikel 1 i udnævnelsesafgørelsen anføres det udtrykkeligt, hvilken kandidat der blev udnævnt i hvilken stilling. Rådet har aldrig accepteret at være bundet på nogen måde af rækkefølgen på udvalgelsesudvalgets liste<sup>28</sup>. Rådet havde endvidere nødvendigvis en vis skønsmargen i sit valg blandt kandidaterne på den omhandlede kandidatliste. Artikel 3, stk. 1, i

<sup>26</sup> – Jf. FV-dommens præmis 34-38 og 51.

<sup>27</sup> – FV-dommens præmis 29.

<sup>28</sup> – Jf. punkt 11 og fodnote 7 ovenfor.

bilag I til statuten for Domstolen forpligtede det nemlig til at »[påse], at EU-Personaleretten får en afbalanceret sammensætning på så bredt et geografisk grundlag som muligt blandt medlemsstaternes statsborgere og for så vidt angår de repræsenterede nationale retssystemer«<sup>29</sup>. Rådet havde således lovligt kunnet vælge (f.eks.) den første, den fjerde og den femte person, der stod på denne liste.

52. Jeg vil gerne indskyde, at den dommer, der blev identificeret som »den pågældende dommer«, på ingen måde har haft mulighed for at fremsætte eventuelle bemærkninger til lovligheden af sin udnævnelse, hvilket efter min opfattelse kan så tvivl om overholdelsen af dennes rettigheder.

53. Retten henviste ligeledes til situationen for de øvrige potentielle ansøgere til den stilling, der var besat af dommer I. Rofes i Pujol, som havde kunnet indgive deres ansøgning, hvis der var blevet iværksat en indkaldelse af ansøgere<sup>30</sup>. Igen forekommer Rettens betragtninger mig irrelevante for FV's appel. Eksistensen af andre potentielle ansøgere og hensyntagen til deres rettigheder ville ganske vist åbenbart have været altafgørende i forbindelse med et eventuelt direkte søgsmål anlagt af en sådan potentiel ansøger, der var skuffet over udnævnelsesafgørelsen. Der var imidlertid ikke anlagt et sådant søgsmål for Retten, da den afsagde FV-dommen.

54. Jeg vil her gøre opmærksom på, at det, selv om jeg ikke godtager Rettens ræsonnement i dets helhed, efter min opfattelse var med føje, at Retten forkastede de argumenter, som Rådet fremførte som begrundelse for udnævnelsesprocedurens ulovlighed<sup>31</sup>. I mine øjne rejser denne del af FV-dommen ikke spørgsmål, der er relevante for de foreliggende fornyede prøvelser.

55. Retten undersøgte derefter udnævnelsesprocedurens ulovlighed i lyset af retten til adgang til en domstol oprettet ved lov, som er fastsat i chartrets artikel 47, stk. 2, første punktum, fortolket i lyset af EMRK's artikel 6, stk. 1, første punktum, og Menneskerettighedsdomstolens praksis, som kræver overholdelse af de bestemmelser, der regulerer proceduren for udnævnelse af dommere<sup>32</sup>.

56. Retten nåede frem til følgende konklusion:

»78. Under disse omstændigheder kan den pågældende dommer, henset til betydningen af overholdelsen af de regler, der regulerer udnævnelsen af en dommer med henblik på borgernes og offentlighedens tillid til domstolens uafhængighed og upartiskhed, ikke anses for [at være] en lovlig dommer som omhandlet i artikel 47, stk. 2, første punktum, i chartret om grundlæggende rettigheder.

79. Følgelig må det første anbringende om, at Personalerettens Anden Afdeling, der afsagde den appellerede dom, ikke er blevet lovligt oprettet, tages til følge.

80. Henset til disse betragtninger skal den appellerede dom ophæves i sin helhed, uden at det er nødvendigt at undersøge det andet og tredje anbringende.«

57. Det må konstateres, at FV-dommens udførligt analyserede spørgsmål *ikke omfatter det centrale spørgsmål, som rejser sig*, når udnævnelsesprocedurens ulovlighed er fastslået, nemlig om (og i givet fald hvorfor) denne ulovlighed var af en sådan art, at den direkte og automatisk kunne

<sup>29</sup> – Jf. også i denne retning femte betragtning til udnævnelsesafgørelsen.

<sup>30</sup> – Jf. FV-dommens præmis 54-57.

<sup>31</sup> – FV-dommens præmis 59-63.

<sup>32</sup> – Menneskerettighedsdomstolens dom af 9.7.2009, Ilatovskiy mod Rusland, nr. 6945/04, CE:ECHR:2009:0709JUD000694504, §§ 40 og 41. Jf. FV-dommens præmis 67-76.

medføre ophævelse af Personalerettens appellerede dom. Hvilken ligevægt skal der findes mellem to grundlæggende principper, der er lige vigtige, i tilfælde af, at proceduren for udnævnelse af en dommer er behæftet med en ulovlighed: retten til adgang til en (retfærdig og upartisk) domstol oprettet ved lov og kravene til retssikkerhed? Disse punkter blev på ingen måde behandlet i FV-dommen.

58. Denne grundlæggende mangel i FV-dommen udgør efter min opfattelse en alvorlig risiko for at påvirke EU-rettens ensartede anvendelse og sammenhæng. Denne doms ræsonnement blev efterfølgende gentaget i dommene under fornyet prøvelse. Nedenstående bedømmelse angår derfor hele denne retspraksis.

*Rettens fejl vedrørende de konsekvenser, der skulle drages af udnævnelsesprocedurens ulovlighed*

59. Havde Retten, da den havde konstateret *den omhandlede ulovlighed*, nogen som helst form for skønsmargen, eller var den forpligtet til at ophæve Personalerettens dom, som var blevet afsagt af det omhandlede dommerkollegium, på grund af tilsidesættelse af retten til adgang til en domstol oprettet ved lov? Hvis ophævelse ikke var den automatiske konsekvens af konstateringen af en ulovlighed i udvælgelsesproceduren, hvilken skønsmargen havde Retten så?

60. For at undersøge disse spørgsmål finder jeg det nødvendigt at analysere udnævnelsesprocedurens ulovlighed på én gang i lyset af retten til adgang til en domstol oprettet ved lov og retssikkerhedsprincippet.

*– Retten til adgang til en domstol oprettet ved lov*

61. Chartrets artikel 47 anerkender i en enkelt bestemmelse retten til en retfærdig rettergang, der er anerkendt i EMRK's artikel 6, stk. 1, og retten til effektive retsmidler, der er fastsat i EMRK's artikel 13. Forholdet mellem chartrets artikel 47 og disse artikler i EMRK er nævnt udtrykkeligt i Forklaringer til chartret om grundlæggende rettigheder<sup>33</sup>. Således er chartrets artikel 47, stk. 1, »baseret på artikel 13 i [EMRK]«, og stk. 2 »svarer til artikel 6, stk. 1, i [EMRK]«. Retten til adgang til »en domstol, der forudgående er oprettet ved lov«, der er fastsat ved chartrets artikel 47, stk. 2, første punktum, udgør et aspekt af retten til en retfærdig rettergang. Den således definerede domstol er resultatet af en proces. Det er kun, hvis den proces, der er blevet fulgt for at oprette domstolen, i) var fastsat ved lov og ii) er blevet fulgt i det pågældende tilfælde, at den retsinstans, der følger deraf, er en »en domstol, der forudgående er oprettet ved lov«.

62. Eftersom indholdet af chartrets artikel 47 svarer til de rettigheder, der er sikret ved EMRK, kræver chartrets artikel 52, stk. 3, at betydningen og omfanget af retten til effektive retsmidler og til en retfærdig rettergang, der er fastsat i artikel 47, er de samme som de tilsvarende rettigheder, der er sikret ved EMRK. Chartrets artikel 47 skal følgelig fortolkes under behørig hensyntagen til både forklaringerne til chartret og Menneskerettighedsdomstolens praksis<sup>34</sup>. Som det er anført klart i chartrets artikel 52, stk. 3, kan EU-retten desuden yde en mere omfattende beskyttelse.

<sup>33</sup> – EUT 2007, C 303, s. 17, på s. 29 og 30.

<sup>34</sup> – Som min kollega generaladvokat Saugmandsgaard Øe fremhævede i sit forslag til afgørelse Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2017:395, punkt 71 og fodnote 77): »Den omstændighed, at der blot skal henvises til chartrets artikel 47, når den foreliggende situation er omfattet af EU-rettens anvendelsesområde (jf. dom af 16.5.2017, Berlioz Investment Fund, C-682/15, EU:C:2017:373, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis), udelukker [naturligvis (min tilføjelse)] ikke muligheden for at fortolke denne artikel i lyset af Menneskerettighedsdomstolens praksis.«

63. Ifølge Menneskerettighedsdomstolens praksis »in principle, a violation by a tribunal of domestic legal provisions relating to the establishment and competence of judicial organs gives rise to a violation of Article 6 § 1. The Court may therefore examine whether the domestic law has been complied with in this regard. However, having regard to the general principle that it is, in the first place, for the national courts themselves to interpret the provisions of domestic law, the Court finds that it may not question their interpretation unless there has been a flagrant violation of domestic law«<sup>35</sup>.

64. For at konstatere, at der har været en tilsidesættelse af retten til adgang til en domstol oprettet ved lov, og at denne tilsidesættelse (individuel betragtet) *ligeledes* har medført en tilsidesættelse af retten til en retfærdig rettergang, der er sikret ved EMRK's artikel 6, stk. 1, kræver Menneskerettighedsdomstolens praksis således en »flagrant«<sup>36</sup> eller »substantive«<sup>37</sup> tilsidesættelse af den gældende nationale lovgivning. Det er kun, når der har været en »flagrant violation« af den nationale lovgivning, at det ikke længere er nødvendigt at fortsætte undersøgelsen for at afgøre, om den retslige vurdering (»rettergang«), der følger deraf, ikke var retfærdig<sup>38</sup>.

65. Følgelig er det ikke enhver ulovlighed i forbindelse med udnævnelsesproceduren, der på tilstrækkelig måde kan tilsidesætte aspektet retten til en retfærdig rettergang i betydningen retten til adgang til en »domstol oprettet ved lov«, til at retten til en retfærdig rettergang er blevet tilsidesat<sup>39</sup>. Betydningen af udtrykket »domstol oprettet ved lov« bør derfor undersøges i lyset af sit formål.

66. Dette udtryk dækker ikke blot retsgrundlaget for en »domstols« eksistens, men også dommerkollegiets sammensætning i hver sag, hvilket omfatter reglerne om udnævnelse af dommere<sup>40</sup>. Udtrykket »ved lov« dækker lovgivningen om judicielle organers oprettelse og kompetence og ligeledes alle andre interne retsfor skrifter, hvis manglende overholdelse gør deltagelsen af en eller flere dommere ved sagens behandling ulovlig<sup>41</sup>.

67. Dette aspekt af retten til en retfærdig rettergang er begrundet i ønsket om at forhindre, at den udøvende magt udøver et ubegrænset skøn over en domstols sammensætning eller udnævnelsen af dommere, og til at sikre, at disse spørgsmål reguleres af lovbestemmelser<sup>42</sup>. Magtadskillelsen mellem den udøvende magt og den dømmende magt har nemlig stigende betydning i Menneskerettighedsdomstolens praksis<sup>43</sup>. Dette begreb afspejler retsstatsprincippet, som er underforstået i hele EMRK's system, idet et organ, der ikke er oprettet i overensstemmelse med lovgivers ønske, nødvendigvis mangler den legitimitet, der er nødvendig i et demokratisk samfund for at behandle sager mellem privatpersoner<sup>44</sup>.

<sup>35</sup> – Menneskerettighedsdomstolens dom af 2.5.2019, Pasquini mod San Marino, nr. 50956/16, CE:ECHR:2019:0502JUD005095616, §§ 102. Jf. i øvrigt Menneskerettighedsdomstolens dom af 13.4.2006, Fedotova mod Rusland, nr. 73225/01, CE:ECHR:2006:0413JUD007322501, § 42.

<sup>36</sup> – Menneskerettighedsdomstolens dom af 31.5.2011, Kontalexis mod Grækenland, nr. 59000/08, CE:ECHR:2011:0531JUD005900008, §§ 41 og 44, og af 4.3.2003, Posokhov mod Rusland, nr. 63486/00, CE:ECHR:2003:0304JUD006348600, §§ 39 og 43.

<sup>37</sup> – Menneskerettighedsdomstolens dom af 9.7.2009, Ilatovskiy mod Rusland, nr. 6945/04, CE:ECHR:2009:0709JUD000694504, § 40.

<sup>38</sup> – Jf. nedenfor, punkt 68-87.

<sup>39</sup> – Jf. ligeledes nedenfor, punkt 68-87.

<sup>40</sup> – Menneskerettighedsdomstolens dom af 9.7.2009, Ilatovskiy mod Rusland, nr. 6945/04, CE:ECHR:2009:0709JUD000694504, § 36.

<sup>41</sup> – Menneskerettighedsdomstolens dom af 12.3.2019, Guðmundur Andri Ástráðsson mod Island, nr. 26374/18, CE:ECHR:2019:0312JUD002637418 (herefter »Ástráðsson-dommen«), § 98 og den deri nævnte retspraksis.

<sup>42</sup> – Menneskerettighedsdomstolens dom af 20.10.2009, Gorguiladzé mod Georgien, nr. 4313/04, CE:ECHR:2009:1020JUD000431304, § 69.

<sup>43</sup> – Menneskerettighedsdomstolens dom af 8.11.2018, Ramos Nunes de Carvalho e Sá mod Portugal, nr. 55391/13, 57728/13 og 74041/13, CE:ECHR:2018:1106JUD005539113, § 144 og den deri nævnte retspraksis.

<sup>44</sup> – Menneskerettighedsdomstolens dom af 28.11.2002, Lavents mod Letland, nr. 58442/00, CE:ECHR:2002:1128JUD005844200, § 114.

68. Følgelig opstår spørgsmålet om, hvornår en tilsidesættelse af reglerne om udnævnelsen af dommere i sig selv medfører en tilsidesættelse af retten til en retfærdig rettergang.

69. Menneskerettighedsdomstolens nylige praksis, navnlig i Ástráðsson-dommen, giver os vigtige præciseringer i denne henseende.

70. I denne dom fastslog Menneskerettighedsdomstolen, at det forhold, at en dommer, som var udnævnt i strid med de nationale regler om udnævnelse af dommere, indgik i et dommerkollegium, der havde kendt appellanten skyldig i straffelovsovertrædelser, i sig selv udgjorde en krænkelse af EMRK's artikel 6, stk. 1<sup>45</sup>.

71. Før jeg redegør for Menneskerettighedsdomstolens ræsonnement, skal der redegøres for sagens faktiske omstændigheder. Det drejede sig om en procedure for udnævnelse af 15 dommere ved en nyoprettet appeldomstol i Island. I overensstemmelse med den relevante nationale lovgivning skulle et uafhængigt bedømmelsesudvalg sammensat af 5 eksperter («bedømmelsesudvalget») i princippet udvælge de 15 bedst kvalificerede kandidater, idet justitsministeren («ministeren») ikke havde ret til at udnævne en anden kandidat end en af de 15, der var foreslået. Der kunne imidlertid gøres en undtagelse fra denne regel, så Altinget kunne godkende ministerens forslag om at udnævne en særlig kandidat, som ikke var blandt de 15 bedste kandidater, men ikke desto mindre opfyldte mindstekravene til en udnævnelse<sup>46</sup>.

72. I alt 37 personer indgav ansøgning, og heraf blev de 33 behandlet af bedømmelsesudvalget. Selv om ministeren havde bedt om at få en liste over f.eks. 20 personer, som hun kunne vælge blandt, henholdt bedømmelsesudvalget sig til lovens tekst og forelagde en liste med navnene på de 15 bedste kandidater rangordnet efter opnåede resultater ledsaget af en meget fyldig analyse af bedømmelsesproceduren. Ministeren ønskede at udnævne bestemte andre kandidater i de pågældende stillinger. Idet hun mente, at der skulle lægges mere vægt på erfaring fra retsvæsenet, og under påberåbelse af ligestillingsloven («ligestillingslov nr. 10/2008») forelagde hun Forfatnings- og Kontroludvalget en liste, som kun indeholdt 11 af de kandidater, som bedømmelsesudvalget havde valgt<sup>47</sup>, mens de 4 øvrige personer var kandidater, som ganske vist var kvalificerede, men som ikke var blevet udvalgt ved udvælgelsesproceduren<sup>48</sup>. Ministeren undlod at bede bedømmelsesudvalget om en ny bedømmelse på grundlag af de således ændrede kriterier<sup>49</sup>.

73. De Altingsmedlemmer, som Forfatnings- og Kontroludvalget bestod af, stemte om ministerens forslag ud fra deres politiske tilhørsforhold. Et flertal støttede hende, mens mindretallet udtrykte alvorlig tvivl om, hvorvidt ministerens adfærd var forenelig med forvaltningslovgivningen. Forslaget, der således var blevet godkendt af flertallet i Forfatnings- og Kontroludvalget, blev herefter sendt til afstemning i Altinget. Altingsmedlemmerne, der nøje fulgte deres partilinje ved afstemningen, så bort fra anbefalingen fra mindretallet i Forfatnings- og Kontroludvalget om at nedstemme ministerens forslag. Herefter stemte flertallet blandt Altingsmedlemmerne, som atter fulgte partilinen, for den kandidatliste, som ministeren havde

<sup>45</sup> – Ástráðsson-dommen, jf. navnlig §§ 107, 108 og 123.

<sup>46</sup> – Ástráðsson-dommen, § 6.

<sup>47</sup> – De fire kandidater, der således var fjernet fra listen, var dem, som var blevet rangeret som henholdsvis nr. 7, 11, 12 og 14 på bedømmelsesudvalgets liste.

<sup>48</sup> – De 4 kandidater, hvis navne var blevet tilføjet listen af ministeren, var af udvalget blevet rangeret som nr. 17, 18, 23 og 30. Eftersom der var 15 stillinger, som skulle besættes, og udvalget udtrykkeligt havde opstillet en liste i rækkefølge efter opnåede resultater, fulgte det heraf, at ingen af disse kandidater normalt burde være blevet udnævnt til dommer ved appeldomstolen.

<sup>49</sup> – Der henvises til nærmere oplysninger i Ástráðsson-dommen, §§ 7-18. Jeg gør opmærksom på, at en juridisk rådgiver endog havde advaret statsministerens kontor om de eventuelle forsømmelser i den procedure, som ministeren foreslog at følge, jf. dommens § 13.



fremlagt forslag om (afstemningen gjaldt listen i sin helhed og ikke de enkelte kandidater, således som loven bestemte). Selv om Republikken Islands præsident til sidst rejste tvivl om den procedure, som Altinget havde fulgt, underskrev han i sidste ende udnævnelserne af de 15 kandidater til dommere ved appeldomstolen, som ministeren havde foreslået<sup>50</sup>.

74. For så vidt angår sagens faktiske omstændigheder var appellanten, G.A. Ástráðsson, af en kriminalret blevet kendt skyldig i kørsel uden kørekort og i påvirket tilstand. Han var blevet idømt 17 måneders fængsel og frakendelse af førerretten for bestandig. Han ankede dommen til appeldomstolen med påstand om strafnedsættelse. Hans forsvarer anfægtede efterfølgende under henvisning til bl.a. FV-dommen, at der blandt de 4 dommere i dommerkollegiet sad en dommer, hvis navn ikke fremgik af listen over de 15 af bedømmelsesudvalgets udvalgte kandidater. G.A. Ástráðssons argumenter blev imidlertid forkastet af såvel appeldomstolen som højesteret. G.A. Ástráðsson anlagde derfor sag ved Menneskerettighedsdomstolen<sup>51</sup>.

75. Det skal bemærkes, at Menneskerettighedsdomstolen, før den påbegyndte sin analyse, nævnte såvel FV-dommen som EFTA-Domstolens dom i Pascal Nobile-sagen<sup>52</sup>.

76. For at konkludere, at EMRK's artikel 6, stk. 1, var blevet krænket, tog Menneskerettighedsdomstolen flere elementer i betragtning. For det første lagde den særlig vægt på to domme fra Islands højesteret, der vedrørte proceduren for udnævnelse af dommere. Denne domstol havde allerede i forbindelse med søgsmål anlagt af de kandidater, som var blevet foreslået af bedømmelsesudvalget, men ikke var blevet udnævnt<sup>53</sup>, udtalt, at ministeren havde tilsidesat udnævnelsesproceduren ved at fjerne fire kandidater fra listen med de femten bedst kvalificerede kandidater, som bedømmelsesudvalget havde foreslået, og tilføje fire andre kandidater (som indgik i udvalgets bedømmelsesrapport, og som var fundet tilstrækkeligt kvalificerede, men rangeret på en placering, som udelukkede en udnævnelse af dem), uden at støtte sig til nye dokumenter eller foretage en uafhængig vurdering af omstændighederne. På dette grundlag havde Islands højesteret tilkendt de øvrige kandidater skadeserstatning til erstatning for den ikke-økonomiske skade, de havde lidt (denne retsinstans havde forkastet påstanden om erstatning for økonomisk skade, og der var sket frifindelse i søgsmålet om annullation af ministerens afgørelse om ikke at medtage de nævnte kandidater på listen over de personer, der skulle udnævnes)<sup>54</sup>.

77. For det andet var tilsidesættelsen af den gældende nationale lovgivning grundlæggende, fordi den vedrørte en væsentlig del af udnævnelsesproceduren og kernen i kandidaternes udvælgelsesprocedure. I øvrigt var ministeren bevidst om situationen og havde således åbenbart tilsidesat de gældende regler<sup>55</sup>.

78. For det tredje fremhæver Ástráðsson-dommen, at Islands Alting ved ikke at stemme om udnævnelsen af hver kandidat for sig heller ikke havde fulgt den procedure, der var fastlagt for udnævnelsen af dommere. Dette trin i proceduren havde ellers til formål at sikre den dømmende magts uafhængighed af den udøvende magt. Det forhold, at Altinget ikke opfyldte den funktion, der påhvilede det i medfør af de gældende lovbestemmelser, udgjorde en yderligere alvorlig

<sup>50</sup> – Jf. Ástráðsson-dommen, §§ 19-26.

<sup>51</sup> – Jf. Ástráðsson-dommen, §§ 36-50.

<sup>52</sup> – EFTA-Domstolens dom af 14.2.2017, Pascal Nobile mod DAS Rechtsschutz-Versicherungs, E-21/16. Jf. Ástráðsson-dommen, §§ 64-69. I FV-dommens præmis 75 henviste Retten ligeledes til denne dom.

<sup>53</sup> – Først af J.R.J. og Á.H. og efterfølgende af E.J. og J.H., jf. Ástráðsson-dommen, henholdsvis §§ 27-35 og 52-54.

<sup>54</sup> – Ástráðsson-dommen, §§ 11, 16, 27-35 og 105-109.

<sup>55</sup> – Ástráðsson-dommen, §§ 115-118.

mangel i udvælgelsesproceduren<sup>56</sup>. Jeg gør i denne henseende opmærksom på, at selv om Menneskerettighedsdomstolen ikke udtrykkeligt henviser hertil i sit ræsonnement vedrørende tilsidesættelsen af retten til adgang til en domstol oprettet ved lov (men nævner det udtrykkeligt under redegørelsen for den nationale faktiske ramme), afspejlede afstemningerne efter hinanden både i Forfatnings- og Kontroludvalget og i Altinget, som udmøntedes i godkendelsen af ministerens forslag, tro de respektive politiske tilhørsforhold for de altingsmedlemmer, der deltog deri<sup>57</sup>.

79. Menneskerettighedsdomstolen konkluderede således, at manglerne ved den pågældende procedure efter selve deres art udgjorde en klar krænkelse (»flagrant violation«) af de gældende regler begået både af den udøvende magt, som havde overskredet grænserne for sine skønsbeføjelser og åbenbart havde tilsidesat disse regler, og af Altinget, som havde tilsidesat sin pligt til at overvåge, at udnævnelsesproceduren sikrede ligevægten mellem den lovgivende og den udøvende magt. Menneskerettighedsdomstolen fastslog derfor, at denne sag var af en sådan art, at den kunne udhule den tillid, som den dømmende magt skal indgyde offentligheden i et demokratisk samfund, og at EMRK's artikel 6, stk. 1 følgelig var blevet krænket<sup>58</sup>.

80. Ástráðsson-sagen har åbenbare lighedspunkter med den situation, som ligger til grund for sagerne under fornyet prøvelse. I begge tilfælde omfattede proceduren for udnævnelse af dommerne et uafhængigt udvalgs udtalelse. Dette udvalg forelagde den udøvende magt en liste med de bedst kvalificerede kandidater. Proceduren for udnævnelse af dommere var behæftet med en ulovlighed begået af den udøvende magt, som var bevidst om, at den fraveg den fastlagte procedure<sup>59</sup>.

81. Her ophører lighederne dog.

82. Proceduren for udnævnelse af dommerne ved Personaleretten er behæftet *med en enkelt processuel ulovlighed*, idet Rådet uden at iværksætte en ny indkaldelse af ansøgninger til den tredje stilling, der i mellemtiden var blevet ledig ved Personaleretten, udnævnte tre kandidater i stedet for to på grundlag af en eksisterende liste, der var blevet opstillet til at besætte to stillinger. Rådet valgte dog således dermed nogle kandidater, hvis navne figurerede på den af udvælgelsesudvalget foreslåede liste, som indeholdt et antal kandidater svarende til det dobbelte af det antal dommere, der i sidste ende blev udnævnt af Rådet (seks kandidater til de tre stillinger, der til sidst blev besat). Selv om Rådet ikke havde pligt til det, udnævnte det i øvrigt de tre første personer på listen, som udvælgelsesudvalget havde rangordet efter opnåede resultater. Det var alene af tidsmæssige

<sup>56</sup> – Ástráðsson-dommen, §§ 119-122.

<sup>57</sup> – Ástráðsson-dommen, §§ 18-22.

<sup>58</sup> – Ástráðsson-dommen, § 123.

<sup>59</sup> – I Ástráðsson-sagen var ministeren helt klar over, at hun ikke havde nogen manøvrermargin, og at hun skulle acceptere den liste over de 15 mest kvalificerede kandidater, som bedømmelsesudvalget havde fremlagt for hende (hun havde nemlig anmodet dette udvalg om at foreslå hende en længere liste, hvilket var blevet afslået). I dommene under fornyet prøvelse var Rådet udmærket bevidst om, at den omhandlede liste over kandidater, der blev opstillet af udvælgelsesudvalget, var blevet opstillet på grundlag af indkaldelsen af ansøgninger af 2013, hvormed det tilsigtedes at besætte to, og *ikke tre*, stillinger ved Personaleretten, der snart ville blive ledige.

hensyn, at Rådet frigjorde sig fra den fastsatte procedure (sagt på en anden måde måske af administrativ bekvemmelighed)<sup>60</sup> – Personaleretten skulle nedlægges mindre end fem måneder efter de nye dommers tiltrædelse<sup>61</sup>.

83. I forbindelse med den beskrevne procedure for udnævnelse af dommere i Ástráðsson-sagen havde bedømmelsesudvalget derimod foreslået en liste med de femten bedst kvalificerede kandidater svarende til antallet af stillinger. Ministeren fjernede fire navne fra denne liste og tilføjede i stedet andre kandidater, som havde deltaget i proceduren og var blevet fundet tilstrækkeligt kvalificerede, men mindre kvalificerede end de femten foreslåede kandidater. Ved at gøre dette fjernede ministeren dermed bevidst fire udvalgte kandidater (dvs. fire af de kandidater, som bedømmelsesudvalget havde fundet bedst kvalificerede) og erstattede dem med andre kandidater efter sit eget valg.

84. På dette trin er det vigtigt nøje at undersøge Menneskerettighedsdomstolens præcise ræsonnement i dommens §§ 102, 103 og 123 (som efter min opfattelse udgør det sande grundlag for denne domstols analyse), som jeg citerer in extenso:

»102. The Court notes in this connection that it flows from the criteria in the Court’s case-law that a violation of national law be »flagrant« that only those breaches of applicable national rules in the establishment of a tribunal that are of a fundamental nature, and form an integral part of the establishment and functioning of the judicial system, can be considered to fulfil this criterion. In this context, the concept of a »flagrant« breach of domestic law therefore relates to the nature and gravity of the alleged breach. Furthermore, in the Court’s examination of whether the establishment of a tribunal was based on a »flagrant« violation of domestic law, the Court will take into account whether the facts before it demonstrate that a breach of the domestic rules on the appointment of judges was deliberate or, at a minimum, constituted a manifest disregard of the applicable national law (see also in this context, [FV-dommen], § 77 [...]).

103. Finally, the Court recalls that »the notion of the separation of powers between the executive and the judiciary has assumed growing importance in its case-law« [...]. The same applies to the »importance of safeguarding the independence of the judiciary« [...]. Therefore, on the basis of the above-mentioned principles, and taking account of the object and purpose of the requirement that a tribunal be always established by law, and its close connection to the fundamental principle of the rule of law, the Court must look behind appearances and ascertain whether a breach of the applicable national rules on the appointment of judges created a real risk that the other organs of Government, in particular the executive, exercised undue discretion undermining the integrity of the appointment process to an extent not envisaged by the national rules in force at the material time.

[...]

<sup>60</sup> – Det forhold, at dommer I. Rofes i Pujols embedsperiode ophørte den 31.8.2015, fulgte klart af dennes udnævnelsesafgørelse. Ingen af de oplysninger, som jeg har undersøgt i forbindelse med forberedelsen af dette forslag til afgørelse, har gjort det muligt at forklare, hvorfor der ikke blev offentliggjort en særskilt indkaldelse af ansøgninger for at erstatte hende, enten inden denne dato eller i den periode på næsten syv måneder mellem denne dato og datoen for afgørelsen om udnævnelse af tre dommere ved Personaleretten (den 22.3.2016). Med henblik på den afgørelse, der skulle træffes den 22.3.2016, kan det dog have syntes vanskeligt at afslutte proceduren for en ny indkaldelse af ansøgninger og en vurdering fra udvælgelsesudvalgets side i tide til, at den nye dommer på hensigtsmæssig måde kunne tiltræde sit hverv ved Personaleretten, inden denne blev nedlagt. Jeg har tidligere (i punkt 45) foreslået en alternativ, lovlig måde at behandle dette problem på.

<sup>61</sup> – Jf. fjerde betragtning til udnævnelsesafgørelsen og punkt 13 ovenfor. Udnævnelsen af S. Van Raepenbusch skete med tilbagevirkende kraft, mens dommerne J. Sant’Anna og A. Kornezov først begyndte at fungere i embedet efter at have aflagt ed den 13.4.2016. Personaleretten ophørte med at eksistere den 1.9.2016.

123. In the light of all of these elements, the Court cannot but conclude that the process by which A.E. was appointed a judge of the Court of Appeal, taking account of the nature of the procedural violations of domestic law as confirmed by the Supreme Court of Iceland, amounted to a flagrant breach of the applicable rules at the material time. Indeed, the Court finds that the process was one in which the executive branch exerted undue discretion, not envisaged by the legislation in force, on the choice of four judges to the new Court of Appeal, including A.E., coupled with Parliament failing to adhere to the legislative scheme previously enacted to secure an adequate balance between the executive and legislative branches in the appointment process. Furthermore, the Minister of Justice acted, as found by the Supreme Court, in manifest disregard of the applicable rules in deciding to replace four of the fifteen candidates, considered among the most qualified by the Committee, by other four applicants, assessed less qualified, including A.E. The process was therefore to the detriment of the confidence that the judiciary in a democratic society must inspire in the public and contravened the very essence of the principle that a tribunal must be established by law, one of the fundamental principles of the rule of law. The Court emphasises that a contrary finding on the facts of the present case would be tantamount to holding that this fundamental guarantee provided for by Article 6 § 1 of [ECHR] would be devoid of meaningful protection. Therefore, the Court concludes that there has been a violation of Article 6 § 1 of [ECHR] in the present case.«

85. Det følger efter min opfattelse af præmisserne i Ástráðsson-dommen, som jeg netop har citeret, at selv om man skal »take into account whether the facts [...] demonstrate that a breach of the domestic rules on the appointment of judges was deliberate«, *er dette element i sig selv ikke tilstrækkeligt* til, at en ulovlighed, der er behæftet proceduren for udnævnelse af en dommer, udgør en klar overtrædelse [(»flagrant violation«)] af EMRK's artikel 6, stk. 1. Man bør ikke nøjes med at betragte dette aspekt isoleret, men kontrollere, om tilsidesættelsen af de gældende regler for udnævnelse af dommere har skabt en reel risiko for, at de andre magter, navnlig den udøvende magt, har anvendt deres beføjelser på en sådan måde, at udnævnelsesprocedurens integritet er blevet bragt i fare<sup>62</sup>. Hvis det er tilfældet – hvis der har været tale om, at »the executive branch exerted undue discretion« (således at den proces, der fulgte deraf, var »to the detriment of the confidence that the judiciary in a democratic society must inspire in the public and contravened the very essence of the principle that a tribunal must be established by law, one of the fundamental principles of the rule of law«) – er der tale om en »flagrant« tilsidesættelse af retten til adgang til en domstol oprettet ved lov, som i sig selv medfører en tilsidesættelse af retten til en retfærdig rettergang.

86. Hvis denne analyse anvendes på den ulovlighed, som den omhandlede udnævnelsesafgørelse var behæftet med i den foreliggende sag, kan det ikke med rimelighed konkluderes, at *denne ulovlighed* har kunnet udhule »the confidence that the judiciary in a democratic society must inspire in the public«. Til forskel fra de omstændigheder, som lå til grund for Ástráðsson-dommen, er der ikke fra den udøvende magts side manipuleret med en liste med det formål at udelukke visse udvalgte kandidater og erstatte dem med andre kandidater. Ved den identificerede ulovlighed har den udøvende magt ikke udøvet sin magt på en sådan måde, at hele udnævnelsesprocessen er blevet bragt i fare.

87. Ved anvendelse af de kriterier, som Menneskerettighedsdomstolen fastlagde i Ástráðsson-dommen, konkluderer jeg, at den specifikke ulovlighed, som udnævnelsen af de tre dommere ved Personaleretten var behæftet med, som beskrevet i FV-dommen og i de andre

<sup>62</sup> – Ástráðsson-dommen, § 103.

domme under fornyet prøvelse, ikke i sig selv var af en sådan art, at den kunne medføre en »flagrant violation« af retten til en retfærdig rettergang, som er fastlagt i chartrets artikel 47, stk. 2, første punktum. Det bør derfor undersøges, om retten til en retfærdig rettergang set i lyset af alle de relevante oplysninger blev overholdt i den foreliggende sag, hvilket Retten ikke undersøgte. Det er klart, at såvel appellanternes søgsmål i sagerne under fornyet prøvelse som appellanten FV's søgsmål blev behandlet af en afdeling ved Personaleretten, som var sammensat af personer, der var fuldt og behørigt kvalificerede til at beklæde retten i denne retsinstans og udvalgt på den liste, der var opstillet af udvælgelsesudvalget; der er heller ikke blevet identificeret fejl af en art, der kan medføre, at dommerkollegiets *behandling* af disse sager bliver ugyldig.

#### – Retssikkerhedsprincippet

88. På baggrund af det ovenstående og under behørig hensyntagen til retssikkerhedsprincippet går jeg nu over til at undersøge den konsekvens, som Retten knyttede til udnævnelsesprocedurens ulovlighed, nemlig at Personalerettens domme i FV-sagen, HG-sagen og Simpson-sagen skulle ophæves.

89. Mig bekendt optrådte retssikkerhedsprincippet, som af Domstolen er blevet ophøjet til en almindelig retsgrundsætning<sup>63</sup>, for første gang i Domstolens praksis i begyndelsen af 1960'erne. I denne første dom foretog Domstolen allerede en afvejning mellem dette princip og legalitetsprincippet og fremhævede, at spørgsmålet om, hvilket af disse principper der skulle nyde fremme i hvert enkelt tilfælde, afhang af konfrontationen mellem den offentlige interesse og de berørte private interesser<sup>64</sup>.

90. Retssikkerhedsprincippet kræver, at retsreglerne skal være klare og præcise, og sikrer forudsigelighed i forbindelse med de situationer og retsforhold, der henhører under EU-retten<sup>65</sup>. I Domstolens praksis har retssikkerhedsprincippet en række facetter, der skal opretholde EU-retten sikkerhed, stabilitet, ensartede anvendelse og sammenhæng<sup>66</sup>. Det udgør roden til og fundamentet for to andre af EU's retsprincipper, som følger heraf, nemlig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning<sup>67</sup> og retskraftprincippet<sup>68</sup>.

91. For så vidt angår berøringsspunktet mellem retssikkerhedsprincippet og retskraftprincippet er jeg enig i det, som professor [Jean] Carbonnier skriver: »Det, der giver dommen dens fulde værdi, dens overlegenhed i forhold til det kompromis, som en velmenende tilskuer til to kværlanter kunne tilstræbe at opnå, er ikke, at den er i overensstemmelse med den absolutte sandhed (hvor ligger sandheden?) – det er, at den fra statens side er tillagt en særlig kraft, som forbyder, at der sættes spørgsmålstegn ved den, fordi der skal sættes punktum for tvister [...], hvilket garanterer stabilitet, sikkerhed og fred mellem mennesker«<sup>69</sup>.

<sup>63</sup> – Dom af 15.2.1996, Duff m.fl. (C-63/93, EU:C:1996:51, præmis 31).

<sup>64</sup> – Dom af 22.3.1961, S.N.U.P.A.T. mod Den Høje Myndighed (42/59 og 49/59, EU:C:1961:5, s. 159).

<sup>65</sup> – Dom af 15.2.1996, Duff m.fl. (C-63/93, EU:C:1996:51, præmis 20).

<sup>66</sup> – For så vidt angår en analyse af Domstolens praksis på dette område henvises til J.-P. Puissochet og H. Legal, »Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes«, *Cahiers du Conseil Constitutionnel* nr. 11, december 2001.

<sup>67</sup> – Dom af 4.7.1973, Westzucker (1/73, EU:C:1973:78, præmis 6).

<sup>68</sup> – Dom af 1.6.1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, præmis 46).

<sup>69</sup> – J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, nr. 46, som den refererende rådgiver, Charruault, henviser til i sin rapport om Cour de Cassations (plenum) (kassationsdomstol, Frankrig) dom, nr. 540 af 7.7.2006.

92. Domstolen har således ikke tøvet med at begrænse virkningerne af sine domme *ratione temporis* for at opretholde retssikkerheden. For så vidt angår annullationssøgsmålet er denne mulighed udtrykkeligt fastsat i artikel 264, stk. 2, TEUF. Domstolen har ligeledes foretaget en sådan begrænsning i forbindelse med præjudicielle forelæggelser, både med hensyn til fortolkningen og gyldigheden. F.eks. fremhævede Domstolen i Defrenne-dommen, at »bydende retssikkerhedsbetragtninger med hensyn til samtlige de interesser, som gør sig gældende, offentlige såvel som private, principielt er til hinder for nu at bestride de lønninger, som angår [...] perioder[, der ligger forud for nærværende doms dato,] bortset fra tilfælde hvor arbejdstagere allerede har anlagt retssag eller rejst en tilsvarende administrativ klage [...]«<sup>70</sup>. Det er imidlertid »kun undtagelsesvis«, at Domstolen »under anvendelse af et almindeligt retssikkerhedsprincip, der er knæsat i Fællesskabets retsorden, [vil] finde anledning til at begrænse borgernes mulighed for at påberåbe sig den således fortolkede bestemmelse med henblik på anfægtelse af tidligere i god tro stiftede retsforhold. For at der kan træffes bestemmelse om en sådan begrænsning, skal to hovedbetingelser være opfyldt, nemlig at de berørte parter skal være i god tro, og at der skal være fare for alvorlige forstyrrelser«<sup>71</sup>.

93. Domstolen har ligeledes støttet sig på retssikkerhedsprincippet, når den har truffet afgørelse om spørgsmål om tilbagekaldelse af EU-retsakter. Tilbagekaldelse af en ulovlig retsakt er således tilladt, hvis det sker inden for en rimelig frist, og hvis den institution, som retsaktens hidrører fra, i tilstrækkelig grad har taget hensyn til, i hvilket omfang sagsøgeren eventuelt har kunnet forvente, at retsaktens var lovlig; hvis disse betingelser ikke er opfyldt, er tilbagekaldelsen i strid med retssikkerhedsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og bør annulleres<sup>72</sup>.

94. Menneskerettighedsdomstolen har ligeledes anerkendt retssikkerhedsprincippet, selv om dette ikke fremgår udtrykkeligt af EMRK.

95. I forbindelse med EMRK's artikel 6, stk. 1, har den således fastslået, at »retten til adgang til en domstol« ikke er absolut og er underlagt forudsætningsvist anerkendte begrænsninger, navnlig for at sikre en ordentlig retspleje og overholdelse af navnlig retssikkerhedsprincippet. Disse begrænsninger skal imidlertid være proportionale og må ikke begrænse et retssubjekts adgang på en sådan måde eller i et sådant omfang, at retten til adgang til domstolsprøvelse reelt er uden indhold<sup>73</sup>.

96. Menneskerettighedsdomstolen har ligeledes givet sig selv den mulighed at begrænse virkningerne af sine afgørelser *ratione temporis*, idet den finder, at »the principle of legal certainty, which is necessarily inherent in the law of [ECHR] as in [Union] Law, dispenses [the State in question] from re-opening legal acts or situations that antedate the delivery of the present judgment«<sup>74</sup>. Dette princip som anvendt af Menneskerettighedsdomstolen omfatter dimensionerne stabilitet og forudsigelighed, som er indbygget heri<sup>75</sup>.

<sup>70</sup> – Dom af 8.4.1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56, præmis 74 og 75).

<sup>71</sup> – Dom af 18.1.2007, Brzeziński (C-313/05, EU:C:2007:33, præmis 56).

<sup>72</sup> – Dom af 26.2.1987, Consorzio Cooperative d'Abruzzo mod Kommissionen (15/85, EU:C:1987:111, præmis 12 og 17).

<sup>73</sup> – Menneskerettighedsdomstolens dom af 28.10.1998, Pérez de Rada Cavanilles mod Spanien, nr. 28090/95, CE:ECHR:1998:1028JUD002809095, §§ 44 og 45. Jf. her ligeledes generaladvokat Mengozzis stillingtagen fornyet prøvelse Arango Jaramillo m.fl. mod EIB (C-334/12 RX-II, EU:C:2012:733, punkt 59 og 60 og den deri nævnte retspraksis).

<sup>74</sup> – Menneskerettighedsdomstolens dom af 13.6.1979, Marckx mod Belgien, nr. 6833/74, ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUD000683374, § 58.

<sup>75</sup> – D. Soulas de Russel og Ph. Raimbault, »Nature et racines du principe de sécurité juridique: une mise au point«, *Revue internationale de droit comparé*, bind 55, nr. 1, januar – marts 2003, s. 85-103, navnlig s. 90 og 91.

97. Jeg vil nu undersøge, om retssikkerhedsprincippet, når der konstateres en ulovlighed i proceduren for udnævnelse af en dommer, er til hinder for, at domme, der er afsagt af denne dommer eller med deltagelse af denne, automatisk ophæves på grund af denne ulovlighed.

98. Det synes at følge af en hurtig og nødvendigvis ufuldstændig undersøgelse af den relevante retspraksis, at en sådan automatisk konsekvens *ikke* følger af medlemsstaternes fælles retstraditioner. Tværtimod – afvejningsmekanismer for retten til adgang til en domstol oprettet ved lov på den ene side og retssikkerhedsprincippet på den anden side findes i visse af medlemsstaternes retsordener. Jeg vil her give nogle eksempler på løsninger, som efter min opfattelse kan tjene som inspiration, samtidig med at jeg er opmærksom på, at listen ikke er udtømmende, og at løsningerne varierer fra medlemsstat til medlemsstat og fra et retsområde til et andet, navnlig inden for strafferetten.

99. I Frankrig fastslog Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Frankrig) således i forbindelse med legalitetskontrollen af dekretter om udnævnelse af tre dommere i to principielle domme, at en øjeblikkelig annullation med tilbagevirkende kraft af udnævnelsen af disse dommere ville påvirke retsvæsenets funktion »i klart urimelig grad«. Den fastslog derfor, at den afgørelse, hvormed udnævnelsen af disse dommere blev annulleret, først ville få virkning flere uger senere. Conseil d'États (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) afgørelse var støttet på det synspunkt, at det, selv om »annullationen af en forvaltningsakt i princippet indebærer, at denne akt anses for aldrig at have eksisteret«, når »det viser sig, at den tilbagevirkende kraft af annullationen kan få klart urimelige konsekvenser på grund af dels de virkninger, som denne akt har fået, og de situationer, som kan være opstået, da den var i kraft, dels den almene interesse, som kan knytte sig til en midlertidig videreførelse af dens virkninger, tilkommer forvaltningsdomstolen [...] at tage hensyn til konsekvenserne af annullationens tilbagevirkende kraft for de forskellige foreliggende offentlige og private interesser på den ene side og de ulemper, som en begrænsning af annullationens virkninger *ratione temporis* vil medføre i henseende til legalitetsprincippet og retssubjekternes ret til effektive retsmidler, på den anden side«<sup>76</sup>.

100. Den tilgang, der følges i England og Wales (jeg føler mig ikke kompetent til at tale for andre dele af Det Forenede Kongerige), forekommer mig ligeledes interessant, i det mindste på grund af sin pragmatisme. Denne retsorden anerkender princippet om »de facto-dommeren«, hvorefter en dommers handlinger kan forblive gyldige i henhold til loven, selv om udnævnelsen af denne dommer er ugyldig og uden retsvirkning. I en sag, der først blev behandlet af High Court of Justice, Queen's Bench Division (ret i første instans, Det Forenede Kongerige), af en dommer, som ikke var beføjet til dette embede, havde sagsøgeren således (i første instans) stillet spørgsmålstegn ved dommerens kompetence til at beklæde retten og havde (i appellen) spurgt, om dette rejste spørgsmålet, om situationen var i overensstemmelse med enhver borgers ret til rettergang for en »domstol oprettet ved lov«. Ifølge den meget lange dom fra Court of Appeal (appeldomstol, Det Forenede Kongerige) kan princippet om »de facto-dommeren« gøre såvel den pågældende dommers handlinger som selve oprettelsen af domstolen gyldige, således at kravene i EMRK's artikel 6, stk.1, opfyldes. Det fremgår af Court of Appeals ræsonnement, at dette princip skal beskytte enhver person, som anlægger et søgsmål ved en domstol, ved at den betragtes som en behørigt oprettet domstol. Princippet består i at opretholde tempoet, retssikkerheden, stabiliteten og offentlighedens tillid til retssystemet og at undgå, at der opstår tvister om udnævnelsesformaliteterne. Princippet om »de facto-dommeren« finder imidlertid

<sup>76</sup> – CE, 6<sup>e</sup>/1<sup>e</sup> SSR, afgørelse nr. 296072 af 12.12.2007, ECLI:FR:CESSR:2007:296072 20071212, CE, sect., afgørelse af 30.12.2010, nr. 329513, ECLI:FR:CESEC:2010:329513 20101230.

ikke anvendelse på personer, som har siddet i et sådant dommerkollegium fuldt bevidste om deres manglende beføjelse hertil (såkaldte »usurpers«). Sådanne personers afgørelser er ugyldige<sup>77</sup>.

101. I Tyskland har Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager, Tyskland) haft lejlighed til at præcisere, at retten til adgang til en »domstol oprettet ved lov«, som den er sikret i den tyske forfatning, uanset sin grundlæggende betydning for de retsundergivne i princippet kun har til formål at forebygge risikoen for manipulation med retsvæsenets institutioner. Bundesverfassungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) har ved at anbefale denne fremgangsmåde udtrykkeligt fremhævet, at en sådan begrænsning af den »absolutte« ret til adgang til en »domstol oprettet ved lov« er begrundet i retssikkerheden<sup>78</sup>.

102. I Den Tjekkiske Republik i forbindelse med kontrollen med udnævnelsen af en dommer ved Nejvyšší soud (øverste domstol, Den Tjekkiske Republik), som førte til annullation af denne udnævnelse på grund af procedurefejl, besluttede Ústavní soud (forfatningsdomstol, Den Tjekkiske Republik) at opretholde de afgørelser, som var afsagt af den afdeling, hvori den pågældende dommer havde haft sit sæde, idet den således lagde størst vægt på principperne om beskyttelse af borgernes berettigede forventninger til loven og beskyttelsen af god tro<sup>79</sup>.

103. I Spanien har Tribunal Constitucional (forfatningsdomstol, Spanien) fastslået, at ulovligheder vedrørende udnævnelsen eller udpegelsen af en dommer hverken medfører, at hele proceduren bliver ugyldig, eller at den dom, som denne dommer har afsagt, skal ophæves<sup>80</sup>. Denne fortolkning er begrundet i nødvendigheden af at garantere retssikkerheden<sup>81</sup>. I samme retspraksis foretages imidlertid en klar sondring over for tilfælde af tvivl om den pågældende dommers upartiskhed eller uafhængighed<sup>82</sup>. Hvis dommeren ikke er upartisk eller uafhængig, kan ophævelse af dommen nemlig være begrundet.

104. I flere medlemsstater anses retten til adgang til en domstol oprettet ved lov følgelig ikke for at være absolut, således at ikke enhver indgriben i denne ret automatisk medfører ophævelse af enhver dom, som den pågældende dommer har været med til at afsige. Den tendens, der kommer til udtryk, består snarere i at forsøge at finde en passende ligevægt mellem denne ret på den ene side og retssikkerheden på den anden side.

105. På baggrund af disse betragtninger vil jeg nu undersøge spørgsmålet om, hvordan denne afvejning skal foretages, når der konstateres en ulovlighed i proceduren for udnævnelse af en dommer, der har haft sæde i en given sag.

106. Efter min opfattelse er arten af den omhandlede ulovlighed altafgørende.

107. Jeg vil ikke her forsøge at opstille en udtømmende liste over de mulige ulovligheder. Det er min opfattelse, at der findes en hel vifte af ulovligheder lige fra procedurefejl, som virkelig er »de minimis«-fejl, til klare overtrædelser (»flagrant violation«) af væsentlige kriterier for udnævnelsen af dommere. Den første kategori af ulovligheder omfatter f.eks. den omstændighed, at

<sup>77</sup> – Fawdry & Co (A Firm) mod Murfitt (intervenient: Lord Chancellor's Department) [2002] EWCA Civ 643

<sup>78</sup> – Bundesverfassungsgerichts (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) kendelse af 27.10.1996, 2 BvR 1375/96; jf. ligeledes Bundesgerichtshofs (forbundsdomstol, Tyskland) kendelse af 26.4.2005, X ZB 17/04.

<sup>79</sup> – Ústavní souds (forfatningsdomstol) dom af 12.12.2006, nr. Pl. ÚS 17/06-2.

<sup>80</sup> – Tribunal Constitucionals (forfatningsdomstol) dom 164/2008 af 15.12.2008 (ECLI:ES:TC:2008:164).

<sup>81</sup> – Tribunal Constitucionals (forfatningsdomstol) dom 101/1984 af 28.11.1984 (ECLI:ES:TC:1984:101).

<sup>82</sup> – Tribunal Constitucionals (forfatningsdomstol) dom 164/2008 af 15.12.2008 (ECLI:ES:TC:2008:164).



udnævnelsesbrevet til dommeren efter den ansvarlige ministers underskrivelse burde have været forsynet med et grønt stempel, men en stresset medarbejder havde taget fejl af stemplerne og ikke anvendt et grønt, men et blåt. Et eksempel i den anden kategori af ulovligheder kunne være, at politisk ansvarlige personer manipulerer med proceduren for at opnå udnævnelse til dommer af en af deres støtter, som ikke har den juridiske kandidateksamen, der kræves i indkaldelsen af ansøgere, men som uden tvivl ville dømme enhver modstander af styret til fængsel på livstid.

108. Efter min opfattelse har det kriterium, som er udviklet i Menneskerettighedsdomstolens ovenfor analyserede praksis, her en helt særlig betydning.

109. Når der er tale om en »flagrant« overtrædelse af retten til adgang til en domstol oprettet ved lov, som udhuler den tillid, som et demokratisk samfunds domstole bør indgyde borgerne, er det åbenbart, at de domme, som er behæftet med denne ulovlighed, ganske enkelt skal ophæves. Når den omhandlede ulovlighed er mindre alvorlig og ikke udgør en sådan tilsidesættelse, giver retssikkerhedsprincippet derimod ikke mulighed for automatisk at ophæve disse domme. Der skal snarere foretages en mere dybdegående undersøgelse af situationen under hensyntagen til dette vigtige princip. I visse særlige tilfælde kan det være, at dette princip vejere tungere end retten til adgang til en domstol oprettet ved lov.<sup>83</sup> Hvis det viser sig, at selve *indholdet* af retten til en retfærdig rettergang er blevet påvirket, er det ufravigeligt at give denne ret prioritet i forhold til retssikkerhedsprincippet og ophæve den omhandlede dom.

110. Efter min opfattelse er den i de nærværende sager om fornyet prøvelse omhandlede ulovlighed, selv om den utvivlsomt er mere alvorlig end en simpel fejl vedrørende det anvendte stempels farve, heller ikke en ulovlighed, der kan kvalificeres som »klar overtrædelse af retten til adgang til en domstol oprettet ved lov«.

111. Det følger heraf, at Retten, idet den fastslog, at ulovligheden ved proceduren for udnævnelse af dommere ved Personaleretten var af en sådan art, at den kunne påvirke retten til adgang til en domstol oprettet ved lov, og at de omhandlede domme følgelig skulle ophæves automatisk, *uden* at den forsøgte at afveje dette første princip med retssikkerhedsprincippet, begik en alvorlig retlig fejl i dommene under fornyet prøvelse (ligesom i FV-dommen),

### ***Anden del af problemstillingen som identificeret af Domstolen: den »indirekte« legalitetskontrol af udnævnelsen af en dommer***

112. Jeg anfører indledningsvis, at Retten i Simpson-dommen af egen drift spurgte parterne, hvilke konsekvenser der burde drages af FV-dommen<sup>84</sup>, mens det i HG-sagen var sagsøgeren selv, som rejste spørgsmålet om den eventuelle ulovlighed i dommerkollegiets sammensætning<sup>85</sup>.

113. Før jeg undersøger spørgsmålet om, hvorvidt Retten begik en retlig fejl ved i egenskab af appelinstant at foretage en *ex officio* kontrol med udnævnelsen af de dommere, der sad i dommerkollegiet i første instans, vil jeg undersøge, om den i denne sammenhæng havde beføjelse til at foretage en indirekte kontrol på grundlag af artikel 277 TEUF, da dette emne blev drøftet indgående i retsmødet.

<sup>83</sup> – Ulovligheder af rent formel art henhører åbenbart under denne kategori.

<sup>84</sup> – Dom af 19.7.2018, Simpson mod Rådet (T-646/16 P, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:493, præmis 31); jf. ligeledes ovenfor, punkt 25.

<sup>85</sup> – Dom af 19.7.2018, HG mod Kommissionen (T-693/16 P, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:492, præmis 32).

### *Spørgsmålet, om artikel 277 TEUF finder anvendelse*

114. Artikel 277 TEUF fastsætter muligheden for en indirekte kontrol med EU-retsakter. Denne kontrol foretages ikke ved et selvstændigt søgsmål, men ved en indirekte procedure for Unionens retsinstanser inden for rammerne af en hovedsag<sup>86</sup>. En sådan mulighed er udtryk for det almindelige princip, som skal sikre, at enhver har eller skal have haft mulighed for at anfægte en EU-retsakt, som danner grundlag for en afgørelse, der er truffet over for ham<sup>87</sup>.

115. Jeg vil ikke dvæle ved alle de betingelser, som artikel 277 TEUF opstiller for at have mulighed for at rejse en »ulovlighedsindsigelse«, såsom den, der kræver, at den person, der rejser en sådan indsigelse, er »part«<sup>88</sup> i den »tvist«, som udgør hovedsagen. Jeg går direkte videre til den betingelse, som er mest relevant for de nærværende sager. Der kan kun rejses en ulovlighedsindsigelse for at bestride en »almengyldig« retsakt vedtaget af en af Unionens institutioner, organer, kontorer eller agenturer<sup>89</sup>.

116. Det er således nødvendigt at definere den retlige karakter af udnævnelsesafgørelsen for at kunne fastslå midlerne til kontrollen hermed. Denne retlige karakter defineres først og fremmest af ophavsmanden til retsakten, nemlig Rådet. Der er således tale om en retsakt fra en af Unionens institutioner i modsætning til udnævnelsen af dommere og generaladvokater ved Domstolen og Retten, som sker ved fælles aftale mellem medlemsstaternes regeringer i overensstemmelse med artikel 253, stk. 1, TEUF.

117. Denne retlige karakter defineres herefter ved den kvalifikation, som den primære EU-ret tillægger den, nemlig en »afgørelse«. Det drejer sig således om en afledt EU-retsakt, som ikke er vedtaget efter den »almindelige« lovgivningsprocedure, der er defineret i artikel 289, stk. 1, TEUF, men efter den særlige procedure, der er fastsat i artikel 257, stk. 4, TEUF, i kombination med artikel 3, stk. 1, i bilag I til statuten for Domstolen.

118. Retspraksis har udarbejdet begrebet almengyldig retsakt. Det kan udledes af den omstændighed, at den pågældende retsakt finder anvendelse på objektivt bestemte situationer og har retsvirkninger for generelt og abstrakt fastlagte persongrupper<sup>90</sup>. Til gengæld udelukker selve ordlyden af artikel 277 TEUF retsakter, der ikke er almengyldige, dvs. afgørelser, som er rettet til

<sup>86</sup> – Dom af 16.7.1981, Albin mod Rådet og Kommissionen (33/80, EU:C:1981:186, præmis 17).

<sup>87</sup> – Dom af 16.4.2015, TMK Europe (C-143/14, EU:C:2015:236, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis).

<sup>88</sup> – Retspraksis accepterer ud over privatpersoner, at såkaldt »privilegerede« sagsøgere kan rejse en ulovlighedsindsigelse. Jf. dom af 10.7.2003, Kommissionen mod ECB (C-11/00, EU:C:2003:395). Generaladvokaterne havde længe anbefalet, at denne mulighed blev anerkendt for de såkaldt »privilegerede« sagsøgere. Jf. bl.a. generaladvokat Slynns forslag til afgørelse Frankrig mod Kommissionen (181/85, ikke trykt i Sml., EU:C:1986:491, s. 702 og 703). Domstolen nægter imidlertid medlemsstaterne mulighed for at påberåbe sig ulovligheden af en afgørelse eller et direktiv, som de er adressater for, som et forsvarsanbringende i et traktatbrudssøgsmål, der er baseret på manglende gennemførelse af denne afgørelse eller dette direktiv (dom af 18.10.2012, Kommissionen mod Den Tjekkiske Republik, C-37/11, EU:C:2012:640, præmis 46). Det samme ræsonnement gør sig gældende i det tilfælde, hvor der er tale om en afgørelse, som medlemsstaten ikke formelt var adressat for: Som medlem af Rådet, der er ophavsmand til denne afgørelse, havde medlemsstaten nødvendigvis kendskab til denne, og den var følgelig fuldt ud i stand til at anlægge et annullationssøgsmål (dom af 27.3.2019, Kommissionen mod Tyskland, C-620/16, EU:C:2019:256, præmis 90).

<sup>89</sup> – Jeg gør i denne henseende opmærksom på, at ulovlighedsindsigelsen før Lissabontraktatens ikrafttræden i henhold til traktaterne var begrænset til forordningerne (jf. EØF-traktatens artikel 184, siden artikel 244 TEF og nu artikel 277 TEUF). Retspraksis åbnede imidlertid hurtigt for denne mulighed for andre akter fra institutionerne, som uden formelt at være en forordning »har tilsvarende retsvirkninger«, selv om de ikke er »retsakter med forordningskarakter i snæver betydning« (dom af 6.3.1979, Simmenthal mod Kommissionen, 92/78, EU:C:1979:53, præmis 35 ff.).

<sup>90</sup> – Dom af 31.5.2001, Sadam Zuccherifici m.fl. mod Rådet (C-41/99 P, EU:C:2001:302, præmis 24).

en privatperson<sup>91</sup>. I sager om anfægtelse af valg eller udpegning af medlemmer til det lokale personaleudvalg i Luxembourg<sup>92</sup> eller Rådets afvisning af en ansøgning<sup>93</sup> har Retten ganske vist foretaget en indirekte kontrol. Det drejede sig i begge sager om almenlydige retsakter, som havde dannet grundlag for vedtagelsen af de anfægtede retsakter (det lokale personaleudvalg i Luxembourgs vedtægter<sup>94</sup> henholdsvis en indkaldelse af ansøgninger til en ledig stilling)<sup>95</sup>.

119. Ifølge Rettens praksis kan en ulovlighedsindsigelse, der er rejst indirekte i medfør af artikel 277 TEUF i forbindelse med anfægtelsen i hovedsagen af en anden akts lovlighed, således kun antages til realitetsbehandling, når der består en forbindelse mellem denne akt og den regel, hvis formodede ulovlighed gøres gældende; den almindelige akt, hvis ulovlighed påberåbes, skal kunne finde direkte eller indirekte anvendelse på den sag, som er genstand for søgsmålet, og der skal bestå en direkte retlig forbindelse mellem den anfægtede individuelle afgørelse og den omhandlede almindelige akt<sup>96</sup>.

120. Er det muligt at antage, at udnævnelsesafgørelsen har en dobbelt karakter, nemlig en individuel akt (vedrørende navngivne personer) og en almenlydig retsakt (på grund af de retsvirkninger, den har for EU-borgerne), sådan som Kommissionen og HG har gjort gældende i retsmødet?

121. Ganske vist har Domstolen allerede medgivet, at en retsakt udstedt af Rådet kan have en dobbelt karakter og både udgøre en almenlydig retsakt, for så vidt som den er rettet til en kategori af adressater, der er defineret på almen og abstrakt måde (f.eks. en retsakt, der forbyder at stille pengemidler og økonomiske ressourcer til rådighed for personer og enheder, hvis navne er opført på listerne, der indgår i bilagene til de pågældende retsakter), og en række individuelle afgørelser (i forhold til disse personer og enheder)<sup>97</sup>. Denne type retsakt svarer faktisk til definitionen af en almenlydig retsakt, for så vidt som i) den har retsvirkninger for generelt og abstrakt fastlagte personkategorier, ii) den finder direkte eller indirekte anvendelse på den sag, som er genstand for søgsmålet, og iii) den har en direkte retlig forbindelse med den individuelle anfægtede afgørelse.

122. Jeg mener dog ikke, at dette er tilfældet for så vidt angår udnævnelsesafgørelsen.

123. For det første kan man ikke på generisk måde karakterisere afgørelsen om udnævnelse af en dommer som en retsakt, der kan finde anvendelse på det tilfælde, som er genstand for et søgsmål. For det andet har udnævnelsesafgørelsen ingen direkte (eller indirekte) retlig forbindelse med de individuelle afgørelser, som sagsøgerne har anfægtet for Personaleretten (for Simpson-sagens vedkommende Rådets afgørelse om afslag på indplacering i lønklasse AD 9 og for HG-sagens vedkommende trepartsansættelsesmyndighedens afgørelse om at pålægge ham en disciplinær sanktion og at pålægge ham at betale erstatning til Kommissionen for det lidte tab). For det

<sup>91</sup> – Domstolens dom af 24.9.1987, *Acciaierie e Ferriere di Porto Nogaro mod Kommissionen* (340/85, EU:C:1987:384, præmis 5). Domstolen påpegede, at »[d]et fremgår af Domstolens faste praksis, at en sagsøger ikke under en annullationssag til prøvelse af en individuel beslutning kan påberåbe sig ulovligheden af andre individuelle beslutninger, som er rettet til sagsøgeren, og som er blevet endelige«.

<sup>92</sup> – Dom af 22.4.2004, *Schintgen mod Kommissionen* (T-343/02, EU:T:2004:111).

<sup>93</sup> – Dom af 23.3.2004, *Theodorakis mod Rådet* (T-310/02, EU:T:2004:90).

<sup>94</sup> – Dom af 22.4.2004, *Schintgen mod Kommissionen* (T-343/02, EU:T:2004:111, præmis 25).

<sup>95</sup> – Rettens dom af 23.3.2004, *Theodorakis mod Rådet* (T-310/02, EU:T:2004:90, præmis 48 og 49).

<sup>96</sup> – Dom af 30.4.2019, *Wattiau mod Parlamentet* (T-737/17, EU:T:2019:273, præmis 56 og den deri nævnte retspraksis). I denne retspraksis anvendes de principper, som Domstolen allerede havde udledt i dom af 13.7.1966, *Italien mod Rådet og Kommissionen* (32/65, EU:C:1966:42, s. 594).

<sup>97</sup> – Domstolens dom af 23.4.2013, *Gbagbo m.fl. mod Rådet* (C-478/11 P – C-482/11 P, EU:C:2013:258, præmis 56).

trede er de individuelle retsakter, der her er blevet anfægtet for Retten, ikke individuelle afgørelser, som er genstand for et søgsmål, men domme, som er genstand for appeller. For det fjerde er udnævnelsesafgørelsen ikke rettet til »generelt og abstrakt fastlagte personkategorier«, og ej heller kan samtlige EU-borgere, som falder ind under Personalerettens kompetence, anses for at udgøre en sådan personkategori, som er »fastlagt« ved udnævnelsesafgørelsen. Det forhold, at denne afgørelse blev offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende*, kan ikke ændre dens retlige karakter. Kommissionens afgørelser om statsstøtte offentliggøres således eksempelvis ligeledes i *Den Europæiske Unions Tidende*, uden at det dermed betyder, at de udgør almengyldige retsakter.

124. Udnævnelsesafgørelsen kan derfor efter min opfattelse ikke anses for at være en almengyldig retsakt, der kan være genstand for en indirekte legalitetskontrol på grundlag af artikel 277 TEUF.

125. Dette betyder dog ikke, at en sagsøger ikke kan anmode om at få prøvet en hævdet ulovlighed i forbindelse med udnævnelsen af et medlem af dommerkollegium, hvortil sagsøgerens sag er blevet henvist. Når en sag falder ind under EU-rettens anvendelsesområde, kan sagsøgeren gøre de rettigheder gældende, som chartret sikrer, navnlig chartrets artikel 47. I dette perspektiv er der ikke tale om en »indirekte kontrol« i snæver forstand. Der er ikke tale om at kontrollere udnævnelsesafgørelsen, men snarere om at undersøge, om der er sket en tilsidesættelse af retten til adgang til en domstol oprettet ved lov, fordi en dommer, hvis udnævnelsesprocedure er behæftet med en ulovlighed, sidder i dommerkollegiet.

#### *Rettens ræsonnement vedrørende dette punkt i FV-dommen*

126. For at undersøge lovligheden af udnævnelsen af dommerne i FV-sagen og ligeledes i dommene under fornyet prøvelse støttede Retten sig på dom af 1. juli 2008, Chronopost og La Poste mod UFEX m.fl.<sup>98</sup>.

127. Den fastslog således, at »når der fremføres en indsigelse mod lovligheden af sammensætningen af den retsinstans, som har afgjort sagen i første instans, som ikke umiddelbart fremstår som grundløs, [skal appelinstanten] undersøge, om denne er retmæssig. Et anbringende om retsstridig sammensætning af dommerkollegiet udgør nemlig en ufravigelig procesforudsætning, som skal efterprøves ex officio, selv i det tilfælde, hvor denne retsstridighed ikke blev påberåbt i første instans (jf. i denne retning [Chronopost-dommen], præmis 44-50)«<sup>99</sup>.

128. Efter min opfattelse er anvendelsen af denne retspraksis i dommene under fornyet prøvelse fejlagtig, fordi den underkender rækkevidden af Chronopost-dommen og formodningen om, at EU-institutionernes retsakter er lovlige.

129. I denne sag var Rettens oprindelige dom blevet ophævet af Domstolen, som havde hjemvist sagen til Retten. Retten betroede imidlertid sagen til *et dommerkollegium, hvis refererende dommer var den samme dommer, som havde ført pennen, da den appellerede oprindelige dom blev skrevet*. Parterne havde derefter udtrykt tvivl med hensyn til lovligheden af sagen for Retten. Inden for rammerne af den (nye) senere appel forkastede Domstolen disse argumenter om sagens realitet<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> – C-341/06 P og C-342/06 P, herefter »Chronopost-dommen«, EU:C:2008:375.

<sup>99</sup> – FV-dommen, præmis 66. Jf. ligeledes dom af 19.7.2018, Simpson mod Rådet (T-646/16 P, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:493, præmis 38), og af 19.7.2018, HG mod Kommissionen (T-693/16 P, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:492, præmis 39).

<sup>100</sup> – Chronopost-dommen, præmis 60.

130. Inden Domstolen foretog denne undersøgelse, fastslog den, at »[...] enhver domstol er forpligtet til at prøve, om den i kraft af sin sammensætning udgør en sådan uafhængig og upartisk domstol, når der gøres en indsigelse mod dens sammensætning, som ikke umiddelbart fremstår som grundløs. Denne prøvelse er nødvendig for, at domstolene i et demokratisk samfund kan indgyde den nødvendige tillid hos borgerne [...]. Det følger af det ovenstående, at hvis der under en appelsag fremsættes en indsigelse på dette punkt, der – som tilfældet er i den foreliggende sag – ikke umiddelbart fremstår som grundløs, skal Domstolen undersøge, om sammensætningen af dommerkollegiet ved Retten, der afsagde den anfægtede dom, var retmæssig«<sup>101</sup>.

131. Fremgangsmåden i Chronopost-dommen er nemlig baseret på *retten til en retfærdig rettergang*. Indholdet af denne ret som defineret i Chronopost-dommen svarer til ordlyden af EMRK's artikel 6, stk. 1, og chartrets artikel 47, stk. 2: »[...] enhver skal være berettiget til en retfærdig og offentlig rettergang inden en rimelig tid for en ved lov oprettet uafhængig og upartisk domstol«<sup>102</sup>.

132. I forbindelse med dommene under fornyet prøvelse og FV-dommen undersøgte Retten lovligheden af det dommerkollegium ved Personaleretten, som afsagde disse domme, i lyset af en eventuel ulovlighed, som proceduren for udnævnelse af Personalerettens dommere var behæftet med, for så vidt angik betingelsen om en domstol *oprettet ved lov*<sup>103</sup>.

133. Ved læsningen af Chronopost-dommen fremgår det imidlertid, at enhver domstols forpligtelse til af egen drift, som en ufravigelig procesforudsætning, at undersøge sin sammensætnings lovlighed, »når der gøres en indsigelse mod dens sammensætning, som ikke umiddelbart fremstår som grundløs«, knytter sig til aspekterne *uafhængighed* og *upartiskhed*<sup>104</sup>. Når en af Unionens retsinstanser hjemviser en sag til et givet dommerkollegium med en given refererende dommer<sup>105</sup>, påhviler det den således – henset til dette dommerkollegiums sammensætning på den ene side og den omhandlede sags særlige træk på den anden side – at kontrollere, at der ikke kan opstå rimelig tvivl om uafhængighed og upartiskhed hos dem, som skal træffe afgørelse i den pågældende sag.

134. Det aspekt af retten til en retfærdig rettergang, som svarer til retten til adgang til en domstol *oprettet ved lov*, som nævnes af Domstolen i Chronopost-dommens præmis 45, er ikke nævnt i denne doms præmis 46 ff. Jeg tror ikke, at Store Afdeling formulerede sit ræsonnement således, fordi den var uopmærksom eller utilsigtet.

135. Præmis 45 gentager blot den fuldstændige ordlyd af den rettighed, der er fastsat i EMRK's artikel 6, stk. 1, og i chartrets artikel 47. Herefter efterprøves i præmis 46, 47 og 48 det vigtige spørgsmål om *ex officio*-kontrollen af *uafhængigheden* og *upartiskheden* hos det dommerkollegium, som skal træffe afgørelse i en given tvist. Spørgsmålet om, hvorvidt en domstol faktisk er »oprettet ved lov«, undersøges ikke yderligere. Hvis dette spørgsmål er relevant, kan det naturligvis rejses – som i FV-sagen – af en part, som nærer tvivl herom.

<sup>101</sup> – Chronopost-dommen, præmis 46 og 47.

<sup>102</sup> – Chronopost-dommen, præmis 45.

<sup>103</sup> – FV-dommen, præmis 72-76. Retten knytter sluttelig i denne dom sine konstateringer sammen med borgernes og offentlighedens tillid til domstolens uafhængighed og upartiskhed i abstrakt forstand (præmis 78). Ingen har antydnet, at der var nogen som helst grund til at antage, at det pågældende dommerkollegiums uafhængighed eller upartiskhed i denne sag gav anledning til den mindste tvivl. Det samme gælder for de sager, der i øjeblikket er under fornyet prøvelse (jf. punkt 44 i nærværende forslag til afgørelse).

<sup>104</sup> – Chronopost-dommen, præmis 46-48.

<sup>105</sup> – Eller i givet fald en given generaladvokat. Domstolen undlader således eksempelvis at henvise en sag, som vedrører betingelserne for en europæisk arrestordre, til den generaladvokat, som den udstedende medlemsstat har foreslået, eller til den, som den fuldbyrdende medlemsstat har foreslået.

136. Det forekommer mig derfor, at FV-dommen og som følge deraf dommene under fornyet prøvelse har overskredet rækkevidden af Chronopost-dommen, idet de støttede sig på Chronopost-dommen med henblik på i lyset af garantien for retten til en domstol oprettet ved lov at kontrollere lovligheden af udnævnelsen af dommerne til dommerkollegiet i første instans.

#### *Muligheden for at kontrollere lovligheden af udnævnelsen af en dommer*

137. Rådets retsakt om udnævnelsen af dommerne ved Personaleretten er en retsakt udstedt af en EU-institution på grundlag af artikel 257, stk. 4, TEUF. Ifølge fast retspraksis er der nemlig i princippet en formodning om, at disse retsakter er lovlige og afføder retsvirkninger, så længe de ikke er blevet trukket tilbage, annulleret under et annullationssøgsmål eller erklæret ugyldige som følge af en præjudiciel forelæggelse eller en ulovlighedsindsigelse<sup>106</sup>.

138. Retten begik følgelig en fejl, da den overførte det kriterium, der vedrører kontrollen ex officio af domstolenes uafhængighed og upartiskhed («når der gøres en indsigelse mod dens sammensætning, som ikke umiddelbart fremstår som grundløs»<sup>107</sup>), på undersøgelsen af spørgsmålet, om udnævnelsen af en dommer ved en retsakt udstedt af Rådet, som er omfattet af formodningen om, at den er lovlig, var behæftet med en ulovlighed eller ej. Denne formodning om lovlighed afspejler efter min opfattelse ligeledes retssikkerhedsprincippet, som skal sikre forudsigelighed i forbindelse med de situationer og retsforhold, der henhører under EU-retten<sup>108</sup>.

139. I mangel af omstændigheder, som prima facie synes at undergrave udnævnelsesafgørelsens gyldighed, er en domstol derfor ikke selv forpligtet til at undersøge et sådant spørgsmål på eget initiativ<sup>109</sup>. Sagt endnu tydeligere: I forbindelse med Unionens retsinstanser er den retsinstans, ved hvilken dommeren skal virke, efter det højtidelige retsmøde ved Domstolen, hvori hver ny dommer aflægger ed, *ikke* forpligtet til ex officio at finkæmme hele den procedure, som har ført til udnævnelsen af dommeren, herunder ræsonnementet punkt for punkt i udnævnelsesafgørelsen, for at sikre sig gyldigheden heraf.

140. En part i en tvist kan naturligvis anfægte gyldigheden af udnævnelsen af en dommer i dommerkollegiet, der skal behandle dennes sag, som det var tilfældet i FV-sagen. Denne indsigelse skal rejses, så snart denne part bliver opmærksom på, at de forudsætninger, der er nødvendige herfor, er opfyldt, dvs. i) den (hævdede) ulovlighed, som udnævnelsesproceduren er behæftet med, og ii) det forhold, at den dommer (eller de dommere), der er berørt af denne hævdede ulovlighed, indgår i det dommerkollegium, der skal behandle dennes sag. Normalt skal indsigelsen rejses for den omhandlede domstol. Det er derfor en sådan indsigelse skal rejses hurtigst muligt og ikke blot, hvis afgørelsen i første instans går den pågældende imod. I visse tilfælde kan det imidlertid være begrundet (inden for de frister for at iværksætte appel, som er fastsat i loven) først at rejse dette problem for appelretten (f.eks. når det først er blevet opdaget, efter at afgørelsen i første instans er blevet truffet). Jo længere tid efter datoen for udnævnelsen af dommeren en sådan indsigelse gøres, jo større er chancerne imidlertid for, at retssikkerhedsprincippet vejer tungere end princippet om retten til adgang til en domstol oprettet ved lov ved den afvejning, som den pågældende domstol skal foretage. *Medmindre* den

<sup>106</sup> – Domstolens dom af 6.10.2015, Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis).

<sup>107</sup> – Chronopost-dommen, præmis 46.

<sup>108</sup> – Dom af 15.2.1996, Duff m.fl. (C-63/93, EU:C:1996:51, præmis 20).

<sup>109</sup> – Hvis en domstol er i besiddelse af oplysninger, der sår tvivl om gyldigheden af en sådan afgørelse, skal den derimod foretage en undersøgelse på eget initiativ uden at afvente, at en part i tvisten, som den skal behandle, rejser problemet.

omhandlede ulovlighed er tilstrækkeligt alvorlig til at blive betegnet som »flagrant violation« eller til at true selve essensen af retten til en retfærdig rettergang, er det sandsynligt, at nødvendigheden af at sikre retssikkerheden og retskraften vejer tungest.

141. I FV-dommen og følgelig i dommene under fornyet prøvelse undlod Retten ganske enkelt i sin analyse at tage hensyn til virkningen af formodningen om, at EU-retsakter er lovlige, og virkningen af retssikkerhedsprincippet og retskraftprincippet.

142. Jeg mener derfor, at Retten begik en alvorlig retlig fejl ved at kontrollere lovligheden af Personalerettens dommerkollegium i lyset af lovligheden af proceduren for udnævnelse af dommerne herved og ved derefter automatisk at ophæve de appellerede domme, uden på forhånd at tage hensyn til disse vigtige elementer.

### ***Spørgsmålet om, hvorvidt EU-rettens ensartede anvendelse eller sammenhæng påvirkes***

143. De bestemmelser, som regulerer proceduren for fornyet prøvelse, navnlig artikel 256, stk. 2, andet afsnit, TEUF, indeholder ikke nogen definition af begreberne EU-rettens »ensartede anvendelse« og »sammenhæng«. Det forekommer mig ikke desto mindre, at en *påvirkning af EU-rettens ensartede anvendelse* navnlig skal fastslås, når Retten har tilsidesat særligt vigtige EU-retlige regler eller principper, mens der snarere er tale om en *påvirkning af EU-rettens sammenhæng*, når Retten har set bort fra eksisterende praksis fra Unionens retsinstanser<sup>110</sup>.

144. Der kan ud fra de domme om fornyet prøvelse, som Domstolen indtil videre har afsagt, opstilles fire vurderingskriterier, der kan anvendes ved afgørelsen af, om EU-rettens ensartede anvendelse eller sammenhæng påvirkes: For det første kan Rettens dom danne præcedens for fremtidige sager, for det andet har Retten fraveget Domstolens faste praksis, for det tredje vedrører de fejl, som Retten har begået, et begreb, der ikke udelukkende henhører under tjenestemand retten, men finder anvendelse, uafhængigt af hvilket sagsområde der er tale om, og for det fjerde spiller de regler eller principper, som Retten har tilsidesat, en vigtig rolle i Unionens retsorden<sup>111</sup>. Disse kriterier, der kan betragtes »samlet set«<sup>112</sup>, er ikke kumulative, og det er derfor ikke nødvendigt, at alle kriterier er opfyldt, for at der kan konstateres en påvirkning af EU-rettens ensartede anvendelse eller sammenhæng<sup>113</sup>.

#### *Det første kriterium*

145. Det første kriterium for at fastslå, om EU-rettens ensartede anvendelse eller sammenhæng påvirkes, er, at Rettens dom kan danne præcedens for fremtidige sager.

146. Selv om Personaleretten ikke længere eksisterer, og selv om udnævnelsesafgørelsen var den sidste af sin art, viser udviklingen i FV-sagen, Simpson-sagen og HG-sagen klart den måde, hvorpå denne retspraksis kan danne præcedens for fremtidige sager. Den tilgang, der blev anvendt i FV-dommen, blev således gentaget i dommene under fornyet prøvelse. Selv om de andre domme, der er afsagt af det dommerkollegium, der er omhandlet i FV-dommen, så vidt jeg ved er blevet

<sup>110</sup> – På dette punkt er jeg enig med min kollega generaladvokat Kokott i hendes stillingtagen fornyet prøvelse Kommissionen mod Strack (C-579/12 RX-II, EU:C:2013:573, punkt 75).

<sup>111</sup> – Dom af 17.12.2009, fornyet prøvelse M mod EMEA (C-197/09 RX-II, EU:C:2009:804, præmis 62-65), og dom af 28.2.2013, fornyet prøvelse Arango Jaramillo m.fl. mod EIB (C-334/12 RX-II, EU:C:2013:134, præmis 50-53).

<sup>112</sup> – Dom af 17.12.2009, fornyet prøvelse M mod EMEA (C-197/09 RX-II, EU:C:2009:804, præmis 66).

<sup>113</sup> – Generaladvokat Mengozzis stillingtagen fornyet prøvelse Arango Jaramillo m.fl. mod EIB (C-334/12 RX-II, EU:C:2012:733, punkt 70).

endelige eller appelleret, uden at der er fremsat et anbringende om udnævnelsesafgørelsens ulovlighed, overskrider den præcedens, der er skabt med disse sager, rammen for denne bestemte tvist. Den udvidende fortolkning, der blev givet af Chronopost-dommen, i den retning, at et dommerkollegiets lovlighed kan kontrolleres indirekte, såvel som den fuldstændige tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet for så vidt angår de konsekvenser, der må drages af en eventuel ulovlighed, som proceduren for udnævnelse af en dommer er behæftet med, forekommer mig at kunne fordreje den korrekte analyse af begrebet »domstol oprettet ved lov« i fremtidige sager, hvad enten denne analyse foretages fra et common law præcedensperspektiv eller ifølge den civile tradition ved at anvende tidligere afgjorte sager som fortolkningsværktøj.

147. Endvidere kan konsekvenserne af dommene under fornyet prøvelse og FV-dommen for sådanne sager brede sig næsten i det uendelige. Jeg gør her opmærksom på, at der allerede verserer en appelsag for Domstolen om lovligheden af sammensætningen af en af Rettens afdelinger, hvori der sad en af de dommere, der blev udnævnt ved Personaleretten ved udnævnelsesafgørelsen<sup>114</sup>. I øvrigt bemærker jeg, at disse konsekvenser overskrider Den Europæiske Unions geografiske grænser. Det synes, at appellanten i Ástráðsson-sagen påberåbte sig FV-dommen for de islandske retsinstanser til støtte for sit argument om, at domme afsagt af en dommer, hvis udnævnelse ikke er i overensstemmelse med den retlige ramme, bør ophæves<sup>115</sup>.

#### *Det andet, det tredje og det fjerde kriterium*

148. I dommene under fornyet prøvelse undlod Retten for det første at tage hensyn til virkningen af den ulovlighed, der påvirkede udnævnelsesproceduren, for retten til en retfærdig rettergang forstået som ret til adgang til en »domstol oprettet ved lov« og de konsekvenser, der bør drages deraf, navnlig henset til retssikkerhedsprincippet, og for det andet til rækkevidden af formodningen om, at EU-retsakter er lovlige, og af retssikkerhedsprincippet og virkningen heraf for muligheden for at kontrollere udnævnelsen af en dommer i forbindelse med en procedure, som ikke vedrører udnævnelsesafgørelsens gyldighed.

149. Betydningen af disse regler i Unionens retsorden er indlysende og har været genstand for en indgående undersøgelse ovenfor. Selv om de sager, som Retten behandlede, og de spørgsmål, som blev rejst, var af hidtil uset art, og selv om der ikke fandtes en fast retspraksis fra Domstolen vedrørende kontrollen med lovligheden af udnævnelsen af dommerne ved Personaleretten, var Retten ikke desto mindre forpligtet til at overholde Domstolens faste praksis, som jeg har redegjort for ovenfor i nærværende forslag til afgørelse vedrørende disse rettigheder og principper. Det står endvidere klart, at disse regler, rettigheder og principper ikke udelukkende falder ind under tjenestemand retten, men finder anvendelse uafhængigt af sagens genstand på ethvert retsforhold inden for EU-retten, eftersom de er af en grundlæggende og tværgående karakter.

150. Det følger af det ovenstående, at Retten på grund af de fejl, den begik i forbindelse med appelsagerne, som den skulle behandle, og de konsekvenser, den drog af fejlene med hensyn til disse appelsagers udfald, tilsidesatte Domstolens faste praksis og regler, der har en væsentlig betydning for EU's retsorden, og som finder anvendelse, uanset sagens genstand.

<sup>114</sup> – Sagen Crocs mod EUIPO og Gifi Diffusion (sag C-320/18 P).

<sup>115</sup> – Ástráðsson-dommen, § 42.



151. Af de grunde, som jeg har redegjort for, mener jeg, at alle kriterierne ifølge Domstolens praksis er opfyldt, og jeg foreslår, at Domstolen fastslår, at dommene under fornyet prøvelse påvirker EU-rettens ensartede anvendelse og sammenhæng.

### *Den fornyede prøvelses virkninger*

152. Artikel 62b, stk. 1, i statuten for Domstolen bestemmer, at såfremt Domstolen fastslår, at Rettens afgørelse påvirker EU-rettens ensartede anvendelse eller sammenhæng, hjemviser den sagen til Retten, som er bundet af de afgørelser om retsspørgsmål, der er indeholdt i Domstolens afgørelse. Domstolen kan ved hjemvisning af sagen desuden angive, hvilke virkninger af Rettens afgørelse der skal betragtes som endelige for parterne i sagen. Domstolen kan undtagelsesvis selv afgøre sagen endeligt, hvis afgørelsen af retstvisten under hensyn til udfaldet af den fornyede prøvelse følger af de faktiske omstændigheder, som Rettens afgørelse støttes på.

153. Det følger heraf, at Domstolen ikke blot kan fastslå, at der foreligger en påvirkning af EU-rettens ensartede anvendelse eller sammenhæng, uden deraf at drage de konsekvenser for de to omhandlede tvister i det foreliggende tilfælde<sup>116</sup>.

### *Virkningerne af den fornyede prøvelse for Simpson-dommen*

154. Ved Simpson-dommen ophævede Retten Personalerettens kendelse i sin helhed på grund af tilsidesættelse af »princippet om en domstol oprettet ved lov« uden derudover at undersøge de af appellanten fremsatte anbringender og hjemviste sagen til en anden af Rettens afdelinger end den, som traf afgørelse vedrørende appellen, for at denne anden afdeling kunne træffe afgørelse i første instans vedrørende søgsmålet<sup>117</sup>.

155. Den direkte konsekvens af de fejl, som Retten begik, er, at Simpson-dommen bør ophæves i sin helhed, og sagen hjemvises til Retten, således at denne i sin egenskab af *appellinstans* kan træffe afgørelse om de to anbringender, som appellanten har fremsat.

### *Virkningerne af den fornyede prøvelse for HG-dommen*

156. Med HG-dommen ophævede Retten den appellerede dom i sin helhed på grund af tilsidesættelse af »princippet om en domstol oprettet ved lov« uden derudover at undersøge de af appellanten fremsatte anbringender og hjemviste sagen til en anden af Rettens afdelinger end den, som traf afgørelse vedrørende appellen, for at denne anden afdeling kunne træffe afgørelse i første instans vedrørende søgsmålet<sup>118</sup>.

157. Denne dom bør ligeledes ophæves i sin helhed, og sagen hjemvises til Retten, således at denne i sin egenskab af *appellinstans* kan træffe afgørelse om de fire anbringender, som appellanten har fremsat.

<sup>116</sup> – Dom af 10.9.2015, fornyet prøvelse Missir Mamachi di Lusignano mod Kommissionen (C-417/14 RX-II, EU:C:2015:588, præmis 60 og den deri nævnte retspraksis).

<sup>117</sup> – Denne sag verserer i dag for Retten. Jf. sagen Simpson mod Kommissionen (T-441/18 RENV) (udsat).

<sup>118</sup> – Denne sag verserer i øjeblikket for Retten. Jf. sagen HG mod Kommissionen (T-440/18 RENV) (udsat).

### *Virkningerne af den fornyede prøvelse for FV-dommen*

158. FV-dommen, som ikke har været underkastet fornyet prøvelse af de processuelle årsager, som jeg har gennemgået ovenfor i punkt 36, danner grundlag for dommene under fornyet prøvelse og udgør følgelig udgangspunktet for min analyse. Eftersom den ikke har været genstand for fornyet prøvelse, er denne dom fra Retten blevet endelig.

159. Det følger af min analyse, at FV-dommen er behæftet med flere fejl, som kan påvirke EU-rettens ensartede anvendelse og sammenhæng. Denne risiko er nu ikke teoretisk. Denne påvirkning konkretiserede sig, da Retten afsagde dommene under fornyet prøvelse i tråd med sin praksis i FV-dommen. På dette trin er det efter min opfattelse umuligt, at nærværende fornyede prøvelse får konsekvenser for det videre forløb i FV-sagen: I denne sag forbereder Retten sig på at træffe afgørelse om appellants påstande i første instans (verserende sag T-27/18 RENV). Hvis Domstolen er enig i den analyse, som jeg har redegjort for i nærværende forslag til afgørelse, er det imidlertid efter min opfattelse væsentligt at fremhæve, at FV-dommen er fejlagtig og ikke længere kan danne præcedens eller være et fortolkningsredskab for fremtidige sager.

### **Sagsomkostninger**

160. Det fremgår af artikel 195, stk. 6, i Domstolens procesreglement, at når den afgørelse, der er genstand for fornyet prøvelse, er truffet af Retten i medfør af artikel 256, stk. 2, TEUF, træffer Domstolen afgørelse om sagsomkostningerne.

161. Der findes imidlertid ikke særlige bestemmelser om fordeling af sagsomkostninger inden for rammerne af en fornyet prøvelse<sup>119</sup>. I betragtning af karakteren af en sådan procedure, som indledes på initiativ af førstegeneraladvokaten, er det Domstolens praksis, at de parter og øvrige berørte, der er omfattet af artikel 23 i statuten for Domstolen, som har deltaget i sagen for Domstolen, bærer deres egne omkostninger i forbindelse med denne procedure<sup>120</sup>. Domstolen kan dog altid træffe en anden beslutning alt efter sagens art og den konklusion, som den når frem til<sup>121</sup>.

162. Da de foreliggende sager er opstået på grund af en ulovlighed i udnævnelsesproceduren, som udelukkende kan tilregnes Rådet, finder jeg det velbegrundet, selv om Rådet kun er part i Simpson-sagen, at det foruden at bære sine egne omkostninger betaler de omkostninger, som Erik Simpson og HG har afholdt. Kommissionen og den bulgarske regering bør hver bære deres egne omkostninger.

<sup>119</sup> – Jf. i denne retning generaladvokat Wathelets stillingtagen fornyet prøvelse Missir Mamachi di Lusignano mod Kommissionen (C-417/14 RX-II, EU:C:2015:593, punkt 99).

<sup>120</sup> – Det er denne løsning, der blev valgt i de to første fornyede prøvelser (dom af 17.12.2009, fornyet prøvelse M mod EMEA, C-197/09 RX-II, EU:C:2009:804, præmis 73, og af 28.2.2013, fornyet prøvelse Arango Jaramillo m.fl. mod EIB, C-334/12 RX-II, EU:C:2013:134, præmis 61) og i den sidste sag om fornyet prøvelse (dom af 10.9.2015, fornyet prøvelse Missir Mamachi di Lusignano mod Kommissionen, C-417/14 RX-II, EU:C:2015:588, præmis 67).

<sup>121</sup> – Således blev Kommissionen under den tredje fornyede prøvelse (dom af 19.9.2013, fornyet prøvelse Kommissionen mod Strack, C-579/12 RX-II, EU:C:2013:570, præmis 71) dømt til at betale de omkostninger, som Guido Strack havde afholdt.

## Forslag til afgørelse

163. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen udtaler og bestemmer følgende:

- »– Dommene afsagt af Den Europæiske Unions Ret den 19. juli 2018, Simpson mod Rådet (sag T-646/16 P) og HG mod Kommissionen (sag T-693/16 P), påvirker EU-rettens ensartede anvendelse og sammenhæng.
- De nævnte domme ophæves.
- Sagerne hjemvises til Retten.
- Rådet for Den Europæiske Union betaler de af Erik Simpson og HG afholdte omkostninger i forbindelse med de fornyede prøvelser og bærer sine egne omkostninger.
- Europa-Kommissionen og den bulgarske regering bærer hver deres egne omkostninger i forbindelse med sagerne om fornyet prøvelse.«