



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

M. BOBEK

fremsat den 23. september 2020¹

Sag C-397/19

AX

mod

Statul Român – Ministerul Finanțelor Publice

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Tribunalul București (retten i første instans i Bukarest, Rumænien))

»Præjudiciel forelæggelse – tiltrædelsestraktaten for Republikken Bulgarien og Rumænien – Kommissionens beslutning 2006/928/EF om oprettelse af en mekanisme for samarbejde og kontrol (MSK) – artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder – artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU – retsstatsprincippet – dommeres uafhængighed – statens ansvar – retsombudsmands civilretlige ansvar for retslige fejl«

I. Indledning

1. Sagsøgeren blev i første instans dømt for en lovovertrædelse, men blev efterfølgende frifundet af appeldomstolen. Han har nu ved den forelæggende ret, en civilretlig retsinstans, krævet erstatning fra den rumænske stat for den skade, han angiveligt har lidt som følge af sin strafferetlige dom, herunder varetægtsfængslingen.

2. I denne forbindelse er den forelæggende ret i tvivl om, hvorvidt flere aspekter af definitionen af og proceduren for statens ifaldelse af ansvar for retslige fejl i Rumænien, som senest ændret, er forenelig retsstatsprincippet. Den foreliggende sag vedrører et erstatningssøgsmål anlagt mod den rumænske stat. Den forelæggende ret udtrykker imidlertid også tvivl om de nationale bestemmelser, der regulerer en efterfølgende fase: Hvis staten virkelig var forpligtet til at betale erstatning, er der mulighed for, at staten kan anlægge et regressøgsmål mod retsombudsmanden (dommer eller anklager). I en sådan situation ville Ministerul Finanțelor Publice (finansministeriet, Rumænien) indbringe et søgsmål for en civil domstol med henblik på at fastslå det civilretlige ansvar hos den dommer eller anklager, der har begået fejlen, såfremt den retslige fejl og den deraf forvoldte skade er begået i ond tro eller som følge af grov uagtsomhed.

3. Den foreliggende sag indgår i en række præjudicielle forelæggelser vedrørende ændringer af forskellige aspekter af det rumænske retssystem ved reformen af lovgivningen om retsvæsen og strafferet. I alle disse sager er de forelæggende retter i tvivl om, hvorvidt de nationale bestemmelser er forenelige med EU-retten, og anmoder om en afklaring af betydningen og den

¹ – Originalsprog: engelsk.

retlige værdi af den »mekanisme for samarbejde og kontrol« (herefter »MSK«), der blev oprettet ved Kommissionens beslutning 2006/928/EF². Jeg har behandlet denne gennemgående problemstilling i et andet forslag til afgørelse af dags dato i sagen Asociația »Forumul Judecătorilor Din România« m.fl., Asociația »Forumul Judecătorilor Din România« og Asociația Mișcarea Pentru Apărarea Statutului Procurorilor, PJ og i sagen SO og Asociația »Forumul Judecătorilor din România« m.fl.³.

4. I dette forslag til afgørelse vil jeg derfor koncentrere mig om fortolkningen af artikel 47, andet afsnit, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«) og artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU, i forhold til de nationale bestemmelser om statens ansvar og dommeres civilretlige ansvar for retslige fejl samt disse bestemmelsernes forenelighed med princippet om dommeres uafhængighed, der følger af disse bestemmelser.

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

5. De relevante EU-retlige bestemmelser er gengivet i punkt 5-12 i mit forslag til afgørelse i sagen Asociația »Forumul Judecătorilor din România« m.fl.

B. Rumænsk ret

6. Det følger af artikel 1381 i Codul civil (den rumænske borgerlige lovbog), at enhver skade giver ret til erstatning.

7. Det følger af artikel 539, stk. 1, i Codul de procedură penală (den rumænske strafferetsplejelov), at en person, der uberettiget bliver frihedsberøvet, har ret til erstatning. I henhold samme lovs artikel 539, stk. 2, skal det fastslås, at der alt efter omstændighederne skal træffes afgørelse om, at der er sket uberettiget frihedsberøvelse ved en kendelse fra anklageren, ved en endelig kendelse afsagt af en dommer med ansvar for sager om rettigheder og frihedsrettigheder eller af en dommer i et indledende retsmøde eller ved endelig kendelse eller dom afsagt af den domstol, der behandler sagen.

8. Artikel 541 i strafferetsplejeloven lyder som følger:

»1. Et erstatningssøgsmål kan anlægges af den person, der er berettiget hertil i henhold til artikel 538 og 539, og efter dennes død kan et sådan søgsmål indledes eller anlægges af personer, som afdøde ved sin død havde forsørgerpligt over for.

2. Søgsmålet kan anlægges indtil seks måneder efter den dato, hvor rettens afgørelse, anklagerens kendelse eller de retslige myndigheders kendelse om, at der er begået en retslig fejl eller sket uberettiget frihedsberøvelse, er blevet endelig.

² – Beslutning af 13.12.2006 om oprettelse af en mekanisme for samarbejde og kontrol vedrørende Rumæniens fremskridt med opfyldelsen af konkrete benchmarks på områderne retsreform og bekæmpelse af korruption (EUT 2006, L 354, s. 56) (herefter »MSK-beslutningen«).

³ – Forslag til afgørelse af 23.9.2020 i de forenede sager C-83/19, C-127/19 og C-195/19, i C-291/19 og i C-355/19 (EU:C:2020:746) (herefter »Asociația »Forumul Judecătorilor Din România« m.fl.«, i henvisninger forkortet »forslaget til afgørelse i AFJR-sagen«).

3. For at få erstatning for den lidte skade kan den erstatningsberettigede anlægge civilt søgsmål mod staten ved Tribunalul (retten i første instans) i den retskreds, hvor vedkommende er bosiddende, og erstatningskravet skal forkyndes for staten gennem finansministeriet.

...«

9. Reglerne om dommeres civilretlige ansvar var oprindeligt fastsat i Legea nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor (lov nr. 303/2004 om statuten for dommere og anklagere) og blev ændret ved Legea nr. 242/2018 pentru modificarea și completarea Legii nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor (lov nr. 242/2018 om ændring og udfyldning af lov nr. 303/2004 om statuten for dommere og anklagere)⁴.

10. Artikel 96 i lov nr. 303/2004, som ændret ved lov nr. 242/2018, lyder som følger:

»1. Staten anvender sin egen formue til dækning af skade som følge af retslige fejl.

2. Statens ansvar er fastsat ved lov og træder ikke i stedet for det ansvar, der påhviler dommere og anklagere, som har udøvet deres embede i ond tro eller udvist grov uagtsomhed som omhandlet i artikel 99¹, selv om de ikke længere beklæder dette embede.

3. En retslig fejl foreligger, hvis:

a) gennemførelsen af processuelle handlinger i forbindelse med en retssag åbenlyst tilsidesætter materielle og procesuelle bestemmelser, og dette i alvorlig grad krænker den enkeltes rettigheder, frihedsrettigheder eller legitime interesser, og dermed forvolder skade, som det ikke har været muligt at afhjælpe ved en ordinær eller ekstraordinær appel

b) der er blevet afsagt en endelig afgørelse, som åbenlyst er i strid med loven eller den faktiske situation, således som den fremgår af det bevismateriale, der er indsamlet i sagen, og som i alvorlig grad krænker den enkeltes rettigheder, frihedsrettigheder eller legitime interesser, og dermed forvolder skade, som det ikke har været muligt at afhjælpe ved en ordinær eller ekstraordinær appel.

4. Særlige tilfælde af retslige fejl kan fastlægges i henhold til civillovbogen, strafferetsplejeloven og andre særlove.

5. Med henblik på at blive tilkendt erstatning for lidt skade har skadelidte alene søgsmålskompetence i forhold til staten, repræsenteret ved finansministeriet. Retten i den retskreds, hvor sagsøgerens bopæl befinder sig, har kompetence til at træffe afgørelse i civile søgsmål.

6. Staten betaler de skyldige erstatningsbeløb senest et år efter afsigelse af den endelige dom.

7. Senest to måneder efter meddelelsen om den endelige afgørelse, som blev afsagt under den i stk. 6 omhandlede retssag, skal finansministeriet henvise sagen til retsinspektoratet med henblik på at efterprøve, om den retslige fejl skyldes, at en domstol eller en offentlig anklager ved udøvelsen af deres embede har handlet i ond tro eller udvist grov uagtsomhed, i

⁴ – Monitorul Oficial al României, Part I, nr. 868 af 15.10.2018.

overensstemmelse med procedure, der er omhandlet i artikel 74¹ i lov nr. 317/2004, som er offentliggjort på ny med efterfølgende ændringer.

8. Staten, repræsenteret ved finansministeriet, skal rejse et regressøgsmål over for en dommer eller en offentlig anklager, såfremt det på baggrund af den i punkt 7 nævnte vejledende rapport fra retsinspektoratet og sin egen vurdering konstateres, at den retslige fejl skyldes, at dommeren eller den offentlige anklager har udøvet sit embede i ond tro eller udvist grov uagtsomhed. Regressøgsmålet skal anlægges senest seks måneder efter datoen for meddelelse af rapporten fra retsinspektoratet.

9. Afdelingen for civile sager ved Curtea de Apel (appeldomstolen) i den retskreds, hvor sagsøgte er bosiddende, har kompetence til at behandle og afgøre regressøgsmålet i første instans. Hvis den dommer eller anklager, der er genstand for søgsmålet, udøver sit embede ved den pågældende appeldomstol eller den anklagemyndighed, der er tilknyttet den pågældende appeldomstol, skal regressøgsmål anlægges ved en tilstødende appeldomstol efter sagsøgers valg.

10. Den afgørelse, der er truffet inden for rammerne af den i punkt 9 beskrevne procedure, kan ankes til den kompetente afdeling af Înalta Curte de Casație și Justiție (kassationsdomstolen, Rumænien).

11. Det øverste retsråd fastlægger senest seks måneder efter denne lovs ikrafttræden de betingelser, vilkår og procedurer, der gælder for dommere og anklageres lovpligtige professionelle ansvarsforsikring. Udgifterne til forsikringen dækkes fuldt ud af dommeren eller anklageren, og en manglende tegning af en forsikring formindsker, reducerer eller udelukker ikke vedkommendes civilretlige ansvar for retslige fejl forårsaget under udøvelsen af sit embede i ond tro eller ved grov uagtsomhed.«

11. Endelig definerer artikel 99¹ i lov nr. 303/2004, med ændringer, ond tro og grov uagtsomhed som følger:

»1) En dommer eller anklager anses for at have handlet i ond tro, hvis vedkommende bevist overtræder materielle eller processuelle regler og enten har til hensigt at skade en anden eller accepterer, at krænkelsen forvolder skade på en anden.

2) En dommer eller anklager udviser grov uagtsomhed, hvis vedkommende på en alvorlig, ikke-gendrivelig og uundskyldelig måde uagtsomt tilsidesætter materielle eller processuelle regler.«

III. Faktiske omstændigheder, den nationale retssag og de præjudicielle spørgsmål

12. I perioden fra den 21. januar 2015 til den 21. oktober 2015 blev sagsøgeren anholdt, varetægtsfængslet og efterfølgende sat i husarrest. Disse foranstaltninger blev iværksat og forlænget af Tribunalul București (retten i første instans i Bukarest, Rumænien), første afdeling for straffesager, og senere stadfæstet af Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest, Rumænien).

13. Ved dom af 13. juni 2017 idømte Tribunalul București (retten i første instans i Bukarest, Rumænien) sagsøgeren en betinget straf på fængsel i fire år for skatteunddragelse. Sagsøgeren blev også dømt til at betale erstatning til den civile part.

14. I ankesagen frifandt Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest, Rumænien) sagsøgeren, idet domstolen fastslog, at han ikke havde begået den lovovertrædelse, som han var dømt for i første instans. Den forelæggende ret har anført, at denne dom ikke indeholdt oplysninger om lovligheden af de forebyggende foranstaltninger, der var truffet over for sagsøgeren.

15. I en sag anlagt 3. januar 2019 ved Tribunalul București (retten i første instans i Bukarest, Rumænien), tredje afdeling for civile sager, har sagsøgeren sagsøgt den rumænske stat, repræsenteret ved Ministerul Finanțelor Publice (finansministeriet, Rumænien) (herefter »den sagsøgte«) og nedlagt påstand om, at den sagsøgte skal tilpligtes at betale 50 000 EUR i erstatning for tingsskade og 1 000 000 EUR i erstatning for ikke-økonomisk skade. Sagsøgeren har gjort gældende, at han har været udsat for en fejl begået af Tribunalul București (retten i første instans i Bukarest, Rumænien), første afdeling for straffesager, idet han uberettiget blev dømt, blev frihedsberøvet og ulovligt fik begrænset sin frihed under straffesagen.

16. Finansministeriet har på statens vegne bl.a. gjort gældende, at sagen ikke kan antages til realitetsbehandling, og at den under alle omstændigheder er grundløs, eftersom betingelserne for, at staten ifalder civilt erstatningsansvar, ikke er opfyldt. Sagsøgeren har ikke godtgjort, at de forebyggende foranstaltninger og de foranstaltninger, der begrænser hans frihed, var ulovlige.

17. Under disse omstændigheder har Tribunalul București (retten i første instans i Bukarest, Rumænien) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Skal den [MSK], der blev oprettet ved [MSK-beslutningen], anses for en retsakt udstedt af en EU-institution som omhandlet i artikel 267 TEUF, som derfor kan fortolkes af [Domstolen]?
- 2) Skal den [MSK], der blev oprettet ved [MSK-beslutningen], anses for en integrerende del af [tiltrædelsestraktaten], og skal den fortolkes og anvendes i lyset af denne traktats bestemmelser? Er kravene i de rapporter, der udarbejdes inden for rammerne af denne mekanisme, bindende for Rumænien, og er en national domstol, som inden for rammerne af sine beføjelser og sin kompetence skal anvende EU-retten, i tilfælde af et bekræftende svar forpligtet til at sikre anvendelsen af disse bestemmelser og i den foreliggende sag ex officio afvise at anvende de nationale bestemmelser, som er i strid med kravene i de rapporter, der er udarbejdet i medfør af denne mekanisme?
- 3) Skal artikel 2 [TEU], sammenholdt med artikel 4, stk. 3, [TEU], fortolkes således, at Rumæniens forpligtelse til at opfylde kravene i de rapporter, som udarbejdes inden for rammerne af [MSK], der blev oprettet ved [MSK-beslutningen], er omfattet af medlemsstatens forpligtelse til at overholde retsstatsprincippet?
- 4) Er artikel 2 [TEU], sammenholdt med artikel 4, stk. 3, [TEU], og navnlig forpligtelsen til at respektere retsstatens værdier til hinder for en national bestemmelse som den, der er omhandlet i artikel 96, stk. 3, litra a), i lov nr. 303/2004 om dommeres og anklageres status, der på kortfattet og abstrakt vis definerer »retslige fejl« som gennemførelse af processuelle handlinger, der åbenlyst er i strid med materielle og procesuelle bestemmelser, uden at specificere arten af de tilsidesatte retlige bestemmelser, den materielle og tidsmæssige udstrækning af disse inden for rammerne af processen, måden, fristerne og procedurerne for at fastslå, at der er sket en overtrædelse af retlige bestemmelser, eller det organ, der har beføjelse/kompetence til at fastslå, at der er sket en overtrædelse af retlige bestemmelser, hvilket dermed skaber mulighed for et indirekte pres på dommerne?

- 5) Er artikel 2 [TEU], sammenholdt med artikel 4, stk. 3, [TEU], og navnlig forpligtelsen til at respektere retsstatens værdier til hinder for en national bestemmelse som den, der er omhandlet i artikel 96, stk. 3, litra b), i lov nr. 303/2004 om dommeres og anklageres status, der definerer »retslige fejl« som afsigelse af en endelig afgørelse, som åbenlyst er i strid med loven eller den faktiske situation, således som den fremgår af det bevismateriale, der er indsamlet i sagen, uden at den fastlægger proceduren for fastlæggelsen af ovennævnte modstrid og uden konkret at angive, hvori retsafgørelsens modstrid med de gældende bestemmelser og den faktiske situation består, hvilket kan være til hinder for, at retsembedsmænd (dommere og anklagere) får mulighed for at fortolke loven og beviser?
- 6) Er artikel 2 [TEU], sammenholdt med artikel 4, stk. 3, [TEU], og navnlig forpligtelsen til at respektere retsstatens værdier til hinder for en national bestemmelse som den, der er omhandlet i artikel 96, stk. 3, i lov nr. 303/2004 om dommeres og anklageres status, i henhold til hvilken retsembedsmænds (dommeres eller anklageres) civilretlige ansvar over for staten alene kan fastslås på grundlag af en vurdering foretaget af staten og, hvor det er relevant, eventuelt på grundlag af en rapport udarbejdet af [retsinspektoratet], som vedrører spørgsmålet om, hvorvidt de pågældende retsembedsmænd har handlet forsætligt eller groft uagtsomt i forbindelse med den materielle fejl, uden at sidstnævnte har mulighed for fuldt ud at udøve deres ret til forsvar, med det resultat, at indledningen og afslutningen af sager om anerkendelse af retsembedsmænds ansvar over for staten er vilkårlig?
- 7) Er artikel 2 [TEU] og navnlig forpligtelsen til at respektere retsstatsprincippet til hinder for en national bestemmelse som den, der er omhandlet i artikel 539, stk. 2, sidste punktum, sammenholdt med artikel 541, stk. 2, og 3, i strafferetsplejeloven, som indirekte og på ubestemt tid giver tiltalte et ekstraordinært retsmiddel sui generis til prøvelse af en endelig retsafgørelse vedrørende lovligheden af en varetægtsfængsling i tilfælde, hvor den tiltalte frifindes i en appelsag, der alene er behandlet af en civil domstol, såfremt der – i strid med princippet om forudsigelighed, princippet om adgang til loven, princippet om retsinstansernes specialisering og retssikkerhedsprincippet – ikke blev taget stilling til varetægtsfængslingens lovlighed i straffedomstolens dom?»

18. Den forelæggende ret har i forelæggelsesafgørelsen anmodet om, at sagen behandles efter den fremskyndede procedure. Dette blev afvist ved afgørelse truffet af Domstolens præsident den 26. juni 2019. Ved afgørelse truffet af Domstolens præsident den 19. september 2019 blev det besluttet at pådømme sagen forud for andre.

19. Den polske og den rumænske regering samt Europa-Kommissionen afgav skriftlige indlæg. Der blev afholdt fælles mundtlig forhandling af sagerne C-83/19, C-127/19, C-195/19, Asociația »Forumul Judecătorilor din România« m.fl., C-291/19, SO, og C-355/19, Asociația »Forumul Judecătorilor din România« m.fl. den 20. og 21. januar 2020, hvor følgende interesserede parter afgav mundtlige indlæg: Asociația »Forumul Judecătorilor din România« (foreningen »forum for dommere i Rumænien«), Asociația »Mișcarea pentru Apărarea Statutului Procurorilor« (foreningen »bevægelse til beskyttelse af offentlige anklageres status«), det øverste retsråd, OL, Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție – Procurorul General al României (»statsanklageren«), Belgiens regering, Danmarks regering, Nederlandenes regering, Rumæniens regering og Sveriges regering samt Kommissionen. Nederlandenes regering og Rumæniens regering samt Kommissionen har afgivet mundtlige indlæg specifikt om den foreliggende sag.

IV. Stillingtagen

20. Jeg har givet et forslag til besvarelse af den forelæggende rets første, andet og tredje spørgsmål i punkt 120-172 i mit parallelle forslag til afgørelse, der er blevet fremsat i dag i sagen Asociația »Forumul Judecătorilor din România« m.fl., og kan ikke andet end henvise dertil. Jeg vil derfor ikke behandle spørgsmålet om, hvorvidt sagen kan antages til realitetsbehandling, ej heller realiteten af første, andet og tredje spørgsmål i dette forslag til afgørelse. I det følgende vil jeg koncentrere mig om det fjerde til det syvende spørgsmål, dvs. spørgsmålene om statens ansvar og dommeres civilretlige ansvar.

21. Det, der kan tilføjes specifikt om den foreliggende sag, er, at ligesom det var tilfældet med de nationale bestemmelser, der gav anledning til sagen Asociația »Forumul Judecătorilor din România« m.fl.⁵, vedrører den foreliggende sag nationale bestemmelser omfattet af bilaget til MSK-beslutningen. En ordning med statens ansvar og dommeres mulige efterfølgende civilretlige ansvar for retslige fejl befinder sig på grænsen mellem dommernes uafhængighed og ansvar. Dermed kan det i lighed med de omstændigheder, som jeg behandlede i mit forslag til afgørelse i netop de ovennævnte sager, med sikkerhed henføres under forpligtelsen til at »sikre en mere gennemsigtig og effektiv retslig proces [...]«, som anført i bilaget til MSK-beslutningen.

22. Dette forslag til afgørelse er opbygget som følger: Jeg vil først undersøge, om sagens kan antages til realitetsbehandling, og foreslå en omformulering af de præjudicielle spørgsmål (A). Hvad angår sagens realitet (B) vil jeg først redegøre for den overordnede kontekst (1), inden jeg vender mig mod, hvad der forekommer at være de anfægtede elementer i ordningen, for at undersøge disse elementers forenelighed med chartrets artikel 47, andet afsnit (2).

23. Endelig er dette forslag til afgørelse begrænset til statens ansvar og *dommeres* civilretlige ansvar. Selv om såvel den nationale lovgivning som de spørgsmål, den forelæggende ret har rejst, vedrører både *dommeres* og *anklageres* civilretlige ansvar, vedrører den foreliggende sag udelukkende retslige fejl, som kan være en følge af en domstolsafgørelse.

A. Formaliteten vedrørende de forelagte præjudicielle spørgsmål og omformuleringen heraf

1. Formaliteten

24. Den rumænske regering har i sit skriftlige indlæg anført, at ingen af de præjudicielle spørgsmål i den foreliggende sag kan antages til realitetsbehandling. I forhold til hvorvidt fjerde til sjette spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, er de EU-retlige bestemmelser (artikel 2 TEU og artikel 4, stk. 3, TEU), som den forelæggende ret har påberåbt sig, ikke relevante i forbindelse med hovedsagen. Disse bestemmelser samt chartret er kun relevante i det omfang, medlemsstaterne anvender EU-retten. Desuden rækker sjette spørgsmål, der i virkeligheden henviser til artikel 96, stk. 8, i lov nr. 303/2004, ud over hovedsagens genstand. Denne bestemmelse vedrører søgsmål, som kan udløse dommeres personlige ansvar, og som ikke er påberåbt i hovedsagen ved den forelæggende ret. Endelig indeholder syvende spørgsmål ugrundede betragtninger og rejser et hypotetisk fortolkningsspørgsmål, der ikke har nogen betydning for afgørelsen af hovedsagen.

⁵ – Jf. punkt 173-182 i forslaget til afgørelse i AFJR-sagen.

25. Kommissionen har også gjort gældende, at ingen af de præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling. Kommissionen har påpeget, at sager omfattet af artikel 96 i lov nr. 303/2004 består af to faser. Den første fase vedrører statens ansvar. Hvis staten er fundet ansvarlig i første fase, kan finansministeriet i anden fase indlede et søgsmål for at udløse den pågældende dommers personlige ansvar for den pågældende retslige fejl. Selv om man vinder et søgsmål mod staten, udløser det dog ikke automatisk en retssag mod en dommer. I lyset af disse omstændigheder har Kommissionen gjort gældende, at det første til det sjette spørgsmål ikke kan antages til realitetsbehandling, idet de EU-retlige bestemmelser, som ønskes fortolket, vedrører procedurens anden fase, mens den foreliggende sag vedrører første fase om statens ansvar. Kommissionen har følgelig gjort gældende, at den ønskede fortolkning af EU-retten savner enhver forbindelse til hovedsagens faktiske omstændigheder og genstand. Endelig har Kommissionen gjort gældende, at det syvende spørgsmål heller ikke kan antages til realitetsbehandling, fordi den forelæggende ret ikke for Domstolen har fremlagt de oplysninger, der er nødvendige for at få en brugbar besvarelse.

26. Den polske regering har udelukkende fremsat bemærkninger til det fjerde til det syvende spørgsmål. Ifølge den polske regering kan disse spørgsmål ikke antages til realitetsbehandling, da EU-retten ikke finder anvendelse på de juridiske problemer, der har givet anledning til hovedsagen. Den fortolkning af de EU-retlige bestemmelser, som den forelæggende ret har anmodet om, er ikke nødvendig for at kunne afgøre sagen. Spørgsmålene er blevet forelagt i en sag, der er af rent intern karakter og vedrører nationale bestemmelser, som en medlemsstat har vedtaget på et område, hvor staten har enekompetence. I hovedsagen har sagsøgeren ikke nedlagt påstand om erstatning i forbindelse med en krænkelse af EU-retten. EU-retten pålægger ingen forpligtelser med hensyn til erstatningssøgsmål for overtrædelse af national lovgivning.

27. Jeg forstår og deler til dels den tvivl, som især Kommissionen har givet udtryk for, nemlig om det sjette spørgsmål kan antages til realitetsbehandling. Efter en afvejning foreslår jeg imidlertid, at Domstolen fastslår, at det fjerde, det femte og det sjette spørgsmål kan antages til realitetsbehandling. Derimod kan det syvende spørgsmål ikke antages til realitetsbehandling.

28. Som jeg anførte i mit forslag til afgørelse i sagen *Asociația »Forumul Judecătorilor din România«* m.fl.⁶, vedrører argumenterne om Den Europæiske Unions manglende kompetence på det område, der vedrører statens ansvar for retslige fejl, ikke i nær så høj grad spørgsmålenes antagelighed til realitetsbehandling som Domstolens kompetence. Af de samme grunde som anført i det nævnte forslag til afgørelse, er det mit opfattelse, at disse spørgsmål henhører under Domstolens kompetence i henhold til artikel 267 TEUF⁷.

29. For det andet er jeg enig i, at den forelæggende ret ved at påberåbe sig artikel 2 TEU og artikel 4, stk. 3, TEU med henblik på at vurdere, om disse bestemmelser er til hinder for den omhandlede nationale lovgivning, ikke har påberåbt sig de relevante bestemmelser. Hvis disse bestemmelser blev erstattet af MSK-beslutningen og anvendt sammen med chartret og/eller artikel 19, stk. 1, TEU, ville det imidlertid næppe kunne hævdes, at navnlig det fjerde og det femte spørgsmål ikke er relevante for den verserende sag ved den forelæggende ret.

30. I modsætning til Kommissionens anbringender vedrører *det fjerde og det femte spørgsmål* således netop definitionen af en retslig fejl i artikel 96, stk. 3, litra a) og b), i lov nr. 303/2004 med det formål at kunne anvende definitionen i den fase af sagen, hvor det forsøges at udløse statens ansvar, hvilket netop er konteksten for retssagen ved den forelæggende ret. Det fremgår under

⁶ – Jf. punkt 78 i forslaget til afgørelse i AFJR-sagen.

⁷ – Jf. punkt 79 i forslaget til afgørelse i AFJR-sagen.

disse omstændigheder, at spørgsmålene om, hvilke konsekvenser det EU-retlige princip om dommeres uafhængighed har for vurderingen af regler for statens ansvar for retslige fejl, faktisk vedrører sagens realitet.

31. Situationen er ganske vist anderledes med hensyn til *det sjette spørgsmål*. Selv om der i dette spørgsmål henvises til artikel 96, stk. 3, i lov nr. 303/2004, vedrører spørgsmålet i virkeligheden retsbedsmænds (efterfølgende) civilretlige ansvar, der er reguleret i den pågældende lovs artikel 96, stk. 7-10. På denne måde må antagelsen om, at finansministeriet en dag – såfremt sagsøgeren vinder den verserende retssag om statens ansvar – kunne anlægge regressøgsmål mod den dommer, der angiveligt har begået en retslig fejl, forblive en hypotetisk antagelse under den verserende retssag ved den forelæggende ret.

32. I lyset af Domstolens nylige afgørelse i Miasto Łowicz-sagen kunne det også foreslås, at besvarelsen af det sjette spørgsmål ud fra konteksten af den foreliggende sag ikke er nødvendig for, at den forelæggende ret kan afsige dom⁸. Hvis flere dommere er genstand for en disciplinærsag, og de dommere, der rent faktisk indgav de specifikke anmodninger om præjudiciel afgørelse i de foreliggende sager, tilsyneladende er genstand for en indledende disciplinærsag⁹, hvilket så meget desto mere er en utilstrækkelig begrundelse for at indlede en sådan sag, efter at spørgsmålet om sagens antagelse til realitetsbehandling er blevet behandlet, vil det virkelig være vanskeligt at se, hvorledes det sjette spørgsmål nogensinde ville kunne nå det punkt, hvor det blev antaget til realitetsbehandling.

33. Jeg forstår imidlertid Domstolens udtalelse i Miasto Łowicz-sagen som et udtryk for problemet med den manglende forbindelse mellem de meget brede spørgsmål, der var forelagt, og de konkrete sager, hvori problemstillingerne blevet rejst. Det er nemlig umuligt for en retsinstans, herunder Domstolen, at foretage en abstrakt analyse af et påstået politisk misbrug af disciplinærsager med meget få oplysninger. Domstolen er ikke et internationalt rådgivende organ, som frit kan kommentere en politisk situation og anbefale god praksis. Domstolen kan træffe afgørelse vedrørende overtrædelse af konkrete regler eller principper. For at kunne dette skal der dog fremlægges konkrete argumenter, for slet ikke at tale om beviser. Dette er især tilfældet i en situation, hvor det, der i realiteten antydes, er, at bestemte regler eller en bestemt praksis fungerer anderledes end det, der er anført på skrift¹⁰.

34. Jeg ville derfor ikke læse Miasto Łowicz-sagen således, at den har givet anledning til et forbud mod, hvad der nok bedst kan benævnes »juridisk selvforsvar«, dvs. en situation, hvor en dommer, der er fanget i en bestemt sag, hvis realitet klart falder inden for EU-rettens anvendelsesområde i traditionel forstand, rejser bredere strukturelle spørgsmål vedrørende nationale procedurer eller institutioner i betragtning af, at de kan skabe problemer for vedkommendes uafhængighed¹¹. Det ville nemlig være en temmelig radikal afvigelse fra Domstolens praksis, som altid har været relativt

⁸ – Dom af 26.3.2020, Miasto Łowicz og Prokurator Generalny przez Prokuratura Krajowa (Disciplinærordning for dommere) (C-558/18 og C-563/18, EU:C:2020:234, præmis 45).

⁹ – Ibidem, præmis 20, 21 og 54.

¹⁰ – For en præsentation af de enkelte scenarier samt oplæg til, hvilke forhold der kan gøres gældende og skal fastslås i hvert enkelt tilfælde, se punkt 240-248 i forslaget til afgørelse i AFJR-sagen.

¹¹ – Som på en måde blot vedrører, hvorledes man formelt stiller et spørgsmål: i) Er en national ordning for disciplinærsager forenelig med EU's krav til dommeres uafhængighed, fordi dommer X frygter at blive truet med en disciplinærstraf, kan let omformuleres til ii) bliver sagsøger A's ret til en retfærdig rettergang i en EU-retlig sag ikke kompromitteret af, at sagen afgøres af dommer X, som selv bliver truet med en disciplinærsag, hvis ikke vedkommende træffer en bestemt afgørelse?

rummelig ved at antage sådanne generelle spørgsmål, der går ud over rammerne for den konkrete sag, til realitetsbehandling, idet de traditionelt har påberåbt sig formodningen om, at spørgsmål stillet af medlemsstaternes forbindelsespersoner er relevante¹².

35. Når der tages hensyn til disse præciseringer, foreslår jeg, at den forelæggende rets sjette spørgsmål antages til realitetsbehandling af hovedsageligt tre årsager.

36. For det første er der en indre sammenhæng. Den første fase vedrørende retssagen mod staten – herunder definitionen af retslige fejl – er indgangen til og en ufravigelig betingelse for anden fase, som drejer sig om, hvorvidt dommeren muligvis bærer et personligt ansvar. Det fremgår endvidere, at definitionen af en retslig fejl i artikel 96, stk. 3, i lov nr. 303/2004 fortsat er relevant for begge sagens faser. Det, der dernæst alene er tilføjet i den mulige anden fase, er nødvendigheden af at fastslå de subjektive omstændigheder i relation til den pågældende dommer, der indebærer enten ond tro eller grov uagtsomhed i henhold til artikel 99¹ i lov nr. 303/2004.

37. Ud over dette væsentlige overlap i det anvendte nøglebegreb forekommer de betænkeligheder, som den forelæggende ret har givet udtryk for, for det andet netop at være begrundet i forbindelsen mellem sagerne om statens ansvar og finansministeriets efterfølgende regressøgsmål mod den dommer, der er ansvarlig for den retslige fejl. Denne »automatik« eller mangel på samme mellem en sag, hvori staten findes erstatningsansvarlig, og anlæggelsen af et søgsmål mod dommeren er desuden et spørgsmål, som har været drøftet mellem parterne, og som ikke synes afklaret.

38. For det tredje er det netop denne materielle og processuelle forbindelse mellem de to faser, der udgør kernen i en samlet vurdering af sagen. I sidste ende er det nemlig først og fremmest statens mulighed for at anlægge regressøgsmål mod den enkelte dommer, der kan drøftes i lyset af en potentiel problemstilling vedrørende dommeres uafhængighed. Det er derimod ikke umiddelbart indlysende, heller ikke i lyset af Domstolens retspraksis om fortolkningen af statens ansvar (for krænkelse af EU-retten), hvorledes det strukturelle problem, om enkeltpersoner har mulighed for at påberåbe sig statens ansvar for retslige fejl, kan være en mulig trussel mod den enkelte dommers uafhængighed¹³.

39. Endelig er jeg enig med Kommissionen og den rumænske regering i, at *det syvende spørgsmål* ikke kan antages til realitetsbehandling.

40. Med det syvende spørgsmål ønskes det oplyst, om EU-retten er til hinder for en bestemmelse som strafferetsplejelovens artikel 539, stk. 2, sammenholdt med samme lovs artikel 541, stk. 2 og 3, der ifølge den forelæggende ret giver en person, der er blevet frifundet på sagens realitet, en mulighed for på ubestemt tid gennem en anke ekstraordinært at få prøvet afgørelsen om lovligheden af varetægtsfængslingen ved de civile domstole, hvis det i straffedomstolens afgørelse ikke er fastslået, at varetægtsfængslingen var ulovlig. Den forelæggende ret har antydnet, at dette er i strid med princippet om lovreglers forudsigelighed og tilgængelighed, princippet om dommeres specialisering og retssikkerhedsprincippet.

¹² – Jf. til illustration f.eks. dom af 14.3.2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, præmis 32 ff.), eller af 9.11.2017, Ispas (C-298/16, EU:C:2017:843, præmis 20 ff.).

¹³ – Domstolen – som det redegøres for i nedenstående punkt 93 vedrørende spørgsmålenes realitet – har udelukket, at det udgør en trussel mod den enkelte dommers uafhængighed, at der stilles krav om en ordning med statens ansvar for retslige fejl.

41. Anmodningen om en præjudiciel afgørelse indeholder imidlertid ingen forklaring af de konkrete grunde til, at den forelæggende ret stillede dette spørgsmål, eller hvorfor den finder spørgsmålet nødvendigt for hovedsagen. Forelæggelsesafgørelsen begrænser sig til en henvisning til strafferetsplejelovens artikel 539, stk. 2, og artikel 541, stk. 2 og 3. Uden at give nogen forklaring eller kontekst i forhold til disse bestemmelser indeholder det forelagte spørgsmål en værdiladet fortolkning af bestemmelserne. Denne fortolkning er temmelig uklar og fremgår ikke af ordlyden af de relevante nationale bestemmelser. Med dette spørgsmål er Domstolen derfor blevet anmodet om at tilslutte sig en bestemt fortolkning af national ret¹⁴ uden at få de nødvendige oplysninger om relevansen af de omhandlede bestemmelser inden for rammerne af hovedsagen.

42. Det syvende spørgsmål opfylder således ikke kravene i artikel 94 i Domstolens procesreglement.

2. Omformulering af spørgsmålene

43. Kernen i det fjerde til det sjette spørgsmål er fortolkningen af artikel 2 TEU og artikel 4, stk. 3, TEU for at få en vurdering af, om disse bestemmelser er til hinder for den anfægtede nationale lovgivning. Mens det fjerde og det femte spørgsmål vedrører de forskellige elementer i definitionen af en retslig fejl i forbindelse med en retssag om statens ansvar, vedrører det sjette spørgsmål regressøgsmaal, som finansministeriet kan anlægge ved en civil domstol for at udløse det civilretlige ansvar for den dommer, der har begået fejlen.

44. For det første skal disse spørgsmål efter min opfattelse behandles samlet. De vedrører forskellige aspekter og faser af en ordning, der i sidste ende kan medføre, at en dommer, der begår en retslig fejl, ifalder civilretligt ansvar. Sidste problemstilling er nemlig det forhold, der af tilsvarende årsager som allerede nævnt ovenfor i relation til spørgsmålet om, hvorvidt sagen kan antages til realitetsbehandling¹⁵, potentielt kan anses for at være problematisk i forhold til dommeres uafhængighed.

45. For at kunne give en hensigtsmæssig besvarelse af disse spørgsmål finder jeg det imidlertid nødvendigt at omformulere dem. I forhold til den gældende EU-ret henviser disse spørgsmål udelukkende til artikel 2 TEU og artikel 4, stk. 3, TEU. De skal efter min opfattelse forstås som en henvisning til chartrets artikel 47, andet afsnit, eventuelt sammenholdt med artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU.

46. Selv om det ikke fremgår af spørgsmålene, henviser forelæggelsesafgørelsen i bred forstand til artikel 19, stk. 1, TEU i sin begrundelse. De betænkeligheder, der ligger til grund for alle de præjudicielle spørgsmål, er i øvrigt begrundet i de konsekvenser, som en retssag om statens ansvar kan få for domstolens uafhængighed, hvis retssagen blev efterfulgt af et regressøgsmaal mod den enkelte dommer. Dette princip er nedfældet både i chartrets artikel 47 og i artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU. Begge disse bestemmelser udgør den mere konkrete juridiske henvisning, som således netop konkretiserer værdien af retsstatsprincippet, som er fastslået i artikel 2 TEU¹⁶.

¹⁴ – Jf. tilsvarende mit seneste forslag til afgørelse Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:340, punkt 36).

¹⁵ – Jf. ovennævnte punkt 35-38 i dette forslag til afgørelse.

¹⁶ – Jf. punkt 220 i forslaget til afgørelse i AFJR-sagen.

47. Hvad angår forholdet mellem chartrets artikel 47 og artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU i situationer som den foreliggende har jeg allerede detaljeret forklaret, hvorfor jeg vurderer, at det primært er chartrets artikel 47, andet afsnit, som udløses og finder anvendelse på visse dele af det rumænske retsvæsen som følge af MSK-beslutningen og tiltrædelsesakten, der er en passende målestok at bruge til bedømmelsen¹⁷. Disse betragtninger kan efter min opfattelse tillige finde anvendelse på den foreliggende sag. På de konkrete områder, der er omfattet af benchmarkene for MSK, skal Rumænien nemlig gennemføre EU-retten som omhandlet i chartrets artikel 51, stk. 1, og dermed finder chartrets artikel 47, andet afsnit, anvendelse¹⁸.

48. De forelagte spørgsmål vedrører desuden domstolenes uafhængighed »i sin helhed«. De rejser således tydeligt et gennemgående spørgsmål, som er relevant for uafhængigheden af de retsinstanser, som kan blive pålagt at træffe afgørelse om anvendelse eller fortolkning af EU-retten¹⁹. Selv om man kunne undres over, hvilken merværdi der kunne skabes i form af retsgrundlag eller analytisk skarphed ved samtidig eller endda udelukkende at påberåbe sig artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU i et tilfælde som det foreliggende²⁰, kan det ikke benægtes, at den foreliggende sag og med sikkerhed ikke mindst det fjerde og det femte spørgsmål²¹ også ville være omfattet af den pågældende bestemmelse.

49. Det skal på denne baggrund erindres, at Domstolen er forpligtet til at fortolke alle de bestemmelser i EU-retten, som de nationale domstole anmoder om en fortolkning af for at kunne afgøre verserende nationale sager, selv når disse bestemmelser ikke udtrykkeligt er anført i de præjudicielle spørgsmål²².

50. Jeg foreslår derfor, at de forelagte spørgsmål omformuleres således, at spørgsmålet lyder, hvorvidt chartrets artikel 47, andet afsnit, og artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU skal fortolkes således, at de er til hinder for nationale bestemmelser om retssager om statens ansvar for retslig fejl, herunder artikel 96, stk. 3, i lov nr. 303/2004, når der tages hensyn til definitionen af retslig fejl i forbindelse med retssager om statens ansvar og de konsekvenser, de måtte have for et efterfølgende civil søgsmål, hvori staten gør regres mod den dommer, der har begået den retslige fejl.

B. Sagens realitet

51. Jeg vil først redegøre for den juridiske kontekst, som de anfægtede nationale bestemmelser indgår i, og som aktuelt er relativt ukendte (1). Jeg vil derefter undersøge, hvad der ser ud til at være de omtvistede forhold i den nye juridiske ramme (2), nemlig den kritiserede uklarhed i definitionen af de grundlæggende elementer af en retslig fejl i forhold til statens ansvar (a), inden jeg undersøger de påståede mangler i de proceduremæssige rammer for den efterfølgende procedure for at udløse dommeres civilretlige ansvar (b).

¹⁷ – Punkt 186-225 i forslaget til afgørelse i AFJR-sagen.

¹⁸ – Jf. ovenfor, punkt 21 i dette forslag til afgørelse.

¹⁹ – Jf. i denne retning dom af 24.6.2019, Kommissionen mod Republikken Polen (Den øverste domstols uafhængighed) (C-619/18, EU:C:2019:531, præmis 51), af 19.11.2019, A.K. m.fl. (Uafhængigheden af dommere ved den øverste domstols disciplinærafdeling) (C-585/18, C-624/18 og C-625/18, EU:C:2019:982, præmis 83) og af 26.3.2020, Miasto Łowicz og Prokurator Generalny ved Prokuratura Krajowa (Disciplinærordning for dommere) (C-558/18 og C-563/18, EU:C:2020:234, præmis 34).

²⁰ – Nærmere bestemt punkt 212-225 i forslaget til afgørelse i AFJR-sagen.

²¹ – Jf. ovennævnte punkt 30 i dette forslag til afgørelse.

²² – Jf. for et nyere eksempel dom af 2.4.2020, I.N. (C-897/19 PPU, EU:C:2020:262, præmis 43).

1. Kontekst

52. Der er tale om tre elementer: den generelle lovgivningsmæssige kontekst, hvori de anfægtede ændringer blev vedtaget (a), vurderingen af ændringerne og de problemer, som forskellige internationale organer har gjort opmærksom på, og arten af disse organers anbefalinger (b) samt den manglende praktiske anvendelse af den nye procedure og ordning på nationalt plan (c).

a) Den generelle lovgivningsmæssige kontekst

53. Artikel 96 i lov nr. 303/2004, der er den nationale bestemmelse, der danner grundlag for de forelagte spørgsmål, blev ændret i 2018 ved lov nr. 242/2018.

54. Kommissionen og den rumænske regering har imidlertid forklaret i deres skriftlige indlæg, at den nuværende ordlyd af definitionen af en retslig fejl er en følge af de ændringer, der blev foretaget i det oprindelige udkast til tekst i kølvandet på to på hinanden følgende afgørelser fra Curtea Constituțională România (forfatningsdomstol, Rumænien), der fandt de tidligere udkast til den omhandlede bestemmelse forfatningsstridige²³. Den rumænske regering har præciseret, at tredje lovudkast til forskel fra de to foregående lovudkast blev godkendt af Curtea Constituțională (forfatningsdomstolen) som værende i overensstemmelse med forfatningen²⁴.

55. Ud over de nævnte ændringer i lov nr. 303/2004 ændrede lov nr. 234/2018²⁵ også lov nr. 317/2004 om Consiliul Superior al Magistraturii (det øverste retsråd, herefter »CSM«) ved at indføre en ny artikel (artikel 74¹), som fastsætter de nærmere regler for den procedure, som retsinspektoratet anvender til på finansministeriets anmodning at vurdere, om den dommer eller anklager, der har begået en retslig fejl, har handlet i ond tro eller udvist grov uagtsomhed²⁶.

56. Det fremgår af Domstolens sagsakter, at staten før ændringen i 2018 kun kunne ifalde ansvar for retslige fejl i henhold til bestemmelserne i lov nr. 303/2004, hvis der i forvejen var afsagt en endelig afgørelse om dommerens strafferetlige eller disciplinære ansvar²⁷. Det blev så forudset, at staten uden en nærmere præcisering af den kompetente myndighed eller af proceduren kunne anlægge et regressøgsmål mod dommeren ved grov uagtsomhed eller ond tro²⁸.

²³ – Curtea Constituțională (forfatningsdomstolen) afgørelse nr. 45/2018 af 30.1.2018, Monitorul Oficial al României, Part I, nr. 199 af 5.3.2018 og nr. 252/2018 af 19.4.2018, Monitorul Oficial al României, Part I, nr. 399 af 9.5.2018.

²⁴ – Afgørelse nr. 417/2018 af 19.6.2018, Monitorul Oficial al României, Part I, nr. 534 af 27.6.2018.

²⁵ – Monitorul Oficial al României, Part I, nr. 850 af 8.10.2018.

²⁶ – Bestemmelsen går i korthed ud på, at det er en kommission på tre dommere eller tre anklagere afhængig af den kontrollerede persons stilling, der på vegne af retsinspektoratet udfører kontrollen. Kontrollen skal afsluttes senest 30 dage efter forelæggelsen med mulighed for, at den øverste retsinspektør kan forlænge perioden med op til 30 dage. En sådan kontrol er også mulig, selv om den kontrollerede person ikke længere varetager stillingen som dommer eller anklager (stk. 1-3 og 6). Afhøringen af den pågældende dommer er obligatorisk, men hvis den dommer, som kontrolleres, nægter at udtale sig eller at lade sig afhøre, skal dette fremgå af referatet, og det kan ikke forhindre, at kontrollen færdiggøres. Den pågældende dommer har ret til at kende alle kontrolprocedurernes handlinger og til at fremlægge beviser til sit eget forsvar. Kontrollen afsluttes med en rapport, der skal godkendes af den øverste retsinspektør (stk. 4, 5 og 8). Endelig skal rapporten fremsendes til finansministeriet og til den pågældende dommer (stk. 7).

²⁷ – Ifølge den tidligere ordlyd af artikel 96, stk. 4, i lov nr. 303/2004 frem til ændringen som gengivet i dok. CDL-REF(2018)023, der ledsagede Venedigkommissionens udtalelse 924/2018, »kan skadelidtes ret til erstatning for tingsskade forårsaget af retslige fejl begået i andre sager end straffesager kun håndhæves, hvis der i forvejen er truffet endelig afgørelse om, at dommeren, henholdsvis anklageren, har det strafferetlige eller disciplinære ansvar for en handling begået under en retssag, såfremt det er sandsynligt, at denne handling er afgørende for, at der er sket en retslig fejl«.

²⁸ – Ifølge den tidligere ordlyd af artikel 96, stk. 7, i lov nr. 303/2004 frem til ændringen som gengivet i dok. CDL-REF(2018)023, der ledsagede Venedigkommissionens udtalelse 924/2018, »kan staten, når der er udbetalt erstatning af staten på grundlag af en uigenkaldelig afgørelse truffet i henhold til stk. 6, anlægge erstatningssag mod den dommer eller anklager, der begik den retslige fejl enten i ond tro eller som følge af grov uagtsomhed«.

57. Ved lov nr. 303/2004 blev der således foretaget to væsentlige strukturelle ændringer af den tidligere tilgang til dommers ansvar. For det første blev betingelserne for at kunne anlægge retssag om statens ansvar i tilfælde af retslige fejl ændret. Det er ikke længere en forudsætning, at der foreligger en endelig strafferetlig afgørelse eller disciplinæraftgørelse om, at der er sket en retslig fejl, for at der kan anlægges retssag om statens ansvar. Det fastslås direkte i forbindelse med sagen mod staten, at der foreligger en retslig fejl i henhold til de nyligt indførte kriterier i artikel 96, stk. 3, i lov nr. 303/2004.

58. For det andet er statens mulighed for at anlægge regressøgsmål mod den dommer, hvis afgørelse udløste statens ansvar, ikke længere overladt til statens skøn uden yderligere præcisering, således som det tilsyneladende var tilfældet tidligere. Der blev indført en ny procedure ved artikel 96, stk. 7-10, hvor finansministeriet er udpeget som den kompetente myndighed. Det pågældende ministerium *skal* inden for to måneder forelægge sagen for retsinspektoratet, som til gengæld skal vurdere, om den retslige fejl er begået af en dommer, der under udøvelse af sit embede har handlet i ond tro eller udvist grov uagtsomhed. Efter denne vejledende rapport udarbejdet på baggrund af finansministeriets egen vurdering skal finansministeriet, hvis det finder, at den retslige fejl blev begået i ond tro eller som følge af grov uagtsomhed, anlægge regressøgsmål mod dommeren i afdelingen for civile sager ved appeldomstolen i den retskreds, hvor den indstævnte dommer er bosiddende (eller naboappeldomstolen, hvis dommeren har embede ved appeldomstolen i hans egen retskreds).

59. Under retsmødet fastholdt den rumænske regering, at ændringerne i lov nr. 303/2004 havde til formål at sikre den enkelte en effektiv retsbeskyttelse. Når man ser på, hvordan proceduren var tidligere, må man virkelig undre sig over, om den enkelte borger opfattede en sådan ordning som en retfærdig og effektiv beskyttelse af vedkommendes rettigheder. Hvis jeg forstår den tidligere ordning korrekt, var det en forudsætning for, at en borger overhovedet kunne få lov til at anlægge en retssag om statens ansvar (hvilket nu er første fase), for det første, at den pågældende dommer havde fået en endelig dom i en straffe- eller disciplinærsag. Hvis ordningen virkelig var sådan, ville det være meget overraskende, hvis borgere nogensinde kunne få erstatning fra staten. At dommeren allerede skal have fået en dom, som naturligvis også omfatter, at vedkommende er dømt for subjektive elementer i form af svig og/eller grov uagtsomhed, udgør en meget høj tærskel for statens ansvar. Hvis sidstnævnte udgør en del af et samlet system for statens erstatningsansvar for fejlhandlinger under udøvelsen af offentlig myndighed, nærmer det sig et objektivi ansvar for et bestemt resultat²⁹. Det er i øvrigt ligeledes temmelig indlysende, at det er usandsynligt, at enhver borger, der angiveligt har lidt skade, og hvis adgang til retsmidler afhænger af de statslige myndigheders indgriben, skulle have mulighed for at anlægge og gennemføre et sådant søgsmål (uanset om det er en straffesag eller en disciplinærsag).

60. Det fremgår i tråd hermed ligeledes, at statens mulighed for at anlægge regressøgsmål mod en borger altid har været en del af gældende lov. Ligesom en række andre medlemsstater antager jeg imidlertid, at denne mulighed var noget, der fandtes på den nationale forfatnings støvede loft, men som man kun sjældent beskæftigede sig med og i praksis aldrig gjorde brug af. Den eneste ændring synes at være, at der til forskel fra den tidligere ordning, hvor det var muligt at indbringe et sådant søgsmål, men uden nogen form for procedure herfor, nu er blevet indført en procedure.

²⁹ – Jf. f.eks. i forhold til ansvaret for rettergangsskridt på det EU-retlige område, P. Martín Rodríguez, »State Liability for Judicial Acts in European Community Law: the Conceptual Weaknesses of the Functional Approach«, Columbia Journal of European Law, bind 11, nr. 3, 2005, s. 605-621, på s. 614 ff. Se generelt f.eks. D. Fairgrieve, »State Liability in Tort: a Comparative Law Study«, Oxford University Press, 2003 eller K. Oliphant (red.), »The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective«, Intersentia, 2016.

b) Internationale organers vurdering og deres anbefalinger

61. Selv om de ikke giver nogen konkret anbefaling herom, beskriver Kommissionens rapporter inden for rammerne af MSK de nye bestemmelser om dommeres materielle ansvar som nogle af de problematiske elementer i den ændrede lovgivning om retsvæsen og strafferet³⁰ og gengiver dermed de bekymringer, som Den Europæiske Kommission for Demokrati gennem Ret (herefter »Venedigkommissionen«) og Sammenslutningen af Stater mod Korruption (herefter »GRECO«) har givet udtryk for³¹. Bestemmelserne om dommeres og anklageres civile retlige ansvar, der blev indført ved lov nr. 242/2018, har nemlig været genstand for kritik fra Venedigkommissionen, GRECO og Europarådets Rådgivende Komité af Europæiske Dommere (herefter »CCJE«).

62. Venedigkommissionen konkluderede, at de primære krav til en tilfredsstillende definition af en retslig fejl blev opfyldt ved den nuværende ordlyd af artikel 96, stk. 3, i lov nr. 303/2004³². Kommissionen fandt det imidlertid problematisk, at CSM's plenarforsamling blev udelukket fra proceduren³³, og at hovedrollen blev givet til finansministeriet. Det skyldes, at finansministeriet er en ekstern spiller i forhold til domstolene, og at der ikke findes kriterier for den »egenvurdering«, som ministeriet kan bruge som udgangspunkt for sin beslutning sammen med rapporten om retsinspektoratet for at anlægge regressøgsmål mod dommeren. Selv om Venedigkommissionen anførte, at finansministeriet rent faktisk aktivt kan lægge sag an, da det er statskassen, der lider et tab, understregede denne også, at den alligevel ikke bør spille nogen rolle i forbindelse med vurderingen af, hvorvidt der foreligger en retslig fejl, eller af årsagerne til den retslige fejl³⁴.

63. Venedigkommissionen bemærkede også, at udelukkelsen af CSM skulle ses i sammenhæng med andre bestemmelser, som f.eks. oprettelsen af Secția pentru investigarea infracțiunilor din justiție (afdelingen for undersøgelse af overtrædelser begået ved domstolene) (herefter »SIOJ«). Venedigkommissionen fandt, at disse forskellige forhold som helhed kunne medføre et pres på dommerne og underminere domstolenes uafhængighed³⁵. Venedigkommissionen anbefalede derfor, at det ville være at foretrække, at et regressøgsmål, som kan udløse dommerens civile retlige ansvar, først finder sted, når disciplinærsagen for CSM er afsluttet³⁶.

64. I første rapport anbefalede GRECO, at de ændringer, der påvirkede dommernes ansvar for retslige fejl, »gennemgås for at sikre, at de pågældende regler er tilstrækkeligt klare og forudsigelige, og undgå, at de bliver en trussel mod domstolenes uafhængighed«³⁷. GRECO fandt i vurderingen af den endelige ordlyd af artikel 96 i lov nr. 303/2004 i opfølgingsrapporten, at denne anbefaling ikke var blevet gennemført. GRECO bemærkede, at ordningen med personligt ansvar, der blev indført ved denne bestemmelse, er tvivlsom, da den afskrækkende effekt fra den

³⁰ – Rapport fra Kommissionen til Europa-Parlamentet og Rådet om Rumæniens fremskridt som led i mekanismen for samarbejde og kontrol, COM(2018) 851 af 13.11.2018 (kommissionsrapport om MSK fra 2018), afsnit 3.1, s. 3. I denne rapport anbefalede Kommissionen »[o]mgående [at] suspendere gennemførelsen af retsplejelovene og efterfølgende nøddekreter« og »[r]evidere retsplejelovene under fuld hensyntagen til henstillingerne inden for rammerne af MSK og fra Venedigkommissionen og GRECO«.

³¹ – Arbejdsdokumentet fra Kommissionens tjenestegrene. Rumænien: Teknisk rapport til kommissionsrapport om MSK fra 2018, SWD (2018)551, s. 6.

³² – Venedigkommissionen, udtalelse nr. 924/2018 om udkast til ændring af lov nr. 303/2004 om statuten for dommere og anklagere, lov nr. 304/2004 om retssystemets organisering og lov nr. 317/2004 om det øverste retsråd, vedtaget af Kommissionen på dens 116. plenarforsamling (Venedig, 19.-20.10.2018), CDL-AD(2018)017 (herefter »Venedigkommissions udtalelse nr. 924/2018«), punkt 115.

³³ – Ibidem, punkt 116.

³⁴ – Ibidem, punkt 117.

³⁵ – Ibidem, punkt 121.

³⁶ – Ibidem, punkt 118 og 122.

³⁷ – GRECO's ad hoc-rapport om Rumænien (artikel 34), 23.3.2018, Greco-AdHocRep(2018)2 (herefter »GRECO's rapport fra 2018«), punkt 47.

udøvende magts side kan påvirke dommeres uafhængighed. Under henvisning til sin holdning om den »embedsmæssige immunitet«, som retsembedsmænd burde have, anførte GRECO, at retslige fejl helst bør behandles ved at anke sagen til en højere instans eller som en disciplinærsag i domstolsregi. Blandt de problematiske elementer, som GRECO havde bemærket, var, at regressøgsmål fra statens side er obligatoriske, at myndighederne ikke har indført yderligere garantier for, at dommere ikke risikerer at blive udsat for pres, at CSM er udelukket fra denne procedure, og at finansministeriet spiller en fremtrædende rolle ved vurderingen af, hvorvidt der foreligger en retslig fejl, og af årsagerne til den retslige fejl³⁸.

65. Endelig har CCJE i tillæg til de punkter, som Venedigkommissionen og GRECO allerede har bemærket, fremhævet, at den har godkendt, at dommere har fuld embedsmæssig immunitet. Ifølge denne komité er det kun ond tro, der kan medføre, at dommere ifalder ansvar for eventuelle retslige fejl, hvorfor grov uagtsomhed som begrundelse for materielt ansvar blev afvist på grund af de praktiske vanskeligheder ved at fortolke og anvende dette begreb³⁹. CCJE anbefalede at supplere definitionen af en retslig fejl med en utvetydig erklæring om, at dommere ikke ifalder ansvar, medmindre det er fastslået gennem en behørig proces, at de har handlet i ond tro eller udvist grov uagtsomhed.

c) Ordningens funktion (i praksis)

66. Jeg har forholdsvis detaljeret redegjort for den nationale kontekst og den internationale kontekst for at fremhæve to vigtige elementer og tilføje endnu et.

67. For det første vedrørende den nationale kontekst: Ændringerne i lov nr. 303/2004 blev netop foretaget i en periode, der samlet set forekom at være en meget vanskelig periode for de rumænske domstole⁴⁰. Medmindre en domstol ønsker at afsige en dom ud fra den tidsmæssige sammenhæng, er det dog altid nødvendigt detaljeret at undersøge, hvad der præcist er ændret og hvorfor. Hvis man fokuserer på detaljerne, er det, der træder frem, at først var det hensigten at adskille statens ansvar fra kravet om en forudgående dom over en dommer i en straffe- eller disciplinærsag. Henset til de forskellige mål og formål med de to typer retssager er dette forholdsvis forståeligt, især hvis man antager, at enkeltpersoner muligvis fra tid til anden kunne få en vis erstatning som følge af statens ansvar. Dernæst har muligheden for regressøgsmål altid eksisteret, men tilsyneladende var der tidligere ingen procedure og dermed kontrol, der kunne give en forventelig og forudsigelig ramme.

68. For det andet, hvilke problemer giver sådanne ændringer anledning til? En omhyggelig gennemgang af de værdifulde anbefalinger fra de forskellige internationale organer, der er nævnt i det foregående afsnit, viser, at de deri anførte anbefalinger er normative, fremadrettede og i denne forstand politiske. CCJE forekommer især tydeligt at have anerkendt det normative syn på, hvad de love, som medlemsstaterne står over for at vedtage på dette område, bør indeholde. I disse rapporter irettesættes en medlemsstat således hovedsageligt, fordi den vedtagne model ikke lever op til et internationalt organs håb og forventninger, sammen med en angivelse af muligheden for misbrug.

³⁸ – Opfølgingsrapport til ad hoc-rapporten om Rumænien (artikel 34), 21.6.2019, Greco-AdHocRep(2019)1 (herefter »GRECO's opfølgingsrapport fra 2019«), punkt 45-52.

³⁹ – Udtalelse fra CCJE's præsidium efter anmodning fra Foreningen af Dommere om situationen vedrørende de rumænske domstoles uafhængighed, 25.4.2019, CCJE-BU(2019)4 (herefter »CCJE's udtalelse fra 2019«), punkt 34-44.

⁴⁰ – Jf. punkt 250-256 i forslaget til afgørelse i AFJR-sagen.

69. Det er bestemt ikke for at nedtone den værdifulde bistand, som sådanne rapporter kan give en medlemsstat, der forsøger at finde passende modeller. Det er snarere for at påpege, at det er en anden form for vurdering, Domstolen skal foretage, og at denne vurdering ikke kan baseres på, at man er fortalende for *normative* visioner for en medlemsstats *fremtidige* retsorden. Domstolens vurdering kan kun baseres på *faktiske omstændigheder*, der er fastslået *efterfølgende*, eller i det mindste på rimeligt sandsynlige argumenter for, hvorledes et system virker og fungerer, og som derefter kan føre til en abstrakt, om end og alligevel tydeligt underbygget udtalelse om *retlig uforenelighed* baseret på krænkelsen af en retlig forpligtelse.

70. Det er imidlertid netop med hensyn til de nærmere detaljer om, hvad der præcist er forkert med en sådan model for statens ansvar, eventuelt efterfulgt af et regressøgsmål mod den enkelte dommer, at de citerede rapporter fra de internationale organer er bemærkelsesværdigt tynde. Det, der snarere viser sig, indfanges måske bedst af CCJE's anbefaling, der i det væsentlige anfører, at en model, der ikke tilslutter sig fuld »embedsmæssig immunitet« for alle retsembedsmænd, er problematisk. Dette er netop en tydelig angivelse af den normative vision for, hvorledes man opnår balance mellem uafhængighed og ansvar⁴¹. Det er imidlertid næppe i sig selv noget bevis for, på hvilke punkter en model, som f.eks. modellen fra den pågældende medlemsstat, for så vidt som det almindelige princip om den nationale processuelle og institutionelle autonomi ikke bliver en tom trylleformular, helt præcis er uforenelig med kravene om dommers uafhængighed.

71. Endelig skal det for det tredje bemærkes, at de anfægtede nationale bestemmelser ikke hidtil er blevet anvendt i praksis, hvilket den rumænske regering bekræftede under retsmødet. Jeg forstår, at der endnu ikke har været sager, der er fortsat til anden fase, hvor finansministeriet, efter at en borger har fået tilkendt erstatning fra staten som følge af statens ansvar, har anlagt regressøgsmål mod en bestemt dommer på baggrund af en rapport fra retsinspektoratet.

72. For en ordning, der blev indført i 2018, er dette forståeligt. Dette har imidlertid to yderligere konsekvenser. På den ene side er der for den materielle vurdering, der vil blive foretaget i det følgende afsnit, stadig en række elementer i ordningen baseret på formodninger, eftersom der ikke findes nogen praktisk anvendelse heraf.

73. På den anden side er denne omstændighed en strukturel begrænsning af, hvilken vurdering af foreneligheden der kan foretages i den foreliggende sag. Dette efterlader Domstolen i en situation, hvor det kun er muligt at se på perspektivplanen – en model beskrevet på papir. Som jeg har foreslået i mit parallelle forslag til afgørelse⁴², kan en domstol ved at foretage, hvad der reelt svarer til en abstrakt gennemgang af forenelighed, foretage tre former for vurdering: i) alene perspektivplanen eller fysiske dokumenter, ii) kombinerede fysiske dokumenter eller de anvendte fysiske dokumenter, der korrigerer forståelsen af visse elementer i den abstrakte model, når de kombineres med andre problematiske bestemmelser i medlemsstaternes retsorden, eller når de nuanceres som følge af praksis på området, eller i sidste ende iii) udelukkende praksis.

74. I lyset af manglen på iii) og de meget begrænsede oplysninger om ii) kan den vurdering, jeg nu foretager, i al væsentlighed kun bestå af i) med et begrænset indblik i ii), hvis mulige elementer af perspektivplanen kombineres med andre elementer i den nationale lovgivning eller i den nationale

⁴¹ – Eller måske hvad der forhindrer, at man opnår balance: Med den overflod af empirisk materiale, der er indsamlet fra især de central- og østeuropæiske lande siden 1990'erne, antydes det nu, at de institutionelle modeller og udformninger, der er blevet anbefalet af forskellige europæiske aktører igennem en række år, ikke nødvendigvis er ideelle, når det kommer til indvirkningen heraf på ansvar og effektiviteten af retssager. Se især f.eks. D. Kosař, »Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies«, Cambridge University Press, 2016.

⁴² – Jf. punkt 240-243 i forslaget til afgørelse i AFJR-sagen.

procedure. Situationen er imidlertid stadig, at der med den manglende praksis og argumenter vedrørende denne model, herunder i den nationale domstols forelæggelsesafgørelse i den foreliggende sag, i al væsentlighed ikke findes nogen konkret sammenhæng, der kan afkræfte, at modellen vil fungere som beskrevet på papir.

2. *Bedømmelse*

75. Bortset fra principerklæringen om, at staten nødvendigvis må være erstatningsansvarlig over for enkeltpersoner for skader forvoldt ved krænkelse af EU-retten, samt en effektiv harmonisering af betingelserne for dette erstatningsansvar⁴³, indeholder EU-retten ikke yderligere regler om statens ansvar for dommeres retslige fejl generelt eller for dommeres civilretlige ansvar.

76. Udgangspunktet er derfor princippet om medlemsstaternes processuelle autonomi, samt at tilrettelæggelsen af medlemsstaternes retsvæsen, herunder reglerne om erstatningsansvaret for retslige fejl, henhører under deres kompetence. Dette udelukker imidlertid ikke kravet om, at medlemsstaterne skal overholde de forpligtelser, der følger af EU-retten, og især de forpligtelser, der følger af chartrets artikel 47, andet afsnit (når de handler inden for chartrets anvendelsesområde), og under alle omstændigheder af artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU⁴⁴.

77. Når der tages hensyn til disse betragtninger, vil jeg for det første behandle de problemstillinger, der er opstået i forbindelse med definitionen af en retslig fejl i retssager om statens ansvar (a). Dernæst vil jeg behandle de konsekvenser, som en afgørelse om en sådan retslig fejl har for enhver efterfølgende proces, hvor staten, repræsenteret ved finansministeriet, kan anlægge et civilt erstatningssøgsmål mod den enkelte dommer i tilfælde af ond tro eller grov uagtsomhed (b).

a) Definitionen af retslig fejl i relation til statens ansvar

78. Artikel 96 i lov nr. 303/2004, som ændret, fastsætter i stk. 1 princippet om, at starten som udgangspunkt er erstatningsansvarlig for retslige fejl. Det fastsættes derefter i stk. 2, at statens ansvar ikke træder i stedet for det ansvar, der (efterfølgende) påhviler dommere, som har udøvet deres embede i ond tro eller ved udvisning af grov uagtsomhed, selv om de ikke længere beklæder dette embede. I henhold til bestemmelsens stk. 5 skal skadelidte *udelukkende* anlægge søgsmål mod staten repræsenteret ved finansministeriet.

79. Desuden definerer artikel 96, stk. 3, i lov nr. 303/2004 de retslige fejl, der kan begås i to forskellige situationer: a) processuelle handlinger under en retssag og b) ved afsigelsen af en endelig dom. I begge situationer er der tre forhold, der karakteriserer den retslige fejl: i) Den processuelle handling *tilsidesætter åbenlyst* materielle eller processuelle lovbestemmelser, eller den endelige afgørelse *er åbenlyst i strid med* loven eller den faktiske situation, således som den fremgår af det bevismateriale, der er indsamlet i sagen, ii) den processuelle handling eller den endelige dom *krænker i alvorlig grad* den enkeltes rettigheder, frihedsrettigheder eller legitime interesser, og iii) den forvolder skade, *det ikke har været muligt at afhjælpe* ved en ordinær eller ekstraordinær appelsag.

⁴³ – Jf. f.eks. dom af 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), af 13.6.2006, Traghettil del Mediterraneo (C-173/03, EU:C:2006:391), og af 9.9.2015, Ferreira da Silva e Brito m.fl. (C-160/14, EU:C:2015:565).

⁴⁴ – Jf. i denne retning dom af 24.6.2019, Kommissionen mod Polen (den øverste domstols uafhængighed) (C-619/18, EU:C:2019:531, præmis 52).

80. Det fremgår af denne definition, at staten kan ifalde ansvar for en retslig fejl ikke kun som følge af processuelle handlinger, men også på grund af indholdet af endelige domstolsafgørelser, herunder fortolkning af retsregler og bevisbedømmelsen. Som den rumænske regering har forklaret i sit skriftlige indlæg med henvisning til Curtea Constituțională (forfatningsdomstolen) retspraksis, kan reglerne om statens ansvar desuden kvalificeres som værende »direkte og objektivt« uafhængige af den adfærd (subjektive forhold), som dommeren udviser (ond tro eller grov uagtsomhed).

81. Det er i denne forbindelse og inden for rammerne af den første fase om statens ansvar, at den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt den definition af »retslig fejl«, der er gengivet ovenfor, er forenelig med EU-retten. Selv om forelæggelsesafgørelsen ikke indeholder nogen begrundelse for den forelæggende rets tvivl på dette punkt, følger det af ordlyden af fjerde spørgsmål, at retten er af den opfattelse, at definitionen i artikel 96, stk. 3, litra a), i lov nr. 303/2004 *er for kortfattet og abstrakt*. Den forelæggende ret har i dette spørgsmål særligt anført, at bestemmelsen hverken præciserer arten eller rækkevidden af de overtrådte bestemmelser, der har givet anledning til en sådan fejl, og at den hverken fastsætter metoder, frister og procedurer for at fastslå en overtrædelse af lovbestemmelser eller den myndighed, der er kompetent til at fastslå, om der er sket en overtrædelse. For den forelæggende ret skaber dette en risiko for et indirekte pres på domstolene.

82. Med hensyn til artikel 96, stk. 3, litra b), i lov nr. 303/2004 skyldes de betænkeligheder, som den forelæggende ret har givet udtryk for i det femte spørgsmål, at bestemmelsen ikke konkret definerer, hvad henvisningen til »i strid med« i forhold til de anvendelige lovbestemmelser eller til den faktiske situation betyder. Efter den forelæggende rets opfattelse skaber dette en risiko for, at dommerne forhindres i at fortolke loven og bevise den.

83. Jeg deler den opfattelse, som Kommissionen gav udtryk for under retsmødet, nemlig at ovennævnte definition i sig selv ikke ser ud til at give anledning til problemer. Jeg kan ikke se, hvorledes en sådan definition af en retslig fejl i og af sig selv skulle kunne være egnet til at forårsage risiko for et indirekte pres på domstolene. Hvis et eventuelt problem kunne påvises ud fra den abstrakte definition af en retslig fejl, der er formuleret på denne (relativt snævre) måde *ved vurderingen af statens ansvar*, ville definitionen snarere være det modsatte af den definition, som den forelæggende ret har givet udtryk for.

84. I princippet og til trods for de nationale forskelle på området er statens ansvar for dommeres adfærd for det første i vidt omfang anerkendt i medlemsstaterne⁴⁵. EU-retten er ikke til hinder for, at staten kan gøres ansvarlig for skader forvoldt af dommere under varetagelsen af deres embede⁴⁶. Tværtimod er det i henhold til EU-retten et *krav*, at staten er erstatningsansvarlig for overtrædelser af (i hvert fald) EU-retten. Som Domstolen bemærkede i Köbler-dommen, »[vil] den omstændighed, at der findes et retsmiddel, der under visse betingelser gør det muligt at få

⁴⁵ – Jf. generaladvokat Légers forslag til afgørelse Köbler (C-224/01, EU:C:2003:207, punkt 77-84) om situationen for nogle år siden. Han konkluderede i sin stillingtagen, at »princippet om, at staten er erstatningsansvarlig for de øverste retsinstanser, kan anses for anerkendt som et almindeligt princip i fællesskabsretten« (punkt 85 i ovennævnte forslag til afgørelse). Kriterierne for et sådant ansvar i »interne situationer« forekommer i et betydeligt antal medlemsstater imidlertid at være væsentligt strengere. Jf. f.eks. K.M. Scherr, »Comparative aspects of the application of the principle of State liability for judicial breaches«, ERA (2012), s. 565-588. eller Z. Varga, »Why is the Köbler Principle not Applied in Practice?«, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2016, s. 984-1008, på s. 989-991.

⁴⁶ – Jf. for så vidt angår statens erstatningsansvar over for enkeltpersoner for skader forvoldt af medlemsstaters domstole, dom af 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), af 13.6.2006, Traghetti del Mediterraneo (C-173/03, EU:C:2006:391), og senest af 29.7.2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630).

erstatning for de skadelige virkninger af en urigtig retsafgørelse, også [...] kunne anses for en forbedring af kvaliteten af en retsorden og dermed i sidste ende også en styrkelse af den dømmende magts autoritet»⁴⁷.

85. For det andet indeholder den definition, som denne sag omhandler, flere elementer, der afgrænser omfanget af retslige fejl, som kan medføre, at staten ifalder ansvar⁴⁸. Kun *åbenlyse* fejl forekommer at opfylde betingelserne for at være en retslig fejl i henhold til ovennævnte definition: »*åbenlyst tilsidesætter* materielle eller processuelle bestemmelser« eller en afgørelse, som »åbenlyst er i strid med loven eller den faktiske situation«. Domstolen har i denne forbindelse i en anden sammenhæng anført, at en begrænsning af statens ansvar til det særlige tilfælde, hvor en domstol klart har handlet i strid med gældende lov, er en omstændighed, der sikrer, at dommerembedets særlige beskaffenhed og de berettigede krav om retssikkerhed respekteres⁴⁹. Endvidere begrænser den anfægtede definition ligeledes eksistensen af retslige fejl ved at henvise til *alvoren af den forårsagede forringelse* (som »i alvorlig grad krænker den enkeltes rettigheder, frihedsrettigheder eller legitime interesser«). Der kræves ligeledes en årsagsforbindelse (»forvolder skade«). Der findes desuden et krav om »et sidste middel« i den forstand, at det er nødvendigt, at det *ikke har været muligt at afhjælpe* skaden »ved en ordinær eller ekstraordinær appelsag«.

86. En fortolkning af de opstillede kriterier efter deres pålydende værdi ville faktisk i stedet få det til at fremstå således, at betingelserne for, at staten kan ifalde ansvar, i praksis er begrænset alene til endelige afgørelser, hvor de åbenlyse fejl, der er begået, direkte har forårsaget en alvorlig skade for den pågældende. Hvis dette rent faktisk var tilfældet, ville det spørgsmål, der skal stilles, ikke nødvendigvis være, om sådanne kriterier ikke er for brede til, at de eventuelt kan misbruges til at lægge pres på den enkelte dommer for vedkommendes afgørelser, men *for så vidt angår statens ansvar*, om sådanne endog temmelig begrænsede forudsætninger for, at staten ifalder ansvar, ikke gør det yderst vanskeligt – eller i praksis umuligt – at opnå erstatning fra staten.

87. Eksistensen af et erstatningsansvar for skader forvoldt under varetagelsen af dommerembedet er nødvendigvis forbundet med adgangen til domstolsprøvelse og adgangen til effektive retsmidler⁵⁰. I dette perspektiv kan det i sig selv blive problematisk, at kriterierne for, at staten kan ifalde ansvar, er for snævre, hvis der ikke er mulighed for at anlægge et søgsmål for civilretligt ansvar direkte mod dommerne selv.

88. Domstolen bemærkede således i *Traghetti del Mediterraneo*-dommen, at »selv om det fortsat er muligt i national ret at definere kriterierne vedrørende arten eller omfanget af den tilsidesættelse, der er nødvendig for, at staten kan ifalde ansvar som følge af en tilsidesættelse af [EU-retten], der kan tilregnes en national ret, der træffer afgørelse i sidste instans, kan sådanne kriterier under ingen omstændigheder pålægge strengere krav end kravet om en åbenbar overtrædelse af gældende ret«⁵¹.

⁴⁷ – Dom af 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, præmis 43).

⁴⁸ – Den rumænske regering tilføjede desuden under retsmødet i forhold til definitionen af en retslig fejl, at der i *Curtea Constituțională* (forfatningsdomstolen) retspraksis og især afgørelse nr. 417/2018 er indført mindst otte betingelser for, at erstatningssøgsmål mod staten kan antages til realitetsbehandling.

⁴⁹ – Jf. i denne retning dom af 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, præmis 53).

⁵⁰ – Jf. f.eks. Menneskerettighedsdomstolens dom af 15.7.2003, Ernst m.fl. mod Belgien (CE:ECHR:2003:0715JUD003340096, præmis 47-57), og af 12.6.2012, Gryaznov mod Rusland (CE:ECHR:2012:0612JUD001967303, præmis 76 ff.). Jf. ligeledes dom af 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, præmis 36).

⁵¹ – Dom af 13.6.2006 (C-173/03, EU:C:2006:391, præmis 44).

89. Domstolen har ligeledes fastslået, at det EU-retlige princip om statens ansvar for skader forvoldt mod enkeltpersoner som følge af en krænkelse af EU-retten begået af domstole, der træffer afgørelse i sidste instans, er til hinder for nationale bestemmelser, der udelukker statens ansvar, hvor krænkelsen er en konsekvens af en domstols fortolkning af lovreglerne eller af en vurdering af faktiske omstændigheder eller beviser, samt en national lovgivning, som begrænser dette ansvar til tilfælde, hvor der foreligger forsæt og grov uagtsomhed fra den nationale domstols side, hvis en sådan begrænsning ville medføre, at den pågældende medlemsstat ikke kunne ifalde ansvar i situationer, hvor der forelå en åbenbar overtrædelse af gældende ret⁵². Dette princip er ligeledes til hinder for nationale regler om, at det er en forudsætning, at den afgørelse fra domstolen eller retsinstansen, der forvoldte skade, er blevet omstødt, når det i praksis er umuligt at få omstødt afgørelsen⁵³.

90. For det tredje er der den kortfattede og abstrakte definition af den retslige fejl, der er blevet kritiseret af den nationale domstol. Jeg må dog indrømme, at jeg på dette punkt er en smule forvirret. I betragtning af dens uendeligt variable karakter, hvorledes kan man ellers definere en retslig fejl? Næppe ved en udtømmende liste med handlinger, der udgør en retslig fejl. En sådan bestemmelse ville hurtigt blive en telefonbog, idet man løbende ville opdage en række nye handlinger, der ikke tidligere var opført på listen. Ligesom definitionen af f.eks. en tjenstlig forseelse i retsvæsenet kan den måde, som definitionen af, hvad der kan udgøre en retslig fejl, ikke være andet end en generel og til dels abstrakt definition med henvisning til vage juridiske begreber⁵⁴. Dette understreger til gengæld vigtigheden af og kendskabet til, hvorledes det fortolkes af de relevante nationale domstole og myndigheder. Imidlertid har der ikke hidtil været en sådan retspraksis, eller den er i hvert fald ikke bragt til Domstolens kundskab.

91. Jeg er derfor ikke af den opfattelse, at det i princippet er udelukket som følge af det EU-retlige princip om dommeres uafhængighed, der er nedfældet i chartrets artikel 47, andet afsnit, og i artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU, at have en definition af en retslig fejl, der for at kunne afgøre sager om statens ansvar er baseret på forhold som dem, der er beskrevet i den foreliggende sag.

b) Konsekvenser for dommeres civilretlige ansvar

1) Generelle betragtninger

92. Adskillelsen af reglerne om på den ene side statens ansvar og på den anden side retsembedsmænds personlige ansvar, uanset om det er et civilretligt eller disciplinært ansvar, er afgørende i lyset af princippet om dommeres uafhængighed. Indførelsen af en ordning med statens ansvar for retslige fejl udgør et kompromis mellem princippet om effektive retsmidler ved retslige fejl og dommernes uafhængighed. Denne adskillelse gør det muligt at give erstatning til skadelidte og samtidig skærme dommere mod direkte søgsmål fra disse skadelidte.

93. Allerede i Köbler-sagen tog Domstolen stilling til medlemsstaternes argumenter om, at en udvidelse af det EU-retlige princip om statens erstatningsansvar til at omfatte erstatning som følge af dommeres handlinger eller undladelser kunne bringe dommernes uafhængighed i fare. I

⁵² – Jf. dom af 13.6.2006, Traghetti del Mediterraneo (C-173/03, EU:C:2006:391, præmis 46), og af 24.11.2011, Kommissionen mod Italien (C-379/10, ikke trykt i Sml., EU:C:2011:775, præmis 35-37).

⁵³ – Dom af 9.9.2015, Ferreira da Silva e Brito m.fl. (C-160/14, EU:C:2015:565, præmis 60).

⁵⁴ – Jf. i tråd hermed Venedigkommissionens konklusion efter gennemgangen af den nuværende ordlyd af definitionen af en retslig fejl, hvor det blev anført, at »det [ikke] er muligt at definere en retslig fejl uden at trække på generelle begreber, der skal fortolkes af domstolene« (Venedigkommissionens udtalelse nr. 924/2018, punkt 115).

kølvandet på disse argumenter fastslog Domstolen, at »det omhandlede princip om erstatningsansvar ikke vedrører dommernes personlige erstatningsansvar, men statens ansvar. Den omstændighed, at staten under visse betingelser kan drages til ansvar for retsafgørelser, der er i strid med [EU-retten], synes ikke at indebære nogen særlig risiko for, at uafhængigheden af en ret, der træffer afgørelse i sidste instans, drages i tvivl«⁵⁵. Som generaladvokat Léger bemærkede i sit udkast til afgørelse i den pågældende sag, ville det ikke være relevant at rejse spørgsmålet om domstolens uafhængighed i en ordning, hvor staten kan drages til ansvar, men i en ordning, hvorefter dommerne personligt kan drages til ansvar⁵⁶.

94. Det er netop anden fase om dommeres eventuelle personlige ansvar, der er afgørende i forhold til dommeres uafhængighed. Det betyder ikke, at første fase vedrørende statens ansvar fratages enhver relevans. Truslen ligger dog faktisk mere fjern. Ved vurderingen af anden fase kræver de eksterne aspekter af det EU-retlige princip om dommeres uafhængighed, at det sikres, at der i reglerne om dommeres civilretlige ansvar som følge af statens mulighed for direkte at inddrive beløb udbetalt i erstatning til skadelidte er en beskyttelse af dommerne mod det pres, der kan svække deres uafhængige dømmekraft og påvirke deres afgørelser⁵⁷. Når der tages hensyn til den eksisterende forbindelse mellem disse to procedurer, og eftersom sidstnævnte ikke kan foreligge uden førstnævnte, skal der ligeledes tages behørigt hensyn til omfanget af forbindelsen mellem dem samt til de konkrete modaliteter vedrørende de materielle krav og processuelle garantier for dommere i forbindelse med erstatningssager mod staten.

95. I princippet er dommeres uafhængighed bestemt ikke ensbetydende med immunitet over for ansvar, uanset om det er et civilretligt eller disciplinært ansvar. Princippet om dommeres uafhængighed er efter min opfattelse ikke til hinder for, at staten i konkrete tilfælde har mulighed for at gøre regres. En sådan mulighed ville genindføre et element af ansvar hos retsembedsmænd, hvilket også er afgørende for at opretholde offentlighedens tillid til retsvæsenet.

96. Denne holdning finder solid støtte i komparativ ret. Med undtagelse af de medlemsstater, hvis retssystem bygger på sædvaneretten, hvor der reelt er en dybt forankret tradition for dommeres immunitet som en garanti for dommeres uafhængighed⁵⁸, er det som nævnt ovenfor udbredt, at staten ifalder erstatningsansvar for skader forvoldt af dommere. Især hvor staten har et sådant erstatningsansvar, er det for flere medlemsstaters vedkommende (om end ikke dem alle) muligt for staten at inddrive de udbetalte erstatningsbeløb hos den pågældende dommer, hvis der er skærpende omstændigheder såsom ond tro eller grov uagtsomhed.

97. De nationale løsninger på dommeres civilretlige og personlige ansvar er meget forskellige i den henseende. Nogle retssystemer (på det europæiske fastland) anvender regler om muligheden for regres mod tjenestemænd på dommere. Andre pålægger yderligere krav og garantier, som f.eks. en tidligere dom i en straffe- eller disciplinærsag, eller fastsætter et loft for størrelsen af den erstatning, som en dommer kan blive pålagt at afholde. I flere retssystemer kan der gøres delvis regres for erstatninger udbetalt af staten inden for rammerne af selve straffesagen eller

⁵⁵ – Dom af 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, præmis 42).

⁵⁶ – Generaladvokat Légers forslag til afgørelse Köbler (C-224/01, EU:C:2003:207, punkt 90).

⁵⁷ – Jf. i denne retning dom af 19.11.2019, A.K. m.fl. (Uafhængigheden af dommere ved den øverste domstols disciplinærafdeling) (C-585/18, C-624/18 og C-625/18, EU:C:2019:982, præmis 121 og den deri nævnte retspraksis).

⁵⁸ – Jf. f.eks. M. Frau, »The Doctrine of Judicial Immunity from Civil Liability in a Comparative Perspective« i A. Cygan og L. Spadacini (red.), »Constitutional Implications of the Traghetti Judgment«, biblioFabbrica, Brescia, 2010, s. 163-179; for en kritisk gennemgang H. Toner, »Thinking the Unthinkable? State Liability for Judicial Acts after Factortame (III)«, Yearbook of European Law 1997, s. 165-189.

disciplinærsagen⁵⁹. Disse forskelle viser, at balancen mellem dommeres ansvar og uafhængighed fortolkes forholdsvis forskelligt inden for de forskellige retssystemer afhængig af retstradition og forfatningsmæssige begreber relateret til princippet om magtens deling og de forskellige ordninger til at kontrollere og sikre en balance mellem statsmagterne. Måske er den eneste fællesnævner, at sådanne situationer i praksis er meget sjældne, og at de nationale regler om dommeres personlige ansvar virkelig skal findes på de nationale forfatningers støvede loft.

98. I betragtning af denne ret store forskellighed har flere internationale organer fremsat forslag til standarder herfor. Det ser dog ud til, at disse anbefalinger er forskellige alt efter, hvilken form for og type af internationalt organ der er tale om. Skillelinjen ser let forsimplet ud til at gå mellem de standarder, som er udarbejdet på internationalt plan af dommere selv, og de standarder, som er foreslået af organer eller institutioner, som består af medlemmer med mere forskellige faglige baggrunde. På den ene side er der f.eks. CCJE, der har en klar holdning og er fortaler for bred eller endda fuld embedsmæssig immunitet⁶⁰. På den anden side har Venedigkommissionen sammenfattet sin holdning i udtalelse nr. 924/2018 som følger: »generelt bør dommerne ikke risikere regressøgsmål, når de varetager et dommerembede i overensstemmelse med de faglige standarder, der er fastsat ved lov (embedsmæssig immunitet)« og »en dommer kan ifalde ansvar, så længe dommeren har handlet forsætligt eller groft uagtsomt«⁶¹.

99. Netop på dette punkt bør den holdning, som visse internationale organer og især organer, der ikke er kontrolleret af politiske processer, hvor andre af statens magthavere ville være repræsenteret på internationalt plan og have reel indflydelse på godkendelsen heraf, imidlertid tages med et (temmelig stort) gran salt. Det er sandsynligt, at der vil opstå en sund balance mellem dommeres uafhængighed og retslige ansvar i den ofte smertefulde og langvarige dialog eller »multilog« inden for rammerne af magtens adskillelse, hvor ensidige idéer fra den ene magthaver undertiden rent faktisk bliver kontrolleret og gjort balanceret af de øvrige.

100. Sammenfattende er det min opfattelse, at det EU-retlige princip om dommeres uafhængighed ikke i sig selv er til hinder for, at staten, hvis dens erstatningsansvar er blevet udløst under varetagelsen af et dommerembede, forsøger at inddrive de udbetalte erstatningsbeløb hos den pågældende dommer, såfremt vedkommende har handlet i ond tro eller udvist grov uagtsomhed. Når der tages hensyn til de mangfoldige nationale modeller i de forskellige medlemsstater, kan det ganske enkelt ikke fastholdes, at det EU-retlige princip om dommeres uafhængighed pålægger bestemte regler om ansvar, der f.eks. er bundet op på en

⁵⁹ – Jf. f.eks. G. Canivet og J. Joly-Hurard, »La responsabilité des juges, ici et ailleurs«, *Revue internationale de droit comparé*, 2006, bind 58, nr. 4, s. 1049-1093, på s. 1074 ff. For en ældre gennemgang se CCJE's udtalelse nr. 3 (2002) om principperne og reglerne for dommergerningen, herunder om de etiske principper, uforenelig adfærd og upartiskhed.

⁶⁰ – CCJE's udtalelse nr. 3 (2002) til Europarådets Ministerkomité om principperne og reglerne for dommergerningen, herunder om de etiske principper, uforenelig adfærd og upartiskhed. CCJE fandt i den udtalelse, at »det ikke [er] rimeligt, at en dommer skal udsætte sig selv for risikoen for at pådrage sig personligt ansvar, når vedkommende angiveligt varetager et dommerembede, heller ikke selv om vedkommende kan få det godtgjort af staten, medmindre det skyldes en overlagt forsømmelse«. Det er tilsvarende anført i punkt 22 i CCJE's grundlæggende principper for dommere (*Magna Carta of Judges*), udfærdiget i Strasbourg 17.11.2010, at »det ikke [er] rimeligt, at en dommer skal udsætte sig selv for risikoen for at pådrage sig personligt ansvar, når vedkommende angiveligt varetager et dommerembede, heller ikke selv om vedkommende kan få det godtgjort af staten, medmindre det skyldes en overlagt forsømmelse«. Hvad angår de bestemmelser, der har givet anledning til denne sag, er denne holdning understreget i CCJE's udtalelse fra 2019, punkt 39.

⁶¹ – Jf. Venedigkommissionens udtalelse nr. 924/2018, punkt 113, der henviser til CDL-AD(2016)015, biintervention for forfatningsdomstolen om statens ret til at gøre regres mod dommere, punkt 77-80. Se f.eks. også anbefaling CM/Rec(2010)12 fra Europarådets Ministerkomité til medlemsstater »Judges, independence, efficiency and responsibilities«, der blev vedtaget 17.11.2010 på det 1098. møde for ministerrepræsentanter, punkt 66 og 67, »dommeres fortolkning af lovgivningen, vurdering af faktiske omstændigheder og afvejning af beviser i forbindelse med afgørelsen af en sag bør ikke medføre civilretligt eller disciplinært ansvar, undtagen hvis der udvises skadehensigt og grov uagtsomhed. Kun staten kan anlægge søgsmål ved domstolene for at få fastslået en dommers civilretlige ansvar, såfremt staten har måttet udbetale erstatning«.

domfældelse i en straffesag eller en disciplinærstraf, der er blevet pålagt forinden, eller endda fastsætter, at et eventuelt retsligt ansvar kun kan pålægges som en sanktion i forbindelse med disse sager.

101. Hvad der er vigtigt er karakteren af og de iboende garantier inden for den valgte ramme. Uanset hvilken model, der vælges, skal de regler, der er gældende for den valgte model, som f.eks. reglerne om dommers civilretlige ansvar i kraft af statens mulighed for at anlægge regressøgsmål for at inddrive udbetalte erstatningsbeløb til skadelidte, sikre, at dommernes er beskyttet mod det pres, der risikerer at svække deres uafhængige dømmekraft og påvirke deres afgørelser. Af de ovenfor anførte grunde vil jeg i mangel af praktisk anvendelse på nationalt plan, der kunne pege mod et reelt misbrug, i det følgende udelukkende koncentrere mig om en *abstrakt gennemgang af perspektivplanen* ledsaget af forslaget til en mulig sammenhæng mellem reglerne for retsligt ansvar og andre regler, der for nyligt blev vedtaget på området som følge af reformen af lovgivningen om retsvæsen og strafferet i 2018⁶².

2) *De anfægtede forhold*

102. Som bemærket i forbindelse med undersøgelsen af, om de præjudicielle spørgsmål i den foreliggende sag kan antages til realitetsbehandling, savner forelæggelsesafgørelsen oplysninger om årsagerne til, at den forelæggende ret har stillet spørgsmålene. Selv om hovedsagen vedrører statens ansvar for en påstået uberettiget frihedsberøvelse, har den forelæggende ret heller ikke givet nogen forklaring på sammenhængen mellem den generelle definition af en retslig fejl, der fremgår af artikel 96, stk. 3, i lov nr. 303/2004, og de specifikke bestemmelser vedrørende statens ansvar i straffesager i strafferetsplejelovens artikel 539 og 541.

103. Denne omstændighed har begrundet mit forslag om ikke at antage syvende spørgsmål til realitetsbehandling. Dette er ligeledes relevant i sammenhæng med besvarelsen af det fjerde til det sjette spørgsmål. Min nedenstående analyse er derfor baseret på den forudsætning, at artikel 96, stk. 3, i lov nr. 303/2004 virkelig er relevant for at kunne afgøre hovedsagen.

104. For at kunne give den forelæggende ret en hensigtsmæssig besvarelse er der tre forskellige emneområder, der bør tages i betragtning, og som stammer fra parternes anbringender og fra retsmødet: om de subjektive omstændigheder, der kan medføre civilretligt ansvar for dommere, lovligt kan forbindes med situationer, hvor der har været ond tro eller grov uagtsomhed (i), om proceduren i forbindelse med beslutningen om at anlægge regressøgsmål omfatter særlige garantier (ii), og om denne procedure – i betragtning af den tætte forbindelse med retssagen om statens ansvar for retslige fejl – respekterer de pågældende dommers ret til forsvar (iii).

i) Ond tro eller grov uagtsomhed

105. Det følger af artikel 96, stk. 7, i lov nr. 303/2004, at statens regressøgsmål mod den dommer, der er ansvarlig for den retlige fejl, er begrænset til situationer, hvor der har været ond tro eller er udvist grov uagtsomhed. Disse begreber er defineret i artikel 99¹ i lov nr. 303/2004, der er en bestemmelse placeret i den del af loven, der vedrører dommers og anklageres disciplinære ansvar. For at der i første fase kan udbetales erstatning som følge af statens ansvar, skal der efter min opfattelse være sket en retslig fejl, der omfatter alle de kriterier, der er fastsat i enten

⁶² – Jf. ovennævnte punkt 53-60 og 66-74 i dette forslag til afgørelse.

artikel 96, stk. 3, litra a), eller artikel 96, stk. 3, litra b), i lov nr. 303/2004. For at der kan gives medhold i et regressøgsmål i anden fase skal der foruden disse betingelser også være et subjektivt element i en sag mod den pågældende dommer enten i form af ond tro eller grov uagtsomhed.

106. Hvis dette rent faktisk er tilfældet, er jeg nødt til at tilslutte mig Kommissionens og den rumænske regerings anbringender på dette punkt. At det er muligt at anlægge regressøgsmål i tilfælde af ond tro eller grov uagtsomhed er heller ikke i sig selv problematisk. Disse begreber er defineret ved lov på en måde, der ikke forekommer at afvige fra den almindelige definition af disse begreber. I henhold til artikel 99¹, stk. 1, i lov nr. 303/2004 forekommer der ond tro, hvis en dommer »bevist overtræder materielle eller processuelle regler, og vedkommende enten har til hensigt at skade en anden eller accepterer, at krænkelsen forvolder skade på en anden«. I henhold til artikel 99¹, stk. 2, er det grov uagtsomhed, hvis en dommer »på en alvorlig, ikke-gendrivelig og uundskyldelig måde uagtsomt tilsidesætter materielle eller processuelle regler«. Det fremgår desuden, at varetagelsen af et embede i ond tro eller ved udvisning af grov uagtsomhed – uafhængig af et eventuelt strafferetligt ansvar – også kan svare til en tjenstlig forseelse i henhold til den pågældende lovs artikel 99, litra t), selv hvis handlingen ikke opfylder betingelserne for at udgøre et strafbart forhold.

107. Der er ikke fremført nogen argumenter for Domstolen, der giver en forklaring på, hvad der helt præcist er forkert med en sådan definition, og det er heller ikke blevet godtgjort, at en retslig fortolkning af disse begreber rejser tvivl om deres anvendelse i praksis eller antyder, at de kan være blevet misbrugt. Jeg vil gerne gentage, at hvis man ikke tilslutter sig argumentet om, at »ægte uafhængighed for dommere« kræver fuld embedsmæssig immunitet, er anerkendelsen af ansvaret for skader forvoldt i ond tro eller ved udvisning af grov uagtsomhed på linje med det, der netop forekommer at være den gængse standard, hvilket Venedigkommissionen også fremhævede⁶³.

108. Jeg har også svært ved at se, hvorfor de krav, der følger af det EU-retlige princip om dommeres uafhængighed, skulle være et forsøg på at afvige fra denne balance. Når dommere reelt er skærmet mod direkte erstatningssøgsmål med en ordning, hvor enkeltpersoners eneste mulighed for at få erstatning er at stille staten til ansvar, vil en mere snæver mulighed for, at staten kan anlægge regressøgsmål netop i situationer, hvor der er tale om grove tilfælde af magtmisbrug fra dommerens side⁶⁴ samt grov uagtsomhed, medføre, at det vil være behørig omhu, der er standarden for, hvad man under udøvelse af dommerembedet skal leve op til, hvorefter kun alvorlige overtrædelser vil udløse dommerens civilretlige ansvar.

109. Stridens kerne i den foreliggende sag forekommer som helhed imidlertid ikke så meget at være de materielle betingelser for, at retsembedsmænd kan idømmes civilretligt ansvar, men snarere den procedure, der gør det muligt for finansministeriet som sagsøger at indlede et søgsmål i anden fase. Det er dette forhold, jeg nu vil vende tilbage til.

⁶³ – Jf. ovennævnte punkt 98 i dette forslag til afgørelse.

⁶⁴ – Det er værd at bemærke, at artikel 99¹, stk. 1, i lov nr. 303/2004 kræver todelt bevidst forsæt (*direkte forsæt*): Dommeren skal ikke alene *bevidst* overtræde de gældende regler (forsæt til at handle retsstridigt), men skal herved *tilstræbe eller acceptere*, at en person påføres skade (forsæt i form af *dolus directus* eller *dolus indirectus*) med den konkrete retsstridige handling, der foretages. Dette forekommer umiddelbart at være målestokken for den straffbare handling ved embedsmisbrug.

ii) *Finansministeriet som sagsøger?*

110. Den forelæggende ret har bemærket, at reglerne i artikel 96, stk. 3, i lov nr. 303/2004 i anden fase, hvor det drejer sig om at få fastslået, om fejlen blev begået af en retsembedsmand i ond tro eller som følge af grov uagtsomhed, er åbenbart vilkårlige, eftersom det er overladt udelukkende til staten at afgøre retsembedsmandens ansvar.

111. Den nederlandske regering har under retsmødet gjort gældende, at den nye ordning med dommeres civilretlige ansvar er problematisk, hvis den udøvende magt spiller en skønsmæssig og afgørende rolle ved anlæggelsen af regressøgsmål. Samme regering har også bemærket, at det er nødvendigt at vurdere denne ordning i lyset af den internationale vurdering af reformerne af retssystemet i Rumænien.

112. Kommissionen har for sin del gjort gældende, at selv om dommeres ansvar i tilfælde af ond tro eller grov uagtsomhed ikke i sig selv er problematisk, er det dog nødvendigt, at der ydes processuelle garantier. Efter Kommissionens opfattelse er det forhold, at regressøgsmålet undersøges af en uafhængig domsmyndighed, allerede en processuel garanti. Det er også nødvendigt, at de betingelser, hvorunder der anlægges regressøgsmål, indeholder konkrete garantier. Kommissionen har i denne forbindelse anført, at der findes forskellige muligheder. Anlæggelsen af et regressøgsmål kunne begrænses til situationer, hvor dommerens strafferetlige eller disciplinære ansvar allerede er fastslået ved en endelig afgørelse. En anden mulig garanti kunne være at overlade det til et uafhængigt retsligt organ som f.eks. CSM at anlægge regressøgsmål. Kommissionen har gjort gældende, at disse garantier ikke er sikret ved de anfægtede bestemmelser i den foreliggende sag, fordi finansministeriet kan anlægge regressøgsmål efter eget skøn, og fordi retsinspektoratets udtalelser alene er vejledende. I denne henseende ligger Kommissionens holdning på linje med nogle af GRECO's og Venedigkommissionens bemærkninger⁶⁵.

113. Det fremgår af disse betragtninger, at hovedbekymringerne vedrørende de nye bestemmelser om dommeres civilretlige ansvar er rettet mod to organers deltagelse i den proces, der fører til statens beslutning om at indlede et regressøgsmål: finansministeriet og retsinspektoratet.

114. I henhold til artikel 96, stk. 7, i lov nr. 303/2004 skal finansministeriet senest to måneder efter afsigelsen af den endelige dom om statens ansvar for en retslig fejl forelægge sagen for retsinspektoratet. Dette organ kan i overensstemmelse med proceduren i artikel 74¹ i lov nr. 317/2004 afgøre, om den retslige fejl blev begået af en dommer, der har handlet i ond tro eller udvist grov uagtsomhed. Senest seks måneder efter fremlæggelsen af den pågældende rapport i henhold til artikel 96, stk. 8, i lov nr. 303/2004 skal staten, repræsenteret ved finansministeriet, *rejse et regressøgsmål*, hvis den på baggrund af ovennævnte vejledende rapport fra retsinspektoratet og »sin egen vurdering« finder, at den retslige fejl er begået af en dommer, der har handlet i ond tro eller udvist grov uagtsomhed.

115. Efter min opfattelse er der et element, der indledningsvis er værd at fremhæve: Hvis jeg har forstået de nationale regler korrekt, er finansministeriets rolle begrænset til at beslutte, om det vil anlægge et regressøgsmål og dermed igangsætte anden fase. I alle praktiske henseender er dette ministerium således kun den potentielle sagsøger i en sag, som skal behandles ved en uafhængig

⁶⁵ – Jf. punkt 62-64 i dette forslag til afgørelse.

domstol. Det pågældende ministerium skal desuden reagere, hvis der som følge af en anden sag ved en anden uafhængig domstol er truffet en endelig retsafgørelse, som bekræfter, at der faktisk blev begået en retslig fejl, og at staten var ansvarlig.

116. Af rent praktiske årsager forekommer finansministeriets skøn i forbindelse med beslutningsprocessen således reelt at være »klemt inde« mellem to uafhængige civile domstole. I en sådan kontekst har jeg igen visse vanskeligheder ved at se, hvad der i sig selv er uforeneligt med en løsning, der giver statskassen, som har måttet betale erstatning til skadelidte som følge af en civilretlig domstols selvstændige vurdering, mulighed for at anlægge et regressøgsmål mod den dommer, som måtte have forvoldt den pågældende skade i ond tro eller som følge af grov uagtsomhed⁶⁶. Desuden kan finansministeriet ikke selv træffe afgørelse om civilretligt ansvar, men blot beslutte, om sagen skal indbringes for en anden (uafhængig) domstol.

117. Hvilke yderligere garantier bør der være i en sådan ordning mod offentlige myndigheders eventuelle misbrug ved at lægge pres på dommere? Indledningsvis viser forslaget om, at der skal være yderligere garantier, at det i den pågældende medlemsstat ikke er tilstrækkeligt til at forebygge strukturelt misbrug, at der er to sæt af uafhængige domstole med alle retsmidler til rådighed⁶⁷. Hvis dette imidlertid faktisk er udgangspunktet for formodningen, hvilken uafhængighed for dommere skal så beskyttes inden for en sådan ordning? To sæt retssager kan blive misbrugt, men hvis man tilføjer en tredje, og denne gang måske en disciplinærsag, vil alt så være godt? Ud fra en strukturel betragtning lider den antagelse, at første runde i en retssag om statens ansvar kan påvirkes for at lægge pres på en enkelt dommer ved selektivt at beslutte, hvorvidt der skal anlægges regressøgsmål, ligeledes under en noget særegen forestilling om en kamikazemedlemsstat, som er rede til at øve indflydelse på egne domstole og dermed reelt tilskynder dem til at få staten til at betale erstatning til enkeltpersoner for derefter at kunne lægge pres på de enkelte dommere i anden fase.

118. Uanset hvad kan jeg atter ikke se, hvorledes en national ordning, når der findes en EU-retlig ordning med respekt for medlemsstaternes processuelle og institutionelle autonomi, og dommeres eventuelle civilretlige ansvar efter denne nationale ordning kun kan fastslås efter to sæt adskilte sager ved (uafhængige) civile domstole, hvor der er adgang til klagemuligheder og retsmidler i henhold til den nationale ordning, i sig selv er uforenelig med det EU-retlige princip om dommeres uafhængighed.

119. Der kan ganske vist være andre tænkelige institutionelle og processuelle ordninger. Det kunne være en mulighed udelukkende at lade det organ, der afgør disciplinærsager ved domstolene, træffe den endelige afgørelse i sager om dommeres ansvar, uanset om det er civilretligt eller disciplinært ansvar. Der kan ganske vist under visse omstændigheder være tale om en mere logisk og mere hensigtsmæssig institutionel tilgang, der sikrer sammenhængen mellem disciplinærsagen og retssagen om civilretlige ansvar⁶⁸. Disse betragtninger, der taler for en formentlig bedre institutionel udformning, indebærer imidlertid ikke automatisk en tilsidesættelse af de krav, der følger af princippet om dommeres uafhængighed, alene fordi man

⁶⁶ – Som Venedigkommissionen også bemærkede, eftersom det pågældende ministerium er ansvarlig for statskassen, er det på ingen måde udelukket, at denne kan repræsentere staten i sager af denne art; jf. punkt 62 i dette forslag til afgørelse.

⁶⁷ – I anden fase er det appeldomstolen på det sted, hvor sagsøgte har bopæl, hvorfra der kan ankes til Înalta Curte de Casație și Justiție (kassationsdomstolen, Rumænien); jf. ovenfor, punkt 10 i dette forslag til afgørelse.

⁶⁸ – Sammenhæng og koordinering, men ikke nødvendigvis større garantier for strukturel uafhængighed. Hvis der er en frygt for, at visse dele af det politiske spektrum eller endda visse dele af den dømmende magt eventuelt vil misbruge visse procedurer, er det i forhold til den institutionelle udformning en meget dårlig idé at lægge al beslutningskompetencen i hænderne på en enkelt central myndighed. I tråd med det, jeg allerede har foreslået i punkt 307 i forslaget til afgørelse i AFJR-sagen om muligheden for at opnå strukturel uafhængighed, vil det være lettere for en person med onde hensigter at kontrollere et eller flere disciplinære nævn i hovedstaden end 15 appeldomstole spredt ud over hele landet.

har forestillet sig en anden institutionel udformning⁶⁹. I lyset af de krav, der følger af EU-princippet om dommeres uafhængighed, er det afgørende nemlig ikke så meget den disciplinære, civilretlige eller strafferetlige egenart af den domsmyndighed, der træffer den endelige afgørelse, som dens uafhængighed.

120. Hvis man fokuserer på finansministeriets konkrete rolle i forbindelse med en beslutning om, hvorvidt der skal anlægges regressøgsmål, forekommer der dog til en vis grad at være uklarhed om de konkrete regler. Jeg forstår, at dette til dels skyldes, at der ikke er nogen praktisk anvendelse heraf. Den rumænske regering har for det første gjort gældende, at søgsmålet *ikke er automatisk*. Under retsmødet har regeringen imidlertid forklaret, at det *er en betingelse* for at anlægge regressøgsmål, at en rapport fra retsinspektoratet fastslår, at den retslige fejl er begået i ond tro eller som følge af grov uagtsomhed.

121. I stedet for at pålægge finansministeriet en forpligtelse til at anlægge søgsmål synes artikel 96, stk. 7, i lov nr. 303/2004 derfor at fastsætte en systematisk procedure, som finansministeriet *skal* aktivere ved at hjemvise sagen til retsinspektoratet, hver gang en sagsøger vinder en sag mod staten om erstatning på grund af en retslig fejl. Dette betyder, at statens ansvar automatisk giver anledning til en undersøgelse af, om dommeren har handlet i ond tro eller udvist grov uagtsomhed, og som derefter udkrystalliseres i en rapport.

122. Efter min opfattelse er det i sig selv en tilstrækkelig garanti, såfremt det alene er en uafhængig domstol, der kan træffe afgørelse om statens ansvar eller et eventuelt efterfølgende civilretligt ansvar for en dommer, der har handlet i ond tro eller udvist grov uagtsomhed. Når der tages højde for den nationale lovgivers hensigt om at opstille klare garantier for sagsøgers skønsmargen før anden fase, udgør retsinspektoratets deltagelse som en uafhængig instans inden for CSM med ansvar for disciplinære undersøgelser af dommere imidlertid et forhold, der er egnet til at styrke ordningens garantier. Der gælder dog to betingelser: For det første skal selve retsinspektoratet være uafhængig. For det andet skal en rapport udfærdiget af retsinspektoratet være bindende for finansministeriet, hvis den fører til et negativt resultat.

123. Som jeg bemærkede i mit forslag til afgørelse i sagen Asociația »Forumul Judecătorilor din România« m.fl., er det i forhold til den første betingelse allerede temmelig klart, selv om retsinspektoratet ikke afgør disciplinærsager, at dets undersøgelsesbeføjelser sandsynligvis kan lægge et vist pres på de personer, der har til opgave at afgøre en tvist, på trods af de garantier, der udstedes af den instans, der skal træffe endelig afgørelse i disciplinærsagen⁷⁰. Efter min opfattelse er det derfor afgørende i en ordning som den, der har givet anledning til den foreliggende sag, at det organ, der er ansvarligt for at udfærdige en sagkyndig vurdering af, om der har været ond tro eller er udvist grov uagtsomhed, i rimeligt omfang er upartisk. Hverken forelæggelsesafgørelsen eller parterne har dog fremført argumenter for Domstolen, der kan rejse tvivl om retsinspektoratets upartiskhed i den henseende⁷¹.

124. Hvad angår den anden betingelse er det usikkert, selv om Domstolen udtrykkeligt anmodede om visse præciseringer under retsmødet, hvorvidt finansministeriet kan anlægge søgsmål, såfremt rapporten fra retsinspektoratet konkluderer, at der *ikke har været* ond tro og *ikke er udvist* grov

⁶⁹ – Jf. ovennævnte punkt 68-70 i dette forslag til afgørelse.

⁷⁰ – Jf. punkt 267-269 i forslaget til afgørelse i AFJR-sagen.

⁷¹ – Min konklusion i punkt 274-278 i forslaget til afgørelse i AFJR-sagen sår ganske vist tvivl om den foreløbige udpegelse af den øverste retsinspektør i henhold til nøddekret nr. 77/2018. Dette skal dog ikke forstås således, at institutionen ikke selv er upartisk. Endvidere kan en udtalelse om uforeneligheden af dette eller hint strukturelle element i et retsvæsen næppe forstås således, at noget eller alt forbundet med denne institution og dette element derfor automatisk er »belastet«. Med denne logik kunne hele retsvæsenet før eller senere erklæres uforeneligt »ved tilknytning«.

uagtsomhed. Den rumænske regering forklarede under retsmødet, at selv om det ikke klart fremgår af ordlyden af de relevante nationale bestemmelser, der bruges, er konklusionen i retsinspektoratets rapport om ond tro eller grov uagtsomhed en forudsætning for, at finansministeriet kan anlægge regressøgsmål.

125. Hvis dette virkelig var tilfældet, hvilket det i sidste ende tilkommer den nationale domstol at fastslå, ville ordningen ikke blot give de nødvendige garantier (om at enhver afgørelse om personligt retsligt ansvar er underlagt meget snævre betingelser og kun kan fastslås af en uafhængig domstol), men ville endda give garantier, som går ud over, hvad der umiddelbart er strengt nødvendigt (f.eks. at ministeriet som sagsøger i anden fase skal overholde konkrete krav til anlæggelse af regressøgsmål ved en sådan uafhængig domstol).

iii) Retten til forsvar

126. Den forelæggende ret har i forelæggelsesafgørelsen anført, at dommeren ikke har mulighed for fuldt ud at udøve sin ret til forsvar. For det første finder den nationale domstol, at første fase, der udelukkende vedrører skadelidte i sin egenskab af sagsøger og staten som sagsøgt, udelukker den faktisk berørte retsmedsmand fra retssagen. Dette er egnet til at underminere kontradiktionsprincippet og dommerens ret til at forsvare sig i den efterfølgende sag, hvor staten kan kræve godtgørelse direkte fra dommeren, såfremt det juridiske spørgsmål, om der foreligger en retslig fejl, er blevet afgjort i løbet af den første fase.

127. Kommissionen har under retsmødet gjort gældende, at en afgørelse om, at der er begået en retslig fejl, ikke udløser en dommers ansvar, hvis den pågældende dommer ikke kan fremsætte sine bemærkninger i den retssag, hvor det fastslås, at den pågældende fejl er begået. Dommeren bør ligeledes høres i forbindelse med den sag, der har til formål at fastslå, om den retslige fejl er statens ansvar.

128. Den rumænske regering har under retsmødet præciseret, at den sagsøgte dommer i en sag om vedkommendes ansvar kan anfægte alle forklaringer om, hvorvidt der foreligger en retslig fejl i den kendelse i dommen, der tager stilling til statens ansvar. Endvidere kan den pågældende dommer også indtræde i sagen mod staten.

129. Jeg frygter, at Domstolen i relation til dette konkrete spørgsmål oplever, at den ikke er tilstrækkeligt oplyst. Det er ikke klart, om den domstol, der træffer afgørelse om den retslige fejl under første fase, er forpligtet til at imødekomme enhver anmodning om at indtræde i sagen. Det er uklart, hvilken processuel stilling dommeren har inden for rammerne af denne procedure. Endelig er der som følge af den omstændighed, at sagen ved de nationale domstole netop faktisk befinder sig i første fase og ikke i anden, en udpræget uklarhed om, hvorledes der i anden fase vil blive taget højde for en endelig udtalelse fra en civil domstol i første instans med hensyn til, om der foreligger en retslig fejl. Når alt kommer til alt, er den nøjagtige materielle definition af en retslig fejl den samme for begge faser: Hvad der tilføjes i anden fase, er det subjektive element i form af ond tro eller grov uagtsomhed, men vedrører samme retslige fejl.

130. Under alle omstændigheder mener jeg, at en dommer, der risikerer at blive sagsøgt i en sag om civilretlig ansvar i anden fase, skal have mulighed for at anfægte *alle elementer* i sagen: alle definitoriske elementer, som kan benyttes til at fastslå, om vedkommende har begået den påståede retslige fejl i henhold til artikel 96, stk. 3, i lov nr. 303/2004, samt om vedkommende havde forsæt (eller savnede det) til at begå den retslige fejl i henhold til artikel 99, stk. 1, i lov nr. 303/2004. Hvordan proceduren skal være, for at sagsøgte kan udnytte sin fulde ret til at

forsvare sig selv i en struktur med to retssager, henhører under national ret. Det eneste, der står klart, er, hvad der *ikke må opstå*, nemlig at en dommer er part i anden fase uden at have spillet nogen meningsfyldt rolle i første fase og i anden fase bliver mødt med en afgørelse, der blev truffet allerede i første fase om, at der er begået en retslig fejl, hvorved der reelt allerede er truffet afgørelse vedrørende hans personlige ansvar.

131. Det tilkommer den nationale domstol at afgøre, om den pågældende dommer ifølge de nationale processuelle bestemmelser, der finder anvendelse på regressøgsmål anlagt af staten, har fuld ret til at forsvare sig. Hvis dette ikke var tilfældet, ville det tilkomme den forelæggende ret at fortolke de nationale processuelle bestemmelser i overensstemmelse med de krav, der gælder for retten til at forsvare sig selv i chartrets artikel 47, for at give dommeren mulighed for inden for rammerne af enten sagen mellem skadelidte og staten eller i hvert fald senest sagen mellem staten og den pågældende dommer at fremsætte alle sine bemærkninger om alle de angivne forhold.

c) Konklusion og forbehold

132. Efter min opfattelse er chartrets artikel 47, , og artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU hverken til hinder for nationale bestemmelser om statens ansvar for retslige fejl, som f.eks. artikel 96, stk. 3, i lov nr. 303/2004, eller muligheden for, at staten efterfølgende kan anlægge regressøgsmål om civilretligt ansvar mod den pågældende dommer i tilfælde af ond tro eller grov uagtsomhed fra dommerens side, såfremt disse procedurer giver tilstrækkelige garantier for, at retsmedsmænd ikke udsættes for direkte eller indirekte pres, der kan påvirke deres afgørelser. Det tilkommer den nationale domstol i lyset af alle de relevante forelagte oplysninger at vurdere, om disse betingelser er opfyldt ved artikel 96 i lov nr. 303/2004, ved andre relevante nationale bestemmelser samt i den nationale praksis.

133. I forbindelse med den foreliggende sag og de oplysninger, der er fremlagt for Domstolen i forbindelse med sagen, ville det efter min opfattelse være faretruende let enten at konkludere, at eftersom dette vedrører EU-retten, skal de nationale dommere have fuld embedsmæssig immunitet, eller at få Domstolen til reelt at indlade sig på at ændre nationale institutioner og procedurer ved at tage visse beføjelser fra en institution (de civile domstole) og reelt overføre dem til en anden (potentielle disciplinære nævn eller andre organer inden for rammen af CSM) uden at have en konkret begrundelse herfor bortset fra et forudfattet opfattelse af, at der skal være en bestemt struktur for dommeres retslige ansvar. Det giver sig selv, at det ikke blot ville være i strid med princippet om national institutionel og processuel autonomi, men det ville også gøre flere andre eksisterende nationale løsninger i medlemsstaterne uforenelige med EU-retten.

134. Som fremhævet i mit forslag til afgørelse i sagen Asociația »Forumul Judecătorilor din România« m.fl.⁷² samt af Domstolens senere domme om polske dommeres uafhængighed⁷³, er vurderingen af de regler, der berører retssystemets organisering og magtens adskillelse, tæt knyttet til en bredere juridisk og faktuel kontekst. Medmindre det alene er en institutionel perspektivplans abstrakte forenelighed, der skal undersøges, kan denne vurdering ikke adskilles fra de faktiske omstændigheder og eksemplerne på deres praktiske anvendelse. I denne forstand

⁷² – Punkt 242-244 i forslaget til afgørelse i AFJR-sagen samt punkt 73 og 74 i dette forslag til afgørelse.

⁷³ – Dom af 19.11.2019, A.K. m.fl. (Uafhængigheden af dommere ved den øverste domstols disciplinærafdeling) (C-585/18, C-624/18 og C-625/18, EU:C:2019:982, præmis 142).

er nationale regler, der er udformet med det formål at understøtte retsembedsmænds ansvarlighed, uanset hvor fuldkomne de måtte forekomme på papir, bestemt ikke immune over for internt eller eksternt pres i praksis.

135. Som fremhævet gentagne gange i dette forslag til afgørelse, er der i den foreliggende sag dog ikke fremlagt oplysninger, der kan påvise, hvorledes præcis de regler, som denne sag omhandler, ville være egnet til misbrug i kombination med andre regler, eller hvorledes de faktisk bliver misbrugt i praksis.

136. Den konklusion, jeg er nået frem til ovenfor, gælder således i den abstrakte kontekst, som er blevet forelagt for Domstolen, hvor parterne udtrykkeligt har anerkendt, at der ikke findes retspraksis eller fingerpeg om, hvorledes det nye system (mis)bruges i praksis som en målestok for, at dommere udsættes for pres. Denne konklusion er naturligvis ikke til hinder for, at en national ret eller selv Domstolen kan nå til et andet resultat i lyset af den fremtidige udvikling i den konkrete anvendelse af den netop vurderede ordning.

V. Forslag til afgørelse

137. I lyset af ovenstående betragtninger er det min opfattelse, at Domstolen bør besvare de præjudicielle spørgsmål således: »Artikel 47, andet afsnit, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder og artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU er hverken til hinder for nationale bestemmelser om statens ansvar for retslige fejl, som f.eks. artikel 96, stk. 3, i Legea nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor (lov nr. 303/2004 om statuten for dommere og anklagere), eller muligheden for, at staten efterfølgende kan anlægge regressøgsmål om civilretligt ansvar mod den pågældende dommer i tilfælde af ond tro eller grov uagtsomhed fra dommerens side, såfremt disse procedurer giver tilstrækkelige garantier for, at retsembedsmænd ikke udsættes for direkte eller indirekte pres, der kan påvirke deres afgørelser. Det tilkommer den nationale domstol i lyset af alle de relevante forelagte oplysninger at vurdere, om disse betingelser er opfyldt ved artikel 96 i lov nr. 303/2004, ved andre relevante nationale bestemmelser samt i den nationale praksis.«