Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MICHAL BOBEK
den 4 mars 2021 [1]

Förenade målen C-357/19 och C-547/19

Ministerul Public – Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție – Direcția Națională Anticorupție,
PM,
RO,
SP,
TQ
mot
QN,
UR,
VS,
WT,
Autoritatea Națională pentru Turism,
Agenția Națională de Administrare Fiscală,
SC Euro Box Promotion SRL (C-357/19)
och
CY,
Asociația 'Forumul Judecătorilor din România'
mot
Inspecția Judiciară,
Consiliul Superior al Magistraturii,
Înalta Curte de Casație și Justiție (C-547/19)

(begäran om förhandsavgörande från Înalta Curte de Casație și Justiție (Högsta domstolen, Rumänien))

”Begäran om förhandsavgörande – Skydd av unionens ekonomiska intressen – Artikel 325.1 FEUF – Konventionen om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen – Brottmål som rör korruption – Projekt som delvis finansieras med EU-medel – En författningsdomstols avgörande om huruvida domstolsavdelningars sammansättning är laglig – Nationell lagstiftning som föreskriver att domstolsavdelningar ska sammansättas genom lottning – Extraordinärt rättsmedel mot lagakraftvunna domar – Rätten till en domstol som har inrättats enligt lag – Artikel 47 andra stycket i Europeiska unionens stadga om de grundläggande

[1] Originalspråk: engelska.

rättigheterna – Oavhängiga domstolar – Artikel 19.1 andra stycket FEU – Unionsrättens företräde – Disciplinära förfaranden mot domare”

Innehållsförteckning

I. Inledning . . . 4

II. Tillämpliga bestämmelser . . . 5

A. Unionsrätt . . . 5

B. Rumänsk rätt . . . 6

1. Rumäniens konstitution . . . 6

2. Lag nr 303/2004 . . . 7

3. Lag nr 304/2004 . . . 7

4. Förordningen om Högsta domstolens organisation och administrativa verksamhet . . . 8

5. Straffprocesslagen . . . 9

6. Strafflagen . . . 10

III. Bakgrunden, det nationella förfarandet och frågorna i begäran om förhandsavgörande . . . 11

A. Mål C-357/19 . . . 11

B. Mål C-547/19 . . . 13

C. Förfarandet vid domstolen . . . 14

IV. Bedömning . . . 15

A. Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning . . . 15

1. Mål C-357/19 . . . 15

a) EU:s avsaknad av befogenheter . . . 15

b) Huruvida de hänskjutna frågorna är relevanta för det nationella målet . . . 16

2. Mål C-547/19 . . . 18

a) EU:s avsaknad av befogenheter . . . 18

b) Tolkningsfrågans relevans för det nationella målet . . . 19

B. Tillämplig unionslagstiftning . . . 19

1. Artikel 2 och artikel 19.1 FEU . . . 20

2. Beslutet om samarbets- och kontrollmekanismen (och stadgan) . . . 21

3. Artikel 325.1 FEUF, PIF-konventionen (och stadgan) . . . 23

a) Artikel 325.1 och mervärdesskatt . . . 24

b) Artikel 325.1 FEUF, PIF-konventionen och korruption med anknytning till EU-medel . . . 24

c) Omfattar artikel 325.1 FEUF även försök? . . . 26

d) Är tillämpningsområdet för artikel 325.1 beroende av utgången av målet? . . . 27

4. Slutsats i denna del . . . 28

C. Bedömning . . . 28

1. Det nationella rättsliga sammanhanget . . . 29

2. Rätten till en domstol som har inrättats enligt lag . . . 31

a) Unionsrättens standard . . . 32

b) Bedömning . . . 34

c) Slutsats i denna del . . . 37

3. Skyddet av unionens ekonomiska intressen . . . 37

1) Unionsrätten . . . 37

2) Parternas ståndpunkter . . . 38

3) Bedömning . . . 39

i) Vilket test ska användas? . . . 39

ii) Tillämpning i förevarande mål . . . 42

iii) Slutsats i denna del . . . 44

4. Principen om oavhängiga domstolar . . . 45

1) De problem som den hänskjutande domstolen har tagit upp . . . 45

2) Den unionsrättsliga ramen . . . 47

3) Bedömning . . . 49

i) Författningsdomstolens sammansättning och ställning 49

ii) Författningsdomstolens behörighetsområde och praxis 50

iii) Principen om rättskraft 50

iv) Förbehåll 51

v) Slutsats i denna del 52

5. Principen om unionsrättens företräde 52

V. Förslag till avgörande 55

I. Inledning

1. Under 2019 hänsköt olika domstolar i Rumänien ett antal begäranden om förhandsavgörande till EU-domstolen rörande domstolars oavhängighet, rättsstatsprincipen och bekämpande av korruption. Den första gruppen av mål rörde olika ändringar i den nationella lagstiftningen om rättsväsendet, vilka till stor del hade genomförts med hjälp av undantagsförordningar. [2]

2. Dessa förenade mål är de ”ledande” målen i den andra gruppen av mål. [3] Huvudtemat i den andra gruppen skiljer sig ganska mycket från den första gruppens: får domar från Curtea Constituțională a României (Rumäniens författningsdomstol) (nedan kallad Författningsdomstolen) åsidosätta principen om oavhängiga domstolar och rättsstatsprincipen, samt skyddet av unionens ekonomiska intressen?

3. Förevarande förenade mål rör specifikt rättsverkningarna av ett avgörande av Författningsdomstolen, i vilket den i korthet slog fast att vissa avdelningar vid Înalta Curte de Casație și Justiție (Högsta domstolen, Rumänien) var felaktigt sammansatta. Detta avgörande gjorde det möjligt för vissa av parterna att använda sig av extraordinära rättsmedel, vilket i sin tur eventuellt gav upphov till problem som inte bara rör skyddet av unionens ekonomiska intressen enligt artikel 325.1 FEUF, utan även tolkningen av begreppet ”domstol som har inrättats enligt lag” i artikel 47 andra stycket i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan). Avslutningsvis är allt detta en del av en nationell institutionell miljö i vilken en underlåtenhet att rätta sig efter författningsdomstolens avgöranden utgör en disciplinförseelse.

2 Se mitt förslag till avgörande i målet Asociația ”Forumul Judecătorilor din România” (C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19 och C-355/19, EU:C:2020:746) (nedan kallat förslaget till avgörande i målet AFJR). Se även mitt förslag till avgörande som föredrogs samma dag i målet Statul Român – Ministerul Finanțelor Publice (C-397/19, EU:C:2020:747).

3 Se även mina förslag till avgöranden som föredras parallellt i dag i mål C-379/19, DNA- Serviciul Teritorial Oradea, och i de förenade målen C-811/19 och C-840/19, FQ m.fl..

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

4. Artikel 1 i konventionen som utarbetats på grundval av artikel K.3 i fördraget om Europeiska unionen, om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen (nedan kallad PIF-konventionen), har följande lydelse: [4]

”I denna konvention förstås med bedrägeri som riktar sig mot Europeiska gemenskapernas finansiella intressen

(a) i fråga om utgifter, varje uppsåtlig handling eller underlåtenhet som avser

– användning eller presentation av falska, felaktiga eller ofullständiga uppgifter eller dokument, om detta leder till att medel från Europeiska gemenskapernas allmänna budget eller från de budgetar som förvaltas av Europeiska gemenskaperna eller för deras räkning otillbörligen uppbärs eller innehålls,

– undanhållande av information som skall lämnas i enlighet med särskilda föreskrifter, om gärningen har samma effekt,

– missbruk av sådana medel för andra ändamål än de som de ursprungligen beviljades för,

…

2. Om inte annat följer av artikel 2.2 skall varje medlemsstat vidta nödvändiga och lämpliga åtgärder för att överföra bestämmelserna i punkt 1 till den nationella straffrätten så att de förfaranden som avses där beläggs med straff.

3. Om inte annat följer av artikel 2.2 skall varje medlemsstat också vidta nödvändiga åtgärder för att uppsåtligt upprättande eller uppsåtligt tillhandahållande av falska, felaktiga eller ofullständiga uppgifter eller dokument som har den effekt som anges i punkt 1, beläggs med straff om gärningarna inte redan är straffbelagda, antingen som gärningsmannaskap eller som medhjälp, anstiftan eller försök till bedrägeri enligt definitionen i punkt 1.

4. Bedömningen av om en handling eller underlåtenhet enligt punkterna 1 och 3 varit uppsåtlig får göras mot bakgrund av yttre faktiska omständigheter.”

5. I artikel 2 i PIF-konventionen föreskrivs följande:

”1. Varje medlemsstat skall vidta de åtgärder som är nödvändiga för att sådana förfaranden som avses i artikel 1, liksom medhjälp, anstiftan eller försök till de gärningar som avses i artikel 1.1, beläggs med effektiva, proportionella och avskräckande straffrättsliga påföljder, däribland, åtminstone i allvarliga fall, frihetsberövande påföljder som kan medföra utlämning, varvid det står klart att med allvarliga fel menas de bedrägerier som rör minst det minimibelopp som varje medlemsstat fastställt. Detta minimibelopp får inte överstiga 50 000 ecu.

…”

[4] EGT C 316, 1995, s. 49.

B. Rumänsk rätt

1. Rumäniens konstitution

6. Rumäniens konstitution, i ändrad och kompletterad lydelse enligt lag nr 429/2003, innehåller följande bestämmelser:

”Artikel 142 – Uppbyggnad

1. [Författningsdomstolen] är garanten för konstitutionens företräde.

2. [Författningsdomstolen] är sammansatt av nio domare, vilka utses för en tid av nio år som inte kan förlängas eller förnyas.

3. Tre domare utses av Camera Deputaților (deputeradekammaren), tre domare utses av Senat (senaten) och tre domare utses av Rumäniens president.

…

Artikel 143 – Villkor för utnämning

Domarna i [Författningsdomstolen] ska ha mycket höga juridiska kvalifikationer, hög yrkeskompetens och minst 18 års erfarenhet av juridisk verksamhet eller verksamhet inom högre juridisk utbildning.

…

Artikel 145 – Oavhängighet och oavsättlighet

Domarna i [Författningsdomstolen] är oavhängiga vid utövande av sin tjänst och de får inte avsättas så länge deras förordnande varar.

Artikel 146 – Uppgifter

[Författningsdomstolen] har följande uppgifter:

…

(e) Avgöra rättsliga tvister av konstitutionell karaktär mellan offentliga myndigheter, på begäran av Rumäniens president, någon av talmännen i de två kamrarna i Rumäniens parlament, premiärministern eller ordföranden i Consiliul Superior al Magistraturii (Högsta rättsrådet; nedan kallat CSM).

…

Artikel 147 – Avgöranden av [Författningsdomstolen]

1. Bestämmelser i lagar och andra författningar som befunnits vara författningsstridiga, ska upphöra att ha rättsverkan 45 dagar efter att [Författningsdomstolens] avgörande har offentliggjorts, om parlamentet eller regeringen, i tillämpliga fall, misslyckas med att göra de

författningsstridiga bestämmelserna förenliga med bestämmelserna i konstitutionen. Under den tiden ska de bestämmelser som befunnits vara författningsstridiga vilandeförklaras.

2. I fall av författningsstridighet som rör lagar, ska parlamentet innan dessa lagar utfärdas åläggas att se över bestämmelserna i fråga så att de blir förenliga med [Författningsdomstolens] avgörande.

…

4. [Författningsdomstolens] avgöranden ska offentliggöras i Monitorul Oficial al României (Rumäniens officiella tidning). Från och med den dag då de offentliggörs, ska avgörandena i allmänhet vara bindande och enbart ha rättsverkan för framtiden.”

2. Lag nr 303/2004

7. Enligt artikel 99 ș i Legea nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor (lag nr 303/2004 om domares och åklagares ställning) (nedan kallad lag nr 303/2004),[5] utgör ”underlåtenhet att följa [Författningsdomstolens] avgöranden” en disciplinförseelse.

3. Lag nr 304/2004

8. Sammansättningen av Högsta domstolens avdelningar regleras i artiklarna 32 och 33 i Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară (lag nr 304/2004 om domstolsväsendets organisation) (nedan kallad lag nr 304/2004).[6] De bestämmelserna ändrades 2010, 2013 och 2018.

9. I dess ändrade lydelse enligt Legea nr. 207/2018 pentru modificarea și completarea Legii nr. 304/2004 privind organizarea judiciară (lag nr 207/2018 om ändring och komplettering av lag nr 304/2004),[7] föreskrivs följande i artikel 32:

”1. I början av varje år ska Högsta domstolens administrativa plenum, på förslag av Högsta domstolens ordförande eller vice ordförande, godkänna antalet avdelningar med fem domare och dessa avdelningars sammansättning.

2. I brottmål ska domare vid Högsta domstolens brottmålssektion tjänstgöra på avdelningarna med fem domare.

3. I andra mål än brottmål ska specialiserade domare tjänstgöra på avdelningarna med fem domare, beroende på målets art.

4. Högsta domstolens ordförande eller, om denne har förhinder, någon av de vice ordförandena utser varje år genom lottning, vid ett offentligt sammanträde, de domare som ska tjänstgöra på dessa avdelningar. De domare som tjänstgör på avdelningarna får bara bytas ut i undantagsfall, på grundval av de objektiva kriterier som föreskrivs i Regulamentul privind organizarea și funcționarea administrativă a Înaltei Curți de Casație și Justiție (förordning om Högsta domstolens organisation och administrativa verksamhet).

5 Monitorul Oficial al României, del I, nr 826 av den 13 september 2005.

6 Monitorul Oficial al României, del I, nr 827 av den 13 september 2005.

7 Monitorul Oficial al României, del I, nr 636 av den 20 juli 2018.

5. Avdelningar med fem domare ska ledas av Högsta domstolens ordförande, någon av de två vice ordförandena eller ordförandena i sektionerna, om de har utsetts enligt punkt 4 för att tjänstgöra på den berörda avdelningen.

6. Om ingen av de ovannämnda personerna har utsetts för att tjänstgöra på en avdelning med fem domare, ska varje domare leda en avdelning enligt ett rullande schema, beroende på tjänstgöringstid.

7. Mål som omfattas av femdomaravdelningarnas behörighet fördelas slumpmässigt med hjälp av ett datoriserat system."

4. Förordningen om Högsta domstolens organisation och administrativa verksamhet

10. Regulamentul privind organizarea și funcționarea administrativă a ÎCCJ (förordning om Högsta domstolens organisation och administrativa verksamhet) (nedan kallad arbetsordningen),[8] antogs med stöd av lag nr 304/2004. Den ändrades och kompletterades genom Högsta domstolens beslut nr 24 av den 25 november 2010 (nedan kallat beslut nr 24/2010),[9] och Högsta domstolens beslut nr 3 av den 28 januari 2014 (nedan kallat beslut nr 3/2014).[10]

11. I deras ändrade lydelse enligt beslut nr 3/2014, föreskrivs följande i artiklarna 28 och 29 i arbetsordningen:

"Artikel 28

1. Avdelningar med fem domare vars behörighet att pröva mål fastställs i lag, ska verka inom ramen för Högsta domstolen.

2. I början av varje år ska avdelningar med fem domare som enbart är sammansatta av ledamöter av brottmålssektionen inrättas i brottmål. I andra mål än brottmål ska två avdelningar med fem domare inrättas som bara är sammansatta av ledamöter av den första tvistemålssektionen, den andra tvistemålssektionen och sektionen för förvaltnings- och skattemål.

3. Antalet avdelningar med fem domare i brottmål ska godkännas varje år av Högsta domstolens administrativa plenum, på förslag av brottmålssektionens ordförande.

4. Avdelningar med fem domare ska ledas av ordföranden, de vice ordförandena, ordföranden för brottmålssektionen eller den äldsta ledamoten, allt efter omständigheterna.

Artikel 29

1. Högsta domstolens ordförande eller, om denne är förhindrad, någon av de vice ordförandena utser varje år genom lottning, vid ett offentligt sammanträde, fyra eller, beroende på omständigheterna, fem domare vid Högsta domstolens brottmålssektion att tjänstgöra på respektive avdelning.

8 Monitorul Oficial al României, del I, nr 1 076 av den 30 november 2005.

9 Monitorul Oficial al României, del I, nr 819 av den 8 december 2010.

10 Monitorul Oficial al României, del I, nr 75 av den 30 januari 2014.

2. För att inrätta två avdelningar med fem domare i andra mål än brottmål, utser Högsta domstolens ordförande eller, om denne är förhindrad, en av de vice ordförandena, på de villkor som anges i punkt 1, domare som ska tjänstgöra på dessa avdelningar.

3. Högsta domstolens administrativa plenum ska varje år fastställa hur väl sektionerna är företrädda i sammansättningen av de avdelningar som avses i punkt 2. Högsta domstolens administrativa plenum ska godkänna sammansättningen av avdelningar med fem domare. Vid brottmålsavdelningar med fem domare ska detta ske på förslag av ordföranden för brottmålssektionen.

4. Domare som har utsetts ett år ska inte delta i lottningen året därpå.

5. Fyra eller, beroende på omständigheterna, fem ställföreträdande domare ska utses för varje avdelning, på de villkor som anges i punkterna 1–3.

5. Straffprocesslagen

12. I artikel 426 första stycket i Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală (lag nr 135/2010 om straffprocesslagen),[11] i dess lydelse enligt Legea nr. 255/2013 och enligt Ordonanța de urgență a Guvernului României nr. 18/2016 (lagdekret nr 18/2016) (nedan kallad straffprocesslagen) föreskrivs följande:

”En extraordinär talan om undanröjande av lagakraftvunna avgöranden i brottmål får väckas i följande fall:

…

(d) När appellationsdomstolens sammansättning är rättsstridig eller när det föreligger oförenlighet.”

13. Enligt artikel 428.1 i straffprocesslagen får ”en extraordinär talan om undanröjande på de grunder som avses i artikel 426 a och c–h väckas inom 30 dagar från den dag då appellationsdomstolens avgörande delgavs”.

14. I artikel 432.1 i straffprocesslagen föreskrivs följande: ”Om domstolen efter att ha hört parterna och åklagarmyndigheten vid förhandlingen för prövning av en extraordinär talan om undanröjande, finner att talan är välgrundad, ska den meddela ett avgörande och undanröja det avgörande som yrkats undanröjt samt återförvisa målet för prövning i första eller andra instans, antingen omedelbart eller inom en tidsfrist som domstolen fastställer, beroende på omständigheterna.

[11] Monitorul Oficial al României, del I, nr 486 av den 15 juli 2010.

6. Strafflagen

15. I artikel 154 i Legea nr. 286/2009 privind Codul penal (lag nr 286/2009 om strafflagen) [12] av den 17 juli 2009, i ändrad och kompletterad lydelse (nedan kallad strafflagen), föreskrivs följande:

”(1) Preskriptionstiden för brott är

(a) 15 år, när på brottet kan följa livstids fängelse eller fängelse i mer än 20 år,

(b) 10 år, när på brottet kan följa fängelse, lägst 10 år och högst 20 år,

(c) 8 år, när på brottet kan följa fängelse, lägst 5 år och högst 10 år,

(d) 5 år, när på brottet kan följa fängelse, lägst 1 år och högst 5 år,

(e) 3 år, när på brottet kan följa fängelse i mindre än 1 år eller böter.

(2) Preskriptionstider enligt denna artikel ska börja löpa den dag då brottet begicks. Vid perdurerande brott ska preskriptionstiden börja löpa den dag då handlingen eller underlåtenheten att handla upphör. Vid upprepade brott ska preskriptionstiden börja löpa den dag då den sista handlingen eller underlåtenheten att handla begås. Vid vanemässig brottslighet ska preskriptionstiden börja löpa den dag då den sista handlingen begås.

(3) Vid fortlöpande brott ska preskriptionstiden börja löpa den dag då handlingen eller underlåtenheten att handla begås och den ska beräknas i förhållande till det straff som är förknippat med slutresultatet.

…”

16. Grunder för och rättsverkan av avbrott av preskriptionstider regleras på följande sätt i artikel 155 i strafflagen:

(1) En processhandling som företas i ett mål ska medföra att preskriptionstiden avbryts.

(2) En ny preskriptionstid ska börja löpa efter varje avbrott.

(3) Ett avbrott av preskriptionstiden ska vara verkställbart mot alla som medverkat i brottet, även om den handling som medfört att preskriptionstiden avbrutits bara rör vissa av dem som medverkat.

(4) Om de preskriptionstider som föreskrivs i artikel 154 har överskridits igen, ska de anses ha löpt ut oavsett hur många gånger de har avbrutits.

(5) Ett principiellt bifallande av en begäran att återuppta ett brottmål ska medföra att en ny preskriptionstid börjar löpa.”

[12] Monitorul Oficial al României, del I, nr 510 av den 24 juli 2009.

III. Bakgrunden, det nationella förfarandet och frågorna i begäran om förhandsavgörande

A. Mål C-357/19

17. Det nationella målet handlar om ett fall där såväl Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție – Direcția Națională Anticorupție (allmänna åklagarmyndighetens avdelning för mål vid Högsta domstolen, Rumänien – Nationella korruptionsbekämpningsdirektoratet) (nedan kallad åklagaren) som fyra klaganden i det målet, har väckt extraordinär talan mot en lagakraftvunnen dom av den 5 juni 2018.

18. Genom den domen, som meddelades av en femdomaravdelning vid Högsta domstolen, dömdes klagandena för flera fall av korruption, missbruk av tjänsteställning och skatteflykt. Domen meddelades i ett mål om överklagande av en dom som Högsta domstolen (brottmålssektionen) hade meddelat den 28 mars 2017. På nämnda avdelning tjänstgjorde ordföranden för Högsta domstolens brottmålssektion samt fyra domare som hade utsetts genom lottning, i enlighet med arbetsordningen.

19. Vad gäller åtalet för *korruption* konstaterades det att den första klaganden, som då var minister, under perioden 2010–2012 lett ett agerande genom vilket hon och personer i hennes närhet mottog belopp från företrädare för vissa kommersiella bolag för att se till att de sistnämnda erhöll betalning i rätt tid för arbeten som utförts inom ramen för program som finansierats av ministeriet, i ett sammanhang där ministeriets budget hade reducerats avsevärt och arbetena var betydligt försenade. Agerandet innefattade även den andra klaganden (som vid den tiden var personlig assistent till ministern), den tredje klaganden (som vid den tiden var ministeriets generalsekreterare) och andra personer (en personlig rådgivare till ministern och en direktör för ett nationellt investeringsorgan).

20. Vad gäller åtalet för *missbruk av tjänsteställning* konstaterades det att den första klaganden, i egenskap av minister, under år 2011 ombesörjde att ministeriet för regional utveckling och turism tilldelade SC Europlus Computers SRL, som drevs av den fjärde klaganden, ett tjänstekontrakt. Kontraktet avsåg tillhandahållande av tjänster för marknadsföring av Rumänien i anslutning till evenemang som ägde rum i samband med en internationell proffsboxningsgala som anordnades av det rumänska boxningsförbundet. Den som tilldelades kontraktet avseende marknadsföringstjänsterna mottog offentliga medel på 8 116 800 rumänska lei (RON) för att anordna ett kommersiellt evenemang för vilket samtliga intäkter tillföll arrangörerna.

21. Det fastställdes således att offentliga medel använts på ett sätt som var förbjudet enligt lag och att kontraktet tilldelats i strid med lagstiftningen om offentlig upphandling. Tjänster hade förvärvats som inte ingick i någon av de utgiftskategorier som berättigar till stöd enligt program som finansieras av EU, inom ramen för projektet ”Marknadsföring av Rumänien som turistmål” genom det regionala operativa programmet 2007–2013. Dessa omständigheter ledde till att den myndighet som ansvarade för förvaltningen av EU-medlen nekade utbetalning för dessa utgifter. De belopp som skulle ha ersatts med hjälp av de EU-medlen kom i stället i sin helhet att belasta statsbudgeten. Ministeriet för regional utveckling och turism orsakades härigenom en förlust på 8 116 800 RON.

22. Vad gäller åtalet för *skatteflykt* fastställdes att den fjärde klaganden, i syfte att minska den skatt som skulle erläggas till statsbudgeten för de intäkter som erhållits under de ovan angivna omständigheterna, i bokföringen för SC Europlus Computers SRL tog in handlingar som

utfärdats av brevlådeföretag till styrkande av fiktiva kostnader, vilka påstods hänföra sig till marknadsförings- och konsulttjänster. Detta orsakade skada på 646 838 RON, varav 388 103 RON avsåg mervärdesskatt, respektive 90 669 RON, varav 54 402 RON avsåg mervärdesskatt.

23. Efter att Högsta domstolens dom av den 5 juni 2018 (meddelad av en femdomaravdelning, i andra instans) hade vunnit laga kraft, meddelade Författningsdomstolen sitt avgörande nr 685/2018 av den 7 november 2018 (nedan kallat avgörande nr 685/2018). Genom det avgörandet bifölls den talan som den rumänska regeringens premiärminister hade väckt. Författningsdomstolen fann att det förelåg en rättslig tvist av konstitutionell karaktär mellan parlamentet, å ena sidan, och Högsta domstolen, å den andra, till följd av de beslut som Högsta domstolens administrativa plenum hade meddelat, enligt vilka bara fyra av de fem ledamöterna vid femdomaravdelningen hade utsetts genom lottning. Författningsdomstolen slog fast att detta stred mot bestämmelserna i artikel 32 i lag nr 304/2004. Till följd av detta ansågs alla femdomaravdelningar som hade inrättats efter den 1 februari 2014 ha varit rättsstridigt sammansatta. Författningsdomstolen ålade Högsta domstolen att snarast möjligt utse alla ledamöter av femdomaravdelningar genom lottning. Den slog också fast att avgörande nr 685/2018 även gäller avgjorda mål, under förutsättning att parternas frist för att väcka extraordinär talan ännu inte löpt ut.

24. Såväl klagandena som åklagaren väckte på grundval av Författningsdomstolens avgörande nr 685/2018 extraordinär talan om undanröjande av domen av den 5 juni 2018 och yrkade att deras överklaganden skulle prövas på nytt. Den hänskjutande domstolen ska i förevarande fall pröva de grunder som båda parterna har åberopat. Den kan antingen ogilla den extraordinära talan, vilket skulle få till följd att den angripna domen står fast, eller bifalla talan, vilket skulle få till följd att domen undanröjs och att överklagandena ska prövas på nytt.

25. Mot bakgrund av detta har Înalta Curte de Casație și Justiție beslutat att vilandeförklara målet och att hänskjuta följande frågor till domstolen för ett förhandsavgörande:

”1) Ska artikel 19.1 FEU, artikel 325.1 FEUF, artiklarna 1.1 a och b och 2.1 i PIF-konventionen, samt principen om rättssäkerhet tolkas så, att de utgör hinder för att ett organ som inte tillhör den dömande makten, nämligen [Författningsdomstolen], avgör huruvida domstolsavdelningars sammansättningar varit lagenliga, vilket skapar förutsättningar för bifall till extraordinära rättsmedel mot lagakraftvunna domar som meddelats under en viss tidsperiod?

2) Ska artikel 47.2 i stadgan tolkas så, att den utgör hinder för att ett organ som inte tillhör den dömande makten, med bindande verkan enligt nationell rätt, fastställer att en domstolsavdelning inte uppfyller kraven på självständighet och opartiskhet, om det på denna avdelning tjänstgör en domare med arbetsledande befogenheter som inte har utsetts slumpvis, utan i enlighet med en transparent regel som parterna har känt till utan att ifrågasätta den och som är tillämplig på alla mål som behandlas av nämnda avdelning?

3) Ska unionsrättens företräde tolkas så, att den ger den nationella domstolen rätt att inte följa ett avgörande av Författningsdomstolen, vilket meddelats i ett mål som rör en konstitutionell konflikt och är bindande enligt nationell rätt?”

B. Mål C-547/19

26. Högsta rättsrådet (avdelningen för disciplinärenden) biföll i beslut av den 2 april 2018 Inspecția Judiciară (Domar-och åklagarinspektionen, Rumänien) framställan om att klaganden, som är domare vid Curtea de Apel București (Appellationsdomstolen i Bukarest, Rumänien) skulle åläggas disciplinåtgärder. Högsta rättsrådet ålade klaganden disciplinpåföljden uteslutning ur domarkåren, i enlighet med artikel 100 e i lag nr 303/2004. Högsta rättsrådet fann att bestämmelserna om den slumpvisa tilldelningen av mål blivit grovt åsidosatta. Klaganden hade därmed gjort sig skyldig till den disciplinöverträdelse som är föreskriven i artikel 99 o i lag nr 303/2004.

27. Klaganden överklagade beslutet av den 2 april 2018 till Högsta domstolen. Parallellt överklagade Asociația Forumul Judecătorilor din România (domarföreningen ”Forum”, Rumänien) ett beslut att inte låta föreningen intervenera i det ursprungliga förfarandet vid Högsta rättsrådet (avdelningen för disciplinärenden). Båda överklagandena tilldelades femdomaravdelningen tvistemål 2, vilken sammansattes genom lottdragning den 30 oktober 2017 och godkändes av Högsta domstolens kollegium genom beslut nr 68 av den 2 november 2017. De två målen om överklagande förenades vid förhandlingen den 22 oktober 2018.

28. Den 7 November 2018 meddelade Författningsdomstolen sitt avgörande nr 685/2018. [13]

29. Den 8 november 2018 meddelade Högsta domstolens administrativa plenum beslut nr 137/2018. I enlighet med det beslutet utsågs den 9 november 2018 alla ledamöter i femdomaravdelningarna för 2018 genom lottdragning.

30. Den 29 november 2018 offentliggjordes Författningsdomstolens avgörande nr 685/2018. Till följd av det offentliggörandet antog Högsta rättsrådet beslut nr 1367 av den 5 december 2018, vilket innehöll bestämmelser ”som säkerställer överensstämmelse med kraven [enligt avgörande nr 685/2018]” (nedan kallat beslut nr 1367/2018).

31. Den avdelning (i den sammansättning som följer av beslut nr 137/2018) som hade tilldelats målet förordnade – för att följa det sistnämnda beslutet – genom beslut av den 10 december 2018 att målet skulle avskrivas i syfte att det slumpvis skulle tilldelas en avdelning, vars sammansättning skulle fastställas genom lottdragning i enlighet med de regler som hade godkänts av Högsta rättsrådet i beslut nr 1367/2018.

32. Den 13 december 2018 genomfördes i Högsta domstolens lokaler lottdragningen för att utse ledamöterna i femdomaravdelningarna för år 2018. Förevarande mål kom då slumpvis att tilldelas en femdomaravdelning – tvistemål 3 – 2018. Den är den avdelningen som har framställt begäran om förhandsavgörande.

33. Genom beslut nr 1535 av den 19 december 2018 (nedan kallat beslut nr 1535/2018), fastställde Högsta rättsrådet att mål som hade tilldelats femdomaravdelningar som hade satts samman för år 2018, skulle fortsätta att prövas av de avdelningarna efter den 1 januari 2019, även om inga processhandlingar hade företagits i de målen.

[13] Se punkt 23 ovan i det här förslaget till avgörande.

34. Mot bakgrund av dessa omständigheter har klaganden bland annat framställt en invändning om rättsstridighet med avseende på sammansättningen av den avdelning som prövar hennes mål och en invändning om rättsstridighet avseende Högsta domstolsrådets beslut nr 1367/2018 och nr 1535/2018, samt de efterföljande besluten av Högsta domstolens administrativa plenum. [14] Författningsdomstolens och Högsta rättsrådets ingripande i Högsta domstolens verksamhet utgjorde enligt klaganden ett åsidosättande av principen om kontinuitet på domstolens avdelningar. Om det ingripandet inte hade skett, skulle målet korrekt ha tilldelats en av de femdomaravdelningar som inrättats för 2019 enligt artikel 32 i lag nr 304/2004. Den fortsatta verksamheten för en domstolsavdelning efter den tidsgräns som är föreskriven i nationell lag utgör ett åsidosättande av artikel 6.1 i Europakonventionen och därigenom av artikel 47 i stadgan, vilket får verkningar för artikel 2 FEU. Högsta rättsrådet, som är en förvaltningsmyndighet, har påbjudit Högsta domstolen ett visst handlingssätt och därigenom åsidosatt rättsstatsprincipen och sålunda undergrävt den oavhängighet och den opartiskhet i rättsskipningen som det enligt lag åligger en domstol att alltid iaktta.

35. Den hänskjutande domstolen har förklarat att även om Författningsdomstolens avgörande nr 685/2018 i princip inte påverkar sammansättningen av avdelningar som inte är brottmålsavdelningar, har det en indirekt inverkan på förevarande mål. Skälet för det är att Högsta domstolsrådet för att verkställa det beslutet har antagit ett antal förvaltningsbeslut, genom vilka de har ålagt Högsta domstolen en annan tolkning av bestämmelserna om femdomaravdelningarnas årsvisa sammansättning.

36. Mot bakgrund av detta har Înalta Curte de Casație și Justiție (Högsta domstolen, Rumänien) beslutat att vilandeförklara målet och att hänskjuta följande fråga till domstolen för ett förhandsavgörande:

”Ska artikel 2 i fördraget om Europeiska unionen, artikel 19.1 i samma fördrag och artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna tolkas så, att de utgör hinder för en författningsdomstols (ett organ som enligt nationell rätt inte är en domstol) ingripande angående det sätt på vilket högsta domstolen har tolkat och tillämpat lagstiftningen om dömande sammansättningar?”

C. Förfarandet vid domstolen

37. Den hänskjutande domstolen i mål C-357/19 ansökte om att EU-domstolen skulle handlägga målet skyndsamt i enlighet med artikel 105.1 i EU-domstolens rättegångsregler. EU-domstolens ordförande beslutade den 23 maj 2019 att avslå den ansökan. Genom beslut av den 28 november 2019 beviljades handläggning med förtur i enlighet med artikel 53.3 i EU-domstolens rättegångsregler, med avseende på förevarande mål och mål C-547/19.

38. Genom beslut av EU-domstolens ordförande av den 20 februari 2020 förenades målen C-357/19 och C-547/19 för det muntliga förfarandet och för domen.

39. Skriftliga yttranden i mål C-357/19 har getts in av den första, den andra och den fjärde klaganden, åklagaren, den polska och den rumänska regeringen samt Europeiska kommissionen.

[14] I beslutet att begära förhandsavgörande nämns beslut nr 157/2018, nr 153/2018 och nr 2/2019. Det innehåller emellertid ingen information om innehållet i de besluten eller om deras relevans för de nationella målen.

40. I mål C-547/19 har skriftliga yttranden getts in av klaganden, domarföreningen ”Forum”, Högsta domstolsrådet, Domar- och åklagarinspektionen, den rumänska regeringen och kommissionen.

41. Den första klaganden i mål C-357/19, den andra klaganden i mål C-357/19, klaganden i mål C-547/19, domarföreningen ”Forum”, åklagaren, den rumänska regeringen och kommissionen besvarade de skriftliga frågor som domstolen hade ställt.

IV. Bedömning

42. Detta förslag till avgörande är uppbyggt på följande sätt: För det första ska jag behandla de berörda parternas invändningar mot att tolkningsfrågorna tas upp till sakprövning (A). För det andra ska jag redogöra för den tillämpliga unionsrätten och identifiera de relevanta unionsrättsliga bestämmelser som är tillämpliga i förevarande mål (B). För det tredje ska jag bedöma tolkningsfrågorna i sak (C).

A. Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning

1. Mål C-357/19

43. Den första, den andra och den fjärde klaganden samt den polska regeringen har gjort gällande att tolkningsfrågorna i mål C-357/19 inte kan tas upp till sakprövning.[15] En första grupp av invändningar har att göra med EU:s påstådda avsaknad av befogenheter inom de områden som det nationella målet avser, och som därmed också rör domstolens behörighet (a). En andra uppsättning invändningar handlar om att tolkningsfrågorna inte är relevanta för det nationella målet (b).

a) EU:s avsaknad av befogenheter

44. Den första och den fjärde klaganden har gjort gällande att förevarande mål faller utanför unionsrättens tillämpningsområde, eftersom alla aspekter som rör tolkningen och tillämpningen av bestämmelserna i fråga är rent nationella. Den andra klaganden har också hävdat att målet inte har någon anknytning till unionsrätten.

45. Enligt den polska regeringen får EU-domstolen i mål om förhandsavgöranden inte pröva nationella domstolars avgöranden i sak och slå fast huruvida nationella domstolar är skyldiga att följa andra nationella domstolars avgöranden. Dessutom är de hänskjutna tolkningsfrågorna inte nödvändiga för att avgöra det nationella målet. Det nationella målet handlar om en rent inhemsk situation som inte berör något område där EU har befogenheter. Vidare är stadgan bara tillämplig när medlemsstaterna införlivar unionsrätten, vilket inte är fallet här.

46. Jag anser inte att dessa argument är övertygande.

[15] Den rumänska regeringen gjorde i sitt skriftliga yttrande gällande att tolkningsfrågorna inte kunde tas upp till sakprövning. Den ändrade emellertid uppfattning i sitt svar på domstolens skriftliga frågor.

47. Unionen har visserligen ingen direkt lagstiftningsbefogenhet när det gäller domstolsväsendets allmänna organisation. Det är emellertid uppenbart att medlemsstaterna är skyldiga att uppfylla kraven i artikel 2 och artikel 19.1 FEU, artikel 325.1 FEUF och PIF-konventionen, liksom artikel 47 i stadgan, när de utformar sina bestämmelser och tillämpar metoder som påverkar den nationella tillämpningen och genomförandet av unionsrätten. Den logiken är inte *områdesberoende*. Beträffande EU:s gränser för medlemsstaternas nationella processuella autonomi är den, och har alltid varit, *inverkansberoende*. Den kan handla om vilka delar som helst av nationella strukturer eller förfaranden som används för den nationella tillämpningen av unionsrätten.

48. Den specifika fråga som aktualiseras i förevarande mål, det vill säga huruvida nationell rättspraxis och nationella bestämmelser som rör sammansättningen av Högsta domstolens avdelningar, faller inom tillämpningsområdet för de bestämmelserna och vilka skyldigheter de kan medföra, är just vad tolkningsfrågorna handlar om. Det räcker därför att konstatera att begäran om förhandsavgörande rör tolkningen av unionsrätten, i synnerhet artikel 2 och artikel 19.1 FEU, artikel 325.1 FEUF och PIF-konventionen, samt artikel 47 i stadgan. Mot denna bakgrund är det uppenbart att domstolen är behörig att pröva denna begäran. [16]

49. Vidare har domstolen trots diskussionen om huruvida artikel 325.1 FEUF, PIF-konventionen och stadgan är tillämpliga, och om unionsrättens tillämpningsområde i mer traditionell mening, vilka jag ska bedöma mer ingående längre fram i detta förslag, [17] i sin rättspraxis på senare tid klargjort att artikel 19.1 andra stycket FEU är tillämplig när ett nationellt organ, i egenskap av domstol, *kan* pröva frågor om tillämpning eller tolkning av unionsrätten. [18]

50. Det råder knappast något tvivel om att Högsta domstolen, som är den domstol vars oavhängighet kan anses påverkas av Författningsdomstolens avgörande i förevarande mål, är ett nationellt rättsligt organ som, i egenskap av domstol, normalt prövar frågor som rör unionsrättens tillämpning eller tolkning.

51. Jag finner därför att inget av de argument som framförts skapar tvivel om huruvida EU-domstolen är behörig att besvara de frågor som ställts i mål C-357/19.

b) Huruvida de hänskjutna frågorna är relevanta för det nationella målet

52. Den fjärde klaganden har gjort gällande att det inte krävs någon begäran om förhandsavgörande för att avgöra det nationella målet och att frågan om tolkning av unionsrätten inte är relevant. Skälet till det är att oavsett vilket svar EU-domstolen lämnar på tolkningsfrågorna, kan det inte göra det möjligt för den nationella domstolen att avgöra målet. Den andra klaganden har gjort gällande att de unionsrättsliga bestämmelser som nämns i tolkningsfrågorna är av allmän

16 Se, för ett likande resonemang, dom av den 7 mars 2017, X och X (C-638/16 PPU, EU:C:2017:173, punkt 37), dom av den 26 september 2018, Belastingdienst/Toeslagen (Överklagandets suspensiva verkan) (C-175/17, EU:C:2018:776, punkt 24), dom av den 19 november 2019, A. K. m.fl. (Oavhängigheten hos avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen) (C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982, punkt 74) eller dom av den 9 juli 2020, Land Hessen (C-272/19, EU:C:2020:535, punkterna 40 och 41).

17 Se punkterna 86–115 nedan i det här förslaget till avgörande.

18 Se dom av den 27 februari 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, punkt 40), dom av den 24 juni 2019, kommissionen/Polen (Högsta domstolens oavhängighet) (C-619/18, EU:C:2019:531, punkt 51), dom av den 19 november 2019, A. K. m.fl. (Oavhängigheten hos avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen) (C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982, punkt 83), eller dom av den 26 mars 2020, Miasto Łowicz och Prokurator Generalny (C-558/18 och C-563/18, EU:C:2020:234, punkt 34).

karaktär. Det innebär att de inte ger upphov till några tvivel och att de inte har någon anknytning till det nationella målet. Vidare har den klaganden också gjort gällande att hans rättsliga ställning under alla förhållanden inte har någon anknytning till brott som rör bedrägeri med EU-medel.

53. Den första klaganden, som i huvudsak instämmer med dessa synpunkter, har dessutom tillagt att genom att hänvisa till PIF-konventionen har den hänskjutande domstolen försökt uppfylla sakprövningsvillkoren på ett rättsstridigt och ogrundat sätt. Den första klaganden menar att vad beträffar misstankarna om försök till bruk av falsk, felaktig eller ofullständig utsaga eller urkund för att på ett otillbörligt sätt tillskansa sig medel ur unionens budget, så har hon slutgiltigt friats från dem. Vidare har unionens budget inte påverkats och syftet med den extraordinära talan i det nationella målet har inte något som helst samband med det brottet. Förevarande mål har därför ingen anknytning till unionsrätten.

54. Jag anser inte att dessa invändningar kan godtas.

55. För det första ställs alla frågorna i mål C-357/19 inom ramen för bedömningen av den extraordinära talan som den hänskjutande domstolen ska pröva. För att kunna meddela ett avgörande rörande den talan, anser den hänskjutande domstolen att det är nödvändigt att genom den första och den andra frågan få klarlagt hur olika unionssättsliga bestämmelser ska tolkas, för att kunna bedöma huruvida de utgör hinder för antagandet av Författningsdomstolens avgörande nr 685/2018, vilket den annars skulle vara skyldig att tillämpa. Om unionsrätten utgör hinder för Författningsdomstolens avgörande, undrar den hänskjutande domstolen, i den tredje frågan, vilka de rättsliga följderna är av den slutsatsen, det vill säga huruvida det är möjligt att inte tillämpa det avgörandet på grund av principen om unionsrättens företräde.

56. Utan att jag i det här skedet på något sätt vill föregripa det eventuella svaret i sak på alla de frågorna, anser jag inte att det råder något tvivel om att frågorna är *relevanta* för avgörandet av det nationella målet och att de direkt påverkar den hänskjutande domstolens avgörande.[19] De hänskjutna frågorna uppfyller därför kravet på ”nödvändighet” i artikel 267 FEUF.[20]

57. För det andra anser jag inte att de argument som framförts i anslutning till den första frågan i mål C-357/19 rörande brotten i fråga och just de klagandenas situation, påverkar möjligheten att ta upp den frågan till sakprövning. De argumenten bygger i huvudsak på att den första klaganden har frikänts för brottet som rör bedrägeri med EU-medel, att de andra parterna inte berörs av den typen av brott och att resultatet av återupptagandet på grund av den extraordinära talan i enlighet med avgörande nr 685/2018, skulle kunna medföra att frikännandet omprövas. Av dessa skäl har det gjorts gällande att frågorna är irrelevanta för avgörandet av det nationella målet.

58. Den första frågan kan dock under alla förhållanden tas upp till sakprövning. Det nationella målet rör även handlingar som utgör skatteflykt, vilket gav upphov till betydande bortfall i uppbörden av mervärdesskatt.[21] Detta innebär i sig att det finns ett uppenbart samband med unionens ekonomiska intressen.[22]

19 Se även punkt 24 ovan i det här förslaget till avgörande.

20 Nyligen i dom av den 26 mars 2020, Miasto Łowicz och Prokurator Generalny (C-558/18 och C-563/18, EU:C:2020:234, punkterna 45–51).

21 På det sätt som beskrivs ovan i punkt 22 i detta förslag till avgörande.

22 Dom av den 5 december 2017, M.A.S. och M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, punkterna 30–33 och där angiven rättspraxis).

59. Vad gäller de andra brott som nämnts (korruption och missbruk av tjänsteställning),[23] rör frågan huruvida artikel 325.1 FEUF och/eller PIF-konventionen omfattar en situation som den som är aktuell i det nationella målet, själva sakförhållandena. Såsom den hänskjutande domstolen har förklarat i beslutet att begära förhandsavgörande, är syftet med den första frågan att mot bakgrund av domstolens rättspraxis, få klarlagt huruvida medlemsstaternas skyldigheter enligt artikel 325.1 FEUF och artiklarna 1.1 a och b och 2.1 i PIF-konventionen även rör straffrättsliga påföljder som redan beslutats. Den hänskjutande domstolen påpekar också att den anser att det är nödvändigt att få en tolkning av uttrycket ”all annan olaglig verksamhet som riktar sig mot unionens ekonomiska intressen” i artikel 325.1 FEUF för att slå fast huruvida den omfattar korruptionsbrott och bedrägerier i samband med offentliga upphandlingar, när syftet var att erhålla återbetalning av belopp från EU-medel, även om dessa medel eventuellt inte hade tillägnats genom bedrägeri.

60. Därför är syftet med den första frågan just att få klarlagt huruvida artikel 325.1 FEUF och/eller PIF-konventionen är tillämplig i en situation som den som är aktuell i det nationella målet. Det är uppenbart att svaret på den frågan rör avgörandet i sak och inte huruvida frågan kan tas upp till sakprövning.

2. Mål C-547/19

a) EU:s avsaknad av befogenheter

61. Domar- och åklagarinspektionen har gjort gällande att den tolkningsfråga som har hänskjutits i mål C-547/19 inte kan tas upp till sakprövning.[24] Enligt Domar- och åklagarinspektionen ska artikel 2 FEU inte tolkas så att unionen har befogenheter inom det område som omfattas av den bestämmelsen. Efter att ha erinrat om att stadgan och artikel 19.1 FEU har olika tillämpningsområden, har den parten gjort gällande att enligt domstolens rättspraxis rör den sistnämnda bestämmelsen ”de områden som omfattas av unionsrätten”, oberoende av om medlemsstaterna tillämpar unionsrätten, i den mening som avses i artikel 51.1 i stadgan. Det är bara möjligt att tillämpa bestämmelserna i stadgan när medlemsstaterna tillämpar unionsrätten, vilket inte är fallet i det nationella målet.

62. För det första handlar ovanstående argument mer om domstolens behörighet än om huruvida tolkningsfrågan kan tas upp till sakprövning, vilket jag även påpekade när det gäller mål C-357/19.[25]

63. När det för det andra gäller frågan om behörighet, har mål C-547–19, till skillnad från mål C-357/19, ingen anknytning till unionens ekonomiska intressen och därmed inte heller till artikel 325 FEUF. Det rör en fråga som i första hand inte omfattas av unionsrätten (nationella regler om sammansättningen av avdelningar i en högsta domstolsinstans) i en tvist i ett nationellt mål som, vid en konventionell tolkning av unionsrättens tillämpningsområde, inte omfattas av unionsrätten (ett överklagande av en disciplinpåföljd som innebar att en domare uteslöts från domarkåren).

23 Se ovan punkterna 19–21 i detta förslag till avgörande.

24 Den rumänska regeringen har i sitt skriftliga yttrande hävdat att inte heller tolkningsfrågan i förevarande mål kan tas upp till sakprövning. Den rumänska regeringen ändrade emellertid uppfattning i sitt svar på domstolens skriftliga frågor.

25 Se ovan punkt 51 i detta förslag till avgörande.

64. Domstolen har emellertid i sin rättspraxis på senare tid klargjort att artikel 19.1 FEU andra stycket är tillämplig när ett nationellt organ, i egenskap av domstol, *kan* pröva frågor om tillämpning eller tolkning av unionsrätten. [26] I förevarande mål råder det inget tvivel om att Högsta domstolen, inbegripet dess avdelning tvistemål 3, [27] vilket är det rättsliga organ vars oavhängighet möjligen kan påverkas av Författningsdomstolens avgörande i förevarande mål, är ett rättsligt organ som i sin dömande verksamhet i andra mål är en domstol som *kan* pröva unionsrättsliga frågor, vilket innebär att Högsta domstolen uppfyller det kravet.

65. Mot bakgrund av denna rättspraxis, drar jag slutsatsen att domstolen är behörig att svara på den fråga som hänskjutits i mål C-547/19. Jag har redan uttryckt tvivel om huruvida artikel 19.1 FEU andra stycket verkligen ska behandlas på ett så gränslöst sätt. [28] Även om det är ett gränsfall, misstänker jag emellertid att detta inte är ett bra mål för att utforska den bestämmelsens gränser och det finns ett tämligen enkelt och pragmatiskt skäl till det, nämligen att den första frågan i det parallella målet C-357/19, vilken huvudsakligen rör samma sak, åtminstone anser jag det, under alla förhållanden kan tas upp till sakprövning och omfattas av domstolens behörighet.

b) Tolkningsfrågans relevans för det nationella målet

66. För fullständighets skull ska jag tillägga att tolkningsfrågan i mål C-547/19 uppfyller kravet på ”nödvändighet” i artikel 267 FEUF. [29] Av ovan angivna skäl kan man hysa tvivel om huruvida ett mål som det här aktuella ändå borde omfattas av (det materiella) tillämpningsområdet för artikel 19.1 FEU andra stycket. Det råder emellertid inget tvivel om att ett avgörande från EU-domstolen kan tillämpas direkt i det nationella målet och att det därmed är relevant och nödvändigt för det målet.

67. Den fråga som har hänskjutits i mål C-547/19 rör tolkningen av unionsrätten i samband med prövningen av en invändning om rättsstridighet rörande sammansättningen av en domstolsavdelning, vilken är anhängig vid den hänskjutande domstolen. Beroende på hur den hänskjutande domstolen hanterar den invändningen, efter att ha fått vägledning av EU-domstolen, är ett helt annat utfall i det nationella målet möjligt. Den tolkning som har begärts från EU-domstolen är således ”nödvändig” i den mening som avses i artikel 267 FEUF.

B. Tillämplig unionslagstiftning

68. Med de olika frågor som Högsta domstolen har hänskjutit till EU-domstolen i de två förenade målen, vill den få klarlagt hur artikel 325.1 FEUF, PIF-konventionen, artikel 47 i stadgan och artikel 2 och artikel 19.1 FEU samt principen om unionsrättens företräde ska tolkas, och huruvida de bestämmelserna och principerna utgör hinder för antagandet och tillämpningen av Författningsdomstolens avgörande nr 685/2018.

69. Jag anser att det finns ett ganska viktigt instrument när det gäller just Rumänien som den hänskjutande domstolen inte har åberopat i förevarande mål, men som ligger till grund för de tidigare (och de parallella) [30] begärandena om förhandsavgörande, nämligen kommissionens

26 Se ovan fotnot 18 i detta förslag till avgörande.

27 Se ovan punkt 32 i detta förslag till avgörande.

28 Se, för närmare uppgifter, punkterna 204–224 i mitt förslag till avgörande i målet AFJR.

29 Dom av den 26 mars 2020, Miasto Łowicz och Prokurator Generalny (C-558/18 och C-563/18, EU:C:2020:234, punkterna 48–51).

30 Se punkterna 120–182 i förslaget till avgörande i målet AFJR. Detta beslut nämns däremot uttryckligen i de frågor som hänskjutits i mål C-379/19, som jag bedömer i ett separat förslag till avgörande som föredras i dag.

beslut 2006/928/EG av den 13 december 2006 om inrättande av en mekanism för samarbete och kontroll av Rumäniens framsteg vid uppfyllandet av de särskilda riktmärkena för reformen av rättsväsendet och kampen mot korruption. [31]

70. Det är således nödvändigt att klargöra vilka unionsrättsliga bestämmelser som är relevanta i förevarande mål.

1. Artikel 2 och artikel 19.1 FEU

71. Som jag närmare har redogjort för i mitt förslag till avgörande AFJR, [32] är artikel 19.1 andra stycket FEU, så som den hittills har tolkats av domstolen, potentiellt gränslös. Där föreskrivs att medlemsstaterna ska fastställa de möjligheter till överklagande som behövs för att säkerställa ett effektivt domstolsskydd inom de områden som omfattas av unionsrätten. Den är tillämplig oberoende av huruvida medlemsstaterna tillämpar unionsrätten i den mening som avses i artikel 51.1 i stadgan. [33] Det andra stycket i artikel 19.1 FEU är tillämpligt när ett nationellt organ, i egenskap av domstol, kan pröva frågor som rör tillämpningen eller tolkningen av unionsrätten. [34]

72. Detta synsätt leder till ett mycket brett tillämpningsområde för artikel 19.1 andra stycket FEU, inte bara *institutionellt* utan även *materiellt*. Det materiella tillämpningsområdet för artikel 19.1 FEU andra stycket omfattar varje nationell bestämmelse och alla förfaranden som kan inverka negativt på medlemsstaternas skyldighet att inrätta effektiva rättsmedel, inbegripet oavhängiga och opartiska domstolar, vilket innefattar oavhängighet och opartiskhet hos de rättssystemen, utan att det finns någon minimiregel. De verkliga gränserna för artikel 19.1 FEU andra stycket är, åtminstone i nuläget, enbart en följd av faktorer som hänger samman med möjligheten att pröva målet i sak. [35]

73. Mot bakgrund av dessa överväganden är artikel 19.1 FEU andra stycket tillämplig i båda de förevarande målen, så snart gränsen för upptagande till sakprövning har överskridits. [36] Materiellt sett handlar båda de förevarande målen om tolkningen av artikel 19.1 FEU andra stycket med avseende på konsekvenserna av ett avgörande av Författningsdomstolen och huruvida det uppfyller de krav som följer av den unionsrättsliga principen om oavhängiga domstolar. Institutionellt sett kommer begärandena om förhandsavgörande från en högsta domstolsinstans, Högsta domstolen, som förvisso, i egenskap av domstol, kan pröva frågor som rör tillämpningen eller tolkningen av unionsrätten.

31 EUT L 354, 2006, s. 56.

32 Se punkterna 204–211 i det förslaget till avgörande.

33 Dom av den 27 februari 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, punkt 29), dom av den 24 juni 2019, kommissionen/Polen (Högsta domstolens oavhängighet) (C-619/18, EU:C:2019:531, punkt 50), dom av den 19 november 2019, A. K. m.fl. (Oavhängigheten hos avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen) (C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982, punkt 82), eller dom av den 26 mars 2020, Miasto Łowicz och Prokurator Generalny (C-558/18 och C-563/18, EU:C:2020:234, punkt 33).

34 Dom av den 24 juni 2019, kommissionen/Polen (Högsta domstolens oavhängighet) (C-619/18, EU:C:2019:531, punkt 51), dom av den 19 november 2019, A. K. m.fl. (Oavhängigheten hos avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen) (C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982, punkt 83), eller dom av den 26 mars 2020, Miasto Łowicz and Prokurator Generalny (C-558/18 och C-563/18, EU:C:2020:234, punkt 34). Min kursivering.

35 Dom av den 26 mars 2020, Miasto Łowicz och Prokurator Generalny zastępowany (C-558/18 och C-563/18, EU:C:2020:234, punkt 45), och beslut av den 2 juli 2020, S.A.D. Maler und Anstreicher (C-256/19, EU:C:2020:523, punkt 43).

36 Se ovan punkterna 52–60 och punkterna 66–67 i detta förslag till avgörande.

74. Vad gäller hänvisningarna till artikel 2 FEU i den första frågan i mål C-357/19 och i frågan i mål C-547/19, kan jag liksom i mitt förslag till avgörande i målet AFJR [37] inte se något skäl för att göra en annan bedömning av den bestämmelsen i fördraget. Rättsstatsprincipen skyddas, som ett av unionens grundläggande värden, genom rätten till ett effektivt domstolsskydd och den grundläggande rätten till en rättvis rättegång, vilka i sin tur i väsentlig mån bygger på principen om domstolarnas oavhängighet. [38] Artikel 47 i stadgan och artikel 19.1 andra stycket FEU utgör därför ett mer konkret uttryck för det i artikel 2 FEU angivna värde som rättsstaten utgör. [39]

2. Beslutet om samarbets- och kontrollmekanismen (och stadgan)

75. Till skillnad från i målen AFJR och Statul Român – Ministerul Finanțelor Publice, ställs i de två besluten att begära förhandsavgörande i förevarande mål inte några särskilda frågor rörande beslutet om samarbets- och kontrollmekanismen. [40] Däremot åberopas det beslutet än en gång i de frågor som ställts i det parallella målet C-379/19, i vilket jag föredrar i ett separat förslag till avgörande i dag.

76. Det bör inledningsvis erinras om att enligt EU-domstolens fasta praxis utgör inte den omständigheten att den hänskjutande domstolen har formulerat en fråga med hänvisning endast till vissa unionsrättsliga bestämmelser hinder för att EU-domstolen tillhandahåller den domstolen alla uppgifter om unionsrättens tolkning som kan vara användbara vid avgörandet av det nationella målet, oberoende av om det har hänvisats därtill i frågorna eller inte. Det ankommer därvid på EU-domstolen att utifrån samtliga uppgifter som den nationella domstolen har lämnat, avgöra vilka delar av unionsrätten som behöver tolkas med hänsyn till saken i målet. [41]

77. Som svar på de skriftliga frågor som domstolen ställt till parterna, har den första klaganden i mål C-357/19 gjort gällande att beslutet om samarbets- och kontrollmekanismen inte rör frågor som har samband med genomförandet eller uppföljningen av rättsstatsprincipen, domstolars oavhängighet eller skyddet av unionens ekonomiska intressen. Dessutom är det beslutet inte tillämpligt på Författningsdomstolen. Den första och den andra klaganden i mål C-357/19 anser att målet inte rör korruptionsbekämpningens effektivitet.

78. Kommissionen, den rumänska regeringen, åklagaren och domarföreningen ”Forum” har däremot i korthet gjort gällande att beslutet om samarbets- och kontrollmekanismen, bland annat med beaktande av riktmärkena 1 och 3 i bilagan till beslutet, är tillämpligt med avseende på de frågor som aktualiserats i förevarande mål rörande korruptionsbekämpning, rättsstatsprincipen och domstolars oavhängighet. Detta gäller oberoende av om det finns någon anknytning till unionens ekonomiska intressen eller inte. Klaganden i mål C-547/19 anser också att beslutet om samarbets- och kontrollmekanismen är tillämpligt när det gäller korruptionsbekämpning. De parterna har konstaterat att kommissionens rapport om samarbets-

37 Se punkt 225 i det förslaget till avgörande.

38 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 juni 2019, kommissionen/Polen (Högsta domstolens oavhängighet) (C-619/18, EU:C:2019:531, punkt 58 och där angiven rättspraxis), och dom av den 19 november 2019, A. K. m.fl. (Oavhängigheten hos avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen) (C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982, punkt 120).

39 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 juni 2019, kommissionen/Polen (Högsta domstolens oavhängighet) (C-619/18, EU:C:2019:531, punkt 47 och där angiven rättspraxis), och dom av den 19 november 2019, A. K. m.fl. (Oavhängigheten hos avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen) (C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982, punkt 167).

40 I beslutet att begära förhandsavgörande i mål C-357/19 hänvisas det likväl till beslutet om samarbets- och kontrollmekanismen, genom att det påpekas att Författningsdomstolens avgörande nr 685/2018 granskades i kommissionens rapport om samarbets- och kontrollmekanismen från 2018, som en av de åtgärder som får uppenbara konsekvenser för domstolsväsendets oavhängighet (SWD(2018) 551 final, s. 5 i den rumänska versionen).

41 Se, till exempel, på senare tid dom av den 7 mars 2017, X och X (C-638/16 PPU, EU:C:2017:173, punkt 39 och där angiven rättspraxis).

och kontrollmekanismen från år 2019,[42] även om det, såsom kommissionen har påpekat, visserligen inte innehåller några särskilda rekommendationer, ändå behandlar frågor om konsekvenserna av förfaranden som den rumänska regeringen har inlett vid Författningsdomstolen rörande uppnåendet av de mål som angavs i riktmärkena 1 och 3 i bilagan till beslutet om samarbets- och kontrollmekanismen.

79. Jag anser på liknande sätt som i förslaget till avgörande i målet AFJR,[43] att beslutet om samarbets- och kontrollmekanismen (och de relevanta bestämmelser i stadgan som blivit tillämpliga på grund av det beslutet) borde vara den främsta måttstocken för bedömningen av situationen i de medlemsstater som omfattas av den särskilda ordningen i beslutet om samarbets- och kontrollmekanismen. Dessa skäl är även tillämpliga i förevarande mål. Den omständigheten att beslutet om samarbets- och kontrollmekanismen inte nämns i beslutet att begära förhandsavgörande i mål C-547/19 har knappast någon betydelse.

80. Det finns ytterligare två punkter som bör beaktas i förevarande mål. För det första kan dessa mål förvisso omfattas av det breda tillämpningsområdet för riktmärkena i bilagan till beslutet om samarbets- och kontrollmekanismen. Det bör erinras om att bilagan till beslutet om samarbets- och kontrollmekanismen innehåller ”[d]e riktmärken som enligt artikel 1 skall uppfyllas av Rumänien”. Riktmärkena 1, 3 och 4 i bilagan är att ”[s]örja för ett öppnare och effektivare rättsligt förfarande bland annat genom att öka kapaciteten och ansvarigheten hos det högsta rättsrådet”, …, att ”[b]ygga vidare på de framsteg som redan gjorts och fortsätta att genomföra professionella, oberoende undersökningar rörande fall av påstådd korruption på hög nivå” respektive att ”[v]idta ytterligare åtgärder för att förebygga och bekämpa korruption, i synnerhet inom den lokala förvaltningen”.

81. Målen C-357/19 och C-547/19 handlar båda om vilka konsekvenser Författningsdomstolens avgörande nr 685/2018 eventuellt kan få för det rättsliga förfarandets effektivitet (riktmärke 1). Mål C-357/19 rör dessutom det avgörandets konsekvenser för korruptionsbekämpningen, vilket omfattas av riktmärkena 3 och 4 i beslutet om samarbets- och kontrollmekanismen. Det finns således ett tydligt materiellt samband mellan föremålet för de här aktuella målen och beslutet om samarbets- och kontrollmekanismen. Författningsdomstolens nämnda avgörande får konsekvenser för det rättsliga förfarandets effektivitet i allmänhet (eftersom det ger möjlighet att återuppta avslutade mål) och, mer specifikt, för korruptionsbekämpningen (eftersom konsekvenserna av det avgörandet även tillämpas i praktiken i korruptionsmål, som mål C-357/19).[44]

42 Rapport av den 22 oktober 2019, COM(2019) 499 final, s. 8 och 15 i den engelska versionen (nedan kallad 2019 års rapport om samarbets- och kontrollmekanismen).

43 Se punkterna 214–224 i förslaget till avgörande i målet AFJR.

44 Det här sambandet mellan riktmärkena i bilagan till beslutet om samarbets- och kontrollmekanismen och Författningsdomstolens avgörande nr 685/2018 har, så som åklagarmyndigheten och domarföreningen ”Forum” påpekat, även konstaterats i 2019 års rapport från kommissionen om samarbets- och kontrollmekanismen, i vilken det uttryckligen hänvisas till Författningsdomstolens aktuella beslut och anges att det ”har skapat större osäkerhet” och att ”Författningsdomstolens avgöranden direkt påverkar pågående mål om korruption på hög nivå, leder till dröjsmål och återupptagande av rättegångar, och har gjort det möjligt att återuppta flera avslutade mål, under vissa förhållanden” och att ”detta uppenbara slag mot det rättsliga förfarandet även väckte mer omfattande frågor om hur hållbara de framsteg är som Rumänien hittills har gjort när det gäller att bekämpa korruptionen …”. 2019 års rapport om samarbets- och kontrollmekanismen, s. 14–15. Se även 2019 års tekniska rapport om samarbets- och kontrollmekanismen, SWD(2019) 393 final, s. 21 och 22.

82. För det andra är frågan huruvida det, vad beträffar (det materiella eller institutionella) tillämpningsområdet för beslutet om samarbets- och kontrollmekanismen, har någon betydelse att bestämmelserna i fråga inte är ett resultat av ett införlivande med den nationella lagstiftningen av de skyldigheter som följer av beslutet om samarbets- och kontrollmekanismen, utan ingår i en dom från den nationella författningsdomstolen.

83. Kommissionen, den rumänska regeringen och åklagaren påpekade i sina svar på de frågor som domstolen hade ställt, att det saknar betydelse att förevarande mål rör ett avgörande från Författningsdomstolen och inte rättsakter som antagits av lagstiftaren.

84. Jag instämmer helt och hållet med detta. Den systemiska karaktären och effekten av Författningsdomstolens avgöranden, vilka är allmänt tillämpliga och ägnade att avsevärt ändra förutsättningarna för lagstiftningen, innebär att dessa avgöranden, beträffande deras verkningar, är omöjliga att skilja från handlingar som företas av den lagstiftande församlingen eller andra aktörer med tillsynsbefogenheter.

85. Den omständigheten att det här aktuella avgörandet från Författningsdomstolen omfattas av tillämpningsområdet för beslutet om samarbets- och kontrollmekanismen, innebär avslutningsvis, av de skäl som jag redogjorde för i mitt förslag till avgörande i målet AFJR,[45] att det samtidigt ska anses utgöra en tillämpning av beslutet om samarbets- och kontrollmekanismen och därmed av unionsrätten, i den mening som avses i artikel 51.1 i stadgan. Därför kan artikel 47 andra stycket i stadgan användas som måttstock. Dess funktion är inte nödvändigtvis att utgöra källa för enskilda parters subjektiva rättigheter, utan snarare att utgöra en allmän måttstock för huruvida de unionsrättsliga skyldigheterna har tillämpats på rätt sätt i medlemsstaten.[46] Mot denna bakgrund är artikel 47 i stadgan, när det gäller förevarande mål, den mest relevanta och konkreta bestämmelsen för att EU-domstolen ska kunna ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar på de frågor som den ställt.[47]

3. Artikel 325.1 FEUF, PIF-konventionen (och stadgan)

86. Enligt artikel 325.1 FEUF ska medlemsstaterna bekämpa bedrägerier och all annan olaglig verksamhet som riktar sig mot unionens ekonomiska intressen genom åtgärder som ska ha avskräckande effekt och ge ett effektivt skydd i medlemsstaterna. För att artikel 325.1 FEUF ska vara tillämplig ska det därför föreligga bedrägeri eller annan olaglig verksamhet som riktar sig mot unionens ekonomiska intressen.

87. Kan något av de brott som identifierats i mål C-357/19 förväntas omfattas av tillämpningsområdet för den bestämmelsen?

88. Jag anser att svaret är ja. För det första är artikel 325.1 FEUF under alla förhållanden tillämplig på brott som rör mervärdesskatt (a). För det andra gäller detta även brott som rör korruption i samband med EU-finansierade projekt (b). För det tredje saknar det betydelse för tolkningen av tillämpningsområdet för artikel 325.1 FEUF, att förevarande mål rör en situation där det inte är säkert att unionens ekonomiska intressen har skadats. Den omständigheten att några av klagandena har frikänts för just de brott som rör unionens ekonomiska intressen saknar också betydelse (d).

45 Se punkterna 190–194 i det förslaget till avgörande.

46 Se punkterna 198–202 i mitt förslag till avgörande i målet AFJR.

47 Se punkterna 214–220 i mitt förslag till avgörande i målet AFJR.

a) Artikel 325.1 och mervärdesskatt

89. Såsom kommissionen har påpekat i sitt skriftliga yttrande och åklagaren i sitt svar på domstolens skriftliga frågor, rör det nationella målet i mål C-357/19 delvis en dom mot den fjärde klaganden avseende skatteflykt, vilket gav upphov till betydande bortfall i uppbörden av mervärdesskatt. Domarna rörande mervärdesskatt är tillräckliga för att förevarande mål ska omfattas av tillämpningsområdet för artikel 325.1 FEUF och artikel 1.1.b i PIF-konventionen, vilken rör bedrägeri i fråga om inkomster. Det föreligger ett direkt samband mellan uppbörden av inkomster från mervärdesskatt och tillhandahållandet av motsvarande mervärdesskatteresurser till unionens budget.[48] Såsom kommissionen och åklagaren har påpekat, torde dessutom de mervärdesskattebelopp som inte har uppburits i förevarande fall, nå upp till tröskelvärdet EUR 50 000 för att de ska betraktas som ett ”allvarligt bedrägeri” enligt artikel 2.1 i PIF-konventionen.

90. Med förbehåll för den nationella domstolens prövning, leder detta till slutsatsen att såväl artikel 325.1 FEUF som artikel 2.1 i PIF-konventionen är tillämpliga som en relevant måttstock när det gäller mål C-357/19, såvitt avser den dom som har samband med mervärdesskatt.

b) Artikel 325.1 FEUF, PIF-konventionen och korruption med anknytning till EU-medel

91. Vad beträffar de andra domarna om korruption och missbruk av tjänsteställning,[49] uppstår frågan huruvida de brotten som har samband med offentlig upphandling, där projekten eller kontrakten i fråga åtminstone delvis finansieras med EU-medel också omfattas av artikel 325.1 FEUF.

92. Den rumänska regeringen, åklagaren och kommissionen har i sina svar på domstolens frågor gjort gällande att den frågan ska besvaras jakande.

93. Jag delar denna uppfattning.

94. Domstolens rättspraxis rörande tolkningen av artikel 325.1 FEUF har främst rört ”uppbördssidan” av den bestämmelsen, i synnerhet i mål som rört uppbörd av mervärdesskatt[50] och tullar.[51] Det är emellertid uppenbart att begreppet unionens ”ekonomiska intressen” innefattar både inkomster *och* utgifter som omfattas av unionens budget.[52] Därför är artikel 325.1 FEUF tillämplig när det gäller bedrägligt förfarande som leder till förskingring av EU-medel.[53]

48 Dom av den 17 januari 2019, Dzivev m.fl. (C-310/16, EU:C:2019:30, punkt 26 och där angiven rättspraxis).

49 Vilka beskrivs ovan i punkterna 19–21 i detta förslag till avgörande.

50 Dom av den 26 februari 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, punkt 26), dom av den 8 september 2015, Taricco m.fl. (C-105/14, EU:C:2015:555, punkterna 37–40), dom av den 5 april 2017, Orsi och Baldetti (C-217/15 och C-350/15, EU:C:2017:264, punkt 16), dom av den 5 december 2017, M.A.S. och M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, punkterna 30–31), dom av den 2 maj 2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295, punkt 27), och dom av den 17 januari 2019, Dzivev m.fl. (C-310/16, EU:C:2019:30, punkt 25).

51 Beträffande exportbidrag, se dom av den 28 oktober 2010, SGS Belgium m.fl. (C-367/09, EU:C:2010:648, punkt 40 och följande punkter). Vad beträffar indrivning av räntefordringar för felaktiga förmåner inom området den gemensamma jordbrukspolitiken, se dom av den 29 mars 2012, Pfeifer & Langen (C-564/10, EU:C:2012:190, punkt 52). Beträffande uppbörd av tullar, se dom av den 5 juni 2018, Kolev m.fl. (C-612/15, EU:C:2018:392, punkterna 50–53).

52 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 juli 2003, kommissionen/ECB (C-11/00, EU:C:2003:395, punkt 89).

53 Se, för ett aktuellt exempel, dom av den 1 oktober 2020, Úrad špeciálnej prokuratúry (C-603/19, EU:C:2020:774, punkt 47 och följande punkter).

95. Detta är helt logiskt. Det är logiskt att ens budget och ekonomiska intressen inte bara påverkas av inkomstbortfall (de pengar som skulle ha kommit in gjorde inte det), utan även av olämpliga eller felaktiga utgifter (de pengar som har kommit in är nu borta).

96. Detta bekräftas även av PIF-konventionen,[54] vilken erbjuder en mer precis definition av begreppet bedrägeri som riktar sig mot unionens ekonomiska intressen. I artikel 1.1 a anges det att bedrägeri som riktar sig mot unionens finansiella intressen, *i fråga om utgifter*, avser varje uppsåtlig handling eller uppsåtlig underlåtenhet som är att hänföra till ”användning eller presentation av falska, felaktiga eller ofullständiga uppgifter eller dokument, om detta leder till att *medel från Europeiska gemenskapernas allmänna budget* eller från de budgetar som förvaltas av Europeiska gemenskaperna eller för deras räkning otillbörligen uppbärs eller innehålls”, ”undanhållande av information som skall lämnas i enlighet med särskilda föreskrifter, om gärningen har samma effekt”, och ”*användning av sådana medel* för andra syften än dem som medlen ursprungligen har beviljats för”.[55]

97. En situation som kan få till följd att unionsmedel otillbörligen uppbärs eller innehålls eller används för andra syften än dem som de ursprungligen har beviljats för, påverkar därför unionens ekonomiska intressen i den mening som avses i artikel 325.1 FEUF och artikel 1.1 a i PIF-konventionen.

98. Med förbehåll för eventuella relevanta kontroller som den nationella domstolen ska göra, vill jag erinra om att PIF-konventionens protokoll också omfattar korruptionsbrott.[56] Enligt artikel 2.1 i det protokollet avses med mutbrott ”varje avsiktlig handling som utförs av en tjänsteman för att, direkt eller genom tredje man, för egen räkning eller för tredje mans räkning, begära eller ta emot förmåner, oavsett art, eller att acceptera löften härom för att på ett sätt som strider mot hans officiella förpliktelser utföra eller inte utföra en handling i tjänsten eller vid utövandet av tjänsten, och som skadar eller kan skada EU:s finansiella intressen …”.

99. Såsom kommissionen påpekade i sitt svar på de frågor som domstolen ställde, kan det knappast råda något tvivel om att trots att ordet ”korruption” inte finns med i artikel 325.1 FEUF, omfattas det av den bestämmelsen genom hänvisningen till ”annan olaglig verksamhet”. ”Annan olaglig verksamhet” är ett uttryck som kan innefatta alla gärningar som strider mot lagen, utan åtskillnad.[57]

100. Korruption bland offentliga tjänstemän eller missbruk av tjänsteställning som påverkar unionens ekonomiska intressen genom att unionsmedel används på fel sätt, kan innefattas i begreppet ”all annan olaglig verksamhet” i den mening som avses i artikel 325.1 FEUF.

54 För fullständighets skull kan det tilläggas att PIF-konventionen av tidsmässiga skäl förefaller vara tillämplig i mål C-357/19. De faktiska omständigheter som låg till grund för de ifrågavarande domarna föregick ikraftträdandet av Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2017/1371 av den 5 juli 2017 om bekämpande genom straffrättsliga bestämmelser av bedrägeri som riktar sig mot unionens finansiella intressen (EUT L 198, 2017, s. 29), vilket, enligt artikel 16 i direktivet, ersatte PIF-konventionen och dess protokoll med verkan från och med den 6 juli 2019. Likaså är den konventionen enligt rådets beslut av den 6 december 2007 om Bulgariens och Rumäniens anslutning till den på artikel K3 i fördraget om Europeiska unionen grundade konventionen, om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen, till dess protokoll av den 27 september 1996, till protokollet av den 29 november 1996 och till det andra protokollet av den 19 juni 1997 (EUT L 9, 2008, s. 23), tillämplig på Rumänien.

55 Min kursivering

56 Se artikel 2 i rådets akt av den 27 september 1996 om upprättande av ett protokoll till konventionen om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen (EGT C 313, 1996, s. 1).

57 Dom av den 2 maj 2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295, punkt 45). Se även mitt förslag till avgörande i det målet (EU:C:2017:553, punkterna 68 och 69).

c) Omfattar artikel 325.1 FEUF även försök?

101. Vad gäller korruption och missbruk av tjänsteställning, framgår det av beslutet att begära förhandsavgörande i mål C-357/19 att den hänskjutande domstolen vill veta huruvida artikel 325.1 FEUF omfattar ett *försök* att på ett olagligt sätt tillskansa sig EU-medel, vilket emellertid misslyckades. Den första klaganden och åklagaren har i sina svar på domstolens frågor uppgett att den första klaganden har åtalats för ett försök att på ett otillbörligt sätt tillskansa sig EU-medel.

102. Den hänskjutande domstolen har påpekat att den i det sammanhanget vill veta huruvida uttrycket ”all annan olaglig verksamhet som riktar sig mot unionens ekonomiska intressen” i artikel 325.1 FEUF omfattar korruptionsbrott och bedrägerier i samband med offentliga upphandlingar, när *syftet* var att erhålla återbetalning av belopp från unionsmedel, även om dessa medel slutligen inte hade erhållits.

103. Jag anser att uttrycket ”all annan olaglig verksamhet som riktar sig mot unionens ekonomiska intressen” i artikel 325.1 FEUF förutom korruptionsbrott och bedrägerier i samband med offentliga upphandlingar, även *kan* omfatta försök att begå sådana brott, naturligtvis under förutsättning att rekvisitet för ”försök” är uppfyllt och att det är straffbart enligt den nationella rätten.

104. Förutom det allmänna uttalandet, anser jag inte att det är domstolens uppgift att varken på något sätt kommentera de faktiska omständigheterna i det nationella målet eller att ge sig in i en bedömning av de olika stadierna av brottsliga handlingar. Självfallet är inte syften, avsikter eller önskningar (forum internum) straffbara. Så snart någon av dessa tar sig formen av en yttre handling och blir till *försök*, kan den däremot bli straffbar, naturligtvis under förutsättning att detta kan styrkas på lämpligt sätt. Normalt sett faller ett försök till ett visst brott, om det är straffbart, under samma rubricering som det fullbordade brottet i sig.

105. Jag kan därför inte se något skäl till att ett försök till korruptionsbrott som riktar sig mot de intressen som skyddas enligt artikel 325.1 FEUF, ur ett unionsrättsligt perspektiv skulle behandlas eller ens klassificeras annorlunda än ett fullbordat korruptionsbrott av samma slag. Den omständigheten att förövaren i slutändan misslyckades med sitt uppsåt och inte lyckades tillskansa sig medlen, kan naturligtvis vara relevant för den omständigheten att han eller hon har åtalats för ett försök (och inte ett fullbordat brott), men det har ingen betydelse för omfattningen av begreppet ”annan olaglig verksamhet” i den mening som avses i artikel 325.1 FEUF. Det finns dessutom tre ytterligare aspekter som bör nämnas.

106. För det första kräver lydelsen av artikel 325.1 FEUF inte uttryckligen att det ska ha uppstått en viss (mängd) skada. Såsom kommissionen med rätta har påpekat, har domstolen i sin rättspraxis klargjort att även oegentligheter som inte har någon bestämd ekonomisk inverkan allvarligt kan skada unionens ekonomiska intressen. [58]

107. För det andra måste även artikel 1.3 i PIF-konventionen beaktas. Av den bestämmelsen framgår att medlemsstaterna är skyldiga att vidta åtgärder för att *förberedelse* av brott, exempelvis tillhandahållande av falska uppgifter i syfte att unionsmedel otillbörligen uppbärs, beläggs med straff om gärningarna inte redan är straffbelagda, antingen som gärningsmannaskap eller som medhjälp, försök eller anstiftan. [59]

[58] Se dom av den 15 september 2005, Irland/kommissionen (C-199/03, EU:C:2005:548, punkt 31), och dom av den 21 december 2011, Chambre de commerce et d’industrie de l’Indre (C-465/10, EU:C:2011:867, punkt 47).

[59] Min kursivering.

108. För det tredje omfattar definitionen av begreppet mutbrott i artikel 2.1 i protokollet till PIF-konventionen korruptionsbrott som begås på ett sådant sätt att det skadar eller *sannolikt kommer att skada* unionens finansiella intressen.

d) Är tillämpningsområdet för artikel 325.1 beroende av utgången av målet?

109. De särskilda omständigheterna i mål C-357/19 kräver ytterligare ett klargörande. Det nationella målet rör flera personer. Av dessa är det bara en som har åtalats för ett brott som har samband med EU-medel, men hon frikändes i slutändan. Den omständigheten fick den första och den andra klaganden att ifrågasätta tillämpligheten av artikel 325.1 FEUF i det målet. För det första har den första klaganden huvudsakligen gjort gällande att eftersom hon i slutändan frikändes från anklagelserna rörande just det brottet, så har förevarande mål inget samband med unionens finansiella intressen. Vidare har den andra klaganden hävdat att rättsverkningarna av den extraordinära talan som väcktes med stöd av Författningsdomstolens avgörande nr 685/2018, skulle leda till att ett mål där det meddelats en i annat fall slutlig frikännande dom skulle återupptas. Ett sådant återupptagande skulle ge möjlighet att på nytt pröva anklagelserna och det skulle kunna leda till en fällande dom. Till följd av detta kan Författningsdomstolens avgörande inte ha negativa effekter för unionens ekonomiska intressen. Underförstått skulle det till och med kunna vara positivt för dessa intressen, eftersom en person som tidigare har frikänts eventuellt kan komma att fällas.

110. Jag anser inte att dessa argument kan godtas.

111. För det första ska det påpekas att det inte kan uteslutas att de andra två brotten som ledde till en fällande dom (korruption och missbruk av tjänsteställning) inte är sådana att de riktar sig mot unionens ekonomiska intressen. Tillämpningsområdet för artikel 325.1 FEUF kan inte begränsas till lagföring för brott som förts in i den nationella rättsordningen för vilka det *uttryckligen* hänvisas till unionens ekonomiska intressen eller till EU-medel. Det skulle göra tillämpningsområdet för denna primärrättsliga unionsbestämmelse avhängig den nationella definitionen av vissa brott.

112. Såsom kommissionen, den rumänska regeringen och åklagaren med rätta har påpekat, ska därför frågan huruvida unionens ekonomiska intressen har påverkats inte vara avhängig hur ett visst brott definieras enligt nationell rätt, utan den ska bedömas på grundval av en bredare faktisk ram med beaktande av de intressen som skyddas av artikel 325.1 FEUF. Den rumänska regeringen har påpekat att det ofta finns ett samband mellan nationella ekonomiska intressen och unionens ekonomiska intressen. Det är därför ganska naturligt att uppdelningen mellan allmänna brott som på ett eller annat sätt berör nationella offentliga finanser och brott som särskilt riktar sig mot unionens ekonomiska intressen knappast är okomplicerad, teoretiskt sett.

113. För det andra konstaterar jag att när det gäller brottet (försök till) bedrägeri med EU-medel, som den första klaganden åtalades för, ska ”effekten” på unionens ekonomiska intressen bedömas på ett objektivt sätt. Således uppstår sambandet med unionens ekonomiska intressen i förhållande till de *objektiva aspekterna av åtalen* i fråga. [60] Det följer naturligt nog inte av *utgången* i målet som sådant, vilken är beroende av omständigheterna.

[60] I exempelvis domen Åkerberg Fransson fann domstolen att den relevanta omständigheten var att de skattetillägg och det åtal som den tilltalade i målet ”har varit eller är föremål för” var tillämpningen av artikel 325 FEUF. Dom av den 26 februari 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, punkt 27).

114. Enkelt uttryckt är frågan huruvida en person åtalas för ett brott som kan omfattas av uttrycket ”all annan olaglig verksamhet som riktar sig mot unionens ekonomiska intressen” enligt artikel 325.1 FEUF, beroende av de objektiva (konstitutiva) aspekterna av det brott som han eller hon har åtalats för. Huruvida den personen senare fälls eller frikänns med avseende på de brotten, saknar betydelse för tillämpningsområdet för artikel 325.1 FEUF. [61]

115. Som en avslutande anmärkning rörande tillämpningsområdet för artikel 325.1 FEUF, påpekar jag att om det konstateras att artikel 325.1 FEUF (eller artikel 2.1 i PIF-konventionen, eller eventuellt även artikel 2.1 i protokollet till PIF-konventionen) är tillämplig, innebär det också att stadgan blir tillämplig. Om de straff och åtal som klagandena i det nationella målet har varit eller är föremål för utgör en tillämpning av artikel 325.1 FEUF och artikel 2.1 i PIF-konventionen, så är stadgan tillämplig, enligt artikel 51.1 i den. [62]

4. Slutsats i denna del

116. Ovanstående överväganden visar att beslutet om samarbets- och kontrollmekanismen, samt artikel 47 andra stycket i stadgan, utgör de relevanta bestämmelserna för såväl mål C-357/19 som mål C-547/19. Inom ramen för mål C-357/19 förefaller även artikel 325.1 FEUF och PIF-konventionen och dess protokoll vara tillämpliga, med förbehåll för den nationella domstolens prövning.

117. Artikel 19.1 andra stycket i stadgan och artikel 2 FEU är också i princip tillämpliga i båda målen. Jag vill emellertid erinra om att mot bakgrund av den särskilda rättsliga ram som artikel 47 andra stycket i stadgan tillhandahåller med avseende på kraven på domstolarnas oavhängighet, erbjuder den bestämmelsen redan en gedigen måttstock för att göra den nödvändiga bedömningen i förevarande mål.

C. Bedömning

118. För att göra en bedömning i sak av de tolkningsfrågor som har hänskjutits i förevarande mål, ska jag för det första kort beskriva de tillämpliga nationella bestämmelserna (1). För det andra ska jag behandla den andra frågan i mål C-357/19, vilken rör tolkningen av artikel 47 i stadgan (2). För det tredje ska jag ta upp den första frågan i mål C-357/19, som rör tolkningen av artikel 325.1 FEUF och PIF-konventionen (3), och därefter ska jag bedöma samma frågor mot bakgrund av principen om domstolars oavhängighet, vilken åberopas i slutet av frågan i mål C-547/19 (4). Till sist ska jag avsluta med unionsrättens företräde, som svar på den tredje frågan i mål C-357/19, i det speciella sammanhang som beskrivs i beslutet att begära förhandsavgörande, i vilket en underlåtenhet att rätta sig efter ett avgörande från Författningsdomstolen utgör en disciplinförseelse (5).

119. När jag strukturerar de svar som ska lämnas till den hänskjutande domstolen, föredrar jag avsiktligt att behandla det materiella innehållet och först därefter, i den mån det fortfarande behövs, gå vidare till bredare institutionella frågor som väckts av den hänskjutande domstolen. Jag medger att detta tillvägagångssätt inte avspeglar beslutet och inte heller den exakta lydelsen av den hänskjutande domstolens frågor. Jag anser emellertid att det är på det här sättet som

61 Om det hade förhållit sig annorlunda, skulle tillämpningsområdet för artikel 325.1 FEUF inte bara vara beroende av utfallet av brottmålet, utan det skulle även, intressant nog, vara annorlunda i början domstolsförfarandet än i slutet av det.

62 Se, även, dom av den 26 februari 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, punkt 27).

domstolen, vars uppgift inte är att avgöra tvister mellan institutioner i en medlemsstat och än mindre hjälpa till med institutionella ifrågasättanden av andra nationella aktörers auktoritet, kan ta sig an de frågor som den hänskjutande domstolen har ställt.

1. Det nationella rättsliga sammanhanget

120. Enligt beslutet att begära förhandsavgörande i mål C-547/19, inrättades femdomaravdelningar för första gången i nationell rätt genom lag nr 202/2010,[63] genom vilken artiklarna 32 och 33 i lag nr 304/2004 ändrades. Dessa avdelningar, som prövar brottmål och andra mål, var åtskilda från Högsta domstolens sektioner. De fungerade som överprövningsorgan (appellationsavdelningar) inom Högsta domstolen.

121. Till att börja med valdes ledamöterna av dessa (appellations)avdelningar ut av Högsta domstolens ordförande i början av varje år. Avdelningarna leddes av Högsta domstolens ordförande, dess vice ordförande eller en ordförande för en sektion. De övriga fyra ledamöterna av avdelningen (utöver ordföranden) utsågs genom lottning i enlighet med beslut 24/2010, vilket kompletterade förordningen om Högsta domstolen.

122. Genom lag nr 255/2013[64] ändrades senare artikel 32 i lag nr 304/2004 om domstolarnas organisation och regeln om lottning för att utse femdomaravdelningarnas ledamöter infördes. Den hänskjutande domstolen i mål C-547/19 har förklarat att den omständigheten att ändringarna infördes genom en rättsakt som rörde förfarandet i brottmål, samt lydelsen av de relevanta bestämmelserna, gav upphov till tolkningssvårigheter. Det berodde framför allt på att det fanns skillnader mellan den ställning som artikel 32.5 i lag nr 304/2004 gav Högsta domstolens ordförande och vice ordförande, vilka skulle leda femdomaravdelningen ”när han ingår i avdelningen, enligt punkt 4 [i artikel 32], och ställningen för ”ordföranden för brottmålssektionen eller den äldsta ledamoten”, med avseende på vilken samma bestämmelse föreskrev att denne skulle leda avdelningen, utan att göra någon hänvisning till artikel 32.4 i den lagen. Vidare förblev artikel 33.1 i lag nr 304/2004, i vilken det föreskrevs att ”ordföranden [i Högsta domstolen], eller vid förhinder för honom, vice ordföranden, ska leda de kombinerade sektionerna, … femdomaravdelningen och alla avdelningar inom sektionerna, när han deltar i förfarandet”, oförändrad.

123. Det har visat sig att det var i det här sammanhanget som Högsta domstolens administrativa plenum antog beslut nr 3 av den 28 januari 2014 om ändring och komplettering av förordningen om Högsta domstolen. I det beslutet angavs att femdomaravdelningar i tillämpliga fall skulle ledas av ordföranden, vice ordförandena, ordföranden för brottmålssektionen eller den äldsta ledamoten och att lottningen, beträffande de avdelningarna, *bara skulle avse de övriga fyra ledamöterna*.

63 Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor (lag nr 202/2010 om åtgärder för att mål ska avgöras snabbare), Monitorul Oficial al României, del I, nr 714 av den 26 oktober 2010.

64 Legea nr. 255/2013 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții procesual penale (lag nr 255/2013 om tillämpning av lag nr 135/2010 om straffprocesslagen och om ändring och komplettering av vissa rättsakter med bestämmelser om brottmål), Monitorul Oficial al României, del I, nr 515 av den 14 augusti 2013.

124. I lag nr 207/2018,[65] genom vilken artikel 32 i lag nr 304/2004 ändrades, behölls bestämmelsen att Högsta domstolens administrativa plenum ska godkänna antalet femdomaravdelningar och deras sammansättning i början av varje år. Genom den ändringen undanröjdes de tidigare oklarheterna, genom att det föreskrevs att lottningen *rörde samtliga ledamöter* av en femdomaravdelning.

125. Efter den senaste lagändringen antog Högsta domstolens administrativa plenum den 4 september 2018 beslut nr 89/2018, i vilket det anges följande: ”Efter genomgång av artikel 32 i lag nr 304/2004 … konstaterar majoriteten beträffande verksamheten på avdelningarna med fem domare att bestämmelserna i den nya lagen utgör organisationella regler som avser den specifika regleringen av de dömande sammansättningar vilka ska inrättas ’i början på varje år’. Då övergångsbestämmelser saknas är de nya reglerna således tillämpliga från och med den 1 januari 2019.”

126. Det var i detta sammanhang som Författningsdomstolen på ansökan den 2 oktober 2018 från Rumäniens premiärminister antog avgörande nr 685/2018.

127. I det avgörandet fann Författningsdomstolen att Högsta domstolen genom dess styrelses beslut nr 3/2014 och 89/2018, genom ett förvaltningsbeslut hade ändrat en lag som hade antagits av parlamentet.[66] Författningsdomstolen prövade därefter konsekvenserna av den situationen mot bakgrund av rätten till en rättvis rättegång, vilken stadfästs i artikel 21.3 i den rumänska konstitutionen. Den fann att bestämmelsen i konstitutionen hade åsidosatts på grund av den efterföljande avsaknaden av objektiv oavhängighet och opartiskhet, vilket även medförde ett åsidosättande av garantin om en domstol som inrättats genom lag.[67]

128. Författningsdomstolen konstaterade att artikel 32 i lag nr 304/2004 utgör en garanti för en domstols objektiva opartiskhet, som en del av rätten till en rättvis rättegång. Den garantin innefattar såväl slumpmässig fördelning av mål som domstolsavdelningars sammansättning genom lottning.[68] Författningsdomstolen slog vidare fast att den slumpmässiga sammansättningen av domstolsavdelningar syftade till att undvika en situation där högt uppsatta domare i Högsta domstolen som skulle vara ledamöter av de avdelningarna ”i egen rätt”, skulle bli ordförande för sådana avdelningar.[69] Genom att hänvisa till Europadomstolens rättspraxis[70] fann Författningsdomstolen att den tolkning som Högsta domstolens styrelse hade gjort av artikel 32 i lag 304/2004 genom sitt förvaltningsbeslut var ägnad att sätta dold press på avdelningens övriga ledamöter. Det medförde att domarna blev beroende av sina överordnade i domstolen eller riskerade åtminstone att leda till att domarna blev obenägna att säga emot dem.[71] Författningsdomstolen konstaterade också, även här med hänvisning till Europadomstolens rättspraxis,[72] att Högsta domstolen vid den aktuella tiden inte var sammansatt på det sätt som lagen föreskrev, eftersom femdomaravdelningarna hade utsetts genom en metod som innebar att tillämpliga lagbestämmelser kringgicks.[73]

65 Legea nr. 207/2018, pentru modificarea şi completarea Legii nr. 304/2004 privind organizarea judiciară (lag nr 207/2018 om ändring av lag nr 304/2004 om domstolsväsendets organisation) Monitorul Oficial al României, del I, nr 636 av den 20 juli 2018.

66 Punkt 175 i Författningsdomstolens avgörande nr 685/2018.

67 Punkt 193 i Författningsdomstolens avgörande nr 685/2018.

68 Punkt 188 i Författningsdomstolens avgörande nr 685/2018.

69 Punkt 188 i Författningsdomstolens avgörande nr 685/2018.

70 Bland annat Europadomstolens dom av den 22 december 2009, Parlov-Tkalčić/Kroatien, CE:ECHR:2009:1222JUD002481006.

71 Punkt 189 i Författningsdomstolens avgörande nr 685/2018.

72 Europadomstolen, 5 oktober 2010 DMD GROUP a.s./Slovakien, CE:ECHR:2010:1005JUD001933403 §§ 60 och 61.

73 Punkterna 191 och 192 i Författningsdomstolens avgörande nr 685/2018.

129. Avslutningsvis fann Författningsdomstolen i sitt avgörande nr 685/2018 bland annat att ”med hänsyn till [Högsta domstolens] otillåtna handlande, genom dess administrativa plenum, vilket inte är av beskaffenhet att erbjuda garantier om att reglerna för verksamheten på avdelningarna med fem domare kommer att bringas i överensstämmelse på ett korrekt sätt, ankommer det på Högsta rättsrådet – avdelningen för domarutnämningar att på grundval av dess konstitutionella och juridiska rättigheter … finna de principiella lösningar avseende sammansättningen av domstolens avdelningar och garantera deras tillämpning”.

130. Efter det avgörandet av Författningsdomstolen antog Högsta rättsrådet beslut nr 1367/2018 och nr 1535/2018. I enlighet med dessa beslut utsåg Högsta domstolen genom lottning nya avdelningar som skulle pröva mål under 2018. De avdelningarna fortsatte med sin dömande verksamhet under 2019. Så förhöll det sig även om ingen åtgärd hade beslutats i de tilldelade målen i slutet av 2018. Av Högsta domstolens dåvarande rättspraxis följde att om en avdelning som prövar mål, i den sammansättning som fastställts för ett år, inte har beslutat om någon åtgärd i ett enskilt mål i slutet av året, ska den avdelningens sammansättning ändras. Målet skulle tilldelas de domare som utsetts genom lottning för det nya kalenderåret. Detta tillvägagångssätt tycks emellertid ha ersatts av Högsta rättsrådets beslut.

131. Den utveckling i nationell lagstiftning och rättspraxis som beskrivits ovan fick en rad följder för de två här aktuella målen. För det första, beträffande mål C-357/19, fick parterna genom Författningsdomstolens avgörande nr 685/2018 möjlighet att väcka extraordinär talan mot domar som Högsta domstolen hade meddelat och som hade vunnit laga kraft. För det andra, med avseende på mål C-547/19, fick Författningsdomstolens avgörande, tillsammans med de efterföljande förvaltningsbeslut som fattades av Högsta rättsrådets avdelning för domarutnämningar och av Högsta domstolens administrativa plenum för att genomföra avgörandet, direkta konsekvenser vid fastställandet av den avdelning som skulle pröva klagandens mål.

132. Även om de materiella och processuella sammanhangen skiljer sig något åt, är i korthet huvudfrågan i de båda begärandena om förhandsavgörande huruvida avgörande nr 685/2018, med tanke på dess konsekvenser för Högsta domstolens lagakraftvunna domar och för sammansättningen av domstolsavdelningar inom den domstolen, är (o)förenlig med unionsrätten.

2. Rätten till en domstol som har inrättats enligt lag

133. I sin andra fråga i mål C-357/19 undrar den hänskjutande domstolen huruvida artikel 47 andra stycket i stadgan ska tolkas så, att den utgör hinder för att Författningsdomstolen fastställer att en domstolsavdelning inte uppfyller kraven på oavhängighet och opartiskhet, om det på denna avdelning tjänstgör en domare med arbetsledande befogenheter som inte har utsetts slumpvis, till skillnad från de fyra ledamöterna av denna avdelning. I frågan betonas att en sådan domare placerats på avdelningen på grundval av en transparent regel som parterna har känt till utan att ifrågasätta den, och som är tillämplig på alla mål som behandlas av nämnda avdelning. Enligt den hänskjutande domstolen utgör principen om domarnas oavhängighet och rättssäkerhetsprincipen hinder för att erkänna bindande verkningar i förhållande till avgöranden som redan har vunnit laga kraft vid tidpunkten för Författningsdomstolens avgörande, när det inte finns tungt vägande skäl som gör att det kan ifrågasättas huruvida rätten till en rättvis rättegång har iakttagits i respektive mål.

134. För att kunna lämna ett svar på den frågan, anser jag att det till att börja med är nödvändigt att undersöka vilken standard som följer av artikel 47 andra stycket i stadgan (a), för att därefter bedöma huruvida unionsrätten och i synnerhet den bestämmelsen, ska tolkas så att den utgör hinder för Författningsdomstolens ifrågavarande avgörande (b).

a) Unionsrättens standard

135. I sin andra fråga förefaller den hänskjutande domstolen enbart uttrycka tvivel rörande rätten till en domstol som har inrättats enligt lag. Det tycks emellertid bara vara en sida av saken. Av Författningsdomstolens aktuella avgörande framgår att det handlar om tolkningen av artikel 47 andra stycket i stadgan, inte bara med avseende på rätten till en ”domstol som har inrättats enligt lag”, utan även med avseende på andra aspekter av rätten till en rättvis rättegång, som kraven på oavhängighet och opartiskhet, bland annat med avseende på domares ”interna oavhängighet”. [74]

136. Enligt artikel 52.3 i stadgan, ska den första meningen i det andra stycket i artikel 47 i stadgan tolkas i överensstämmelse med innebörden och räckvidden av de rättigheter som föreskrivs i artikel 6.1 i Europakonventionen. Syftet är att säkerställa att skyddsnivån inte hamnar under den standard som fastställs i Europakonventionen, så som den har tolkats av Europadomstolen. [75]

137. För det första har Europadomstolen slagit fast att syftet med rätten till en domstol som har inrättats enligt lag, är att säkerställa att domstolsväsendets organisation inte görs avhängig den verkställande maktens skönsmässiga beslut). [76] Inte heller ska den vara avhängig domstolarnas skönsmässiga beslut, även om det finns ett visst utrymme för egenorganisering. De tillämpliga bestämmelserna ska fastställas i lagar som antagits av den lagstiftande församlingen. [77] Vidare avspeglar uttrycket ”som har inrättats enligt lag” rättsstatsprincipen. Det finns ett nära samband mellan den principen och kraven på domstolarnas oavhängighet och opartiskhet. [78]

138. Uttrycket ”som har inrättats enligt lag” innefattar inte bara den rättsliga grunden för en domstols existens, utan även domstolens sammansättning i varje enskilt mål, [79] vilket är den aspekt som förevarande mål handlar om.

139. Enligt Europadomstolens rättspraxis får standardreglerna om exakt vad som avses med en ”domstol som har inrättats enligt lag” fastställas i nationell rätt. I princip innebär en överträdelse av de nationella lagstadgade bestämmelserna ett åsidosättande av artikel 6.1 i Europakonventionen. [80] Analysen inriktas på huruvida ”lagen” (vilket innefattar lagar och andra

74 De sammanfattas ovan i punkterna 127 och 128 ovan i detta förslag till avgörande.

75 Se, se beträffande aspekten ”domstol som har inrättats enligt lag”, dom av den 26 mars 2020, Review Simpson och HG/rådet och kommissionen (C-542/18 RX-II och C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232, punkt 72). Se, för en analys av Europadomstolens rättspraxis, förslag till avgörande av generaladvokaten Sharpston i målet Review Simpson/rådet och Review HG/kommissionen (C-542/18 RX-II och C-543/18 RX-II, EU:C:2019:977, punkt 63 och följande punkter).

76 Det kravet är mer omfattande än principen om ”laga domstol”, vilken främst är inriktad på kriterierna för fördelning av mål. Se, för en liknande distinktion, Rönnau, T. och Hoffmann, A., ”Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser”: Das Prinzip des gesetzlichen Richters am EuGH', *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 7–8, 2018, s. 233–248.

77 Europadomstolen, 2 maj 2019, Pasquini/San Marino, CE:ECHR:2019:0502JUD005095616, §§ 100. Se även dom av den 26 mars 2020, Review Simpson och HG/rådet och kommissionen (C-542/18 RX-II och C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232, punkt 73 och där angiven rättspraxis).

78 Europadomstolen, 1 december 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson/Island, CE:ECHR:2020:1201JUD002637418, stora avdelningen, §§ 231–234.

79 Europadomstolen, 4 maj 2000, Buscarini/San Marino, CE:ECHR:2000:0504DEC003165796, § 2. Se även dom av den 26 mars 2020, Review Simpson och HG/rådet och kommissionen (C-542/18 RX-II och C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232, punkt 73 och där angiven rättspraxis).

80 Europadomstolen, 1 december 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson/Island, CE:ECHR:2020:1201JUD002637418, stora avdelningen, § 216.

författningar, som om de överträds medför att domares medverkan i prövningen av ett mål blir olaglig) har överträtts.[81] När till exempel den nationella lagstiftningen innehåller regler som rör domstolens sammansättning genom lottning, så är det ett av de krav i nationell rätt som domstolen beaktar som ett av de nationella rättsliga krav som ska uppfyllas.[82]

140. Under alla förhållanden finns *subsidiaritetsprincipen*. Europadomstolen har slagit fast att med hänsyn till de viktiga motstående intressen som berörs (som rättssäkerheten och principen om domares oavsättbarhet) och de eventuella konsekvenserna av ett konstaterat åsidosättande, bör rätten till en domstol som har inrättats enligt lag enligt artikel 6.1 i Europakonventionen inte ges en alltför vid tolkning.[83] Det innebär att det *inte är alla överträdelser* av nationell lag som innebär ett åsidosättande av artikel 6.1 i Europakonventionen. Europadomstolen har utformat ett ”tröskeltest” för att bedöma huruvida bristerna är *så allvarliga* att de ska anses utgöra ett åsidosättande av rätten till en domstol som har inrättats enligt lag, på grundval av hur uppenbar överträdelsen är (i); vilken betydelse en sådan överträdelse har för den rättens syfte att förhindra otillbörlig inblandning i domstolarnas arbete, för att upprätthålla rättsstatsprincipen och maktdelningsprincipen (ii); samt med beaktande av den bedömning som de nationella domstolarna gör när det gäller de rättsliga konsekvenserna av överträdelsen (iii).[84]

141. De övervägandena förefaller vara av liknande karaktär som EU-domstolens överväganden i målet Simpson. Med avseende på (de påstådda bristerna i samband med) utnämningen av en domare i personaldomstolen, slog domstolen fast att det förhållandet att det förekommit brister i samband med utnämningen av domare i det aktuella rättssystemet utgör ett åsidosättande av artikel 47 andra stycket första meningen i stadgan, ”särskilt när bristerna är *av sådant slag och av sådant allvar* att de ger upphov till en reell risk för att andra delar av statsmakten, särskilt den verkställande makten, kan komma att missbruka utnämningsmakten på ett sätt som undergräver utnämningsbeslutets integritet och därigenom ge upphov till rimligt tvivel hos enskilda vad beträffar den eller de berörda domarnas oavhängighet och opartiskhet …”.[85] Domstolen konstaterade att så är fallet ”när det är fråga om grundläggande bestämmelser som utgör en del av det aktuella rättssystemets upprättande och funktionssätt”.[86]

142. Vad, för det andra, beträffar den ”interna aspekten” av domstolarnas oavhängighet, har den ännu inte behandlats i domstolens rättspraxis. Här finns emellertid en hel del vägledning att hämta från Europadomstolen.[87] I målet *Parlov-Tkalčić/Kroatien* fann Europadomstolen att kravet på domstolars oavhängighet innebär att enskilda domare inte ska kunna utsättas ”för otillbörlig påverkan från aktörer utanför domstolsväsendet eller från aktörer inom detta. Domarnas interna oavhängighet kräver att de inte kan åläggas direktiv eller utsättas för påtryckningar från andra domare eller från personer med arbetsledande ansvar i domstolen, exempelvis domstolens ordförande eller ordföranden för en domstolsavdelning … Avsaknaden av

81 Europadomstolen, 1 december 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson/Island, CE:ECHR:2020:1201JUD002637418, stora avdelningen, § 226.

82 Europadomstolen, 4 mars 2003, Posokhov/Ryssland, CE:ECHR:2003:0304JUD006348600, § 43; Europadomstolen, 29 april 2008, Barashkova/Ryssland, CE:ECHR:2008:0429JUD002671603, § 32.

83 Europadomstolen, 1 december 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson/Island, CE:ECHR:2020:1201JUD002637418, stora avdelningen, §§ 236–241, i vilken domstolen slog fast att inte alla oegentligheter vid utnämning av domare är ägnade att äventyra den rättigheten.

84 Europadomstolen, 1 december 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson/Island, CE:ECHR:2020:1201JUD002637418, stora avdelningen, §§ 243–252.

85 Dom av den 26 mars 2020, Review Simpson och HG/rådet och kommissionen (C-542/18 RX-II och C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232, punkt 75). Min kursivering.

86 Dom av den 26 mars 2020, Review Simpson och HG/rådet och kommissionen (C-542/18 RX-II och C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232, punkt 75).

87 Se, vidare, till exempel J. Sillen, ”The concept of ’internal judicial independence’ in the case law of the European Court of Human Rights”, *European Constitutional Law Review*, vol. 15, 2019, s. 104–133.

tillräckliga garantier som säkerställer domarnas oavhängighet inom domstolsväsendet och i synnerhet i förhållande till sina överordnade vid domstolen, kan medföra att domstolen drar slutsatsen att det kan anses finnas sakliga skäl för en kärandes tvivel när det gäller en domstols (oavhängighet och) opartiskhet …”. [88]

143. Inom ramen för denna prövning undersöker Europadomstolen bland annat huruvida de befogenheter som tilldelats högre domare, som ordföranden vid domstolen, är ”ägnade att ge upphov till latenta påtryckningar som innebär att domare underkastar sig sina överordnade vid domstolen eller åtminstone gör enskilda domare ovilliga att gå emot sin ordförandes önskemål, vilket innebär att det får ’avkylande effekter’ på domares interna oavhängighet …”. [89]

b) Bedömning

144. I förevarande mål fann Författningsdomstolen i sitt avgörande nr 685/2018 att de förvaltningsbeslut som fattades av Högsta domstolens administrativa plenum, åsidosatte rätten till en domstol som har inrättats enligt lag och kravet på opartiskhet. Vad beträffar det sistnämnda kravet underströk Författningsdomstolen betydelsen av den interna aspekten av domstolarnas oavhängighet.

145. Jag vill redan från början betona att det i förevarande mål inte är nödvändigt att bedöma huruvida artikel 47 andra stycket i stadgan skulle *påbjuda* samma resultat. Det är inte det som är frågan. En slutsats som emellertid kan dras utan större svårigheter är att artikel 47 andra stycket i stadgan *inte utesluter* Författningsdomstolens slutsatser.

146. Det följer av fast rättspraxis att när unionsrätten ger medlemsstaterna ett visst utrymme för skönsmässig bedömning, förblir nationella domstolar behöriga att skydda grundläggande rättigheter enligt den nationella konstitutionen, förutsatt att den skyddsnivå som föreskrivs i stadgan, eller unionsrättens företräde, enhetlighet och verkan, inte undergrävs därigenom. [90]

147. Om det villkoret avspeglas i domen i målet M.A.S. som en möjlighet för nationella konstitutionella normer att fungera som gräns för skyldigheten att *underlåta att tillämpa* nationella bestämmelser som i materiellt hänseende är oförenliga med artikel 325.1 FEUF, [91] är det tämligen uppenbart att detta tillvägagångssätt även kan användas som ett verktyg för att generellt bedöma huruvida nationell lag, praxis och rättspraxis är förenliga med unionsrätten. [92]

148. I förevarande mål regleras frågan om domstolsavdelningars sammansättning och frågan om rättsmedel som finns att tillgå vid ett åsidosättande av nationella bestämmelser rörande detta (så som de tolkats av nationella domstolar, däribland Författningsdomstolen), inte av unionsrätten. När det gäller situationer som inte helt och hållet regleras av unionsrätten, behåller medlemsstaterna sitt utrymme för skönsmässig bedömning. Om dessa skulle ha en högre eller

88 Europadomstolen, 22 december 2009, CE:ECHR:2009:1222JUD002481006, § 86 och där angiven rättspraxis.

89 Ibidem, § 91. Europadomstolen fann emellertid att ”all tillsyn över domares arbete innebär en viss fara för deras interna oavhängighet och det är omöjligt att utforma ett system som helt undanröjer den faran”.

90 Se redan, för ett liknande resonemang, dom av den 26 februari 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, punkt 60), och dom av den 26 februari 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, punkt 29).

91 Dom av den 5 december 2017, M.A.S. och M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, punkt 47).

92 Se, exempelvis, dom av den 26 februari 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, punkterna 29 och 36), dom av den 26 februari 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, punkt 60 och följande punkter), eller dom av den 29 juli 2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, punkt 28 och följande punkter).

annorlunda nivå när det gäller skyddet av grundläggande rättigheter, vilket det ankommer på de nationella domstolarna att avgöra, är det tillåtet enligt artikel 53 i stadgan, i synnerhet när det gäller frågor som inte helt och hållet regleras av unionsrätten. [93]

149. Det innebär inte att den logiken kan tillämpas på alla nationella bestämmelser eller domstolsavgöranden eller all nationell praxis, enbart på grund av att de framställs som exempel på en högre eller annorlunda nationell nivå för skyddet av en viss grundläggande rättighet. Domstolen har i sin rättspraxis redan fastställt kraven för att en sådan situation ska kunna godtas. Tillämpningen av normer för skydd av nationella grundläggande rättigheter får inte vara sådan att den äventyrar den skyddsnivå som garanteras i stadgan. Dessutom vill jag, som ett inledande och tämligen uppenbart villkor, tillägga att det måste förefalla rimligt att den nationella bestämmelsen eller det nationella avgörandet verkligen bidrar till skyddet av grundläggande rättigheter på nationell nivå, så som det tolkas genom den tillämpliga nationella skyddsnormen.

150. Om så är fallet ska förbehållet för ”unionsrättens företräde, enhetlighet och verkan” sannolikt inte uppfattas bokstavligen, vilket jag tidigare har påpekat. [94] Annars skulle det inte vara någon större mening med att kräva enhetlighet inom områden där standardregeln är nationell mångfald. Slutsatsen är likväl uppenbar: när det gäller frågor och situationer som inte regleras av unionsrätten, utgör stadgan inte ett tak. [95]

151. Mot bakgrund av detta ser jag inget skäl till att en nationell författningsdomstol inte skulle få lägga större tonvikt vid en strikt efterlevnad av bestämmelserna om nationella domstolsavdelningars sammansättning, vilket innefattar frågan om intern oavhängighet, och därmed inte skulle kunna dra slutsatsen att de (synbara) nationella standardkonsekvenserna för avgöranden som meddelats av felaktigt sammansatta domstolar ska tillämpas i de fallen, på grund av att reglerna hade åsidosatts.

152. För det första skulle det i synnerhet vara möjligt att förena mångfald med artikel 53 i stadgan i situationer där inte finns någon skillnad i *karaktär* för den skyddade rättigheten utan en skillnad i *grad* och den därmed förknippade balansen, vilken ofta beror på nationella historiska erfarenheter och den därmed förknippade känsligheten. Vissa rättssystem kan således reagera med större känslighet på en felaktig sammansättning av en domstol, helt enkelt på grund av att de har historiska minnen av vad som kan hända när sådana regler ersätts av ”flexibilitet”. Det gäller även farhågor rörande den interna dimensionen av domstolarnas oavhängighet och opartiskhet. Det skulle vara ett misstag att hålla fast vid kategorier från det förgångna, då hoten mot domstolarnas oavhängighet ansågs komma från de övriga statsmakterna. Det finns en uppsjö av synnerligen problematiska saker som domare, i synnerhet sådana i ledningsposition, kan utsätta andra domare för. [96]

93 Till skillnad från dom av den 26 februari 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107), där det inte gick att använda sig av artikel 53 i stadgan, eftersom tvistefrågan i det målet hade harmoniserats helt genom unionsrätten.

94 Se mitt förslag till avgörande i målet Dzivev (C-310/16, EU:C:2018:623, punkterna 89–91).

95 Ibidem, punkterna 92–95.

96 För en mer ingående diskussion, se till exempel Kosař, D., *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, s. 407, där det görs gällande att vissa former av självstyre för domstolar ger upphov till ”system med beroende domare inom ramen för ett oavhängigt domstolsväsende”, där otillbörligt inflytande utövas av högt uppsatta tjänstemän som ordföranden i domstolar eller tjänstemän vid självstyrande domstolsorgan, *inom domstolsväsendet*.

153. För det andra gäller detta även konsekvenserna av ett sådant åsidosättande. Om man tillåter andra eller strängare måttstockar när det gäller att fastställa rättigheten eller principen, innebär det logiskt sett att man även tillåter att man hittar den lämpliga nationella balansen mellan överväganden som hänger samman med rätten till en domstol som har inrättats enligt lag, å ena sidan, och principen om rättskraft,[97] å den andra.

154. Mot bakgrund av detta kan ett relativt kortfattat svar ges på de argument som förts fram av parterna med avseende på artikel 47 i stadgan.

155. Den andra klaganden i mål C-357/19 har gjort gällande att tillämpningen av regeln rörande utnämning av ledamöter av Högsta domstolens femdomaravdelningar genom lottning, utgör en särskild nationell norm. Den skyddar sammansättningen av avdelningar vid den högsta domstolsinstansen för överklaganden från politiska påtryckningar, med tanke på att ordföranden och vice ordföranden i den domstolen utses av Rumäniens president. Åklagarmyndigheten, domarföreningen ”Forum” och den rumänska regeringen har däremot i sina svar på domstolens frågor gjort gällande att principen om att Högsta domstolens femdomaravdelningar ska utses genom lottning, inte kan anses vara en del av en särskild nationell norm som hänger samman med skyddet för grundläggande rättigheter. De motiverar det huvudsakligen med att regeln att avdelningars ledamöter ska utses genom lottning inte är tillämplig på alla domstolssammansättningar, utan snarare utgör ett undantag. Domarföreningen ”Forum” har i sitt skriftliga yttrande i mål C-547/19 gjort gällande, att den omständigheten att inte alla domare i en avdelning utses genom lottning, inte ger anledning att ifrågasätta deras opartiskhet.[98]

156. Det relativt kortfattade svaret är följande: det ankommer på de behöriga nationella organen att närmare fastställa vilken den nationella normen är. Även om den omständigheten att inte alla domare i en avdelning utses genom lottning inte automatiskt innebär att det finns en bristande opartiskhet, kan det när ett sådant krav finns i en rättsregel, vara befogat att betrakta den som en regel som rör sammansättningen av en domstol som omfattas av rätten till en domstol som har inrättats enligt lag. Vad som menas med en domstol som har inrättats enligt lag bestäms av nationell rätt.[99] Det kan bara bedömas mot bakgrund av kraven i den rättsordning som reglerar den aktuella domstolens upprättande och funktionssätt,[100] i det här fallet den rumänska rättsordningen. Om unionsrätten, inom gränserna för vad som är verkligt och rimligt,[101] godtar att sådana frågor som inte regleras av unionsrätten ger upphov till nationell differentiering och mångfald, måste den också godta att det är den behöriga nationella aktören/de behöriga nationella aktörerna som ska fastställa den normen. Det är inte EU-domstolens uppgift att avgöra frågor som rör nationell rätt.

97 Det tycks i det här sammanhanget finnas vissa variationer när det gäller medlemsstaternas sätt att förhålla sig till konsekvenserna av brister när det gäller en domstols sammansättning och balansen mellan rätten till en domstol som har inrättats enligt lag och rättssäkerhetsprincipen. Se förslag till avgörande av generaladvokaten Sharpston i målet Review Simpson/rådet och Review HG/kommissionen (C-542/18 RX-II och C-543/18 RX-II, EU:C:2019:977, punkterna 98–104).

98 Denna part nämner Europadomstolens dom, 15 september 2015, Tsanova-Gecheva/Bulgarien, CE:ECHR:2015:0915JUD004380012, § 108, där Europadomstolen fann att även om de fem domarna i en avdelning inte hade utsetts genom lottning (en omständighet som parterna var oeniga om), förefaller det inte som att kraven i artikel 6 i Europakonventionen har åsidosatts, eftersom det inte finns några andra omständigheter som tyder på en bristande opartiskhet.

99 Se ovan punkt 139 ovan i detta förslag till avgörande.

100 Se, exempelvis, beträffande den interna fördelningen av mål, dom av den 2 oktober 2003, Salzgitter/kommissionen (C-182/99 P, EU:C:2003:526, punkterna 28–36), beslut av den 9 december 2009, Marcuccio/kommissionen (C-528/08 P, EU:C:2009:761, punkterna 57–60), eller dom av den 2 oktober 2014, Strack/kommissionen (C-127/13 P, EU:C:2014:2250, punkterna 50–55).

101 Se ovan punkt 149 i detta förslag till avgörande.

c) Slutsats i denna del

157. Mot bakgrund av ovanstående överväganden, föreslår jag att domstolen ska besvara den andra frågan i mål C-357/19 på följande sätt: Artikel 47 andra stycket i stadgan utgör inte hinder för att en nationell författningsdomstol, i en situation som generellt omfattas av unionsrättens tillämpningsområde men som inte helt och hållet regleras av den, med tillämpning av en verklig och rimlig nationell standard för skydd av konstitutionella rättigheter och på grundval av dess tolkning av de tillämpliga nationella bestämmelserna, slår fast att domstolsavdelningar inom den nationella högsta domstolen inte hade inrättats på ett lagenligt sätt.

3. Skyddet av unionens ekonomiska intressen

158. Den första frågan i mål C-357/19 rör tolkningen av artikel 325.1 FEUF med avseende på Författningsdomstolens avgörande nr 685/2018 och dess rättsverkningar. I samma fråga i mål C-357/19 och i frågan i mål C-547/19, undrar den hänskjutande domstolen hur artikel 19.1 FEU och artikel 2 FEU, samt artikel 47 i stadgan, ska tolkas med avseende på Författningsdomstolens ovannämnda avgörande.

159. I den här delen ska jag ta upp de potentiella problem som kan påverka skyddet av unionens ekonomiska intressen, innan jag behandlar den mer generella och strukturella dimensionen av tolkningsfrågorna som är inriktad på de potentiella återverkningarna av det beslutet mot bakgrund av principen om domstolars oavhängighet och rättsstatsprincipen i den efterföljande delen av detta förslag till avgörande.

160. Genom sin första fråga i mål C-357/19, såvitt avser artikel 325.1 FEUF och artiklarna 1.1 och 2.1 i PIF-konventionen, vill den hänskjutande domstolen huvudsakligen få klarlagt huruvida artikel 325.1 FEUF och PIF-konventionen ska tolkas så, att de medger att en nationell domstol underlåter att tillämpa ett avgörande av en nationell författningsdomstol som leder till att mål där lagakraftvunna avgöranden har meddelats återupptas, vilket kan påverka mål som rör unionens ekonomiska intressen.

161. Den skyldighet som åläggs i artikel 2.1 i PIF-konventionen vad gäller sådana förfaranden som avses i artikel 1 i konventionen, utgör därför ett specifikt uttryck för de vidare och mer omfattande skyldigheter som föreskrivs i artikel 325.1 FEUF. Eftersom diskussionen i förevarande mål kretsat kring tillämpningsområdet för artikel 325.1 FEUF, ska jag emellertid begränsa min bedömning till den bestämmelsen. När allt kommer omkring är det ganska osannolikt att de skyldigheter som åligger en medlemsstat till sin karaktär skulle skilja sig radikalt åt mellan dessa instrument.

1) Unionsrätten

162. Förevarande mål illustrerar de problem som uppkommer vid en tolkning av artikel 325.1 FEUF och de praktiska konsekvenserna av ett eventuellt åsidosättande av den bestämmelsen. Enligt sentida rättspraxis [102] innefattar den bestämmelsen i unionens primärrätt en komplicerad uppsättning skyldigheter och konsekvenser när det gäller avvägningen mellan dessa och andra unionsrättsliga värden och principer, så som grundläggande rättigheter.

[102] Dom av den 8 september 2015, Taricco m.fl. (C-105/14, EU:C:2015:555), dom av den 5 december 2017, M.A.S. och M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936), av den 5 juni 2018, Kolev m.fl. (C-612/15, EU:C:2018:392), och dom av den 17 januari 2019, Dzivev m.fl. (C-310/16, EU:C:2019:30).

163. Vad beträffar de *skyldigheter* som föreskrivs i artikel 325.1 FEUF, är domstolens rättspraxis relativt tydlig. Medlemsstaterna är enligt artikel 325.1 FEUF skyldiga att bekämpa olaglig verksamhet som riktar sig mot unionens ekonomiska intressen genom att vidta åtgärder som är avskräckande och effektiva.[103] Det står medlemsstaterna fritt att själva välja de sanktioner som ska vara tillämpliga. De måste emellertid säkerställa att de uppfyller sina skyldigheter på ett effektivt sätt, vilket i vissa fall kräver att straffrättsliga påföljder tillämpas.[104] Enbart en ”kriminalisering” räcker dock inte för att skyldigheterna enligt artikel 325.1 FEUF ska anses uppfyllda. Medlemsstaterna måste också se till att andra materiella och processuella bestämmelser (exempelvis straffprocessregler[105] eller preskriptionsregler[106]) gör det möjligt att på ett effektivt sätt bestraffa överträdelser som riktar sig mot unionens ekonomiska intressen.

164. Medlemsstaternas processuella och institutionella autonomi för att bekämpa överträdelser som riktar sig mot unionens finansiella intressen begränsas emellertid bland annat av kravet på effektivitet, vilket kräver att sanktionerna ska vara effektiva och avskräckande.[107]

165. Rättspraxis är emellertid något mer komplicerad när det gäller grunden för bedömning av huruvida den nationella lagstiftningen är *förenlig* med artikel 325.1 FEUF, dess interna *gränser* och de praktiska *följderna och påföljderna* om den nationella lagstiftningen skulle anses oförenlig med unionsrätten, bland annat de nationella domstolarnas skyldighet att *underlåta att tillämpa* nationella bestämmelser som strider mot unionsrätten.[108]

2) Parternas ståndpunkter

166. I förevarande mål har varken de parter som har inkommit med yttranden eller den hänskjutande domstolen gjort gällande att de straffrättsliga påföljder som föreskrivs i den nationella lagstiftningen för allvarliga bedrägerier eller annan allvarlig olaglig verksamhet som riktar sig mot unionens ekonomiska intressen, inte i sig skulle vara effektiva eller avskräckande. Frågan är i stället huruvida Författningsdomstolens avgörande nr 685/2018 kan ha en negativ inverkan på möjligheterna till en effektiv lagföring och bestraffning och därför strider mot artikel 325.1 FEUF.

167. Den hänskjutande domstolen och åklagaren anser att Författningsdomstolens ifrågavarande avgörande är ägnat att få negativa följder för unionens ekonomiska intressen. Det här argumentet bygger huvudsakligen på att Författningsdomstolens avgörande nr 685/2018 har till verkan att lagakraftvunna domar som meddelats av avdelningar med fem domare blir ogiltiga och att de påföljder som meddelats i ett stort antal fall av allvarliga bedrägerier berövas sin effektiva och avskräckande verkan. Detta är ägnat att påverka unionens ekonomiska intressen, eftersom det dels skapar ett intryck av straffrihet, och dels en systematisk risk för straffrihet på grund av tillämpningen av nationella preskriptionsregler, med hänsyn till förfarandenas komplexitet och

103 Se, exempelvis, dom av den 5 december 2017, M.A.S. och M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, punkt 30).

104 Ibidem, punkterna 33 och 34 och där angiven rättspraxis.

105 Dom av den 5 juni 2018, Kolev m.fl. (C-612/15, EU:C:2018:392, punkt 55), och dom av den 17 januari 2019, Dzivev m.fl. (C-310/16, EU:C:2019:30, punkt 29 och där angiven rättspraxis).

106 Dom av den 8 september 2015, Taricco m.fl. (C-105/14, EU:C:2015:555, punkt 47) och dom av den 5 december 2017, M.A.S. och M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, punkt 36).

107 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 januari 2019, Dzivev m.fl., (C-310/16, EU:C:2019:30, punkt 30 och där angiven rättspraxis).

108 Beträffande kritik, se mina förslag till avgörande i målen Scialdone (C-574/15, EU:C:2017:553, punkt 137 och följande punkter), och Dzivev (C-310/16, EU:C:2018:623, punkterna 65–68).

tidsåtgång fram till dess att en lagakraftvunnen dom föreligger efter det att den nya prövningen har gjorts. På grund av detta bör Författningsdomstolens avgörande anses vara oförenligt med artikel 325.1 FEUF.

168. Kommissionen är av en annan uppfattning och den har med förbehåll för den nationella domstolens prövning, gjort gällande att det i förevarande mål inte framkommit något som visar att det skulle föreligga en systematisk risk för straffrihet. Även om kommissionen har dragit en motsatt slutsats, är det intressant att konstatera att dess synsätt tycks bygga på samma grunder som den hänskjutande domstolens och åklagarens. Kommissionens bedömning bygger också främst på överväganden rörande ”effektiviteten”, mätt som systematisk straffrihet som en funktion av det potentiella antalet berörda fall.

3) Bedömning

i) Vilket test ska användas?

169. Det är intressant att aktörerna i förevarande mål (den hänskjutande domstolen, åklagaren och kommissionen) hänvisar till samma ”test”, men kommer fram till motsatta slutsatser. Det innebär att en eller flera av parterna helt enkelt kan ha fel. Det är emellertid också möjligt att detta utfall kan vara ett tecken på ett större problem, nämligen att testet i sig kanske inte är idealiskt.

170. Som framgår av yttrandena i förevarande mål, utgörs testet för att se om artikel 325.1 FEUF har åsidosatts, huvudsakligen av en bedömning av *följderna* av en nationell bestämmelse eller nationell rättspraxis eller praxis. Ett åsidosättande av artikel 325.1 FEUF skulle föreligga om följderna av nationella åtgärder skulle medföra en risk för systematisk straffrihet. Den skulle kunna mätas som det potentiella antalet berörda fall, även om andra faktorer som de särskilda följderna för unionens budget eller de berörda fallens art eller komplexitet, också föreslås som ytterligare faktorer som ska beaktas.

171. Enligt det synsättet skulle, kanske något överdrivet, artikel 325.1 FEUF utgöra ett fulländat rättesnöre för effektivitet, mätt som hur mycket pengar som har kommit in och hur många personer som har dömts om pengarna inte har kommit in. Frågan om bestämmelsers förenlighet reduceras då till subjektiva uppskattningar från domstolen sida av (empirisk) inverkan i ett antal fall som dessutom är ospecificerat (men *betydande*). På grundval av detta kan nationella straff- eller processrättsliga bestämmelser selektivt åsidosättas, vilket självfallet är till men för den tilltalade. Även om det inte kan förnekas att grundläggande rättigheter har betydelse inom ramen för ett sådant synsätt, kan skyddet av dem kanske bara komma in i ett senare skede, som en potentiell gräns för möjligheten att underlåta att tillämpa nationella åtgärder eller att verkställa en nyskapad regel som är till nackdel för enskilda personer.

172. Av de skäl som jag redan redogjort för i mitt förslag till avgörande i målet Dzivev, [109] finner jag det synsättet problematiskt.

[109] C-310/16, EU:C:2018:623, punkterna 121–127.

173. För det första kan effektiviteten i betydelsen effektiv avskräckning inom ramen för artikel 325.1 FEUF, eller någon annan del av unionsrätten,[110] på en mer generell nivå inte betraktas som ett absolut värde som överskuggar alla andra överväganden. Artikel 325.1 FEUF innehåller visserligen en hänvisning till effektivitetsinriktade skyldigheter som medlemsstaterna åläggs. Den genomsyras emellertid även av ett starkt inslag av institutionell och processuell autonomi, vilket måste vara utgångspunkten. I denna till sitt väsen öppna struktur, kan effektivitet inte vara den enda aspekten som ska beaktas vid en bedömning av *förenligheten*. Om effektiviteten godtas fullt ut, kan varje tänkbart resultat motiveras. Alla nationella bestämmelser som hindrar en fällande dom skulle då kunna anses vara oförenliga med artikel 325.1 FEUF. Detta är inte ett recept för effektiv brottsbekämpning, utan snarare för individuellt godtycke och strukturellt kaos till följd av unionsrätten.

174. För det andra är det således mycket viktigt att det görs en avvägning mellan det potentiellt gränslösa ”effektivitetsargumentet” och andra unionsrättsliga bestämmelser, principer och värden, däribland grundläggande rättigheter och lagligheten. Detta måste göras *redan i det skede då förenligheten bedöms*.[111] Lagligheten eller grundläggande rättigheter kommer helt enkelt inte senare, som en potentiell (men ofta tämligen oläglig) begränsning. De ingår i samma regelverk inom ramen för unionens rättsordning och de har samma vikt och betydelse.

175. Domstolen bekräftade den uppfattningen i målen M.A.S. och Dzivev, där den påpekade att ”[s]kyldigheten att säkerställa en effektiv uppbörd av unionens egna medel innebär … inte att de nationella domstolarna inte behöver iaktta de grundläggande rättigheter som garanteras i stadgan och i unionslagstiftningens allmänna principer, …”[112] däribland ”skyldigheten att iaktta legalitetsprincipen och rättsstatsprincipen, eftersom rättsstaten är ett av de främsta värden som Europeiska unionen bygger på, såsom framgår av artikel 2 FEU”.[113]

176. I domen i målet Dzivev fann domstolen, *även utan* att göra en bedömning av huruvida bestämmelserna i fråga medförde straffrihet i ett betydande antal fall, att unionsrätten inte medför en skyldighet för nationella domstolar att underlåta att tillämpa en nationell förfaranderegel, även om det skulle kunna öka effektiviteten i lagföringen genom att göra det möjligt för de nationella myndigheterna att besluta om sanktioner i vissa fall av bristande efterlevnad av unionsrätten, när förfaranderegeln exakt avspeglar de krav som hänger samman med skyddet av grundläggande rättigheter.[114] Även om så kanske skulle kunna vara fallet i ett annat scenario, ankommer det under alla förhållanden i första hand på den nationella lagstiftaren att ändra den nationella bestämmelsen i fråga och på så sätt åtgärda den felaktiga eller otillräckliga tillämpningen av artikel 325.1 FEUF.[115]

110 Se, för andra exempel, förslag till avgörande av generaladvokat Saugmandsgaard Øe i målet Deutsche Umwelthilfe (C-752/18, EU:C:2019:972, punkterna 81–84), eller mitt förslag till avgörande i målet Nemec (C-256/15, EU:C:2016:619, punkt 64).

111 Mitt förslag till avgörande i målet Dzivev (C-310/16, EU:C:2018:623, punkterna 122 och 123).

112 Dom av den 17 januari 2019, Dzivev m.fl. (C-310/16, EU:C:2019:30, punkt 33). Se även, för ett liknande resonemang, dom av den 5 december 2017, M.A.S. och M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, punkt 52), och dom av den 5 juni 2018, Kolev m.fl. (C-612/15, EU:C:2018:392, punkterna 68 och 71).

113 Dom av den 17 januari 2019, Dzivev m.fl. (C-310/16, EU:C:2019:30, punkt 34).

114 Se dom av den 17 januari 2019, Dzivev m.fl. (C-310/16, EU:C:2019:30, punkterna 35–39).

115 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 december 2017, M.A.S. och M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, punkt 41), och dom av den 17 januari 2019, Dzivev m.fl. (C-310/16, EU:C:2019:30, punkt 31).

177. För det tredje anser jag, beträffande karaktären och kriterierna för bedömningen av den eventuella oförenligheten mellan de nationella bestämmelserna och artikel 325.1 FEUF, att en sådan bedömning ska göras på samma sätt som alla andra bedömningar av (o)förenlighet med unionsrätten. Bedömningen ska avse den normativa förenligheten mellan bestämmelserna och det ska inte vara en empirisk, statistisk undersökning av ett (ospecificerat) antal fall som berörs. [116]

178. Domstolar brukar inte vara så bra på statistik. Den typ av analys som domstolen överlät på de nationella domstolarna att göra i målet Taricco, kräver stark bevisning, sannolikt i kombination med en särskild framåtsyftande analys som är inriktad på verkningarna. Detta förefaller ligga långt bortom vad som rimligen kan krävas av en nationell domstol, i synnerhet en domstol i en lägre instans, som naturligtvis kan ha en allmän bild av pågående mål som rör strukturella frågor inom det aktuella rättsområdet, men som i första hand har ett avgöra ett visst mål. Förutom att det normalt saknas sådan bevisning, är det dessutom sannolikt att resultaten i hög grad blir beroende av omständigheterna och faktorer som det potentiella antalet mål som pågår vid en domstol vid en viss tidpunkt, vilket kan förväntas variera över tiden och knappast kan vara en väsentlig grund för bedömning av huruvida en nationell bestämmelse eller praxis är förenlig med unionsrätten. [117]

179. Diskussionen i de här aktuella målen belyser starkt dessa problem. Till att börja med är det oklart exakt vad som avses med ett *betydande* antal mål som kan innebära strukturell straffrihet. Mer än 10 procent? Mer än 25 procent? Mer än 40 procent? Detta gör att olika aktörer kommer fram till olika resultat även om de hänvisar till samma test. [118] Å ena sidan tycks det i själva verket finnas vissa uppgifter, eftersom alla dessa mål i själva verket handläggs vid Högsta domstolen. I mål C-357/19 tycks Högsta domstolen förfoga över tämligen detaljerad och fullständig statistik, vilket den rumänska regeringen uppgav i sina svar på domstolens frågor. [119] Å andra sidan är det inte säkert att det förhåller sig så i allmänhet med andra domstolar som också har att tillämpa artikel 325.1 FEUF. Den första klaganden i mål C-357/19 har i sina svar på domstolens frågor påpekat att nationella domstolar knappast kan göra en analys av den systematiska risken för straffrihet vad beträffar ett mätbart eller fastställbart antal berörda fall, eftersom de bara har att avgöra enskilda mål. Mot bakgrund av detta riskerar ett test som bygger på antalet fall, eller det potentiella antalet fall, som berörs, att medföra att ”efterlevnadsanalysen” blir beroende av tillgängligheten av och kvaliteten på statistisk information, vilket i sin tur ganska lätt kan leda till en inkonsekvent tillämpning av, eller snarare en underlåtenhet att tillämpa, nationella förfaranderegler i brottmål.

180. Sammanfattningsvis bör det relevanta testet för att för att undersöka om artikel 325.1 FEUF har åsidosatts, helt enkelt vara huruvida en nationell bestämmelse, eller nationell rättspraxis eller praxis, i *normativt* hänseende och *oberoende av* dess faktiska mätbara verkan i form av *antalet berörda mål*, kan äventyra det effektiva skyddet av unionens ekonomiska intressen.

181. De aspekter som bedömningen bör innefatta är bland annat följande: För det första, den normativa och systematiska utvärderingen av de ifrågavarande bestämmelsernas innehåll. För det andra, deras syfte och nationella sammanhang. För det tredje, deras rimligen förutsebara eller

116 Mitt förslag till avgörande i målet Dzivev (C-310/16, EU:C:2018:623, punkt 129).

117 Hur problematisk en sådan bedömning är framgår om man ser till den andra sidan i domstolen, och den potentiella juridiska rådgivning som en brottmålsadvokat förväntas ge till sin klient som svar på en fråga om huruvida den nationella lagstiftning som tillämpas i det aktuella målet är förenlig med unionsrätten: ”Jag vet inte, det beror på hur det går i andra mål”.

118 Se ovan punkterna 167 och 168 i detta förslag till avgörande.

119 Den rumänska regeringen har förklarat att Högsta domstolen i ett brev i mars 2020 lämnade upplysningar om relevant information och statistik rörande: bland annat hur Författningsdomstolens avgöranden nr 685/2018 och nr 17/2019 har påverkat Högsta domstolens verksamhet, hur många mål som berörs, hur många av dessa mål som påverkade unionens ekonomiska intressen, vilka skador som uppstått, hur länge förfarandena pågick samt i hur många mål det fanns risk för straffrihet.

förväntade praktiska följder, till följd av det sätt på vilket dessa bestämmelser brukar tolkas eller tillämpas (det vill säga oberoende av statistiska skattningar av antalet mål som faktiskt eller eventuellt berörs). För det fjärde ingår grundläggande rättigheter och legalitetsprincipen i den inre balansen vid tolkningen av de materiella krav som ställs i artikel 325.1 FEUF *när en bedömning görs av förenligheten* mellan nationella bestämmelser och praxis och den bestämmelsen. Grundläggande rättigheter och legalitetsprincipen är inte bara ”korrigerande” faktorer som i slutändan (ex post) kan begränsa bestämmelsens praktiska följder. De har redan nu betydelse vid tolkningen av det materiella innehållet i artikel 325.1 FEUF och utgör dess *inre* gränser när det gäller den tolkning av den bestämmelsen som rimligen kan förutses. Alla nationella invändningar när det gäller det laglighetsskydd och de strängare nationella krav på skyddet av grundläggande rättigheter som åberopas i det här sammanhanget, måste emellertid, vad beträffar utformningen, avspegla en rimlig och verklig vilja att skapa att starkare skydd för grundläggande rättigheter. Den eventuella påverkan på de intressen som skyddas genom artikel 325.1 FEUF, måste dessutom vara proportionerlig.

182. I alla mål där sådana överväganden kan leda till att nationella bestämmelser eller nationell praxis kan förklaras vara oförenliga med artikel 325.1 FEUF, rör avslutningsvis nästa fråga vilka påföljder och följder det leder till i enskilda mål. Av särskild betydelse i sådana mål, särskilt i brottmål, är huruvida det finns ytterligare överväganden som kan förhindra att en sådan oförenlighetsförklaring faktiskt tillämpas till men för de enskilda personerna i det nationella målet.

183. I det sista skedet ändras perspektivet. Det ska inte längre göras en avvägning mellan unionens strukturella intressen och den nationella autonomin och den tillåtna graden av mångfald, utan en skälig avvägning mot de berörda personernas individuella rättigheter inom ramen för det enskilda fallet. Även om det i första hand ankommer på de nationella domstolarna att göra den sistnämnda avvägningen när de tillämpar EU-domstolens vägledning, måste EU-domstolens resonemang göra det möjligt att nå fram till sådana skäliga individuella lösningar på nationell nivå.

184. Sammanfattningsvis måste ett uttalande om oförenlighet inom ramen för ett enskilt fall, inte nödvändigtvis få till följd att den nya rättsregeln också ska vara tillämplig i det nationella målet. I strukturellt hänseende utgör ett sådant resultat inget hot mot unionsrättens verkan eller företräde. Om det skulle anses att viss praxis på nationell nivå har haft negativ inverkan på unionens ekonomiska intressen, har kommissionen nu, i mer pragmatiskt hänseende, tillgång till ett kraftfullt verktyg enligt artikel 258 FEUF för att kräva tillbaka belopp som en medlemsstat är skyldig unionens budget, utan att skyddet av enskildas grundläggande rättigheter på nationell nivå blir en indirekt skada i processen. [120]

ii) Tillämpning i förevarande mål

185. Om Författningsdomstolens avgörande nr 685/2018 bedöms mot bakgrund av de kriterier som beskrivits ovan i punkt 181, förefaller det inte vara ägnat att äventyra det effektiva skyddet av unionens ekonomiska intressen.

[120] Se dom av den 31 oktober 2019, kommissionen/Förenade kungariket (C-391/17, EU:C:2019:919), vilken gav möjlighet för kommissionen att direkt yrka exakta belopp för skada som vållats unionsbudgeten i överträdelseförfaranden.

186. För det första kan det, vad beträffar den normativa och systematiska bedömningen av innehållet i det ifrågavarande avgörandet, konstateras, såsom den första och den fjärde klaganden har gjort gällande, att Författningsdomstolens avgörande nr 685/2018 inte skapar några nya rättsmedel eller ändrar det befintliga systemet med rättsmedel. Det är över huvud taget inte särskilt inriktat på tillämpningen av artikel 325.1 FEUF. I sitt avgörande slog Författningsdomstolen bara fast att rättsliga normer rörande sammansättningen av domstolsavdelningar hade åsidosatts, vilket även har betydelse för nationella förfaranden som i vid mening omfattas av artikel 325.1 FEUF. Det gjorde det möjligt för parterna att använda sig ett extraordinärt rättsmedel som redan fanns föreskrivet i lag, nämligen i straffprocesslagen. Det bör påpekas att det begränsade antal fall där sådana extraordinära rättsmedel är tillåtna finns angivna i artikel 426.1 i den lagen, i vilken det i punkt d) uttryckligen hänvisas till en situation ”där appellationsdomstolens sammansättning är rättsstridig …”. Möjligheten att få lagakraftvunna avgöranden omprövade på grund av felaktig sammansättning av en domstolsavdelning, är en lösning som inte är ovanlig i de olika medlemsstaterna. [121]

187. För det andra finns det, vad beträffar syftet med avgörande nr 685/2018 och det nationella sammanhanget, i förevarande mål inget som tyder på att syftet med avgörandet i fråga var att kringgå eller undergräva de rättsliga instrument som gör det möjligt att bekämpa korruption eller att påverka skyddet av unionens ekonomiska intressen. Jag vill redan här tydligt betona att det inte finns något objektivt och välunderbyggt argument för att det skulle ha skett ett instrumentellt bruk eller snarare missbruk av normala förfaranden. [122]

188. För det tredje är, såsom kommissionen har påpekat, de eventuella praktiska följderna av Författningsdomstolen avgörande nr 685/2018 begränsade i tiden. Avgörandet i fråga är främst avsett att tillämpas på pågående eller framtida mål. Vad beträffar avslutade mål, får parterna bara väcka en sådan extraordinär talan innan fristen för detta har löpt ut. Enligt artikel 428.1 i straffprocesslagen upphör emellertid den möjligheten 30 dagar efter att appellationsdomstolens avgörande har delgetts.

189. Såsom kommissionen och den andra klaganden i mål C-357/19 också med rätta har påpekat, leder inte ett undanröjande av en dom från en appellationsdomstol till följd av en tillämpning av Författningsdomstolens avgörande nr 685/2018, till att det straffrättsliga förfarandet avbryts, utan bara till att ett skede av förfarandet återupptas. Dessutom är det inte givet att ett återupptagande leder till ett annat utfall. Exakt samma resultat kan förstås uppnås igen, men den här gången med en korrekt sammansatt avdelning. Avslutningsvis är det inte troligt att de dröjsmål som eventuellt uppstår leder till åtalspreskription. Med förbehåll för den nationella domstolens prövning, förefaller inte preskriptionssystemet i artiklarna 154 och 155 i strafflagen att få orimliga följder, med hänsyn till preskriptionstidernas längd och reglerna om orsak och verkan av preskriptionsavbrott, vilket innefattar den övre gränsen för dessa preskriptionstider. [123]

[121] För exempel, när det gäller brister vid utnämningar av domare, se förslag till avgörande av generaladvokaten Sharpston i målet Review Simpson/rådet och Review HG/kommissionen (C-542/18 RX-II och C-543/18 RX-II, EU:C:2019:977, punkterna 98–104).

[122] I den mening som förebådas i punkt 243 i mitt förslag till avgörande i målet AFJR, av vilket framgår att de regler som fästs på pränt döljer en helt annan verklighet. Det kan givetvis innefatta en situation där en viss grupp personer missbrukar vissa allmänna objektiva förfaranden för personliga syften.

[123] Se de preskriptionsregler som beskrivs ovan i punkterna 15 och 16 i detta förslag till avgörande.

190. För det fjärde kan man, såsom den första, den andra och den fjärde klaganden i mål C-357/19 har gjort gällande, inte bortse från att motiveringen till Författningsdomstolens avgörande nr 685/2018, bygger på den grundläggande rätten till en rättvis rättegång, bland annat i anslutning till den del som rör rätten till en domstol som har inrättats enligt lag i anslutning till farhågor som rör principen om domares interna oavhängighet. [124]

191. Får sådana överväganden göras gällande inom ramen för artikel 325.1 FEUF, som begränsning för övervägandena rörande effektiviteten och den avskräckande verkan av straffrättsliga påföljder som ska tillämpas på nationell nivå?

192. I enlighet med domarna i målen M.A.S. och Dzivev, anser jag att dessa överväganden inte bara får göras gällande utan även bör godtas. Om nationella problem av konstitutionell art inom ett område som inte regleras av unionsrätten (i det fallet preskriptionstider) enligt domen M.A.S. fick fungera som gräns för skyldigheten att *underlåta att tillämpa* nationella bestämmelser som i materiellt hänseende är oförenliga med artikel 325.1 FEUF, [125] måste detta i än högre grad gälla bedömningen i nästa skede, det vill säga när man undersöker *förenligheten* mellan nationell lag, rättspraxis och praxis, å ena sidan, och unionsrätten, å den andra. [126]

193. I övrigt är den bedömning som kan göras här i sak densamma som den som tidigare gjorts i samband med normen enligt artikel 47 andra stycket i stadgan. [127] Enkelt uttryckt föreskriver unionsrätten inte (direkt) några regler om domstolsavdelningars sammansättning på nationell nivå. Inom ramen för den mångfald som är tillåten, tycks det rumänska systemet bygga på en strängare syn på vilka krav som kan ställas på en domstol som har inrättats enligt lag och följderna av om de inte uppfylls. Dessa farhågor förefaller vara rimliga och reella, och de avspeglar bara en något annorlunda avvägning mellan de värden som berörs.

194. Sammanfattningsvis vill jag åter betona det ”rimliga och verkliga”, inom ramen för artikel 325.1 FEUF, liksom, för den delen, med avseende på ett starkare nationellt skydd enligt stadgan. En nationell regel som utformas på det sättet måste avspegla en verklig vilja som rimligen bidrar till att skydda nationella grundläggande rättigheter och värden, och den kan godtas (i princip, inte nödvändigtvis vad beträffar grad och specifik utformning) som ett värde inom unionen som bygger på rättsstatsprincipen, demokrati och mänsklig värdighet.

195. Det ankommer förvisso alltid på de behöriga nationella aktörerna att precisera den nationella (konstitutionella) normen. Den omständigheten att EU-domstolen inte kan bekräfta den preciseringen innebär emellertid inte att den måste godta hela dess innehåll, i synnerhet inte om den åberopas som en begränsning av eller ett undantag från unionsrätten, bland annat inom ramen för artikel 325.1 FEUF.

iii) Slutsats i denna del

196. Jag anser att den första frågan i mål C-357/19, såvitt avser artikel 325.1 FEUF (och eventuellt även artiklarna 1.1 a och b och 2.1 i PIF-konventionen, med förbehåll för den nationella domstolens prövning), ska besvaras så att de bestämmelserna ska tolkas så att de inte utgör

[124] Se ovan punkterna 127–128 i detta förslag till avgörande.

[125] Dom av den 5 december 2017, M.A.S. och M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, punkt 47).

[126] Se, exempelvis, dom av den 26 februari 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, punkterna 29 och 36), dom av den 26 februari 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, punkt 60 och följande punkter), eller dom av den 29 juli 2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, punkt 28 och följande punkter).

[127] Se ovan punkterna 146–156 i detta förslag till avgörande.

hinder för ett avgörande av en nationell författningsdomstol, i vilket det slås fast att sammansättningen av avdelningar vid en nationell högsta domstol inte har varit lagenliga på grund av att rätten till en opartisk domstol har åsidosatts, vilket därigenom skapar förutsättningar för att tillåta extraordinära rättsmedel mot lagakraftvunna domar.

4. Principen om oavhängiga domstolar

197. I sin första fråga i mål C-357/19, såvitt avser artikel 19.1 FEU, undrar den hänskjutande domstolen i korthet om den bestämmelsen utgör hinder för att Författningsdomstolen (som beskrivs som ”ett organ som inte tillhör den dömande makten”) meddelar ett avgörande som avgörande nr 685/2018. I den fråga som hänskjutits i mål C-547/19, undrar den hänskjutande domstolen på liknande sätt (även om Författningsdomstolen här beskrivs som ”ett organ som enligt nationell rätt inte är en domstol”), huruvida artikel 2 FEU, artikel 19.1 FEU och artikel 47 i stadgan utgör hinder för en författningsdomstols ingripande angående det sätt på vilket en högsta domstol har tolkat och tillämpat lagstiftningen om domstolsavdelningars sammansättning.

198. Jag vill betona att jag anser att det inte ankommer på EU-domstolen att generellt bedöma nationella (rättsliga) organs uppbyggnad och befogenheter. Med undantag av sådana extrema och beklagliga scenarier där en hel domstol (eller till och med delar av domstolsväsendet) inte längre uppfyller rättsstatsprincipens systemkrav och därför inte längre kan betecknas som en oavhängig domstol, och där en institutionell bedömning av en nationell rättslig aktör blir oundviklig, har EU-domstolen alltid begränsat sin bedömning till sakfrågor som tagits upp av en hänskjutande domstol. Inom ramen för en sådan diskussion kan ett föregående avgörande av en annan, även en högre, domstol inom samma rättsordning, visserligen ifrågasättas indirekt. Föremålet för den diskussionen har emellertid alltid i första hand varit grunden för det avgörandet och inte en abstrakt bedömning av de befogenheter eller den allmänna behörighet som ett nationellt organ som meddelar avgörandet har.

199. I de föregående delarna av detta förslag till avgörande har jag försökt att följa den traditionen.[128] Eftersom generaladvokaten har till uppgift att till fullo hjälpa domstolen att undersöka alla tänkbara dimensioner av det hänskjutna målet, ska jag emellertid även tillhandahålla vissa anmärkningar, som förvisso är tämligen kortfattade, rörande de bredare institutionella frågor som den hänskjutande domstolen har tagit upp.

200. Mot bakgrund av de problem som den hänskjutande domstolen har tagit upp (1), ska jag efter vissa allmänna överväganden rörande de tillämpliga unionsbestämmelserna (2), undersöka huruvida kraven rörande oavhängiga domstolar som stadfästs i artikel 47 andra stycket i stadgan och i artikel 19.1 andra stycket FEU, utgör hinder för att Författningsdomstolens avgörande nr 685/2018 tillämpas (3).

1) De problem som den hänskjutande domstolen har tagit upp

201. I sina beslut att begära förhandsavgörande pekar den hänskjutande domstolen på olika problem som rör Författningsdomstolens ställning och sammansättning i allmänhet (i); dess särskilda behörighet när det gäller att slå fast att det föreligger författningsrättsliga konflikter och dess särskilda användning av den behörigheten under förfarandet för att anta avgörande nr 685/2018 (ii); samt konsekvenserna av det avgörandet för rättssäkerhetsprincipen (iii).

[128] Se även ovan punkt 119 i detta förslag till avgörande.

202. Den första typen av problem, som rör Författningsdomstolens ställning, behandlas mer utförligt av den hänskjutande domstolen i dess beslut att begära förhandsavgörande i mål C-547/19. Den konstaterar att Författningsdomstolen inte är någon domstol, eftersom den inte är en del av den dömande makten. Politiska överväganden har stor betydelse vid utnämningen av dess ledamöter. I artikel 142.3 i den rumänska konstitutionen föreskrivs att av de nio ledamöterna i Författningsdomstolen, ”utses tre domare av deputeradekammaren, tre av senaten och tre av Rumäniens president”.

203. Den andra typen av problem, som också behandlas i beslutet att begära förhandsavgörande i mål C-547/19, rör Författningsdomstolens behörighet att slå fast att det föreligger en författningsrättslig konflikt. Den innefattar både de myndigheter som får inleda ett sådant förfarande och vilka konsekvenser detta förfarande får för domstolsväsendets behörighetsområde.

204. Å ena sidan konstaterar den hänskjutande domstolen att enligt artikel 146 d i Rumäniens konstitution får ett förfarande för att fastställa att det föreligger en författningsrättslig konflikt, endast inledas på ansökan av Rumäniens president, talmannen i någon av parlamentets båda kamrar, premiärministern eller Högsta rättsrådets ordförande. Med undantag av Högsta rättsrådets ordförande, är de övriga personer som är inblandade politiskt tillsatta. Om den här aspekten kombineras med det politiska inslaget som påverkar utnämningen av Författningsdomstolens ledamöter, anser den hänskjutande domstolen att det kan finnas en risk för ingripanden i politiska syften eller för att tillvarata politiskt inflytelserika personers intressen. Den hänskjutande domstolen tycks anse att denna risk illustreras av att det förfarande som ledde fram till avgörande nr 685/2018, vilket initierades av premiärministern, kom vid en tidpunkt när deputeradekammarens talman, som också var ordförande i det styrande partiet, själv var tilltalad i ett brottmål som registrerats vid en femdomaravdelning som inrättats för att pröva brottmål.

205. Å andra sidan förklarar den hänskjutande domstolen, med avseende på de följder som det särskilda förfarandet för att fastställa att det föreligger en författningsrättslig konflikt får för domstolarnas oavhängighet, att det finns en oklar distinktion mellan ”rena laglighetsfrågor”, vilka ska prövas av de allmänna domstolarna, och ”författningsrättsliga konflikter”, vilka bara får avgöras av Författningsdomstolen. Den hänskjutande domstolen påpekar att ett domstolsavgörande som strider mot lagen är ett rättsstridigt avgörande och ett förvaltningsbeslut som strider mot lagen är ett rättsstridigt beslut, och inte ett uttryck för en ”författningsrättslig konflikt med den lagstiftande makten”. Lösningen i sådana fall är anlitandet av rättsmedel eller, beroende på omständigheter, en talan väckt vid förvaltningsdomstol.

206. Vad särskilt avser avgörande nr 685/2018, konstaterar den hänskjutande domstolen att den tolkning som Högsta domstolens administrativa plenum gjorde i sitt beslut nr 3/2014 berodde på att lagen var otydlig. Den kan således inte anses vara en uppsåtlig vägran att rätta sig efter den lagstiftande församlingens vilja. I det här sammanhanget bemötte Författningsdomstolen bara den tolkning av de otydliga bestämmelserna i lagen som Högsta domstolen hade gjort. Av det skälet anser den hänskjutande domstolen att Författningsdomstolens prövning av om Högsta domstolens verksamhet var laglig, och den omständigheten att Författningsdomstolen beslutade att befogenheter som enligt lag tillkom Högsta domstolen skulle överföras till Högsta rättsrådet, kan ha en negativ inverkan, inte bara på domstolarnas oavhängighet, utan även på rättsstatens grunder.

207. Den tredje typen av problem rör de konsekvenser som avgörandet i fråga får för rättssäkerhetsprincipen. Den hänskjutande domstolen konstaterar i sin begäran om förhandsavgörande i mål C-357/19, på ett mer generellt sätt att principen om domares

oavhängighet utgör hinder för att avgörande nr 685/2018 får bindande verkan med avseende på avgöranden som redan hade vunnit laga kraft när Författningsdomstolen meddelade sitt avgörande, om det inte finns tungt vägande skäl att ifrågasätta om rätten till en rättvis rättegång iakttogs i de berörda målen. Den tolkning som Högsta domstolens styrande råd gjort och som har förts in i Högsta domstolens arbetsordning, vilken inte har ifrågasatts utan enhälligt har godtagits i rättspraxis, utgör inte ett rimligt skäl som kan motivera sådana verkningar.

2) Den unionsrättsliga ramen

208. Domstolsväsendets uppbyggnad och organisation faller inom medlemsstaternas behörighetsområde enligt standardprincipen om institutionell autonomi.[129] Det innefattar etableringen av en författningsdomstol och dess funktionssätt. Enligt principen om oavhängiga domstolar krävs det inte att medlemsstaterna tillämpar en viss konstitutionell modell som ska reglera förhållandena eller samspelet mellan olika statsorgan,[130] under förutsättning naturligtvis att en viss grundläggande maktdelning som är kännetecknande för rättsstaten upprätthålls.[131]

209. När medlemsstaterna organiserar sitt domstolsväsende och sina förfaranden är de dock skyldiga att därvid iaktta de skyldigheter som åligger dem enligt artikel 47 i stadgan, vars tillämpningsområde och innehåll ska tolkas mot bakgrund av artikel 6.1 i Europakonventionen och artikel 19.1 andra stycket FEU.[132] Det finns emellertid inte någon förutbestämd eller viss modell eller system som ska tillämpas. Domstolen har i sin rättspraxis i stället försökt att fastställa minimikrav som de nationella systemen måste uppfylla. De kraven hänger samman med *interna* och *externa* aspekter av domstolars oavhängighet, samt kravet på *opartiskhet*, som bygger på Europadomstolens rättspraxis.

210. Den *externa* aspekten av domstolars oavhängighet, vilken har ett nära samband med kravet på opartiskhet, förutsätter ”att den aktuella domstolsinstansen fullgör sina uppgifter helt självständigt, utan att vara underställd någon annan och utan att ta emot order eller instruktioner från något håll och att den således är *skyddad mot yttre inblandning eller påtryckningar* som kan äventyra dess ledamöters oberoende prövning och påverka deras avgöranden”.[133] Det innefattar inte bara direkt påverkan i form av instruktioner utan även ”mer indirekt påverkan som kan inverka på domarnas beslutsfattande”.[134]

211. Så som domstolen har påpekat, med hänvisning till Europadomstolens praxis rörande artikel 6.1 i Europakonventionen, ska det vid prövningen av om en domstol är ”oavhängig” bland annat beaktas *hur och för hur länge som domstolens ledamöter har tillsatts*, om det finns skydd

129 Se punkterna 227–232 i mitt förslag till avgörande i målet AFJR.

130 Se, beträffande artikel 47 andra stycket i stadgan, dom av den 19 november 2019, A. K. m.fl. (Oavhängigheten hos avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen) (C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982, punkt 130 och där angiven rättspraxis).

131 Ibidem, punkterna 124–126 och där angiven rättspraxis.

132 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 juni 2019, kommissionen/Polen (Högsta domstolens oavhängighet) (C-619/18, EU:C:2019:531, punkt 52), och av den 19 november 2019, A. K. m.fl. (Oavhängigheten hos avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen) (C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982, punkt 115).

133 Ibidem, punkt 121 och där angiven rättspraxis. Min kursivering.

134 Ibidem, punkt 125 och där angiven rättspraxis.

gentemot yttre påtryckningar och huruvida det aktuella organet ”framstår som oavhängigt”, eftersom det som står på spel är det förtroende som enskilda rättssubjekt ska kunna hysa för domstolsväsendet i ett demokratiskt samhälle. [135]

212. En annan viktig del av den objektiva bedömningen av opartiskheten är (doktrinen om) intryck, enligt vilken det ska fastställas huruvida det, oberoende av domarens personliga agerande, finns några kontrollerbara omständigheter som gör det berättigat att ifrågasätta hans eller hennes opartiskhet. [136] Det är, vad gäller tillsättning av domare, bland annat nödvändigt att försäkra sig om att ”de materiella rekvisit och de handläggningsregler som är tillämpliga då sådana tillsättningsbeslut ska fattas är utformade på ett sådant sätt att de utesluter allt rimligt tvivel som enskilda rättssubjekt skulle kunna hysa beträffande de aktuella domarnas pålitlighet i förhållande till yttre omständigheter och deras neutralitet i förhållande till de intressen som konfronteras, när de väl har tillsatts”. [137]

213. För att pröva om den tröskeln har uppnåtts, har domstolen emellertid förespråkat en övergripande bedömning som beaktar omständigheter som rör institutionell utformning, rättslig reglering och praktiskt genomförande. I det här sammanhanget har domstolen funnit att till exempel blotta omständigheten att de verkställande eller lagstiftande organen medverkar i tillsättningsprocessen inte i sig kan anses innebära att dessa ledamöter står i ett beroendeförhållande till dem, om ledamöterna – när de väl tillsatts – inte blir föremål för påtryckningar och inte mottar några instruktioner för sin tjänsteutövning. [138]

214. Domstolen har slagit fast att ”[e]n nationell domstols oberoende ska …, även med avseende på villkoren för utnämningen av dess ledamöter, bedömas mot bakgrund av samtliga relevanta faktorer”. [139] Det innebär att även om vissa av de omständigheter som påtalats av en nationell domstol i sig inte går att kritisera, kan dessa omständigheter vid en samlad bedömning – sammantagna med omständigheterna kring dem – framstå som problematiska. [140]

135 Dom av den 19 november 2019, A. K. m.fl. (Oavhängigheten hos avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen) (C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982, punkt 127), med hänvisning, för ett liknande resonemang, till Europadomstolen, 21 juni 2011, Fruni mot Slovakien, CE:ECHR:2011:0621JUD000801407, § 141, och till Europadomstolen, 6 november 2018, Ramos Nunes de Carvalho e Sá mot Portugal, CE:ECHR:2018:1106JUD005539113, § 144 och där angiven rättspraxis.

136 Dom av den 19 november 2019, A. K. m.fl. (Oavhängigheten hos avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen) (C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982, punkt 128) med hänvisning till Europadomstolen, 6 maj 2003, Kleyn m.fl. mot Nederländerna, CE:ECHR:2003:0506JUD003934398, § 191 och där angiven rättspraxis, och Europadomstolen, 6 november 2018, Ramos Nunes de Carvalho e Sá mot Portugal, CE:ECHR:2018:1106JUD005539113, §§ 145, 147 och 149 och där angiven rättspraxis.

137 Dom av den 19 november 2019, A. K. m.fl. (Oavhängigheten hos avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen) (C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982, punkt 134 och där angiven rättspraxis). Se även dom av den 26 mars 2020, Review Simpson och HG/rådet och kommissionen (C-542/18 RX-II och C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232, punkt 71 och där angiven rättspraxis).

138 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 november 2019, A. K. m.fl. (Oavhängigheten hos avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen) (C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982, punkt 133 och där angiven rättspraxis), och av den 9 juli 2020, Land Hessen (C-272/19, EU:C:2020:535, punkt 54).

139 Dom av den 9 juli 2020, Land Hessen (C-272/19, EU:C:2020:535, punkt 56).

140 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 november 2019, A. K. m.fl. (Oavhängigheten hos avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen (C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982, punkt 142), och dom av den 9 juli 2020, Land Hessen (C-272/19, EU:C:2020:535, punkt 57).

3) Bedömning

i) Författningsdomstolens sammansättning och ställning

215. Vad beträffar den första uppsättningen av problem som den hänskjutande domstolen har tagit upp och som rör *Författningsdomstolens sammansättning och ställning*, anser jag inte att metoden för tillsättning av ledamöter i Författningsdomstolen i sig förefaller vara problematisk. Den omständigheten att ”politiska” institutioner medverkar i tillsättningen av ledamöter i ett organ som Författningsdomstolen, innebär inte i sig att det blir ett politiskt organ som tillhör eller är underordnad den verkställande makten. Det som i stället är viktigt är att domarna i Författningsdomstolen, när de väl har tillsatts, inte blir föremål för påverkan eller påtryckningar i sin tjänsteutövning. [141]

216. Vad beträffar uppbyggnad och organisation, är författningsdomstolar visserligen inte som andra domstolar. I det avseendet är författningsdomstolar, i synnerhet i sådana system där de gör specialiserade, koncentrerade prövningar av författningsenlighet, inte som någon av de allmänna domstolarna i ett nationellt system. [142] Även om det ibland kan råda tvekan i taxonomiskt hänseende om exakt vilken gren av statsmakten de tillhör, innebär det inte att följden blir att de inte längre är ”domstolar”. [143] Vad som är av betydelse för att de ska betecknas som domstolar är att de uppfyller kraven på opartiskhet och oavhängighet, genom att det fastställs viken ställning domarna i författningsdomstolen har och att det finns rättsliga garantier för att de är oavhängiga i sin tjänsteutövning.

217. Detta ger även ett svar på frågan om tillsättning. Vem som faktiskt tillsätter är inte avgörande, [144] men det är delvis relevant, i synnerhet i samband med urvalsförfarandet för domare. Det är garantierna för oavhängighet i tjänsteutövningen, eventuellt i förening med det faktiska agerandet, som har betydelse. Det kan till och med hävdas att just inblandningen av andra grenar av statsmakten i tillsättningen av domare utgör ett exempel på verklig maktdelning. Maktdelning bör inte förväxlas med en överdriven syn på domstolars oavhängighet som i själva verket innebär att de betraktas som isolerade och avskilda öar.

218. Det kan i de här aktuella målen konstateras att kravet på oavhängighet utgör den del av den konstitutionella ställningen för domare i Författningsdomstolen enligt artikel 145 i den rumänska konstitutionen. Enligt artikel 142.2 i den rumänska konstitutionen tillsätts domarna i Författningsdomstolen för en tid av nio år och denna tid kan inte förlängas. Under den tiden kan de enligt artikel 145 i den rumänska konstitutionen inte avsättas. Villkoren för att de ska kunna utnämnas, vilket bland annat innefattar mycket höga juridiska kvalifikationer, hög yrkeskompetens och minst 18 års erfarenhet av juridisk verksamhet eller verksamhet inom högre juridisk utbildning, framgår av artikel 143 i den rumänska konstitutionen. Vidare innehåller artikel 144 i den rumänska konstitutionen även bestämmelser om oförenlighet för domare i Författningsdomstolen, som syftar till att säkerställa deras oavhängighet.

141 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 november 2019, A. K. m.fl. (Oavhängigheten hos avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen) (C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982, punkt 133 och där angiven rättspraxis).

142 Se, exempelvis, beträffande denna diskussion, D. Grimm, ”Constitutions, Constitutional Courts and Constitutional Interpretation at the Interface of Law and Politics”, *EMERJ*, vol. 21(3), 2019, s. 55–71; T. Ginsburg och N. Garoupa, ”Building Reputation in Constitutional Courts: Political and Judicial Audiences”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 28, 2011, s. 539–568.

143 Se, beträffande denna diskussion i ett jämförande perspektiv, underblåst av det franska författningsrådets särskilda karaktär, Favoreu, L., och Mastor, W., *Les cours constitutionnelles*, 2 uppl., Dalloz, Paris, 2016, s. 22 och följande sidor.

144 Skulle annars den omständigheten att domare i ett stort antal medlemsstater utses av en statschef eller regeringschef, det vill säga av den verkställande makten, också innebära att ingen av dessa i sig är oavhängig?

219. Dessutom har författningsdomstolar i allmänhet [145] och den rumänska författningsdomstolen i synnerhet [146] av EU-domstolen också betraktats som godtagbara samtalspartners inom ramen för förfarandet för förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, vilket, åtminstone i viss mån, kräver att de är oavhängiga för att de ska anses vara en ”domstol” i den mening som avses i artikel 267 FEUF. [147]

ii) Författningsdomstolens behörighetsområde och praxis

220. På liknande sätt rör den hänskjutande domstolens frågor om *Författningsdomstolens behörighet* att fastställa att det föreligger en författningsrättslig konflikt mellan konstitutionella organ, den medlemsstatens institutionella och processuella autonomi.

221. Det finns ingen på förhand fastställd katalog över behörigheter som författningsdomstolar bör eller inte bör tillerkännas för att de ska anses iaktta den unionsrättsliga principen om oavhängiga domstolar. På sätt och vis ingår det i författningsdomstolarnas uppgifter att deras befogenheter ska få (direkta eller indirekta) följder för de avgöranden som allmänna domstolar meddelar. [148]

222. Det kan bara tilläggas att ingen av författningsdomstolarna i Europa, åtminstone såvitt jag vet, någonsin har kunnat hitta ett exakt sätt att skilja mellan vad som är en fråga av ”konstitutionell” betydelse och vad som är en fråga som ”bara” handlar om laglighet. Avsaknaden av en sådan tydlig distinktion har lett till ett betydande antal konflikter mellan nationella (allmänna) högsta domstolar och nationella författningsdomstolar genom åren, i synnerhet i system som är förtrogna med konkreta (eller individuella) prövningar av författningsenligheten på grundval av en enskild talan. [149]

iii) Principen om rättskraft

223. Avslutningsvis ska det påpekas att de verkningarnas särskilda karaktär och de praktiska följderna av författningsdomstolars avgöranden, också ingår i de delar som de nationella rättssystemen ska definiera, däribland skyddet av principen om rättskraft och rättssäkerhetsprincipen.

145 Bland de många mål som hittills hänskjutits av de nationella författningsdomstolarna, se till exempel dom av den 1 mars 2011, Association belge des Consommateurs Test-Achats m.fl. (C-236/09, EU:C:2011:100), dom av den 26 februari 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107), av den 30 maj 2013, F. (C-168/13 PPU, EU:C:2013:358), och dom av den 16 juni 2015, Gauweiler m.fl.(C-62/14, EU:C:2015:400).

146 Dom av den 5 juni 2018, Coman m.fl. (C-673/16, EU:C:2018:385).

147 Se, exempelvis, dom av den 19 september 2006, Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, punkterna 49–53), eller, på senare tid, dom av den 21 januari 2020, Banco de Santander (C-274/14, EU:C:2020:17, punkt 55 och följande punkter), dom av den 9 juli 2020, Land Hessen (C-272/19, EU:C:2020:535, punkt 45 och följande punkter), och dom av den 16 juli 2020, Governo della Repubblica italiana (Italienska domares ställning) (C-658/18, EU:C:2020:572, punkt 42 och följande punkter).

148 För en översiktlig jämförelse, se exempelvis Cremer, H.-J., Die Wirkungen verfassungsrechtlicher Entscheidungen: Ein Vergleich zwischen der Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland und der Rechtslage in den Staaten Mittel- und Osteuropas, i Frowein, J.A. Marauhn, T. (red.), *Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, Springer, Berlin, 1998, s. 237, eller de olika bidragen i Luchterhandt, O. m.fl. (red.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, Nomos, Baden-Baden, 2007.

149 För en jämförande diskussion med exempel från Tyskland, Spanien, Tjeckien, Slovakien och Slovenien, se den volym som getts ut av Ústavní soud (Republiken Tjeckiens författningsdomstol) med titeln *The Limits of the Constitutional Review of the Ordinary Courts' Decisions in the Proceedings on the Constitutional Complaint*, Linde, Prag, 2005. Med avseende på kritiken mot att den konstitutionella prövning är alltför omfattande, se till exempel redan Bundesministerium der Justiz, *Entlastung des Bundesverfassungsgerichts: Bericht der Kommission*, Moser, Bonn, 1998, s. 62–66.

224. Inom ramen för unionsrätten har EU-domstolen upprepade gånger pekat på betydelsen av dessa båda principer.[150] Det innebär att vad beträffar krav som följer av unionsrätten, har domstolen aldrig, utom i några ganska exceptionella scenarier,[151] generellt krävt att lagakraftvunna avgörandens rättskraft ska upphävas. Samtidigt har EU-domstolen inte klandrat de extraordinära rättsmedel som finns för att få lagakraftvunna avgöranden som strider mot unionsrätten omprövade i Rumänien, utan respekterat den avvägning och det särskilda processuella val som den nationella lagstiftaren har gjort.[152] Detta måste i än högre grad gälla verkningarna och konsekvenserna av ett avgörande av en nationell författningsdomstol.

iv) Förbehåll

225. Så som jag förklarade i mitt förslag till avgörande i målet AFJR, kan EU-domstolens prövning av domstolarnas oavhängighet och opartiskhet, inom ramen för ”strukturella mål” som leder till en granskning av om vissa nationella institutionella eller processuella lösningar uppfyller unionsrättens krav, göras på tre olika nivåer: ”enbart en prövning på pappret”, en prövning av ”bestämmelserna i ett sammanhang eller bestämmelserna såsom de tillämpas” och en prövning enbart med beaktande av praktiska förhållanden, vilka skiljer sig fullständigt från de som står på pappret.[153]

226. I förevarande mål tycks prövningen av ”teorin” eller ”enbart på pappret” inte väcka några tvivel om Författningsdomstolens opartiskhet eller oavhängighet.

227. Det går visserligen inte att bortse från de antydningar om potentiella risker och även enstaka insinuationer som finns i handlingarna i målet, i synnerhet när de syftar på just avgörande nr 685/2018, de inblandade aktörerna och deras påstådda motiv.[154]

228. Det skulle dock vara ett helt annat mål än det som anhängiggjorts vid domstolen.[155] Det är tyvärr tänkbart i Europeiska unionen av i dag att det kan finnas fall med manipulation eller direkt missbruk av ett visst konstitutionellt förfarande, vilket även om det är underkastat skenbart neutrala regler, kan användas för att gynna en viss persons eller grupps intressen. Ett ännu mer extremt scenario skulle vara att det inte bara handlar om ett eller flera enstaka institutionella misslyckanden, utan att en hel domstol har blivit oseriös. I ett sådant fall skulle de grundläggande, strukturella garantierna för en institutions oavhängighet och opartiskhet inte längre vara säkerställda, eftersom hela domstolen då blir politiskt kapad, till exempel genom systemet med utnämningar, eller eftersom hot mot den allmänna strukturen som handlar om iakttagande av maktdelningsprincipen uppenbart sätts i verket.[156]

229. Även om jag helt instämmer med kommissionen på denna punkt, har det i förevarande mål inte framkommit några omständigheter som gör att Författningsdomstolens oavhängighet eller opartiskhet kan ifrågasättas. Den hänskjutande domstolens tvivel rör snarare överväganden

150 För ett exempel på senare tid, se dom av den 2 april 2020, CRPNPAC och Vueling Airlines (C-370/17 och C-37/18, EU:C:2020:260, punkt 88 och där angiven rättspraxis).

151 Vilka jag nyligen beskrivit och diskuterat i mitt förslag till avgörande i målet Călin (C-676/17, EU:C:2019:94, punkt 80 och följande punkter).

152 Dom av den 11 september 2019, Călin (C-676/17, EU:C:2019:700, punkt 57).

153 Punkterna 240–243 i det förslaget till avgörande.

154 Se även ovan punkt 204 i detta förslag till avgörande.

155 För ytterligare argument som förts fram till domstolen – se närmare mitt förslag till avgörande i målet AFJR, punkterna 235–248.

156 Se, för ett exempel på en sådan situation, dom av den 19 november 2019, A. K. m.fl. (Oavhängigheten hos avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen) (C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982, punkterna 142–152).

som hänger samman med tolkningen av den nationella lag som omfattas av Författningsdomstolens avgörande och dess konsekvenser för den hänskjutande domstolens praxis, vilken den domstolen helt enkelt motsätter sig.

v) Slutsats i denna del

230. Till följd av detta bör den första frågan i mål C-357/19, såvitt avser principen om oavhängiga domstolar, och frågan i mål C-547/09, besvaras så, att den unionsrättsliga principen om oavhängiga domstolar, vilken stadfästs i artikel 47 andra stycket i stadgan och artikel 19.1 andra stycket FEU, inte utgör hinder för ett avgörande från en nationell författningsdomstol som, vid utövandet av sina konstitutionella befogenheter, prövar lagligheten och sammansättningen av domstolsavdelningar vid den nationella högsta domstolen, även om det får till följd att det blir möjligt att använda extraordinära rättsmedel mot lagakraftvunna domar.

5. Principen om unionsrättens företräde

231. Genom sin tredje fråga i mål C-357/19 vill den hänskjutande domstolen få klarlagt huruvida principen om unionsrättens företräde ger en nationell domstol rätt att inte följa ett avgörande av Författningsdomstolen, vilket meddelats i ett mål som rör en konstitutionell konflikt och är bindande enligt nationell lag.

232. Jag har redan lämnat ett svar på den frågan mot bakgrund av de särskilda skyldigheter som följer av artikel 325 FEUF och skyddet av grundläggande rättigheter. Mot bakgrund av det svar som jag föreslår att domstolen ska lämna på frågorna 1 och 2 i mål C-357/19, är det inte nödvändigt att besvara fråga 3.

233. Jag anser emellertid att det är kan vara till hjälp att lägga till några avslutande anmärkningar rörande principen om unionsrättens företräde och nationella domstolars skyldighet att följa en författningsdomstols avgöranden. Detta beror inte bara på möjligheten att domstolen inte godtar mina föreslagna svar på frågorna 1 och 2 i mål C-357/19. Det beror även på att det finns en annan viktig aspekt som döljer sig bakom den allmänna frågan. Som framgår av beslutet att begära förhandsavgörande, tycks fråga 3 motiveras av att en domares underlåtenhet att rätta sig efter ett avgörande från Författningsdomstolen enligt artikel 99 ș i lag nr 303/2004 utgör en disciplinförseelse enligt nationell rätt. [157]

234. I viss mån innehåller domstolens fasta praxis redan svar på den fråga som den hänskjutande domstolen har ställt.

235. Å ena sidan finns det en fast rättspraxis rörande unionsrättens företräde och dess konsekvenser för nationella domstolar och förfaranden. För det första är en nationell domstol som ska tillämpa unionsrättens bestämmelser skyldig att säkerställa att dessa bestämmelser ges full verkan, genom att vid behov underlåta att tillämpa varje motstridande bestämmelse i nationell lagstiftning, utan att domstolen behöver begära eller avvakta ett föregående upphävande av denna

[157] Se ovan punkt 7 i detta förslag till avgörande. I det sammanhang som föreligger i förevarande mål ligger användningen av den bestämmelsen inom möjligheternas gräns, under förutsättning att EU-domstolen anammar en viss tolkning av unionsrätten och den hänskjutande domstolen senare tillämpar den på nationell nivå, och därmed eventuellt går emot ett avgörande av Författningsdomstolen. Samma bestämmelse har emellertid redan tillämpats i ett annat parallellt mål vid domstolen: se mitt förslag till avgörande, som jag föredrar i dag, i mål C-379/19, DNA- Serviciul Territorial Oradea, av vilket framgår att en disciplinär utredning har inletts mot den hänskjutande domaren, eftersom han genom att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen, har visat att han motsätter sig ett avgörande av Författningsdomstolen.

genom lagstiftning eller något annat konstitutionellt förfarande.[158] För det andra är varje bestämmelse eller varje praxis som kan medföra en försvagning av unionsrättens verkan, på grund av att den domstol som är behörig att tillämpa denna rätt förvägras möjligheten att vid tillämpningstillfället göra allt som erfordras för att underlåta att tillämpa nationella lagbestämmelser vilka kan hindra unionsreglernas fulla verkan, oförenlig med de krav som följer av unionsrättens karaktär.[159] För det tredje gäller dessa överväganden alla nivåer av nationella bestämmelser, även de som har rang av grundlag.[160]

236. I princip, och naturligtvis under förutsättning att det faktiskt förelåg någon form av materiell oförenlighet mellan Författningsdomstolens ifrågavarande avgörande och unionsrätten, vilket jag inte anser var fallet, ska därför principen om unionsrättens företräde tolkas så att den medger att en nationell domstol underlåter att tillämpa ett avgörande av den nationella författningsdomstolen, för det fallet att den hänskjutande domstolen skulle finna att detta var det enda möjliga sättet att uppfylla de skyldigheter som följer av unionsrättsliga bestämmelser med direkt effekt.

237. Vad avser förfarandet för förhandsavgörande och dess eventuella inverkan på den nationella domstolshierarkin och skyldigheten att rätta sig efter en högre domstols rättsliga bedömning, har å andra sidan rättspraxis varit mycket tydlig ända sedan domstolens dom i målet Rheinmühlen I.[161] Tre viktiga aspekter som följer av denna rättspraxis, vilka även är tillämpliga på författningsdomstolars avgöranden,[162] bör nämnas och betonas här.

238. För det första: när en nationell domstol finner att ett avgörande av en högre domstol kan medföra att den meddelar en dom som strider mot unionsrätten, kan de nationella regler enligt vilka lägre domstolar är bundna av en högre domstols avgöranden inte hindra att de efter eget skön beslutar att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen. För det andra: en nationell domstol som har utövat det utrymme för skönsmässig bedömning som den har enligt artikel 267 FEUF, är bunden av den tolkning som EU-domstolen gör och måste vid behov avvika från den högre domstolens avgöranden.[163] För det tredje: jag anser att dessa överväganden även ska tillämpas när en lägre domstol finner att en högre domstols avgörande är oförenligt med unionsrätten, utan att den begär något förhandsavgörande från EU-domstolen. Det följer nämligen av fast rättspraxis att *möjligheten* för domstolar i lägre instans att begära ett förhandsavgörande, innan de, i förekommande fall, underlåter att följa anvisningar från en högre domstol som visar sig strida mot unionsrätten, inte kan omvandlas till en *skyldighet*.[164]

158 Se, för ett exempel på senare tid, dom av den 4 december 2018, The Minister for Justice and Equality och Commissioner of the Garda Síochána (C-378/17, EU:C:2018:979, punkt 35 och där angiven rättspraxis).

159 På senare tid, till exempel, dom av den 4 december 2018, The Minister for Justice and Equality and Commissioner of the Garda Síochána (C-378/17, EU:C:2018:979, punkt 36 och där angiven rättspraxis).

160 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 september 2010, Winner Wetten (C-409/06, EU:C:2010:503, punkt 61 och där angiven rättspraxis).

161 Dom av den 16 januari 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3).

162 Dom av den 15 januari 2013, Križan m.fl. (C-416/10, EU:C:2013:8, punkt 70).

163 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 oktober 2010, Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, punkterna 27, 28 och 30), och dom av den 15 januari 2013, Križan m.fl. (C-416/10, EU:C:2013:8, punkterna 68 och 69).

164 Dom av den 19 januari 2010, Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, punkterna 53–55), dom av den 5 oktober 2010, Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, punkt 28), och beslut av den 3 september 2020, Vikingo Fővállalkozó (C-610/19, EU:C:2020:673, punkt 75).

239. Enligt unionsrätten får således en nationell domare underlåta att följa en (i övrigt bindande) rättslig bedömning av en högre domstol, om han eller hon anser att den rättsliga tolkningen strider mot unionsrätten. Det är ur ett unionsrättsligt perspektiv helt logiskt att detta även måste gälla för alla eventuella (efterföljande) nationella sanktioner för detta agerande. Om det agerandet är korrekt ur ett unionsrättsligt perspektiv, så är ingen sanktion för det tillåten.

240. Det finns emellertid ett ganska avgörande ”men”. Jag anser att unionsrätten ger en nationell domare en begränsad ”rätt att inte hålla med”, men inte någon allmän ”rätt att avvika”. Mot bakgrund av hur unionens rättsordning är uppbyggd, i vilken det är domstolen som är den yttersta uttolkaren av unionsrätten, har domstolens ovannämnda praxis ett syfte, nämligen att hålla tillträdet till EU-domstolen öppet för lägre domstolar i medlemsstaterna. Bland annat kan högre domstolar i medlemsstaterna inte ha rätt att hindra domstolar inom samma jurisdiktion att begära förhandsavgöranden från EU-domstolen, genom att använda sig av sin formella auktoritet inom det nationella systemet.

241. Det finns emellertid också gränser för hur långt denna rätt som unionsrätten ger sträcker sig. Om domstolens ofta abstrakta och därmed något svepande utsagor skulle tillämpas fullt ut, kan man bara instämma med de krav på att den rättspraxis som följer av domen i målet Rheinmühlen ska omprövas, vilka visserligen framfördes år 2010.[165] I teoretiskt, institutionellt hänseende kan denna rättspraxis anses bygga på ett antal omotiverade tysta antaganden, bland annat att nationella högre domstolar har en önskan att hindra lägre domstolar inom deras jurisdiktion att begära förhandsavgöranden från EU-domstolen. Lyckligtvis har det inte, åtminstone inte förrän fram till ganska nyligen,[166] funnits stöd för ett sådant antagande.

242. Mot bakgrund av detta anser jag att domstolens ovannämnda praxis ska tolkas så att den ger utrymme för en rationell diskurs rörande den riktiga tolkningen av unionsrätten för alla nationella domstolar, oavsett var de befinner sig i hierarkin. Detta ska absolut inte uppfattas som ett gränslöst allmänt trumfkort som om det spelas ut, oberoende av omständigheterna skyddar domaren från alla normala regler rörande domstolsförfaranden, hierarki och disciplin på nationell nivå.

243. Bortsett från detta allmänna villkor, tror jag inte att man kan ge mer vägledning för det mycket stora antal olika scenarier som kan uppkomma i det verkliga livet. Det centrala i alla sådana fall är under alla förhållanden att ordentligt *diskutera* alla faktorer och överväganden som rör den unionsrätt som är aktuell i det enskilda fallet. Denna tämligen tvärgående skyldighet,[167] kan redan nu delvis avgränsa vilka unionsrättsbaserade argument som kan omfattas av den nationella rättsliga diskursen. Som tumregel ska under alla förhållanden en vederbörligen motiverad avvikande uppfattning hos en (lägre) domstol i synnerhet när en fråga tas upp för första gången, och som kan komma att leda till att en begäran om förhandsavgörande hänskjuts till EU-domstolen, *alltid vara möjlig*.

244. Allt detta utgör hinder för, vilket EU-domstolen nyligen har bekräftat, bestämmelser i nationell lag som underkastar nationella domare disciplinära förfaranden, enbart *på grund av* att de har begärt ett förhandsavgörande från EU-domstolen,[168] *oberoende* av utgången av denna

165 Se, exempelvis, förslag till avgörande av generaladvokat Cruz Villalón i målet Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:336, punkterna 23–39).

166 Under de förhållanden som nu råder i vissa medlemsstater, kan den rättspraxis som följer av domen Rheinmühlen visserligen komma att väckas till liv igen och få ett nytt strukturellt motiv: att skydda oliktänkande domstolar.

167 Vilken redan följer av artikel 47 i stadgan, jämförd med artikel 6.1 i Europakonventionen. Se även, exempelvis, dom av den 6 september 2012, Trade Agency (C-619/10, EU:C:2012:531, punkt 53 och följande punkter).

168 Se dom av den 26 mars 2020, Miasto Łowicz och Prokurator Generalny (C-558/18 och C-563/18, EU:C:2020:234, punkt 58).

begäran, kan man tillägga. Det innebär att enbart möjligheten att kunna bli föremål för ett disciplinärt förfarande på grund av en sådan begäran eller ett beslut att vidhålla en begäran efter att den har framställts, kan inverka menligt på de berörda nationella domstolarnas faktiska utövande av den möjlighet och de uppgifter som de har inom ramen för artikel 267 FEUF. [169] Det förhållandet att nämnda domare inte ska kunna utsättas för disciplinära förfaranden eller disciplinåtgärder på grund av att de har utnyttjat en sådan möjlighet att vända sig till EU-domstolen, utgör en garanti som är av grundläggande betydelse för deras oavhängighet. [170]

245. I en union som bygger på rättsstatsprincipen får, sammanfattningsvis, en domare inte bestraffas för att han eller hon på ett legitimt sätt har utövat den rätt som varje ”domstol” har att vända sig till EU-domstolen enligt artikel 267 FEUF

V. Förslag till avgörande

246. Jag föreslår att domstolen svarar på de tolkningsfrågor som har ställts av Înalta Curte de Casație şi Justiție (Högsta domstolen, Rumänien) på följande sätt:

– Den andra frågan i mål C-357/19 ska besvaras så att artikel 47 andra stycket i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna inte utgör hinder för att en författningsdomstol, i en situation som generellt omfattas av unionsrättens tillämpningsområde men som inte helt och hållet regleras av den, med tillämpning av en riktig och rimlig nationell norm för skydd av konstitutionella rättigheter och på grundval av dess tolkning av de tillämpliga nationella bestämmelserna, slår fast att domstolsavdelningar inom den nationella högsta domstolen inte har inrättats på ett lagenligt sätt.

– Den första frågan i mål C-357/19 och frågan i mål C-547/19 ska besvaras på följande sätt:

– Artikel 325.1 FEUF samt artikel 1.1 a och b och artikel 2.1 i den konvention som ingåtts på grundval av artikel K.3 i Fördraget om Europeiska unionen om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen ska tolkas så att de inte utgör hinder för ett avgörande av en nationell författningsdomstol, i vilket det slås fast att sammansättningen av avdelningar vid en nationell högsta domstol inte har varit lagenlig på grund av att rätten till en opartisk domstol har åsidosatts, vilket skapar förutsättningar för att tillåta att extraordinära rättsmedel används mot lagakraftvunna domar.

169 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 mars 2020, Miasto Łowicz och Prokurator Generalny (C-558/18 och C-563/18, EU:C:2020:234, punkterna 57–58).

170 Dom av den 26 mars 2020, Miasto Łowicz and Prokurator Generalny (C-558/18 och C-563/18, EU:C:2020:234, punkt 59). Se även, för ett likande resonemang, dom av den 5 juli 2016, Ognyanov (C-614/14, EU:C:2016:514, punkt 25), och beslut av den 12 februari 2019, RH (C-8/19 PPU, EU:C:2019:110, punkt 47).

– Den unionsrättsliga principen om oavhängiga domstolar, vilken stadfästs i artikel 47 andra stycket i stadgan och artikel 19.1 andra stycket FEUF utgör inte hinder för ett avgörande från en nationell författningsdomstol som, vid utövandet av sina konstitutionella befogenheter, prövar lagligheten av sammansättningen av domstolsavdelningar vid den nationella högsta domstolen, även om det får till följd att det blir möjligt att använda extraordinära rättsmedel mot lagakraftvunna domar.

– Mot bakgrund av svaren på den första och den andra frågan i mål C-357/19, saknas skäl att besvara den tredje frågan i det målet.