



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 28. februar 2019¹

Sag C-377/17

**Europa-Kommissionen
mod**

Forbundsrepublikken Tyskland

»Traktatbrud – tjenesteydelser på det indre marked – direktiv 2006/123 – artikel 15 – arkitekters og ingeniørers priser – bindende priser«

1. Det foreliggende traktatbrudssøgsmål, som Kommissionen har anlagt mod Forbundsrepublikken Tyskland, der vedrører minimums- og maksimumspriser for arkitekters og ingeniørers tjenesteydelser i Tyskland, giver Domstolen lejlighed til at afklare, i hvilken udstrækning artikel 15, stk. 2, i direktiv 2006/123/EF² medfører harmonisering af visse restriktioner for etableringsfriheden, og til at træffe afgørelse på grundlag af proportionalitetskriteriet i artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/123.

I. Retsforskrifter

A. EU-retten

2. Artikel 2 i direktiv 2006/123 har overskriften »Anvendelsesområde«. Det følger af direktivets første artikel, at det »finder anvendelse på tjenesteydelser, der udføres af tjenesteydere, som er etableret i en medlemsstat«.

3. Kapitel III (artikel 9-15) i direktivet omhandler etableringsfrihed for tjenesteydere. Afdeling 2 i dette kapitel (artikel 14-15) omhandler krav, der er forbudte, og krav, der skal evalueres.

4. Direktivets artikel 15, der har overskriften »Krav, der skal evalueres« fastsætter bl.a. følgende:

»1. Medlemsstaterne undersøger, om deres retssystem omfatter de i stk. 2 omhandlede krav, og påser, at disse krav er forenelige med betingelserne i stk. 3. De tilpasser deres love og administrative bestemmelser for at gøre dem forenelige med disse betingelser.

2. Medlemsstaterne undersøger, om deres retssystem gør adgangen til at optage eller udøve servicevirksomhed betinget af, at et eller flere af følgende ikke-diskriminerende krav er opfyldt:

[...]

¹ – Originalsprog: engelsk.

² – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 12.12.2006 om tjenesteydelser i det indre marked (EUT 2006, L 376, s. 36).

g) minimums- og/eller maksimumspriser, som tjenesteyderen skal overholde

...

3. Medlemsstaterne sikrer sig, at de i stk. 2 omhandlede krav opfylder følgende betingelser:

- a) forbud mod forskelsbehandling: kravene er hverken direkte eller indirekte diskriminerende på grundlag af nationalitet eller – for selskabers vedkommende – det vedtægtsmæssige hjemsteds beliggenhed
- b) nødvendighed: kravene er begrundet i et tvingende alment hensyn
- c) proportionalitet: kravene sikrer opfyldelsen af det tilsigtede mål, de går ikke ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål, og dette mål kan ikke nås gennem andre, mindre indgribende foranstaltninger.

[...]«

B. Tysk ret

5. Arkitekters og ingeniørers honorarer er i Tyskland fastsat ved en forordning udstedt af forbundsregeringen med overskriften »Honorarordnung für Architekten und Ingenieure« (honorarordningen for arkitekter og ingeniører) af 10. juli 2013³ (herefter »HOAI«).

6. HOAI's § 1 fastlægger forordningens anvendelsesområde og præciserer, at den regulerer beregningen af honorarer for grundlæggende tjenesteydelser for arkitekter og ingeniører, der er etableret i Tyskland, såfremt disse grundlæggende tjenesteydelser er omfattet af forordningen.

7. HOAI's § 3 bestemmer følgende vedrørende tjenesteydelser og ydelsesprofiler:

»1. Honorarer for grundlæggende tjenesteydelser på området for arealplanlægning, planlægning af bygge- og anlægsarbejder og fagspecifik planlægning [Flächen-, Objekt- und Fachplanung] er fastsat med bindende virkning i del 2 til 4 i denne forordning. Honorarerne for de rådgivningsydelser, der opregnes i tillæg 1, er ikke fastsat med bindende virkning.

2. De grundlæggende tjenesteydelser, der generelt er nødvendige for en korrekt udførelse af en opgave, er omfattet af ydelsesprofilerne. Ydelsesprofilerne er underinddelt i ydelsesfaser, i overensstemmelse med bestemmelserne i del 2 til 4.

3. Listen over særlige tjenesteydelser, der er omfattet af denne forordning, og ydelsesprofilerne og tillæggene hertil, er ikke udtømmende. Der kan også indgås aftaler om særlige ydelser i forbindelse med ydelsesprofiler og ydelsesfaser, som de ikke henhører under, under forudsætning af, at de ikke udgør grundlæggende tjenesteydelser. Der kan frit aftales honorarer for særlige tjenesteydelser.

4. Tjenesteydelsen skal altid udføres under overholdelse af princippet om en forsvarlig økonomisk forvaltning.«

3 – BGBl. I, s. 2276.

8. HOAI's § 7 med overskriften »Honoraraftale« har følgende ordlyd:

»(1) Honorarer fastsættes på grundlag af den skriftlige aftale, der blev indgået mellem aftaleparterne ved tildelingen af opgaven, inden for de minimums- og maksimumssatser, der er fastsat i denne forordning.

(2) Ligger omkostningerne i henhold til aftalen eller de aftalte områder uden for de satser, der er indeholdt i honorartabellen i denne forordning, kan honorarer frit aftales.

(3) De minimumssatser, der er angivet i denne forordning, kan ved skriftlig aftale nedsættes i særlige tilfælde.

(4) De i denne forordning fastsatte maksimumssatser kan ved skriftlig aftale udelukkende overskrides, når der er tale om i ekstraordinære grundlæggende tjenesteydelser eller tjenesteydelser af en usædvanlig lang varighed. I et sådant tilfælde skal der ikke tages hensyn til forhold, der allerede har været afgørende for klassificeringen under honorartrin eller for klassificeringen inden for rammerne af minimums- og maksimumssatserne.«

9. HOAI's del 2 til 4, hvortil der henvises i HOAI's § 3, stk. 1, indeholder detaljerede bestemmelser, der vedrører minimums- og maksimumssatser for arealplanlægning, planlægning af bygge- og anlægsarbejder og fagspecifik planlægning. Nogle af disse bestemmelser tillader en nedsættelse af minimumspriserne i særlige tilfælde, jf. HOAI's § 7, stk. 3.

10. Ifølge HOAI's § 44, stk. 7, finder § 7, stk. 3, anvendelse, såfremt planlægningsomkostningerne ved store lineære bygge- og anlægsarbejder [Ingenieurbauwerke mit großer Längenausdehnung], der opføres under tilsvarende krav til opførelse, står i misforhold til det beregnede honorar.

11. Ifølge HOAI's § 52, stk. 5, finder § 7, stk. 3, anvendelse, såfremt planlægningsomkostningerne til bærende strukturer i forbindelse med store lineære bygge- og anlægsarbejder, der opføres under tilsvarende krav til opførelse, står i misforhold til det beregnede honorar.

12. Ifølge HOAI's § 56 finder § 7, stk. 3, anvendelse, såfremt planlægningsomkostningerne til teknisk udstyr i forbindelse med store lineære bygge- og anlægsarbejder, der opføres under tilsvarende krav til opførelse, står i misforhold til det beregnede honorar.

II. Tvistens baggrund

A. Den administrative procedure

13. Kommissionen indledte, efter indhentelse af svar fra nogle medlemsstater på spørgsmål vedrørende nationale bindende prissystemer, en EU-pilotprojektprocedure, hvorunder Forbundsrepublikken Tyskland fremsatte sine bemærkninger den 10. marts 2015 for at begrunde bestemmelserne om arkitekters og ingeniørers honorarer.

14. Ved åbningsskrivelse af 18. juni 2015 henledte Kommissionen de tyske myndigheders opmærksomhed på en eventuel tilsidesættelse i form af bestemmelserne i HOAI vedrørende honorarer, artikel 15, stk. 1, artikel 15, stk. 2, litra g), og artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/123 og artikel 49 TEUF.

15. Forbundsrepublikken Tyskland afviste denne påstand ved svarskrivelse af 22. september 2015. Ifølge denne medlemsstat udgør den pågældende forordning ikke en restriktion for etableringsfriheden, og en sådan restriktion ville under alle omstændigheder være begrundet i tvingende almene hensyn. Den gjorde under alle omstændigheder gældende, at situationer af rent intern karakter falder uden for anvendelsesområdet for direktiv 2006/123.

16. Den 25. februar 2016 fremsatte Kommissionen en begrundet udtalelse, hvori den gentog de argumenter, der allerede var indeholdt i åbningsskrivelsen, og Forbundsrepublikken Tyskland besvarede ved skrivelse af 13. maj 2016 og henviste til de argumenter, der allerede var fremsat i svaret på åbningsskrivelsen.

B. Sagen for Domstolen

17. Da Kommissionen ikke fandt Forbundsrepublikken Tysklands svar af 13. maj 2016 tilfredsstillende, har den besluttet at anlægge dette søgsmål. Det er blevet indleveret til Domstolens Justitskontor den 23. juni 2017.

18. Ved dokument indleveret til Domstolens Justitskontor den 5. oktober 2017 har den ungarske regering anmodet om tilladelse til at intervenere til støtte for Forbundsrepublikken Tysklands påstande. Ved afgørelse af 7. november 2017 har Domstolens præsident tilladt denne intervention.

19. Den tyske og den ungarske regering samt Kommissionen afgav indlæg i retsmødet den 7. november 2018.

III. Bedømmelse

A. Indledende bemærkninger

1. Om forholdet mellem artikel 15 i direktiv 2006/123 og artikel 49 TEUF

20. I sine indlæg har Kommissionen konsekvent henvist til både artikel 15 i direktiv 2006/123 og artikel 49 TEUF. Dette er ikke nødvendigt, og jeg vil holde bestemmelserne adskilt af nedenstående grunde.

21. Direktiv 2006/123 udgør en særlig form for harmonisering⁴, da det ikke direkte harmoniserer standarder, men snarere har til formål at fjerne hindringerne⁵ for tjenesteyderes ret til frit at etablere sig i medlemsstaterne og for den frie udveksling af tjenesteydelser. Direktivet følger derfor den samme logik om »negativ integration« som de traktatfæstede friheder. Alligevel finder de generelle principper vedrørende harmonisering anvendelse.

4 – Jeg har tidligere argumenteret for, at begreberne »samordning«, »indbyrdes tilnærmelse« og »harmonisering« anvendes synonymt i traktaten, jf. mit forslag til afgørelse i forenede sager Trijber og Harmsen (C-340/14 og C-341/14, EU:C:2015:505, punkt 52).

5 – Jf. betragtning 5 ff. til direktiv 2006/123.

22. Inden for anvendelsesområdet for direktiv 2006/123, som er fastsat i dets artikel 2, udgør direktivets bestemmelser dermed *leges speciales* i forhold til traktatens bestemmelser⁶. Som en følge heraf er der, når en sags genstand falder inden for anvendelsesområdet for direktiv 2006/123, ikke behov for at vurdere denne sags genstand i lyset af traktatens bestemmelser⁷.

23. Det er derfor bestemmelserne i direktiv 2006/123, der udgør de retlige rammer for en afgørelse af, om HOAI er forenelig med etableringsfriheden i henhold til direktivet.

24. Strukturen i artikel 15, i direktiv 2006/123 er den samme som i artikel 49 TEUF, som fortolket af Domstolen igennem årtier. Artikel 15, stk. 1, stk. 2, og stk. 3, litra a), indeholder et forbud mod restriktioner for etableringsfriheden, også ved foranstaltninger, der finder anvendelse uden forskel, dvs. foranstaltninger, der finder anvendelse retligt og faktisk på samme måde for alle tjenesteydere, og som ikke medfører forskelsbehandling, hverken direkte eller indirekte, som følge af nationalitet⁸. Artikel 15, stk. 3, litra b) og c), i direktiv 2006/123 giver mulighed for forholdsmæssigt begrundede tvingende almene hensyn. Sådanne tvingende almene hensyn defineres herefter i artikel 4, nr. 8), i direktiv 2006/123. Listen er ikke udtømmende i den forstand, at der som følge af den teknologiske, økonomiske, sociale eller anden udvikling kan opstå nye tvingende almene hensyn med tiden⁹.

25. For at fuldende billedet¹⁰ skal det bemærkes, at selv om direktivets artikel 15 er rettet mod medlemsstaterne i form af en forpligtelse til evaluering, er det direkte anvendeligt, og borgere kan støtte ret på det over for medlemsstaterne¹¹.

2. Rent interne situationer

26. En væsentlig del af parternes indlæg vedrører spørgsmålet om anvendeligheden af artikel 15, i direktiv 2006/123 ved rent interne situationer, dvs. situationer, hvor de faktiske omstændigheder udelukkende er relateret til en enkelt medlemsstat.

27. Domstolen har besvaret spørgsmålet i dommen X og Visser ved at udtale, at »bestemmelserne i kapitel III i direktiv 2006/123 om etableringsfrihed for tjenesteydere skal fortolkes således, at de også finder anvendelse på en situation, hvor alle relevante elementer findes inden for en enkelt medlemsstat«¹².

28. Der er derfor ikke behov for at behandle spørgsmålet i dette forslag til afgørelse.

6 – Det bør fremhæves, at harmoniseringens rækkevidde angives i artikel 2, i direktiv 2006/123. Direktivet finder anvendelse på tjenesteydelser, der udføres af tjenesteydere, som er etableret i en medlemsstat (jf. stk. 1 i denne bestemmelse), medmindre det drejer sig om virksomhed som nævnt i stk. 2 i denne bestemmelse. Harmoniseringen defineres ikke gennem de forbudte krav i direktivets artikel 14 eller de »mistænkelige krav« (med terminologi som anvendt af C. Barnard, »Unravelling the services directive«, 45 *Common Market Law Review*, 2008, s. 323-396, på s. 357) i direktivets artikel 15. Det vil med andre ord sige, at det faktum, at problemstillingen vedrører bindende minimums- og maksimumspriser, som tjenesteyderen er forpligtet til at følge, (jf. artikel 15, stk. 2, litra g)) intet siger om rækkevidden af harmoniseringen i direktivet. Det vil snarere, som det vil fremgå nedenfor, være relevant vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en restriktion.

7 – Jf. dom af 16.6.2015, Rina Services m.fl. (C-593/13, EU:C:2015:399, præmis 23 ff.); af 23.2.2016, Kommissionen mod Ungarn (C-179/14, EU:C:2016:108, præmis 118); og af 30.1.2018, X og Visser (C-360/15 og C-31/16, EU:C:2018:44, præmis 137).

8 – Naturligvis inden for direktivets anvendelsesområde.

9 – Det bør fremhæves, at det udelukkende finder anvendelse på ikke-diskriminerende foranstaltninger på grundlag af nationalitet. Diskriminerende krav, der er direkte eller indirekte begrundes i nationalitet, er forbudte i henhold til direktiv 2006/123 *ipso facto* gennem dets artikel 14, nr. 1). Sådanne krav kan ikke begrundes, jf. dom af 16.6.2015, Rina Services m.fl. (C-593/13, EU:C:2015:399, præmis 28).

10 – Spørgsmålet om direkte effekt er naturligvis ikke afgørende i den foreliggende sag, der udgør et direkte søgsmål mellem Kommissionen og Forbundsrepublikken Tyskland.

11 – Domstolen begyndte nemlig at anvende artikel 15 i direktiv 2006/123 på en sådan måde uden så meget som at forholde sig til spørgsmålet om direkte virkning. Jf. dom af 23.12.2015, Hiebler (C-293/14, EU:C:2015:843),. Jf. ligeledes mit forslag til afgørelse Hiebler (C-293/14, EU:C:2015:472, punkt 28). Senere udtalte Domstolen i dom af 30.1.2018, X og Visser (C-360/15 og C-31/16, EU:C:2018:44, præmis 130) udtrykkeligt, at artikel 15, i direktiv 2006/123 havde direkte virkning.

12 – Jf. dom af 30.1.2018, X og Visser (C-360/15 og C-31/16, EU:C:2018:44, præmis 110 og præmissernes punkt 3). Jf. ligeledes mit forslag til afgørelse forenede sager X og Visser (C-360/15 og C-31/16, EU:C:2017:397, punkt 106-118).

B. Begrænsning i henhold til artikel 15, stk. 2, litra g)

1. Parternes argumenter

a) Kommissionen

29. Ifølge Kommissionen hindrer HOAI's minimums- og maksimumsprissystem nye tjenesteydere fra andre medlemsstater adgang til markedet, da det forhindrer disse tjenesteydere, for hvem det er vanskeligere at tiltrække kunder, i at tilbyde deres tjenesteydelser til priser, der er lavere end de bindende priser, der er fastsat for tjenesteydere, der er etableret i Tyskland, eller at tilbyde bedre tjenesteydelser til priser, der er højere end maksimumpriserne.

30. Det er Kommissionens opfattelse, at selv hvis markedstætheden på det tyske marked for arkitekttjenesteydelser er meget høj, skulle et sådant forhold ikke have nogen indflydelse på eksistensen af restriktioner for etableringsfriheden. I denne sammenhæng har den anført, at der i artikel 15 i direktiv 2006/123 ikke er nogen henvisning til markedssituationen, og at Domstolen i dommen i sagen Cipolla m.fl.¹³ fastslog, at fastsættelsen af minimumshonorarer for advokater ville udgøre en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser, selv om markedet var karakteriseret af tilstedeværelsen af et særdeles stort antal registrerede og praktiserende advokater.

31. Selv om HOAI ikke regulerer adgangen til markedet, ændrer det ifølge Kommissionen ikke på det faktum, at den har en indflydelse på incitamentet til netop at tilbyde de heri omhandlede tjenesteydelser. I denne forbindelse har Kommissionen erindret om, at direktiv 2006/123 ikke blot garanterer den formelle etablering, men også den faktiske mulighed for adgang til markedet.

b) Forbundsrepublikken Tyskland

32. Forbundsrepublikken Tyskland har givet udtryk for den opfattelse, at HOAI ikke er i strid med direktiv 2006/123, da den for det første udelukkende fastsætter minimums- og maksimumssatser for honorarer for planlægningsydelser, hvilket begrundes med det forhold, at der, hvad disse angår, er en særlig generel interesse i at sikre et højt kvalitetsniveau, mens honorarer for rådgivningsydelser frit kan aftales mellem parterne. For det andet tager HOAI højde for mange særlige situationer og giver talrige muligheder for fravigelser med henblik på at sikre, at der altid kan indgås aftale om et passende honorar. Det er derfor medlemsstatens opfattelse, at der er en høj grad af fleksibilitet, der giver aktører fra andre EU-medlemsstater mulighed for adgang til det tyske marked med sikkerhed for en effektiv konkurrence.

33. Forbundsrepublikken Tyskland har erindret om, at omfatter foranstaltninger truffet af en medlemsstat, som, selv om de anvendes uden forskel, påvirker markedsadgangen for virksomheder fra andre medlemsstater og således hindrer samhandelen inden for Unionen. Ifølge Forbundsrepublikken Tyskland følger det af dommen Kommissionen mod Italien¹⁴, at fastsættelse af minimums- og maksimumshonorarer ikke udgør en restriktion, når de undtagelser, der findes, sikrer, at der altid betales et passende honorar. Medlemsstaten har tilføjet, at Domstolens praksis viser, at honorarer ikke udgør en hindring, såfremt den pågældende regulering sikrer en tilstrækkelig grad af fleksibilitet.

13 – Dom af 5.12.2006 (C-94/04 og C-202/04, EU:C:2006:758).

14 – Dom af 28.4.2009 (C-518/06, EU:C:2009:270).

2. Bedømmelse

a) Kravet om bindende minimums- og maksimumssatser udgør en restriktion

34. Det følger af artikel 15, stk. 2, litra g), i direktiv 2006/123¹⁵, der er en bestemmelse af særlig stor betydning for de liberale erhverv¹⁶, at medlemsstaterne skal undersøge, om deres retssystem gør adgangen til at optage eller udøve servicevirksomhed betinget af ikke-diskriminerende krav om bindende minimums- og/eller maksimumssatser, som tjenesteyderen skal opfylde.

35. Begrebet »krav« er defineret i artikel 4, nr. 7), i direktiv 2006/123 som enhver forpligtelse, ethvert forbud, enhver betingelse eller enhver begrænsning, der er fastsat i medlemsstaternes love eller administrative bestemmelser¹⁷.

36. Jeg forstår Domstolens fortolkning af artikel 15, stk. 2, i direktiv 2006/123 således¹⁸, at så snart betingelserne i denne bestemmelse er opfyldt, foreligger der i medfør af direktivet en restriktion, og der er ikke behov for at foretage yderligere prøvelse vedrørende det forhold.

37. I den foreliggende sag udgør de omtvistede bestemmelser i HOAI, der for planlægningsydelser¹⁹ fastlægger minimums- og maksimumssatser²⁰ (et krav), forpligtelser²¹ i henhold til en medlemsstats administrative bestemmelser²², der gør adgangen til at udøve arkitektvirksomhed²³ betinget af opfyldelse af et sådant krav. Der er ingen indikation af, at de ikke er ikke-diskriminerende af natur²⁴.

38. Som en følge heraf udgør det krav om bindende minimums- og/eller maksimumspriser, som tjenesteyderen skal opfylde, en restriktion for etableringsfriheden.

39. Selv efter den klassiske test, der følger af Domstolens praksis vedrørende etableringsfrihed i henhold til artikel 49 TEUF, har vi at gøre med en restriktion. En ny markedsdeltager, der ønsker at etablere sig, forhindres i at gøre dette.

40. I denne forbindelse har Domstolen konsekvent fastslået, at nationale regler, der forbyder virksomheder at fravige minimumspriser, der følger af national lovgivning, fratager virksomheder, der er etableret i en anden medlemsstat, muligheden for ved fastsættelse af lavere honorarer end dem, der er fastsat af den nationale lovgiver, at konkurrere mere effektivt med de virksomheder, som er fast etableret i den pågældende medlemsstat og derfor råder over bedre faciliteter end virksomheder, der har hjemsted i en anden medlemsstat, med henblik på at tiltrække et klientel²⁵.

15 – Denne bestemmelse er inspireret af Domstolens dom af 5. december 2006, Cipolla m.fl. (C-94/04 og C-202/04, EU:C:2006:758).

16 – Jf. M. Schlachter/Chr. Ohler, *Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Handkommentar*, Nomos, Baden-Baden, 2008, artikel 15, punkt 23.

17 – Eller som følger af retspraksis, administrativ praksis, faglige foreningers regler eller af kollektive regler, som faglige sammenslutninger og erhvervsorganisationer har vedtaget som led i deres retlige autonomi. Regler, der er fastsat i kollektive aftaler, som er forhandlet med arbejdsmarkedets parter, anses ikke som sådan for at være krav som omhandlet i direktiv 2006/123.

18 – Jf. domme af 23.12.2015, Hiebler (C-293/14, EU:C:2015:843); af 30.1.2018, X og Visser (C-360/15 og C-31/16, EU:C:2018:44); og af 1.3.2018, CMVRO (C-297/16, EU:C:2018:141).

19 – Ikke tjenesteydelser i form af konsultation, som det fremgår af HOAI's artikel 3, stk. 1.

20 – Artikel 15, stk. 2, litra g), i direktiv 2006/123.

21 – Artikel 4, nr. 7), i direktiv 2006/123.

22 – *Ibidem*.

23 – Artikel 15, stk. 2, i direktiv 2006/123.

24 – Artikel 15, stk. 2, i direktiv 2006/123.

25 – Jf. dom af 12.12.2013, SOA Nazionale Costruttori (C-327/12, EU:C:2013:827, præmis 56 og 57 og den deri nævnte retspraksis).

41. Domstolen har tillige fastslået, at et system, der fastsætter krav om (statslig) forhåndsgodkendelse af præmiefastsættelse i forsikringsbranchen »kan afholde forsikringsselskaber, der har hovedsæde i en anden medlemsstat end den, hvor en sådan ordning er indført, fra at åbne filialer i sidstnævnte stat«²⁶, og at der var tale om en restriktion for etableringsfriheden²⁷.

42. Derudover bestemmes konkurrencen i sagens natur af prisen. Fratages en erhvervsdrivende muligheden for at underbyde en bestemt pris, fratages denne en faktor, der gør det muligt at være konkurrencedygtig²⁸.

43. For at opsummere udgør de pågældende foranstaltninger et indgreb i den individuelle selvbestemmelse, der påvirker virksomheders mulighed for at konkurrere på pris og udgør en restriktion for etableringsfriheden.

b) Undtagelserne og fravigelserne i henhold til HOAI er irrelevante

44. For fuldstændighedens skyld skal det præciseres, at det system, der er indført ved HOAI, der indeholder visse mulige undtagelser til og fravigelser fra HOAI's bestemmelser, på ingen måde ændrer ved antagelsen om, at der foreligger en restriktion.

45. Det er korrekt, at Domstolen i en sag om italienske bestemmelser, der forpligter advokater til at følge maksimumspriser, har fastslået, at Kommissionen ikke havde været i stand til at godtgøre, at det omhandlede system er udformet på en sådan måde, at det hindrer adgang til det italienske marked for de omhandlede ydelser under normale og effektive konkurrencevilkår²⁹.

46. Konklusionerne i den pågældende sag kan dog ikke overføres til den foreliggende sag.

47. For det første var det italienske salærsystem kendetegnet ved en fleksibilitet, der var langt større end den, der er indeholdt i HOAI. Det var ikke blot muligt for advokater i flere situationer at indgå en særlig aftale med deres klienter med henblik på fastsættelse af salærets størrelse, men det var også muligt at forhøje salærene op til det dobbelte af de maksimumstariffer, som fandt anvendelse, hvor ikke andet var aftalt, i de sager, der var særligt vigtige, komplekse eller vanskelige, eller op til det firedobbelte af de nævnte tariffer i undtagelsestilfælde, eller endog forhøje salæret yderligere i tilfælde af, at der i betragtning af sagens omstændigheder forelå et åbenbart misforhold mellem advokatens ydelser og de fastsatte maksimumstariffer³⁰.

48. I modsætning hertil har HOAI's bestemmelser vedrørende undtagelser og afvigelse et snævert anvendelsesområde, hvilket både HOAI's forfattere og de tyske domstole har givet udtryk for³¹.

26 – Jf. dom af 7.3.2013, DKV Belgium (C-577/11, EU:C:2013:146, præmis 34). Domstolen fortsatte i præmis 35 i samme dom med at tilkendegive, at »[d]isse virksomheder vil således ikke alene skulle ændre deres vilkår og tariffer for at overholde de krav, der stilles i medfør af denne ordning, men tillige skulle fastlægge deres prispolitik og dermed deres forretningsstrategi på det tidspunkt, hvor præmierne skal fastsættes for første gang, med risiko for, at kommende tarifforhøjelser vil være utilstrækkelige til at dække de omkostninger, som de vil skulle afholde.«

27 – Jf. dom af 7.3.2013, DKV Belgium (C-577/11, EU:C:2013:146, præmis 37).

28 – Jf. ligeledes mit forslag til afgørelse Deutsche Parkinson Vereinigung (C-148/15, EU:C:2016:394, punkt 18), hvor jeg vedrørende frie varebevægelser argumenterede for, at prisbinding er en torn i øjet på enhver erhvervsdrivende, der ikke er til stede på markedet, i betragtning af, at konkurrence i det væsentlige bestemmes af prisen, og at man, hvis man fratager en erhvervsdrivende muligheden for at underbyde en bestemt pris, fratager denne en faktor, der gør det muligt at være konkurrencedygtig.

29 – Jf. dom af 29.3.2011, Kommissionen mod Italien (C-565/08, EU:C:2011:188, præmis 53).

30 – Jf. dom af 29.3.2011, Kommissionen mod Italien (C-565/08, EU:C:2011:188, præmis 53).

31 – Jf. vedrørende minimumspriser, Bundesgerichtshof, 22.5.1997, VII ZR 290/95, punkt III.2., *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, s. 2330; Bundesgerichtshof, 15.4.1999, VII ZR 309/98, punkt II.2.a), *Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport Zivilrecht*, 1999, s. 1109; Bundesgerichtshof, 27.10.2011, VII ZR 163/10, punkt 8, *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, 2012, s. 175. Med hensyn til maksimumspriser, jf. Oberlandesgericht Stuttgarts dom af 29.5.2012, 10 U 142/11, punkt 46, *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, 2012, s. 584.

49. Da den italienske sag stammer fra tiden før direktiv 2006/123 trådte i kraft, har jeg for det andet og navnlig svært ved at antage, at den ville blive afgjort på samme måde, såfremt den var blevet anlagt i 2017 som den foreliggende sag. Såfremt direktiv 2006/123 allerede havde været anvendeligt, ville Domstolen slet ikke have haft behov for at undersøge spørgsmålet om en restriktion. Dette skyldes, som anført ovenfor, at direktivet, i henhold til dets artikel 15, stk. 2, litra g), lige netop har til formål at afskaffe bindende minimums- og maksimumspriser³² ved retligt at definere sådanne foranstaltninger som krav.

50. Hvorvidt og i hvilken udstrækning, det er muligt at fravige sådanne foranstaltninger, er derfor irrelevant i henhold til artikel 15, i direktiv 2006/123.

c) Faglige foreningers holdninger, der er irrelevante for den retlige bedømmelse

51. Denne konklusion svækkes heller ikke af den omstændighed, at professionelle organisationer som Architects' Council of Europe eller European Council of Engineers Chambers er af den overbevisning, at de pågældende foranstaltninger ikke hindrer adgangen til det tyske marked og ikke er til hinder for etableringsfriheden. Dette spørgsmål er allerede afgjort ved direktivets artikel 15, stk. 2. Ingen professionel organisation kan skabe tvivl om denne retsforordning.

C. Ikke begrundet i henhold til artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/123

52. Der er ingen holdepunkter for, at de pågældende bestemmelser i HOAI udgør forskelsbehandling på grund af nationalitet³³. Som en følge heraf kan den pågældende restriktion potentielt være begrundet³⁴.

1. Parternes argumenter

a) Forbundsrepublikken Tyskland

53. Forbundsrepublikken Tyskland har angivet, at bestemmelserne i HOAI er begrundet i tvingende almene hensyn, da de sikrer kvaliteten af planlægningsydelse, beskytter forbrugere, medfører sikkerhed inden for arkitektbranchen, understøtter sikkerheden inden for byggeri, bevarer den såkaldte »Baukultur«³⁵ og opnår målet om økologisk byggeri. Ifølge medlemsstaten er hovedformålet at sikre et højt kvalitetsniveau. Et sådant formål understøtter også, at de øvrige formål kan virkeliggøres.

54. Forbundsrepublikken Tyskland har således argumenteret for, at planlægning af høj kvalitet gavner forbrugerbeskyttelsen på to måder. For det første sikrer den sikkerheden inden for byggeri og beskytter dermed sundhed og liv for de mennesker, der bor der. For det andet forhindres mange fejl ved udførelsen af arbejdet gennem planlægning af høj kvalitet og sikrer en hurtigere og mindre kostbar udførelse. I denne sammenhæng har medlemsstaten henvist til, at fastsættelsen af minimumspriser støttes af interessegrupper fra alle sider i processen³⁶.

32 – Det siger sig selv, at disse skal være begrundede, herunder i overensstemmelse med proportionalitetskriteriet, der er indeholdt i artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/123.

33 – Jf. artikel 15, stk. 2, i direktiv 2006/123, hvorefter krav skal være ikke-diskriminerende. Direktivets artikel 15, stk. 3 fastslår atter foranstaltningens ikke-diskriminerende karakter. Denne anden henvisning er efter min overbevisning af rent deklatorisk karakter.

34 – Det ville ikke være tilfældet, hvis de pågældende foranstaltninger var diskriminerende, jf. artikel 14, nr. 1), i direktiv 2006/123. Jf. ligeledes dom af 16.6.2015, Rina Services m.fl. (C-593/13, EU:C:2015:399, præmis 28).

35 – Dvs. integriteten i bebyggede områder.

36 – Bauherrenschutzbund e.V. (forbund til beskyttelse af bygherrer), the Verbraucherzentrale Bundesverband (national sammenslutning af forbrugerorganisationer) og af Verband Privater Bauherren e.V. (organisation for private bygherrer).

55. Forbundsrepublikken Tyskland har med udgangspunkt i dommen i sagen Cipolla m.fl.³⁷ tillige anført, at priser er egnede til at sikre virkeliggørelsen af målet om et højt kvalitetsniveau. Samtidig har den anført, at detaljerede undersøgelser både af effekten og den konkrete fastsættelse af bindende minimums- og maksimumspriser blev inddraget under arbejdet forud for vedtagelsen af HOAI.

56. I denne forbindelse viste undersøgelser og økonomiske vurderinger af forholdet ifølge Forbundsrepublikken Tyskland både en velunderbygget sammenhæng mellem de bindende minimumspriser og kvaliteten af planlægningsaktiviteter, og mere generelt en forbindelse mellem deregulering og kvalitet i de liberale erhverv. I denne henseende har medlemsstaten fastholdt, at der er en forbindelse mellem pris og kvalitet i og med, at en stor arbejdsbyrde afspejles i en højere pris. Hvis prisen er under et vist niveau, antages det, at denne pris kun kan opnås gennem et lavere kvalitetsniveau.

57. Forbundsrepublikken Tyskland har endvidere givet udtryk for den opfattelse, at der på markedet for planlægningsydelser er en risiko for, at fænomenet »negativ udvælgelse« opstår: Såfremt forbrugere ikke er tilstrækkeligt informeret, vil de altid vælge det billigste tilbud, da de ikke er i stand til at sondre mellem forskelle i kvalitet. Det ville uvægerligt føre til en lavere kvalitet, da der ikke længere vil være efterspørgsel på ydelser af høj kvalitet. Med udgangspunkt i økonomisk teori argumenterer medlemsstaten for, at det er tæt på umuligt at verificere kvaliteten af »ikke-mistænkelige varer«, som udøvelsen af de liberale erhverv og arkitekters og ingeniørers tjenesteydelser. Under sådanne forhold er det i realiteten kun muligt at opnå profit ved at tilbyde en lavere kvalitet, hvorved fænomenet »moral risiko« opstår: Leverandører opdager, at en højere kvalitet ikke honoreres på passende vis, og de vil eventuelt antage, som følge af asymmetrisk information, at deres kunder end ikke vil opdage (i hvert fald ikke i tide) den lavere kvalitet.

58. Forbundsrepublikken Tyskland har anført, at fastsættelsen af minimumspriser medfører, at prisen får mindre betydning som konkurrencefaktor, hvilket skulle få leverandører til at fokusere på kvalitet som en konkurrencefaktor med henblik på at adskille sig fra konkurrenter.

59. Derudover har medlemsstaten henvist til en statistisk analyse, der viser, at både sandsynligheden for skade og omfanget af en sådan skade var markant højere i sager med aftalte priser under HOAI's bindende minimumspriser³⁸.

60. Derudover er opretholdelsen af en struktur baseret på små og mellemstore virksomheder et ønskværdigt mål, da det sikrer et stort antal tjenesteydere, hvilket øger konkurrencen, og konkurrencen er, som følge af de minimumssatser, der fastsættes for visse planlægningsydelser, baseret på kvalitet.

61. Med hensyn til behovet for de omtvistede bestemmelser har Forbundsrepublikken Tyskland anført, at der ikke findes nogen mindre restriktiv foranstaltning, hvorved de tilsigtede mål kan nås. HOAI's bestemmelser indeholder en trindeling ud fra reguleringens intensitet, hvorved de bindende priser kun finder anvendelse i tilfælde, hvor den tyske regering vurderer, at der er et uomgængeligt behov for bindende minimums- og maksimumssatser for at opnå den beskyttelse, der er tilsigtet ved HOAI.

62. Hvad angår alternative foranstaltninger har Forbundsrepublikken Tyskland argumenteret for, at regler vedrørende adgang til et erhverv ikke kan erstatte priser, da førstnævnte sikrer, at udøvere af et erhverv er i besiddelse af den relevante kvalifikation, mens priser sikrer kvaliteten af en konkret ydelse. Indførelsen af enhver form for regulering vedrørende adgangen til et relevant erhverv ville udgøre en langt strengere restriktion for etableringsfriheden end den gældende HOAI.

37 – Dom af 5.12.2006 (C-94/04 og C-202/04, EU:C:2006:758).

38 – Architects' Council of Europe synes tillige at dele denne opfattelse, da den ser fordele i HOAI's system.

63. Vedrørende regler om ansvar og pligten til at tegne en ansvarsforsikring har Forbundsrepublikken Tyskland gjort gældende, at de priser, der er fastsat i HOAI, og de bestemmelser, der regulerer arkitekters og ingeniørers ansvar, hører til på forskellige plan: De førstnævnte har til formål at sikre, på forebyggende vis, at der udføres ydelser af høj kvalitet, mens sidstnævnte kun finder anvendelse, når der allerede er indtrådt skade. Derfor er bestemmelser vedrørende ansvar, i henhold til deres natur, ikke egnede til at værne almene interesser som sikkerhed inden for byggeri, arkitektur som kultur eller økologi.

64. Forbundsrepublikken Tyskland har endvidere anført, at der ikke kan herske tvivl om, at tjenesteydere skal være i stand til at bevise, at de lever op til alle kvalitetskriterier, da der foreligger asymmetrisk information. Ifølge medlemsstaten udfører arkitekter og ingeniører dermed også indirekte opgaver for de myndigheder, der er ansvarlige for byggetilsyn og udstedelse af byggetilladelser, da de førstnævnte, parallelt med disse myndigheder, påser, at arbejdet lever op til standarderne i henhold til reglerne for tilsyn med arbejder, som en følge af, at nogle af disse ydelser netop ikke kan kontrolleres af disse myndigheder.

65. Hvad angår muligheden for at offentliggøre prisinformation har Forbundsrepublikken Tyskland anført, at fastsættelsen af minimumssatser er begrundet i asymmetrisk information vedrørende kvaliteten af planlægningsydelser, hvorved offentliggørelse af priser endda ville styrke den »negative spiral«. En sådan information ville sågar gøre modtagere af tjenesteydelser endnu mere prisorienterede, end de allerede kan antages at være. Denne medlemsstat har tilføjet, at selv hvis det var muligt at kompensere for asymmetrisk information, ville det ikke føre til opnåelse af alle mål med hensyn til beskyttelse såsom sikkerhed, forhold vedrørende »Baukultur« og bæredygtighed, samt miljøbeskyttelse.

66. Med hensyn til maksimumssatserne har medlemsstaten anført, at de har til formål at beskytte forbrugerne, da de forhindrer, at forbrugerne bærer en uforholdsmæssigt stor byrde som følge af for høje priser.

b) Kommissionen

67. Kommissionen har gjort gældende, at påberåbelsen af en række mål, hvoraf det væsentligste er målet om at sikre et højt kvalitetsniveau, er så spinkel, at den ikke giver mulighed for at vurdere hverken egnetheden eller nødvendigheden af sådanne priser. Ifølge Kommissionen er en vurdering desuden således kun mulig, såfremt to scenarier kan sammenlignes i forhold til et resultat, der er tilstrækkeligt defineret og tilsigtet af lovgiver, dvs. scenariet med markedspriser og det scenarie, hvori minimumspriser skal overholdes. I denne forbindelse har Kommissionen gjort anført, at Forbundsrepublikken Tyskland med hensyn til målene om bygningers sikkerhed, bevarelse af »Baukultur« og økologisk byggeri ikke har påvist, hvorledes de to scenarier skulle være forskellige i praksis.

68. Efter Kommissionens opfattelse har Forbundsrepublikken Tyskland ikke påvist en årsagsforbindelse, dvs. at en ydelse, der er prissat efter markedsprisen, men under minimumssatsen har andre, dvs. ringere, karakteristika end en ydelse, hvis pris er i overensstemmelse med minimumssatserne. Kommissionen har dermed konstateret, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke har forklaret, hvordan den påståede tilskyndelseeffekt af minimumssatserne, den negative udvælgelse eller den angivne moralske risiko, medfører de beklagelige konsekvenser, der kun beskrives i generelle vendinger. Samtidig har Kommissionen bemærket, at både reglerne om erhvervsmæssige kvalifikationer og reglerne om ansvar skulle implementeres, hvis de skulle medføre den ønskede kvalitet, og at sådanne regler ikke kan erstattes af minimumspriser.

69. Med hensyn til målet om forbrugerbeskyttelse har Kommissionen fastholdt, at der ikke er nogen grund til at formode, at prisen, såfremt den falder under et vist niveau, kun kan opretholdes ved at sænke kvaliteten.

70. Kommissionen har anført, at minimumspriser finder anvendelse uafhængigt af den konkrete tid, der anvendes i forbindelse med et specifikt arbejde, hvorfor, med undtagelse af særlige tilfælde, det endelige beløb ikke kan være lavere end minimumsbeløbet, og at timesatsen af talrige grunde kan variere fra en tjenesteyder til en anden, men uafhængigt af tjenesteydernes kvalitet. Ifølge Kommissionen viser ændringen af HOAI i 2009, hvor man gik bort fra timesatser, at det forhold, at man holder sig til eller holder sig under generelt anvendte timesatser, ikke giver nogen information om kvaliteten af ydelsen. Kommissionen har konkluderet, at en pris under minimumssatsen ikke indikerer et lavere kvalitetsniveau og omvendt, at en overskridelse af minimumssatserne ikke giver anledning til en formodning om højere kvalitet, eller for den sags skyld en kvalitetsgaranti.

71. Med hensyn til synsvinklen om forbrugerbeskyttelse med udgangspunkt i målet om at undgå en »negativ udvælgelse« og »moralisk risiko« har Kommissionen anført, at Forbundsrepublikken Tyskland på den ene side ikke har godtgjort, at afskaffelse af minimumssatser medfører en lavere kvalitet, og at dele af denne medlemsstats egne argumenter på den anden side modsiger denne konklusion. Kommissionen har anført, at kunstigt høje priser ikke afhjælper asymmetrisk information mellem erhvervsdrivende og kunder. Forbindelsen mellem ydelsers kvalitet og minimumssatser blev undersøgt under forberedelsen af den nye udgave af HOAI i 2009 (en undersøgelse kaldet »Statusbericht 2000plus«), og selv denne undersøgelse, der lægger til grund, at kunder ikke er i stand til at vurdere kvaliteten af tjenesteydelserne, og at de foretager deres valg på grundlag af prisen, konkluderer, at minimumspriser ikke nødvendigvis er kausalt forbundne med det ønskede kvalitetsniveau, og at der er behov for yderligere dokumentation. Den nævnte undersøgelse konkluderer dermed, at tjenesteyderes tilskyndelse til at handle i deres kunders interesse ikke kan sikres ved en honorarskala som sådan, men udelukkende ved at have den rette kultur i forbindelse med udøvelsen af erhvervet.

72. Kommissionen har påpeget, at der findes en række mekanismer med henblik på at sikre kvaliteten af tjenesteydelser, såsom annoncering, lovregulering af faglige organisationer, kvalitetsstyringssystemer og kunders mulighed for at opnå målrettet information gennem specialiserede websteder.

73. Kommissionen har anført, at den ikke er imod et system, der kunne give kunder passende prisvejledning med henblik på at gøre dem i stand til at opdage urealistiske tilbud. Kommissionen har tilføjet, at Forbundsrepublikken Tysklands henvisning til en kvalitetsbaseret konkurrence også tyder på, at der for øjeblikket eksisterer kvalitetsforskelle på trods af minimumssatserne, hvorfor sidstnævnte ikke kan anses for at være en effektiv betingelse for kvalitet.

74. Den empiriske dokumentation, som medlemsstaten har fremlagt, har ikke overbevist Kommissionen. Kommissionen har anført, at eksemplerne udelukkende, i modsætning til den undersøgelse, der blev udført i 2009, viser, at der eksisterer en parallelitet mellem en fastsættelse af priser under minimumssatserne og hyppigheden af kravene om erstatning for skader, uden dog konkret at godtgøre, at der foreligger kausalitet, og at eksperten selv kun taler om »indikationer« og ikke om beviser. Kommissionen har desuden bemærket, at undersøgelsen i 2009 viste, at det ikke er muligt at undersøge, om der er en forbindelse mellem priserne for bygge- og anlægsarbejder og kravene om erstatning for skader, der skyldes en række faktorer, der ikke kan ignoreres.

75. Kommissionen har endvidere gjort gældende, at beskyttelsen af markedsstrukturen ikke er et tvingende alment hensyn, og at Forbundsrepublikken Tyskland, selv om den baserer sit argument på eksistensen af asymmetrisk information, ikke har godtgjort, at en sådan asymmetri ikke kan opstå i forbindelse med rådgivningsydelser, der ikke er underlagt de bindende priser. Disse omfatter tillige analyser af indvirkningen på miljøet, analyser vedrørende de fysiske aspekter af byggeri (»Bauphysik«) og geoteknik, såvel som tjenesteydelser i form af ingeniørmålinger, hvor der meget vel ligeledes kan forekomme asymmetrisk information. Samtidig er det Kommissionens opfattelse, ved

sammenligninger med området for offentlige udbud, at priserne for de tjenesteydelser, der er omfattet af HOAI, på den ene side meget vel kan ligge under denne skalas minimumssatser, men ikke desto mindre være i overensstemmelse med markedspriserne, hvorfor de ikke ville kunne defineres som »unormalt lave« og end ikke ville give anledning til en særlig kontrol. På den anden side kan der, selv hvis priserne ved et offentligt udbud er »unormalt lave«, være en rimelig begrundelse, hvorfor den ordregivende myndighed ikke kan afvise tilbuddet alene på grund af prisniveauet.

76. Kommissionen har endvidere anført, at Eurostats undersøgelse viser, at de tyske arkitektvirksomheder i gennemsnit består af 2,1 arbejdstagere, hvilket er klart over gennemsnittet i Unionen, men at bruttoudnyttelsesgraden, der er på 38,8%, ikke desto mindre er den næsthøjeste i Unionen, hvorfor dette af Forbundsrepublikken Tysklands ikke kan tiltrædes. Det er ligeledes Kommissionens opfattelse, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke har besvaret spørgsmålet om, hvorfor kvalitetsniveauet ikke faldt i løbet af den forholdsvis lange periode fra 1996 til 2009, hvor det var tilladt at indgå prisaftaler for bygge- og anlægsarbejder. Kommissionen har tilføjet, at minimumssatserne var afskaffet mellem den 20. oktober 1981 og den 14. juni 1985 uden et fald i kvaliteten på bygge- og anlægsarbejder.

77. Ifølge Kommissionen er minimumssatsen ikke nødvendig for at opnå det ønskede mål. Kommissionen har i denne sammenhæng ikke været enig i Forbundsrepublikken Tysklands argument vedrørende reglerne for adgang til et erhverv, da systemet med minimumssatser på ingen måde er egnet eller nødvendigt med henblik på at sikre kvaliteten, uanset om de pågældende aktiviteter i henhold til deres natur fordrer en særlig kvalifikation. Derudover har Kommissionen vedrørende reglerne om ansvar og ansvarsforsikring gjort gældende, at systemet med ansvar for mangler på den ene side kan have en forebyggende virkning, som sagsøgte ikke har påvist i forhold til minimumssatser. På den anden side vedrører den omstændighed, at honoraret aftales mellem parterne, såvel parternes aftale som ansvaret for mangelfulde tjenesteydelser som.

78. Idet den har henvist til sine argumenter vedrørende reglerne for udøvelse af et erhverv har Kommissionen gjort gældende, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke har modbevist Kommissionens argumenter vedrørende bevis for opfyldelse af kvalitetskrav, informationsforpligtelser eller for forbrugernes frie valg. Kommissionen har derfor tilføjet, at der dermed, skønt det er korrekt, at de foranstaltninger, der pålægges leverandører med henblik på beskyttelse af kunden, ofte indebærer omkostninger, der herefter normalt overvælttes på kunderne, i dette tilfælde pålægges kunden dog kun højere omkostninger uden en identificerbar modydelse.

79. Endelig har Kommissionen med hensyn til maksimumssatser anført, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke har forklaret, hvordan maksimumssatserne skulle kunne medvirke til at afhjælpe asymmetrisk information om kvaliteten. Med hensyn til at beskytte kunder mod opkrævning af unormalt høje honorarer, har Kommissionen konkluderet, at det er tilstrækkeligt at stille passende vejledning til rådighed for kunden, hvormed denne kan vurdere prisen i forhold til de sædvanlige priser.

2. *Bedømmelse*

80. Den pågældende restriktion er berettiget, såfremt den opfylder de kumulative³⁹ betingelser, der er angivet i artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/123⁴⁰.

39 – Jf. dom af 23.2.2016, Kommissionen mod Ungarn (C-179/14, EU:C:2016:108, præmis 56).

40 – Som jeg tidligere har angivet i mit forslag til afgørelse i forenede sager X og Visser (C-360/15 og C-31/16, EU:C:2017:397, punkt 144), minder ordlyden i direktivets artikel 15, stk. 3 om Domstolens formulering i dom af 30.11.1995, Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, præmis 37). Jf. tillige G. Davies, »The Services Directive: extending the country of origin principle, and reforming public administration«, *European Law Review*, vol. 32, 2007, s. 232-245, på s. 234.

81. Med hensyn til artikel 15, stk. 3, litra a), er det ovenfor allerede blevet fastslået, at de pågældende bestemmelser i HOAI er ikke-diskriminerende.

a) Tvingende almene hensyn, der er gjort gældende, artikel 15, stk. 3, litra b), i direktiv 2006/123

82. Hvad angår direktivets artikel 15, stk. 3, litra b), er de tvingende almene hensyn, der er gjort gældende, dvs. de begrundelser, Forbundsrepublikken Tyskland har påberåbt sig, følgende: sikring af kvaliteten af planlægningsydelse, forbrugerbeskyttelse, bygningers sikkerhed, bevarelse af »Baukultur« og målet om økologisk byggeri. Ifølge denne medlemsstat er hovedformålet at sikre et højt kvalitetsniveau, hvilket også understøtter opnåelsen af andre fastsatte mål. Som anført ovenfor, har Forbundsrepublikken Tyskland også flere steder henvist til bevarelsen af en struktur baseret på små og mellemstore virksomheder.

83. Som Forbundsrepublikken Tyskland helt korrekt har påpeget, kan det af Domstolens praksis udledes, at samtlige af disse fem grunde kan udgøre tvingende almene hensyn, der kan begrunde en restriktion for etableringsfriheden⁴¹. Jeg kan dog ikke se, og her er jeg enig med Kommissionen, hvorledes Forbundsrepublikken Tysklands indlæg helt konkret vedrører bygningers sikkerhed, bevarelsen af »Baukultur« og målet om økologisk byggeri. Indlæggene er derimod alene rettet mod sikring af kvaliteten af planlægningsydelse og forbrugerbeskyttelsen. Hvis de øvrige tre grunde skulle være begrundede i den foreliggende sag, burde Forbundsrepublikken Tyskland have fremsat argumenter, der påviste hvorfor og hvordan de relevante omtvistede foranstaltninger understøtter sådanne formål.

84. Hvad derudover angår bevarelsen af en markedsstruktur baseret på små og mellemstore virksomheder må det være tilstrækkeligt at henvise til, at beskyttelse af eksisterende virksomheder udgør et økonomisk argument, der ikke kan begrunde en restriktion for etableringsfriheden. Og for så vidt som det er *markedsstrukturen*, som HOAI har til hensigt at bevare, kan jeg ikke se, hvordan dette forhold bliver yderligere begrundet i den tyske regerings indlæg⁴².

85. De eneste tvingende almene hensyn, der dermed kan accepteres, er forbrugerbeskyttelsen og sikringen af et højt kvalitetsniveau. Det er herefter op til Forbundsrepublikken Tyskland at påvise i hvilken udstrækning, de omtvistede bestemmelser tjener disse mål.

b) Proportionalitet, artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/123

86. Dette leder os til det proportionalitetskriterium, der er fastsat ved artikel 15, stk. 3, litra c), i direktiv 2006/123. De relevante bestemmelser sikrer opfyldelsen af det tilsigtede mål, de går ikke ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål, og dette mål kan ikke nås gennem andre, mindre indgribende foranstaltninger.

87. Mens det er op til medlemsstaterne at sikre det beskyttelsesniveau, som de ønsker, er det ifølge fast praksis op til de nationale myndigheder, når de indfører en foranstaltning, der udgør en undtagelse til et EU-retligt princip, i hvert enkelt tilfælde at godtgøre, at betingelsen er opfyldt. De hensyn, der kan påberåbes af en medlemsstat, skal ledsages af en analyse af egnetheden og forholdsmæssigheden af den

41 – Jf. dom af 3.10.2000, Corsten (C-58/98, EU:C:2000:527, præmis 38), og af 5.12.2006, Cipolla m.fl. (C-94/04 og C-202/04, EU:C:2006:758, præmis 64) vedrørende ydelsens kvalitet; af 8.9.2010, Stoß m.fl. (C-316/07, C-358/07 til C-360/07, C-409/07 og C-410/07, EU:C:2010:504, præmis 74) vedrørende beskyttelse af forbrugerne; af 15.10.2015, Grupo Itevelesa m.fl. (C-168/14, EU:C:2015:685, præmis 74) vedrørende sikkerhedsaspekter; af 26.2.1991, Kommissionen mod Frankrig (C-154/89, EU:C:1991:76, præmis 17) vedrørende kulturelle værdier; og af 13.3.2001, PreussenElektra (C-379/98, EU:C:2001:160, præmis 76) vedrørende miljø.

42 – Jeg henviser ligeledes til generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Grupo Itevelesa m.fl. (C-168/14, EU:C:2015:351, punkt 73), hvori det anføres, at Domstolen, med rette, er forbeholden over for medlemsstater, som griber ind i etableringsfriheden med detaljeret regulering af en given markedsstruktur eller konkurrencesituation, bl.a. under påskud af at sikre kunder og forbrugere en tjeneste af høj kvalitet.

foranstaltning, som medlemsstaten har vedtaget, såvel som præcise oplysninger til støtte for dens argumentation⁴³. Denne praksis, der har sit udgangspunkt i bestemmelserne vedrørende de grundlæggende friheder i EUF-traktaten, finder også anvendelse i forbindelse med artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/123⁴⁴.

1) Minimumssatser

i) Sikrer opfyldelse

88. Det er spørgsmålet, om fastsættelsen af minimumspriser sikrer⁴⁵ opfyldelsen af målet om at sikre tjenesteydelsers kvalitet.

89. Domstolen giver generelt medlemsstaterne en »vis skønsmargen«⁴⁶ på dette punkt især som følge af, at de relevante almene hensyn varierer mellem medlemsstaterne. Dette er dog ikke til hinder for, at en medlemsstat klart definerer og på forståelig og sammenhængende vis godtgør, at den relevante foranstaltning sikrer opnåelsen af disse mål.

90. Efter min opfattelse har Forbundsrepublikken Tyskland af følgende grunde ikke godtgjort, at de omtvistede bestemmelser er tilstrækkelige.

91. Det kan af dommen i sagen Cipolla m.fl.⁴⁷, som Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende, ikke udledes, at minimumspriser som følge af deres natur sikrer den ønskede kvalitet. Domstolen har derimod fremhævet, at den »forelæggende ret navnlig [skal] undersøge, om der foreligger en forbindelse mellem salærernes størrelse og kvaliteten af de ydelser, som præsteres af advokaterne, herunder om fastsættelsen af mindstesalærer udgør en egnet foranstaltning til at nå de ønskede mål, nemlig beskyttelsen af forbrugere og god retspleje«⁴⁸.

92. Hvorvidt minimumssatser sikrer de konkrete tjenesteydelsers kvalitet, må derfor under hensyn til alle omstændigheder, således som Kommissionen med rette har anført, påvises i hver enkelt sag.

93. Og det er på dette punkt, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke leverer. I stedet for at godtgøre, at de gældende bestemmelser i HOAI sikrer kvaliteten af arkitekters og ingeniørers tjenesteydelser, har medlemsstaten stillet sig tilfreds med generelle betragtninger og antagelser.

94. I stedet for at føre bevis for, at en afskaffelse af minimumspriserne ville medføre et lavere kvalitetsniveau, har Forbundsrepublikken Tyskland forudsat dette og opbygget sin argumentation på dette.

43 – Jf. dom af 7.7.2005, Kommissionen mod Østrig (C-147/03, EU:C:2005:427, præmis 63); af 14.6.2012, Kommissionen mod Nederlandene (C-542/09, EU:C:2012:346, præmis 81), og af 23.1.2014, Kommissionen mod Belgien (C-296/12, EU:C:2014:24, præmis 33).

44 – Jf. dom af 23.2.2016, Kommissionen mod Ungarn (C-179/14, EU:C:2016:108, præmis 69) og af 7.11.2018, Kommissionen mod Ungarn (C-171/17, EU:C:2018:881, præmis 86).

45 – I sin praksis benytter Domstolen til tider »egnede« eller »fyldstgørende« i stedet. Jf. f.eks. dom af 23.1.2014, Kommissionen mod Belgien (C-296/12, EU:C:2014:24, præmis 33). Jeg vil konsekvent anvende »sikrer«, da det er det begreb, der anvendes i direktivet.

46 – Jf. dom af 28.4.2009, Kommissionen mod Italien (C-518/06, EU:C:2009:270, præmis 84).

47 – Dom af 5.12.2006 (C-94/04 og C-202/04, EU:C:2006:758).

48 – Jf. dom af 5.12.2006, Cipolla m.fl. (C-94/04 and C-202/04, EU:C:2006:758, præmis 66). I de to følgende præmisser tilføjede Domstolen, at »selv om en tarif med mindstesalærer ikke kan hindre advokatstandens medlemmer i at tilbyde middelmådige ydelser, kan det ikke umiddelbart udelukkes, at en sådan tarif gør det muligt at undgå, at advokaterne ikke i den situation, der foreligger på det italienske marked – som, hvilket fremgår af forelæggelsesafgørelsen, er karakteriseret ved et enormt antal praktiserende advokater – inddrages i en konkurrence, der indebærer udbud af ydelser til rabatpriser med den risiko, at kvaliteten af de præsterede tjenesteydelser forringes. Den forelæggende ret skal ligeledes tage hensyn til de særlige forhold på det pågældende marked, således som angivet i den foregående præmis, såvel som til de omhandlede ydelser, herunder det forhold, at der for så vidt angår advokatydelse normalt foreligger skævhed mellem de oplysninger, »klienter – forbrugere«, henholdsvis advokaterne råder over. Advokaterne besidder høje tekniske kvalifikationer, som forbrugere ikke nødvendigvis har, hvorfor disse kan have vanskeligheder ved at bedømme kvaliteten af de tjenesteydelser, der udføres for dem.« Min fremhævelse.

95. Til støtte for sit argument har medlemsstaten foretaget talrige henvisninger til generaladvokat Jacobs forslag til afgørelse i forenede sager *Pavlov m.fl.*⁴⁹. I disse forenede sager, der vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt et nationalt system med obligatorisk tilslutning til erhvervspensionsordninger var foreneligt med EF-traktatens konkurrenceregler, fremsatte generaladvokat Jacobs generelle betragtninger i form af »indledende bemærkninger«⁵⁰ om »særlige træk [ved] [m]arkederne for de liberale erhvervs tjenesteydelser«⁵¹ »i konkurrenceretlig henseende«⁵². I denne sammenhæng anføres bl.a., at »udøverne af nogle liberale erhverv [deltager] i fastsættelsen af obligatoriske priser og honorarer for erhvervets tjenesteydelser«⁵³. Derefter beskrives »tre tilbagevendende problemer«⁵⁴, hvor det ene består i, at »markederne for de liberale erhvervs tjenesteydelser [adskiller] sig set fra en økonomisk synsvinkel fra de normale markeder for varer og tjenesteydelser i to væsentlige henseender«⁵⁵, hvilket til dels skyldes »et væsentligt problem [i form af] den såkaldte asymmetriske information«⁵⁶.

96. Med udgangspunkt i den økonomiske litteratur⁵⁷ fortsætter generaladvokat Jacobs med følgende forklaring: »Asymmetri mellem køber og sælger opstår, når køberen ikke fuldt ud er i stand til at vurdere kvaliteten af det produkt, som han modtager. Problemet gør sig særlig stærkt gældende inden for de liberale erhverv, fordi dets tjenesteydelser er meget fagligt prægede. Forbrugeren kan ikke vurdere en tjenesteydelses kvalitet, før han køber den (i modsætning til når han f.eks. køber ost), men først efter at han har forbrugt den. Undertiden bliver han endog aldrig helt klar over, om den erhvervsudøvende (f.eks. lægen, arkitekten, advokaten) har leveret en tjenesteydelse af høj kvalitet. Dette betyder, at de liberale erhvervs udøvere, som selv afgør, hvor megen opmærksomhed de skal give en kunde, har stærke incitamenter til enten bevidst at sænke kvaliteten for at spare penge eller overtale kunden til at købe flere tjenesteydelser end nødvendigt. Således finder man også inden for de liberale erhverv alle de sædvanlige måder at løse eller formindske de problemer, som virkningerne af asymmetrisk information giver anledning til, dvs. måder at forebygge »underbudspolitik« på. Eksaminer, som giver adgang til et erhverv, skal sikre et højt kvalifikationsniveau fra begyndelsen. Ansvarsregler, følgerne af et godt eller et dårligt omdømme, og certificeringsordninger skal tilskynde til fuld udnyttelse af kvalifikationerne. Nogle betragter markedsføring som et middel til at løse eller mindske de med asymmetrisk information forbundne problemer. Andre hævder, at markedsføring forværrer disse problemer. Under alle omstændigheder kan det fastslås, at en vis regulering af de pågældende markeder er nødvendig for at modvirke virkningerne af asymmetrisk information.«

97. Det er vanskeligt for mig ikke at være enig i disse oplysende bemærkninger vedrørende asymmetrisk information og ikke at tilslutte mig dem. De udgør velformulerede beskrivelser af en retsstilling. Som generaladvokaten selv påpeger, og som det er anført ovenfor, udgør de dog indledende bemærkninger. De beskriver problemet, men giver ingen løsning på problemet. De er derfor ikke – og kan ikke tjene som – en analyse af sammenhænge eller kausaliteten mellem kvalitet og pris.

98. Jeg vil derfor ikke undersøge disse vurderinger yderligere, men et forhold er interessant at nævne: Selv om generaladvokat Jacobs har vurderet, at der er et vist behov for statslige indgreb som følge af asymmetrisk information, og angiver enkelte eksempler på sådanne indgreb, er prisregulering ikke et af disse.

49 – C-180/98 til C-184/98, EU:C:2000:151.

50 – Jf. generaladvokat Jacobs forslag til afgørelse i forenede sager *Pavlov m.fl.* (C-180/98 – C-184/98, EU:C:2000:151, punkt 71).

51 – I betydningen tjenesteydelser i liberale erhverv.

52 – Jf. generaladvokat Jacobs forslag til afgørelse i forenede sager *Pavlov m.fl.* (C-180/98 – C-184/98, EU:C:2000:151, punkt 73).

53 – Jf. generaladvokat Jacobs forslag til afgørelse i forenede sager *Pavlov m.fl.* (C-180/98 – C-184/98, EU:C:2000:151, punkt 77). I samme punkt konstateres: »Sådanne reguleringsforanstaltninger kan omfatte såvel minimumshonorarer, som de erhvervsudøvende selv fastsætter, som maksimumshonorarer, der fastsættes af staten efter høring af de pågældende erhvervsudøvende.«

54 – Jf. generaladvokat Jacobs forslag til afgørelse i forenede sager *Pavlov m.fl.* (C-180/98 – C-184/98, EU:C:2000:151, punkt 82).

55 – Jf. generaladvokat Jacobs forslag til afgørelse i forenede sager *Pavlov m.fl.* (C-180/98 – C-184/98, EU:C:2000:151, punkt 84).

56 – Jf. generaladvokat Jacobs forslag til afgørelse i forenede sager *Pavlov m.fl.* (C-180/98 – C-184/98, EU:C:2000:151, punkt 86).

57 – Som citeret i D.A. Carlton, J.M. Perloff, »Modern Industrial Organisation«, 2. oplag, New York, 1994, s. 115.

99. Jeg er klar over, at Forbundsrepublikken Tyskland, snarere end at sigte mod at mindske asymmetrisk information⁵⁸, har sigtet mod at afbøde konsekvenserne af asymmetrisk information.

100. Det kan ikke nægtes, at der er asymmetrisk information mellem tjenesteyderen og tjenesteydelsesmodtageren. Den pågældende medlemsstat konkluderer på grundlag af denne *abstrakte* og ubestridte vurdering, at minimumspriser eliminerer en sådan asymmetri i *konkrete* sager.

101. Forbundsrepublikken Tyskland har forsynet Domstolen med ekspertudsagn af teknisk karakter vedrørende fastsættelsen af priser i henhold til HOAI. Denne dokumentation understøtter imidlertid ikke dens argumenter⁵⁹. Der føres ingen former for bevis for, at et system *uden* minimumspriser ville medføre et dårligt fungerende marked⁶⁰, hvor tjenesteydelser af god kvalitet ville forlade markedet og blive erstattet af tjenesteydelser af ringere kvalitet. Der føres ingen former for bevis for, at god kvalitet ikke kan sikres gennem et sædvanligt system baseret på udbud og efterspørgsel.

102. For at opsummere må det fastslås, at Forbundsrepublikken Tysklands kerneargument, hvorefter en forøget priskonkurrence fører til en ringere kvalitet, ikke er blevet godtgjort. Konkurrence inden for tjenesteydelser, især vedrørende pris, anses generelt for at være en nødvendig, ønskværdig og effektiv mekanisme inden for en markedsøkonomi. Det er dog ganske ofte inden for disse sektorer, hvor tjenesteyderne er særligt velkvalificerede og er underlagt strenge krav vedrørende deres kvalifikation, at konkurrence ses som en trussel. Hvordan priskonkurrence skulle medføre en ændring af disse særligt velkvalificerede mennesker fra »helgener til syndere«⁶¹ forbliver et mysterium.

ii) Nødvendighed

103. Selv ud fra en antagelse om, at de relevante bestemmelser i HOAI kunne sikre målet om tjenesteydelsers kvalitet, ville de ikke være nødvendige i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 15, stk. 3, litra c), i direktiv 2006/123⁶², dvs. at de ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål, og dette mål kan ikke nås gennem andre, mindre indgribende foranstaltninger.

104. Det er ikke her op til Domstolen at finde alternative foranstaltninger for medlemsstaten. Det er imidlertid op til medlemsstaten at gøre rede for, hvorfor andre, mindre indgribende, foranstaltninger, ikke kan anvendes i stedet.

105. Argumentet om, at adgang til erhvervet udelukkende sikrer, at medlemmer af den konkrete erhvervsgruppe besidder de passende abstrakte kvalifikationer, mens regler om honorarer sikrer, at konkret udførte tjenesteydelser er af tilstrækkelig kvalitet, forudsætter det, som skal bevises. Det er intet andet end en antagelse.

106. Der findes en række foranstaltninger, der synes at sikre tjenesteydelsers kvalitet og forbrugerbeskyttelse: fagetiske regler, regler om ansvar og forsikring, informationsforpligtelser, forpligtelser til at offentliggøre priser eller for staten til at sørge for vejledende priser. Forbundsrepublikken Tyskland har ikke ført bevis for, at de relevante bestemmelser vedrørende

58 – Hvilket under alle omstændigheder ville være nærmest umuligt, da mennesker har en tendens til at ty til arkitekters og ingeniørers tjenesteydelser lige netop som følge af asymmetrisk information.

59 – Således som det er påkrævet i henhold til Domstolens faste praksis. Jf. dom af 7.7.2005, Kommissionen mod Østrig (C-147/03, EU:C:2005:427, præmis 63); af 14.6.2012, Kommissionen mod Nederlandene (C-542/09, EU:C:2012:346, præmis 81); og af 23.1.2014, Kommissionen mod Belgien (C-296/12, EU:C:2014:24, præmis 33).

60 – Betegnet af Forbundsrepublikken Tyskland som »negativ udvælgelse«.

61 – Jf. generaladvokat Póiaras Maduros forslag til afgørelse i forenede sager Blanco Pérez og Chao Gómez (C-570/07 og C-571/07, EU:C:2009:587, punkt 26), hvor der anføres et lignende argument vedrørende farmaceuter.

62 – Det er noget uheldigt, at artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/123 henviser til nødvendighed i to forskellige sammenhænge: for det første i litra b), hvor det ganske simpelt angives, at der skal foreligge en begrundelse i form af et tvingende alment hensyn og, for det andet i litra c), i den traditionelle betydning af den andedel af proportionalitetskriteriet. Begrebet anvendes naturligvis her i denne anden betydning.

minimumssatser er bedre egnede til at sikre tjenesteydelsers kvalitet og forbrugerbeskyttelse. Særligt angivelsen af, at indførelsen af nogen former for regulering af adgangen til de relevante erhverv ville udgøre en langt strengere restriktion for etableringsfriheden end den gældende honorarordning, er blot en antagelse, der ikke understøttes af beviser.

107. Først såfremt det blev godtgjort, at sådanne andre foranstaltninger, som omtalt i det foregående punkt, ikke opfylder målene om tjenesteydelsers kvalitet og forbrugerbeskyttelse, kunne man som en sidste udvej begynde at overveje, om minimumssatser er bedre egnede til opnåelse af disse⁶³.

2) Maksimumssatser

108. Den tyske regerings argument består i et forsvar af det *system*, der er etableret ved HOAI med dens *kombination* af minimums- og maksimumssatser. Den tyske regering har påpeget, at minimums- og maksimumssatserne ikke skal betragtes isoleret, men henviser til de ydelsesprofiler, der er beskrevet i detaljer i HOAI. Såfremt Domstolen derfor skulle nå frem til, at minimumssatserne ikke er forholdsmæssige, har jeg svært ved at forestille mig, at Forbundsrepublikken Tyskland skulle fastholde maksimumssatserne, hvorfor det kunne forekomme sofistisk at behandle dette forhold for sig.

109. Alligevel behandler jeg for fuldstændighedens skyld kort maksimumssatserne.

i) Sikrer opfyldelse

110. For mig at se foreligger der ikke noget problem, når det gælder vurderingen af, om maksimumssatserne sikrer opfyldelse. Som den tyske regering med rette har anført, sikrer maksimumssatser netop opfyldelse af målet om forbrugerbeskyttelse, da de sørger for transparens og beskytter mod uforholdsmæssigt høje honorarkrav.

ii) Nødvendighed

111. Den tyske regering har dog ikke godtgjort, at det ikke er muligt at erstatte maksimumssatserne med andre, mindre indgribende foranstaltninger, der fører til opnåelse af samme resultat. Der er navnlig ikke ført bevis for, hvorfor f.eks. vejledende prisoplysninger, der giver forbrugere mulighed for at opnå en konkret ide om, hvad der normalt skal betales for en tjenesteydelse, ikke ville medføre en lige så effektiv beskyttelse af deres interesser.

D. Om artikel 49 TEUF

112. Som følge af, at Kommissionens klagepunkt, der vedrører artikel 15, i direktiv 2006/123, er blevet tiltrådt, er det uforholdsmæssigt at undersøge artikel 49 TEUF⁶⁴.

63 – Selvfølgelig under forudsætning af, at de må anses for egnede, hvilket efter min mening ikke er tilfældet.

64 – Jf. dom af 23.2.2016, Kommissionen mod Ungarn (C-179/14, EU:C:2016:108, præmis 118) og af 7.11.2018, Kommissionen mod Ungarn (C-171/17, EU:C:2018:881, præmis 87).

IV. Konklusion

113. På baggrund af de ovenstående betragtninger er jeg således af den opfattelse, at Domstolen bør fastslå følgende:

- Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat artikel 15, stk. 1, stk. 2, litra g) og stk. 3, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF af 12. december 2006 om tjenesteydelser i det indre marked ved at undergive arkitekters og ingeniørers planlægningsydelser bindende minimums- og maksimumssatser i medfør af Honorarordnung für Architekten und Ingenieure.
- Forbundsrepublikken Tyskland betaler sagsomkostningerne.