

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

M. POIARES MADURO

fremsat den 1. februar 2006¹

1. I Arduino-sagen² behandlede Domstolen den italienske lovgivning om fastsættelse af advokatsalærer set i forhold til artikel 10 og 81 EF. Efter denne dom har to italienske domstole herefter forelagt Domstolen nogle spørgsmål om, hvorvidt denne lovgivning er forenelig med konkurrencereglerne og princippet om fri udveksling af tjenesteydelser.

jordlodder tilhørende hende, som var besluttet af Moncalieri kommune. Under et møde med sin klient anmodede Federico Cipolla om en forudbetaling for sin faglige ydelse på 1 850 000 italienske lire (ITL), hvilket han fik. Federico Cipolla anlagde derefter, som han var blevet anmodet om, sag mod den pågældende kommune ved Tribunale di Torino. Herefter blev tvisten løst via en transaktion mellem kommunen og ejerne af jordlodderne uden advokatens mellemkomst. Rosaria Portolese overlod således sin jordlod til kommunen ved notarialdokument af 27. oktober 1993.

I — Faktiske omstændigheder, relevante retsfskrifter og de præjudicielle spørgsmål

2. I sag C-94/04 har Corte d'appello di Torino (Italien) den 4. februar og den 5. maj 2004 i forbindelse med en sag anlagt mod advokat Federico Cipolla af en af dennes klienter, Rosaria Portolese, vedrørende betalingen af førstnævntes salærer, forelagt Domstolen et spørgsmål om foreneligheden af den nationale lovgivning om fastsættelse af advokatsalærer med artikel 10, 49 og 81 EF. I marts 1991 henvendte Rosaria Portolese sig til Federico Cipolla for at opnå erstatning for en øjeblikkelig overtagelse af

3. Ved salærpåkrav af 18. maj 1995 afkrævede Federico Cipolla sin klient et samlet beløb på 4 125 400 ITL (2 130,38 EUR) med fradrag af det forudbetalte beløb. Rosaria Portolese anfægtede dette krav ved Tribunale di Torino, som ved dom af 12.-20. juni 2003 tilkendte Federico Cipolla et beløb på 1 850 000 ITL og forkastede hans øvrige krav. Sidstnævnte indankede denne dom for Corte d'appello di Torino og påberåbte sig anvendelsen af advokatsalærtariffen i den form, hvori den blev vedtaget den 30. marts 1990 af Consiglio nazionale forense (Det Nationale Advokatråd, herefter »CNF«), godkendt ved ministerialdekret nr. 392 af 24. november 1990 (herefter »ministerialde-

1 — Originalsprog: portugisisk.

2 — Dom af 19.2.2002, sag C-35/99, Sml. I, s. 1529.

kretet af 1990«). I henhold til Federico Cipolla kan en advokat og en klient ikke aftale et vederlag, der afviger fra denne tarif, da denne er obligatorisk.

4. I Italien reguleres advokaterhvervet af kongeligt dekret af 27. november 1933³, ophøjet til lov nr. 36 af 22. januar 1934⁴, med senere ændringer (herefter »lovdekretet«). I henhold til denne lovgivning, og især artikel 57 i lovdekretet, fastsættes de kriterier, der skal anvendes ved afgørelsen af salær og godtgørelse til advokater og fuldmægtige i civile, strafferetlige og udenretslige sager, hvert andet år ved afgørelse fra CNF. Herefter godkendes salærtariffen af justitsministeren efter samråd med Comitato interministeriale dei prezzi (det tværministerielle prisudvalg) og Consiglio di Stato (Statsrådet)⁵. I henhold til artikel 58 i lovdekretet fastsættes de i artikel 57 omhandlede kriterier under hensyn til tvistens værdi og den hierarkiske placering af den myndighed, der skal afgøre den, og i strafferetlige sager under hensyn til retssagens varighed. For hver handling eller gruppe af handlinger fastsættes en over- og en undergrænse.

5. I henhold til artikel 24 i lov nr. 794 af 13. juni 1942, som regulerer advokaterhvervet i Italien, kan »mindstehonorarer, der er

fastsat for ydelser præsteret af advokater [...] ikke fraviges; enhver herimod stridende aftale er ugyldig«. Der er i retspraksis anlagt en vid fortolkning af dette princip. Den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt dette forbud mod at fravige de salærer, der er fastsat i advokatsalærtariffen, som det fortolkes i retspraksis, er i overensstemmelse med fællesskabsretten. Ifølge den forelæggende ret har Domstolen i Arduino-dommen kun udtalt sig om den måde, hvorpå tariffen er fastlagt, men ikke om dette særlige aspekt.

6. Corte d'appello di Torino har derfor forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Finder det fællesskabsretlige konkurrenceprincip, jf. artikel 10, 81 og 82 EF, også anvendelse på udbud af tjenesteydelser på retsområdet?
- 2) Indebærer nævnte princip mulighed for, at parterne kan aftale advokatens vederlag med bindende virkning?
- 3) Hindrer ovennævnte princip, at betalingen for tjenesteydelser vedrørende retssager aldrig kan fraviges?

3 — GURI nr. 281 af 5.12.1933.

4 — GURI nr. 24 af 30.1.1934.

5 — Præmis 6 i Arduino-dommen.

- 4) Finder princippet om fri udveksling af tjenesteydelser, jf. artikel 10 og 49 EF, ligeledes anvendelse på juridiske tjenesteydelser?
- 5) Er det pågældende princip i bekræftende fald foreneligt med princippet om absolut forbud mod at fravige fra advokathonorarerne?»

12. juni 1993, som ændret den 29. september 1994 og godkendt ved ministerialdekret nr. 585 af 5. oktober 1994 (herefter »ministerialdekret af 1994«)⁶. Advokaternes salærtarif omfatter tre kategorier af tjenesteydelser: salærer for judicielle ydelser på det civil- og forvaltningsretlige område, salærer for judicielle ydelser på det strafferetlige område og salærer i forbindelse med udenretslige ydelser. Ifølge den forelæggende ret omhandlede Arduino-dommen kun judicielle ydelser, og Domstolen har ikke udtalt sig om muligheden for, at der i italiensk lovgivning kan fastsættes salærer for udenretslige ydelser.

7. Samtidig har Tribunale di Roma (Italien) i sag C-202/04 ligeledes forelagt Domstolen et spørgsmål, der drejer sig om, hvorvidt et andet aspekt af den samme nationale lovgivning er foreneligt med artikel 10 og 81 EF. Kendsgjerningerne i hovedsagen er følgende: Der er tale om en tvist mellem på den ene side Stefano Macrino og Claudia Capodarte og på den anden side deres advokat, Roberto Meloni, som har opkrævet et salær, hvis størrelse de har bestridt. Sidstnævnte har opnået et betalingspålæg over for de førstnævnte for udenretslige ydelser vedrørende spørgsmål om ophavsret. Størrelsen af salæret er fastsat i henhold til den lovfæstede tarif gældende for denne type tjenesteydelser. Ifølge klienterne var de tjenesteydelser, som advokaten havde præsteret, begrænset til afsendelsen af en standardskrivelse om påtale samt en kort korrespondance med modpartens advokat, og det krævede salær var derfor for højt i forhold til de tjenesteydelser, der var præsteret.

9. Tribunale di Roma har som følge heraf forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»Er EF-traktatens artikel 5 og 85 (nu artikel 10 og 81 EF) til hinder for, at en medlemsstat træffer en foranstaltning ved lov eller administrative bestemmelser, der på grundlag af et udkast udarbejdet af en advokatororganisation godkender takster, der fastsætter under- og overgrænser for salæret til standens medlemmer med henblik på ydelser, som præsteres med henblik på virksomhed (ekstra-judiciel virksomhed), som ikke er forbeholdt medlemmerne af en advokatororganisation, men som kan præsteres af enhver?»

8. De tariffer, der finder anvendelse i disse tilfælde, er fastsat ved CNF's afgørelse af

⁶ — GURI nr. 247 af 21.10.1994, s. 5.

10. Der blev afholdt retsmøde den 25. oktober 2005, hvor Roberto Meloni, den italienske og den tyske regering samt Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber var repræsenteret.

11. Inden den materielle gennemgang af de forelæggende retters spørgsmål, skal jeg undersøge, om de kan antages til realitetsbehandling, hvilket er bestridt af Federico Cipolla og den tyske regering i sag C-94/04 og af Roberto Meloni og den italienske regering i sag C-202/04.

II — Spørgsmålet, om de præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling

12. Ifølge Federico Cipolla kan de spørgsmål, der er forelagt af Corte d'appello di Torino ikke antages til realitetsbehandling, dels fordi de ikke er relevante for afgørelsen af tvisten i hovedsagen, dels på grund af deres hypotetiske karakter.

13. Federico Cipolla har anført, at den gældende nationale lovgivning, i modsætning til hvad der er anført i forelæggelseskendelsen, ikke kræver, at den nationale domstol vurderer, om der eksisterer en aftale mellem advokat og klient, og om denne er lovlig. Ifølge sagsøger i hovedsagen skal de forhold, at der ikke eksisterer en aftale

mellem advokat og klient, og at det betalte beløb anses for et forskud for ydelser, som skal betales, anses for retskraftige, da de ikke blev bestridt ved appelretten.

14. I henhold til fast retspraksis er det den forelæggende ret, der i første omgang fastslår relevansen af det præjudicielle spørgsmål⁷. Domstolen kan kun fastslå, at et spørgsmål ikke kan antages til realitetsbehandling med denne begrundelse, hvis det er åbenlyst uden relevans, eller hvis der ikke er nogen forbindelse mellem det spørgsmål, der er forelagt, og sagens genstand.

15. I hovedsagen har spørgsmålet, om det første beløb, som klienten har betalt sin advokat, udgør den samlede betaling for de ydelser, hun har modtaget, indvirkning på udfaldet af tvisten, da svaret på dette spørgsmål er afgørende for, om den aftale om salæret, der er indgået mellem advokat og klient, kan gå forud for advokatsalærtaffen.

16. For det andet har Federico Cipolla anført, at spørgsmålet er af hypotetisk karakter. Han mener, at gyldigheden af den aftale, der er indgået mellem advokat og

⁷ — Dom af 18.10.1990, forenede sager C-297/88 og C-197/89, Dzodzi, Sml. I, s. 3763, præmis 33 og 34, af 17.7.1997, sag C-28/95, Leur-Bloem, Sml. I, s. 4161, præmis 24, og af 30.9.2003, sag C-167/01, Inspire Art, Sml. I, s. 10155, præmis 43.

klient, kun skal vurderes, hvis det er påvist, at en sådan aftale eksisterer, hvilket ikke er tilfældet i sagen. Derfor mener han, at de spørgsmål, der er stillet af Corte d'appello di Torino, skal sidestilles med en anmodning om en rådgivende udtalelse.

17. Det er korrekt, at det ikke er Domstolens opgave at give almen vejledning om hypotetiske problemstillinger⁸. Tvisten i hovedsagen har imidlertid til formål at afgøre, om salarierne kan fastsættes ved en aftale mellem parterne eller udelukkende ved anvendelse af advokatsalærtariffen. Da det spørgsmål, den forelæggende ret har stillet, drejer sig herom, kan sagen ikke anses for at være hypotetisk.

18. For så vidt det er fastslået, at det af nævnte ret forelagte spørgsmål ikke var af hypotetisk karakter, tilkommer det ikke Domstolen at udtale sig om de nationale processuelle regler, der finder anvendelse i sagen.

19. Kommissionen og den tyske regering har fremført endnu en indvending, idet de i deres skriftlige indlæg til Cipolla-sagen har anført, at kendsgerningerne i hovedsagen ikke indeholder nogen grænseoverskridende elementer. Det samme gælder for sagen Macrino og Capodarte. I en rent intern situation kan

man umiddelbart rejse tvivl om, hvorvidt artikel 49 EF finder anvendelse, idet denne bestemmelse har til formål at hindre restriktioner af den fri udveksling af tjenesteydelser mellem medlemsstaterne, og således om, hvorvidt den forelæggende rets spørgsmål kan antages til realitetsbehandling. Som svar på et spørgsmål om fri bevægelighed for varer har Domstolen imidlertid, i præmis 23 i dommen i sagen Guimont⁹, fastslået, at det ikke er åbenbart, at den fortolkning af fællesskabsretten, der anmodes om, er unødvendig for den nationale ret, da en »sådan besvarelse kan være anvendelig i tilfælde af, at den nationale lovgivning, i en sag som hovedsagen, kræver, at en indenlandsk producent skal have de samme rettigheder som dem, en producent fra en anden medlemsstat vil kunne støtte på fællesskabsretten i en tilsvarende situation«. Denne praksis blev fulgt i dommen i sagen Anomar m.fl.¹⁰, hvor den nationale rets spørgsmål ligeledes drejede sig om fri udveksling af tjenesteydelser. Selv om Corte d'appello di Torinos spørgsmål var stillet inden for rammerne af en sag, som ikke indeholder et grænseoverskridende element, har den nationale domstol med rette vurderet, at et svar ville være nyttigt, hvis den i henhold til italiensk ret var forpligtet til også at lade de fordele, som fællesskabsretten indrømmer statsborgere i andre medlemsstater, gælde for italienske statsborgere¹¹. Desuden er anvendelsesområdet for konkurrenceretten, som den forelæggende ret har henvist til, meget bredt, idet det kan anvendes ved alle restriktioner af

9 — Dom af 5.12.2000, sag C-448/98, Sml. I, s. 10663.

10 — Dom af 11.9.2003, sag C-6/01, Sml. I, s. 8621, præmis 41.

11 — Dette fremgår af artikel 3 i den italienske forfatning om lighedsprincippet, som er fortolket af Corte costituzionale (forfatningsdomstolen) i dennes dom nr. 249 af 16.6.1995 (GURI, 1^a serie speciale Corte costituzionale, nr. 26 af 21.6.1995) og nr. 443 af 30.12.1997 (GURI, 1^a serie speciale Corte costituzionale, nr. 1 af 7.1.1998).

8 — Dom af 16.12.1981, sag 244/80, Foglia, Sml. s. 3045, præmis 18, af 15.6.1995, forenede sager C-422/93 — C-424/93, Zabala Erasun m.fl., Sml. I, s. 1567, præmis 29, og af 5.2.2004, sag C-380/01, Schneider, Sml. I, s. 1389, præmis 22.

konkurrencen, som påvirker samhandelen mellem medlemsstater. Selv om den faktiske situation, som den forelæggende ret har fremlagt, er en rent intern situation, bør de advokatsalærtakster, som spørgsmålet omhandler, ligeledes behandles på baggrund af artikel 49 EF, da de kan have indvirkning på den frie udveksling af tjenesteydelser ved at begunstige juridiske tjenesteydelser af national oprindelse¹².

20. I henhold til gældende retspraksis kan de indvendinger, som er rejst, tilsyneladende ikke medføre, at Corte d'appello di Torinos spørgsmål ikke kan antages til realitetsbehandling.

21. I Macrino og Capodarte-sagen har Roberto Meloni og den italienske regering ligeledes hævdet, at det spørgsmål, som er stillet af Tribunale di Roma, ikke kan antages til realitetsbehandling.

22. De har for det første anført, at den forelæggende rets spørgsmål ikke kan antages til realitetsbehandling, da det ikke er nødvendigt at få besvaret for at afgøre tvisten i hovedsagen. Da der ikke foreligger en aftale mellem parterne om advokatsalærrets størrelse, skal den pågældende domstol fastsætte beløbet i henhold til artikel 2233 i Codice

civile (den italienske civillovbog) uden at være bundet af advokatsalærtariffen¹³. Som angivet i forelæggelseskendelsen, vedrører den pågældende tvist imidlertid vederlaget for tjenesteydelser præsteret af Roberto Meloni, for hvilket denne har opnået et betalingspålæg baseret på den advokatsalærtarif, der er fastsat for udenretslige tjenester, fordi hans klienter har bestridt det konkrete beløb. Det fremgår således, at spørgsmålet, om advokatsalærtariffen for udenretslige tjenesteydelser er lovlig, hvad angår fællesskabsretten, er relevant for den pågældende tvist.

23. Den italienske regering har desuden bestridt relevansen af den forelæggende rets spørgsmål, eftersom der ikke har været tale om en konkurrencebegrænsende praksis, hverken da tariffen blev udarbejdet, således som det er fastslået i Arduino-dommen, eller på grund af de økonomiske aktørers adfærd. Jeg skal herved gøre opmærksom på, at det inden for det samarbejde mellem den nationale ret og Domstolen, som er indledt ved den præjudicielle forelæggelse, er den nationale ret, der afgør, om det pågældende spørgsmål er relevant på baggrund af de faktiske kendsgerninger og den retlige sammenhæng i den pågældende tvist¹⁴, hvorfor den italienske regerings indvending derfor bør tilbagevises.

12 — Domstolen har, vedrørende varer, fulgt dette ræsonnement i dom af 7.5.1997, forenede sager C-321/94 — C-324/94, Pistre m.fl., Sml. I, s. 2343, præmis 44 og 45, og har udvidet det til tjenesteydelser i dom af 5.6.1997, sag C-398/95, SETTG, Sml. I, s. 3091, af 29.4.1999, sag C-224/97, Ciola, Sml. I, s. 2517, præmis 11 og 12, og af 8.3.2001, sag C-405/98, Gourmet International Products, Sml. I, s. 1795, præmis 37 og 38.

13 — Artikel 2233 i Codice civile, der omhandler vederlag ved aftaler om levering af tjenesteydelser, bestemmer: »Såfremt vederlaget ikke er aftalt mellem parterne og ikke kan fastsættes ifølge tariffen eller sædvane, fastsættes det af retten, som træffer afgørelse efter at have hørt den erhvervsfaglige sammenslutning, som den erhvervsdrivende tilhører« (s. 3 i den danske oversættelse af forelæggelseskendelsen i Cipolla-sagen).

14 — Jf. Dzodzi-dommen, Leur-Bloem-dommen og Inspire Art-dommen.

24. Roberto Meloni har desuden anført, at den nationale ret ikke har angivet den præcise årsag til, at den har rejst spørgsmålet om fortolkningen af fællesskabsretten. Dette argument er ikke overbevisende, eftersom der i forelæggelseskendelsen nøje gøres rede for de omstændigheder, under hvilke en fortolkning af fællesskabsretten er nødvendig for en afgørelse i hovedsagen.

25. Roberto Meloni og den italienske regering har med de argumenter, de har fremført, således ikke godtgjort, at det spørgsmål, der er stillet i Macrino og Capodarte-sagen, ikke kan antages til realitetsbehandling.

III — Retlig stillingtagen

26. De tre første spørgsmål i Cipolla-sagen og det spørgsmål, der er stillet i Macrino og Capodarte-sagen, har alle til formål at afgrænse anvendelsesområdet for Arduino-dommen. En fortolkning af denne dom er nødvendig for at kunne besvare de spørgsmål, der er stillet vedrørende eventuelle begrænsninger af dommen, dels med hensyn til om udenretslige ydelser er omfattet, dels med hensyn til forbuddet mod, at advokater og deres klienter indgår aftaler, der fraviger tariffen.

27. I denne henseende har Kommissionen i sagen Macrino og Capodarte udtrykkeligt opfordret Domstolen til at tage sin faste praksis med hensyn til anvendelsen af artikel 10, 81 og 82 EF op til fornyet overvejelse og især ændre sin praksis som følge af Arduino-dommen.

28. Domstolen har altid været forsigtig med at ændre fortolkningen af retsregler, som er bekræftet i tidligere domme. Uden at tage stilling til, om disse domme havde karakter af præcedens, har Domstolen altid taget hensyn til den linje, der er lagt gennem fast praksis. Den autoritet, som Domstolen tillægger sine tidligere domme, kan tilskrives nødvendigheden af at garantere værdier som sammenhæng, ensartethed og retssikkerhed, som er indbygget i alle retssystemer. Værdier, som er endnu mere betydningsfulde inden for rammerne af et system med decentraliseret retsanvendelse, som det er tilfældet med Fællesskabets retsorden. Anerkendelsen i dommen i sagen Cilfit m.fl. af, at der ikke længere eksisterer en forelæggelsespligt, hvis det pågældende spørgsmål allerede er blevet fortolket af Domstolen¹⁵, og den mulighed, Domstolen i henhold til procesreglementets artikel 104, stk. 3, har for at træffe afgørelse ved en kendelse, hvis »et præjudicielt spørgsmål er identisk med et spørgsmål, Domstolen allerede har afgjort«, kan kun forstås på baggrund af den fortolknings-

15 — Dom af 6.10.1982, sag 283/81, Sml. s. 3415, præmis 21.

mæssige beføjelse, som tillægges Domstolen for fremtiden¹⁶. Selv om Domstolen ikke er formelt bundet af sine domme, anerkender den ved dens hensyntagen hertil, hvor stor betydning en stabil retspraksis har for dens fortolkningsmæssige myndighed og for ensartetheden, sammenhængen og retssikkerheden i Fællesskabets retsorden.

29. Ganske vist er stabilitet ikke en absolut værdi og bør heller ikke være det. Domstolen har også anerkendt vigtigheden af at justere sin praksis for at tage hensyn til ændringer inden for andre områder af retsordenen eller i den sociale sammenhæng, hvor reglerne finder anvendelse. Domstolen har desuden anerkendt, at fremkomsten af nye faktorer kan retfærdiggøre en justering eller endog en ændring af retspraksis. Ikke desto mindre har Domstolen kun med betydelig forsigtighed indvilget i at foretage en så grundlæggende

revision af tidligere domme som den, Kommissionen har foreslået i denne sag¹⁷.

30. På grund af den nylige dom i Arduino-sagen, den virkning, som nærværende sag vil have på samme lovgivning, dvs. advokatsalærtariffen, og det forhold, at Kommissionen ikke har fremført nogen nye retlige argumenter, mener jeg ikke, det er hensigtsmæssigt, at Domstolen tager sin praksis i Arduino-dommen op til fornyet overvejelse. Af årsager, som jeg senere skal gøre rede for, mener jeg desuden, at det ræsonnement, som Domstolen anvendte i den nævnte dom, er i overensstemmelse med en retsfortolkning, som imødekommer nogle af de hensyn, som generaladvokaterne Léger og Jacobs fremhævede i deres forslag til afgørelse i henholdsvis Arduino-sagen og sagen Pavlov m.fl.¹⁸.

16 — Bevæggrundene for ordningen er at sikre en ensartet anvendelse af fællesskabsretten uden at kræve, at de nationale retter henviser sagen til Domstolen, hver gang der opstår et EF-retligt problem, men uden at forbyde retterne at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål, selv om den allerede har taget stilling hertil. Ellers ville de nationale retter ikke kunne anmode Domstolen om at tage sin retsfortolkning op til fornyet overvejelse, hvilket på længere sigt ville gøre retspraksis absolut uigenkaldelig inden for visse retsområder (da Domstolen som oftest kun har mulighed for at revidere sin praksis, når den forelægges et præjudicielt spørgsmål). Et sådant forbud findes ikke engang i retssystemer, hvor præcedensreglen anvendes mere strengt. I denne henseende bør artikel 104, stk. 3, i procesreglementet ikke anses for at være til hinder for, at de nationale retter udtrykkeligt anmoder Domstolen om at revidere en fast praksis. Det er naturligvis tilladt Domstolen at acceptere en sådan mulighed eller træffe afgørelse ved en kendelse i medfør af ovennævnte artikel 104, stk. 3, og dermed bekræfte sin praksis inden for et konkret retligt spørgsmål.

17 — En undtagelse fra denne holdning fra Domstolens side findes i dom af 24.11.1993, forenede sager C-267/91 og C-268/91, Keck og Mithouard, Sml. I, s. 6097, hvor Domstolen tog hensyn til konsekvenserne af sin praksis i den sociale sammenhæng, hvor reglerne var gældende, og de retssystemer, der skulle gennemføre disse. Domstolen udtalte sig i følgende vendinger i dommens præmis 14: »De erhvervsdrivende påberåber sig i stadigt stigende omfang traktatens artikel 30 [EF (nu, efter ændring, artikel 28 EF)] med henblik på at anfægte de mest forskelligartede bestemmelser, der medfører en begrænsning af deres frie erhvervsudøvelse, også selv om bestemmelserne ikke er møntet på varer fra andre medlemsstater. På denne baggrund finder Domstolen det nødvendigt at tage sin praksis på dette område op til fornyet overvejelse og at præcisere den nærmere.«

18 — Dom af 12.9.2000, forenede sager C-180/98 — C-184/98, Sml. I, s. 6451.

A — Kontrol af statslige foranstaltninger på baggrund af artikel 10 og 81 EF

31. Artikel 81 EF indgår i konkurrencereglerne gældende for virksomheders adfærd. Det er således rent undtagelsesvist, at nationale foranstaltninger er omhandlet i denne artikel, og kun inden for rammerne af medlemsstaternes pligt til loyalt samarbejde om anvendelsen af fællesskabsretten. Selv om ønsket om at bevare EF-traktatens neutralitet i forhold til de beføjelser, der er tillagt medlemsstaterne¹⁹, ikke hindrer kontrollen af lovgivningsforanstaltninger med hensyn til artikel 10 og 81 EF, indebærer det dog en vis begrænsning heraf. I retspraksis blev begge regler anvendt i dommen i sagen GB-Inno-BM²⁰, hvorved følgende princip blev formuleret bemærkelsesværdigt vidt: »skønt artikel 86 [EF (nu artikel 82 EF)] således retter sig til virksomheder, følger det dog af traktaten, at medlemsstaterne ikke må indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af denne bestemmelse«. I denne formulering ville dette princip gøre det muligt at lade alle nationale foranstaltninger med en konkurrencebegrænsende virkning være underlagt konkurrenceretten. Domstolen konkretiserede dog senere kravene ifølge artikel 10 og 81 EF mere restriktivt. I henhold til rets-

praksis anses disse bestemmelser kun for at være tilsidesat i to tilfælde: hvis en medlemsstat foreskriver, begunstiger eller fremmer aftaler, som er i strid med artikel 81 EF²¹, eller hvis den pågældende medlemsstat fratager de af den udstedte retsforskrifter deres statslige karakter ved til private erhvervsdrivende at uddelegere ansvaret for at træffe beslutninger om økonomiske indgreb²².

32. Det er ikke vanskeligt at sondre mellem disse to tilfælde. I det første tilfælde eksisterer der allerede en aftale mellem virksomhederne før den statslige foranstaltning, hvorved aftalen bliver gyldig eller styrket. Statens ansvar opstår, fordi den med sin foranstaltning forværrer en allerede konkurrencebegrænsende adfærd. I det andet tilfælde, hvor staten uddelegerer sin beføjelse til private enheder, vedtager virksomheder en beslutning, som derefter kodificeres i en lovforanstaltning. Anvendelsen af artikel 10 og 81 EF har således til formål at undgå, at en foranstaltnings form i sig selv forhindrer, at den er omfattet af konkurrenceretten. Dette indebærer efter min opfattelse, at begrebet uddelegering skal fortolkes materielt på den måde, at der kræves en vurdering af den beslutningsproces, der har ført til vedtagelsen af den statslige foranstaltning. Begrebet materiel uddelegering omfatter følgende to tilfælde: dels statens uddelegering af retten til at vedtage en retsakt til en privat enhed, dels

19 — D. Triantafyllou, »Les règles de la concurrence et l'activité étatique y compris les marchés publics«, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, nr. 1, 1996, s. 57, se navnlig s. 64.

20 — Dom af 16.11.1977, sag 13/77, Sml. s. 2115, præmis 31.

21 — Dom af 9.9.2003, sag C-198/01, CIE, Sml. I, s. 8055, præmis 46.

22 — Dom af 3.12.1987, sag 136/86, Aubert, Sml. s. 4789, præmis 23, og af 18.6.1998, sag C-35/96, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3851, Arduino-dommen, præmis 35, og kendelse af 17.2.2005, sag C-250/03, Mauri, Sml. I, s. 1267, præmis 30.

en offentlig myndigheds uddelegering af kontrollen af den beslutningsproces, der fører til vedtagelsen af en retsakt, til en privat enhed. En stat kan anses for at have uddelegeret sin beføjelse, hvis dens medvirken kun består i formel vedtagelse af en foranstaltning, selv om hensynet til den offentlige interesse afhænger af, hvorledes beslutningerne vedtages. En definition af begrebet »uddelegering«, der omfatter disse to tilfælde, forstærker kravet om, at den statslige foranstaltning skal være sammenhængende. Princippet om sammenhæng garanterer, at statens foranstaltning er underlagt politiske og demokratiske kontrolmekanismer, for så vidt den handler under hensyn til almenvellet, og hvis den uddelegerer forfølgelsen af bestemte mål til private erhvervsdrivende, skal disse underlægges konkurrencereglerne, som er de mekanismer, der kontrollerer magtbeføjelserne på markedet. Staten kan derimod ikke uddelegere visse magtbeføjelser til private erhvervsdrivende og undtage dem fra anvendelsen af konkurrencereglerne. Dette udvidede delegeringsbegreb gør det muligt at sikre, at det forhold, at de konkurrenceretlige regler ikke anvendes, beror på hensyn til almenvellet og ikke på, at private interesser har tilegnet sig offentlig myndighed²³.

33. Dette er årsagen til, at ovennævnte retspraksis absolut bør fortolkes således, at der bør tages hensyn til, hvilke mål staten

forfølger, når det afgøres, om dens foranstaltning er omfattet af konkurrenceretten. Det bør fastslås, om statens lovgivningsforanstaltning er dikteret af ønsket om at beskytte offentlighedens interesse, eller om hensynet til private interesser derimod er af en sådan karakter, at det risikerer at ændre det primære mål for den statslige foranstaltning, som således er at beskytte disse interesser. Private erhvervsdrivendes deltagelse i lovgivningsprocessen, enten på det stadium, hvor der stilles forslag til en regel, eller ved deres deltagelse i et organ, der har til opgave at udarbejde denne regel, kan have en afgørende indflydelse på dens indhold. Faren vil bestå i, at en lovbestemmelses eneste formål bliver at beskytte visse private interesser mod konkurrencemekanismerne, hvilket skader offentlighedens interesser²⁴.

34. Der er ingen tvivl om, at det ikke er berettiget at lade alle statslige foranstaltninger være omfattet af artikel 10 og 81 EF. De hensyn, som generaladvokaterne Jacobs og Léger har fremført i deres forslag til afgørelse i henholdsvis sagen Pavlov m.fl.²⁵ og Arduino-sagen²⁶, går ikke i denne retning, men ligger tæt på retspraksis. Generaladvokaterne udformer to kriterier, som gør det muligt at fastslå, om de statslige foranstaltninger faktisk kontrolleres af private erhvervsdrivende. Ifølge dem ville den foranstaltning, der undersøges, ikke udgøre en tilsidesættelse af artikel 10 og 81 EF, hvis for det første dens vedtagelse er berettiget ud fra

23 — Generaladvokat Légers forslag til afgørelse i Arduino-sagen, punkt 91, og generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Albany-sagen (dom af 21.9.1999, sag C-67/96, Sml. I, s. 5751), punkt 184.

24 — Punkt 91 i forslag til afgørelse i Arduino-sagen.

25 — Punkt 156-165.

26 — Punkt 86-91.

legitime hensyn til almenvellet, og hvis medlemsstaterne for det andet fører tilsyn med de private erhvervsdrivendes deltagelse i beslutningsprocessen²⁷. Disse kriterier har til formål at fastslå, i hvilket omfang staten kontrollerer den uddelegering, der er sket til private erhvervsdrivende. Selv om de kriterier, der er opstillet, skal forstås kumulativt, mener jeg, at kriteriet om hensyn til almenvellet inkluderer det andet kriterium. Det kan endog indebære, at Domstolen skal vurdere alle foranstaltninger, som kan begrænse konkurrencen. Dette var måske grunden til, at Domstolen ikke godtog dette kriterium.

35. Imidlertid mener jeg, at de hensyn, som ligger til grund for generaladvokaternes forslag, er berettigede. Jeg mener dog også, at gældende retspraksis gør det muligt at imødekomme disse. Man kan endog overveje, om Domstolen ikke implicit godtog kriteriet om statens tilsyn med henblik på at kontrollere en statslig foranstaltnings lovgivningsmæssige karakter, idet den henviste hertil i Arduino-dommens præmis 10. Der hersker dog fortsat tvivl med hensyn til, hvorledes Domstolen bedømmer dette kriterium, især med hensyn til effektiviteten af statens tilsyn, idet en formel kontrol af retsaktens karakter tilsyneladende er utilstrækkelig²⁸.

36. En sammenligning med den amerikanske antitrustlovgivning, hvor »state action

doctrine« gælder, og hvor statslige foranstaltninger kun er underlagt en begrænset kontrol hvad konkurrenceretten angår, peger i den samme retning. I amerikansk ret har »state action doctrine« sin oprindelse i USA's højesterets dom i sagen Parker mod Brown²⁹, i henhold til hvilken Sherman Act ikke finder anvendelse på foranstaltninger, som staterne har truffet inden for rammerne af deres suveræne beføjelser. Retspraksis og konkurrencemyndighedernes praksis har udviklet sig betydeligt siden denne dom³⁰. En lovgivningsforanstaltning er således kun udelukket fra anvendelsesområdet for antitrustretten, hvis den opfylder to kumulative betingelser. Det kræves dels, at den omtvistede foranstaltning, som medfører en begrænsning af konkurrencen, er klart formuleret som en statslig foranstaltning, dels, at dens gennemførelse kontrolleres af staten.

37. Endnu en vanskelighed opstår, når de samme områder reguleres på forskellig vis, alt efter hvilken medlemsstat der er tale om. Mens selvreguleringsforanstaltninger er underlagt konkurrenceretten på grund af deres oprindelse, er statslige foranstaltninger ikke omfattet heraf. I sin praksis behandlede Domstolen i dommen i sagen Wouters m.fl.³¹, spørgsmålet, om en regulering af en faglig organisations forhold, hvorved dannelsen af tværfaglige sammenslutninger forbydes, er forenelig med artikel 81 EF, mens den i Arduino-dommen fastslog, at en national foranstaltning, hvorved der fastsæt-

27 — Punkt 161-163 i forslag til afgørelse i sagen Pavlov m.fl.

28 — Punkt 106 i forslag til afgørelse i Arduino-sagen.

29 — 317 U.S. 341 (1943).

30 — J. Delacourt og T. Zywicki, »The FTC and State Action: Evolving views on the proper role of government«, *Antitrust Law Journal*, 2005, bind 72, s. 1075.

31 — Dom af 19.2.2002, sag C-309/99, Sml. I, s. 1577.

tes en tarif for advokatsalærer, ikke var omfattet af artikel 10 EF, sammenholdt med artikel 81 EF. Den eneste måde, hvorpå man i forhold til fællesskabsretten kan garantere en sammenhængende kontrol af disse to typer foranstaltninger, er ved at indføre et kriterium med et krav om effektivt tilsyn fra statens side, der omfatter undersøgelse af den beslutningsproces, der har ført til vedtagelsen af den pågældende regel.

38. Det er dog på ingen måde hensigtsmæssigt at foretage en lempelse af retspraksis i nærværende sag, da den italienske lovgivning, som er relevant for hovedsagen, allerede er behandlet i Arduino-dommen. De faktiske omstændigheder i den tvist, som gav anledning til denne dom, ligner de omstændigheder, der ligger til grund for Cipolla-sagen. Efter en almindelig bilulykke, som var forårsaget af Manuela Arduino, krævede Diego Dessi skadeserstatning og dækning af sine advokatudgifter ved Pretore di Pinerolo. Den italienske ret gav den skadelidte medhold i kravet, men fastsatte størrelsen af godtgørelsen af advokatudgifterne på et niveau, der lå under den mindstetakst, som var fastsat ved ministerialdekretet af 1994. Denne dom blev ophævet af Corte suprema di cassazione, som fastslog, det var ulovligt at fravige denne takst, og hjemviste sagen til den første ret. Denne forelagde sagen for Domstolen, hvilket gav anledning til Arduino-dommen.

og opretholdelsen af en national foranstaltning som ministerialdekretet af 1994. Domstolen fastslog, at Den Italienske Republik ikke havde uddelegeret opgaven at regulere en virksomhed til private erhvervsdrivende, eftersom CNF i det pågældende tilfælde kun forelagde justitsministeren et udkast til takster, og denne havde kompetence til at ændre udkastet eller udsætte dets anvendelse³². I dommens præmis 10 henviste Domstolen dog til den faktiske udøvelse af statens kontrolbeføjelse, som f.eks. førte til udsættelse af anvendelsen af den takst, der var godkendt ved ministerialdekretet af 1994³³. Den italienske regering anførte i retsmødet, at det dekret, hvorved advokatsalærtariffen blev godkendt, blev vedtaget i 1973, 11 måneder efter datoen for forelæggelsen af CNF's forslag. I 2004 fremgik statens kontrol af beslutningsprocessen også ved det forhold, at Consiglio di Stato i første omgang havde afvist at godkende forslaget under henvisning til, at det ikke rådede over tilstrækkelige oplysninger til at kunne udtale sig om det forslag til takster, der var forelagt. Det kan hævdes, at den nationale ret bedre kan foretage denne praktiske vurdering end Domstolen, men Domstolen mente, at den rådede over de nødvendige oplysninger for at kunne foretage denne vurdering. Eftersom de salærer, som blev aftalt i de to pågældende sager, reguleres ved ministerialdekreterne af 1990 og 1994, er det ikke nødvendigt at foretage en ny undersøgelse af dette spørgsmål. Hvis Domstolen i fremtiden af en italiensk ret får forelagt en tvist vedrørende kendsgerninger, der er omfattet af et senere dekret, vil det dog måske være hensigtsmæssigt at hjemvise undersøgelsen af, om der fra statens side var foretaget en effektiv kontrol af den beslutningsproces, som førte til

39. I denne dom undersøgte Domstolen, om artikel 10 og 81 EF er i strid med indførelsen

32 — Arduino-dommen, præmis 41.

33 — Jf. desuden punkt 107 i forslag til afgørelse i Arduino-sagen.

vedtagelsen af dekretet, til den nationale domstol.

40. Selv om anvendelsen af advokatsalærtakster medfører en stærk begrænsning af konkurrencen mellem advokater, kan der ikke herske tvivl om, at de er i overensstemmelse med artikel 10 og 81 EF, eftersom Domstolen fastslog i Arduino-dommen, at disse takster var indført af staten og ikke var en følge af statens uddelegering til en gruppe virksomheder. Det er derimod ikke blevet kontrolleret, om dette er tilfældet, uanset hvilket anvendelsesområde tariffen har. De spørgsmål, der er forelagt af de forelæggende retter, vedrører netop dette punkt.

B — Spørgsmålet, om det er foreneligt med EF-konkurrenceretten at medtage udenretslige tjenesteydelser i anvendelsesområdet for advokatsalærtariffen

41. Udenretslige tjenesteydelser adskiller sig fra ydelser, der præsteres inden for rammerne af en retstvst. I artikel 4, stk. 1, i Rådets direktiv 77/249/EØF af 22. marts 1977 om lettelse med henblik på den faktiske gennemførelse af advokaters frie udveksling af tjenesteydelser³⁴ sondres desuden mellem virksomhed i forbindelse med repræsenta-

tion og forsvar af en klient for retten eller over for offentlige myndigheder og alle andre former for virksomhed. Det kan hævdes, at markedet for udenretslige tjenesteydelser adskiller sig fra markedet for juridiske tjenesteydelser ved en retstvst. I det første tilfælde er informationen mellem en advokat og dennes klienter mindre asymmetrisk, idet modtagerne af ydelserne hyppigere kan henvende sig til en advokat, hvorved de bedre kan bedømme kvaliteten af de præsterede ydelser.

42. Den advokatsalærtarif, der er fastsat i ministerialdekreterne, både dekretet af 1990 og dekretet af 1994, indeholder desuden konkrete bestemmelser vedrørende dels ydelser, der præsteres i forbindelse med en tvst ved en domstol, hvad enten der er tale om en civil, administrativ eller strafferetlig sag, dels ydelser, der ikke er forbundet med en tvst. Juridiske tjenesteydelser, der præsteres i forbindelse med en tvst, påvirker direkte borgernes adgang til domstolene. I praksis er retshjælp i øvrigt ofte begrænset til denne type ydelser³⁵.

43. Uden specifikt at henvise til udenretslige ydelsers særlige kendetegn har Kommissio-

34 — EFT L 78, s. 17.

35 — I henhold til artikel 10 i Rådets direktiv 2003/8/EF af 27.1.2003 om forbedret adgang til domstolene i grænseoverskridende tvister gennem fastsættelse af fælles mindsteregler for retshjælp i forbindelse med tvister af denne art (EFT L 26, s. 41), bevilges retshjælp kun i tilfælde af udenretslige procedurer, »når parterne ifølge loven har pligt til at benytte sådanne procedurer, eller retten pålægger parterne at benytte sådanne procedurer«.

nen i sit skriftlige indlæg i Macrino og Capodarte-sagen samt i retsmødet forsvaret den opfattelse, at man bør vælge en anden løsning end den, Domstolen anvendte i Arduino-dommen, og fastslå, at en statslig konkurrencebegrænsende foranstaltning til-sidesætter artikel 10 og 81 EF, medmindre den kan begrundes i hensyn til almenvellet og står i et rimeligt forhold til disse hensyn. Hermed har Kommissionen fulgt generaladvokaterne Léger og Jacobs i deres argumentation, som jeg tidligere har omtalt i punkt 30.

retten, og som er bedst i stand til at opnå målene³⁶. Det fremgår dog af artikel 60 i lovdekretet, at domstolene råder over et frit skøn med hensyn til fastsættelsen af salærer for udenretslige tjenester inden for over- og undergrænserne, også uden at give begrundelse. Desuden kan domstolene, med en passende begrundelse, bortse fra salærtariffens over- og undergrænser³⁷. Den nationale domstol vil følgelig, for ikke at forstærke tariffens konkurrencebegrænsende virkning, være forpligtet til at gøre brug af sin skønsmagt, når den afgør en tvist vedrørende størrelsen af de salærer, der er fastsat i tariffen for udenretslige ydelser.

44. Af de nævnte grunde mener jeg, at Arduino-dommen kun kan fortolkes således, at denne form for statsforanstaltninger ikke er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 81 EF, sammenholdt med artikel 10 EF, selv om dens konkurrencebegrænsende virkning forværres set i forhold til en takst, som kun vedrører retslige ydelser. Konklusionerne i Arduino-dommen er nemlig baseret på den statslige karakter af hele den pågældende lovgivning, dvs. advokatsalærtariffen, og ikke på den konkrete type potentielle konkurrencebegrænsende virkninger af de forskellige typer juridiske ydelser.

46. Jeg foreslår derfor, at Domstolen fastslår, at det følger af Arduino-dommen, at artikel 81 EF, sammenholdt med artikel 10 EF, ikke er til hinder for en national foranstaltning vedrørende fastsættelse af advokatsalærer, selv om der er tale om udenretslige ydelser, såfremt denne foranstaltning har været underlagt effektiv kontrol fra statens side, og den nationale domstols beføjelse til at fravige de beløb, der er fastsat i tariffen, fortolkes i overensstemmelse med fællesskabsretten for at undgå foranstaltningens konkurrencebegrænsende virkning.

45. Da den nationale domstol råder over et vist skøn på området, når den fortolker den nationale lovgivning, har den derimod pligt til at vælge den fortolkning, som er mest muligt i overensstemmelse med fællesskabs-

36 — Jf. vedrørende den nationale domstols pligt til i størst muligt omfang at fortolke den nationale lovgivning i overensstemmelse med fællesskabsretten dom af 10.4.1984, sag 14/83, Von Colson og Kamann, Sml. s. 1891, af 13.11.1990, sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135, og af 5.10.2004, forenede sager C-397/01 — C-403/01, Pfeiffer m.fl., Sml. I, s. 8835.

37 — Fortolkning ifølge den italienske regerings indlæg i Macrino og Capodarte-sagen.

C — Spørgsmålet, om forbuddet mod at fravige advokatsalærtariffen er foreneligt med EF's konkurrenceret

47. Det spørgsmål, der er stillet i Cipolla-sagen, vedrører forbuddet mod, at advokater og deres klienter fraviger advokatsalærtariffen, som fremgår af ministerialdekretet af 1994. Som tidligere angivet i punkt 5 fastsættes det i artikel 24 i lov nr. 794, at »mindstehonorarer, der er fastsat for ydelser præsteret af advokater [...] ikke [kan] fraviges; enhver herimod stridende aftale er ugyldig«. Jeg skal dog bemærke, at dette forbud kun er absolut i forholdet mellem klient og advokat, da det tværtimod er tilladt en domstol at fravige tariffen ³⁸.

48. Det fremgår af det i punkt 45 nævnte lovdekrets artikel 60, at den nationale domstol skønsmæssigt kan fastsætte salærerne inden for over- og undergrænserne. Domstolene kan endvidere, med en passende begrundelse, bortse fra tariffens over- og undergrænser. Domstolene har den samme beføjelse med hensyn til juridiske tjenesteydelser, der præsteres i forbindelse med retstvister.

49. Det er korrekt, at spørgsmålet, om forbuddet mod at fravige advokatsalærtariffen

er foreneligt med artikel 81 og 10 EF, ikke blev behandlet specifikt i Arduino-dommen. En restriktiv fortolkning af den nationale domstols mulighed for at fravige denne tarif ville imidlertid forstærke tariffens konkurrencebegrænsende virkninger, da den ville medføre en betydelig begrænsning af pris-konkurrencen mellem advokater. Derfor er de nationale domstole nødt til at fortolke den nationale ret således, at dens konkurrencebegrænsende virkninger reduceres mest muligt, for at sikre iagttagelse af EF-konkurrencerettens effektive virkning ³⁹.

50. Jeg foreslår derfor, at det spørgsmål, der er stillet i Cipolla-sagen, besvares således, at det følger af Arduino-dommen, at artikel 81 EF, sammenholdt med artikel 10 EF, ikke er til hinder for en national foranstaltning, hvorefter det ikke er tilladt advokater og deres klienter at fravige advokatsalærtariffen, såfremt denne foranstaltning har været underlagt effektiv kontrol fra statens side, og den nationale domstols beføjelse til at fravige de beløb, der er fastsat i tariffen, fortolkes i overensstemmelse med fællesskabsretten for at undgå foranstaltningens konkurrencebegrænsende virkning.

D — Spørgsmålet, om advokatsalærtariffen er forenelig med princippet om fri udveksling af tjenesteydelser

51. De juridiske ydelser, som præsteres af advokater, er tjenesteydelser i artikel 50 EF's

38 — Artikel 60 i lovdekretet og punkt 42 i Arduino-dommen.

39 — CIF-dommen og dommen i sagen Pfeiffer m.fl.

forstand⁴⁰. Artikel 49 EF indeholder forbud mod restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser, for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse. Mere generelt er det i henhold til retspraksis forbudt at foretage sådanne begrænsninger af den frie udveksling af tjenesteydelser, som indebærer, at tjenestemodtageren flytter⁴¹, eller at blot tjenesteydelsen flyttes⁴².

52. I artikel 52, stk. 1, EF bemyndiges Rådet til at udstede direktiver om gennemførelse af liberaliseringen af en bestemt tjenesteydelse. Direktiv 77/249 er udstedt med hjemmel i denne bestemmelse. Det fastsættes især i direktivets artikel 4, stk. 1, at virksomhed i forbindelse med repræsentation og forsvar af en klient for retten eller over for offentlige myndigheder udøves i den medlemsstat, der er værtsland, på de betingelser, som gælder for advokater, der er etableret i denne stat, bortset fra betingelser om bopæl eller medlemskab af en faglig organisation i nævnte stat.

53. Ifølge fast retspraksis er en restriktion »nationale foranstaltninger, der kan hæmme

udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder«⁴³.

54. For at kunne fastslå, om artikel 49 EF og direktiv 77/249 er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, skal jeg først undersøge, om den udgør en restriktion, der hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser, og derefter om den er begrundet i de forhold, der er angivet i artikel 46, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 55 EF, eller i tvingende samfunds-mæssige hensyn.

1. Spørgsmålet, om der er tale om en restriktion, der hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser

55. I lighed med de øvrige friheder har princippet om fri udveksling af tjenesteydelser til formål at fremme åbningen af de nationale markeder via den mulighed, tjenesteudbydere og deres kunder får for fuldt ud at drage fordel af Fællesskabets indre marked. Det drejer sig dels om at give de pågældende tjenesteudbydere mulighed for at udøve deres virksomhed på tværnationalt plan, dels om at give forbrugerne adgang til de tjenesteydelser, der præsteres af tjeneste-

40 — Dom af 3.12.1974, sag 33/74, Van Binsbergen, Sml. s. 1299.

41 — Jf. i denne retning dom af 31.1.1984, forenede sager 286/82 og 26/83, Luisi og Carbone, Sml. s. 377, præmis 16.

42 — Domme af 25.7.1991, sag C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda, Sml. I, s. 4007, og sag C-76/90, Säger, Sml. I, s. 4221, dom af 5.10.1994, sag C-23/93, TV10, Sml. I, s. 4795, og af 10.5.1995, sag C-384/93, Alpine Investments, Sml. I, s. 1141, præmis 21.

43 — Dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 37, og af 3.10.2000, sag C-58/98, Corsten, Sml. I, s. 7919, præmis 33. Jf. desuden dom af 13.7.2004, sag C-429/02, Bacardi France, Sml. I, s. 6613, præmis 31.

udbydere etableret i andre medlemsstater. Fri udveksling af tjenesteydelser indgår også i »den grundlæggende status for medlemsstaternes statsborgere«⁴⁴, som er fastsat ved unionsborgerskabet, og udgør den tværnationale dimension heraf.

56. For at nå dette mål er medlemsstaterne forpligtet til at tage hensyn til virkningerne af de foranstaltninger, de indfører for at regulere deres nationale marked, på tjenesteudbydere, der er etableret i andre medlemsstater, i udøvelsen af deres ret til fri udveksling af tjenesteydelser. Inden for disse rammer er det ikke kun forskelsbehandling på grund af nationalitet, der er forbudt, men også forskelsbehandling, som medfører øgede omkostninger ved udøvelsen af tværnational virksomhed eller hindrer tjenesteudbydere, der er etableret i andre medlemsstater, adgang til det nationale marked⁴⁵.

57. Vurderingen af de fire friheder må anlægges inden for de samme rammer. Vedrørende fri udveksling af varer kritiserede Domstolen i dommen i sagen *Deutscher Apothekerverband*⁴⁶ en national foranstaltning, fordi den udgjorde en større hindring for apoteker uden for Tyskland end for apoteker på tysk område og således fratog

de førstnævnte et vigtigt middel til at få adgang til det tyske marked. I dommen i sagen *CaixaBank France*⁴⁷, som vedrørte etableringsfrihed, blev kriteriet vedrørende adgang til markedet ligeledes fremført. Et lignende *règlement* blev anvendt vedrørende tjenesteydelser i *Alpine Investments-dommen*⁴⁸. Det er også blevet fastslået, at en national lovgivning, der behandler kapitalindkomst, der ikke hidrører fra Finland, mindre fordelagtigt end udbytte, der udbetales af selskaber, der er hjemmehørende i Finland, udgør en restriktion for den frie bevægelighed for kapital⁴⁹.

58. Den fælles linje, der er lagt ved disse domme, er tilsyneladende, at enhver national politik, der medfører en mindre gunstig behandling af tværnationale situationer end af rent nationale situationer, udgør en restriktion, der hindrer den frie bevægelighed⁵⁰. Når der ses bort fra dette forbehold, bevarer medlemsstaterne friheden til at regulere erhvervsvirksomhed på deres område, idet udøvelsen af de frie bevægeligheder ikke har til formål at medføre harmonisering af lovgivningen⁵¹.

44 — Dom af 20.9.2001, sag C-184/99, *Grzelczyk*, Sml. I, s. 6193.

45 — Jf. punkt 37-40 i mit forslag til afgørelse af 7.4.2005 i sagen *Marks & Spencer* (dom af 13.12.2005, sag C-446/03, Sml. I, s. 10837).

46 — Dom af 11.12.2003, sag C-322/01, Sml. I, s. 14887, præmis 74.

47 — Dom af 5.10.2004, sag C-442/02, Sml. I, s. 8961, præmis 12.

48 — I dommens præmis 38 anføres, at det pågældende forbud »påvirker [...] adgangen til at udføre tjenesteydelser i de andre medlemsstater«. I punkt 59 i forslaget til afgørelse i sagen *Bacardi France* bemærkede generaladvokat Tizzano, at restriktionen af den frie udveksling af tjenesteydelser hidrører fra det forhold, at de pågældende franske regler »udgør en direkte hindring [...] for så vidt angår adgang til markedet«.

49 — Dom af 7.9.2004, sag C-319/02, *Manninen*, Sml. I, s. 7477, præmis 23.

50 — Jf. forslaget til afgørelse i *Marks & Spencer*-sagen.

51 — Jf. punkt 28 i generaladvokat Tesauros forslag til afgørelse i sagen *Hünermund m.fl.* (dom af 15.12.1993, sag C-292/92, Sml. I, s. 6787), og punkt 60 i generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse i *CaixaBank France*-sagen.

59. Mindre gunstig behandling af tværnationale situationer kan antage forskellige former. Den kommer ofte til udtryk som en hindring af adgangen til det nationale marked, hvad enten det sker ved at beskytte positioner, der er opnået på markedet, eller gør det vanskeligere for tværnationale tjenesteudbydere at deltage på markedet. Jeg finder det hensigtsmæssigt at undersøge den for hovedsagen relevante italienske lovgivning på baggrund af dette kriterium.

60. Selv om den advokatsalærtarif, der er indført ved den pågældende lovgivning, finder anvendelse uden forskel for advokater, der er etableret i Italien, og advokater etableret i andre medlemsstater, som ønsker at udbyde tjenesteydelser i Italien, medfører den i flere tilfælde restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser, således at de sidstnævnte advokater bringes i en mindre gunstig stilling end de italienske advokater.

61. Jeg kan indledningsvis konstatere, at der ved udarbejdelsen af tariffen udelukkende er taget hensyn til italienske advokaters situation og ikke til de tværnationale situationer⁵². Jeg skal derfor undersøge, om de kriterier, som er anvendt ved fastsættelsen af salærene, gælder specifikt for advokater, der er etableret i Italien, eller om de gælder for advokater, der er etableret i andre medlemsstater. Der er faktisk en risiko for, at visse bestemmelser i tariffen kan medføre restriktioner, der hindrer den frie bevægelighed.

Det drejer sig først og fremmest om de mindstesalærer og maksimumssalærer, der er fastsat heri. Jeg skal også nævne andre bestemmelser i tariffen, da disse også kan skabe vanskeligheder med hensyn til princippet om fri udveksling af tjenesteydelser. For at fastslå, om de indskrænker den frie udveksling af tjenesteydelser, skal jeg undersøge hver enkelt af disse bestemmelser og deres virkning på tværnationale situationer.

a) De i tariffen fastsatte mindstesalærer

62. Udgør de mindstesalærer, der er fastsat i tariffen, en indskrænkning af den frie udveksling af tjenesteydelser for advokater, der er etableret uden for Italien?

63. Det fremgår af en allerede ældre retspraksis, at statslige prisordninger, der indeholder et forbud mod salg under en minimumspris, »ikke i sig selv er foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner, men kan fremkalde en sådan virkning, når priserne ligger på et sådant niveau, at de indførte varer bliver stillet ugunstigt i forhold til tilsvarende indenlandske varer, enten fordi de ikke vil kunne afsættes med fortjeneste under de fastsatte

52 — Dom af 29.1.1985, sag 231/83, Cullet, Sml. s. 305, og af 19.3.1991, sag C-249/88, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 1275, præmis 10.

vilkår, eller fordi en konkurrencefordel, som skyldes lavere kostpriser, bliver udlignet»⁵³.

64. Domstolen overførte i CaixaBank France-dommen dette ræsonnement vedrørende frie varebevægelser til den frie etableringsret. Domstolen fastslog, at den franske lovgivning, som indeholder et forbud mod forrentning af indlån på anfordringskonti, udgjorde »en alvorlig hindring for, at selskaber [...] kan udøve deres virksomhed [...] hvilket påvirker deres markedsadgang«, da den fratager udenlandske selskaber muligheden for at »konkurrere på en effektiv måde med de traditionelle kreditinstitutter i etableringsstaten«⁵⁴. På samme måde bør man hvad angår fri udveksling af tjenesteydelser sikre, at konkurrencefordelen for advokater, der er etableret uden for Italien, ikke ophæves på grund af lovgivningen i denne medlemsstat. Sammenligningen skal foretages mellem situationen for advokater, der er etableret i andre medlemsstater, og deres kollegaer etableret i Italien.

65. De mindstesalærer, der er fastsat i tariffen, hindrer advokater, der er etableret i en anden medlemsstat end Den Italienske Republik, at tilbyde juridiske tjenesteydelser i

denne stat til et salær, der er lavere end mindstesalærene, selv om de havde mulighed herfor, f.eks. fordi de var specialiseret inden for et bestemt område⁵⁵. Denne diskriminerende virkning af mindstesalærene forstærkes af det forhold, at niveauet følger af den tarif, der er udarbejdet af CNE, som udelukkende består af italienske advokater, og, som den italienske regering erkendte i retsmødet, kun tager hensyn til de nationale advokaters omkostninger⁵⁶. Mindstesalærene udgør derfor en restriktion, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser, idet de ophæver konkurrencefordelen for advokater, der er etableret uden for Italien. I modsætning til hvad den tyske regering har anført, ændres dette ikke af det forhold, at advokater ikke kun konkurrerer på prisen, men også på kvaliteten af de præsterede ydelser. Italienske borgere, der ønsker at gøre brug af tjenester præsteret af en advokat, der er etableret i en anden medlemsstat, afskæres som følge heraf fra muligheden for at drage fordel af det fælles marked, da de ikke har adgang til juridiske tjenesteydelser til en lavere pris end den, der er fastsat ved den italienske tarif, selv om de kan opnå disse ydelser i en anden medlemsstat.

b) Maksimumsalærene i tariffen

66. Den pågældende tarif vedrører ligeledes maksimumsalærer, som advokater, der ud-

53 — Dom af 13.11.1986, forenede sager 80/85 og 159/85, Edah, Sml. s. 3359, præmis 11. Jf. ligeledes dom af 26.2.1976, sag 65/75, Tasca, Sml. s. 291, af 24.1.1978, sag 82/77, Van Tiggele, Sml. s. 25, Cullet-dommen, præmis 23, og dom af 7.5.1991, sag C-287/89, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2233, præmis 17.

54 — CaixaBank France-dommen, præmis 12 og 13. Jeg gør opmærksom på, at selv om Keck og Mithouard-dommen fandt anvendelse vedrørende etableringsretten, var resultatet det samme, da der under alle omstændigheder er tale om en reel forskelsbehandling, som gjorde begrebet »samhandel« irrelevant (dommens præmis 16).

55 — Jf. punkt 48 i generaladvokat Albers forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Italien (dom af 29.5.2001, sag C-263/99, Sml. I, s. 4195).

56 — Der tages f.eks. ikke hensyn til, at udenlandske advokater kan have lavere faste omkostninger.

øver virksomhed i Italien, ikke må overskride, uanset hvor de er etableret.

67. Prisordninger med maksimumspriser er allerede behandlet i retspraksis. Det følger heraf, at når en maksimumspris medfører, at fortjenstmargenen reduceres for importører, som fra denne pris skal fratrække deres importomkostninger, er den i strid med den frie bevægelighed for varer⁵⁷. Kritikken af maksimumspriserne udtrykkes i generelle vendinger. Det fastslås, at der er tale om en restriktion af den frie bevægelighed, »når priserne ligger på et [sådan] niveau, at afsætningen af importerede varer enten bliver umulig eller vanskeligere end afsætningen af indenlandske varer«⁵⁸.

68. Dommen i sagen AMOK⁵⁹, som den tyske regering henviste til i retsmødet for at tilbagevise, at tariffen medførte en restriktion, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser, er ikke relevant i denne sag. I denne dom behandlede Domstolen en tysk proces-

suel regel, hvorved den erstatning af advokatudgifter, som blev afgjort af den nationale domstol, blev fastsat på samme niveau som udgifterne til advokater etableret i Tyskland. I modsætning til nærværende lovgivning er den tyske tarif ikke til hinder for, at udenlandske advokater og deres klienter frit kan fastsætte salærets størrelse⁶⁰.

69. Der kan opstå ekstra omkostninger for advokater, der er etableret i en anden medlemsstat og præsterer tjenesteydelser i Italien, om ikke andet så i form af rejseudgifter i forbindelse med møder med deres klienter, eller når de fører en sag ved en italiensk domstol⁶¹. Maksimumssalærene fastsættes imidlertid kun i forhold til situationen for advokater, der er etableret i Italien. Som følge heraf reducerer disse salærer fortjenstmargenen for advokater, der er etableret uden for Italien, i forhold til advokater etableret i Italien. Såfremt dette er tilfældet, udgør fastsættelsen af maksimumssalærer ved tariffen en restriktion, der hindrer tværnational udveksling af juridiske tjenesteydelser.

70. Desuden kan tariffens øvre grænse også udgøre en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser ved at forhindre, at kvaliteten af de tjenester, som præsteres af advokater etableret i andre medlemsstater end Italien,

57 — Dom af 5.6.1985, sag 116/84, Roelstraete, Sml. s. 1705, præmis 21, og dommen af 19.3.1991 i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 7.

58 — Dommen af 19.3.1991 i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 15. I dom af 29.11.1983, sag 181/82, Roussel Laboratoria m.fl., Sml. s. 3849, præmis 21 og 23, behandlede Domstolen en prisordning, hvorefter importerede varer og lokalt fremstillede varer var omfattet af en særlig ordning, hvor prisen på de importerede varer blev fastsat efter et kriterium, der havde forskellig betydning fra den ene produktionsmedlemsstat til den anden på grund af lovbestemmelser og økonomiske forhold hvad angår prisdannelse. Domstolen fastslog, at afsætningen af importerede varer stilles mindre fordelagtigt eller gøres vanskeligere, hver gang det prisniveau, som bestemmelserne i indførselsmedlemsstaten henviser til, for så vidt angår varer fra andre medlemsstater er lavere end det prisniveau, der gælder for nationale produkter.

59 — Dom af 11.12.2003, sag C-289/02, Sml. I, s. 15059.

60 — Punkt 46 i generaladvokat Mischos forslag til afgørelse i AMOK-sagen.

61 — If. punkt 44 i forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Italien (dom af 29.5.2001).

honoreres korrekt, således at advokater, som kræver høje salærer, afholder sig fra at præstere tjenesteydelser i Italien.

fastsat i tariffen, udgøre en restriktion, der hindrer deres frie udveksling af tjenesteydelser, idet den medfører øgede omkostninger for disse.

c) Andre potentielle indskrænkninger af den frie udveksling af tjenesteydelser som følge af forbuddet mod at fravige tariffen

71. I henhold til ministerialdekretet, både dekretet af 1990 og dekretet af 1994, skal advokater, der udøver virksomhed i Italien, fakturere deres tjenester på grundlag af den udtømmende liste over juridiske tjenester, som indgår i tariffen. De kan således i princippet ikke fastsætte salæret ved andre metoder, f.eks. på grundlag af den tid, hver enkelt medarbejder har brugt på at behandle sagen, ud fra dennes grad af ekspertise. Disse to systemer giver imidlertid klienten mulighed for at forstå det beløb, der skal betales som salær, og bidrager ligeledes til at begrænse asymmetrien i informationen mellem advokat og klient. Under alle omstændigheder vil et krav om, at advokater, der er etableret uden for Italien, og som udnytter deres ret til at præstere tjenesteydelser i Italien, fakturerer deres salær på grundlag af de kategorier af tjenesteydelser, der er fastsat i tariffen, medføre en øget omkostning for disse. Hvis de normalt anvender et andet faktureringsystem, må de opgive dette, i hvert fald hvad angår ydelser, der er præsteret i Italien. Derfor kan den forpligtelse, som advokater etableret i andre medlemsstater, der præsterer tjenesteydelser i Italien, har til at fakturere deres arbejde på grundlag af de kategorier af tjenesteydelser, der er

72. Artikel 15 i ministerialdekretet af 1994 om tvister ved en handelsdomstol, civil domstol eller administrativ domstol⁶², i henhold til hvilken advokater kan fakturere deres omkostninger til en fast procentsats på 10% af deres salærer og retsafgifterne, tager ikke hensyn til de forskellige faktiske omstændigheder⁶³. Bestemmelsen tager ikke de tværnationale situationer i betragtning, hvor de afholdte omkostninger eventuelt kan overskride den faste andel. Der er således risiko for, at bestemmelsen er ufordelagtig for advokater, der udøver deres frihed til at præstere tjenesteydelser i Italien.

73. Fastsættelsen af resultatbaserede salærer er også omfattet af ministerielt dekret af 1990, som finder anvendelse på tvister ved en handelsdomstol, civildomstol eller administrativ domstol, idet det i artikel 5, stk. 3, bestemmes, at sådanne honorarer højst må udgøre to gange maksimumstariffen⁶⁴. Ved denne bestemmelse forhindres udenlandske

62 — De tilsvarende artikler er artikel 11 for udenretslige tvister og artikel 8 for tvister ved en straffedomstol.

63 — Den faste procentsats er forhøjet til 15% ved ministerielt dekret af 2004.

64 — Denne grænse blev forhøjet til fire gange maksimumssalæret i 1994, og fra 2004 kræves forhåndsgodkendelse fra CNF.

advokater, som præsterer tjenesteydelser i Italien, i frit at fastsætte de salærer, som klienterne skal betale. Advokater, der er etableret i andre medlemsstater, frtages således et særdeles effektivt middel til at komme ind på det italienske marked⁶⁵.

mindstesalærer, skal jeg først behandle dette spørgsmål.

74. Mens advokater, der er etableret i Italien, kan fordele omkostningerne inden for deres kontor på grundlag af de salærer, der er fastsat i tariffen, er det generelt set ikke muligt for advokater etableret i andre medlemsstater at organisere sig på grundlag af den italienske tarif, da de i sagens natur kun udøver en del af deres virksomhed i Italien.

2. Eventuel begrundelse af restriktionen, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser, som følge af fastsættelsen af mindstesalærer

75. I alle disse tilfælde udgør advokatsalærtariffen en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser på det italienske marked for advokater, der er etableret i andre medlemsstater. Således udgør lovdekretet tilsyneladende en restriktion, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser i artikel 49 EF's forstand, og jeg skal nu undersøge, om denne restriktion er begrundet. Der er ikke fremført nogen argumenter vedrørende artikel 46, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 55 EF⁶⁶, hvorfor jeg alene skal behandle en begrundelse baseret på tvingende almene hensyn. Da intervenienterne har koncentreret deres argumenter om spørgsmålet om

76. Roberto Meloni og den italienske og tyske regering har i deres skriftlige indlæg samt i retsmødet fremført argumenter for at begrunde indskrænkningen af den frie udveksling af tjenesteydelser som følge af fastsættelsen af mindstesalærer i den i hovedsagen omhandlede italienske lovgivning. Deres begrundelser omfatter to aspekter.

a) Princippet om adgang til domstolsprøvelse

77. Roberto Meloni og den tyske regering har henvist til princippet om adgang til domstolsprøvelse og til respekten for retten til kontradiktion som et tvingende alment hensyn. Roberto Meloni har henvist til artikel 6 i den europæiske menneskerettighedskonvention (EMRK) samt artikel 24 i den italienske forfatning.

65 — CaixaBank France-dommen.

66 — I dom af 21.6.1974, sag 2/74, Reyners, Sml. s. 631, afviste Domstolen den opfattelse, at advokater deltager i udøvelsen af offentlig myndighed i artikel 45 EF's forstand.

78. Retten til domstolsprøvelse er anerkendt som et grundlæggende EF-retligt princip⁶⁷. Domstolen har fastslået, at denne ret også kan omfatte retten til, i kriminalretlige sager, at lade en advokat varetage sine interesser⁶⁸. Artikel 47, stk. 2 og 3, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder⁶⁹ fastsætter desuden, at »enhver skal have mulighed for at blive rådgivet, forsvaret og repræsenteret. Der ydes retshjælp til dem, der ikke har tilstrækkelige midler, hvis en sådan hjælp er nødvendig for at sikre effektiv adgang til domstolsprøvelse«.

79. Den tyske regering har anført, at hvis mindstesalærerne blev fjernet, ville salærerne blive beregnet på grundlag af den tid, der var brugt på sagen, hvilket ville indebære, at salærerne for erstatningssager vedrørende et mindre beløb ville være for høje i forhold til tvistens værdi. Et sådant system ville være uforholdsmæssigt for personer, der har en lav

indkomst. Den tyske regering forklarede i retsmødet, at mindstesalærer for sager, der vedrører et mindre beløb, kunne fastsættes til under kostprisen, men at der var mulighed for at kompensere dette med de mindstesalærer, der gælder i andre sager.

80. Det fremgår dog ikke klart, hvorledes fastsættelsen af mindstesalærer bidrager til at sikre lige adgang til domstolsprøvelse for alle borgere. Hvis dette var formålet med den i hovedsagen omhandlede italienske lovgivning, ville det tværtimod, som Kommissionen påpegede i retsmødet, være tilstrækkeligt blot at fastsætte maksimumssalærer for at undgå, at niveauet for salærerne ikke lå over en bestemt grænse. I øvrigt kan jeg heller ikke se nogen klar sammenhæng i den pågældende lovgivning mellem fastsættelse af mindstesalærer og muligheden for, at advokater kan opretholde et rimeligt niveau af vederlag ved at kompensere for de omkostninger, de ikke får dækket i nogle sager, med de salærer, de modtager i andre sager. Jeg mener, at den tyske regerings begrundelse i denne henseende er rent teoretisk. Under disse omstændigheder forekommer indførelsen af mindstesalærer for tjenester, der er præsteret af advokater, ikke at være egnet til at opnå det legitime formål at garantere alle borgere adgang til domstolsprøvelse. Spørgsmålet, om det fremmer lige adgang til domstolsprøvelse, er mere kompliceret. Dette spørgsmål vedrører den anden begrundelse, som jeg har anført, og som vedrører advokaterhvervets korrekte funktion.

67 — Dom af 15.5.1986, sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651, præmis 17-19.

68 — Dom af 28.3.2000, sag C-7/98, Krombach, Sml. I, s. 1935, præmis 39. I henhold til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol omfatter denne rettighed civile sager. I sin dom af 21.2.1975, Golder mod Det Forenede Kongerige, serie A, nr. 18, fastslog den, at det udgjorde en tilsidesættelse af retten til domstolsprøvelse, som er beskyttet ved artikel 6 i den europæiske menneskerettighedskonvention, at nægte en arrestant, som ønskede at rejse en civil retssag, adgang til en advokat.

69 — Offentliggjort i Nice den 7.12.2000, EFT C 364, s. 1. Jf. desuden Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning af artikel 6, stk. 1, i EMRK. I dom af 9.10.1979, Airey mod Irland, serie A, nr. 32, præmis 26, vurderede Menneskerettighedsdomstolen, at denne artikel undertiden kan medføre, at en stat er forpligtet til at sørge for advokatbistand, når dette er nødvendigt for at sikre effektiv adgang til domstolsprøvelse.

b) Advokaterhvervets korrekte funktion

81. Den italienske regering har ligeledes baseret sine argumenter på de indskrænkninger af organiseringen af advokaterhvervet, som er nævnt i præmis 97 og 122 i dommen i sagen Wouters m.fl. Det fremgår heraf, at målet »at fastsætte regler om organisations-tilknytning, kvalifikationer, faglig etik, kontrol og ansvar, som giver de endelige forbrugere af juridiske tjenesteydelser den nødvendige garanti for advokatens vandel og erfaring og for en ordnet retspleje«, kan begrunde en restriktion af den frie udveksling af tjenesteydelser⁷⁰.

82. Selv om medlemsstaterne frit kan organisere deres retsplejesystem og procesret⁷¹ samt fastsætte vilkårene for udøvelsen af advokaterhvervet⁷², kan de dog ikke gå uden for fællesskabsrettens rammer. Dette er årsagen til, at de skal påvise, hvorledes fastsættelsen af mindstesalærer er egnet til at sikre erhvervets korrekte funktion.

83. Hovedargumentet, som i retsmødet blev fremført af både den italienske og den tyske regering, vedrører risikoen for, at hård konkurrence mellem advokater vil indebære konkurrence på prisen, hvilket medfører en forringet kvalitet af de ydelser, som præsteres, til skade for forbrugerne. Denne risiko vil være endnu større i betragtning af, at markedet for juridiske tjenesteydelser kendetegnes ved asymmetrisk information mellem advokater og forbrugere, da de sidstnævnte ikke har de nødvendige parametre til at vurdere kvaliteten af de ydelser, der er ydet dem⁷³.

84. Den italienske regering har tilføjet, at selve det forhold, at der findes mindstepriser, gør det muligt at sikre en adskillelse af advokaternes interesser fra klienternes. At præstere ydelser af dårlig kvalitet til en lav pris kan være i advokatens interesse, men vil i sidste ende ikke være i klientens interesse. Den italienske regering har også henvist til nødvendigheden af at bevare advokaterhvervets værdighed, som gør det nødvendigt at fastsætte et mindsteløb for deres salærer. Hvad det sidstnævnte argument angår har regeringen ikke forklaret, hverken hvorledes denne foranstaltning er egnet til at beskytte advokaterhvervets værdighed, eller hvorfor en sådan foranstaltning kun er nødvendig for dette erhverv og ikke for andre liberale erhverv.

70 — Jf. desuden Van Binsbergen-dommen, dom af 25.2.1988, sag 427/85, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 1123, og af 12.12.1996, sag C-3/95, Reisebüro Broede, Sml. I, s. 6511.

71 — Dom af 15.12.1971, forenede sager 51/71-54/71, International Fruit Company m.fl., Sml. s. 1107, og af 8.11.2005, sag C-443/03, Lefiller, Sml. I, s. 9611, præmis 49.

72 — Dom af 12.7.1984, sag 107/83, Klopp, Sml. s. 2971, præmis 17, Reisebüro Broede-dommen, præmis 37, dommen i sagen Wouters m.fl., præmis 99, og Mauri-kendelsen.

73 — Jf. vedrørende den asymmetriske information, som kendetegner markedet for liberale tjenesteydelser, forslaget til afgørelse i Arduino-sagen, punkt 112, og forslaget til afgørelse i sagen Pavlov m.fl., punkt 85.

85. Selv om Domstolen ikke har behandlet netop dette punkt i Arduino-dommen, rejste generaladvokat Léger i sit forslag til afgørelse spørgsmålet, om man kan begrunde indførelsen af mindstesalærer i sikringen af kvaliteten af de ydelser, som præsteres af advokaterne. I punkt 117 i forslaget til afgørelse udtrykte han sin tvivl således: »Det er svært at se, hvorledes en ordning med bindende priser skulle forhindre advokaterne i at tilbyde ydelser af middelmådig kvalitet, hvis deres kvalifikationer, kompetence eller moralske habitus er mangelfulde.«

86. Generaladvokat Légers tvivl deles af den økonomiske litteratur, i henhold til hvilken det på ingen måde er påvist, at en afskaffelse af mindstesalærer nødvendigvis ville føre til en forringet kvalitet af de juridiske tjenester, der præsteres⁷⁴. Da den tyske regering ikke har kunnet fremlægge beviser, har den forsøgt at påberåbe sig en »negativ årsagsforbindelse«, som den mener følger af den kendsgerning, at der ikke længere er garanti for ydelsernes kvalitet, når salærene ligger under et vist beløb. Dette ville imidlertid forudsætte, at kvaliteten er garanteret, når salærene ligger over et vist beløb. Dette er i sig selv heller ikke tilstrækkeligt til at begrunde fastsættelsen af mindstesalærer. Det må påvises, at det automatisk ville

medføre en forringet kvalitet af de juridiske tjenesteydelser, hvis mindstesalærene blev afskaffet.

87. For at den begrundelse, som den italienske regering har fremført, kan kompensere den restriktion med hensyn til den frie udveksling af tjenesteydelser, som den i hovedsagen omhandlede lovgivning medfører, må der påvises en direkte forbindelse mellem denne lovgivning og advokaterhvervets korrekte funktion. Lovgivningens diskriminerende virkning, fordi mindstesalærene er beregnet på grundlag af de materielle omstændigheder, som de nationale advokater befinder sig i, og henset til, at CNF i væsentlig grad har medvirket i udarbejdelsen af denne foranstaltning, gør forpligtelsen til at begrunde foranstaltningen endnu større. Selv om det er et legitimt formål at sikre erhvervets korrekte funktion, har den italienske regering imidlertid ikke påvist, hvorledes fastsættelsen af mindstesalærer er egnet til at nå dette mål. Selv om der allerede er en stor forskel mellem de laveste og de højeste salærer, er dette ikke et incitament til at præstere juridiske tjenesteydelser af ringe kvalitet til lave priser. Den Italienske Republik har ikke påvist, at der er en sammenhæng mellem salærernes størrelse og kvaliteten af de ydelser, der præsteres, og navnlig at ydelser til en lav pris vil være af dårligere kvalitet. Denne konklusion styrkes yderligere, hvis man tager situationen i de medlemsstater, som ikke har en pris-kontrolordning, i betragtning. Advokatsalærene er tilsyneladende baseret på en række faktorer: graden af specialisering, intern

74 — J. Kwoka, »The Federal Trade Commission and the professions: a quarter century of accomplishments and some new challenges«, *Antitrust Law Journal*, 2005, s. 997.

organisering, stordriftsfordele og ikke kun eller overvejende på grundlag af kvaliteten af de præsterede tjenesteydelser.

88. Under alle omstændigheder har den italienske regering ikke undersøgt, om der findes et alternativ, der er mindre restriktivt end denne foranstaltning med hensyn til den frie udveksling af tjenesteydelser⁷⁵. Jeg skal det første understrege, at kvaliteten kan kontrolleres ved hjælp af andre foranstaltninger end, at de offentlige myndigheder fastsætter salærerne, hvis man vil sikre advokaterhvervets korrekte funktion ved at begrænse asymmetrisk information mellem advokat og klient. Kommissionen har nævnt tre sådanne foranstaltninger. Kontrol af adgang til advokaterhvervet ved hjælp af strenge udvælgelseskriterier kunne være én måde. At give advokaternes klienter bedre mulighed for at bestride salærernes størrelse er en anden mulighed. Endelig ville en streng overholdelse af de disciplinære regler afholde advokaterne fra over for deres klienter at udvise en adfærd, som er i strid med erhvervets fagets kodeks.

89. I denne henseende er det korrekt, at det ikke er en afgørende faktor, at der i de fleste medlemsstater og i mange tredjelande ikke

findes mindstesalærer for juridiske tjenesteydelser, der udføres af advokater⁷⁶. Den italienske og den tyske regering har med rette herimod indvendt, at dette ville indebære en ophævelse af deres frihed til at fastlægge organisationsformerne for det juridiske erhverv i deres nationale ret. Imidlertid kan erfaringerne fra andre medlemsstater, i mangel af et klart bevis på den risiko, som Den Italienske Republik og Forbundsrepublikken Tyskland har gjort opmærksom på, til en vis grad rejse tvivl om, hvorvidt der består en årsagssammenhæng mellem fastsættelsen af mindstesalærer og den højeste kvalitet af de ydelser, der præsteres.

90. Den tyske regering har også forsøgt at fremstille reglen om mindstesalærer som en del af et mere omfattende system. Den har anført, at de salærer, som betales advokaterne, skal ses i sammenhæng med betalingen af sagsomkostningerne, således at de giver forbrugeren mulighed for på forhånd at kende sagens omkostninger. Den har herved henvist til AMOK-dommen, hvor Domstolen behandlede en tysk regel om, at salærer, der blev betalt af den part, som havde tabt sagen, ikke kunne overskride den tarif, som var gældende for advokater etableret i Tyskland. Selv om indførelsen af et loft, som det var tilfældet i den tyske regel, der er omhandlet i AMOK-sagen, gør det muligt at styrke

75 — Jf. dom af 15.11.2005, sag C-320/03, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9871, præmis 87-89. I denne sag burde Republikken Østrig for at bevise, at der ikke var foranstaltninger med mindre restriktive virkninger med hensyn til den frie bevægelighed for varer end et forbud mod kørsel med tunge lastbiler, have undersøgt, om der var alternative løsninger, inden denne foranstaltning blev vedtaget.

76 — I meddelelse fra Kommissionen — Rapport om konkurrencen inden for de liberale erhverv, af 9.2.2004 (KOM(2004) 83 endelig, s. 13), angives Republikken Østrig, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Italienske Republik som medlemsstater, der stadig har priskontrol (mindstepriser og prislofter) hvad angår advokatsalærer.

retssikkerheden i betydelig grad, kan man imidlertid ikke drage en lignende konklusion af en regel om fastsættelse af mindstesalærer, da advokater i sagens natur kan fastsætte deres salærer over dette beløb. For at opfylde dette krav vil det være mindre restriktivt at kræve, at forbrugeren på forhånd informeres om, hvilken metode der anvendes til at beregne de salærer, han skal betale. Den asymmetriske information vil således blive opvejet af fremgangsmåder, der er mindre restriktive med hensyn til fri udveksling af tjenesteydelser end fastsættelsen af mindste-beløb.

visse betingelser kan give juridisk rådgivning, uden at de er bundet af mindstesalærerne, forekommer det ikke berettiget at opretholde dem til denne form for tjenesteydelser. Den manglende sammenhæng, der følger af, at der på det samme marked er aktører, som skal anvende mindstesalærer, og aktører, som ikke er forpligtet hertil, er til hinder for, at den restriktion, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser, kan anses for at være begrundet i hensyn til kvaliteten af de tjenesteydelser, som ydes brugerne heraf.

91. Den tyske regering har i sit skriftlige indlæg tilføjet, at forbuddet mod at fravige mindstesalærerne sikrer en enkel og effektiv anvendelse af princippet om erstatning af sagsomkostninger. Hvis advokaterne kan fastsætte salærer, der ligger under en minimumstærskel, risikerer dette at føre til, at den tabende part i sidste instans vil betale et højere beløb end det beløb, som den vindende part har betalt, hvilket ville gøre bevisførelsen på området mere kompliceret. Jeg skal hertil alene bemærke, at afskaffelsen af mindstesalærer givetvis ikke ville få den konsekvens, som den tyske regering har beskrevet, men ville medføre en reduktion af de omkostninger, som den tabende part skal betale, da man ikke kan kræve, at denne part erstatter et beløb, som den anden part ikke har afholdt.

92. Selv om der var en sammenhæng mellem mindstetaksterne og de præsterede tjenesteydelsers kvalitet, kan disse takster ikke gælde for alle juridiske tjenesteydelser. Eftersom personer, der ikke er advokater, på

93. På grundlag af det anførte foreslår jeg, at Domstolen fastslår, at den restriktion af den frie udveksling af tjenesteydelser, som følger af fastsættelsen af mindstesalærer, ikke kan begrundes i tvingende hensyn til almenvellet.

94. Endelig skal jeg yderligere behandle to forhold. Som jeg tidligere har anført, rejser den italienske lovgivning, der er omhandlet i hovedsagen, visse spørgsmål, fordi den indeholder bestemmelser ikke kun om mindstesalærer, men også om maksimumssalærer. Den nationale domstol har dog ikke omtalt det sidstnævnte aspekt. Hertil kommer, at en gennemgang af eventuelle begrundelser for maksimumsalærer er mere kompliceret og følsom end gennemgangen af mindstessalærer⁷⁷, og at dette punkt ikke er blevet

77 — Navnlig hvad angår deres konsekvenser for lige adgang til domstolsprøvelse.

drøftet. Jeg finder det derfor korrekt ikke at behandle denne del af den italienske lovgivning, da dette heller ikke er nødvendigt for at træffe afgørelse i tvisten i hovedsagen. Imidlertid giver forbuddet mod at fravige mindstesalærerne indirekte anledning til et forbud mod resultatbaserede salærer. Denne form for salærer kan være lavere end mindstesalærerne og ville således ikke være tilladt. Det er også korrekt, at ovennævnte ræsonnement tilsyneladende kan anvendes for disse salærers vedkommende, eftersom der ikke er nogen forbindelse mellem en lavere kvalitet af de tjenesteydelser, der er præsteret, og en godkendelse af resultatbaserede salærer. Hvad angår begrundelsen om adgang til domstolsprøvelse kan muligheden

for at fastsætte resultatbaserede salærer tværtimod forbedre denne ved at give parter, som ikke råder over finansielle midler, adgang til domstolsprøvelse, idet advokaterne bærer risikoen. I visse tilfælde er det endog det forhold, at der er resultatbaserede salærer, der gør det muligt at anlægge et kollektivt søgsmål. Under alle omstændigheder er gennemgangen af dette aspekt ikke afgørende for, at den nationale ret kan træffe afgørelse i den konkrete sag, og selv om spørgsmålet er uløseligt forbundet med spørgsmålet om mindstesalærer, mener jeg, at det, af de årsager, jeg har gjort rede for i forbindelse med maksimumssalærer, er mest fornuftigt ikke at tage stilling hertil.

IV — Forslag til afgørelse

95. På grundlag af det anførte foreslår jeg Domstolen at kende følgende for ret:

I sag C-202/04:

»Som det fremgår af dom af 19. februar 2002, Arduino (sag C-35/99, Sml. I, s. 1529), er artikel 81 EF, sammenholdt med artikel 10 EF, ikke til hinder for en national foranstaltning, hvorved der fastsættes en tarif for advokatsalærer, som den, der er omhandlet i hovedsagen, også vedrørende udenretslige tjenesteydelser, såfremt foranstaltningen har været underlagt effektivt statstilsyn, og den nationale domstols beføjelse til at fravige de i tariffen fastsatte beløb fortolkes i overensstemmelse med fællesskabsretten, således at den pågældende foranstaltnings konkurrencebegrænsende virkning begrænses.«

I sag C-94/04:

»Som det fremgår af Arduino-dommen, er artikel 81 EF, sammenholdt med artikel 10 EF, ikke til hinder for en national foranstaltning, hvorefter advokater og deres klienter ikke må fravige tariffen for advokatsalærer, som den, der er omhandlet i hovedsagen, såfremt foranstaltningen har været underlagt effektivt statstilsyn, og den nationale domstols beføjelse til at fravige de i tariffen fastsatte beløb fortolkes i overensstemmelse med fællesskabsretten, således at den pågældende foranstaltnings konkurrencebegrænsende virkning begrænses.

Artikel 49 EF er til hinder for en national foranstaltning, hvorved der fastsættes mindstebeløb for advokatsalærer, som den, der er omhandlet i hovedsagen.«