Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MACIEJA SZPUNARA
od 15. srpnja 2021.[1]

Predmet C-261/20

Thelen Technopark Berlin GmbH
protiv
MN

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud, Njemačka))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Direktiva 2006/123/EZ – Članak 15. – Naknade arhitekata i inženjera za usluge planiranja – Najniže i najviše tarife – Presuda Suda kojom se utvrđuje povreda obveze države članice – Proturječnost s Direktivom – Mogućnost pozivanja na odredbu prava Unije u okviru spora između pojedinaca – Sloboda poslovnog nastana – Članak 49. UFEU-a – Povelja Europske unije o temeljnim pravima – Članak 16. – Sloboda ugovaranja”

I. Uvod

1. U građanskoj parnici tužitelj zahtijeva od tuženika plaćanje naknade za izvršenu uslugu i potražuje iznos viši od onog koji su stranke utvrdile ugovorom. Svoj zahtjev temelji na odredbi nacionalnog prava kojom se predviđa da pružatelj usluge ima pravo na naknadu za određenu uslugu u iznosu najmanje jednakom najnižoj tarifi utvrđenoj odredbama nacionalnog prava. Međutim, navedena odredba nacionalnog prava protivna je Direktivi. Može li se tužba prihvatiti?

2. S tim se pitanjem suočio sud koji je uputio zahtjev u ovom predmetu. Njegova odluka ovisi o odluci Suda o tome može li nacionalni sud, prilikom ocjene osnovanosti tužbe pojedinca podnesene protiv drugog pojedinca, odbiti primjenu odredbe nacionalnog prava protivne Direktivi, u ovom slučaju Direktivi 2006/123/EZ[2], na kojoj se temelji tužbeni zahtjev.

[1] Izvorni jezik: poljski

[2] Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. o uslugama na unutarnjem tržištu (SL 2006., L 376, str. 36.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13., svezak 47., str. 160.)

II. Pravni okvir

A. Pravo Unije

3. U skladu s uvodnim izjavama 5., 6. i 64. Direktive 2006/123:

„(5) Potrebno je […] ukloniti zapreke slobodnom poslovnom nastanu za pružatelje usluga u državama članicama i zapreke slobodnom kretanju usluga između država članica, a primateljima i pružateljima usluga zajamčiti pravnu izvjesnost koja je nužna za stvarno uživanje ovih dviju temeljnih sloboda iz Ugovora. […].

(6) Ove se zapreke ne mogu ukloniti pouzdajući se isključivo u neposrednu primjenu članaka 43. i 49. Ugovora [danas članci 49. i 56. UFEU-a], budući da bi, s jedne strane, pojedinačno rješavanje slučajeva kroz prekršajne postupke protiv dotičnih država članica, posebno zbog proširenja, bilo iznimno kompliciranо za državne institucije i institucije Zajednice, dok, s druge strane, uklanjanje niza zapreka zahtijeva prethodno usklađivanje nacionalnih pravnih sustava, uključujući uspostavu administrativne suradnje. Kako su potvrdili Europski parlament i Vijeće, zakonodavni instrument Zajednice omogućava uspostavu pravog unutarnjeg tržišta usluga.

[…]

(64) Radi uspostave pravog unutarnjeg tržišta usluga potrebno je ukinuti sva ograničenja slobode poslovnog nastana i slobode kretanja usluga, koja su još uvijek zajamčena zakonima određenih država članica i koja nisu u skladu s člancima 43. i 49. Ugovora [danas članci 49. i 56. UFEU-a]. Ograničenja koja se trebaju zabraniti posebno utječu na unutarnje tržište usluga i trebaju se u najkraćem mogućem roku postupno ukinuti.”

4. Članak 2. stavak 1. te direktive glasi:

„Ova se Direktiva primjenjuje na usluge koje dostavljaju pružatelji s poslovnim nastanom u državi članici.”

5. Članak 15. te direktive glasi:

„1. Države članice ispituju predviđa li njihov pravni sustav neki od zahtjeva iz stavka 2. i osiguravaju da su svi takvi zahtjevi usklađeni s uvjetima iz stavka 3. Države članice prilagođavaju svoje zakone i druge propise da bi se uskladili s tim uvjetima.

2. Države članice ispituju je li u njihovom pravnom sustavu pristup ili izvođenje uslužne djelatnosti uvjetovano ispunjavanjem nekih od sljedećih nediskriminirajućih zahtjeva:

[…]

(g) fiksnih najnižih i/ili najviših tarifa s kojima se pružatelj usluge mora uskladiti;

[…]

3. Države članice provjeravaju da zahtjevi iz stavka 2. ispunjavaju sljedeće uvjete:

(a) nediskriminacije: zahtjevi ne smiju biti izravno ili neizravno diskriminirajući s obzirom na državljanstvo niti mjesto registriranog sjedišta za poduzeća;

(b) nužnosti: zahtjevi moraju biti opravdani [važnim razlozima u općem interesu];

(c) proporcionalnosti: zahtjevi moraju biti prikladni za sigurno ispunjenje postavljenog cilja; ne smiju prekoračiti ono što je nužno za ostvarivanje tog cilja i nije ih moguće zamijeniti drugim, manje strožim mjerama kojima se postiže isti rezultat.

[…]

5. U izvješću o međusobnom ocjenjivanju, predviđenom u članku 39. stavku 1., države članice navode sljedeće:

(a) zahtjeve koje namjeravaju zadržati te razloge na temelju kojih smatraju da ti zahtjevi ispunjavaju uvjete iz stavka 3.;

(b) zahtjeve koji su ukinuti ili ublaženi.

(6) Od 28. prosinca 2006. države članice ne smiju uvesti ni jedan novi zahtjev sličan onima iz stavka 2., osim ako spomenuti zahtjev ispunjava uvjete iz stavka 3.

[…].”

B. Njemačko pravo

6. U razdoblju relevantnom za spor u glavnom postupku, naknadu arhitekata i inženjera uređivao je Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (Uredba o naknadama arhitekata i inženjera) u verziji od 10. srpnja 2013. [3] (u daljnjem tekstu: HOAI).

7. Članak 1. HOAI-ja glasi kako slijedi:

„Ovom uredbom uređuje se izračun naknada za osnovne usluge arhitekata i inženjera sa sjedištem u Njemačkoj koje su obuhvaćene ovom uredbom i pružaju se s njemačkog državnog područja.”

8. U skladu s člankom 7. HOAI-ja:

„1. Naknade se temelje na pisanom sporazumu koji su ugovorne stranke sklopile kada je posao dodijeljen te moraju biti unutar najnižih i najviših iznosa predviđenih ovom Uredbom.

2. […]

3. U iznimnim se slučajevima najniže tarife utvrđene u HOAI-ju mogu sniziti, o čemu se mora sklopiti pisani sporazum.

4. […]

[3] (BGBl. I., str. 2276.

5. U nedostatku drugog pisanog sporazuma sklopljenog kada je posao dodijeljen, smatra se da su prihvaćene najniže tarife u skladu s odredbom stavka 1.

6. […]”

9. Erste Verordnung zur Änderung der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (Prva uredba o izmjeni pravila naknada arhitekata i inženjera) od 2. prosinca 2020.[4] izmijenila je članak 7. HOAI-ja. Izmjena je stupila na snagu 1. siječnja 2021. Od tog dana stavak 1. članka 7. HOAI-ja glasi:

„Naknade se temelje na pisanom sporazumu koji su sklopile ugovorne stranke. U nedostatku pisanog sporazuma o iznosu naknade, za osnovne usluge primjenjuju se osnovne tarife koje se utvrđuju u skladu s člankom 6.”

III. Činjenice, glavni postupak i prethodna pitanja

10. Osoba MN (tužitelj), koji vodi inženjerski ured, i Thelen Technopark Berlin GmbH (tuženik) sklopili su 2. lipnja 2016. inženjerski ugovor na temelju kojeg se tužitelj obvezao da će tuženiku pružati usluge za građevinski projekt u Berlinu. Stranke su se dogovorile da će za izvršene usluge tužitelj dobiti paušalnu naknadu u iznosu od 55 025 eura. Na temelju neizravnih računa koje je izdao tužitelj, tuženik mu je platio ukupan bruto iznos od 55 395,92 eura.

11. Nakon što je u srpnju 2017. otkazao inženjerski ugovor dopisom od 2. lipnja 2017., tužitelj je za usluge koje je izvršio izdao konačan račun na temelju najnižih tarifa u skladu s odredbama HOAI-ja. Uzimajući u obzir već izvršena plaćanja i iznos koji je zadržao kao jamstvo, podnio je zatim protiv tuženika tužbu za plaćanje preostale dugovane naknade u bruto iznosu od 102 934,59 eura uvećane za kamate i odvjetničke troškove u predsudskom postupku.

12. Tužbu su u većem dijelu prihvatili prvostupanjski i drugostupanjski sud. Revizijom koja je podnesena Bundesgerichtshofu (Savezni vrhovni sud, Njemačka) tuženik zahtijeva da se tužba odbije.

13. Sud koji je uputio zahtjev smatra da donošenje odluke o reviziji ovisi o odgovoru na pitanje primjenjuju li se odredbe članka 15. stavka 1., članka 15. stavka 2. točke (g) i članka 15. stavka 3. Direktive 2006/123 u sporu između pojedinaca na način da više ne treba primjenjivati odredbu HOAI-ja na kojoj se temelji tužbeni zahtjev. U slučaju potvrdnog odgovora, revizija će se prihvatiti. Dvojbe proizlaze iz sudske prakse Suda.

14. Naime, u presudi od 4. srpnja 2019., Komisija/Njemačka[5] Sud je presudio da je, zadržavanjem fiksnih tarifa arhitekata i inženjera za usluge planiranja predviđenih HOAI-em, Savezna Republika Njemačka povrijedila svoje obveze iz članka 15. stavka 1., članka 15. stavka 2. točke (g) i članka 15. stavka 3. Direktive 2006/123.

4 BGBl. I., str. 2636.

5 C-377/17, EU:C:2019:562

15. Nadalje, u rješenju od 6. veljače 2020. hapeg dresden[6] Sud je odlučio da članak 15. stavak 1., članak 15. stavak 2. točku (g) i članak 15. stavak 3. Direktive 2006/123 treba tumačiti na način da im se protivi nacionalna odredba u skladu s kojom je u ugovorima koji se sklapaju s arhitektima i inženjerima zabranjeno određivanje naknada koje su manje od najnižih tarifa iz HOAI-a.

16. U tim je okolnostima Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud, Njemačka) odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1. Proizlazi li iz prava Unije, osobito iz članka 4. stavka 3. UEU-a, članka 288. trećeg stavka UFEU-a i članka 260. stavka 1. UFEU-a da članak 15. stavak 1., članak 15. stavak 2. točka (g) i članak 15. stavak 3. Direktive 2006/123 […] ima izravni učinak u okviru sudskog postupka koji je u tijeku između pojedinaca tako da više ne treba primjenjivati nacionalne odredbe članka 7. HOAI-a koje se protive toj direktivi i u skladu s kojima su najniže tarife koje su u toj uredbi o naknadama utvrđene za usluge planiranja i nadzora koje pružaju arhitekti i inženjeri obvezujuće, osim u određenim iznimnim slučajevima, te u skladu s kojima sporazum o naknadi kojim se ide ispod najniže tarife nije valjan u ugovorima s arhitektima ili inženjerima?

2. U slučaju niječnog odgovora na prvo pitanje:

   (a) Je li u pogledu odredbe članka 7. HOAI-a o obvezujućim najnižim tarifama za usluge planiranja i nadzora koje pružaju arhitekti i inženjeri Savezna Republika Njemačka počinila povredu slobode poslovnog nastana u skladu s člankom 49. UFEU-a ili drugih općih načela prava Unije?

   (b) U slučaju potvrdnog odgovora na pitanje 2.(a): proizlazi li iz takve povrede da se u sudskom postupku koji je u tijeku između pojedinaca više ne mogu primjenjivati nacionalne odredbe o obvezujućim najnižim tarifama (u ovom slučaju: članak 7. HOAI-a)?”

17. U postupku pred Sudom pisana očitovanja podnijele su stranke u glavnom postupku, Kraljevina Nizozemska i Europska komisija. Osim tuženika u glavnom postupku, te su stranke bile zastupljene na raspravi održanoj 3. svibnja 2021.

IV. Analiza

18. Sud koji je uputio zahtjev u biti pita Sud proizlazi li iz prava Unije obveza da nacionalni sud pred kojim se vodi postupak između pojedinca izuzme iz primjene odredbu nacionalnog prava na kojoj tužitelj temelji svoj zahtjev, u ovom slučaju članak 7. HOAI-a (u daljnjem tekstu: sporna odredba), ako je ta odredba protivna Direktivi 2006/123. Dvojbe suda koji je uputio zahtjev proizlaze iz klasičnog problema prava Unije, a to je horizontalna primjena od strane nacionalnih sudova odredbi direktive koja nije prenesena ili je nepravilno prenesena nakon isteka roka za njezino prenošenje.

[6] C-137/18, neobjavljeno, EU:C:2020:84

19. U svojoj ću analizi kratko podsjetiti na stajalište Suda u pogledu učinka direktiva u odnosima između pojedinaca (dio A). Zatim ću navesti elemente glavnog postupka koje smatram ključnima u predmetu (dio B). Nadalje, razmotrit ću prijedlog Komisije o mogućnosti usklađenog tumačenja (dio C). Naposljetku ću provesti analizu osnova za eventualno izuzimanje iz primjene odredbe nacionalnog prava koja je protivna direktivi (dio D).

A. Horizontalni učinak direktive

20. Iz članka 288. trećeg stavka UFEU-a proizlazi da je direktiva, za razliku od uredbe, obvezujuća za svaku državu članicu kojoj je upućena. Stoga direktiva ne može sama po sebi stvarati obveze za pojedince te se zato protiv njih – načelno – nije moguće pozivati na nju [7].

21. To se naziva nedostatkom izravnog horizontalnog učinka direktive. Potonji se pojam koristi za opisivanje nedostatka učinka koji se sastoji od stvaranja prava i obveza za pojedince, kao i za opisivanje isključenja same mogućnosti primjene direktive u sporu između pojedinaca.

22. U tom kontekstu podsjećam da treba razlikovati pitanje horizontalnog učinka direktive od pitanja horizontalnog izravnog učinka odredbi primarnog prava i uredbi. U potonjem slučaju o horizontalnom učinku odredbi govorimo kada područje njihove primjene obuhvaća ponašanja pojedinaca (privatnih subjekata). Drugim riječima, riječ je o utvrđivanju toga jesu li prava ili obveze koje proizlaze iz tih odredbi upućeni izravno pojedincima. U tom kontekstu treba istaknuti da se, čak i ako te odredbe nisu upućene pojedincima, oni na njih mogu pozivati u sporu protiv drugog pojedinca. To se prije svega odnosi na pozivanje na takve odredbe kako bi se utvrdilo jesu li nacionalne odredbe koje se primjenjuju u određenom sporu u skladu s pravom Unije (odnosno nadzorom zakonitosti).

23. U slučaju isključenja izravnog horizontalnog učinka direktiva nastaje drugi problem. Naime, u sporu protiv pojedinca ne može se pozivati na odredbu direktive, neovisno o tome je li cilj tog pozivanja izravno utvrđivanje prava ili obveza koje proizlaze iz određene direktive ili ocjena usklađenosti nacionalnih propisa s pravom Unije (takozvani nadzor zakonitosti). U tom je smislu sporedno pitanje utvrđivanja jesu li konkretne odredbe određene direktive upućene pojedincima.

24. Međutim, isključenje izravnog horizontalnog učinka direktive ne znači da se u sporu između pojedinaca direktiva neće moći uzeti u obzir na način da se to prenese na pravnu situaciju drugog pojedinca. Sud je u svojoj sudskoj praksi naveo nekoliko situacija u kojima se to može dogoditi. Uzimajući u obzir predmet postupka i stajališta koja su iznijeli sudionici, ograničit ću se na četiri takve situacije.

25. Kao prvo, Sud je naveo da su nacionalni sudovi obvezni svoje nacionalno pravo tumačiti u skladu s direktivama (tzv. usklađeno tumačenje). U skladu s tim dužni su odredbe nacionalnog prava tumačiti u najvećoj mogućoj mjeri s obzirom na tekst i svrhu direktive o kojoj je riječ kako bi se ostvario njome propisani cilj [8]. Stoga pozivanje na direktivu pred sudom u svrhu usklađenog tumačenja može dovesti do njezina uzimanja u obzir u postupku primjene prava.

[7] Vidjeti osobito presude od 26. veljače 1986., Marshall (152/84, EU:C:1986:84, t. 48.); od 14. srpnja 1994., Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, t. 20.); od 5. listopada 2004., Pfeiffer i dr., (spojeni predmeti C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, t. 108.) i od 7. kolovoza 2018., Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, t. 42.).

[8] Vidjeti osobito presude od 10. travnja 1984., von Colson i Kamann (14/83, EU:C:1984:153, t. 26.); od 13. studenoga 1990., Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, t. 8.) i od 5. listopada 2004., Pfeiffer i dr., (spojeni predmeti C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, t. 113. i 114.).

26. Kao drugo, pozivanje na Direktivu o utvrđivanju postupka pružanja informacija u području tehničkih normi i propisa [9] u situaciji donošenja nacionalnih tehničkih propisa, uz povredu obveza država članica predviđenih Direktivom, može dovesti do izuzimanja iz primjene tih nacionalnih tehničkih propisa. Naime, povreda države članice dovodi do toga da se u sporovima između pojedinaca ne mogu primijeniti nacionalni tehnički propisi doneseni protivno navedenim obvezama s obzirom na to da predstavlja „bitnu povredu postupka” [10].

27. Kao treće, u slučaju nemogućnosti usklađenog tumačenja, nacionalni sud pred kojim se vodi postupak između pojedinaca dužan je izuzeti iz primjene nacionalnu odredbu protivnu direktivi kada to zahtijeva poštovanje općeg načela prava Unije, uključujući ono konkretizirano Poveljom Europske unije o temeljnim pravima [11]. Međutim, opravdanje za izuzimanje iz primjene nacionalnih odredbi u takvim slučajevima nije odredba direktive, nego opće načelo prava Unije konkretizirano odredbom direktive [12].

28. Kao četvrto, pozivanje na direktivu nije isključeno u takozvanoj trostranoj situaciji, odnosno situaciji u kojoj se posljedice spora koji se odnosi na direktivu i vodi se na vertikalnoj razini između pojedinca i države prenose na pravnu situaciju trećeg subjekta [13].

B. Posebnosti glavnog predmeta

29. Sa stajališta ovog postupka ključni su sljedeći elementi činjeničnog stanja u glavnom postupku:

– Spor u glavnom postupku jest spor između pojedinaca (privatnih subjekata), a pravni odnos koji je predmet spora proizlazi iz ugovora o pružanju usluga. Stoga je odnos između stranaka horizontalne prirode.

– Svi elementi spora u glavnom postupku ograničeni su na samo jednu državu članicu.

– Tužbeni zahtjev temelji se na odredbi nacionalnog prava čiji učinak je to da se primjenjuje najniža tarifa umjesto ugovorne odredbe kojom se utvrđuje naknada pružatelja usluge za uslugu u iznosu nižem od najniže tarife.

– Ta je nacionalna odredba protivna odredbi članka 15. stavka 1., članka 15. stavka 2. točke (g) i članka 15. stavka 3. Direktive 2006/123 [14].

9 Direktiva Vijeća 83/189/EEZ od 28. ožujka 1983. o utvrđivanju postupka obavješćivanja u području tehničkih normi i propisa (SL 1983., L 109, str. 8.); zatim Direktiva 98/34/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 22. lipnja 1998. o utvrđivanju postupka osiguravanja informacija u području tehničkih normi i propisa (SL 1998., L 204, str. 37.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13., svezak 42., str. 58.); u konačnici Direktiva (EU) 2015/1535 Europskog parlamenta i Vijeća od 9. rujna 2015. o utvrđivanju postupka pružanja informacija u području tehničkih propisa i pravila o uslugama informacijskog društva (SL 2015., L 241, str. 1.). Ta se sudska praksa primjenjuje i na obveze iz članka 3. stavka 4. Direktive 2000/31/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2000. o određenim pravnim aspektima usluga informacijskog društva na unutarnjem tržištu, posebno elektroničke trgovine (Direktiva o elektroničkoj trgovini) (SL 2000., L 178, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13., svezak 39., str. 58.). Vidjeti u tom pogledu presudu od 19. prosinca 2019., Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112, t. 100.).

10 Vidjeti presude od 30. travnja 1996., CIA Security International (C-194/94, EU:C:1996:172, t. 48.) i od 26. rujna 2000., Unilever (C-443/98, EU:C:2000:496, t. 44., 50. i 51.).

11 U daljnjem tekstu: Povelja.

12 Vidjeti sudsku praksu navedenu u točki 67. ovog mišljenja.

13 Vidjeti osobito presude od 24. listopada 1996., Kraaijeveld i dr. (C-72/95, EU:C:1996:404) i od 7. siječnja 2004., Wells (C-201/02, EU:C:2004:12).

14 Vidjeti točke 14. i 15. ovog mišljenja.

– Navedena proturječnost utvrđena je u presudi Suda donesenoj u postupku uređenom člankom 258. UFEU-a.

– Sud koji je uputio zahtjev smatra da se sporna odredba ne može tumačiti na način kojim bi se osigurala njezina usklađenost s člankom 15. stavkom 1., člankom 15. stavkom 2. točkom (g) i člankom 15. stavkom 3. Direktive 2006/123.

– Ugovor između stranaka sklopljen je nakon isteka roka za prenošenje direktive u nacionalno pravo, ali prije pokretanja sudskog postupka u predmetu Komisija/Njemačka [15].

C. Mogućnost usklađenog tumačenja

30. Iz ustaljene sudske prakse Suda proizlazi da se pitanje eventualnog izuzimanja iz horizontalne primjene odredbe nacionalnog prava zbog njezine proturječnosti s direktivom postavlja samo ako nije moguće njezino usklađeno tumačenje [16].

31. Sud koji je uputio zahtjev smatra da tumačenje odredbe nacionalnog prava na način kojim bi se osigurala njezina usklađenost s Direktivom 2006/123 nije moguće jer bi bilo *contra legem*. Komisija je u svojim pisanim očitovanjima i na raspravi osporavala stajalište suda koji je uputio zahtjev.

32. Iako je u prošlosti Sud u više navrata isticao obvezu nacionalnih sudova da tumače pravne akte kao što je direktiva ili okvirna odluka u skladu s pravom Unije, istodobno je dosljedno smatrao da načelo usklađenog tumačenja ne može služiti kao temelj *contra legem* tumačenju nacionalnog prava [17]. Međutim, s obzirom na to da, kao što je to Sud sam naglasio, on nije nadležan za tumačenje nacionalnog prava države članice [18], u konačnici je na nacionalnom sudu da odluči bi li tumačenje u skladu s direktivom bilo *contra legem* [19].

33. U tom se kontekstu, s jedne strane, mogu složiti s Komisijom da se ograničenja tumačenja u njemačkom pravu koja proizlaze iz zahtjeva za prethodnu odluku, kako ih je naveo sud koji je uputio zahtjev, čine pretjerano uskima. Osobito s obzirom na sudsku praksu njemačkih sudova navedenu u zahtjevu za prethodnu odluku iz koje proizlazi da je pozivanje na načelo dobre vjere navedeno u njemačkom građanskom zakoniku omogućilo neprihvaćanje sporne odredbe njemačkog prava u nizu sličnih predmeta u prošlosti. S druge strane, zbog izričitog stajališta suda koji je uputio zahtjev da se ta sudska praksa ne može primijeniti u ovom predmetu, ne vidim razlog da Sud zamijeni sud koji je uputio zahtjev u ocjeni granica dopuštenog tumačenja u skladu s njemačkim pravom.

15 Presuda od 4. srpnja 2019., Komisija/Njemačka, (C-377/17, EU:C:2019:562)

16 Vidjeti osobito presude od 17. travnja 2018., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, t. 71. do 75., t. 3. izreke) i od 6. studenoga 2018., Bauer i Willmeroth (C-569/16 i C-570/16, EU:C:2018:871, t. 25., t. 2. izreke).

17 Vidjeti osobito presude od 15. travnja 2008., Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, t. 100.) i od 29. lipnja 2017., Popławski (C-579/15, EU:C:2017:503, t. 33. i navedena sudska praksa).

18 Vidjeti osobito presudu od 16. veljače 2017., Agro Foreign Trade & Agency (C-507/15, EU:C:2017:129, t. 23.).

19 Vidjeti osobito presude od 29. lipnja 2017., Popławski (C-579/15, EU:C:2017:503, t. 39.) i od 17. travnja 2018., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, t. 73. do 75.).

D. Mogući razlozi da nacionalni sud izuzme iz primjene spornu odredbu

1. Posebnosti Direktive 2006/123 kao instrumenta kojim se konkretizira temeljna sloboda unutarnjeg tržišta

34. Smatram da analizu ovog predmeta treba započeti podrobnijim ispitivanjem posebnosti Direktive 2006/123 kao instrumenta kojim se konkretizira, među ostalim, sloboda poslovnog nastana iz članka 49. UFEU-a. Točno je da to pitanje stranke nisu izravno postavile u svojim očitovanjima, međutim, čini se poželjnim da Sud u ovom predmetu detaljnije ispita odnos između članka 49. UFEU-a i Direktive 2006/123.

35. Što se tiče prvog dijela drugog pitanja koje je postavio sud koji je uputio zahtjev, Komisija je isključila mogućnost da se iz članka 49. UFEU-a izvede obveza da nacionalni sud izuzme iz primjene odredbu nacionalnog prava koja mu je protivna. Prema njezinu mišljenju, uzimanje u obzir članka 49. UFEU-a onemogućuje činjenica da je primjena sporne odredbe njemačkog prava ograničena na unutarnje odnose. Taj se argument temelji na pretpostavci da bi pozivanje na članak 49. UFEU-a bilo moguće kada bi u predmetu postojao bilo koji prekogranični element i kad bi se primjenjivala sporna odredba njemačkog prava. To bi također značilo da bi se činjenice koje su obuhvaćene područjem primjene Direktive 2006/123 mogle ocjenjivati u pogledu usklađenosti s člankom 49. UFEU-a. U tom pogledu javljaju se mnoge dvojbe koje bih želio podijeliti sa Sudom. Smatram da te dvojbe mogu opravdati mogućnost izravne primjene Direktive 2006/123 u ovom postupku.

36. Ispitajmo stoga detaljnije posebnosti poglavlja III. Direktive 2006/123 kojim se konkretizira sloboda poslovnog nastana utvrđena člankom 49. UFEU-a za gotovo sve uslužne djelatnosti. U tom se pogledu Direktiva 2006/123 razlikuje od drugih akata sekundarnog prava kojima se usklađuju odabrani i, u pravilu, uski aspekti slobode poslovnog nastana u određenom sektoru [20]. To znači da se pravila razvijena u dosadašnjoj sudskoj praksi kojima se utvrđuje odnos između sloboda iz Ugovorâ i sredstava kojima se uređuju određeni aspekti tih sloboda ne mogu automatski prenijeti na Direktivu 2006/123.

37. Najprije bih želio podsjetiti na dvije iznimno važne presude Suda. Kao prvo, Sud je u presudi u predmetu Rina Services odlučio da, ako je određeno pitanje obuhvaćeno područjem primjene Direktive 2006/123, nije ga potrebno dodatno razmatrati s obzirom na odredbe Ugovora [21]. Kao drugo, Sud je u presudi X i Visser odlučio da se odredbe poglavlja III. Direktive 2006/123 o slobodi poslovnog nastana za pružatelje usluga primjenjuju i na situaciju u kojoj su svi relevantni elementi ograničeni na samo jednu državu članicu [22].

38. Kao drugo, treba istaknuti one elemente koji jednoznačno upućuju na to da je zakonodavac Unije prilikom donošenja Direktive 2006/123 želio ostvariti, odnosno konkretizirati, dvije temeljne slobode unutarnjeg tržišta, uključujući slobodu poslovnog nastana [23]. Cilj Direktive 2006/123 nije usklađivanje određenih aspekata uslužnih djelatnosti, nego se njome dodatno pojašnjava sam Ugovor. Navedena direktiva stoga uzima u obzir iznimno široku dotadašnju

[20] Na primjer Direktiva Vijeća 77/249/EEZ od 22. ožujka 1977. o olakšavanju učinkovitog ostvarivanja slobode pružanja odvjetničkih usluga (SL 1977., L 78, str. 17.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 9., str. 14.)

[21] Presuda od 16. lipnja 2015., Rina Services i dr. (C-593/13, EU:C:2015:399, t. 23. i sljedeće)

[22] Vidjeti presudu od 30. siječnja 2018., X i Visser (C-360/15 i C-31/16, EU:C:2018:44, t. 99. do 110., t. 3. izreke).

[23] Vidjeti uvodne izjave 5., 6. i 64. Direktive 2006/123. Vidjeti također presudu od 16. lipnja 2015., Rina Services i dr. (C-593/13, EU:C:2015:399, t. 40.) u kojoj je Sud izravno utvrdio da je Direktiva 2006/123 akt sekundarnog prava kojim se konkretizira temeljna sloboda kojom se bavi UFEU.

sudsku praksu Suda, među ostalim, dodatnim pojašnjavanjem zabrane primjene određenih ograničenja i upotpunjavanjem iznimaka. Nadalje, što se tiče njezina članka 15., jasno je da je njegov cilj pomiriti regulatornu nadležnost država članica u pogledu zahtjeva koji se odnose na poslovanje i stvarno ostvarivanje slobode poslovnog nastana zajamčene Ugovorom.

39. Iz prethodne analize proizlaze dva zaključka. Kao prvo, ako je nacionalna odredba koja se ocjenjuje obuhvaćena područjem primjene Direktive 2006/123 i *nije u skladu* s njom, nema potrebe ispitivati usklađenost te odredbe s Ugovorom. Čini se da je to očit zaključak i Sud nema dvojbi u pogledu toga [24]. Međutim, kao drugo, smatram da je prirodna posljedica presude u predmetu Rina Services [25], ako je nacionalna odredba koja se ocjenjuje obuhvaćena područjem primjene Direktive 2006/123 i *u skladu je* s njom, to da je se ne može osporavati na temelju odredbi Ugovora o slobodi pružanja usluga i slobodi poslovnog nastana [26].

40. Smatram da navedena logika dovodi u pitanje opravdanost Komisijina argumenta prema kojem bi pozivanje na članak 49. UFEU-a bilo moguće kada bi u predmetu postojao bilo koji prekogranični element i kad bi se primjenjivala sporna odredba njemačkog prava. Naime, to bi značilo da se isto činjenično stanje može ocjenjivati u pogledu usklađenosti s Direktivom 2006/123, kao i s člankom 49. UFEU-a. Smatram da bi to bilo protivno namjeri zakonodavca Unije koji je prilikom donošenja te direktive želio potpuno urediti slobodu poslovnog nastana za uslužne djelatnosti. Drugim riječima, sve vrste i aspekti slobode poslovnog nastana koji su obuhvaćeni područjem primjene te direktive više se ne mogu ocjenjivati s obzirom na članak 49. UFEU-a.

41. Istodobno, kao što to proizlazi iz presude u predmetima X i Visser [27], odredbe poglavlja III. Direktive 2006/123 primjenjuju se i na situaciju u kojoj su svi relevantni elementi ograničeni na samo jednu državu članicu. Smatram da ta presuda potvrđuje namjeru zakonodavca Unije da se Direktivom 2006/123, u području njezine primjene, proširi opseg slobode poslovnog nastana i na potpuno unutarnje odnose [28].

42. Smatram da prihvaćanje pretpostavke da se poglavljem III. Direktive 2006/123 konkretizira sloboda poslovnog nastana utvrđena člankom 49. UFEU-a znači da problematici horizontalne primjene te direktive treba pristupiti na poseban način.

43. Uvjeren sam da, ako je određeno činjenično stanje obuhvaćeno područjem primjene poglavlja III. Direktive 2006/123, treba isključiti mogućnost pozivanja na slobodu poslovnog nastana iz članka 49. UFEU-a kako bi se dovelo do toga da se osporava pravilo države članice u sporu protiv drugog pojedinca. To ne bi samo bilo protivno ideji konkretizacije slobode poslovnog nastana donošenjem Direktive 2006/123. Dovelo bi i do kompliciranih analiza u pogledu materijalnog područja primjene slobode poslovnog nastana. Sada bi trebalo analizirati bi li predmetna nacionalna odredba protivna direktivi bila protivna i članku 49. UFEU-a uz hipotetsku pretpostavku da direktiva nije donesena. Ne dvojim da bi takvo rješenje povrijedilo djelotvornost (*effet utile*) Direktive 2006/123.

24 Vidjeti presude od 23. veljače 2016., Komisija/Mađarska (C-179/14, EU:C:2016:108, t. 118.) i od 30. siječnja 2018., X i Visser (C-360/15 i C-31/16, EU:C:2018:44, t. 137.).

25 Presuda od 16. lipnja 2015. (C 593/13, EU:C:2015:399).

26 Takva bi se nacionalna odredba mogla osporavati samo ako bi konkretne odredbe Direktive o uslugama bile protivne Ugovoru.

27 Presuda od 30. siječnja 2018., X i Visser (C-360/15 i C-31/16, EU:C:2018:44, t. 3. izreke)

28 Teško je ne vidjeti da ovo rješenje ima mnogo prednosti. Naime, ne treba u svakom činjeničnom stanju tražiti prekogranični element koji je često teško identificirati, kako bi se mogla izravno primijeniti sloboda iz Ugovora.

44. Hipotetski je moguće osloniti se na tradicionalno isključenje izravnog horizontalnog učinka i smatrati da je, neovisno o tome postoji li prekogranični element u predmetu, isključeno pozivanje protiv pojedinca na odredbe poglavlja III. te direktive. Smatram da bi takvo rješenje bilo očito nedopušteno samo zato što akt sekundarnog prava kakav je Direktiva 2006/123 ni na koji način ne može ograničavati primjenu slobode iz Ugovora, također u pogledu pozivanja na nju u sporu protiv pojedinca.

45. Stoga preostaje jedino, i prema mojem mišljenju, pravilno rješenje koje je posljedica pretpostavke da ne samo da se poglavljem III. Direktive 2006/123 konkretizira sloboda poslovnog nastana iz Ugovora, nego se i proširuje granica njezine primjene na potpuno unutarnje odnose. Pozivanje na odredbe tog poglavlja u sporu protiv drugog pojedinca mora biti dopušteno isto kao što je dopušteno izravno se pozvati na slobodu poslovnog nastana iz Ugovora u sličnim situacijama.

46. O proturječnosti sporne nacionalne odredbe s odredbom članka 15. stavka 2. točke (g) Direktive 2006/123 stoga bi trebao odlučivati nacionalni sud na poseban način, ne uzimajući u obzir sudsku praksu koja isključuje izravni horizontalni učinak direktiva.

47. Slijedom toga, smatram da, u slučaju nemogućnosti tumačenja u skladu s pravom Unije, nacionalni sud pred kojim se vodi postupak između pojedinaca povodom zahtjeva izvedenog iz nacionalne odredbe kojom se najniže tarife za pružatelje usluga utvrđuju protivno članku 15. stavku 1., članku 15. stavku 2. točki (g) i članku 15. stavku 3. Direktive 2006/123, mora izuzeti iz primjene tu nacionalnu odredbu. Ta je obveza nacionalnom sudu određena na temelju članka 15. stavka 2. točke (g) i članka 15. stavka 3. Direktive 2006/123, odnosno odredbi kojima se konkretizira sloboda poslovnog nastana koja proizlazi iz članka 49. UFEU-a.

2. Primjena po analogiji sudske prakse koja se odnosi na tehničke propise

48. Nizozemska vlada predložila je, među ostalim, da Sud u ovom predmetu analogno primijeni svoju sudsku praksu koja se odnosi na tehničke propise koji nisu priopćeni.

49. Kao što je to istaknuo sam Sud, njegova sudska praksa koja se odnosi na tehničke propise iznimna je i nema osnove za njezino proširenje na druge situacije. Posebnost predmeta u kojima ju je Sud donio [29] odražava se u tome da direktiva, kojom se ne stvaranju ni prava ni obveze za pojedince, ne definira materijalni sadržaj pravnog pravila na temelju kojeg nacionalni sud mora riješiti spor koji se pred njim vodi. Stoga sudska praksa koja se odnosi na nemogućnost pozivanja u sporu između pojedinaca na direktivu koja nije prenesena nije bila relevantna u tim predmetima [30].

50. Ovaj predmet nije poput predmeta koji se odnose na tehničke propise koji nisu priopćeni. Članak 15. stavak 2. točka (g) i članak 15. stavak 3. Direktive 2006/123 nisu odredbe kojima se predviđa obveza priopćavanja. Stoga nema osnove za primjenu po analogiji sudske prakse koja se odnosi na tehničke propise koji nisu priopćeni.

[29] Vidjeti osobito presude od 30. travnja 1996., CIA Security International (C-194/94, EU:C:1996:172, t. 48.); od 26. rujna 2000., Unilever (C-443/98, EU:C:2000:496, t. 44., 50., 51.) i od 19. prosinca 2019., Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112, t. 100.).

[30] Vidjeti u tom smislu presudu od 7. kolovoza 2018., Smith (C-122/17, EU:C:2018:631,t. 53.).

3. Korištenje Direktive 2006/123 kao „štit”, a ne kao „mač”

51. Nizozemska vlada smatra da iz dosadašnje sudske prakse Suda [31] proizlazi da se pojedinac ne može pozvati na odredbu direktive kako bi drugom pojedincu naložio obvezu koja iz nje proizlazi u situaciji u kojoj takva obveza ne proizlazi iz nacionalnog prava (ne može je upotrijebiti kao „mač”). Međutim, iz nje ne proizlazi da se pojedinac ne može pozvati na odredbu direktive u situaciji kada protivna stranka želi da joj se naloži obveza predviđena nacionalnim pravom koja je protivna direktivi. Nizozemska vlada smatra da je u drugoj situaciji (u kojoj je direktiva upotrijebljena kao „štit”) nacionalni sudac dužan izuzeti iz primjene odredbu nacionalnog prava.

52. Komisija smatra da je takvo razlikovanje potrebno. Ističe da je u dosadašnjoj sudskoj praksi Suda riječ o tome da direktiva ne može *sama po sebi* stvarati obveze za pojedinca te se stoga protiv njega nije moguće pozivati na direktivu *kao takvu*. Međutim, u ovom predmetu tužiteljeva obveza da *se drži* ugovorenog iznosa naknade proizlazi iz ugovora. Stoga se tuženik brani od opširnijeg zahtjeva tužitelja ne na temelju same direktive kao takve, nego na temelju direktive u vezi s ugovorom. Zato nije riječ o situaciji u kojoj iz direktive *same* ili *kao takve* proizlaze određena prava za pojedinca.

53. Međutim, Komisija dvoji o tome je li prethodno navedeno od odlučujuće važnosti u predmetu. Kao prvo, s obzirom na kategorička utvrđenja Suda u sudskoj praksi prema kojoj se na direktivu ne može pozvati u sporu između pojedinaca kako bi se iz primjene izuzeo propis države članice koji je protivan toj direktivi [32]. Kao drugo, s obzirom na posebnosti ugovora u privatnom prometu koje obilježava to da stranke prilikom utvrđivanja prava i obveza same uravnotežuju svoje interese. Uzimanje u obzir direktive nužno mora značiti da se pogoršala situacija jedne stranke i stoga nije odlučujuće proizlazi li iz nje pravo ili obveza. Naime, u biti je riječ o dvije strane iste medalje.

54. Slažem se s posljednjim zaključkom Komisije.

55. Kao prvo, smatram da koncept prema kojem bi direktiva kao takva trebala proizvoditi različite učinke u horizontalnim odnosima ovisno o tome koristi li se kao „mač” ili kao „štit” nije utemeljen sadržajem članka 288. trećeg stavka UFEU-a. Iz njega ne proizlazi moć ukidanja ili stavljanja izvan snage nacionalnih odredbi protivnih direktivi u horizontalnom odnosu.

56. Kao što to pravilno ističe Komisija, iz sudske prakse Suda u biti proizlazi zabrana izvođenja pravnih posljedica iz direktiva, bilo u obliku prava ili obveza, za pojedince u horizontalnim odnosima. Zapravo, utvrđivanje toga proizlazi li iz direktive obveza koju stranka želi naložiti protivnoj stranci ili samo zabrana nalaganja obveze koja proizlazi iz nacionalnog prava ovisi o određenom postupovnom sustavu i prihvaćenoj perspektivi pa se stoga to razlikovanje ne temelji na objektivnom kriteriju.

57. Naime, ako iz direktive proizlazi zabrana donošenja odredbi kojima se utvrđuje najniža naknada za određenu uslugu koja obvezuje stranke, očito se može tvrditi da je to situacija u kojoj iz nacionalne odredbe proizlazi obveza plaćanja iznosa većeg od onog koji su utvrdile stranke od koje direktiva brani kao štit. Međutim, može se tvrditi i da iz direktive proizlazi neizravno pravo i konkretna obveza za pojedince: pravo korisnika usluge da se oslobodi obveze zbog plaćanja cijene utvrđene ugovorom i obveza pružatelja usluge da smatra da se korisnik usluge plaćanjem cijene

[31] Nizozemska vlada poziva se na presude od 7. kolovoza 2018., Smith (C-122/17, EU:C:2018:631) i 24. siječnja 2012., Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33).

[32] Presuda od 7. kolovoza 2018., Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, t. 44.).

utvrđene ugovorom oslobađa ugovorne obveze. Stoga korisnik usluge braneći se od tužbe jednom rukom podiže štit, ali drugom istodobno zamahuje mačem pri čemu želi naložiti pružatelju usluge obvezu da smatra da plaćanje iznosa manjeg od najniže tarife dovodi do prestanka obveze.

58. Zamislimo da je korisnik usluge pogrešno platio naknadu veću od one utvrđene ugovorom, a zatim zahtijevao njezin povrat od pružatelja usluge. Time bi potonjem pružatelju želio naložiti obvezu povrata neosnovano plaćenog iznosa. Korisnik usluge u tu bi se svrhu pozvao na direktivu kao „mač". Slično bi bilo kada bi stranke ugovorile plaćanje naknade veće od obvezujućih najviših tarifa, a pružatelj usluge bi nakon naplate samo najviše tarife potraživao razliku između nje i iznosa utvrđenog ugovorom. U biti bi želio korisniku usluge naložiti obvezu plaćanja ugovorene cijene koja proizlazi iz direktive. Iako u ovom predmetu nije riječ o takvim situacijama, logično je da rješenje u svim slučajevima treba biti isto: ako nacionalnu odredbu ne treba primijeniti, ne treba je primijeniti ni u jednoj od tih situacija. Argumentacija koja se odnosi na nalaganje obveze pojedincu ne jamči postizanje tog učinka u svakom postupovnom sustavu i temelji se na nepreciznom i nejasnom kriteriju.

59. Razmatrajući prijedlog nizozemske vlade s nešto drukčijeg stajališta, moguće je usredotočiti se na samu mogućnost pozivanja na direktivu protiv pojedinca. Tada bi se primjena direktive kao „štita" svela na uklanjanje iz osnove odlučivanja odredbe nacionalnog prava protivne direktivi. U tom smislu, primjena direktive kao „štita" odgovara takozvanom pozivanju na direktivu radi isključenja odredbe nacionalnog prava (fr. *invocabilité d'exclusion*) i suprotna je pozivanju na direktivu radi zamjene odredbe direktive u osnovi odlučivanja (fr. *invocabilité de substitution*) [33].

60. Taj kriterij razlikovanja djelovanja direktiva kao „štita" i „mača" (pod pretpostavkom da odgovara podjeli na „isključenje" i „zamjenu") možda je precizniji, ali moguće je zamisliti situacije u kojima će se takvo razlikovanje teško izvršiti.

61. Međutim, unatoč poticajima nezavisnih odvjetnika A. Saggia [34], S. Albera [35] i D. Ruiz-Jaraba Colomera [36], čini se da je Sud konačno odbio taj koncept u presudi Pfeiffer [37].

62. Naime, u potonjem je predmetu obveza protivna direktivi koja se odnosila na radno vrijeme proizlazila iz kolektivnog ugovora na koji je upućivao ugovor koji je sklopio radnik, a ne iz zakona. Razlika između ta dva predmeta svodi se na to da je u jednom predmetu obveza protivna direktivi istodobno izravno protivna odredbi iz ugovora stranaka koja se odnosi na cijenu (ovaj predmet), a u drugom nije bilo takve jasne proturječnosti jer sam ugovor nije sadržavao odgovarajuću odredbu o radnom vremenu, nego je upućivao na kolektivni ugovor iz kojeg je ta obveza proizlazila (predmet u kojem je donesena presuda Pfeiffer [38]). Međutim, može se tvrditi da je nedostatak odgovarajuće odredbe značio da je obveza u tom pogledu bila utvrđena zakonskom odredbom kojom se određuje maksimalno radno vrijeme radnika. Smatram da okolnost da u ovom predmetu proturječnost izravno proizlazi iz sadržaja ugovora ne nalaže donošenje drukčijeg zaključka u ovom predmetu u pogledu izravnog horizontalnog učinka direktive.

33 Vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika P. Légera u predmetu Linster (C-287/98, EU:C:2000:3, t. 57. i sljedeće) i navedeni članak Y. Galmot, J-C. Bonichot, La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national, *Revue française de droit administratif*, 4(1), janvier-février 1988., str. 16.

34 Vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika A. Saggia u spojenim predmetima Océano Grupo Editorial i Salvat Editores (C-240/98 do C-244/98, EU:C:1999:620, t. 38.).

35 Vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika S. Albera u predmetu Collino i Chiappero (C-343/98, EU:C:2000:23, t. 30.).

36 Vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika D. Ruiz-Jaraba Colomera u spojenim predmetima Pfeiffer i dr. (C-397/01 do C-403/01, EU:C:2003:245, t. 58.).

37 Presuda od 5. listopada 2004., (C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584)

38 Presuda od 5. listopada 2004., (C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584)

63. Ukratko, u pogledu tog dijela razmatranja: smatram da se na temelju odredbe članka 288. trećeg stavka UFEU-a i sudske prakse Suda ne može zaključiti da se prava i obveze pojedinaca općenito mogu obvezujuće oblikovati zbog uzimanja u obzir odredbe direktive „kao takve" u postupku utvrđivanja pravne osnove odluke kojom se rješava spor između pojedinaca. U tom kontekstu treba smatrati da u postupku utvrđivanja pravne osnove te odluke nije relevantno isključuje li se tijekom tog postupka odredba nacionalnog prava ili se zamjenjuje odredbom direktive ili se pak osnova odlučivanja dopunjuje odredbom direktive. U konačnici, pojam „zamjene" ili „isključenja" odredbe nacionalnog prava prikladan je samo za određivanje horizontalnog učinka eventualnog uzimanja u obzir direktive u postupku primjene prava. Međutim, nema osnove za zaključak da direktiva proizvodi izravan horizontalni učinak, ako je učinak njezina uzimanja u obzir samo izuzeće iz primjene odredbe nacionalnog prava.

4. Pozivanje na opća načela prava Unije, uključujući slobodu ugovaranja

64. Komisija je u svojim pisanim očitovanjima kao alternativu predložila izuzimanje iz primjene sporne odredbe zbog njezine proturječnosti sa slobodom ugovaranja koja je zajamčena člankom 16. Povelje. Ta sloboda uključuje slobodu stranaka da odrede cijenu usluge. Ograničena je odredbom nacionalnog prava koja predviđa obvezne minimalne tarife za određene usluge. Zbog neprimjerenosti tog ograničenja navedene slobode, Komisija smatra da nacionalni sud treba zanemariti spornu odredbu njemačkog prava kao protivnu članku 16. Povelje.

65. Navest ću, kao prvo, uvjete koji proizlaze iz dosadašnje sudske prakse u pogledu mogućnosti pozivanja na Povelju radi izuzimanja iz primjene odredbe nacionalnog prava protivne direktivi (točka (a)). Zatim ću razmotriti jesu li ispunjeni s obzirom na slobodu ugovaranja i ovlast određivanja cijene (točka (b)). Naposljetku ću ocijeniti mogućnost primjene odredbe kojom se jamči ta sloboda u ovom predmetu (točka (c)).

a) Uvjeti za pozivanje na opća načela prava Unije, uključujući ona konkretizirana Poveljom

66. Sud je u svojoj sudskoj praksi koja proizlazi iz presude Mangold [39] dopustio mogućnost izuzimanja iz primjene u horizontalnom odnosu odredbi nacionalnog prava protivnih direktivi kada to zahtijevaju opća načela prava Unije, uključujući ona konkretizirana Poveljom [40].

67. U tom je smislu Sud utvrdio da postoji osnova za odbijanje primjene nacionalnih odredbi protivnih odredbama Direktive Vijeća 2000/78/EZ [41] u mjeri u kojoj je to nužno kako bi se poštovala opća načela prava Unije, poput načela nediskriminacije na temelju dobi [42], načela nediskriminacije na temelju vjere ili uvjerenja [43] i prava na djelotvornu sudsku zaštitu [44]. U

39 Presuda od 22. studenoga 2005., (C-144/04, EU:C:2005:709, t. 76.)

40 Odnos između općih načela prava Unije i temeljnih prava zajamčenih Poveljom ne proizlazi na nedvosmislen način iz sudske prakse Suda. Nezavisni odvjetnik P. Cruz Villalón u svojem je mišljenju u predmetu Prigge i dr. (C-447/09, EU:C:2011:321) ocijenio da je, od stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona, opće načelo prava Unije, kao što je zabrana diskriminacije, pretvoreno u pravo utvrđeno „Lisabonskom poveljom" (točka 26. mišljenja). U mišljenju ću radi pojednostavnjenja koristiti izraz „opća načela prava Unije, uključujući ona konkretizirana Poveljom".

41 Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenoga 2000. o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja (SL 2000., L 303, str. 16.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 1., str. 69.)

42 Vidjeti osobito presude od 22. studenoga 2005., Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, t. 76.); od 19. siječnja 2010., Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, t. 46.) i od 19. travnja 2016., DI (C-441/14, EU:C:2016:278, t. 35. do 37.).

43 Vidjeti osobito presude od 17. travnja 2018., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, t. 76., 77., 79.); od 11. rujna 2018., IR (C-68/17, EU:C:2018:696, t. 69. do 71.) i od 22. siječnja 2019., Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43, t. 76. i 80.).

44 Vidjeti presudu od 17. travnja 2018., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, t. 78.).

predmetima koji se odnose na Direktivu 2003/88/EZ[45] utvrdio je da postoji osnova za odbijanje primjene nacionalnih odredbi kojima se povređuje radnikovo pravo na plaćeni godišnji odmor zajamčeno člankom 31. stavkom 2. Povelje[46].

68. Međutim, protivio se primjeni takvog pristupa na obveze koje proizlaze iz članka 1. Treće direktive Vijeća 90/232/EEZ[47], uz obrazloženje da se ta odredba ne može smatrati konkretizacijom općeg načela prava Unije[48]. Slično je postupio i u pogledu odredbi Direktive 2002/14/EZ[49] jer smatra da se zabrana propisana njezinim člankom 3. stavkom 1. ne može izvesti, kao izravno primjenjivo pravno pravilo, ni iz teksta članka 27. Povelje ni iz objašnjenja u vezi s navedenim člankom[50].

69. Sudska praksa Suda ponekad se kritizira u pravnoj teoriji jer dovodi do preuske primjene Povelje u odnosima između pojedinaca[51] i njezina uvjetovanja nejasnim kriterijima[52]. Širu primjenu Povelje u horizontalnim odnosima zagovarali su u prošlosti i nezavisni odvjetnici[53]. Unatoč tome, Sud je načelno vjeran svom opreznom i kazuističkom pristupu[54].

70. Paradoks cijele situacije jest to što se, zbog nemogućnosti primjene direktiva u horizontalnim odnosima, učinak Povelje, akta primarnog prava jednake snage kao i Ugovori, u horizontalnim odnosima otkrivao godinama „u obrocima" u okviru novih zahtjeva za prethodnu odluku koji se odnose na mogućnost izuzimanja iz primjene odredbe nacionalnog prava protivne neprenesenoj ili pogrešno prenesenoj direktivi. U tom se pogledu ispostavilo da je Povelja imala iznimno praktično značenje postavši *de facto*, rečeno jezikom alkemičara, filozofski kamen prava Unije koji se koristi za pretvaranje neplemenitih pravila (odredbi direktiva koje nemaju horizontalan učinak) u plemenita (koja ga imaju). Tom su se prilikom razvila načela pozivanja na Povelju u odnosima između pojedinaca.

71. S obzirom na aktualnu sudsku praksu Suda, osnovni uvjet za to da bi određena odredba Povelje mogla biti samostalna osnova za odlučivanje u postupcima pred nacionalnim sudovima jest njezina „samodostatnost"[55]. Naime, određena odredba sama po sebi mora biti dovoljna da pojedincima dodijeli pravo na koje se mogu pozivati u sporovima protiv drugih pojedinaca. Kako

45 Direktiva 2003/88/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 4. studenoga 2003. o određenim vidovima organizacije radnog vremena (SL 2003., L 299, str. 9.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 2., str. 31.)

46 Vidjeti osobito presude od 6. studenoga 2018., Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:874, t. 74., 80., 81., t. 2. izreke) i od 6. studenoga 2018., Bauer i Willmeroth (C-569/16 i C-570/16, EU:C:2018:871, t. 80., 84., 91.).

47 Treća direktiva Vijeća 90/232/EEZ od 14. svibnja 1990. o usklađivanju zakona država članica u odnosu na osiguranje od građanskopravne odgovornosti u pogledu upotrebe motornih vozila (SL 1990., L 129, str. 33.)

48 Vidjeti presudu od 7. kolovoza 2018., Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, t. 48.).

49 Direktiva 2002/14/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. ožujka 2002. o uspostavljanju općeg okvira za obavješćivanje i savjetovanje s radnicima u Europskoj zajednici (SL 2002., L 80, str. 29.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 5., str. 182.)

50 Vidjeti presudu od 15. siječnja 2014., Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, t. 46.).

51 Vidjeti primjerice D. Leczykiewicz, *Horizontal application of the Charter of Fundamental Rights*, European Law Review, 2013., 38(4), str. 479. do 497.

52 Vidjeti primjerice E. Frantziou, *The horizontal effect of fundamental rights in the European Union: a constitutional analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2019., prema kojoj „The judgments remain rooted in largely unpredictable, case-by-case assessments, which predominantly concern direct effect, but marginalise the overall significance of horizontality in the field of fundamental rights (as well as the risk of its over-extension)" (str. 114.).

53 Vidjeti osobito mišljenje nezavisnog odvjetnika P. Cruza Villalóna u predmetu Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2013:491, t. 34. do 38.).

54 Međutim, s obzirom na najnoviju sudsku praksu, može se postaviti pitanje bi li nezavisni odvjetnik Y. Bot danas potvrdio svoju ocjenu iznesenu u mišljenju u spojenim predmetima Bauer i Broßonn (C-569/16 i C-570/16, EU:C:2018:337, t. 95.) u kojem je tadašnji pristup Suda nazvao „pretjerano uskim".

55 Vidjeti u tom pogledu mišljenje nezavisnog odvjetnika Y. Bota u spojenim predmetima Bauer i Broßonn (C-569/16 i C-570/16, EU:C:2018:337, t. 80., 82. i navedena djela).

bi to bilo moguće, iz nje mora proizlaziti pravo koje ima istodobno i obvezni i bezuvjetni karakter. Potonji uvjet nije ispunjen ako utvrđivanje sadržaja tog prava zahtijeva donošenje dodatnih odredbi prava Unije ili nacionalnog prava [56].

72. Osim toga, uvjet za primjenu odredbe Povelje kako bi se postigao horizontalan učinak odredbe direktive jest postojanje izravne veze između konkretne odredbe Povelje i odredbe direktive. Što se tiče određenih prava, ta se veza mora temeljiti na tome da se odredba Povelje konkretizira odredbom direktive [57].

73. Jesu li ti uvjeti ispunjeni u pogledu članka 16. Povelje s obzirom na to da se njime jamči sloboda ugovaranja?

74. Prije nego što odgovorim na ovo pitanje, želio bih istaknuti da se ovaj predmet u biti ne odnosi na izravan horizontalni učinak odredbe Povelje u klasičnom smislu. Naime, ne postavlja se pitanje nalaže li odredba Povelje izravno obveze jednoj stranci ugovora, nego može li se u sporu između pojedinaca isključiti primjena odredbe nacionalnog prava zbog njezine proturječnosti s odredbom Povelje, u ovom slučaju njezinim člankom 16. Međutim, i u toj situaciji navedeni uvjeti moraju biti ispunjeni jer prejudiciraju izravan učinak odredbe Povelje, odnosno mogućnost njezine izravne primjene u sporu.

b) Sloboda ugovaranja

1) Uvodne napomene

75. Sloboda ugovaranja [58] jedno je od ključnih načela privatnog prava, uz ona poput načela ispunjenja ugovora ili dobre vjere. Iako se njezin izvor može tražiti u antičkim vremenima, tradicionalno se prihvaća da je prvi put u potpunosti izražena u Napoleonovom zakoniku [59].

76. Ponekad se može činiti da je sloboda ugovaranja, da se upotrijebi engleska terminologija, kao „*the elephant in the room*". Smatram da još nije pronašla svoje mjesto u sustavu prava Unije. Međutim, ona je njegov temelj, prije svega u kontekstu funkcioniranja temeljnih sloboda [60]. Bez nje je nemoguće zamisliti postojanje unutarnjeg tržišta i visoko konkurentnog socijalnog tržišnog gospodarstva o kojima je riječ u članku 3. stavku 3. UEU-a, kao i ekonomsku politiku koja se

56 K. Lenaerts, The Role of the EU Charter in the Member States, u: *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States*, Oxford, Hart, 2020., str. 32. i 33.; S. Prechal, Horizontal direct effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 66/(2020.), str. 420.

57 Taj uvjet nije apsolutan. Čini se da je u starijoj sudskoj praksi bio ključan (vidjeti primjerice presude od 19. siječnja 2010. Kücükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, t. 21.; od 19. travnja 2016., DI, C-441/14, EU:C:2016:278, t. 22., 27., 35., 38. i od 7. kolovoza 2018., Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, t. 48.). S druge strane, Sud je u presudi od 6. studenoga 2018., Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:874, t. 78. i 79.) presudio da pravo na plaćeni godišnji odmor ne zahtijeva konkretizaciju u sekundarnom pravu. Slično je presudio i u presudi od 17. travnja 2018., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, t. 78.) u pogledu prava na djelotvornu sudsku zaštitu.

58 U poljskoj se znanosti često koristi pojam „načelo slobode ugovaranja". Kako bih izbjegao dojam da prejudiciram kvalifikaciju slobode kao „načelo", a ne „pravo" u smislu članka 52. Povelje, u mišljenju ću koristiti izraz „sloboda ugovaranja".

59 R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353(1) k.c.*, Kraków, Zakamycze, 2005., str. 41., koji, međutim, kao i J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Paris, 1993., str. 41., navodi da odredba članka 1134. tog zakonika koja se tradicionalno smatra izrazom načela u biti uopće ne izražava to načelo.

60 Kako je nedavno primjetio J. Basedow, „[w]hile the freedom of contract was a necessary element in the overall scheme of the internal market from the very beginning, it has only much more recently been acknowledged as a principle of EU law." (J. Basedow, *EU Private Law. Anatomy of a Growing Legal Order*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2021, str. 426., Nb 68.).

provodi u skladu s načelom otvorenog tržišnog gospodarstva sa slobodnim tržišnim natjecanjem o kojoj je riječ u članku 119. UFEU-a. Istodobno se krije iza cijelog sustava drugih načela i prava Unije.

77. Možda bi ovaj predmet Sudu trebao pružiti priliku da detaljnije ispita slobodu ugovaranja i pojasni njezino mjesto u sustavu prava Unije.

2) Priznanje slobode ugovaranja u pravu i sudskoj praksi

78. Sloboda ugovaranja u sadašnjem je pravnom stanju zajamčena odredbom članka 16. Povelje. Iako nije izravno navedena u njegovu sadržaju, iz Objašnjenja koja se odnose na Povelju Europske unije o temeljnim pravima [61] proizlazi da je sastavni dio slobode poduzetništva kojoj je taj članak posvećen.

79. Određena odredba Povelje može jamčiti različita prava i slobode te uspostavljati različita načela [62], neka od njih mogu ispunjavati uvjete da budu osnova za odlučivanje u postupcima pred nacionalnim sudovima, a druga ne [63]. Činjenica da se članak 16. odnosi, među ostalim, na slobodu ugovaranja ne znači da će uvjeti za pozivanje pred nacionalnim sudovima vrijediti i za druga prava ili slobode zajamčene člankom 16. Povelje. Zbog predmeta ovog slučaja, svoje ću ispitivanje ograničiti na slobodu ugovaranja, a kasnije i na konkretno pravo koje iz njega proizlazi.

80. Iz Objašnjenja koja se odnose na Povelju izravno proizlazi da njezin članak 16. kodificira samo sudska praksa Suda u kojoj je on već utvrdio da u pravu Unije postoji sloboda ugovaranja [64]. Status slobode ugovaranja kao jednog od načela prava Unije kasnije je potvrđen u sudskoj praksi Suda koja je donesena nakon donošenja Povelje [65]. Stoga je se može smatrati ustaljenom slobodom zajamčenom pravom Unije. Smatra se da je pravo, a ne načelo u smislu članka 52. stavka 5. Povelje [66].

3) Sadržaj slobode ugovaranja

81. Sloboda ugovaranja općenito je podvrsta slobode. Riječ je o slobodi u području obveza privatnog prava. Ta se sloboda često izjednačava s autonomijom volje pojedinaca, ali ima uži opseg od nje jer se ne odnosi na sve pravne poslove, nego samo na ugovore [67].

61 Objašnjenja koja se odnose na Povelju Europske unije o temeljnim pravima (SL 2007., C 303, str. 17.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 1., svezak 7., str. 120.) (u daljnjem tekstu: Objašnjenja koja se odnose na Povelju)

62 Vidjeti Objašnjenja koja se odnose na Povelju u pogledu članka 52. stavka 5. Povelje.

63 K. Lenaerts, *op. cit.*, str. 33, koji navodi da članak 31. stavak 2. Povelje samo po svojoj biti („the essence") ima izravan horizontalni učinak.

64 U tom pogledu Objašnjenja koja se odnose na Povelju upućuju na presude od 16. siječnja 1979., Sukkerfabriken Nykøbing (151/78, EU:C:1979:4, t. 19.) i od 5. listopada 1999., Španjolska/Komisija (C-240/97, EU:C:1999:479, t. 99.).

65 Vidjeti osobito presude od 22. siječnja 2013., Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, t. 42. i 43.); od 18. srpnja 2013., Alemo-Herron i dr. (C-426/11, EU:C:2013:521, t. 32. do 35.) i od 24. rujna 2020., NK (strukovno mirovinsko osiguranje) (C-223/19, EU:C:2020:753, t. 86.).

66 Presuda od 22. siječnja 2013., Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, t. 43. do 48.). Vidjeti također P. Oliver, What purpose does Article 16 of the Charter serve?, u: *General Principles of EU law and European Private Law*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2013., § 12.06, str. 295. do 296.; H. D. Jarass, Art.16 Unternehmerische Freiheit, *Charta der Grundrechte des Europaischen Union. Kommentar*, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2021., t. 2.

67 P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353(1) k.c. Konstrukcja prawna*., Varšava, C. H. Beck, 2005., str. 2. i 3.

82. Tradicionalno se smatra da se sloboda ugovaranja sastoji barem od sljedećih sloboda: sklapanje ugovora, izbor suugovaratelja, oblikovanje sadržaja ugovora, a time i obveznog odnosa, kao i oblik ugovora [68]. Pravo da stranka slobodno oblikuje sadržaj pravnog odnosa obuhvaća pak pravo na utvrđivanje iznosa uzajamnih činidbi, uključujući osobito cijenu ili naknadu za činidbu druge stranke.

83. Taj prikaz slobode odražava se u sudskoj praksi Suda. Sud je izravno naveo da to što država članica pojedincima nalaže obvezu sklapanja ugovora predstavlja značajno miješanje u slobodu ugovaranja [69], da sloboda ugovaranja obuhvaća, među ostalim: slobodu odabira poslovnog partnera [70], pravo stranaka da slobodno oblikuju međusobne obveze [71], uključujući određivanje cijene usluge [72] i, naposljetku, pravo na izmjenu sklopljenog ugovora [73].

84. Slijedom toga, smatram da je sloboda ugovaranja pravo priznato pravnim sustavima država članica, kao i pravom Unije. Iz nje proizlaze određena prava pojedinaca s kojima je povezana obveza suzdržavanja od zadiranja u autonomiju volje stranaka, osobito zahtijevanjem sklapanja ili raskidanja ugovora ili time da im se nalaže određeni sadržaj.

4) Značenje upućivanja u članku 16. Povelje

85. Može se dvojiti o kategoričnosti tog zaključka s obzirom na članak 16. Povelje. Naime, iz njega proizlazi da se sloboda poduzetništva priznaje „u skladu s pravom Unije te nacionalnim zakonodavstvima i praksom". Međutim, u svojoj presudi u predmetu Association de médiation sociale [74] Sud je odlučio da iz teksta članka 27. Povelje [75] koji sadržava slično upućivanje „jasno proizlazi da ga, u cilju postizanja svih njegovih učinaka, treba pojasniti odredbama prava Unije ili nacionalnog prava" [76]. Slijedom toga, zabrana ključna za donošenje odluke u tom predmetu nije se mogla izvesti, kao izravno primjenjivo pravno pravilo, ni iz teksta članka 27. Povelje ni iz objašnjenja u vezi s navedenim člankom [77].

86. Međutim za razliku od prava na koja se odnosi članak 27. Povelje, sloboda ugovaranja, iako nije izravno navedena u sadržaju članka 16. Povelje, navedena je u Objašnjenjima koja se odnose na Povelju kao sloboda zaštićena tom odredbom. Potvrđena je i u sudskoj praksi Suda. Stoga nema osnove za jednostavnu primjenu na nju sudske prakse koja se odnosi članak 27. Povelje.

68 *Ibidem*, str. 3. i 4. U skladu s tom definicijom je i tekst članka 1102. francuskog Građanskog zakonika prema kojem „*Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi*". Vidjeti također C. von Bar, E. Clive and Hans Schulte-Nölke (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Munich, Sellier, 2009., Book II – I:102: Party Autonomy (1) „*Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules*"; kao i UNIDROIT Principles 2016., članak 1.1 naslovljen „*Freedom of contract*" koji glasi „*The parties are free to enter into a contract and to determine its content*".

69 Vidjeti osobito presudu od 28. travnja 2009., Komisija/Italija (C-518/06, EU:C:2009:270, t. 66. do 71.).

70 Vidjeti presude od 22. siječnja 2013., Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, t. 43.) i od 20. prosinca 2017., Polkomtel (C-277/16, EU:C:2017:989, t. 50.).

71 Vidjeti osobito presudu od 20. svibnja 2010., Harms (C-434/08, EU:C:2010:285, t. 36.).

72 Vidjeti osobito presude od 22. siječnja 2013., Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, t. 43.); od 20. prosinca 2017., Polkomtel (C-277/16, EU:C:2017:989, t. 50.) i od 24. rujna 2020., NK (strukovno mirovinsko osiguranje) (C-223/19, EU:C:2020:753, t. 86.).

73 Vidjeti osobito presudu od 5. listopada 1999., Španjolska/Komisija (C-240/97, EU:C:1999:479, t. 99.).

74 Presuda od 15. siječnja 2014. (C-176/12, EU:C:2014:2)

75 Članak 27. Povelje glasi: „Radnicima ili njihovim predstavnicima moraju biti, na odgovarajućim razinama, osigurana prava na pravodobno informiranje i savjetovanje u slučajevima i pod uvjetima predviđenima pravom Unije te nacionalnim zakonodavstvima i praksom".

76 Presuda od 15. siječnja 2014., Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, t. 45.)

77 Presuda od 15. siječnja 2014., Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, t. 46.)

87. Smatram i da je upućivanje na pravo Unije i nacionalno pravo iz članka 16. Povelje drukčije prirode od onoga iz članka 27. Povelje. Kao što je u potonjem slučaju riječ o upućivanju na odredbe na temelju kojih se određeno pravo tek oblikuje, u prvom je slučaju riječ o upućivanju na odredbe kojima se utvrđuju načini ostvarivanja prava koje već postoji i zajamčeno je Poveljom.

88. Kao što to proizlazi iz Objašnjenja koja se odnose na Povelju, pravo zajamčeno člankom 16. „provodi [se] uz poštovanje prava Unije i nacionalnog zakonodavstva. Može biti podvrgnuto ograničenjima iz članka 52. stavka 1. Povelje". Kao što je to istaknuo Sud, sloboda poduzetništva nije apsolutno pravo, nego se mora promatrati s obzirom na svoju ulogu u društvu [78]. Može biti podvrgnuta zadiranjima javnih tijela, koja u javnom interesu mogu ograničiti ostvarivanje te slobode [79]. Isto vrijedi i za slobodu ugovaranja.

89. U tom se kontekstu slažem s mišljenjem iznesenim u pravnoj teoriji da upućivanje iz članka 16. Povelje služi samo tomu da se istakne da država može zadirati u pravo zajamčeno tim člankom u većoj mjeri nego u druga prava. Međutim, to upućivanje ne dokazuje ograničenje razine zaštite zajamčene tim pravom kao ni to da ima status načela ili da je pravo „druge kategorije" [80].

90. Prethodno navedeno ne mijenja činjenicu da će u praksi odluke temeljene samo na članku 16. Povelje biti rijetke [81]. U usporedbi s drugim temeljnim pravima, sloboda poduzetništva, a stoga i sloboda ugovaranja, često će morati ustupiti mjesto drugim vrijednostima zaštićenima pravom Unije [82]. Potreba za dalekosežnim zadiranjem u slobodu ugovaranja osobito je vidljiva u odnosu na uređena tržišta i široku potrošnju.

5) Samodostatnost odredbe članka 16. Povelje s obzirom na to da iz nje proizlazi pravo stranaka da odrede cijenu usluge

91. Među gore navedenim pravima koja čine sadržaj slobode i potvrđena su u sudskoj praksi Suda u ovom je predmetu ključno pravo ugovornih stranaka da oblikuju sadržaj pravnog odnosa određivanjem cijene usluge. Na to ću se pravo ograničiti u daljnjem razmatranju.

92. Smatram da je pravo stranaka da odrede cijenu usluge koja je predmet ugovora toliko očito, jasno i jednoznačno da ga ne treba pojasniti odredbama prava Unije ili nacionalnog prava kako bi se utvrdio njegov sadržaj.

93. Odredba članka 16. Povelje stoga je „samodostatna" jer se njome jamči sloboda stranaka da odrede cijenu usluge. Stoga ispunjava osnovni uvjet kako bi proizvela izravan učinak.

78 Vidjeti osobito presude od 9. rujna 2004., Španjolska i Finska/Parlament i Vijeće (C-184/02 i C-223/02, EU:C:2004:497, t. 51. i 52.); od 6. rujna 2012., Deutsches Weintor (C-544/10, EU:C:2012:526, t. 54.); od 22. siječnja 2013., Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, t. 45.) i od 24. rujna 2020., NK (strukovno mirovinsko osiguranje) (C-223/19, EU:C:2020:753, t. 88.).

79 Presuda od 22. siječnja 2013., Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, t. 46.)

80 Vidjeti primjerice T. Leonard, J. Salteur, Article 16. Liberté d'entreprise, u: F. Picod, C. Rizcallah, S. Van Drooghenbroeck, (ur.) *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: commentaire article par article. 2e éd.*, Bruxelles, Bruylant, 2020. str. 407, § 15., str. 415., § 24.; H. D. Jarass, *op. cit.*, t. 20.

81 P. Oliver, *op. cit.*, § 12.08, str. 299. Autor tvrdi da je odredba rezervirana za krajnje slučajeve („*extreme cases*").

82 Primjerice, u pogledu prava intelektualnog vlasništva vidjeti presudu od 24. studenoga 2011., Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:771, t. 50.) ili prava društva na obaviještenost vidjeti presudu od 22. siječnja 2013., Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, t. 66.).

6) Dopuštena ograničenja slobode ugovaranja u pogledu prava na određivanje cijene

94. Iz razmatranja navedenih u točki 88. ovog mišljenja proizlazi zaključak da je postojanje ograničenja slobode ugovaranja nužno povezano sa samom slobodom. Njezin je sadržaj u biti negativno određen ograničenjima utvrđenima pravom Unije i pravima država članica. Dopuštenost tih ograničenja treba ocijeniti s obzirom na članak 52. stavak 1. Povelje.

95. Određeno ograničenje slobode može proizlaziti iz nacionalnog prava ili prava Unije, eventualno i iz jednog i iz drugog [83].

7) Model pozivanja na članak 16. Povelje u horizontalnom odnosu

96. Postavlja se pitanje kako se u sporu između pojedinaca pozvati na pravo stranke da odredi cijenu usluge. Dvojbe proizlaze iz toga što pozivanje na predmetno pravo nije u potpunosti obuhvaćeno modelom poznatim iz dosadašnje sudske prakse.

97. Sudska praksa Suda u kojoj se dopušta izravno pozivanje na opća načela prava Unije, uključujući ona konkretizirana Poveljom, odnosila se na subjektivna prava pojedinaca iz kojih su proizlazila konkretna prava s kojima su bile povezane obveze pojedinaca koji su bili druga stranka u sporu. S pravom na godišnji odmor ili na nediskriminaciju bila je povezana obveza druge stranke spora bilo da dodijeli godišnji odmor ili eventualno novčanu naknadu za neiskorišteni godišnji odmor, ili da dodijeli prava dodijeljena drugim osobama koje se nalaze u sličnoj situaciji [84].

98. Takvo se rasuđivanje ne može primijeniti u slučaju prava na određivanje cijene usluge. Kao prvo, iz slobode ugovaranja proizlazi pravo pojedinca na slobodu od zadiranja u autonomiju volje stranaka pravnog odnosa, bilo mogućeg ili već postojećeg. To nije pravo koje je mjerljivo kao pravo na godišnji odmor ili zaposlenje. Kao drugo, to nije pravo koje ima pojedinac koji ostaje u sporu. Naime, do povrede slobode ugovaranja dolazi kada vanjski subjekt ograniči njezino korištenje u postojećem ili mogućem pravnom odnosu. Izvor tih ograničenja nedvojbeno je država, eventualno svi subjekti koji mogu donositi obvezujuće propise kojima se utvrđuju načela sklapanja ugovora u određenom području. Obvezu u pogledu slobode ugovaranja nema drugi pojedinac, uključujući drugu stranku ugovora [85].

99. Naime, ne može se izjednačavati pravo na potraživanje ugovorene cijene s pravom na određivanje sadržaja pravnog odnosa, uključujući cijene. To pravo ne proizlazi iz slobode ugovaranja, nego iz konkretnog sklopljenog ugovora. To što jedna ugovorna stranka ne izvršava ili nepravilno izvršava ugovor nije izraz povrede slobode ugovaranja, nego povrede načela ispunjavanja obveza [86].

100. Kao što je to Komisija pravilno istaknula na raspravi, sloboda ugovaranja štiti obje stranke ugovora od vanjskog zadiranja, a ne jednu protiv druge. Ključno pravo na određivanje cijene zajedničko je pravo obiju stranaka, a ne jedne protiv druge.

[83] S obzirom na načelo nadređenosti, ograničenja koja proizlaze iz nacionalnog prava ne smiju biti protivna ograničenjima koja proizlaze iz prava Unije.

[84] Čak i ako Sud sam to izravno ne priznaje, prirodna posljedica dodjele prava, primjerice, na naknadu za neiskorišteni godišnji odmor, jest obveza poslodavca da je isplati.

[85] H. D. Jarass, *op. cit.*, t. 2.

[86] Vidjeti u tom pogledu jasno razlikovanje između načela koje proizlazi iz UNIDROIT Principles 2016, komentar o članku 1.3 naslovljenom „Binding character of contract": „1. The principle pacta sunt servanda. This Article lays down another basic principle of contract law […]".

101. Iz toga proizlazi da do povrede prava koja proizlaze iz slobode ugovaranja dolazi najprije na vertikalnoj razini. To nije neobično jer je u gotovo u svim situacijama u kojima je Sud utvrdio izravan horizontalni učinak Povelje do povrede temeljnog prava došlo u prvom redu u vertikalnom odnosu jer država nije osigurala odgovarajuću zaštitu temeljnih prava pojedinca. Tek se nakon toga postavljalo pitanje je li zbog nedostatka odredbe koja osigurava tu zaštitu drugi pojedinac bio dužan odgovarajuće se pozitivno ponašati [87].

102. Posebnost povrede slobode ugovaranja jest u tome što do nje, s formalnog stajališta, dolazi u odnosu na obje stranke ugovora. Međutim, na razne se načine može prenijeti na pravni interes svake od njih. Za jednu može značiti dodatno pravo, a za drugu obvezu.

103. Budući da je osnovni način zadiranja u slobodu ugovaranja to da država nametne ograničenja u pogledu te slobode, obrana od takvog zadiranja u sporu sa strankom ugovora koja svoje pravo izvodi iz takvog ograničenja moguća je samo podnošenjem prigovora nezakonitosti ograničenja slobode. Zakonitost ograničenja pak ovisi o tome ispunjava li ono uvjete koje moraju ispunjavati ograničenja prava i sloboda navedena u članku 52. stavku 1. Povelje. Utvrđenje nezakonitosti ograničenja podrazumijeva povredu temeljnog prava zajamčenog člankom 16. Povelje.

104. S obzirom na prethodno navedeno, jasno je da se predmet poput ovog ne odnosi na izravan horizontalni učinak u klasičnom smislu, odnosno u kojem je određenom pojedincu upućena odredba prava i stoga je dužan postupati na određeni način. Riječ je o pozivanju u sporu na Povelju kao referentni okvir nadzora kako bi se dokazala nezakonitost odredbe koja je osnova tužbe [88].

105. Ne vidim razloge zbog kojih odredba članka 16. Povelje ne bi mogla biti takav referentni okvir nadzora. Dovoljno je precizna i bezuvjetna u mjeri ključnoj za donošenje odluke u ovom predmetu, odnosno mjeri u kojoj iz nje proizlazi sloboda pojedinaca da određuju cijenu. U slučaju da je se povrijedi odredbom nacionalnog prava u okviru primjene Povelje, trebala bi se primjenjivati ista načela koja se primjenjuju u slučaju proturječnosti odredbi nacionalnog prava s odredbama Ugovorâ kojima se predviđa izuzimanje iz primjene odredbe nacionalnog prava [89].

106. Navedenom se zaključku ni na koji način ne protivi članak 51. stavak 1. Povelje. Naime, Sud je već istaknuo da okolnost da su određene odredbe primarnog prava najprije upućene državama članicama ne može isključiti to da se one mogu primijeniti u odnosima između pojedinaca [90].

c) Pozivanje na slobodu ugovaranja u glavnom postupku

107. Ovaj je predmet obuhvaćen područjem primjene članka 16. Povelje. Naime, spornom odredbom nacionalnog prava uspostavlja se ograničenje slobode ugovaranja zajamčene tim člankom te je ona obuhvaćena područjem primjene odredbi prava Unije, odnosno članka 15. stavka 1., članka 15. stavka 2. točke (g) i članka 15. stavka 3. Direktive 2006/123.

87 Vidjeti u tom smislu E. Frantziou, *op. cit., str. 39.*, gdje se tvrdi: „*Indeed, it is not necessary to view vertical and horizontal obligations to protect fundamental rights as emphatically separate issues. Responsibility for violations of fundamental rights operates on a spectrum, which ranges from state obligations to the duties we owe to one another.*"

88 U pravnoj se teoriji ističe sličnost te situacije i trostranih situacija koje sam spomenuo u točki 28. ovog mišljenja. D. Leczykiewicz, Horizontal Effect of Fundamental Rights: In Search of Social Justice or Private Autonomy in EU Law, u: *General Principles of EU law and European Private Law*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2013., § 6.06, str. 185.

89 Vidjeti osobito presudu od 9. ožujka 1978., Simmenthal (C-106/77, EU:C:1978:49, t. 25.).

90 Vidjeti presudu od 6. studenoga 2018., Bauer i Willmeroth (C-569/16 i C-570/16, EU:C:2018:871, t. 88.).

108. Sporna odredba nacionalnog prava protivna je navedenim odredbama Direktive 2006/123 što izravno proizlazi iz presude Komisija/Njemačka [91] i rješenja u predmetu hapeg dresden [92]. Presuda donesena na temelju članka 258. UFEU-a obvezujuća je za nacionalne sudove.

109. Odredbama članka 15. stavka 2. točke (g) i članka 15. stavka 3. Direktive 2006/123 utvrđuju se detaljni zahtjevi za države članice u pogledu donošenja u nacionalnom pravu propisa kojima se predviđa reguliranje cijena za usluge obuhvaćene područjem primjene poglavlja III. te direktive [93].

110. Prilikom donošenja tih odredbi, zakonodavac Unije već je odvagnuo različita suprotstavljena temeljna prava i ocijenio proporcionalnost rješenja.

111. U okviru primjene članka 15. stavka 2. točke (g) i članka 15. stavka 3. Direktive 2006/123, ograničenja slobode ugovaranja koja proizlaze iz nacionalnog prava moraju biti u granicama utvrđenima odredbama prava Unije.

112. Slijedom toga, proturječnost sporne odredbe nacionalnog prava koju je Sud utvrdio u presudi Komisija/Njemačka [94], kojom se uspostavlja ograničenje prava na slobodno određivanje cijene s odredbom prava Unije kojom se utvrđuju granice za donošenje takvih odredbi dovodi do potrebe za izuzimanjem iz primjene odredbe nacionalnog prava. Naime, u slučaju takve proturječnosti, nedvojbeno je da ograničenje uspostavljeno u nacionalnom pravu koje se odnosi na slobodno određivanje cijene ne ispunjava zahtjeve predviđene člankom 52. stavkom 1. Povelje. S obzirom na to, ono povređuje članak 16. Povelje.

113. Slijedom toga, nacionalni sud u glavnom postupku treba izuzeti iz primjene spornu odredbu nacionalnog prava protivnu Direktivi 2006/123 jer se mora poštovati temeljno pravo u obliku slobode ugovaranja u pogledu prava stranaka da određuju cijenu.

114. Stoga, bez obzira na prijedlog iznesen u dijelu D.1. moje analize, smatram da u slučaju nemogućnosti tumačenja u skladu s pravom Unije, nacionalni sud pred kojim se vodi postupak između pojedinaca povodom zahtjeva izvedenog iz nacionalne odredbe kojom se najniže tarife za pružatelje usluga utvrđuju protivno članku 15. stavku 1., članku 15. stavku 2. točki (g) i članku 15. stavku 3. Direktive 2006/123, mora izuzeti iz primjene tu nacionalnu odredbu. Ta je obveza nacionalnom sudu određena na temelju članka 16. Povelje.

5. Obveza izvršenja presude kojom se utvrđuje povreda države članice

115. U ovom predmetu treba postaviti pitanje je li nacionalni sud dužan izuzeti iz primjene spornu nacionalnu odredbu zbog presude donesene na temelju članka 258. UFEU-a kojom se utvrđuje da je ta odredba protivna direktivi.

91 Presuda od 4. srpnja 2019. (C-377/17, EU:C:2019:562)

92 Rješenje od 6. veljače 2020. (C-137/18, neobjavljeno, EU:C:2020:84)

93 Pritom ističem da iz odredbe članka 15. stavka 2. točke (g) i članka 15. stavka 3. Direktive 2006/123 ne proizlazi apsolutna zabrana reguliranja cijena, nego samo obveza da se osigura da odredbe kojima se predviđaju najniže i najviše tarife za usluge ispunjavaju zahtjeve iz članka 15. stavka 3., odnosno zahtjeve nediskriminacije, nužnosti i proporcionalnosti.

94 Presuda od 4. srpnja 2019. (C 377/17, EU:C:2019:562).

116. U skladu s ustaljenom sudskom praksom Suda, utvrđenje u presudi donesenoj na temelju članka 258. UFEU-a da je država članica povrijedila obveze iz Ugovorâ deklaratorne je prirode [95]. Međutim, presuda stvara obvezu državnim tijelima koja su je dužna izvršiti. Tu obvezu imaju i sudovi koji u ispunjavanju svojih dužnosti moraju osigurati njezino poštovanje [96], uključujući izuzimanje iz primjene odredbi protivnih pravu Unije [97].

117. Predstavlja li potonja obveza sama po sebi osnovu za izuzimanje iz primjene odredbe nacionalnog prava protivne direktivi u horizontalnom odnosu?

118. Smatram da to nije točno.

119. Kao prvo, iz sudske prakse Suda proizlazi da u postupku uređenom člankom 258. UFEU-a on nije nadležan za ukidanje pravnih akata država članica [98]. Međutim, utvrđenje da odredbu nacionalnog prava čija proturječnost s direktivom proizlazi iz presude donesene na temelju članka 258. UFEU-a sudovi zbog te presude ne mogu primijeniti, imalo bi iste pravne posljedice kao i njezino ukidanje.

120. Kao drugo, kao što je to sam Sud istaknuo u presudi Waterkeyn i dr. [99] u slučaju donošenja presude kojom se potvrđuje da je država članica povrijedila obveze iz Ugovorâ, sudovi te države članice dužni su na temelju (sadašnjega) članka 260. stavka 1. UFEU-a, iz te presude izvesti odgovarajuće pravne posljedice. Međutim, treba razumjeti da konkretna prava pojedinaca ne proizlaze iz te presude, nego iz odredbi prava Unije koje imaju izravan učinak u nacionalnom pravnom poretku.

121. U skladu s navedenom argumentacijom i sudska praksa Suda koja se odnosi na pravo na naknadu štete države članice u slučaju neprenošenja ili pogrešnog prenošenja direktive proizašla je iz presude Francovich [100], iz koje proizlazi da se u takvoj situaciji pravo na naknadu štete temelji na odredbama prava Unije, a ne na presudi kojom se utvrđuje povreda obveza države članice kao takvoj [101].

122. Stoga smatram da presuda donesena na temelju članka 258. UFEU-a, iako sudovima država članica nalaže konkretne obveze, istodobno za njih ne predstavlja izvor novih ovlasti izvan onih koje su već dodijeljene. Stoga, ako je na temelju prava Unije, u slučaju proturječnosti odredbe nacionalnog prava s odredbom prava Unije koja ima izravan učinak, nacionalni sud dužan izuzeti iz primjene odredbu nacionalnog prava, presuda donesena na temelju članka 258. UFEU-a samo potvrđuje tu obvezu.

123. Odredba članka 260. stavka 1. UFEU-a ne može se tumačiti na način da bi se presudom donesenom na temelju članka 258. UFEU-a pojedincima mogle naložiti nove obveze koje im se, u skladu s člankom 288. trećim stavkom UFEU-a, ne mogu naložiti samom direktivom. Uz tu pretpostavku, presuda donesena na temelju članka 258. UFEU-a proizvodila bi učinak u obliku promjene obvezujućeg učinka odredbi direktive kao izvora prava Unije.

95 Presuda od 16. prosinca 1960., Humblet/Belgija (6/60-IMM, EU:C:1960:48)

96 Vidjeti osobito presudu od 14. prosinca 1982., Waterkeyn i dr. (314/81 do 316/81 i 83/82, EU:C:1982:430, t. 14.).

97 Vidjeti osobito presude od 13. srpnja 1972., Komisija/Italija (48/71, EU:C:1972:65, t. 7.) i od 19. siječnja 1993., Komisija/Italija (C-101/91, EU:C:1993:16, t. 24.).

98 Presuda od 16. prosinca 1960., Humblet/Belgija (6/60-IMM, EU:C:1960:48, str. 1145.)

99 Presuda od 14. prosinca 1982. (314/81 do 316/81 i 83/82, EU:C:1982:430, t. 16.)

100 Presuda od 19. studenoga 1991. (C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428)

101 Vidjeti t. 40., 41. i 44. navedene presude.

124. Kao što to obvezujuće tumačenje u prethodnoj odluci obvezuje sud koji je uputio zahtjev, ali ne dovodi do promjene načela primjene direktive u horizontalnom odnosu, smatram da nema osnove da presuda donesena na temelju članka 258. UFEU-a proizvodi takav učinak.

125. Iz takve presude nedvojbeno proizlazi određeno tumačenje prava Unije. Ona obvezuje nacionalne sudove u postupku primjene prava. Nacionalni sud dužan je uzeti u obzir to tumačenje. Pritom nije važno to što se ta obveza preklapa s obvezom poštovanja presude donesene u postupku o kojem je riječ u članku 258. UFEU-a.

126. Slijedom toga, smatram da donošenje presude na temelju članka 258. UFEU-a samo po sebi nije osnova za to da se u horizontalnom odnosu izuzme iz primjene odredba nacionalnog prava protivna direktivi na koju se odnosi ta presuda.

V. Zaključak

127. S obzirom na prethodno navedeno, predlažem Sudu da na prethodna pitanja koja je uputio Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud, Njemačka) odgovori na sljedeći način:

Nacionalni sud pred kojim se vodi postupak između pojedinaca povodom zahtjeva izvedenog iz nacionalne odredbe kojom se najniže tarife za pružatelje usluga utvrđuju protivno članku 15. stavku 1., članku 15. stavku 2. točki (g) i članku 15. stavku 3. Direktive 2006/123/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. o uslugama na unutarnjem tržištu, treba izuzeti iz primjene tu nacionalnu odredbu. Ta je obveza nacionalnom sudu određena na temelju

– članka 15. stavka 2. točke (g) i članka 15. stavka 3. Direktive 2006/123, kao odredbi kojima se konkretizira sloboda poslovnog nastana koja proizlazi iz članka 49. UFEU-a., i

– članka 16. Povelje Europske unije o temeljnim pravima.