Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
M. SZPUNAR
представено на 15 юли 2021 година [1]

Дело C-261/20

Thelen Technopark Berlin GmbH
срещу
MN

(Преюдициално запитване, отправено от Bundesgerichtshof (Федерален върховен съд, Германия)

„Преюдициално запитване — Директива 2006/123/ЕО — Член 15 — Възнаграждения за проектантски услуги на архитекти и инженери — Минимални и максимални тарифи — Решение на Съда, установяващо неизпълнението на задължение — Несъвместимост с директива — Възможност за позоваване в спор между частноправни субекти — Свобода на установяване — Член 49 ДФЕС — Харта на основните права на Европейския съюз — Член 16 — Свобода на договаряне“

I. Въведение

1. В гражданско дело ищецът иска ответникът да му заплати възнаграждението за извършена услуга, като претендира по-висока сума от уговорената в договора между страните. Като основание за вземането си той сочи разпоредба от националното право, съгласно която за тази услуга доставчикът има право на възнаграждение в размер, не по-малък от минималната ставка, предвидена в националното право. Тази национална разпоредба обаче е в противоречие с една директива. Следва ли да бъде уважен искът?

2. Това е проблемът, пред който е изправена запитващата юрисдикция по настоящото дело. Решението ѝ зависи от отговора на Съда по въпроса дали при преценката на основателността на иск, предявен от частноправен субект срещу друг частноправен субект, националният съд може да остави без приложение националната разпоредба, която съставлява основанието на иска, след като тя в противоречие с директива, в случая — с Директива 2006/123/ЕО [2].

[1] Език на оригиналния текст: полски.

[2] Директива на Европейския парламент и на Съвета от 12 декември 2006 година относно услугите на вътрешния пазар (ОВ L 376, 2006 г., стр. 36; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 58, стр. 50).

II. Правна уредба

A. Правото на Съюза

3. Съображения 5, 6 и 64 от Директива 2006/123 гласят:

„(5) […] необходимо е да се премахнат бариерите пред свободата на установяване за доставчиците в държавите членки и бариерите за свободното движение на услуги между държавите членки, и да се гарантира на получателите и доставчиците правната сигурност, необходима за да бъдат осъществявани на практика тези две основни свободи, предвидени в Договора […].

(6) Тези бариери не могат да бъдат премахнати като се разчита единствено на прякото прилагане на членове 43 и 49 от Договора [понастоящем членове 49 ДФЕС и 56 ДФЕС], тъй като от една страна разглеждането им като отделни случаи чрез процедурите за нарушения срещу засегнатите държави членки би било, особено след разширяването, изключително сложно за националните институции и тези на Общността и от друга страна, премахването на много от пречките изисква предварителна координация на законови схеми, включително установяването на административно сътрудничество. Както са признали Европейският парламент и Съветът, един законодателен инструмент на Общността ще направи възможно постигането на истински вътрешен пазар на услуги.

[…]

(64) С цел да се създаде реален вътрешен пазар на услуги е необходимо да се премахнат всички пречки пред свободата на установяване и свободното движение на услуги, които са въплътени в законите на някои държави членки и които са несъвместими със съответно членове 43 и 49 от Договора [понастоящем членове 49 ДФЕС и 56 ДФЕС]. Подлежащите на забрана ограничения се отнасят специално до вътрешния пазар на услуги и следва да бъдат систематично премахвани във възможно най-кратки срокове“.

4. Член 2, параграф 1 от тази директива предвижда:

„Настоящата директива се прилага за услуги, предоставяни от доставчици, установени в държава членка“.

5. Член 15 от Директивата гласи:

„1. Държавите членки проверяват дали в техните правни системи съществуват някои от изискванията по параграф 2 и гарантират, че те са съвместими с условията, заложени в параграф 3. Държавите членки адаптират своите законови, подзаконови и административни разпоредби, така че да станат съвместими с тези условия.

2. Държавите членки проверяват дали техните правни системи поставят достъпа до или упражняването на дейност по предоставянето на услуга в зависимост от спазването на някои от следните недискриминационни изисквания:

[…]

ж) фиксирани минимални и/или максимални тарифи, с които доставчикът трябва да се съобразява;

[…]

3. Държавите членки удостоверяват, че изискванията, посочени в параграф 2, отговарят на следните условия:

а) недискриминация: изискванията не трябва да дискриминират нито пряко, нито непряко на основата на [гражданството], нито на основание местоположение на адреса на управление по отношение на компаниите;

б) необходимост: изискванията трябва да са оправдани от наложителна причини, свързана с обществения интерес;

в) пропорционалност: изискванията трябва да са подходящи за постигане на преследваната цел, не трябва да надхвърлят необходимото за нейното постигане и не трябва да е възможно да бъдат заменени с други, по-малко рестриктивни мерки, които постигат същия резултат.

[…]

5. В доклада за взаимна оценка, предвиден в член 39, параграф 1, държавите членки посочват следното:

а) изискванията, които смятат да запазят и причините, поради които смятат, че тези изисквания отговарят на условията в параграф 3;

б) изискванията, които са премахнати или направени по-малко строги.

6. След 28 декември 2006 г. държавите членки не въвеждат никакви нови изисквания от типовете, изброени в параграф 2, освен ако те не изпълняват изискванията на параграф 3.

[…]“.

Б. Германското право

6. В релевантния за спора в главното производство период въпросът за възнагражденията на архитектите и инженерите се урежда от Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (Наредба за възнагражденията на архитектите и инженерите), в редакцията ѝ от 10 юли 2013 г.[3] (наричана по-нататък „HOAI“).

7. Член 1 от HOAI гласи:

„Тази наредба урежда начина на изчисляване на основните възнаграждения (по договори за поръчка) на архитектите и инженерите, установени в Германия, доколкото посочените основни услуги са обхванати от тази наредба и се осъществяват от територията на Германия“.

[3] BGBl. I, стр. 2276.

8. Съгласно член 7 от HOAI:

„1. Хонорарите се определят въз основа на писмения договор, сключен от договарящите страни при възлагането на поръчката, и в рамките на предвидените в настоящата наредба минимални и максимални ставки.

2. […]

3. Минималните ставки, определени в настоящата наредба, могат да бъдат намалявани в изключителни случаи с писмено споразумение.

4. […]

5. Ако при възлагането на поръчката не е уговорено друго в писмена форма, необоримо се смята, че са уговорени съответните минимални ставки съгласно параграф 1“.

9. Член 7 от HOAI е изменен с Erste Verordnung zur Änderung der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (Първа наредба за изменение на наредбата за възнагражденията на архитектите и инженерите) от 2 декември 2020 г.[4] Изменението влиза в сила на 1 януари 2021 г. Оттогава член 7, параграф 1 от HOAI гласи следното:

„Възнаграждението се определя с договор, който страните сключват в писмена форма. Ако размерът на възнаграждението не е уговорен в писмена форма, за основните услуги се смята, че е уговорена съответната базова ставка, определена в съответствие с член 6“.

III. Фактите, главното производство и преюдициалните въпроси

10. На 2 юни 2016 г. MN (ищецът), собственик на инженерно бюро, и Thelen Technopark Berlin GmbH (ответникът) сключват договор за инженерни услуги, по силата на който ищецът се задължава спрямо ответника да извърши определени услуги във връзка с проект за строителство в Берлин. Страните се уговарят, че за тези услуги ищецът ще получи възнаграждение във фиксиран размер от 55 025 EUR. Въз основа на издадените от ищеца междинни фактури ответникът му заплаща общо брутна сума от 55 395,92 EUR.

11. През юли 2017 г., след като прекратява договора за инженерни услуги с писмо от 2 юни 2017 г., ищецът издава крайната фактура за извършените услуги, като прилага минималните ставки по HOAI. След това, като взема предвид вече преведените суми и задържания размер на гаранцията, ищецът предявява иск за осъждането на ответника да му заплати остатъка от дължимото възнаграждение в брутен размер от 102 934,59 EUR, заедно с лихви и досъдебни разноски за правно обслужване.

12. Първата и втората инстанция уважават иска в по-голямата му част. С ревизионна жалба до Bundesgerichtshof (Федерален върховен съд, Германия) ответникът моли искът да бъде отхвърлен.

13. Според запитващата юрисдикция изходът на делото по ревизионната жалба зависи от отговора на въпроса дали разпоредбите на член 15, параграф 1, параграф 2, буква ж) и параграф 3 от Директива 2006/123 се прилагат в спорове между частноправни субекти по

[4] BGBl. I, стр. 2636.

такъв начин, че изискват да се остави без приложение разпоредбата на HOAI, на която се основава искът. При утвърдителен отговор на този въпрос ревизионната жалба ще трябва да се уважи. Тези съмнения произтичат от практиката на Съда.

14. Всъщност с решение от 4 юли 2019 г., Комисия/Германия [5] Съдът постановява, че като е запазила задължителните тарифи по HOAI за проектантските услуги на архитекти и инженери, Федерална република Германия не е изпълнила задълженията си по член 15, параграф 1, параграф 2, буква ж) и параграф 3 от Директива 2006/123.

15. След това, в определение от 6 февруари 2020 г., hapeg dresden [6], Съдът приема, че член 15, параграф 1, параграф 2, буква ж) и параграф 3 от Директива 2006/123 трябва да се тълкува в смисъл, че не допуска национална правна уредба, съгласно която е забранено в договорите с архитекти или инженери да се уговарят възнаграждения под определените в HOAI минимални ставки.

16. При тези обстоятелства Bundesgerichtshof (Федерален върховен съд, Германия) решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Следва ли от правото на Съюза, и в частност от член 4, параграф 3 ДЕС, член 288, трета алинея ДФЕС и член 260, параграф 1 ДФЕС, че в рамките на текущо съдебно производство между частноправни субекти разпоредбите на член 15, параграф 1, параграф 2, буква ж) и параграф 3 от Директива 2006/123 […] пораждат директен ефект по такъв начин, че вече не трябва да се прилагат противоречащите на Директивата национални разпоредби на член 7 от HOAI, според които с някои изключения предвидените в тази наредба минимални ставки за проектантските и надзорните услуги на архитекти и инженери са задължителни, а уговорките в договори с архитекти и инженери за плащане на хонорар под минималните ставки са недействителни?

2) При отрицателен отговор на първия въпрос:

а) Приетата от Федерална република Германия уредба по член 7 от HOAI, която предвижда задължителни минимални ставки за проектантските и надзорните услуги на архитекти и инженери, води ли до нарушение на свободата на установяване по член 49 ДФЕС или на други общи принципи на правото на Съюза?

б) При утвърдителен отговор на буква а) от втория въпрос: наличието на такова нарушение означава ли, че в рамките на текущо съдебно производство между частноправни субекти вече не следва да се прилагат националните разпоредби относно задължителните минимални ставки (в случая — член 7 от HOAI)?“.

17. Писмени становища в производството пред Съда представят страните в главното производство, Кралство Нидерландия и Европейската комисия. С изключение на ответника в главното производство същите страни се представляват и в съдебното заседание от 3 май 2021 г.

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

6 C-137/18, непубликувано, EU:C:2020:84.

IV. Анализ

18. Запитващата юрисдикция се обръща към Съда по същество с въпроса дали правото на Съюза поражда задължение за националния съд, сезиран със спор между частноправни субекти, да остави без приложение разпоредбата от националното право, която ищецът сочи като основание за правото си на вземане, в случая член 7 от HOAI (наричан по-нататък „спорната разпоредба“), при положение че тази разпоредба е в противоречие с Директива 2006/123. Съмненията на запитващата юрисдикция са свързани с класическия проблем в правото на Съюза за възможността на националните съдилища да прилагат при хоризонтални отношения нетранспонирана или неправилно транспонирана директива след изтичането на срока за транспонирането ѝ.

19. В този анализ ще припомня накратко становището на Съда по въпроса за действието на директивите в отношенията между частноправни субекти (раздел А). След това ще посоча обстоятелствата по случая в главното производство, които според мен са важни за настоящото дело (раздел Б). По-нататък ще обсъдя предложението на Комисията относно възможността за съответстващо тълкуване (раздел В). Накрая ще премина към анализ на основанията за евентуално оставяне без приложение на разпоредба от националното право, която е в противоречие с директива (раздел Г).

A. Действие на директивите при хоризонтални отношения

20. От член 288, трета алинея ДФЕС следва, че за разлика от регламента директивата обвързва държавите членки, до които е адресирана. Ето защо тя не може сама по себе си да поражда задължения за частноправни субекти, а следователно по принцип и не може да им бъде противопоставяна[7].

21. Това е известно като липса на директен хоризонтален ефект на директивите. С това понятие се описва както липсата на действие, изразяващо се в пораждане на права и задължения за частноправните субекти, така и изключването на самата възможност за прилагане на директива в спор между частноправни субекти.

22. В този контекст ще припомня, че въпросът за хоризонталния ефект на директивите трябва да се разграничава от въпроса за хоризонталния директен ефект на първичното право и регламентите. Във втория случай се говори за хоризонтален ефект на съответните разпоредби, когато приложното им поле обхваща поведението на частноправните субекти (частните лица). С други думи, нужно е да се определи дали частноправните субекти са директни адресати на произтичащите от тези разпоредби задължения или забрани. В този контекст следва да се подчертае, че дори когато не са адресати на такива разпоредби, частноправните субекти могат да се позовават на тях в споровете си с други частноправни субекти. Това се отнася преди всичко до възможността за изтъкване на такива разпоредби с цел да се установи дали приложимите в спора национални разпоредби са в съответствие с правото на Съюза (т.нар. контрол за законност).

[7] Вж. по-специално решения от 26 февруари 1986 г., Marshall (152/84, EU:C:1986:84, т. 48), от 14 юли 1994 г., Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, т. 20), от 5 октомври 2004 г., Pfeiffer и др. (C-397/01—C-403/01, EU:C:2004:584, т. 108) и от 7 август 2018 г., Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, т. 42).

23. При изключването на директния хоризонтален ефект на директивите проблемът е различен. Всъщност в спорове с частноправни субекти е невъзможно позоваване на разпоредбите на директива, независимо дали изтъкването им има за цел непосредствено да се установят правата и задълженията, произтичащи от съответната директива, или да се прецени съвместимостта на националните разпоредби с правото на Съюза (контрол за законност). В този смисъл е второстепенен въпросът дали частноправните субекти са адресати на конкретните разпоредби от съответната директива.

24. Изключването на директния хоризонтален ефект на директивите обаче не означава, че в спорове между частноправни субекти е невъзможно така да се съобрази дадена директива, че това да се отрази на правната сфера на друг частноправен субект. В практиката си Съдът посочва редица случаи, в които това е възможно. Като имам предвид предмета на делото и становищата на страните, ще се ограничa да припомня само четири от тези случаи.

25. Първо, Съдът приема, че националните съдилища са длъжни да тълкуват националното право в съответствие с директивите (т.нар. съответстващо тълкуване). В резултат те са и длъжни да тълкуват националното право, доколкото е възможно, в светлината на текста и целите на съответната директива, за да постигнат предвидения от нея резултат [8]. Затова изтъкването на директива пред съда с цел тълкуване на националното право в съответствие с нея може да доведе до съобразяването ѝ в процеса на правоприлагане.

26. Второ, в случай че национални технически регламенти са приети в нарушение на задълженията на държавите членки по директивата за определяне на процедура за предоставяне на информация в областта на техническите стандарти и регламенти [9], позоваването на тази директива може да доведе до неприлагане на съответните национални технически регламенти. Неизпълнението на тези задължения от държавата членка всъщност представлява „съществено процесуално нарушение“ и затова води до невъзможност за прилагане на националните технически регламенти, приети в нарушение на тези задължения [10].

27. Трето, когато не може да даде съответстващо тълкуване, националният съд, сезиран със спор между частноправни субекти, е длъжен да остави без приложение противоречащата на директива разпоредба на националното право, ако това е необходимо, за да се спази даден общ принцип на правото на Съюза, в това число конкретизиран в Хартата на основните

8 Вж. по-специално решения от 10 април 1984 г., Von Colson и Kamann (14/83, EU:C:1984:153, т. 26), от 13 ноември 1990 г., Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, т. 8) и от 5 октомври 2004 г., Pfeiffer и др. (C-397/01—C-403/01, EU:C:2004:584, т. 113 и 114).

9 Директива 83/189/ЕИО на Съвета от 28 март 1983 година за установяване на процедурата за предоставяне на информация в областта на техническите стандарти и регламенти (ОВ L 109, 1983 г., стр. 8), впоследствие Директива 98/34/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 22 юни 1998 година за определяне на процедура за предоставяне на информация в областта на техническите стандарти и регламенти (ОВ L 204, 1998 г., стр. 37; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13 том 23, стр. 207), а накрая Директива (ЕС) 2015/1535 на Европейския парламент и на Съвета от 9 септември 2015 година установяваща процедура за предоставянето на информация в сферата на техническите регламенти и правила относно услугите на информационното общество (кодифициран текст) (ОВ L 241, 2015 г., стр. 1). Тази съдебна практика намира приложение и по отношение на задължението по член 3, параграф 4 от Директива 2000/31/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 8 юни 2000 година за някои правни аспекти на услугите на информационното общество, и по-специално на електронната търговия на вътрешния пазар (Директива за електронната търговия) (ОВ L 178, 2000 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 29, стр. 257). В този смисъл вж. решение от 19 декември 2019 г., Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112, т. 100).

10 Вж. решения от 30 април 1996 г., CIA Security International (C-194/94, EU:C:1996:172, т. 48) и от 26 септември 2000 г., Unilever (C-443/98, EU:C:2000:496, т. 44, 50 и 51).

права на Европейския съюз [11]. В такъв случай обаче основанието за неприлагане на националните разпоредби е не разпоредбата на директивата, а общият принцип на правото на Съюза, който тази разпоредба на директивата конкретизира [12].

28. Четвърто, не е изключено позоваване на директива в т.нар. триъгълни отношения, а именно когато последиците на свързан с директива спор, воден на вертикалната плоскост на отношенията между частен субект и държавата, се пренасят върху правната сфера на трето лице [13].

Б. Специфика на случая в главното производство

29. Съществени за настоящото дело са следните моменти от фактическата обстановка в главното производство:

– Спорът в главното производство се води между частноправни субекти (частни лица), а правоотношението, което е предмет на спора, произтича от договор за доставка на услуги. Следователно отношенията между страните са хоризонтални.

– Всички аспекти на спора в главното производство настъпват в границите само на една държава.

– Предявеният иск е с правно основание разпоредба от националното право, вследствие от която вместо договорната клауза, която предвижда възнаграждение за доставчика на услугата в размер под минималната ставка, трябва да се приложи въпросната минимална ставка.

– Тази разпоредба на националното право е в противоречие с член 15, параграф 1, параграф 2, буква ж) и параграф 3 от Директива 2006/123 [14].

– Това е установено с решение на Съда, постановено по реда на член 258 ДФЕС.

– Според запитващата юрисдикция не е възможно спорната разпоредба на националното право да се тълкува така, че да е съвместима с член 15, параграф 1, параграф 2, буква ж) и параграф 3 от Директива 2006/123.

– Договорът между страните е сключен след изтичането на срока за транспонирането на Директивата в националното право, но преди започването на съдебното производство по дело Комисия/Германия [15].

11 Наричана по-нататък „Хартата“.

12 Вж. съдебната практика, посочена в точка 67 от настоящото заключение.

13 Вж. по-специално решения от 24 октомври 1996 г., Kraaijeveld и др. (C-72/95, EU:C:1996:404) и от 7 януари 2004 г., Wells (C-201/02, EU:C:2004:12).

14 Вж. точки 14 и 15 от настоящото заключение.

15 Решение от 4 юли 2019 г., Комисия/Германия (C-377/17, EU:C:2019:562).

B. Възможност за съответстващо тълкуване

30. Както следва от постоянната практика на Съда, въпросът за евентуалното оставяне без приложение на разпоредба от националното право при хоризонтални отношения поради противоречието ѝ с дадена директива се поставя само когато няма възможност за съответстващо тълкуване [16].

31. Според запитващата юрисдикция разпоредбите на националното право не биха могли да се тълкуват така, че да са съвместими с Директива 2006/123, тъй като това би представлявало тълкуване contra legem. В писменото си становище и в съдебното заседание Комисията поставя под съмнение тезата на запитващата юрисдикция.

32. Макар че в миналото многократно е подчертавал задължението на националните съдилища да тълкуват правните актове като директивите и рамковите решения в съответствие с правото на Съюза, Съдът все пак последователно е и приемал, че принципът за съответстващо тълкуване не може да е основание за тълкуване contra legem на националното право [17]. Затова, като се има предвид, че Съдът, както той сам посочва, не е компетентен да се произнася относно тълкуването на националното право на отделните държави членки [18], крайната преценка дали съответстващото с директивата тълкуване би представлявало тълкуване contra legem принадлежи на националния съд [19].

33. В този контекст, от една страна, мога да се съглася с Комисията, че така както ги представя запитващата юрисдикция в преюдициалното запитване, границите на тълкуване в германското право изглеждат прекалено тесни. Това е така най-вече в светлината на цитираната в преюдициалното запитване практика на германските съдилища, от която личи, че в миналото по редица подобни дела прилагането на закрепения в германския граждански кодекс принцип на добросъвестност е позволило да се остави без внимание спорната разпоредба на германското право. От друга страна, предвид категоричното становище на запитващата юрисдикция, че тази съдебна практика е неприложима в настоящия случай, не виждам основания Съдът да замести със своя преценката на запитващата юрисдикция за границите на допустимото съответстващо тълкуване в германското право.

16 Вж. по-специално решения от 17 април 2018 г., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, т. 71—75, както и т. 3 от диспозитива) и от 6 ноември 2018 г., Bauer и Willmeroth (C-569/16 и C-570/16, EU:C:2018:871, т. 25, както и т. 2 от диспозитива).

17 Вж. по-специално решения от 15 април 2008 г., Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, т. 100) и от 29 юни 2017 г., Popławski (C-579/15, EU:C:2017:503, т. 33 и цитираната съдебна практика).

18 Вж. по-специално решение от 16 февруари 2017 г., Agro Foreign Trade & Agency (C-507/15, EU:C:2017:129, т. 23).

19 Вж. по-специално решения от 29 юни 2017 г., Popławski (C-579/15, EU:C:2017:503, т. 39) и от 17 април 2018 г., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, т. 73—75).

Г. Евентуални основания за националния съд да остави без приложение спорната разпоредба

1. Спецификата на Директива 2006/123 като инструмент за конкретизация на една от основните свободи на вътрешния пазар

34. Според мен анализът на настоящото дело следва да започне с по-близък поглед към спецификата на Директива 2006/123 като инструмент за конкретизация в частност на свободата на установяване по член 49 ДФЕС. Този въпрос наистина не е повдигнат изрично в становищата на страните, но все пак би било желателно по настоящото дело Съдът да разгледа по-отблизо връзката между член 49 ДФЕС и Директива 2006/123.

35. Що се отнася до първата част от втория въпрос на запитващата юрисдикция, Комисията изключва възможността от самия член 49 ДФЕС да се изведе задължение за националния съд да остави без приложение противоречаща на този член разпоредба на националното право. Според нея пречка за прилагането на член 49 ДФЕС по настоящото дело е фактът, че спорната разпоредба на германското право в случая се прилага спрямо вътрешно правоотношение. Този довод се опира на допускането, че позоваването на член 49 ДФЕС би било възможно, ако делото имаше някакъв трансграничен елемент и изискваше прилагане на спорната разпоредба на германското право. Това също така би означавало, че всяка фактическа обстановка, която попада под действието на Директива 2006/123, би могла да се оценява и от гледна точка на съвместимостта с член 49 ДФЕС. В това отношение имам големи съмнения, които тук бих искал да споделя със Съда. Убеден съм, че тези съмнения могат да наложат извод за допустимост на прякото прилагане на Директива 2006/123 по настоящото дело.

36. Затова ще разгледам по-отблизо спецификата на глава III от Директива 2006/123, която конкретизира закрепената в член 49 ДФЕС свобода на установяване по отношение на почти всички форми на дейност в областта на услугите. От тази гледна точка Директива 2006/123 се различава от останалите актове на вторичното право, които хармонизират избрани — и обикновено ограничени — аспекти на свободата на установяване за даден сектор [20]. Ето защо разработените в досегашната съдебна практика принципи относно връзката между предвидените в Договора свободи и мерките за хармонизиране на определени аспекти на тези свободи не могат автоматично да се пренесат към Директива 2006/123.

37. На първо място, бих искал да припомня две изключително важни постановки от практиката на Съда. Първо, в решение Rina Services Съдът постановява, че ако съответният въпрос се урежда от Директива 2006/123, не е необходимо наред с това да се анализира и от гледна точка на разпоредбите на Договора [21]. Второ, в решение X и Visser Съдът постановява, че глава III от Директива 2006/123, която се отнася до свободата на установяване на доставчиците на услуги, се прилага и когато всички релевантни елементи на спора настъпват в границите само на една държава членка [22].

[20] Например Директива на Съвета от 22 март 1977 година относно улесняване на ефективното упражняване от адвокатите на свободата на предоставяне на услуги (77/249/ЕИО) (ОВ L 78, 1977 г., стр. 17; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 1, стр. 46).

[21] Решение от 16 юни 2015 г., Rina Services и др. (C-593/13, EU:C:2015:399, т. 23 и сл.).

[22] Вж. решение от 30 януари 2018 г., X и Visser (C-360/15 и C-31/16, EU:C:2018:44, т. 99—110, както и т. 3 от диспозитива).

38. На второ място, следва да се обърне внимание на данните, които еднозначно сочат, че с приемането на Директива 2006/123 законодателят на Съюза е искал да осъществи на практика, тоест да конкретизира, две от основните свободи на вътрешния пазар, в това число свободата на установяване [23]. Директива 2006/123 не служи за хармонизирането на избрани аспекти на дейността в областта на услугите, а уточнява самия Договор. За тази цел Директивата е изключително широко съобразена с дотогавашната практика на Съда, в частност доколкото уточнява забраната за прилагане на определени ограничения и прецизира изключенията. Що се отнася конкретно до член 15 от Директивата, ясно личи, че целта му е да съвмести регулаторните правомощия на държавите членки в областта на изискванията за упражняване на стопанска дейност с ефективното осъществяване на гарантираната в Договора свобода на установяване.

39. От тези съображения произтичат два извода. Първо, ако разглежданата национална уредба попада в приложното поле на Директива 2006/123 и е *несъвместима* с нея, не е необходимо да се проверява съвместимостта ѝ с Договора. Изглежда, че този извод е очевиден и Съдът няма съмнения в това отношение [24]. Второ, според мен като естествена последица от решение Rina Services [25] се налага и изводът, че ако разглежданата национална уредба попада в приложното поле на Директива 2006/123 и е *съвместима* с нея, не може да бъде оспорвана на основание на разпоредбите на Договора, уреждащи свободата на предоставяне на услуги и свободата на установяване [26].

40. Тази логика според мен поставя под съмнение основателността на довода на Комисията, че позоваването на член 49 ДФЕС би било възможно, ако делото имаше трансграничен елемент и изискваше прилагане на спорната разпоредба на германското право. Всъщност това би означавало, че една и съща фактическа обстановка може да се оценява от гледна точка както на съвместимостта с Директива 2006/123, така и на съвместимостта с член 49 ДФЕС. Според мен това би било в противоречие с волята на законодателя на Съюза, който с приемането на Директивата е искал да уреди изчерпателно свободата на установяване за дейностите в областта на услугите. С други думи, всички разновидности и аспекти на свободата на установяване, които попадат в приложното поле на Директивата, вече не могат да се оценяват от гледна точка на член 49 ДФЕС.

41. Същевременно, както следва от решение X и Visser [27], глава III от Директива 2006/123 се прилага и когато всички релевантни елементи на спора настъпват в границите само на една държава членка. Това решение на Съда според мен потвърждава волята на законодателя на Съюза с Директива 2006/123 — в границите на приложното ѝ поле — да разпростре свободата на установяване и върху чисто вътрешните правоотношения [28].

[23] Вж. съображения 5, 6 и 64 от Директива 2006/123. Вж. също решение от 16 юни 2015 г., Rina Services и др. (C-593/13, EU:C:2015:399, т. 40), в което Съдът изрично посочва, че Директива 2006/123 е акт на вторичното право, който конкретизира основна свобода, закрепена в Договора за функционирането на ЕС.

[24] Вж. решения от 23 февруари 2016 г., Комисия/Унгария (C-179/14, EU:C:2016:108, т. 118) и от 30 януари 2018 г., X и Visser (C-360/15 и C-31/16, EU:C:2018:44, т. 137).

[25] Решение от 16 юни 2015 г. (C-593/13, EU:C:2015:399).

[26] Оспорването на такава национална уредба би било възможно само ако определени разпоредби на Директивата за услугите се окажат несъвместими с Договора.

[27] Решение от 30 януари 2018 г., X и Visser (C-360/15 и C-31/16, EU:C:2018:44, т. 3 от диспозитива).

[28] Няма как да не се забележи, че подобен подход има много предимства. Всъщност отпада необходимостта във всяка фактическа обстановка да се търси трансграничен елемент, чието наличие често е трудно да се установи, за да може пряко да се приложи предвидената в Договора свобода.

42. Разбирането, че глава III от Директива 2006/123 конкретизира установената в член 49 ДФЕС свобода на установяване, според мен означава, че е необходим особен подход към проблема за хоризонталното прилагане на тази директива.

43. Убеден съм, че ако дадена фактическа обстановка попада в приложното поле на глава III от Директива 2006/123, трябва да се изключи възможността за позоваване на свободата на установяване по член 49 ДФЕС с цел оспорване на правната уредба на държава членка в спор между частноправни субекти. От една страна, това би било в противоречие с идеята за конкретизирането на свободата на установяване с приемането на Директива 2006/123. От друга страна, то би довело до усложнени анализи по отношение на материалния обхват на свободата на установяване. Тогава би трябвало да се проверява дали съответната противоречаща на Директивата национална правна уредба би била в противоречие и с член 49 ДФЕС, ако хипотетично се допусне, че не е била приета Директивата. Според мен е несъмнено, че подобен подход би накърнил ефективността (полезното действие) на Директива 2006/123.

44. Хипотетично е възможно въз основа на традиционното разбиране за липсата на директен хоризонтален ефект да се приеме, че независимо дали делото има трансграничен елемент или не, позоваването на глава III от Директивата в спор с частноправен субект е изключено. Според мен подобен подход би бил очевидно недопустим дори само защото актовете на вторичното право, какъвто е Директива 2006/123, изобщо не могат да ограничават приложното поле на предвидена в Договора свобода, включително що се отнася до възможността за позоваване на нея в спор с частноправен субект.

45. Затова остава само едно решение, което според мен е и правилното, и то е следствие от констатацията, че глава III от Директива 2006/123 не само конкретизира установената с Договора свобода на установяване, но и разпростира границите на нейната приложимост върху чисто вътрешните правоотношения. Позоваването на разпоредбите на тази глава в спор с друг частноправен субект трябва да е допустимо, така както е допустимо прякото позоваване в подобни случаи на предвидената в Договора свобода на установяване.

46. Затова противоречието на спорната разпоредба от националното право с член 15, параграф 2, буква ж) от Директива 2006/123 трябва да се съобразява от националния съд по особен начин, без да се взема предвид съдебната практика, която изключва директния хоризонтален ефект на директивите.

47. Ето защо смятам, че когато не може да даде тълкуване, което да съответства на правото на Съюза, националният съд, сезиран със спор между частноправни субекти относно вземане, чието основание е национална разпоредба, която определя минимални тарифи за доставчиците на услуги в противоречие с член 15, параграф 1, параграф 2, буква ж) и параграф 3 от Директива 2006/123, трябва да остави без приложение тази национална разпоредба. Националният съд носи това задължение по силата на член 15, параграф 2, буква ж) и параграф 3 от Директива 2006/123 — като разпоредби, които конкретизират произтичащата от член 49 ДФЕС свобода на установяване.

2. Прилагане по аналогия на съдебната практика относно техническите регламенти

48. Наред с останалото, нидерландското правителство предлага по настоящото дело Съдът да приложи по аналогия практиката си относно техническите регламенти, за които не са изпратени уведомления.

49. Както посочва и Съдът, практиката му относно техническите регламенти представлява изключение и няма основания за разпростирането ѝ спрямо други случаи. Спецификата на делата, по които е постановена тази практика на Съда[29], се състои в това, че изтъкнатата директива, понеже не създава нито права, нито задължения за частноправните субекти, не определя материалноправното съдържание на правната норма, на чието основание националният съд трябва да разреши висящия пред него спор. Затова по тези дела не е била релевантна съдебната практика относно невъзможността за позоваване на нетранспонирана директива в спор между частноправни субекти[30].

50. Настоящото дело не прилича на делата относно техническите регламенти, за които не е изпратено уведомление. Член 15, параграф 2, буква ж) и член 15, параграф 3 от Директивата не са разпоредби, които да предвиждат задължение за изпращане на уведомление. Затова няма основания за прилагане по аналогия на съдебната практика относно техническите регламенти, за които не е изпратено уведомление.

3. Използване на Директивата като „щит“, а не като „меч“

51. Според нидерландското правителство от досегашната практика на Съда[31] следва, че частноправните субекти не могат да се позовават на разпоредбите на директива, за да наложат на друг частноправен субект произтичащо от директивата задължение, при положение че такова задължение не е предвидено в националното право (тоест директивата не може да се използва като „меч“). От тази практика обаче не следвало, че частноправните субекти не биха могли да се позовават на разпоредбите на директива, когато на тях насрещната страна иска да наложи предвидено в националното право задължение, което е в противоречие с директивата. Нидерландското правителство посочва, че във втората хипотеза (в която директивата се използва като „щит“) националният съд е длъжен да остави без приложение разпоредбата на националното право.

52. Комисията вижда необходимостта от такова разграничение. Тя подчертава, че в досегашната практика на Съда се посочва, че директивите не могат *сами по себе си* да създават задължения за частноправните субекти, поради което не е възможно позоваване на директива *като такава* в спор с частноправен субект. В настоящия случай обаче задължението на ищеца *да се придържа към* уговорения размер на възнаграждението произтичало от договора между страните. Затова ответникът се защитавал срещу претенцията на ищеца за възнаграждение в по-висок размер не просто на основание на

[29] Вж. по-специално решения от 30 април 1996 г., CIA Security International (C-194/94, EU:C:1996:172, т. 48), от 26 септември 2000 г., Unilever (C-443/98, EU:C:2000:496, т. 44, 50 и 51) и от 19 декември 2019 г., Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112, т. 100).

[30] Така в решение от 7 август 2018 г., Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, т. 53).

[31] Нидерландското правителство посочва решения от 7 август 2018 г., Smith (C-122/17, EU:C:2018:631) и от 24 януари 2012 г., Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33).

самата директива, а на основание на директивата във връзка с договора. Следователно не била налице хипотеза, в която директивата *сама по себе си* или *като такава* да поражда определени права за частноправния субект.

53. Комисията обаче се съмнява дали изложеното по-горе има решаващо значение за делото, първо, предвид категоричната позиция в практиката на Съда, че не е възможно позоваване на директива в спор между частноправни субекти с цел да се остави без приложение противоречащата на тази директива правна уредба на държава членка [32], и второ, предвид спецификата на договорите в частноправния оборот, които се отличават с това, че при определянето на съответните си права и задължения страните сами претеглят своите интереси. Поначало съобразяването на директивата непременно щяло да доведе до влошаване на положението на едната от страните, поради което нямало решаващо значение дали от нея произтича право или задължение. Всъщност това били двете страни на един и същ медал.

54. Съгласен съм с последния извод на Комисията.

55. Първо, идеята, че директивата би следвало като такава да поражда различни последици при хоризонтални отношения в зависимост от това дали се използва като „меч“ или като „щит“, според мен не намира потвърждение в текста на член 288, трета алинея ДФЕС. От него не произтича правомощие за отмяна или обезсилване на противоречащите на директивата национални разпоредби при хоризонтални отношения.

56. Както правилно отбелязва Комисията, от практиката на Съда по същество произтича забрана да се извеждат от директивите правни последици за частноправните субекти при хоризонтални отношения, независимо дали тези последици се изразяват в права или в задължения. Дали от директивата произтича задължение, което едната страна иска да наложи на насрещната страна, или само забрана да се налага задължението, което иначе произтича от националното право, е въпрос на процесуална ситуация и гледна точка, така че това разграничение не се опира на обективен критерий.

57. Всъщност, ако от директивата произтича забрана да се приемат разпоредби, които определят задължителен за страните минимален размер на възнаграждението за дадена услуга, очевидно може да се каже, че е налице ситуация, при която националното право предвижда задължение за заплащане на по-висока сума от уговорената между страните, а директивата осигурява закрила от това като „щит“. Може обаче и да се каже, че от директивата произтича косвено право и конкретно задължение за частноправните субекти: право на получателя на услугата да изпълни договорното си задължение чрез заплащане на уговорената в договора цена и задължение на доставчика на услугата да приеме заплащането на уговорената в договора цена като надлежно изпълнение на договорното задължение от страна на получателя. Така, защитавайки се от иска, получателят на услугата в едната си ръка носи щит, но с другата размахва меч и се опитва да наложи на доставчика задължението да признае, че договорното задължение е погасено в резултат на заплащането на сума, която е под минималната ставка.

58. Нека си представим, че получателят на услугата по погрешка е заплатил възнаграждение в по-висок размер от уговорения в договора, а след това иска връщането му от доставчика. С това той би се опитвал да наложи на доставчика задължение за

[32] Решение от 7 август 2018 г., Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, т. 44).

връщане на недължимо полученото. За тази цел получателят на услугата би използвал директивата като „меч“. Аналогична ситуация би била налице, ако страните уговорят възнаграждение над задължителните максимални ставки и доставчикът на услугата, след като получи плащане по максималната ставка, предяви претенция за разликата между нея и уговорената в договора сума. По същество с това той би се опитвал да наложи на получателя на услугата произтичащо от директивата задължение да плати договорната цена. Наистина в настоящия случай не са налице такива хипотези, но е логично да се приеме, че подходът трябва да е еднакъв за всички случаи: ако разпоредбата на националното право не следва да се прилага, то тя не следва да се прилага в нито една от тези хипотези. Доводите, свързани с налагането на задължение на частноправен субект, не гарантират постигането на този резултат при всякаква процесуална ситуация и се опират на неточен и обтекаем критерий.

59. Ако предложението на нидерландското правителство се разгледа от малко по-различен ъгъл, фокусът може да се постави върху самата възможност за позоваване на директива в спор с частноправен субект. Действието на директивата като „щит“ тогава би се състояло в елиминирането на противоречащата на директивата национална разпоредба от нормите, въз основа на които следва да се реши спорът. В този смисъл действието на директивата като „щит“ е еквивалент на т.нар. възможност за позоваване на директивата с цел изключване на приложимостта на дадена разпоредба от националното право (на френски „invocabilité d’exclusion“) и е противоположност на възможността за позоваване на директивата с цел тя да замести националното право като основа за решаването на спора (на френски „invocabilité de substitution“) [33].

60. Този критерий за разграничаване на действието на директивата като „щит“ и като „меч“ (ако се приеме, че отговаря на разграничението между „изключване“ и „заместване“) може би е по-точен, но са мислими и случаи, в които такъв тип разграничение би се оказало трудно за прилагане.

61. Всъщност въпреки препоръките от страна на генералните адвокати A. Saggio [34], S. Alber [35] и D. Ruiz-Jarabo Colomer [36] Съдът явно в крайна сметка отхвърля тази идея в решение Pfeiffer [37].

62. Наистина при последно споменатото дело противоречащото на директивата задължение във връзка с работното време е произтичало не от закона, а от колективния трудов договор, към който е препращал трудовият договор на работника. Разликата между двете дела се състои в това, че в единия случай противоречащото на директивата задължение е същевременно и в пряко противоречие с разпоредбата на договора между страните относно цената (настоящото дело), а в другия случай няма така явно противоречие, понеже самият договор не е съдържал съответна разпоредба за работното време, а е препращал към колективния трудов договор, в който е било предвидено въпросното задължение (делото, по което е постановено решение Pfeiffer [38]). Може обаче да

[33] Вж. заключението на генералния адвокат Léger по дело Linster (C-287/98, EU:C:2000:3, т. 57 и сл.), както и посочената там статия на *Galmot*, Y. et *Bonichot*, J-C. La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national — Revue française de droit administratif, 1988, 4(1), p. 16.

[34] Вж. заключението на генералния адвокат Saggio по съединени дела Océano Grupo Editorial и Salvat Editores (C-240/98—C-244/98, EU:C:1999:620, т. 38).

[35] Вж. заключението на генералния адвокат Alber по дело Collino и Chiappero (C-343/98, EU:C:2000:23, т. 30).

[36] Вж. заключението на генералния адвокат Colomer по съединени дела Pfeiffer и др. (C-397/01—C-403/01, EU:C:2003:245, т. 58).

[37] Решение от 5 октомври 2004 г. (C-397/01—C-403/01, EU:C:2004:584).

[38] Решение от 5 октомври 2004 г. (C-397/01—C-403/01, EU:C:2004:584).

се каже, че липсата на съответна разпоредба в договора означава, че задължението по този въпрос е определено със законовата разпоредба, която определя максималното работно време за работниците. Обстоятелството, че в настоящия случай противоречието произтича пряко от договора между страните, според мен не може да е причина по настоящото дело да се възприеме различен извод по въпроса за директния хоризонтален ефект на директивата.

63. В обобщение на тази част от анализа смятам, че разпоредбата на член 288, трета алинея ДФЕС и практиката на Съда не дават основание да се приеме, че правата и задълженията на частноправните субекти изобщо могат да се установяват по обвързващ начин чрез съобразяване на разпоредбите на директива „като такава“ в процеса на определянето на правното основание за решаването на спора между тези частноправни субекти. В този контекст следва да се приеме, че в процеса на определяне на правното основание за решаването на спора няма значение дали ще се стигне до изключване на приложимостта на разпоредбата от националното право, до заместването ѝ с разпоредба от директивата или до прибавянето на разпоредбата на директивата към нормите, въз основа на които ще се реши спорът. В крайна сметка понятията „заместване“ и „изключване“ на разпоредба от националното право при хоризонтални отношения са подходящи само за определянето на последиците от евентуално съобразяване на директивата в процеса на правоприлагане. Няма основания обаче да се приеме, че директивата поражда директен ефект при хоризонтални отношения, щом последицата от съобразяването ѝ е просто изключване на приложимостта на разпоредбата от националното право.

4. Позоваване на общите принципи на правото на Съюза, в това число свободата на договаряне

64. В писменото си становище Комисията предлага като алтернатива да се остави без приложение спорната разпоредба поради противоречието ѝ със свободата на договаряне, гарантирана с член 16 от Хартата. Тази свобода обхващала и възможността на страните свободно да определят цената за доставката. Всяка национална разпоредба, която предвижда задължителни минимални ставки на възнаграждението за определени услуги, ограничавала тази свобода. Поради непропорционалността на установеното ограничение Комисията смята, че националният съд трябва да остави без приложение спорната разпоредба на германското право като противоречаща на член 16 от Хартата.

65. Най-напред ще разгледам въпроса какви предпоставки произтичат от досегашната съдебна практика по отношение на възможността за позоваване на Хартата с цел да се остави без приложение разпоредба на националното право, която противоречи на дадена директива (вж. буква а) по-нататък). След това ще проверя дали тези предпоставки са изпълнени, що се отнася до свободата на договаряне и правото на определяне на цената (вж. буква б). Накрая ще обсъдя дали по настоящото дело е възможно да се приложи разпоредбата, която гарантира тази свобода (вж. буква в).

а) Условия за позоваване на общите принципи на правото на Съюза, в това число конкретизираните в Хартата

66. В практиката си от решение Mangold[39] нататък Съдът допуска възможността при хоризонтални отношения да се остави без приложение разпоредба на националното право, която е в противоречие с дадена директива, ако го изискват общите принципи на правото на Съюза, в това число конкретизираните в Хартата[40].

67. Така Съдът приема, че има основание да се оставят без приложение националните разпоредби, които са в противоречие с Директива 2000/78/ЕО[41], доколкото това е необходимо за зачитането на общите принципи на правото на Съюза като принципа за недопускане на дискриминация по възраст[42] или принципа за недопускане на дискриминация с оглед на религията или убежденията[43] и правото на ефективна съдебна защита[44]. В делата относно Директива 2003/88/ЕО[45] Съдът приема, че има основание да се оставят без приложение националните разпоредби, които са в противоречие с правото на работника на платен годишен отпуск, гарантирано с член 31, параграф 2 от Хартата[46].

68. Съдът обаче отказва да възприеме същия подход по отношение на задълженията, произтичащи от член 1 от Трета директива 90/232/ЕИО[47], като се мотивира с това, че тази разпоредба не конкретизира общ принцип на правото на Съюза[48]. Той постъпва аналогично и по отношение на разпоредбите на Директива 2002/14/ЕО[49], като приема, че забраната по член 3, параграф 1 от нея не може да се изведе като пряко приложима правна норма нито от текста на член 27 от Хартата, нито от разясненията относно посочения член[50].

39 Решение от 22 ноември 2005 г. (C-144/04, EU:C:2005:709, т. 76).

40 Отношението между общите принципи на правото на Съюза и основните права, гарантирани в Хартата, не е изяснено еднозначно в практиката на Съда. В заключението си по дело Prigge и др. (C-447/09, EU:C:2011:321, т. 26) генералният адвокат Cruz Villalón посочва, че от влизането в сила на Договора от Лисабон общият принцип на правото на Съюза, какъвто е изискването за недопускане на дискриминация, се преобразува в право, предвидено в „Хартата от Лисабон“. В настоящото заключение за простота ще си служа с понятието „общи принципи на правото на Съюза, в това число конкретизираните в Хартата“.

41 Директива на Съвета от 27 ноември 2000 година за създаване на основна рамка за равно третиране в областта на заетостта и професиите (ОВ L 303, 2000 г., стр. 16; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 6, стр. 7).

42 Вж. по-специално решения от 22 ноември 2005 г., Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, т. 76), от 19 януари 2010 г., Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, т. 46) и от 19 април 2016 г., DI (C-441/14, EU:C:2016:278, т. 35—37).

43 Вж. по-специално решения от 17 април 2018 г., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, т. 76, 77 и 79), от 11 септември 2018 г., IR (C-68/17, EU:C:2018:696, т. 69—71) и от 22 януари 2019 г., Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43, т. 76 и 80).

44 Вж. решение от 17 април 2018 г., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, т. 78).

45 Директива на Европейския парламент и на Съвета от 4 ноември 2003 година относно някои аспекти на организацията на работното време (ОВ L 299, 2003 г., стр. 9; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 7, стр. 3).

46 Вж. по-специално решения от 6 ноември 2018 г., Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:874, т. 74, 80 и 81, както и т. 2 от диспозитива) и от 6 ноември 2018 г., Bauer и Willmeroth (C-569/16 и C-570/16, EU:C:2018:871, т. 80, 84 и 91).

47 Директива на Съвета от 14 май 1990 година за сближаване на законодателствата на държавите членки относно застраховките „Гражданска отговорност“ при използването на моторни превозни средства (ОВ L 129, 1990 г., стр. 33; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 1, стр. 240).

48 Вж. решение от 7 август 2018 г., Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, т. 48).

49 Директива на Европейския парламент и на Съвета от 11 март 2002 година за създаване на обща рамка за информиране и консултиране на работниците и служителите в Европейската общност (ОВ L 80, 2002 г., стр. 29; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 6, стр. 120).

50 Вж. решение от 15 януари 2014 г., Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, т. 46).

69. Практиката на Съда е критикувана в доктрината като водеща до твърде тясно прилагане на Хартата в отношенията между частноправни субекти [51] и до обвързване на прилагането ѝ с неясни критерии [52]. Генералните адвокати също са се застъпвали в миналото за по-широко прилагане на Хартата при хоризонтални отношения [53]. Въпреки това Съдът по принцип остава верен на своя предпазлив и казуистичен подход [54].

70. Парадоксът на цялата ситуация е в това, че поради невъзможността за прилагане на директивите при хоризонтални отношения действието на Хартата — акт на първичното право със същата сила като Договорите — при хоризонтални отношения се открива с годините „на порции“ по повод на всяко следващо преюдициално запитване относно възможността да се остави без приложение дадена национална разпоредба, която е в противоречие с нетранспонирана или неправилно транспонирана директива. В това отношение се оказва, че Хартата има изключително практическо значение и де факто се превръща, ако си послужа с езика на алхимията, във философския камък на правото на Съюза, с който може неблагородните норми (лишените от хоризонтален ефект разпоредби на директивите) да се трансмутират в благородни (с хоризонтален ефект). Именно по такива поводи са разработени правилата за позоваването на Хартата в отношенията между частноправни субекти.

71. Съгласно сегашната практика на Съда основното условие, за да може дадена разпоредба на Хартата да е самостоятелно основание за решаване на делото пред националния съд, е нейната „самодостатъчност“ [55]. С други думи, съответната разпоредба трябва да е достатъчна сама по себе си да породи в полза на частноправните субекти право, на което те да могат да се позовават в спорове с други частноправни субекти. За да е възможно това, трябва от разпоредбата да произтича право, което е едновременно императивно и безусловно. Последното условие не е изпълнено, ако за установяването на съдържанието на това право е необходимо да се приемат допълнителни разпоредби, било то в правото на Съюза, или в националното право [56].

[51] Вж. например *Leczykiewicz*, D. *Horizontal application of the Charter of Fundamental Rights* — European Law Review, 2013, 38(4), p. 479—497.

[52] Вж. например *Frantziou*, E. The horizontal effect of fundamental rights in the European Union: a constitutional analysis. Oxford: Oxford University Press, 2019, която посочва, че „[t]he 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)“ (p. 114).

[53] Вж. най-вече заключението на генералния адвокат Cruz Villalón по дело Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2013:491, т. 34—38).

[54] В светлината на най-новата съдебна практика обаче може да се постави въпросът дали генералният адвокат Bot би поддържал и днес позицията си от заключението по съединени дела Bauer и Willmeroth (C-569/16 и C-570/16, EU:C:2018:337, т. 95), в което определя тогавашния подход на Съда като „прекомерно рестриктивен“.

[55] В това отношение вж. заключението на генералния адвокат Bot по съединени дела Bauer и Willmeroth (C-569/16 и C-570/16, EU:C:2018:337, т. 80, 82 и цитираните произведения).

[56] *Lenaerts*, K. The Role of the EU Charter in the Member States. — In: The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States, Oxford, Hart, 2020, p. 32—33; *Prechal*, S. Horizontal direct effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU. — Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2020, Vol. 66, p. 420.

72. Следващо условие за прилагането на разпоредба на Хартата с цел да се изведе хоризонтален ефект за определена разпоредба от директива е да съществува връзка между конкретната норма на Хартата и разпоредбата на директивата. За някои права тази връзка трябва да се изразява в това, че разпоредбата на директивата конкретизира тази на Хартата [57].

73. Изпълнени ли са тези условия за член 16 от Хартата, доколкото същият гарантира свободата на договаряне?

74. Преди да отговоря на този въпрос, ще подчертая, че настоящото дело не се отнася по същество до директния хоризонтален ефект на Хартата в класическия смисъл на понятието. Всъщност въпросът не е дали дадена разпоредба на Хартата налага пряко задължения на една от страните по договора, а само дали може в спор между частноправни субекти да се остави без приложение определена национална разпоредба поради несъвместимостта ѝ с разпоредба от Хартата, в случая член 16. При все това пак трябва да са изпълнени посочените по-горе условия, тъй като от тях зависи директният ефект на Хартата, тоест възможността за прякото ѝ прилагане по висящото дело.

б) Свобода на договаряне

1) Предварителни бележки

75. Свободата на договаряне [58] е сред основните принципи на частното право, наред с принципи като принципа на точното изпълнение на договорите и принципа на добросъвестност. Нейните източници може да се търсят още в античността, но традиционно се приема, че в пълния си вид тя е закрепена за първи път в Наполеоновия кодекс [59].

76. Понякога може да изглежда, че свободата на договаряне е, ако си послужа с английския израз, нещо като „слона в стаята“. Според мен тя още не е намерила полагащото ѝ се място в системата на правото на Съюза. Същевременно тя е основата на тази система, особено в контекста на функционирането на основните свободи [60]. Без нея не би могло да се мисли за съществуването на вътрешен пазар и силно конкурентна социална пазарна икономика по смисъла на член 3, параграф 3 ДЕС, нито за въвеждането на икономическа политика в съответствие с принципа за отворена пазарна икономика и свободна конкуренция по смисъла на член 119 ДФЕС. Същевременно тя остава скрита зад цялата система на другите принципи и права на Съюза.

[57] Това условие не е абсолютно. В по-старата съдебна практика видимо е имало ключово значение (вж. например решения от 19 януари 2010 г., Kücükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, т. 21, от 19 април 2016 г., DI, C-441/14, EU:C:2016:278, т. 22, 27, 35 и 38, както и от 7 август 2018 г., Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, т. 48). От друга страна, в решение от 6 ноември 2018 г., Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:874, т. 78 и 79) Съдът постановява, че правото на платен годишен отпуск не се нуждае от конкретизация във вторичното право. Съдът се произнася подобно и в решение от 17 април 2018 г., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, т. 78) по отношение на правото на ефективна съдебна защита.

[58] В полската доктрина често се използва понятието „принцип на договорната свобода“. За да не оставя впечатлението, че поначало оценявам свободата като „принцип“, а не като „право“ по смисъла на член 52 от Хартата, в настоящото заключение ще използвам понятието „свобода на договаряне“.

[59] *Trzaskowski*, R. Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Artykuł 353(1) k.c. Kraków: Zakamycze, 2005, p. 41; той обаче посочва, подобно на *Ghestin*, J. Traité de droit civil. La formation du contrat. Paris: 1993, p. 41, че член 1134 от Наполеоновия кодекс, който традиционно се разглежда като еманация на този принцип, всъщност изобщо не е негов израз.

[60] Както наскоро отбеляза Юрген Базедов, „[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“ (*Basedow*, J. EU Private Law. Anatomy of a Growing Legal Order. Cambridge — Antwerp — Chicago: Intersentia, 2021, p. 426, No 68).

77. Може би настоящото дело ще трябва да подтикне Съда да се вгледа по-отблизо в свободата на договаряне и да прецизира мястото ѝ в системата на правото на Съюза.

2) Признаване на свободата на договаряне в правото и в съдебната практика

78. Понастоящем свободата на договаряне е гарантирана с член 16 от Хартата. Наистина тя не е изрично спомената в текста му, но от разясненията относно Хартата на основните права [61] личи, че свободата на договаряне е съставна част от свободата на стопанска инициатива, на която е посветен този член.

79. Отделните разпоредби на Хартата може да гарантират различни права и свободи и да установяват различни принципи [62], някои от които може да отговарят на условията, за да представляват правно основание при решаването на спорове пред националните съдилища, а други — не [63]. Член 16 се отнася включително до свободата на договаряне, но този факт не означава, че условията за позоваване на тази свобода пред националните съдилища ще важат и за другите права или свободи, гарантирани с член 16 от Хартата. Предвид предмета на настоящото дело ще анализирам само свободата на договаряне, а след това и конкретното право, което произтича от нея.

80. От разясненията относно Хартата изрично следва, че член 16 само кодифицира практиката на Съда, който вече е признал, че в правото на Съюза важи свободата на договаряне [64]. Статутът на свободата на договаряне като един от принципите на правото на Съюза впоследствие е потвърден и в практиката на Съда от периода след приемането на Хартата [65]. Затова може да се приеме, че тя е утвърдена свобода, гарантирана в правото на Съюза. Смята се, че тя е право, а не принцип по смисъла на член 52, параграф 5 от Хартата [66].

3) Съдържание на свободата на договаряне

81. Свободата на договаряне е вид свобода изобщо. Всъщност това е свободата в сферата на частноправните облигационни отношения. Често е отъждествявана с автономията на волята на частноправните субекти, но всъщност има по-малък обхват, тъй като се отнася не до всички правни действия, а само до договорите [67].

82. Традиционно се приема, че свободата на договаряне включва най-малкото следните свободи: на сключване на договор, на избор на съдоговорител, на определяне на съдържанието на договора, а оттам и на облигационното правоотношение, а също и на

61 Разяснения относно Хартата на основните права (ОВ C 303, 2007 г., стр. 17, наричани по-нататък „разясненията относно Хартата“).

62 Вж. разясненията относно Хартата по член 52, параграф 5.

63 *Lenaerts*, op.cit., p. 33, който посочва, че член 31, параграф 2 от Хартата има директен хоризонтален ефект само що се отнася до основното му съдържание („the essence“).

64 Тук в разясненията относно Хартата се посочват решения от 16 януари 1979 г., Sukkerfabriken Nykøbing (151/78, EU:C:1979:4, т. 19) и от 5 октомври 1999 г., Испания/Комисия (C-240/97, EU:C:1999:479, т. 99).

65 Вж. по-специално решения от 22 януари 2013 г., Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, т. 42 и 43), от 18 юли 2013 г., Alemo-Herron и др. (C-426/11, EU:C:2013:521, т. 32—35) и от 24 септември 2020 г., YS (Професионални пенсии на ръководен персонал) (C-223/19, EU:C:2020:753, т. 86).

66 Решение от 22 януари 2013 г., Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, т. 43—48). Вж. също *Oliver*, P. What purpose does Article 16 of the Charter serve? — In: *General Principles of EU law and European Private Law*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2013, § 12.06, p. 295—296; *Jarass*, H.D. Art. 16 Unternehmerische Freiheit, *Charta der Grundrechte des Europäischen Union. Kommentar*, 4. Aufl., München, C.H. Beck, 2021, § 2.

67 *Machnikowski*, P. Swoboda umów według art. 353(1) k.c. Konstrukcja prawna. Warszawa: C.H. Beck, 2005, p. 2 et 3.

избор на форма на договора[68]. Правото на страните свободно да определят съдържанието на правоотношението помежду си включва и правото им да определят размера на взаимните престации, в това число най-вече цената или възнаграждението за престацията на другата страна.

83. Тази представа за свободата на договаряне намира отражение в практиката на Съда. Той изрично посочва, че налагането от страна на държава членка на задължение на частноправния субект за сключване на договор представлява съществена намеса в свободата на договаряне[69] и че свободата на договаряне включва в частност свободния избор на икономически партньор[70], правото на страните свободно да поемат задължения една към друга[71], в това число свободно да определят цената за конкретна престация[72], и накрая правото да изменят сключения договор[73].

84. Затова смятам, че свободата на договаряне е право, признато както в правните системи на държавите членки, така и в правото на Съюза. От нея произтичат определени права за частноправните субекти, на които съответстват задължения за въздържане от намеса спрямо автономията на волята на страните, особено чрез налагане на задължение за сключване или прекратяване на договори или изискване те да имат определено съдържание.

4) Значение на препращането в член 16 от Хартата

85. Предвид текста на член 16 от Хартата са възможни някои съмнения в категоричността на направения извод. Всъщност член 16 гласи, че свободата на стопанската инициатива се признава „в съответствие с правото на Съюза и с националните законодателства и практики“. Същевременно в решение Association de médiation sociale[74] Съдът постановява, че от текста на член 27 от Хартата, който съдържа подобно препращане[75], „произтича ясно, че за да може този член да породи напълно своето действие, той следва да бъде уточнен в разпоредби на правото на Съюза или на националното право“[76]. Затова по онова дело не е

[68] Ibid, p. 3 et 4. В съответствие с тази дефиниция е редакцията на член 1102 от френския граждански кодекс, който гласи: „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“. Вж. също *Von Bar*, C., *Clive*, E. et *Schulte-Nölke*, H. (eds.). Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition. München: 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“; както и UNIDROIT Principles 2016 (Принципи на международните търговски договори, Международен институт за унифициране на частното право, 2016 г.), член 1.1, озаглавен „Freedom of contract“, който гласи: „The parties are free to enter into a contract and to determine its content“.

[69] Вж. по-специално решение от 28 април 2009 г., Комисия/Италия (C-518/06, EU:C:2009:270, т. 66—71).

[70] Вж. по-специално решения от 22 януари 2013 г., Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, т. 43) и от 20 декември 2017 г., Polkomtel (C-277/16, EU:C:2017:989, т. 50).

[71] Вж. по-специално решение от 20 май 2010 г., Harms (C-434/08, EU:C:2010:285, т. 36).

[72] Вж. по-специално решения от 22 януари 2013 г., Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, т. 43), от 20 декември 2017 г., Polkomtel (C-277/16, EU:C:2017:989, т. 50) и от 24 септември 2020 г., YS (Професионални пенсии на ръководен персонал) (C-223/19, EU:C:2020:753, т. 86).

[73] Вж. по-специално решение от 5 октомври 1999 г., Испания/Комисия (C-240/97, EU:C:1999:479, т. 99).

[74] Решение от 15 януари 2014 г. (C-176/12, EU:C:2014:2).

[75] Член 27 от Хартата гласи: „На работниците или на техните представители трябва да се гарантира, на съответните равнища, своевременно информиране и консултиране в предвидените от правото на Съюза, от националните законодателства и практики случаи и условия“.

[76] Решение от 15 януари 2014 г., Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, т. 45).

можело релевантната за спора забрана да бъде изведена като пряко приложима правна норма нито от текста на член 27 от Хартата, нито от разясненията относно посочения член [77].

86. За разлика обаче от правата по член 27 от Хартата свободата на договаряне, макар да не е посочена изрично в текста на член 16, е спомената в разясненията относно Хартата като защитена от тази разпоредба. Това е потвърдено и в практиката на Съда. Затова няма основания към нея просто да се приложи съдебната практика относно член 27 от Хартата.

87. Смятам също така, че препращането в член 16 от Хартата към правото на Съюза и националното право е различно от препращането в член 27 от Хартата. Докато във втория случай става дума за препращане към разпоредбите, с които тепърва ще се предвижда съответното право, в първия случай става дума за препращане към разпоредбите, които съдържат правилата за упражняване на вече съществуващо и гарантирано в Хартата право.

88. Както следва от разясненията относно Хартата, гарантираното в член 16 „право се упражнява при зачитане на правото на Съюза и на националните законодателства. То може да бъде предмет на ограниченията, предвидени в член 52, параграф 1 от Хартата“. Както подчертава и Съдът, свободата на стопанската инициатива не е абсолютна, а трябва да се разглежда във връзка с нейната функция в обществото [78]. Тя може да бъде предмет на многобройни видове намеса на публичната власт, която може в общ интерес да въвежда ограничения за упражняването на стопанската дейност [79]. Същото важи и за свободата на договаряне.

89. В този контекст съм съгласен с изразеното в доктрината становище, че препращането в член 16 от Хартата служи само за да се подчертае, че по отношение на гарантираното в този член право е допустима по-висока степен на намеса на държавата, отколкото по отношение на други права. Това препращане обаче не означава нито че е ограничено равнището на защита, осигурявано от това право, нито че то има статута на принцип, нито че е право „от втора категория“ [80].

90. Това не променя факта, че в практиката рядко ще се налага съответният спор да се решава единствено въз основа на член 16 от Хартата [81]. В сравнение с други основни права свободата на стопанска инициатива, а съответно и свободата на договаряне често ще трябва да отстъпват пред други защитени в правото на Съюза ценности [82]. Необходимостта от по-интензивна намеса спрямо свободата на договаряне е особено видима при регулираните пазари и потребителските договори.

77 Решение от 15 януари 2014 г., Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, т. 46).

78 Вж. по-специално решения от 9 септември 2004 г., Испания и Финландия/Парламент и Съвет (C-184/02 и C-223/02, EU:C:2004:497, т. 51 и 52), от 6 септември 2012 г., Deutsches Weintor (C-544/10, EU:C:2012:526, т. 54), от 22 януари 2013 г., Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, т. 45) и от 24 септември 2020 г., YS (Професионални пенсии на ръководен персонал) (C-223/19, EU:C:2020:753, т. 88).

79 Решение от 22 януари 2013 г., Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, т. 46).

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

81 *Oliver*, P., op. cit., § 12.08, p. 299. Авторът излага тезата, че разпоредбата е само за крайни случаи („extreme cases“).

82 Например спрямо правото на интелектуална собственост: вж. решение от 24 ноември 2011 г., Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:771, т. 50), или спрямо правото на информация на обществеността: решение от 22 януари 2013 г., Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, т. 66).

5) Самодостатъчност на член 16 от Хартата в частта, в която от него произтича право на страните да определят цената за услугата

91. Измежду посочените по-горе права, които съставляват тази свобода и са потвърдени в практиката на Съда, в случая е важно правото на страните да определят съдържанието на правоотношението си, като определят размера на цената за услугата. Именно на това право ще посветя по-нататъшната част от този анализ.

92. Смятам, че правото на страните да определят цената за услугата, предмет на договора, е дотолкова очевидно, ясно и еднозначно, че не изисква доуточняване в правото на Съюза или в националното право, за да може да се определи съдържанието му.

93. Затова в частта, в която гарантира свободата на страните да определят цената за услугата, член 16 от Хартата е разпоредба, „достатъчна сама по себе си“. Следователно той отговаря на условията, за да има директен ефект.

6) Допустими ограничения на свободата на договаряне във връзка с правото на определяне на цената

94. Съображенията, изложени в точка 88 от настоящото заключение, налагат извода, че наличието на ограничения за свободата на договаряне е иманентна характеристика на самата тази свобода. Нейното съдържание всъщност е определено негативно — чрез очертаването на ограниченията ѝ в правото на Съюза и в правните системи на държавите членки. Допустимостта на тези ограничения следва да се оценява през призмата на член 52, параграф 1 от Хартата.

95. Съответното ограничение на свободата може да произтича от националното право или от правото на Съюза, а евентуално и от двете едновременно [83].

7) Модел за позоваване на член 16 от Хартата при хоризонтални отношения

96. Възниква въпросът по какъв начин правото на страните да определят цената за услугата би следвало да се изтъква в спор между частноправни субекти. Съмненията се дължат на това, че позоваването на въпросното право не се вписва напълно в познатия модел от досегашната съдебна практика.

97. Практиката на Съда, в която се допуска пряко позоваване на общите принципи на правото на Съюза, в това число конкретизираните в Хартата, се отнася до субективни права, които инкорпорират конкретни права за едни частноправни субекти и съответстващи им задължения за други частноправни субекти, явяващи се насрещната страна в спора. На правото на отпуск и на правото на недискриминация съответстват задължението на другата страна в спора да предостави отпуск или евентуално обезщетение за неизползван отпуск и задължението да признае на съответното лице същите права като на останалите лица, намиращи се в такова положение [84].

[83] Предвид принципа на предимство на правото на Съюза ограниченията, произтичащи от националното право, не бива да са в противоречие с ограниченията, произтичащи от правото на Съюза.

[84] Макар Съдът да не го казва изрично, естествената последица от признаването на правото например на обезщетение за неизползван отпуск е възникването на задължение за работодателя да плати това обезщетение.

98. За правото на определяне на цената за услугата този подход не може да се приложи. Първо, от свободата на договаряне произтича право на частноправните субекти на свобода от намеса спрямо автономията на волята на страните по правоотношението, било то потенциално или вече съществуващо. Това право не е така измеримо, както правото на отпуск или на труд. Второ, то не е право спрямо другия частноправен субект, участващ в спора. Всъщност нарушението на свободата на договаряне на практика се състои в установяването на ограничения върху тази свобода от страна на субект, който е външен за съответното съществуващо или потенциално правоотношение. Установява ги несъмнено държавата, а евентуално и всяко лице, способно да издава задължителни предписания, определящи правилата за договарянето в дадена област. В този смисъл задължението, съответстващо на свободата на договаряне, не е задължение на друг частноправен субект, нито конкретно на насрещната страна по договора [85].

99. Всъщност не може правото да се изиска заплащане на уговорената цена да се отъждествява с правото на определяне на съдържанието на правоотношението, в това число на цената. Източник на първото право е не свободата на договаряне, а вече сключеният конкретен договор. Неизпълнението или лошото изпълнение на договора от една от страните не е вид нарушение на свободата на договаряне, а вид нарушение на принципа на изпълнение на задълженията [86].

100. Всъщност, както правилно отбелязва Комисията в съдебното заседание, по същество свободата на договаряне защитава двете страни по договора от външна намеса, а не едната страна от другата. Ключовото право на определяне на цената е общо право на тези две страни, а не право на едната спрямо другата страна.

101. Оттук следва, че нарушенията на правата, произтичащи от свободата на договаряне, се извършват на първо място на вертикалната плоскост. Това не е нетипично — по принцип във всички случаи, в които Съдът признава директен хоризонтален ефект на Хартата, нарушението на съответното основно право е настъпвало най-напред във вертикалното отношение, понеже държавата не е осигурявала подходяща защита на основните права на частноправния субект. Едва след това се е поставял въпросът дали при липсата на разпоредба, която да осигурява такава защита, друг частноправен субект не е бил длъжен да възприеме съответно позитивно поведение [87].

102. Специфичното за нарушенията на свободата на договаряне е това, че от формална гледна точка те се извършват по отношение на двете страни по договора. Възможно е обаче да се отразяват по различен начин на правните интереси на всяка от тях. За едната това може да създаде допълнително право, а за другата — задължение.

103. Тъй като основният способ за намеса спрямо свободата на договаряне е установяването на ограничения върху тази свобода от страна на държавата, защитата от такава намеса в рамките на спор със съдоговорител, който извежда своето право от въпросното ограничение, може да се осъществи само чрез възражение за

[85] *Jarass*, H.D., op. cit., § 2.

[86] В това отношение вж. изричното разграничение между тези принципи, произтичащо от UNIDROIT Principles 2016 (Принципи на международните търговски договори, Международен институт за унифициране на частното право, 2016 г.), коментар към член 1.3, „Binding character of contract“: „1. The principle pacta sunt servanda. This Article lays down another basic principle of contract law […]“.

[87] В това отношение вж. *Frantziou*, E., op. cit., p. 39, която посочва: „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“.

незаконосъобразност на наложеното ограничение на тази свобода. Законосъобразността на ограничението пък зависи от това дали то отговаря на условията по член 52, параграф 1 от Хартата, на които трябва да отговарят всички ограничения на правата и свободите. Констатирането на незаконосъобразност на ограничението означава, че е налице нарушение на основното право, гарантирано в член 16 от Хартата.

104. Ето защо е видно, че дело като настоящото не се отнася до хоризонталния директен ефект в класическия смисъл на понятието, тоест до случай, при който даден частноправен субект е адресат на правна норма и затова носи задължение да действа по определен начин. Всъщност тук става дума за позоваване на Хартата в рамките на даден спор като мерило за проверка дали не е незаконосъобразна разпоредбата, която съставлява основанието на иска [88].

105. Не виждам причини, поради които член 16 от Хартата да не може да е такова мерило за осъществяването на контрол за законосъобразност. Той е достатъчно точен и безусловен в частта, която е от значение за настоящото дело, а именно в частта, в която от него произтича свободата на страните да определят цената. В случай че национална разпоредба, която попада в приложното поле на Хартата, е в противоречие с член 16 от тази харта, следва да се прилагат същите принципи, които действат и в случай на противоречие между национална разпоредба и разпоредбите на Договорите и които предполагат да се остави без приложение съответната национална разпоредба [89].

106. Този извод не намира опровержение в член 51, параграф 1 от Хартата. Всъщност, както вече е посочвал Съдът, обстоятелството, че някои разпоредби на първичното право се отнасят на първо място до държавите членки, не изключва възможността те да могат да се прилагат и в отношенията между частноправни субекти [90].

в) Позоваване на свободата на договаряне в случая по главното производство

107. Настоящото дело попада в приложното поле на член 16 от Хартата. Всъщност спорната национална разпоредба установява ограничение на гарантираната в този член свобода на договаряне и попада в обхвата на правото на Съюза, и по-точно на член 15, параграф 1, параграф 2, буква ж) и параграф 3 от Директива 2006/123.

108. Спорната национална разпоредба е в противоречие с посочените разпоредби на Директива 2006/123, което изрично следва от решение Комисия/Германия [91] и от определението по дело hapeg dresden [92]. Решенията, постановени по реда на член 258 ДФЕС, са задължителни за националните съдилища.

88 В доктрината се посочва сходството между тези отношения и т.нар. триъгълни отношения, за които споменах в точка 28 от настоящото заключение. *Leczykiewicz*, D. Horizontal Effect of Fundamental Rights: In Search of Social Justice or Private Autonomy in EU Law. — In: General Principles of EU law and European Private Law, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2013, § 6.06, p. 185.

89 Вж. по-специално решение от 9 март 1978 г., Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, т. 25).

90 Вж. решение от 6 ноември 2018 г., Bauer и Willmeroth (C-569/16 и C-570/16, EU:C:2018:871, т. 88).

91 Решение от 4 юли 2019 г. (C-377/17, EU:C:2019:562).

92 Определение от 6 февруари 2020 г. (C-137/18, непубликувано, EU:C:2020:84).

109. Разпоредбите на член 15, параграф 2, буква ж) и параграф 3 от Директива 2006/123 установяват конкретни изисквания за държавите членки при въвеждането на разпоредби в националното право, с които се регулират цените за услугите, попадащи в обхвата на глава III от Директивата [93].

110. При приемането на тези разпоредби законодателят на Съюза вече е претеглил разглежданите различни основни права и е оценил пропорционалността на мярката.

111. В обхвата на приложение на член 15, параграф 2, буква ж) и параграф 3 от Директива 2006/123 произтичащите от националното право ограничения на свободата на договаряне трябва да се вместват в границите, определени от правото на Съюза.

112. Затова установената от Съда в решение Комисия/Германия [94] несъвместимост на спорната национална разпоредба, установяваща ограничение на правото на свободно определяне на цената, с определените в правото на Съюза граници за въвеждането на такива разпоредби влече необходимост да се остави без приложение посочената национална разпоредба. Всъщност при такава несъвместимост няма съмнение, че установеното в националното право ограничение на правото на свободно определяне на цената не отговаря на условията по член 52, параграф 1 от Хартата. При това положение то е в противоречие с член 16 от Хартата.

113. Ето защо в главното производство националният съд е длъжен да остави без приложение спорната, несъвместима с Директива 2003/123 национална разпоредба с оглед на необходимостта да се осигури зачитането на основното право на свобода на договарянето във връзка с правото на страните да определят цената.

114. Затова, независимо от предложението, което направих в част 1, раздел Г от този анализ, смятам, че когато не може да даде тълкуване, което да съответства на правото на Съюза, националният съд, сезиран със спор между частноправни субекти относно вземане, чието основание е национална разпоредба, която определя минимални тарифи за доставчиците на услуги в противоречие с член 15, параграф 1, параграф 2, буква ж) и параграф 3 от Директива 2006/123, трябва да остави без приложение тази национална разпоредба. Националният съд носи това задължение по силата на член 16 от Хартата.

5. Задължение за изпълнение на съдебното решение, с което се установява неизпълнение на задължения от държава членка

115. По настоящото дело следва да се постави и въпросът дали националният съд е длъжен да остави без приложение спорната национална разпоредба поради наличието на постановено по реда на член 258 ДФЕС съдебно решение, в което се констатира противоречието на тази разпоредба с Директивата.

[93] Тук бих искал да подчертая, че от член 15, параграф 2, буква ж) и параграф 3 от Директива 2006/123 не следва абсолютна забрана за регулиране на цените, а само задължение да се гарантира, че разпоредбите, които предвиждат минимални и максимални тарифи за дадени услуги, ще отговарят на условията по член 15, параграф 3, тоест на условията за недискриминация, необходимост и пропорционалност.

[94] Решение от 4 юли 2019 г. (C-377/17, EU:C:2019:562).

116. Съгласно постоянната практика на Съда направената в съдебно решение по член 258 ДФЕС констатация, че дадена държава членка не е изпълнила задълженията си по Договора, има декларативно действие[95]. Съдебното решение от този тип обаче създава задължения за органите на съответната държава, които са длъжни да го изпълнят. Това задължение се отнася и до съдилищата, които при изпълнението на своите функции трябва да осигурят зачитането на въпросното съдебно решение[96], включително като оставят без приложение противоречащите на правото на Съюза национални разпоредби[97].

117. Представлява ли последно споменатото задължение самостоятелно основание да се остави без приложение противоречащата на директивата разпоредба на националното право при хоризонтални отношения?

118. Мисля, че не.

119. Първо, от практиката на Съда следва, че в производството по член 258 ДФЕС той не е компетентен да отменя правни актове на държавите членки[98]. Ако се приеме обаче, че съдилищата не могат да прилагат национална разпоредба, чиято несъвместимост с дадена директива е установена с решение на Съда по член 258 ДФЕС, би се стигнало до последици, равностойни на отмяната на тази разпоредба.

120. Второ, както подчертава и Съдът в решение Waterkeyn и др.[99], когато е постановено решение, с което се констатира неизпълнение на задълженията на дадена държава членка по Договора, по силата (понастоящем) на член 260, параграф 1 ДФЕС националните съдилища са длъжни да съобразяват последиците от това решение. Следва обаче да се приеме, че конкретните права за частноправните субекти произтичат не от това решение, а от разпоредбите на правото на Съюза, които имат директен ефект в националния правопорядък.

121. В съответствие с тези доводи е и практиката на Съда относно отговорността за вреди на държавата членка при нетранспониране или неправилно транспониране на директива — практика, която води началото си от решение Francovich[100], от което следва, че основанието за обезщетителните претенции в тези случаи е правото на Съюза, а не самото съдебно решение, с което се установява неизпълнението на задължения от държавата членка[101].

122. Ето защо смятам, че постановеното по реда на член 258 ДФЕС съдебно решение, макар да създава конкретни задължения за съдилищата на държавата членка, същевременно не е източник на нови правомощия за тях свръх вече предоставените им. Затова, доколкото по силата на правото на Съюза при противоречие на национална разпоредба с имаща директен ефект разпоредба от правото на Съюза националният съд е длъжен да остави без приложение националната разпоредба, то постановеното по реда на член 258 ДФЕС съдебно решение само подновява това задължение.

95 Решение от 16 декември 1960 г., Humblet/Белгия (6/60-IMM, EU:C:1960:48).

96 Вж. по-специално решение от 14 декември 1982 г., Waterkeyn и др. (314/81—316/81 и 83/82, EU:C:1982:430, т. 14).

97 Вж. по-специално решения от 13 юли 1972 г., Комисия/Италия (48/71, EU:C:1972:65, т. 7) и от 19 януари 1993 г., Комисия/Италия (C-101/91, EU:C:1993:16, т. 24).

98 Решение от 16 декември 1960 г., Humblet/Белгия (6/60-IMM, EU:C:1960:48, стр. 1145).

99 Решение от 14 декември 1982 г. (314/81—316/81 и 83/82, EU:C:1982:430, т. 16).

100 Решение от 19 ноември 1991 г. (C-6/90 и C-9/90, EU:C:1991:428)

101 Вж. точки 40, 41 и 44 от посоченото решение.

123. Член 260, параграф 1 ДФЕС не може да се тълкува в смисъл, че постановеното по реда на член 258 ДФЕС съдебно решение води до възникването на нови задължения за частноправните субекти, каквито самата директива не би могла да им наложи предвид член 288, трета алинея ДФЕС. Подобно тълкуване би означавало постановеното по реда на член 258 ДФЕС съдебно решение да поражда изменящо действие по отношение на обвързващото действие на разпоредбите на директивата — като източник на правото на Съюза.

124. Както обвързващото тълкуване на разпоредба от директива в съдебно решение по преюдициално запитване е задължително за националния съд, но не води до изменение на правилата за прилагане на директивата при хоризонтални отношения, така и постановяването на решение по реда на член 258 ДФЕС според мен няма причина да поражда подобна последица.

125. От такова съдебно решение без съмнение произтича определено тълкуване на правото на Съюза. То обвързва националните съдилища при прилагането на правото. Националният съд е длъжен да се съобрази с това тълкуване. Тук няма значение, че това задължение се припокрива със задължението за изпълнение на съдебното решение, постановено по реда на член 258 ДФЕС.

126. По тези съображения смятам, че постановеното по реда на член 258 ДФЕС съдебно решение само по себе си не е основание при хоризонтални отношения да се остави без приложение противоречащата на директивата национална разпоредба, до която се отнася това решение.

V. Заключение

127. По изложените съображения предлагам на Съда да отговори на преюдициалните въпроси на Bundesgerichtshof (Федерален върховен съд, Германия), както следва:

„Националният съд, сезиран със спор между частноправни субекти относно вземане, чието основание е национална разпоредба, която определя минимални тарифи за доставчиците на услуги в противоречие с член 15, параграф 1, параграф 2, буква ж) и параграф 3 от Директива 2006/123/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 12 декември 2006 година относно услугите на вътрешния пазар, трябва да остави без приложение тази национална разпоредба. Националният съд носи това задължение:

– по силата на член 15, параграф 2, буква ж) и параграф 3 от Директива 2006/123 — като разпоредби, които конкретизират произтичащата от член 49 ДФЕС свобода на установяване, и

– по силата на член 16 от Хартата на основните права на Европейския съюз“.