Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MACIEJA SZPUNARJA,
predstavljeni 15. julija 2021 [1]

Zadeva C-261/20

Thelen Technopark Berlin GmbH
proti
MN

[Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Bundesgerichtshof (zvezno vrhovno sodišče, Nemčija)]

„Predlog za sprejetje predhodne odločbe – Direktiva 2006/123/ES – Člen 15 – Honorarji za arhitekte in inženirje na področju storitev načrtovanja – Najnižje in najvišje tarife – Sodba, s katero je Sodišče ugotovilo neizpolnitev obveznosti države članice – Nasprotje z direktivo – Možnost sklicevanja v sporu med posamezniki – Svoboda ustanavljanja – Člen 49 PDEU – Listina Evropske unije o temeljnih pravicah – Člen 16 – Svoboda sklepanja pogodb“

I. Uvod

1. V civilnem postopku tožeča stranka od tožene stranke zahteva plačilo za opravljeno storitev, pri čemer zahtevani znesek presega znesek, o katerem sta se stranki dogovorili v pogodbi. Ta zahtevek izhaja iz določbe nacionalne zakonodaje, v skladu s katero je ponudnik storitev upravičen do plačila za določeno storitev v znesku, ki je najmanj enak najnižji tarifi, določeni z nacionalno zakonodajo. Vendar je navedena določba nacionalne zakonodaje v nasprotju z direktivo. Ali je tožba utemeljena?

2. To vprašanje se v obravnavani zadevi postavlja predložitvenemu sodišču. Odločitev sodišča je odvisna od tega, ali pri presoji, ali je posameznikova tožba proti drugemu subjektu utemeljena, lahko opusti uporabo določbe nacionalne zakonodaje, ki je podlaga za tožbo in je v nasprotju z direktivo, v obravnavanem primeru z Direktivo 2006/123/ES [2].

[1] Jezik izvirnika: poljski.

[2] Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o storitvah na notranjem trgu (UL 2006, L 376, str. 36).

II. Pravni okvir

A. Pravo Unije

3. V uvodnih izjavah 5, 6 in 64 Direktive 2006/123 je navedeno:

„5. […] [t]reba [je] odpraviti ovire, ki ponudnikom storitev v državah članicah onemogočajo svobodo ustanavljanja, in ovire za prosti pretok storitev med državami članicami ter zagotoviti ponudnikom in prejemnikom pravno varnost, potrebno za dejansko uresničevanje teh dveh temeljnih svoboščin, ki jih zagotavlja Pogodba. […]

6. Pri odpravljanju navedenih ovir se ni mogoče zanašati le na neposredno uporabo členov 43 in 49 Pogodbe [(zdaj člena 49 in 56 PDEU)], ker bi bilo po eni strani sklicevanje nanju za vsak posamezen primer, sprožen proti zadevnim državam članicam zaradi kršenja postopkov, zlasti po širitvi, zelo zapleteno za nacionalne institucije in institucije Skupnosti, po drugi strani pa bi odprava številnih ovir zahtevala predhodno usklajevanje nacionalnih pravnih sistemov, vključno z vzpostavljanjem upravnega sodelovanja. Kot sta ugotovila Evropski parlament in Svet, zakonodajni instrument Skupnosti omogoča uresničitev dejanskega notranjega trga storitev.

[…]

64. Za vzpostavitev dejanskega notranjega trga storitev je treba odpraviti vse omejitve svobode ustanavljanja in prostega pretoka storitev, ki jih še vedno vsebujejo predpisi nekaterih držav članic in niso v skladu s členoma 43 in 49 Pogodbe [(zdaj člena 49 in 56 PDEU)]. Omejitve, ki jih je treba prepovedati in ki zlasti vplivajo na notranji trg storitev, se morajo sistematično odpraviti v najkrajšem možnem času.“

4. Člen 2(1) te direktive določa:

„Ta direktiva se uporablja za storitve, ki jih opravljajo ponudniki s sedežem v državi članici.“

5. Člen 15 navedene direktive določa:

„1. Države članice preverijo, ali njihov pravni sistem predvideva katere koli zahteve iz odstavka 2, in zagotovijo, da so te v skladu s pogoji iz odstavka 3. Države članice prilagodijo svoje zakone in upravne predpise tako, da so združljivi s temi pogoji.

2. Države članice preverijo, ali njihov pravni sistem pogojuje začetek opravljanja ali opravljanje storitvene dejavnosti z upoštevanjem katere koli od naslednjih nediskriminatornih zahtev:

[…] (ni prevedeno)

(g) določene najnižje in/ali najvišje tarife, ki jih mora ponudnik upoštevati;

[…] (ni prevedeno)

3. Države članice preverijo, ali zahteve iz odstavka 2 izpolnjujejo naslednje pogoje:

(a) nediskriminacija: zahteve ne smejo biti niti neposredno niti posredno diskriminatorne glede državljanstva ali v primeru podjetij glede kraja registriranega sedeža;

(b) potreba: zahteve morajo biti utemeljene s pomembnimi razlogi, ki se nanašajo na javni interes;

(c) sorazmernost: zahteve morajo biti take, da zagotavljajo izpolnitev zastavljenega cilja; ne smejo presegati tistega, kar je potrebno za uresničitev tega cilja, ter jih ni mogoče nadomestiti z drugimi, manj omejevalnimi ukrepi, s katerimi se lahko doseže iste rezultate.

[…] (ni prevedeno)

5. V poročilu medsebojnega ocenjevanja iz člena 39(1) države članice navedejo naslednje:

(a) zahteve, ki jih nameravajo obdržati, in razloge, zaradi katerih po njihovem mnenju te zahteve izpolnjujejo pogoje iz odstavka 3;

(b) zahteve, ki so bile odpravljene ali ublažene.

6. Od 28. decembra 2006 države članice ne uveljavljajo nobenih novih zahtev, podobnih tistim iz odstavka 2, razen če take zahteve izpolnjujejo pogoje iz odstavka 3.

[…]“

B. Nemško pravo

6. V obdobju, ki je bilo pomembno za spor v glavni stvari, so bili honorarji za arhitekte in inženirje urejeni v Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (uredba o honorarjih za arhitekturne in inženirske storitve) v različici z dne 10. julija 2013[3] (v nadaljevanju: HOAI).

7. Člen 1 HOAI določa:

„Ta uredba ureja način izračuna honorarjev za osnovne storitve arhitektov in inženirjev (izvajalcev) s sedežem v Nemčiji, če so navedene osnovne storitve zajete s to uredbo in se opravljajo na ozemlju Nemčije.“

8. Člen 7 HOAI določa:

„1. Honorar se določi na podlagi pisne pogodbe, sklenjene med pogodbenima strankama ob oddaji naročila, v mejah najnižjih in najvišjih tarif, določenih v tej uredbi.

2. […]

3. Minimalne tarife, določene v tej uredbi, se lahko izjemoma znižajo, če je sklenjena pisna pogodba.

[3] BGBl. I, str. 2276.

4. […]

5. Če ob oddaji naročila ni bila sklenjena drugačna pisna pogodba, se domneva, da so bile dogovorjene najnižje tarife iz odstavka 1.“

9. Člen 7 HOAI je bil spremenjen z Erste Verordnung zur Änderung der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (prva uredba o spremembi pravil o honorarjih za arhitekte in inženirje) z dne 2. decembra 2020 [4]. Sprememba je začela veljati 1. januarja 2021. Od tega dne člen 7(1) HOAI določa:

„Honorar se določi na podlagi pisne pogodbe med pogodbenima strankama. Če višina honorarja s pogodbo ni bila dogovorjena, se šteje, da so bile za osnovne storitve dogovorjene osnovne tarife, določene v skladu s členom 6.“

III. Dejansko stanje, postopek in vprašanji za predhodno odločanje

10. Tožeča stranka MN, ki vodi inženirski biro, in družba Thelen Technopark Berlin GmbH (tožena stranka), sta 2. junija 2016 sklenili pogodbo o inženirskih storitvah, na podlagi katere se je tožeča stranka zavezala, da bo toženi stranki zagotavljala storitve za gradbišče v Berlinu. Stranki sta se dogovorili, da bo tožeča stranka za opravljene storitve prejela pavšalen honorar v višini 55.025 EUR. Na podlagi vmesnih računov, ki jih je izdala tožeča stranka, je tožena stranka tožeči stranki plačala skupaj bruto 55.395,92 EUR.

11. Julija 2017 je – po prekinitvi pogodbe o opravljanju inženirskih storitev z dopisom z dne 2. junija 2017 – tožeča stranka za opravljene storitve izdala končni račun na podlagi najnižjih tarif, ki izhajajo iz HOAI. Ob upoštevanju že izvedenih nakazil in zneska, zadržanega kot poroštvo, je nato proti toženi stranki vložila tožbo za plačilo preostalega dolgovanega honorarja v višini bruto 102.934,59 EUR, skupaj z obrestmi in stroški predsodnega postopka.

12. Prvostopenjsko in drugostopenjsko sodišče sta tožbi večinoma ugodili. V revizijski pritožbi na Bundesgerichtshof (zvezno vrhovno sodišče, Nemčija) je tožena stranka predlagala zavrnitev tožbe.

13. Po mnenju predložitvenega sodišča je odločitev o revizijski pritožbi odvisna od odgovora na vprašanje, ali se določbe člena 15(1), (2)(g) in (3) Direktive 2006/123 v sporu med posamezniki uporabljajo tako, da je treba odstopiti od uporabe določbe HOAI, na kateri temelji tožba. Če bo odgovor pritrdilen, se bo revizijski pritožbi ugodilo. Dvome povzroča sodna praksa Sodišča.

14. S sodbo z dne 4. julija 2019, Komisija proti Nemčiji [5], je Sodišče presodilo, da Zvezna republika Nemčija z ohranjanjem obveznih tarif za storitve načrtovanja, ki jih zagotavljajo arhitekti in inženirji, določenih s HOAI, ni izpolnila svojih obveznosti iz člena 15(1), (2)(g) in (3) Direktive 2006/123.

[4] BGBl. I, str. 2636.

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

15. Nato je Sodišče s sklepom z dne 6. februarja 2020, hapeg dresden[6], presodilo, da je treba člen 15(1), (2)(g) in (3) Direktive 2006/123 razlagati tako, da nasprotuje nacionalni zakonodaji, ki prepoveduje, da je v pogodbah z arhitekti ali inženirji dogovorjen honorar, ki je nižji od najnižjih tarif, določenih v HOAI.

16. V teh okoliščinah je Bundesgerichtshof (zvezno vrhovno sodišče, Nemčija) prekinilo postopek in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ti vprašanji:

„1. Ali iz prava Unije, zlasti iz člena 4(3) PEU ter člena 288, tretji odstavek, in člena 60(1) PDEU, izhaja, da člen 15(1), (2)(g) in (3) Direktive 2006/123 […] v okviru sodnega postopka, ki poteka med posameznikoma, učinkuje neposredno, tako da je treba opustiti uporabo nacionalne ureditve iz člena 7 [HOAI], ki je v nasprotju s to direktivo in v skladu s katero so – razen v določenih izjemnih primerih – najnižje tarife za storitve načrtovanja in nadzora, ki jih opravljajo arhitekti in inženirji, ki so določene s HOAI, obvezne in je dogovor o honorarju v pogodbah z arhitekti ali inženirji, v skladu s katerim so dogovorjene tarife nižje od najnižjih, neveljaven?

2. Če je odgovor na vprašanje 1 nikalen:

   (a) Ali je ureditev obveznih najnižjih tarif za storitve načrtovanja in nadzora, ki jih opravljajo arhitekti in inženirji, ki jo je Zvezna republika Nemčija določila v členu 7 HOAI, v nasprotju s svobodo ustanavljanja iz člena 49 PDEU ali drugimi splošnimi načeli prava Unije?

   (b) Če je odgovor na vprašanje 2(a) pritrdilen: ali iz takšne kršitve sledi, da je treba v sodnem postopku, ki poteka med posamezniki, opustiti uporabo nacionalne zakonodaje o zavezujočih najnižjih tarifah (v tem primeru člena 7 HOAI)?“

17. V postopku pred Sodiščem so stranki v postopku v glavni stvari, Kraljevina Nizozemska in Evropska komisija predložile pisna stališča. Z izjemo tožene stranke v postopku v glavni stvari so se te stranke udeležile zaslišanja z dne 3. maja 2021 prek svojih zastopnikov.

IV. Presoja

18. Predložitveno sodišče v bistvu sprašuje Sodišče, ali iz prava Unije izhaja, da mora nacionalno sodišče, ki obravnava spor med posamezniki, opustiti uporabo določbe nacionalne zakonodaje, ki je podlaga zahtevka tožeče stranke, v obravnavanem primeru določbe člena 7 HOAI (v nadaljevanju: sporna določba), kadar je ta določba v nasprotju z Direktivo 2006/123. Dvomi predložitvenega sodišča izhajajo iz običajne težave prava Unije, to je horizontalne uporabe določb neprenesene ali nepravilno prenesene direktive s strani nacionalnih sodišč po izteku roka za prenos.

19. V svoji analizi bom na kratko navedel stališče Sodišča o uporabi direktiv v odnosih med posamezniki (A). Nato bom navedel elemente spora o glavni stvari, ki se mi zdijo pomembni v obravnavani zadevi (B). Nato bom preučil predlog Komisije o možnosti skladne razlage (C). Nazadnje se bom posvetil analizi razlogov za morebitno opustitev uporabe določbe nacionalne zakonodaje, ki je v nasprotju z Direktivo (D).

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

A. Učinkovanje direktive v horizontalnih odnosih

20. Iz tretjega odstavka člena 288 PDEU izhaja, da je direktiva drugače kot uredba zavezujoča za vsako državo članico, na katero je naslovljena. Zato sama po sebi ne more ustvarjati obveznosti za posameznika in se torej proti njemu – načeloma – nanjo ni mogoče sklicevati.[7]

21. To je znano kot neobstoj neposrednega horizontalnega učinka direktiv. Slednji izraz se uporablja tako za opis neobstoja učinka ustvarjanja pravic in obveznosti za posameznike kot za opis izključitve možnosti uporabe direktive v sporu med posamezniki.

22. V tem okviru naj spomnim, da je treba vprašanje horizontalnega učinka direktiv ločiti od vprašanja neposrednega horizontalnega učinka določb primarnega prava in uredb. V zadnjenavedenem primeru o horizontalnem učinku določb govorimo, kadar področje njihove uporabe zajema ravnanje posameznikov (zasebnikov). Z drugimi besedami, ugotoviti je treba, ali so posamezniki neposredni naslovniki obveznosti ali prepovedi, ki izhajajo iz teh določb. V zvezi s tem je treba poudariti, da se posamezniki, četudi niso naslovniki teh določb, lahko nanje sklicujejo v sporu z drugimi posamezniki. To velja zlasti za sklicevanje na takšne določbe za ugotovitev, ali so nacionalne določbe, ki se uporabljajo za določen spor, v skladu s pravom Unije (to je nadzor zakonitosti).

23. Drugačna težava se pojavi v primeru izključitve neposrednega horizontalnega učinka direktiv. V sporu proti posamezniku se ni mogoče sklicevati na določbo direktive, ne glede na to, ali je cilj takšnega sklicevanja neposredno določiti pravice oziroma obveznosti, ki izhajajo iz zadevne direktive, ali ugotoviti skladnost nacionalnih določb s pravom Unije (to je nadzor zakonitosti). V tem smislu je vprašanje, ali so posamezniki naslovniki konkretnih določb zadevne direktive, sekundarne narave.

24. Vendar izključitev neposrednega horizontalnega učinka direktive ne pomeni, da v sporu med posamezniki direktive ne bo mogoče upoštevati tako, da bo to vplivalo na pravni položaj drugega posameznika. Sodišče je v svoji sodni praksi navedlo več primerov, v katerih lahko pride do takšnega upoštevanja. Ob upoštevanju predmeta postopka in stališč, ki so jih predstavili udeleženci, se bom omejil na štiri od njih.

25. Prvič, Sodišče je poudarilo, da morajo nacionalna sodišča nacionalno pravo razlagati v skladu z direktivami (tako imenovana skladna razlaga). Ta morajo določbe nacionalne zakonodaje pri njenem izvajanju razlagati v čim širšem obsegu glede na vsebino in cilje zadevne direktive, da bi se dosegel v njej predvideni učinek.[8] Sklicevanje na direktivo pred sodiščem za to, da bi se dosegla skladna razlaga, lahko zato privede do njenega upoštevanja v postopku uporabe prava.

[7] Glej zlasti sodbe z dne 26. februarja 1986, Marshall (152/84, EU:C:1986:84, točka 48); z dne 14. julija 1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, točka 20); z dne 5. oktobra 2004, Pfeiffer in drugi (od C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, točka 108), in z dne 7. avgusta 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, točka 42).

[8] Glej zlasti sodbe z dne 10. aprila 1984, von Colson in Kamann (14/83, EU:C:1984:153, točka 26); z dne 13. novembra 1990, Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, točka 8), in z dne 5. oktobra 2004, Pfeiffer in drugi, od (C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, točki 113 in 114).

26. Drugič, sklicevanje na direktivo o določitvi postopka za zbiranje informacij na področju tehničnih standardov in tehničnih predpisov [9] v primeru sprejetja nacionalnih tehničnih predpisov s kršitvijo obveznosti držav članic, ki jih določa direktiva, lahko povzroči neuporabo teh nacionalnih tehničnih predpisov. Posledica neupoštevanja s strani države članice je, da se v sporu med posamezniki ne morejo uporabiti nacionalni tehnični predpisi, ki so bili sprejeti s kršitvijo teh obveznosti, saj gre za „bistveno kršitev postopka“. [10]

27. Tretjič, če skladna razlaga ni mogoča, mora nacionalno sodišče, ki obravnava spor med posamezniki, opustiti uporabo nacionalne določbe, ki je v nasprotju z direktivo, če tako zahteva splošno načelo prava Unije, vključno s tistim, ki je konkretizirano v Listini Evropske unije o temeljnih pravicah [11]. Vendar v takšnih primerih opustitev uporabe nacionalnih določb ne temelji na določbi direktive, temveč na splošnem načelu prava Unije, ki se s to določbo direktive konkretizira. [12]

28. Četrtič, na direktivo se je mogoče sklicevati v t. i. trikotnem primeru, to je, ko se posledice spora, ki se nanaša na direktivo in poteka horizontalno med posameznikom in državo, prenesejo na pravni položaj tretje osebe. [13]

B. Posebnosti postopka v glavni stvari

29. Z vidika tega postopka so pomembni naslednji elementi dejanskega stanja v postopku glavni stvari:

– Spor v glavni stvari je spor med posameznikoma (osebama zasebnega prava), sporno pravno razmerje pa izvira iz pogodbe o opravljanju storitev. Odnos med strankama je torej horizontalne narave.

– Vsi elementi spora v glavni stvari se pojavljajo samo znotraj ene države.

– Tožba temelji na določbi nacionalne zakonodaje, katere učinek je, da se namesto pogodbenega določila, ki določa, da ponudnik storitev za storitve prejme honorar v znesku, ki je nižji od najnižje tarife, uporablja najnižja tarifa.

– Ta določba nacionalne zakonodaje ni v skladu z določbo člena 15(1), (2)(g) in (3) Direktive 2006/123. [14]

[9] Direktiva Sveta 83/189/EGS z dne 28. marca 1983 o določitvi postopka za zbiranje informacij na področju tehničnih standardov in tehničnih predpisov (UL 1983, L 109, str. 8); nato Direktiva 98/34/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 22. junija 1998 o določitvi postopka za zbiranje informacij na področju tehničnih standardov in tehničnih predpisov (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 13, zvezek 20, str. 337); nazadnje Direktiva (EU) 2015/1535 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 9. septembra 2015 o določitvi postopka za zbiranje informacij na področju tehničnih predpisov in pravil za storitve informacijske družbe (kodificirano besedilo) (UL 2015, L 241, str. 1). Ta sodna praksa velja tudi za obveznost iz člena 3(4) Direktive 2000/31/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2000 o nekaterih pravnih vidikih storitev informacijske družbe, zlasti elektronskega poslovanja, na notranjem trgu (Direktiva o elektronskem poslovanju) (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 13, zvezek 25, str. 399). Glej v zvezi s tem sodbo z dne 19. decembra 2019, Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112, točka 100).

[10] Glej sodbi z dne 30. aprila 1996, CIA Security International (C-194/94, EU:C:1996:172, točka 48), in z dne 26. septembra 2000, Unilever (C-443/98, EU:C:2000:496, točke 44, 50 in 51).

[11] V nadaljevanju: Listina.

[12] Glej sodno prakso, navedeno v točki 67 sklepnih predlogov.

[13] Glej zlasti sodbi z dne 24. oktobra 1996, Kraaijeveld in drugi (C-72/95, EU:C:1996:404), in z dne 7. januarja 2004, Wells (C-201/02, EU:C:2004:12).

[14] Glej točki 14 in 15 teh sklepnih predlogov.

– To nasprotje je bilo ugotovljeno v sodbi Sodišča, izdani v postopku na podlagi člena 258 PDEU.

– Po mnenju predložitvenega sodišča sporne določbe ni mogoče razlagati na način, ki bi zagotavljal njeno skladnost s členom 15(1), (2)(g) in (3) Direktive 2006/123.

– Pogodba med strankama je bila sklenjena po izteku roka za prenos direktive v nacionalno zakonodajo, vendar pred začetkom sodnih postopkov v zadevi Komisija/Nemčija [15].

C. Možnost skladne razlage

30. Iz ustaljene sodne prakse Sodišča izhaja, da se v horizontalnih primerih vprašanje morebitne opustitve uporabe določbe nacionalne zakonodaje zaradi njene neskladnosti z direktivo postavlja šele takrat, kadar ni mogoče oblikovati skladne razlage. [16]

31. Po mnenju predložitvenega sodišča taka razlaga določb nacionalne zakonodaje, ki bi zagotavljala skladnost z Direktivo 2006/123, ni mogoča, saj bi to bila razlaga *contra legem*. V pisnih stališčih in na obravnavi je Komisija podvomila o stališču predložitvenega sodišča.

32. Čeprav je Sodišče v preteklosti že večkrat poudarilo obveznost nacionalnih sodišč, da pravne akte, kot sta direktiva ali okvirni sklep, razlagajo v skladu s pravom Unije, je hkrati dosledno razsojalo, da načelo skladne razlage ne more biti osnova za razlago nacionalnega prava *contra legem* [17]. Glede na to, da – kot je poudarilo samo Sodišče – samo ni pristojno za odločanje o razlagi nacionalnega prava določene države članice [18], mora nacionalno sodišče nazadnje samo odločiti, ali bi razlaga, skladna z Direktivo, bila razlaga *contra legem* [19].

33. V tem okviru se po eni strani lahko strinjam s Komisijo, da se zdijo omejitve razlage v nemškem pravu, ki izhajajo iz predloga za sprejetje predhodne odločbe, kot jih je predstavilo predložitveno sodišče, preozke. To velja zlasti glede na sodno prakso nemških sodišč, predstavljeno v predlogu za sprejetje predhodne odločbe, v skladu s katero je sklicevanje na načelo dobre vere, ki je izraženo v nemškem civilnem zakoniku, omogočilo neupoštevanje spornih določb nemškega prava v številnih podobnih zadevah v preteklosti. Po drugi strani pa glede na kategorično stališče predložitvenega sodišča, da te sodne prakse v obravnavani zadevi ni mogoče uporabiti, ne vidim razloga, da bi Sodišče nadomestilo predložitveno sodišče pri presoji mej dopustnosti skladne razlage v nemškem pravu.

15 Sodba z dne 4. julija 2019, Komisija/Nemčija (C-377/17, EU:C:2019:562).

16 Glej zlasti sodbi z dne 17. aprila 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, točke od 71 do 75, točka 3 izreka), in z dne 6. novembra 2018, Bauer in Willmeroth (C-569/16 in C-570/16, EU:C:2018:871, točka 25, točka 2 izreka).

17 Glej zlasti sodbi z dne 15. aprila 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, točka 100), in z dne 29. junija 2017, Popławski (C-579/15, EU:C:2017:503, točka 33 in navedena sodna praksa).

18 Glej zlasti sodbo z dne 16. februarja 2017, Agro Foreign Trade & Agency (C-507/15, EU:C:2017:129, točka 23).

19 Glej zlasti sodbi z dne 29. junija 2017, Popławski (C-579/15, EU:C:2017:503, točka 39), in z dne 17. aprila 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, točke od 73 do 75).

D. Možni razlogi, da nacionalno sodišče opusti uporabo sporne določbe

1. Posebnost Direktive 2006/123 kot instrumenta, ki konkretizira temeljno svobodo notranjega trga

34. Po mojem mnenju bi morali presojo obravnavane zadeve začeti s podrobnejšim pregledom posebnosti Direktive 2006/123 kot instrumenta, ki med drugim konkretizira svobodo ustanavljanja iz člena 49 PDEU. Čeprav stranki tega vprašanja v svojih stališčih nista neposredno postavili, se zdi zaželeno, da Sodišče v obravnavani zadevi natančneje preuči razmerje med členom 49 PDEU in Direktivo 2006/123.

35. Kar zadeva prvi del drugega vprašanja predložitvenega sodišča, je Komisija izključila možnost, da se iz samega člena 49 PDEU izpelje odločitev nacionalnega sodišča, da opusti uporabo določbe nacionalne zakonodaje, ki je v nasprotju z njim. Po njenem mnenju upoštevanje člena 49 PDEU v obravnavani zadevi preprečuje dejstvo, da je uporaba izpodbijane določbe nemškega prava omejena na notranje odnose. Tak argument temelji na premisi, da če bi v zadevi obstajal čezmejni element in bi se zanj uporabljala izpodbijana določba nemške zakonodaje, potem bi sklicevanje na člen 49 PDEU bilo mogoče. To bi poleg tega pomenilo, da bi se dejansko stanje, ki spada na področje uporabe Direktive 2006/123, lahko ocenjevalo tudi z vidika skladnosti s členom 49 PDEU. V zvezi s tem imam precejšnje dvome, ki bi jih na tem mestu rad delil s Sodiščem. Menim, da lahko ti dvomi upravičujejo dopustnost neposredne uporabe Direktive 2006/123 v zadevnem postopku.

36. Poglejmo si torej podrobneje posebnosti poglavja III Direktive 2006/123, ki konkretizira svobodo ustanavljanja, določeno v členu 49 PDEU za skoraj vse oblike storitvene dejavnosti. V tem pogledu se Direktiva 2006/123 razlikuje od druge sekundarne zakonodaje, ki harmonizira izbrane – in navadno ozke – vidike svobode ustanavljanja v nekem sektorju.[20] To pomeni, da pravil, razvitih v prejšnji sodni praksi, ki določajo razmerje med pogodbenimi svoboščinami in ukrepi, ki usklajujejo izbrane vidike teh svoboščin, ni mogoče samodejno prenesti na Direktivo 2006/123.

37. Najprej bi rad opozoril na dve zelo upoštevni sodbi Sodišča. Prvič, Sodišče je v sodbi Rina Services presodilo, da če vprašanje spada na področje uporabe Direktive 2006/123, ga ni treba nadalje preučevati glede na določbe Pogodbe.[21] Drugič, v sodbi X in Visser je Sodišče presodilo, da je treba določbe poglavja III Direktive 2006/123 o svobodi ustanavljanja ponudnikov razlagati tako, da se uporabljajo tudi za položaj, v katerem so vsi upoštevni elementi omejeni le na eno državo članico.[22]

38. Drugič, pozornost je treba nameniti tistim elementom, ki jasno kažejo, da je zakonodajalec Unije s sprejetjem Direktive 2006/123 poskušal uresničiti ali konkretizirati dve temeljni svoboščini notranjega trga, vključno s svobodo ustanavljanja.[23] Cilj Direktive 2006/123 ni uskladiti izbrane vidike storitvenih dejavnosti, temveč konkretizacija same pogodbe. Za to navedena direktiva zelo široko upošteva dosedanjo sodno prakso Sodišča, med drugim

20 Na primer Direktiva Sveta z dne 22. marca 1977 o učinkovitem uresničevanju svobode opravljanja storitev odvetnikov (77/249/EGS) (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 52).

21 Sodba z dne 16. junija 2015, Rina Services in drugi (C-593/13, EU:C:2015:399, točka 23 in naslednje).

22 Glej sodbo z dne 30. januarja 2018, X in Visser (C-360/15 in C-31/16, EU:C:2018:44, točke od 99 do 110, točka 3 izreka).

23 Primerjaj uvodne izjave 5, 6 in 64 Direktive 2006/123. Glej tudi sodbo z dne 16. junija 2015, Rina Services in drugi (C-593/13, EU:C:2015:399, točka 40), kjer je Sodišče izrecno navedlo, da je Direktiva 2006/123 akt sekundarne zakonodaje, ki uveljavlja temeljno svoboščino, določeno s Pogodbo DEU.

z natančnejšo prepovedjo uporabe nekaterih omejitev ali bolj podrobno pojasnitvijo izjem. Če se osredotočimo neposredno na njen člen 15, je jasno, da je njegov cilj uskladiti regulativne pristojnosti držav članic glede zahtev v zvezi z opravljanjem gospodarske dejavnosti z učinkovitim izvrševanjem svobode ustanavljanja, ki jo zagotavlja Pogodba.

39. Iz zgornje analize izhajata dva zaključka. Prvič, če presojana nacionalna ureditev spada na področje uporabe Direktive 2006/123 in je z njo *v neskladju*, potem ni treba ugotavljati skladnosti take uredbe s Pogodbo. Ta sklep se zdi očiten in Sodišče o njem ne dvomi [24]. Drugič, in to je po mojem mnenju naravna posledica sodbe Rina Services [25], če presojana nacionalna ureditev spada na področje uporabe Direktive 2006/123 in je z njo *skladna*, je ni mogoče izpodbijati na podlagi določb Pogodbe o svobodi opravljanja storitev in svobodi ustanavljanja [26].

40. Po mojem mnenju zgoraj navedena logika postavlja pod vprašaj veljavnost trditve Komisije, da če bi v zadevi obstajal čezmejni element in bi se uporabljala izpodbijana določba nemške zakonodaje, potem bi bilo sklicevanje na člen 49 PDEU mogoče. To bi namreč pomenilo, da bi bilo mogoče enaka dejstva presojati z vidika skladnosti tako z Direktivo 2006/123 kot s členom 49 PDEU. Po mojem mnenju bi to bilo v nasprotju s ciljem zakonodajalca Unije, ki je s sprejetjem te direktive poskušal celovito urediti svobodo ustanavljanja v zvezi s storitvenimi dejavnostmi. Z drugimi besedami, vseh vrst in vidikov svobode ustanavljanja, ki spadajo na področje uporabe te direktive, ni več mogoče ocenjevati v skladu s členom 49 PDEU.

41. Hkrati, kot je razvidno iz sodbe X in Visser [27], se določbe poglavja III Direktive 2006/123 uporabljajo tudi za položaj, v katerem so vsi upoštevni elementi omejeni le na eno državo članico. Po mojem mnenju ta sodba potrjuje namen zakonodajalca Unije, da Direktiva 2006/123 – kar zadeva njeno uporabo – razširi področje uporabe svobode ustanavljanja tudi na povsem notranje odnose. [28]

42. Po mojem mnenju predpostavka, da poglavje III Direktive 2006/123 natančno konkretizira svobodo ustanavljanja iz člena 49 PDEU, pomeni, da je treba pri vprašanju horizontalne uporabe te direktive uporabiti poseben pristop.

43. Prepričan sem, da je treba, če zadevno dejansko stanje spada na področje uporabe poglavja III Direktive 2006/123, za izpodbijanje ureditve države članice v sporu proti drugemu posamezniku izključiti možnost sklicevanja na svobodo ustanavljanja iz člena 49 PDEU. Ta možnost ne bi bila v nasprotju le z zamislijo o konkretizaciji svobode ustanavljanja s sprejetjem Direktive 2006/123. Privedla bi tudi do zapletenih analiz glede materialnega obsega svobode ustanavljanja. Nato bi bilo treba presojati, ali bi bila določena nacionalna ureditev, ki je v nasprotju z direktivo, tudi v nasprotju s členom 49 PDEU, ob hipotetični predpostavki, da direktiva ne bi bila sprejeta. Ne dvomim, da bi takšna rešitev kršila polni učinek (*effet utile*) Direktive 2006/123.

44. Hipotetično se je mogoče opreti na tradicionalno izključitev neposrednega horizontalnega učinka in upoštevati, da je ne glede na to, ali ima obravnavana zadeva čezmejni element ali ne, izključeno sklicevanje proti posamezniku na določbe poglavja III te direktive. Po mojem mnenju

[24] Glej sodbi z dne 23. februarja 2016, Komisija/Madžarski (C-179/14, EU:C:2016:108, točka 118), in z dne 30. januarja 2018, X in Visser (C-360/15 in C-31/16, EU:C:2018:44, točka 137).

[25] Sodba z dne 16. junija 2015 (C-593/13, EU:C:2015:399).

[26] Izpodbijanje takšne nacionalne ureditve bi bilo mogoče le, če bi ugotovili, da posamične določbe direktive o storitvah niso v skladu s Pogodbo.

[27] Sodba z dne 30. januarja 2018, X in Visser (C-360/15 in C-31/16, EU:C:2018:44, točka 3 izreka).

[28] Težko je ne opaziti, da ima ta rešitev številne prednosti. Tako ni treba iskati čezmejnega elementa, katerega obstoj je pogosto težko prepoznati, da bi lahko neposredno uporabili pogodbeno svobodo.

bi bila takšna rešitev očitno nesprejemljiva že samo zato, ker akt sekundarnega prava, kot je Direktiva 2006/123, nikakor ne more omejevati obsega svobode sklepanja pogodb, tudi ne pri sklicevanju nanjo v sporu proti posamezniku.

45. Zato nam preostane edina in po mojem mnenju pravilna rešitev, ki je posledica priznanja, da poglavje III Direktive 2006/123 ne konkretizira le pogodbene svobode ustanavljanja, temveč tudi širi meje njene uporabe na čisto notranje odnose. Sklicevanje na določbe tega poglavja v sporu proti drugemu posamezniku bi moralo biti dopustno na enak način, kot je dovoljeno neposredno sklicevanje na pogodbeno svobodo ustanavljanja v podobnih položajih.

46. Nacionalno sodišče bi moralo nasprotje sporne določbe nacionalne zakonodaje s členom 15(2)(g) Direktive 2006/123 presojati na poseben način, brez upoštevanja sodne prakse, ki izključuje neposredni horizontalni učinek direktiv.

47. Zato menim, da mora nacionalno sodišče v položaju, v katerem razlaga v skladu s pravom Unije ni mogoča, ko obravnava spor med posamezniki v zvezi s terjatvijo, ki temelji na nacionalni določbi, ki najnižje tarife za ponudnike storitev določa na način, ki je v nasprotju s členom 15(1), (2)(g) in (3) Direktive 2006/123, opustiti uporabo take nacionalne določbe. Ta obveznost ima nacionalno sodišče na podlagi člena 15(2)(g) in (3) Direktive 2006/123 – kot določb, ki konkretizirajo svobodo ustanavljanja, izhajajočo iz člena 49 PDEU.

2. Analogna uporaba sodne prakse glede tehničnih predpisov

48. Nizozemska vlada je med drugim predlagala, naj Sodišče v obravnavani zadevi po analogiji uporabi svojo sodno prakso o nepriglašenih tehničnih predpisih.

49. Kot je poudarilo samo Sodišče, je njegova sodna praksa glede tehničnih predpisov edinstvena in ni razloga, da bi jo razširili na druge primere. Posebnost zadev, v teku katerih je Sodišče to sodno prakso sprejelo [29], se kaže v tem, da omenjena direktiva, ki za posameznike ne ustvarja niti pravic niti obveznosti, ni opredeljevala vsebine zakonske določbe, na podlagi katere naj bi nacionalno sodišče rešilo spor, ki teče pred njim. Zato sodna praksa glede nezmožnosti sklicevanja v sporu med posamezniki na direktivo, ki ni bila prenesena, v teh zadevah ni imela pomena. [30]

50. Ta zadeva ni podobna zadevam v zvezi z nepriglašenimi tehničnimi predpisi. Člen 15(2)(g) in (3) Direktive nista določbi, ki bi določali obveznost priglasitve. Zato ni razlogov za analogno uporabo sodne prakse o nepriglašenih tehničnih predpisih.

3. Uporaba direktive kot „ščita“ in ne kot „meča“

51. Po mnenju nizozemske vlade iz dosedanje sodne prakse Sodišča [31] izhaja, da se posameznik ne more sklicevati na določbo direktive za to, da bi se obveznost, ki iz nje izhaja, naložila drugemu posamezniku v položaju, ko taka obveznost ne izhaja iz nacionalne zakonodaje (ne more je uporabljati kot „meč“). Po drugi strani pa iz tega ne izhaja, da se posameznik ne more sklicevati

[29] Glej zlasti sodbe z dne 30. aprila 1996, CIA Security International (C-194/94, EU:C:1996:172, točka 48); z dne 26. septembra 2000, Unilever (C-443/98, EU:C:2000:496, točke 44, 50 in 51), in z dne 19. decembra 2019, Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112, točka 100).

[30] Tako v sodbi z dne 7. avgusta 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, točka 53).

[31] Nizozemska vlada navaja sodbi z dne 7. avgusta 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631), in z dne 24. januarja 2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33).

na določbo direktive, kadar mu želi druga stranka naložiti obveznost v skladu z nacionalnim pravom, ki je v nasprotju z direktivo. Nizozemska vlada meni, da je v zadnjenavedenem primeru (kjer se direktiva uporablja kot „ščit“) nacionalni sodnik zavezan, da ne uporabi določbe nacionalne zakonodaje.

52. Komisija vidi potrebo po takem razlikovanju. Poudarja, da dosedanja sodna praksa Sodišča navaja, da direktiva *sama po sebi* ne more ustvariti obveznosti na strani posameznika in se zato nanjo v odnosu do posameznika ni mogoče sklicevati. V tej zadevi pa obveznost tožeče stranke, da *ohranja* dogovorjeni znesek honorarja, izhaja iz pogodbe. Tako obramba tožene stranke pred nadaljnjim zahtevkom tožeče stranke temelji ne le samo na direktivi, temveč na direktivi v povezavi s pogodbo. Ne gre torej za položaj, v katerem bi *sama direktiva kot taka* povzročila določene pravice za posameznika.

53. Vendar Komisija dvomi, ali je zgoraj navedeno v obravnavani zadevi odločilno, prvič, zaradi kategoričnih ugotovitev Sodišča v njegovi sodni praksi, da se na direktivo ni mogoče sklicevati v sporu med posamezniki, da bi se preprečila uporaba ureditve države članice, ki je v nasprotju s to direktivo [32], in drugič, zaradi specifičnosti zasebnih pogodb, za katere je značilno dejstvo, da stranke pri opredeljevanju svojih pravic in obveznosti same tehtajo lastne interese. Upoštevanje direktive neizogibno pomeni, da se položaj ene od strank poslabša, zato to, ali iz nje izhaja pravica ali obveznost, ni odločilno. Pravzaprav gre za dve plati iste medalje.

54. Strinjam se z zadnjenavedeno ugotovitvijo Komisije.

55. Prvič, ideja, da bi imela direktiva kot taka različne učinke v horizontalnih razmerjih, odvisno od tega, ali se uporablja kot „meč“ ali kot „ščit“, nima po mojem nobene podlage v besedilu člena 288, tretji odstavek, PDEU. Iz njega ne izhaja možnost razveljavitve ali odvzema učinkovitosti nacionalnih določb, ki so v nasprotju z direktivo v horizontalnem razmerju.

56. Kot pravilno poudarja Komisija, iz sodne prakse Sodišča v bistvu izhaja prepoved črpanja pravnih posledic iz direktiv, bodisi v obliki pravic ali obveznosti, za posameznike v horizontalnih razmerjih. Ugotovitev, ali iz direktive izhaja obveznost, ki jo stranka želi naložiti nasprotni stranki, ali le prepoved nalaganja obveznosti, ki izhaja iz nacionalne zakonodaje, je odvisna od sistematike postopka in izbrane perspektive, zaradi česar to razlikovanje ne temelji na objektivnem merilu.

57. Če namreč direktiva dejansko prepoveduje sprejemanje določb, ki stranke zavezujejo k minimalnemu plačilu za določeno storitev, je seveda mogoče trditi, da gre za položaj, v katerem določba nacionalne zakonodaje pomeni obveznost plačila zneska, višjega od tega, ki ga določijo stranke, pred katero direktiva ščiti kot „ščit“. Lahko pa tudi trdimo, da iz direktive izhaja posredna pravica in konkretna obveznost za posameznike: pravica prejemnika storitve, da je oproščen obveznosti plačila pogodbeno dogovorjene cene, in obveznost ponudnika storitve, da prizna plačilo pogodbeno dogovorjene cene, s čimer pogodbena obveznost za prejemnika storitve ugasne. V obrambi pred tožbo prejemnik storitve z eno roko dvigne torej „ščit“, hkrati pa z drugo zabode „meč“ v želji, da ponudnika storitve zaveže, da prizna plačilo zneska, nižjega od najnižje tarife, na podlagi katerega obveznost ugasne.

[32] Sodba z dne 7. avgusta 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, točka 44).

58. Predstavljajmo si, da je prejemnik storitve napačno plačal višji honorar, kot je bilo dogovorjeno v pogodbi, in nato od ponudnika storitev zahteval njegovo vračilo. Tako bi si prizadeval slednjemu naložiti obveznost vrnitve neupravičene koristi. Za to bi se prejemnik storitve skliceval na direktivo kot na „meč“. Podobno bi bilo, če bi se stranki dogovorili za honorar, ki presega veljavne najvišje tarife, ponudnik storitev pa bi po prejemu plačila samo v višini najvišje tarife zahteval plačilo razlike med njo in zneskom, dogovorjenim v pogodbi. Dejansko bi poskušal prejemniku naložiti obveznost plačila pogodbene cene v skladu z direktivo. Čeprav v tem primeru ne gre za takšne okoliščine, je logično, da mora biti rešitev v vseh primerih enaka: če se določba nacionalne zakonodaje ne sme uporabljati, se ne bi smela uporabljati za nobeno od teh okoliščin. Argumentacija, ki se nanaša na nalaganje obveznosti posamezniku, ne zagotavlja, da bo ta rezultat dosežen v vseh procesnih sistemih in temelji na nenatančnem in nejasnem merilu.

59. Ob upoštevanju predloga nizozemske vlade z nekoliko drugačne perspektive bi se lahko osredotočili zgolj na možnost sklicevanja na direktivo proti posamezniku. Delovanje direktive kot „ščita“ bi potem pomenilo, da je treba iz pravne podlage za sprejetje odločbe izključiti določbo nacionalne zakonodaje, ki ni v skladu z direktivo. V tem smislu delovanje direktive kot „ščita“ pomeni t. i. sklicevanje na direktivo z namenom neuporabe določbe nacionalne zakonodaje (fr. *invocabilité d'exclusion*) in je nasprotno sklicevanju na direktivo za to, da se z določbo direktive nadomesti pravna podlaga za odločanje (fr. *invocabilité de substitution*). [33]

60. To merilo razlikovanja načina uporabe direktive kot „ščita“ in „meča“ (če se šteje, da ustreza delitvi na „izključitev“ in „nadomestitev“), je morda bolj natančno, vendar lahko privede do položajev, v katerih se ta vrsta razlikovanja izkaže za težko izvedljivo.

61. Bistvo je v tem, da se zdi, da je Sodišče kljub spodbudam generalnih pravobranilcev A. Saggia [34], S. Alberja [35] in D. Ruiz-Jaraboja Colomerja [36] v sodbi Pfeiffer nazadnje ta koncept zavrnilo. [37]

62. Dejansko je v zadnjenavedeni zadevi obveznost, ki je bila v nasprotju z direktivo in se je nanašala na delovni čas, izhajala iz kolektivne pogodbe, na katero je napotovala pogodba, ki jo je sklenil zaposleni, in ne iz zakona. Razlika med obema zadevama je v tem, da je v prvi obveznost, ki ni v skladu z direktivo, hkrati v neposrednem nasprotju s pogodbeno določbo o ceni (obravnavana zadeva), v drugi pa ni bilo tako očitnega nasprotja, ker sama pogodba ni vsebovala ustreznega določila o delovnem času, temveč je napotovala na kolektivno pogodbo, iz katere je ta obveznost izhajala (zadeva, v kateri je bila izrečena sodba Pfeiffer [38]). Lahko pa trdimo, da neobstoj ustreznega določila v pogodbi pomeni, da je bila obveznost v zvezi s tem opredeljena z zakonsko določbo, ki je določala najdaljši delovni čas delavcev. Dejstvo, da v obravnavani zadevi nasprotje izhaja neposredno iz vsebine pogodbe, se po mojem mnenju ne more šteti za tako, da bi se lahko v obravnavani zadevi zaradi njega izpeljal drugačen sklep o neposrednem horizontalnem učinku direktive.

33 Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca P. Légerja v zadevi Linster (C-287/98, EU:C:2000:3, točka 57 in naslednje) in tam naveden članek, Galmot, Y., Bonichot, J.-C., La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directions en droit national, *Revue française de droit administratif*, 4(1), janvier-février 1988, str. 16.

34 Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca A. Saggia v združenih zadevah Océano Grupo Editorial in Salvat Editores (C-240/98 do C-244/98, EU:C:1999: 620, točka 38).

35 Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca S. Alberja v zadevi Collino i Chiappero (C-343/98, EU:C:2000:23, točka 30).

36 Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca D. Ruiz-Jaraboja Colomerja v združenih zadevah Pfeiffer in drugi (C-397/01 do C-403/01, EU:C:2003:245, točka 58).

37 Sodba z dne 5. oktobra 2004, Pfeiffer in drugi (od C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584).

38 Sodba z dne 5. oktobra 2004 (od C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584).

63. Če povzamem ta del premislekov: menim, da določba člena 288, tretji odstavek, PDEU in sodna praksa Sodišča ne podpirata stališča, da se lahko pravice in obveznosti posameznikov v postopku določanja pravne podlage odločbe, s katero se bo rešil spor med posamezniki, na splošno zavezujoče opredelijo na podlagi določbe direktive „kot take“. V tem okviru je treba šteti, da v postopku opredeljevanja pravne podlage te odločbe ni pomembno, ali gre pri tem za izključitev določbe nacionalne zakonodaje, ali za nadomestitev take določbe z določbo direktive, ali pa za dopolnitev podlage za odločitev z določbo direktive. Nazadnje, pojma „nadomestitve“ ali „izključitve“ določbe nacionalne zakonodaje v horizontalnem razmerju sta primerna le za določitev učinka morebitnega upoštevanja direktive v postopku uporabe prava. Vendar ni nobene podlage za stališče, da ima direktiva neposreden učinek v horizontalnem razmerju, če je učinek njenega upoštevanja le izključitev uporabe določbe nacionalne zakonodaje.

4. Navedba splošnih načel prava Unije, vključno s svobodo sklepanja pogodb

64. Komisija je v svojih pisnih stališčih kot alternativo predlagala opustitev uporabe sporne določbe, ker je bila v nasprotju s svobodo sklepanja pogodb, zagotovljeno s členom 16 Listine. Ta svoboda vključuje svobodo strank, da določijo ceno storitve. Omejena je z določbo nacionalne zakonodaje, ki določa obvezne najnižje tarife za določene storitve. Zaradi nesorazmernosti uvedene omejitve te svobode Komisija meni, da nacionalno sodišče sporne določbe nemške zakonodaje ne bi smelo uporabiti, ker ni v skladu s členom 16 Listine.

65. Najprej bom razpravljal o pogojih, ki izhajajo iz prejšnje sodne prakse v zvezi z možnostjo sklicevanja na Listino za to, da se opusti uporaba določbe nacionalne zakonodaje, ki ni v skladu z direktivo (točka (a)). Nato bom preučil, ali so ti pogoji izpolnjeni glede svobode sklepanja pogodb in pravice določati ceno (točka (b)). Nazadnje bom ocenil možnost uporabe določbe, s katero se ta svoboda zagotavlja, v obravnavani zadevi (točka (c)).

a) Pogoji za sklicevanje na splošna načela prava Unije, vključno s tistimi, določenimi v Listini

66. V sodni praksi, ki se je začela s sodbo Mangold[39], je Sodišče v horizontalnih razmerjih dopustilo možnost odstopa od uporabe določb nacionalne zakonodaje, ki so v nasprotju z direktivo, kadar to zahtevajo splošna načela prava Unije, vključno s tistimi, določenimi v Listini.[40]

67. Tako je Sodišče presodilo, da obstaja razlog za zavrnitev uporabe nacionalnih določb, ki so v nasprotju z določbami Direktive Sveta 2000/78/ES[41], v delu, v katerem je to potrebno za uskladitev s splošnimi načeli prava Unije, kot so načelo prepovedi diskriminacije na podlagi starosti[42], načelo prepovedi diskriminacije na podlagi vere ali prepričanja[43] ali pravica do

39 Sodba z dne 22. novembra 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, točka 76).

40 Iz sodne prakse Sodišča ne izhaja jasno razmerje med splošnimi načeli prava Unije in temeljnimi pravicami, ki jih zagotavlja Listina. Generalni pravobranilec P. Cruz Villalón je v sklepnih predlogih v zadevi Prigge in drugi (C-447/09, EU:C:2011:321) ocenil, da so od začetka veljavnosti Lizbonske pogodbe splošna načela prava Unije, kakršno je načelo prepovedi diskriminacije, uzakonjena v „Lizbonski listini“ (točka 26 sklepnih predlogov). V sklepnih predlogih bom zaradi poenostavitve uporabil koncept „splošnih načel prava Unije, vključno s tistimi, določenimi v Listini“.

41 Direktiva Sveta 2000/78/ES z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 4, str. 79).

42 Glej zlasti sodbe z dne 22. novembra 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, točka 76); z dne 19. januarja 2010, Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, točka 46), in z dne 19. aprila 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, točke od 35 do 37).

43 Glej zlasti sodbe z dne 17. aprila 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, točke od 76 do 77 in 79); z dne 11. septembra 2018, IR (C-68/17, EU:C:2018:696, točke od 69 do 71), in z dne 22. januarja 2019, Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43, točki 76 in 80).

učinkovitega sodnega varstva [44]. V primerih, ki se nanašajo na Direktivo 2003/88/ES [45], je ugotovilo, da obstaja razlog za zavrnitev uporabe nacionalnih določb, ki kršijo pravico zaposlenega do plačanega letnega dopusta, zagotovljeno s členom 31(2) Listine [46].

68. Vendar je Sodišče nasprotovalo uporabi takšnega pristopa v zvezi z obveznostmi iz člena 1 Tretje direktive Sveta 90/232/EGS [47] z obrazložitvijo, da te določbe ni mogoče šteti za določbo, ki konkretizira splošno načelo prava Unije [48]. Podobno je ravnalo v zvezi z določbami Direktive 2002/14/ES [49], saj prepovedi, ki jo določa člen 3(1), ni mogoče izpeljati, kot neposredno uporabljenega pravnega načela, niti iz besedila člena 27 Listine niti iz pojasnil v zvezi s tem členom [50].

69. Sodna praksa sodišča je v pravni teoriji včasih kritizirana, ker vodi do preozke uporabe Listine v odnosih med posamezniki [51] in do tega, da je njena uporaba odvisna od nejasnih meril [52]. Tudi generalni pravobranilci so se v preteklosti zavzeli za širšo uporabo Listine v horizontalnih odnosih. [53] Kljub temu Sodišče ostaja v bistvu zvesto svojemu previdnemu in kazuističnemu pristopu. [54]

70. Paradoks celotnega položaja je v tem, da se zaradi nezmožnosti uporabe direktiv v horizontalnih odnosih učinkovitost Listine, ki je akt primarnega prava, enakovreden pogodbam, v horizontalnih odnosih skozi leta odkriva „na obroke“, ob vlaganju predlogov za sprejetje predhodne odločbe, ki se nanašajo na možnost opustitve uporabe določbe nacionalne zakonodaje, ki je v nasprotju z nepreneseno ali nepravilno preneseno direktivo. Na tem področju se je izkazalo, da ima Listina izjemen praktični pomen in je *de facto* – v jeziku alkimistov – postala kamen modrosti prava Unije, ki se uporablja za pretvorbo nežlahtnih norm (določb direktiv, ki nimajo horizontalnega učinka) v žlahtne (ki imajo tak učinek). Ob tej priložnosti so bila razvita načela sklicevanja na Listino v razmerjih med posamezniki.

44 Glej sodbo z dne 17. aprila 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, točka 78).

45 Direktiva 2003/88/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. novembra 2003 o določenih vidikih organizacije delovnega časa (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 4, str. 381)

46 Glej zlasti sodbi z dne 6. novembra 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:874, točke 74, 80, 81, točka 2 izreka), in z dne 6. novembra 2018, Bauer in Willmeroth (C-569/16 in C-570/16, EU:C:2018:871, točke 80, 84 in 91).

47 Tretja direktiva Sveta 90/232/EGS z dne 14. maja 1990 o približevanju zakonodaje držav članic o zavarovanju civilne odgovornosti pri uporabi motornih vozil (UL L 129, str. 33).

48 Glej sodbo z dne 7. avgusta 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, točka 48).

49 Direktiva 2002/14/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. marca 2002 o določitvi splošnega okvira za obveščanje in posvetovanje z delavci v Evropski skupnosti (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5 zvezek 4 str. 219).

50 Glej sodbo z dne 15. januarja 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, točka 46).

51 Glej na primer Leczykiewicz, D., „*Horizontal application of the Charter of Fundamental Rights*“, *European Law Review*, 2013, 38(4), str. od 479 do 497.

52 Glej na primer Frantziou, E., *The horizontal effect of fundamental rights in the European Union: a constitutional analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2019, po besedah katere: „[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)“ (str. 114).

53 Glej zlasti sklepne predloge generalnega pravobranilca P. Cruza Villalóna v zadevi Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2013:491, točke od 34 do 38).

54 Glede na nedavno sodno prakso pa se lahko vprašamo, ali bi generalni pravobranilec Y. Bot danes ohranil svojo presojo v sklepnih predlogih v združenih zadevah Bauer in Broßonn (C-569/16 in C-570/16, EU:C:2018:337, točka 95), v katerih je tedanji pristop Sodišča opisal kot „pretirano restriktiven“.

71. Glede na sedanje stanje sodne prakse Sodišča je bistveni pogoj, da je zadevna določba Listine lahko samostojna podlaga za odločanje v postopkih pred nacionalnimi sodišči, njena „samozadostnost“ [55]. Zadevna določba mora namreč zadoščati, da se zgolj na njeni podlagi posameznikom prizna pravica, na katero se lahko sklicujejo v sporih z drugimi posamezniki. Da bi bilo to mogoče, mora iz nje izhajati pravica, ki je hkrati zavezujoča in brezpogojna. Slednji pogoj ni izpolnjen, če je za določitev vsebine te pravice potrebno sprejetje dopolnilnega predpisa prava Unije ali nacionalnega prava. [56]

72. Pogoj za uporabo določbe Listine za doseganje horizontalnega učinka določbe direktive je poleg tega obstoj povezave med konkretno določbo Listine in določbo direktive. Ta povezava v zvezi z nekaterimi pravicami bi morala vključevati konkretizacijo določbe Listine z določbami direktive [57].

73. Ali so ti pogoji izpolnjeni v zvezi s členom 16 Listine v delu, v katerem se z njim zagotavlja pogodbena svoboda?

74. Preden odgovorim na to vprašanje, bi rad poudaril, da se ta zadeva dejansko ne nanaša na neposredni horizontalni učinek določbe Listine v klasičnem smislu. Ne gre za to, ali določba Listine neposredno nalaga obveznosti eni od pogodbenih strank, ampak za to, ali je v sporu med posamezniki mogoče izključiti uporabo določbe nacionalne zakonodaje zaradi njene neskladnosti z določbo Listine, v tem primeru s členom 16 Listine. Tudi v teh okoliščinah bi morali biti izpolnjeni zgornji pogoji, ker določajo neposreden učinek določbe Listine, torej možnost njene neposredne uporabe v sporu, ki poteka.

b) Svoboda sklepanja pogodb

1) Uvodne opombe

75. Svoboda sklepanja pogodb [58] je eno ključnih načel zasebnega prava, skupaj z načeloma spoštovanja pogodb ali dobre vere. Čeprav je mogoče njen izvor zaslediti že v antiki, se tradicionalno domneva, da je svoj prvi izraz prvič našla v Napoleonovem zakoniku. [59]

55 V zvezi s tem glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Y. Bota v združenih zadevah Bauer in Broßonn (C-569/16 in C-570/16, EU:C:2018:337, točki 80 in 82 in tam navedena literatura).

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

57 Ta pogoj ni absoluten. V starejši sodni praksi se je zdelo, da ima ključno vlogo (glej na primer sodbe z dne 19. januarja 2010, Kücükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:2121; z dne 19. aprila 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, točke 22, 27, 35 in 38, in z dne 7. avgusta 2018, Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, točka 48). Po drugi strani pa je v sodbi z dne 6. novembra 2018 Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:874, točki 78 in 79) Sodišče presodilo, da pravice do plačanega letnega dopusta ni treba določiti v sekundarni zakonodaji. Podobno je odločilo v sodbi z dne 17. aprila 2018 Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, točka 78) glede pravice do učinkovitega sodnega varstva.

58 V poljski znanosti se pogosto uporablja izraz „načelo svobode pogodb“. Da bi se izognili vtisu, da prejudiciram kvalifikacijo svobode kot „načela“ in ne „pravice“ v smislu člena 52 Listine, bom v svojih sklepnih predlogih uporabil izraz „svoboda sklepanja pogodb“.

59 Trzaskowski, R., *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Člen 353(1) k.c. (civilni zakonik)*, Kraków, Zakamycze, 2005, str. 41, ki se sklicuje na Ghestin, J., *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Pariz, 1993, str. 41, navaja, da določba člena 1134 tega zakonika, ki je bila tradicionalno obravnavana kot izraz načela, tega v resnici ne izraža.

76. Včasih bi lahko imeli vtis, da je svoboda sklepanja pogodb – če uporabimo angleški izraz – kot „the elephant in the room“. Po mojem mnenju še ni našla svojega pravega mesta v sistemu prava Unije. Hkrati pa je njegov temelj, predvsem v okviru delovanja temeljnih svoboščin.[60] Nemogoče si je brez nje predstavljati obstoj notranjega trga in visoko konkurenčnega socialnega tržnega gospodarstva iz člena 3(3) PEU kot tudi vodenje ekonomske politike ob spoštovanju načela odprtega tržnega gospodarstva s svobodno konkurenco iz člena 119, PDEU. Hkrati ostaja skrita za celim sistemom drugih pravil in zakonov Unije.

77. Morda bi morala ta zadeva Sodišču omogočiti, da natančneje preuči svobodo sklepanja pogodb in razjasni njeno mesto v sistemu prava Unije.

2) Priznavanje svobode sklepanja pogodb v zakonu in sodni praksi

78. V sedanjih pravnih razmerah je svoboda sklepanja pogodb zagotovljena z določbo člena 16 Listine. Čeprav v njegovem besedilu ni izrecno omenjena, pa iz pojasnil v zvezi z Listino o temeljnih pravicah[61] izhaja, da je sestavni del svobode gospodarske pobude, ki ji je posvečen ta člen.

79. Neka določba Listine lahko zagotavlja različne pravice in svoboščine ter določa različna pravila[62], pri čemer nekatera od njih lahko izpolnjujejo pogoje, da so podlaga za odločanje v postopkih pred nacionalnimi sodišči, druga pa ne[63]. Dejstvo, da se člen 16 med drugim nanaša na svobodo sklepanja pogodb, ne pomeni, da bodo pogoji za sklicevanje na njo pred nacionalnimi sodišči veljali tudi za druge pravice in svoboščine, zagotovljene v členu 16 Listine. Zaradi vsebine obravnavane zadeve bom svojo analizo omejil na svobodo sklepanja pogodb in kasneje na konkretno pravico, ki iz nje izhaja.

80. Iz Pojasnil k Listini jasno izhaja, da njen člen 16 samo kodificira sodno prakso Sodišča, v kateri je Sodišče že priznalo, da v pravu Unije velja svoboda sklepanja pogodb[64]. Status svobode sklepanja pogodb kot enega od načel prava Unije je bil pozneje potrjen v sodni praksi, ki jo je Sodišče sprejelo že po sprejetju Listine[65]. Zato lahko domnevamo, da gre za ustaljeno svoboščino, ki jo zagotavlja pravo Unije. Šteje se, da predstavlja pravico in ne načelo v smislu člena 52(5) Listine.[66]

60 Kot je nazadnje opazil Basedow, J., „[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*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2021, str. 426, točka 68.)

61 Pojasnila v zvezi z Listino o temeljnih pravicah (UL 2007, C 303, str. 17, v nadaljevanju: Pojasnila k Listini).

62 Glej Pojasnila k Listini v zvezi s členom 52(5) Listine.

63 Lenaerts, K., op.cit., str. 33, ki kaže, da ima člen 31(2) Listine neposreden horizontalni učinek samo v svoji bistveni vsebini („the essence“).

64 Na tej točki se Pojasnila k Listini sklicujejo na sodbi z dne 16. januarja 1979 Sukkerfabriken Nykøbing (151/78, EU:C:1979:4, točka 19), in z dne 5. oktobra 1999, Španija/Komisija (C-240/97, EU:C:1999:479, točka 99).

65 Glej zlasti sodbe z dne 22. januarja 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, točki 42 in 43); z dne 18. julija 2013, Alemo-Herron in drugi (C-426/11, EU:C:2013:521, točke od 32 do 35), in z dne 24. septembra 2020, NK (poklicne pokojnine za vodstveno osebje) (C-223/19, EU:C:2020:753, točka 86).

66 Sodba z dne 22. januarja 2013Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, točke od 43 do 48). Glej tudi Oliver, P., What purpose does article 16 of the Charter serve?, v *General Principles of EU law and European Private Law*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2013, § 12.06, str. od 295 do 296; Jarass, H. D., Art.16 Unternehmerische Freiheit, *Charta der Grundrechte des Europäischen Union. Kommentar*, 4. Auflage, 2021, München, C.H. Beck, 2021, Rn. 2.

3) Vsebina svobode sklepanja pogodb

81. Svoboda sklepanja pogodb je podvrsta svobode na splošno. Gre za svobodo na področju zasebnopravnih obveznosti. Ta svoboda je pogosto enačena z avtonomijo volje posameznika, vendar ima ožji obseg od nje, saj ne zadeva vseh pravnih dejanj, temveč le pogodbe.[67]

82. Tradicionalno se domneva, da svoboda sklepanja pogodb vključuje vsaj svoboščine glede sklenitve pogodbe, glede izbire izvajalca, glede oblikovanja vsebine pogodbe in s tem obligacijskega razmerja kot tudi glede oblike pogodbe.[68] Pravica strank svobodno oblikovati vsebino pravnega razmerja pa vključuje pravico določiti višino vzajemnih koristi, zlasti ceno ali nadomestilo za storitev druge stranke.

83. Ta podoba svobode se odraža v sodni praksi Sodišča. Sodišče je neposredno navedlo, da to, da država članica posamezniku naloži obveznost sklenitve pogodbe, pomeni veliko poseganje v svobodo sklepanja pogodb[69], da svoboda sklepanja pogodb med drugim vključuje svobodo izbire poslovnega partnerja[70], pravico strank svobodno oblikovati medsebojne obveznosti[71], vključno z določanjem cene storitve[72], in nazadnje, pravico spreminjati sklenjene pogodbe[73].

84. Glede na zgoraj navedeno menim, da je svoboda sklepanja pogodb pravica, priznana tako v pravnem redu držav članic kot v pravu Unije. Iz nje izhajajo določene pravice za posameznike, s katerimi so povezane obveznosti neposeganja v avtonomijo volje strank, zlasti z odrejanjem sklepanja ali odpovedi pogodb ali vsiljevanjem njihove določene vsebine.

4) Pomen napotila iz člena 16 Listine

85. O kategoričnosti te ugotovitve lahko podvomimo zaradi napotila iz člena 16 Listine. Iz tega člena izhaja, da je „svoboda gospodarske pobude priznana v skladu s pravom Unije ter nacionalnimi zakonodajami in običaji“. Sodišče pa je v sodbi Association de médiation sociale[74] presodilo, da je iz podobnega besedila člena 27 Listine[75] „jasno razvidno, da se za njegovo polno učinkovanje zahteva konkretizacija z določbami prava Unije ali nacionalnega prava“.[76] Posledično prepovedi, ki je bila v tej zadevi odločilna, ni bilo mogoče izpeljati, kot neposredno veljavno pravno pravilo, niti iz besedila člena 27 Listine niti iz Pojasnil k temu členu.[77]

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

68 *Prav tam*, str. 3 in 4. S to definicijo se sklada vsebina člena 1102 francoskega civilnega zakonika, ki določa: „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.“ Glej tudi von Bar, C., Clive, E. in Hans Schulte-Nölke (ur.), *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“; kot tudi UNIDROIT Principles 2016, člen 1.1 z naslovom „Freedom of contract“, ki določa: „The parties are free to enter into a contract and to determine its content“.

69 Glej zlasti sodbo z dne 28. aprila 2009, Komisija/Italija (C-518/06, EU:C:2009:270, točke od 66 do 71).

70 Glej zlasti sodbi z dne 22. januarja 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, točka 43), in z dne 20. decembra 2017, Polkomtel (C-277/16, EU:C:2017:989, točka 50).

71 Glej zlasti sodbo z dne 20. maja 2010, Harms (C-434/08, EU:C:2010:285, točka 36).

72 Glej zlasti sodbe z dne 22. januarja 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, točka 43); z dne 20. decembra 2017, Polkomtel (C-277/16, EU:C:2017:989, točka 50), in z dne 24. septembra 2020, NK (Poklicne pokojnine vodstvenega osebja) (C-223/19, EU:C:2020:753, točka 86).

73 Glej zlasti sodbo z dne 5. oktobra 1999, Španija/Komisija (C-240/97, EU:C:1999:479, točka 99).

74 Sodba z dne 15. januarja 2014 (C-176/12, EU:C:2014:2).

75 Člen 27 Listine določa, da je treba „delavcem ali njihovim predstavnikom na ustreznih ravneh pravočasno zagotoviti informacije in možnost posvetovanja v primerih in pod pogoji, določenimi s pravom Unije ter nacionalnimi zakonodajami in običaji“.

76 Sodba z dne 15. januarja 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, točka 45).

77 Sodba z dne 15. januarja 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, točka 46).

86. Drugače od pravic, ki jih določa člen 27 Listine, pa je bila svoboda sklepanja pogodb, čeprav v členu 16 ni izrecno navedena, navedena v Pojasnilih k Listini, kot zaščitena s to določbo. To je bilo potrjeno tudi v sodni praksi Sodišča. Zato ni podlage za to, da bi se nanjo neposredno prenesla sodna praksa, ki se nanaša na člen 27 Listine.

87. Menim tudi, da je sklicevanje na pravo Unije in nacionalno zakonodajo v členu 16 Listine drugačne narave kot tisto iz člena 27 Listine. V zadnjenavedenem primeru gre za napotilo na določbe, na podlagi katerih bo neka pravica šele oblikovana, v prvem pa gre za napotilo na določbe, ki določajo pravila za uveljavljanje pravic, ki že obstajajo in so zajamčene v Listini.

88. Kot je razvidno iz Pojasnil k Listini, „se ta pravica izvaja ob spoštovanju prava Unije in nacionalne zakonodaje. Lahko je predmet omejitev, predvidenih v členu 52(1) Listine." Kot je poudarilo Sodišče, svoboda gospodarske pobude ni absolutna pravica, ampak jo je treba obravnavati glede na njeno družbeno funkcijo.[78] Lahko je podvržena širokemu spektru posegov organov javne oblasti, ki lahko v splošnem interesu določijo omejitve za uveljavljanje te svobode.[79] Enako velja za svobodo sklepanja pogodb.

89. V zvezi s tem se strinjam z mnenji, izraženimi v pravni teoriji, da je napotilo iz člena 16 Listine namenjeno samo poudarjanju, da je glede pravice, ki jo določa ta člen, dovoljena večja stopnja poseganja države kot v primeru drugih pravic. To sklicevanje ne dokazuje, da je raven zaščite, ki jo zagotavlja ta pravica, omejena, niti da ima ta pravica status načela, niti da je „drugorazredna".[80]

90. Navedeno ne spreminja dejstva, da bo v praksi utemeljevanje odločitve le s členom 16 Listine bolj redko.[81] V primerjavi z drugimi temeljnimi pravicami se bo svoboda gospodarske pobude in s tem tudi svoboda sklepanja pogodb pogosto morala umakniti drugim vrednotam, zaščitenim s pravom Unije.[82] Potreba po daljnosežnem poseganju v svobodo sklepanja pogodb je še posebej očitna pri reguliranih trgih in trgovanju s potrošniki.

5) Samozadostnost določbe člena 16 Listine v obsegu, kolikor izhaja iz nje pravica strank, da določijo ceno storitve

91. Med zgoraj navedenimi pravicami, ki tvorijo vsebino svobode in so potrjene v sodni praksi Sodišča, je v obravnavani zadevi pomembna pravica do oblikovanja vsebine pravnega razmerja med pogodbenima strankama z določitvijo cene storitve. Preostale preudarke bom omejil na to pravico.

92. Menim, da je pravica strank, da določijo ceno storitve, ki je predmet pogodbe, tako očitna, jasna in nedvoumna, da za določitev njene vsebine ni potrebno dodatno pojasnjevanje v pravu Unije ali nacionalni zakonodaji.

78 Glej zlasti sodbe z dne 9. septembra 2004, Španija in Finska/Parlament in Svet (C-184/02 in C-223/02, EU:C:2004:497, točki 51 in 52); z dne 6. septembra 2012, Deutsches Weintor (C-544/10, EU:C:2012:526, točka 54); z dne 22. januarja 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, točka 45), in z dne 24. septembra 2020, NK (poklicne pokojnine za vodstveno osebje) (C-223/19, EU:C:2020:753, točka 88).

79 Sodba z dne 22. januarja 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, točka 46).

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

81 Oliver, P., *op. cit.*, člen 12.08, str. 299. Avtor trdi, da je ta ureditev rezervirana za skrajne primere („extreme cases").

82 Npr. glede pravice intelektualne lastnine glej sodbo z dne 24. novembra 2011, Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:771, točka 50), ali glede pravice družbe do obveščenosti sodbo z dne 22. januarja 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, točka 66).

93. Kolikor strankam zagotavlja svobodo določanja cene storitve, je torej določba člena 16 Listine „samozadostna“. Izpolnjuje torej osnovni pogoj za neposreden učinek.

6) Dopustne omejitve svobode sklepanja pogodb glede pravice do določanja cene

94. Iz navedb iz točke 88 teh sklepnih predlogov izhaja, da je obstoj omejitev svobode sklepanja pogodb neločljivo povezan s to svobodo. Njeno vsebino v resnici negativno določajo omejitve svobode, določene v pravu Unije in zakonodaji držav članic. Dopustnost teh omejitev se presoja z vidika člena 52(1) Listine.

95. Dana omejitev svobode ima lahko izvor v nacionalni zakonodaji ali pravu Unije, po možnosti pa v obeh. [83]

7) Model sklicevanja na člen 16 Listine v horizontalnih razmerjih.

96. Vprašanje je, na kakšen način naj bi se pravica strank, da določijo ceno storitve, uporabila v sporu med posamezniki. Dvomi izhajajo iz dejstva, da sklicevanje na to pravico ni v celoti v skladu z modelom, znanim iz dosedanje sodne prakse.

97. Sodna praksa Sodišča, ki je dovoljevala neposredno sklicevanje na splošna načela prava Unije, vključno s tistimi, določenimi v Listini, se je nanašala na subjektivne pravice posameznikov, iz katerih so izhajala konkretna upravičenja, s katerimi so bile povezane obveznosti posameznikov, ki so bili nasprotna stranka v sporu. Pravica do dopusta ali do nediskriminacije je bila povezana z obveznostjo druge stranke v sporu: ali do odobritve dopusta oziroma izplačila nadomestila za neporabljeni dopust ali do podelitve pravice, priznane drugim osebam v podobnem položaju. [84]

98. V primeru pravice do določitve cene storitve takšnega načina razmišljanja ni mogoče uporabiti. Prvič, svoboda sklepanja pogodb pomeni pravico posameznika, da se ne posega v avtonomijo volje strank v pravnem razmerju, ne glede na to, ali je to potencialno ali pa že obstaja. Ta pravica ni tako oprijemljiva kot pravica do dopusta ali do zaposlitve. Drugič, to ni pravica, ki pripada posamezniku v sporu. Kršitev svobode sklepanja pogodb dejansko nastane z uvedbo omejitev njene uporabe s strani zunanjega subjekta v zvezi z že obstoječim ali potencialnim pravnim razmerjem. Vir teh omejitev je nedvomno država ali morda vsi subjekti, ki lahko sprejmejo zavezujoče predpise, ki opredeljujejo pravila sklepanja pogodb na določenem področju. Svoboda sklepanja pogodb ne ustvarja obveznosti za noben drug subjekt, zlasti ne za drugo pogodbeno stranko. [85]

99. Pravice zahtevati plačilo dogovorjene cene ni mogoče enačiti s pravico do določitve vsebine pravnega razmerja, vključno s ceno. Njen vir ni svoboda sklepanja pogodb, temveč že sklenjena konkretna pogodba. Neizvajanje ali nepravilno izvajanje pogodbe s strani ene od strank ne pomeni kršitve svobode sklepanja pogodb, temveč pomeni kršitev načel, ki urejajo izpolnjevanje obveznosti. [86]

[83] Zaradi načela primarnosti omejitve, ki izhajajo iz nacionalne zakonodaje, ne smejo biti v nasprotju z omejitvami, ki izhajajo iz prava Unije.

[84] Tudi če samo Sodišče tega ne prizna neposredno, je naravna posledica priznanja pravice npr. do nadomestila za neporabljeni dopust obveznost delodajalca, da ga izplača.

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

[86] Glej v zvezi s tem jasno razlikovanje med načeli, ki izhajajo iz UNIDROIT Principles 2016, komentar k členu 1.3 z naslovom „Binding character of contract“: „1. The principle *pacta sunt servanda*. This Article lays down another basic principle of contract law […].“

100. Kot je Komisija pravilno poudarila na obravnavi, svoboda sklepanja pogodb varuje obe pogodbeni stranki pred zunanjim vmešavanjem in ne eno pred drugo. Ključna pravica določati ceno je skupna pravica teh dveh strank in ne ene od njih v razmerju do druge.

101. Od tod sklep, da se kršitev pravic, ki izhajajo iz svobode sklepanja pogodb, dogaja najprej na vertikalni ravni. To ni nič nenavadnega, saj je v skoraj vseh okoliščinah, v katerih je Sodišče priznalo neposredni horizontalni učinek Listine, do kršitve temeljne pravice prišlo predvsem v vertikalnih razmerjih, ker država ni zagotovila ustreznega varstva temeljnih pravic posameznika. Šele nato se je postavilo vprašanje, ali je bil zaradi odsotnosti določbe, ki bi zagotavljala to zaščito, drug posameznik zavezan ustreznemu pozitivnemu ravnanju [87].

102. Za primer kršitve svobode sklepanja pogodb je značilno, da se s formalnega vidika izvaja v razmerju do obeh pogodbenih strank. Vendar pa se lahko na različne načine spremeni v pravni interes vsake od njiju. Za eno stranko lahko pomeni dodatno pravico, za drugo pa obveznost.

103. Ker je osnovni način poseganja v svobodo sklepanja pogodb nalaganje omejitev s strani države, se obramba pred takim poseganjem v sporu s strani pogodbene stranke, ki svojo pravico izvaja iz takšne omejitve, lahko opravi le z očitkom, da je omejitev svobode nezakonita. Njena zakonitost pa je odvisna od tega, ali izpolnjuje pogoje, ki jih morajo izpolnjevati omejitve pravic in svoboščin, navedene v členu 52(1) Listine. Ugotovitev, da je omejitev nezakonita, pomeni kršitev temeljne pravice, zagotovljene v členu 16 Listine.

104. Glede na zgoraj navedeno je razvidno, da primer, kakršen je obravnavani, ne zadeva neposrednega horizontalnega učinka v klasičnem smislu, torej tistega, v katerem je določen posameznik naslovnik zakonske določbe in je posledično zavezan ukrepati na določen način. Gre za to, da se v sporu sklicuje na Listino kot merilo nadzora, da se dokaže nezakonitost določbe, na kateri temelji tožba [88].

105. Ne vidim razlogov, zakaj določba člena 16 Listine ne bi mogla biti takšno merilo za preverjanje zakonitosti. Ta člen je dovolj natančen in brezpogojen v obsegu, ki je pomemben za rešitev te zadeve, torej v obsegu, ki pomeni svobodo posameznikov, da določijo ceno. V primeru, da se ta člen na področju uporabe Listine krši, bi se morala uporabljati enaka pravila kot v primeru, ko so določbe nacionalnega prava v nasprotju z določbami pogodb, ki zahtevajo opustitev uporabe določbe nacionalne zakonodaje. [89]

106. Zgornji ugotovitvi nikakor ne nasprotuje člen 51(1) Listine. Sodišče je že poudarilo, da dejstvo, da se nekatere določbe primarnega prava uporabljajo predvsem za države članice, ne izključuje njihove uporabe v razmerjih med posamezniki. [90]

87 Glej v zvezi s tem Frantziou, E., *op. cit., str. 39*, kjer je navedeno: „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 Doktrina kaže, da je ta položaj podoben trikotnim položajem, navedenim v točki 28 mojih sklepnih predlogov. Leczykiewicz, D., „Horizontal Effect of Fundamental Rights: In Search of Social Justice or Private Autonomy in EU Law", v *General Principles of EU law and European Private Law*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2013, člen 6.06, str. 185.

89 Glej zlasti sodbo z dne 9. marca 1978, Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, točka 25).

90 Glej sodbo z dne 6. novembra 2018 Bauer in Willmeroth (C-569/16 in C-570/16, EU:C:2018:871, točka 88).

c) Sklicevanje na svobodo sklepanja pogodb v glavni stvari

107. Ta zadeva spada na področje uporabe člena 16 Listine. Sporna določba nacionalne zakonodaje namreč omejuje svobodo sklepanja pogodb, zagotovljeno v tem členu, in spada na področje uporabe določb prava Unije, to je člena 15(1), (2)(g) in (3) Direktive 2006/123.

108. Sporna določba nacionalne zakonodaje ni v skladu s citiranimi določbami Direktive 2006/123, kar izhaja neposredno iz sodbe Komisija/Nemčija [91] in sodbe Hapeg Dresden [92]. Sodba, izdana na podlagi člena 258 PDEU zavezuje nacionalna sodišča.

109. Določbe člena 15(2)(g) in (3) Direktive 2006/123 določajo posebne zahteve za države članice oziroma v zvezi s sprejemanjem določb nacionalne zakonodaje, s katerimi se regulirajo cene v zvezi s storitvami, ki spadajo na področje uporabe poglavja III navedene direktive [93].

110. S sprejetjem teh določb je zakonodajalec Unije že pretehtal različne nasprotujoče si temeljne pravice in ocenil sorazmernost rešitve.

111. V okviru uporabe člena 15(2)(g) in (3) Direktive 2006/123 morajo omejitve svobode sklepanja pogodb, ki izhajajo iz nacionalne zakonodaje, ostati v mejah, ki jih določajo določbe prava Unije.

112. Zaradi zgoraj navedenega iz neskladnosti sporne določbe nacionalne zakonodaje, ki omejuje pravico svobodnega določanja cene, z določbo prava Unije, ki določa meje za sprejetje takšnih določb, ki jo je Sodišče ugotovilo v sodbi Komisija/Nemčija [94], izhaja potreba po opustitvi uporabe določbe nacionalne zakonodaje. V primeru takšnega nasprotja ni nobenega dvoma, da omejitev pravice svobodnega določanja cene, določena v nacionalni zakonodaji, ne izpolnjuje pogojev, predvidenih v členu 52(1) Listine. Če je tako, potem ta omejitev krši določbo člena 16 Listine.

113. Zato mora nacionalno sodišče v postopku v glavni stvari opustiti uporabo sporne določbe nacionalne zakonodaje, ki je v nasprotju z Direktivo 2006/123, zaradi potrebe po spoštovanju temeljne pravice, to je svobode sklepanja pogodb v delu, v katerem se nanaša na pravico strank, da določita ceno.

114. Zato ne glede na predlog, predstavljen v delu 1 oddelka D moje analize, menim, da mora nacionalno sodišče, ki obravnava spor med posamezniki v zvezi z zahtevkom, ki temelji na nacionalni določbe, ki določa najnižje tarife za ponudnike storitev na način, ki je v nasprotju s členom 15(1), (2)(g) in (3) Direktive 2006/123, opustiti uporabo take nacionalne določbe, če s pravom Unije skladna razlaga ni mogoča. Ta obveznost izhaja iz člena 16 Listine.

5. Obveznost izvršitve sodbe, s katero je ugotovljena kršitev države članice

115. V obravnavani zadevi je treba zastaviti vprašanje, ali mora nacionalno sodišče uporabo sporne nacionalne določbe opustiti zaradi izdaje sodbe v skladu s členom 258 PDEU, s katero je bilo ugotovljeno, da je ta določba v nasprotju z direktivo.

91 Sodba z dne 4. julija 2019 (C-377/17, EU:C:2019:562).

92 Sklep z dne 6. februarja 2020 (C-137/18(C-137/18, neobjavljen, EU:C:2020:84).

93 Rad bi poudaril, da iz določbe člena 15(2)(g) in (3) Direktive 2006/123 ne izhaja absolutna prepoved regulacije cen, temveč le obveznost, da se zagotovi, da določbe o najnižjih in najvišjih tarifah za storitve izpolnjujejo pogoje iz člena 15(3), to je pogoj nediskriminacije, potrebnosti in sorazmernosti.

94 Sodba z dne 4. julija 2019 (C-377/17, EU:C:2019:562).

116. V skladu z uveljavljeno sodno prakso Sodišča je ugotovitev v sodbi, izdani v skladu s členom 258 PDEU, da je določena država članica kršila svoje pogodbene obveznosti, deklaratorne narave.[95] Taka sodba pa ustvarja obveznosti za državne organe, ki so jo zavezani izvršiti. Ta obveznost je naložena tudi sodiščem, ki so zavezana zagotoviti njeno spoštovanje pri opravljanju svojih nalog[96], vključno z obveznostjo, da opustijo uporabo določb, ki so v nasprotju s pravom Unije.[97]

117. Ali je zadnjenavedena obveznost v horizontalnem razmerju samostojna podlaga za opustitev uporabe določbe nacionalne zakonodaje, ki ni v skladu z direktivo?

118. Menim, da ne.

119. Prvič, iz sodne prakse Sodišča izhaja, da to v postopkih, ki jih ureja člen 258 PDEU, ni pristojno za razveljavitev pravnih aktov držav članic.[98] Stališče, da sodišča določbe nacionalne zakonodaje, katere neskladje z direktivo izhaja iz sodbe, izdane v skladu s členom 258 PDEU, zaradi te sodbe ne smejo uporabiti, pa bi povzročilo učinke, enakovredne njeni razveljavitvi.

120. Drugič, kot je poudarilo samo Sodišče v sodbi Waterkeyn in drugi[99], v primeru sodbe, ki ugotavlja kršitev pogodbenih obveznosti s strani države članice, so sodišča te države v skladu s (sedanjim) členom 260(1) PDEU zavezana, da iz te sodbe izpeljejo ustrezne posledice. Vendar je treba razumeti, da konkretne pravice posameznikov ne izhajajo iz te sodbe, temveč iz določb prava Unije, ki imajo neposreden učinek v nacionalnem pravnem redu.

121. V skladu z zgornjo argumentacijo je tudi sodna praksa Sodišča o odškodninski odgovornosti države članice v primeru neprenosa ali nepravilnega prenosa direktive, ki je nastala s sodbo Francovich[100], iz katere izhaja, da so podlaga za odškodnine v takšnih okoliščinah določbe prava Unije in ne sodba o kršitvi obveznosti države članice kot taka[101].

122. Zato menim, da sodba, izdana v skladu s členom 258 PDEU, sodiščem države članice sicer nalaga konkretne obveznosti, vendar pa jim ne daje novih pristojnosti, ki bi bile večje od teh, ki jih že imajo. Če mora torej nacionalno sodišče na podlagi prava Unije v primeru neskladnosti nacionalnega prava z določbo prava Unije, ki učinkuje neposredno, opustiti uporabo določbe nacionalne zakonodaje, sodba, izdana v skladu s členom 258 PDEU, to obveznost samo potrjuje.

123. Določbe člena 260(1) PDEU ni mogoče razlagati tako, da bi sodba, izdana v skladu s členom 258 PDEU, privedla do tega, da se posameznikom naložijo nove obveznosti, ki jih – v skladu s členom 288, tretji odstavek, PDEU – posameznikom samo z direktivo ni mogoče naložiti. Če bi sprejeli tako stališče, bi sodba, izdana v skladu s členom 258 PDEU, imela za posledico spremembo zavezujočega učinka določb direktive kot vira prava Unije.

95 Sodba z dne 16. decembra 1960, Humblet/Belgija (6/60-IMM, EU:C:1960:48).

96 Glej zlasti sodbo z dne 14. decembra 1982, Waterkeyn in drugi (od 314/81 do 316/81 in 83/82, EU:C:1982:430, točka 14).

97 Glej zlasti sodbi z dne 13. julija 1972, Komisija/Italija (48/71, EU:C:1972:65, točka 7), in z dne 19. januarja 1993, Komisija/Italija (C-101/91, EU:C:1993:16, točka 24).

98 Sodba z dne 16. decembra 1960 Humblet/Belgija (6/60-IMM, EU:C:1960:48, str. 1145).

99 Sodba z dne 14. decembra 1982 (od 314/81 do 316/81 in 83/82, EU:C:1982:430, točka 16).

100 Sodba z dne 19. novembra 1991 (C-6/90 in C-9/90, EU:C:1991:428).

101 Glej točke 40, 41 in 44 te sodbe.

124. Tako kot zavezujoča razlaga določbe direktive v sodbi, sprejeti v postopku predhodnega odločanja, zavezuje predložitveno sodišče, vendar ne spreminja pravil o uporabi direktive v horizontalnih odnosih, po mojem mnenju ni razlogov za tak učinek v primeru izdaje sodbe v skladu s členom 258 PDEU.

125. Nobenega dvoma ni, da iz takšne sodbe izhaja neka razlaga prava Unije. Ta v postopku uporabe prava zavezuje nacionalna sodišča. Nacionalno sodišče mora to razlago upoštevati. Ni pomembno, da ta obveznost sovpada z obveznostjo spoštovanja sodbe, izdane v postopku iz člena 258 PDEU.

126. Iz navedenih razlogov menim, da sodba, izdana v skladu s členom 258 PDEU, sama po sebi ne daje podlage, da bi se v horizontalnem razmerju opustila uporaba določbe nacionalne zakonodaje, ki je v nasprotju z direktivo, na katero se ta sodba nanaša.

V. Predlog

127. Glede na zgoraj navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanja Bundesgerichtshof (zvezno vrhovno sodišče, Nemčija) odgovori tako:

Nacionalno sodišče, ki obravnava spor med posamezniki zaradi zahtevka, ki temelji na nacionalni določbi, s katero se najnižje tarife za ponudnike storitev določajo na način, ki je v nasprotju s členom 15(1), (2)(g) in (3) Direktive 2006/123/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006, mora opustiti uporabo take nacionalne določbe. Nacionalno sodišče ima to obveznost na podlagi:

– člena 15(2)(g) in (3) Direktive 2006/123, s katerim se konkretizira svoboda ustanavljanja iz člena 49 PDEU, ter

– člena 16 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah.