Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE
ELEANOR SHARPSTON,
predstavljeni 22. junija 2017 [1]

**Zadeva C-413/15**

**Elaine Farrell**
**proti**
**Alanu Whittiju**
**Minister for the Environment, Ireland in Attorney General**
**Motor Insurers Bureau of Ireland (MIBI)**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Supreme Court (vrhovno sodišče, Irska))

„Opredelitev pojma pojavna oblika države za namene ugotavljanja odgovornosti države članice za opustitev prenosa direktive – Pogoji, pod katerimi se lahko zasebni subjekt šteje za pojavno obliko države“

1. Odkar je Sodišče razvilo doktrino neposrednega učinka direktiv in jo začelo uporabljati za „vertikalne“ spore med posameznikom in državo, vendar pa zavrnilo, da bi jo razširilo „horizontalno“ na spore med zasebnimi strankami, je za namene uporabe doktrine vertikalnega neposrednega učinka bistveno vedeti, katere so meje „države“. V tem predlogu za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Supreme Court of Ireland (vrhovno sodišče Irske), je to vprašanje vzeto pod drobnogled. Ali je Motor Insurers Bureau of Ireland (organ na Irskem, ki je izključno odgovoren za plačilo odškodnine vlagateljem zahtevka, poškodovanim v prometnih nesrečah, v katerih je odgovorni voznik nezavarovan ali neznan, v nadaljevanju: MIBI) „pojavna oblika države“ v smislu merila iz sodbe Foster in drugi (v nadaljevanju: Foster)? [2] Če je odgovor pritrdilen, ali je organ MIBI in ne državne stranke postopka v glavni stvari, in sicer Minister for the Environment, (minister za okolje, v nadaljevanju: minister), Irska in Attorney General (državni pravobranilec)) odgovoren za plačilo odškodnine oškodovancu v cestnoprometni nesreči, v katero je bil vpleten voznik, ki v skladu z nacionalnim pravom zakonito ni bil zavarovan, ker Irska v nacionalno zakonodajo ni pravilno in pravočasno prenesla določb prava Unije, v skladu s katerimi morajo biti vsi potniki v motornih vozilih kriti z zavarovanjem, ki ga sklene voznik navedenega vozila.

1 Jezik izvirnika: angleščina.

2 Sodba z dne 12. julija 1990 (C-188/89, EU:C:1990:313).

## Pravni okvir

### *Pravo Unije*

2. Od leta 1972 se je z različnimi direktivami Sveta, v katerih se je obravnavala obveznost sklenitve zavarovanja civilne odgovornosti pri uporabi motornih vozil, poskušalo zagotoviti, da bi se hkrati z omilitvijo pravil glede gibanja potnikov uvedla zajamčena odškodnina za oškodovance v cestnoprometnih nesrečah. Zato je bil predhodni (precej okoren) sistem „zelene karte“ postopoma nadomeščen s posebnim sistemom Unije. Narava in obseg kritja obveznega zavarovanja sta bila postopoma razširjena v zaporednih direktivah.[3]

3. Medtem ko so morale države članice v skladu s členom 2 Direktive Sveta 72/166/EGS (v nadaljevanju: Prva direktiva o zavarovanju avtomobilske odgovornosti)[4] opustiti sistematično preverjanje zavarovanja civilne odgovornosti pri uporabi vozil, ki so običajno na ozemlju druge države članice, je bilo v členu 3(1) določeno, da vsaka država članica „[…] sprejme vse ustrezne ukrepe za zagotovitev, da je civilna odgovornost pri uporabi vozil, ki so običajno na njenem ozemlju, krita z zavarovanjem“. Člen 3(1) je prav tako določal, da se „[n]a podlagi teh ukrepov […] določi[jo] kritje obveznosti in pogoji kritja“.

4. Z Direktivo Sveta 84/5/EGS (v nadaljevanju: Druga direktiva o zavarovanju avtomobilske odgovornosti)[5] je bilo priznano, da še vedno obstajajo pomembne razlike med zakonodajami različnih držav članic glede obsega obveznosti zavarovalnega kritja,[6] in zlasti je bilo z njo opredeljeno, da je treba „pripraviti določbo za [predvideti] organ, ki bo jamčil, da oškodovanec ne bo ostal brez odškodnine, če bo nesrečo povzročilo nezavarovano ali neznano vozilo“.[7]

5. Člen 1(1) je določal, da „[z]avarovanje iz člena 3(1) [Prve direktive o zavarovanju avtomobilske odgovornosti] obvezno krije oboje, materialno škodo in telesne poškodbe“.

6. Prva dva pododstavka člena 1(4) določata:

„Vsaka država članica ustanovi ali pooblasti organ z nalogo zagotavljanja odškodnine najmanj do mejnih vrednosti zavarovalne obveznosti za materialno škodo ali telesne poškodbe, ki jih povzroči neznano vozilo ali vozilo, ki ne izpolnjuje zavarovalne obveznosti iz odstavka 1. Ta določba ne vpliva na pravico države članice v zvezi z odškodnino s strani tega organa kot subsidiarno ali nesubsidiarno in pravico, da pripravi določbo [regulira] o poravnavi[o] zahtevkov med tem organom in osebo ali osebami, odgovornimi za nesrečo, in drugimi zavarovatelji ali organi socialne varnosti, ki so dolžni dati odškodnino oškodovancu v zvezi z isto nesrečo. Vendar pa države članice ne smejo dovoliti organu, da plačilo odškodnine pogojuje s tem, da oškodovanec kakor koli dokaže, da odgovorna oseba ni zmožna ali noče plačati.

Oškodovanec se lahko v vsakem primeru obrne neposredno na organ, ki mu je na osnovi podatkov, ki jih zagotovi na njegovo zahtevo, dolžan dati utemeljen odgovor v zvezi s plačilom odškodnine.

3 V zvezi z razvojem zavarovanja civilne odgovornosti za motorna vozila v Uniji glej sodbo z dne 11. julija 2013, Csonka in drugi (C-409/11, EU:C:2013:512, točke od 26 do 38 in navedena sodna praksa).

4 Direktiva z dne 24. aprila 1972 o približevanju zakonodaje držav članic o zavarovanju civilne odgovornosti pri uporabi motornih vozil in o izvajanju obveznosti zavarovanja takšne odgovornosti (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 10), kakor je bila spremenjena s Tretjo direktivo Sveta z dne 14. maja 1990 o približevanju zakonodaje držav članic o zavarovanju civilne odgovornosti pri uporabi motornih vozil (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 249, v nadaljevanju: Tretja direktiva o zavarovanju avtomobilske odgovornosti).

5 Druga direktiva Sveta z dne 30. decembra 1983 o približevanju zakonodaje držav članic o zavarovanju civilne odgovornosti pri uporabi motornih vozil (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 3), kakor je bila pozneje spremenjena s Tretjo direktivo o zavarovanju avtomobilske odgovornosti.

6 Glej uvodno izjavo 3.

7 Glej uvodno izjavo 6.

[…]“

7. V Tretji direktiva o zavarovanju avtomobilske odgovornosti je bilo navedeno, da med zavarovalnimi kritji še vedno obstajajo precejšnje razlike [8] in da je treba oškodovancem iz prometnih nesreč zagotoviti primerljivo obravnavanje ne glede na to, kje (v Uniji) se nesreča zgodi. [9] V njej je bilo navedeno, da „pravne praznine obstajajo zlasti pri kritju obveznega zavarovanja potnikov motornih vozil v nekaterih državah članicah“ in da „je treba zato, da bi zaščitili to posebej izpostavljeno skupino potencialnih oškodovancev, takšne praznine zapolniti“; [10] opredeljene so bile tudi različne potrebne izboljšave glede načina delovanja organa, ustanovljenega za izplačilo odškodnine oškodovancem iz nesreč, ki jih povzročijo nezavarovana ali neznana vozila. [11]

8. Člen 1 določa:

„Brez vpliva na drugi pododstavek člena 2(1) [Druge direktive o zavarovanju avtomobilske odgovornosti] [12] zavarovanje iz člena 3(1) [Prve direktive o zavarovanju avtomobilske odgovornosti] krije odgovornost za telesne poškodbe vseh potnikov razen voznika, do katerih bi prišlo pri uporabi motornega vozila.

[…]“

9. V skladu s členom 6(2) Tretje direktive o zavarovanju avtomobilske odgovornosti je morala Irska v nacionalno pravo do 31. decembra 1998 prenesti člen 1 navedene direktive v zvezi s sopotniki na motociklih, do 31. decembra 1995 pa v zvezi z drugimi vozili.

### *Irsko pravo*

10. V skladu s členom 56 Road Traffic Act 1961 (zakon o cestnem prometu iz leta 1961, v nadaljevanju: zakon iz leta 1961), kot se je uporabljal v času dejanskega stanja v postopku v glavni stvari, je moral biti vsak uporabnik motornega vozila zavarovan za primer telesne poškodbe ali materialne škode, povzročene tretjim osebam na javnem mestu. Vendar se v skladu s členom 65(1) ni zahtevalo zavarovalno kritje za „izvzete osebe“. Tako zlasti voznikom gospodarskih vozil, ki v zadnjem delu niso imela nameščenih sedežev, ni bilo treba imeti sklenjenega zavarovanja za primer lastne malomarne vožnje. [13]

11. V skladu s členom 78 se od zavarovalnic, ki sklepajo zavarovanje za vozila na Irskem, zahteva, da so članice organa MIBI. V tej vlogi jih v praksi zavezujejo tudi sporazumi, sklenjeni med organom MIBI in Irsko. [14]

8 Uvodna izjava 3.

9 Uvodna izjava 4.

10 Uvodna izjava 5.

11 Glej zlasti uvodne izjave 8, 9, 10 in 12.

12 V *prvem* pododstavku člena 2(1) je navedeno, da se vsi zakonski predpisi ali pogodbene določbe, s katerimi se iz zavarovanja poskuša izključiti uporaba ali vožnja vozil s strani določenih kategorij oseb, za namene člena 3(1) Prve direktive o zavarovanju avtomobilske odgovornosti štejejo za neveljavne v zvezi z odškodninskimi zahtevki tretjih oseb, ki so bili oškodovanci nesreče. Vendar pa je v *drugem* pododstavku navedeno, da „se lahko predpis ali določba [iz prvega pododstavka] uveljavlja proti osebam, ki so prostovoljno vstopile v vozilo, ki je povzročilo materialno škodo ali telesno poškodbo, če lahko zavarovatelj dokaže, da so vedele, da je bilo vozilo ukradeno“. Kolikor vem, ni nobenih nakazovanj, da bi bila navedena določba upoštevna za dejansko stanje v postopku v glavni stvari.

13 Obvezno kritje odgovornosti ni vključevalo delov vozila, ki niso bila opremljena za potnike.

14 Glej točko 19 spodaj.

## Organ MIBI [15]

12. Funkcija organa MIBI je zlasti obravnavanje odškodninskih zahtevkov, ko je voznik vozila odgovoren, vendar je nezavarovan in nezmožen iz lastnih sredstev plačati odškodnino osebi, ki je bila poškodovana v prometni nesreči. Organ MIBI je bil ustanovljen novembra 1954 [16] v skladu s sporazumom, sklenjenim med Department of Local Government (ministrstvo za lokalno upravo) in zavarovalnicami za motorna vozila, ki so poslovale na Irskem. Je pravna oseba na podlagi irskega prava: družba z omejenim jamstvom („company limited by guarantee“), vendar brez osnovnega kapitala.

13. Med Irsko in zavarovalnicami je bilo sklenjenih več različic sporazuma, v katerih so opisani obseg odgovornosti in pristojnosti organa MIBI. Za zadevo v postopku v glavni stvari je upošteven sporazum, ki sta ga organ MIBI in minister sklenila leta 1988. [17] V skladu s klavzulo 2 navedenega sporazuma lahko organ MIBI toži katera koli oseba, ki zahteva odškodnino od nezavarovanega ali neznanega voznika. Torej lahko oškodovana oseba toži organ MIBI, da uveljavi sporazum, sklenjen med Irsko in zavarovalnicami, čeprav ta ni podpisnik navedenega sporazuma. V klavzuli 4 je navedeno soglasje organa MIBI, da plača odškodnino žrtvam nezavarovanih ali neznanih voznikov. Poleg tega, kadar sodba zoper znanega toženega voznika v 28 dneh ostane v celoti neizvršena, organ MIBI prevzame odgovornost, vendar le, kadar sodba zajema „kakršno koli odgovornost za telesno poškodbo ali materialno škodo, ki mora biti krita z odobreno zavarovalno polico v skladu s členom 56 zakona [o cestnem prometu] [iz leta 1961]“. Iz predložitvene odločbe izhaja, da v zakonodaji ali drugi obliki javnega prava ni predvideno, da bi moral organ MIBI ukrepati v imenu nezavarovanega ali neznanega voznika. Vse obstoječe pravice ali obveznosti organa MIBI izhajajo iz sporazuma, sklenjenega med njim in ministrom.

14. Kadar se zgodi nesreča, v kateri je vključen nezavarovan voznik, si organ MIBI z navedenim voznikom prizadeva skleniti dogovor, v skladu s katerim mu ta da enako pooblastilo za ukrepanje, kot bi ga imela njegova zavarovalnica, če bi bil zavarovan. V takem primeru torej organ MIBI deluje podobno kot običajna zavarovalnica, ki v imenu zavarovanega voznika obravnava zahtevek, in sicer organ MIBI bodisi poravna zahtevek bodisi na podlagi prenesenih pravic brani zahtevek na sodišču. Če voznik zavrne sklenitev takega dogovora, se zdi, da organ MIBI kljub temu preprosto ukrepa v imenu nezavarovanega voznika, pri čemer njegova pravica in obveznost, da to naredi, izhajata iz zasebnopravnega sporazuma, sklenjenega z ministrom. Če se dogovor z nezavarovanim voznikom ne sklene, lahko organ MIBI poskuša le izterjati kateri koli del odškodnine, ki jo izplača, ali stroške, ki mu nastanejo, v okviru tožbe, ki jo zaradi neupravičene obogatitve vloži zoper navedenega voznika. Če je voznik neznan, organ MIBI ukrepa v skladu s svojimi obveznostmi na podlagi sporazuma, sklenjenega z ministrom, vendar nima stranke, od katere bi lahko poskušal izterjati kakršen koli del odškodnine, ki jo je plačal, ali stroške, ki so mu nastali.

15. Poleg sporazuma iz leta 1988 sta bila med ministrom (v imenu Irske) in zavarovalnicami sklenjena še dva sporazuma, in sicer 31. marca 2004 in 29. januarja 2009. Ta dva sporazuma nekoliko spreminjata sporazum iz leta 1988. Po navedbah predložitvenega sodišča je bilo s tema sporazumoma irsko pravo usklajeno s Tretjo direktivo o zavarovanju avtomobilske odgovornosti. Zlasti so bile

15 Opis v nadaljevanju deloma temelji na predložitveni odločbi in pisnih stališčih strank, deloma pa na odgovorih na vprašanja Sodišča, podanih na obravnavi.

16 Iz predložitvene odločbe izhaja, da sta akt o ustanovitvi in statut organa MIBI iz junija 1946. Kar koli se je dogajalo med navedenim datumom in njegovo „ustanovitvijo“ novembra 1954, ni jasno, vendar to najverjetneje ne vpliva na obravnavani postopek. Ugotavljam tudi, da se zdi, da je bil organ MIBI vpisan v register 26. oktobra 1955.

17 V navedenem sporazumu je Minister for Transport (minister za promet) nadomestil Minister for Local Government (minister za lokalno upravo) kot podpisnik sporazuma s strani države. V času nesreče E. Farrell se je uporabljal sporazum iz leta 1988.

z njima odpravljene vrzeli v nacionalnem pravu glede obveznosti zavarovanja potnikov v zadnjem delu dostavnih vozil, ki niso opremljena s sedeži (in glede odgovornosti v zvezi s potniki, od katerih je razumno pričakovati, da bi morali vedeti (v nasprotju s tistimi, ki so dejansko vedeli), da je bilo vozilo ukradeno). [18]

16. Organ MIBI ne prejema finančne podpore od Irske. V celoti ga financirajo njegovi člani, to je zavarovalnice za zavarovanje avtomobilske odgovornosti na Irskem. Te zavarovalnice plačajo prispevke v splošni sklad, katerih višina je določena na ravni, potrebni za izpolnitev obveznosti, ki jih ima organ MIBI v okviru sistema. [19] V katerem koli posameznem primeru (zlasti če je imel nezavarovani voznik pred tem sklenjeno zavarovanje pri določljivi zavarovalnici, vendar je pustil, da je zavarovanje poteklo) lahko konkretna zavarovalnica postane „povezani zavarovatelj“. V tem primeru bo navedena zavarovalnica prevzela obveznosti organa MIBI ter po potrebi plačala odškodnino in stroške. Po navedbah predložitvenega sodišča premije, ki jih zavarovalnice zaračunajo članom javnosti za avtomobilsko zavarovanje, vključujejo posamezno ponudbo višine zavarovalne premije za voznika, ki bo sklenil zavarovanje, skupaj z elementom, v katerem so upoštevani stroški njihove predvidene obveznosti, da prispevajo organu MIBI. Članice organa MIBI (to je zavarovalnice) torej skupaj financirajo plačilo odškodnine oškodovancem ter plačilo pravnih stroškov, ki jih ima organ MIBI ali za katere postane odgovoren, in administrativnih stroškov organa MIBI. Dejansko financiranje se zagotavlja z mehanizmom članarin, ki se zavarovalnicam naložijo sorazmerno z dohodkom iz bruto premij, ki ga ustvarijo s sklepanjem zavarovanj motornih vozil na Irskem (to je na podlagi njihovega tržnega deleža, izraženega z vidika vrednosti). [20]

17. Za spremembe akta o ustanovitvi in statuta organa MIBI je potrebno soglasje ustreznega ministra. Po navedbah predložitvenega sodišča to ni posebna zahteva, ki bi izhajala iz posebnih funkcij organa MIBI, temveč se isto pravilo v skladu s členom 28 zakona o gospodarskih družbah iz leta 1963 uporablja za vse družbe z omejenim jamstvom.

18. V skladu s členom 3 v povezavi s členoma 8 in 9 Insurance Act 1963 (zakon o zavarovalništvu iz leta 1963) morajo zavarovalnice imeti dovoljenje za sklepanje zavarovanj na Irskem. [21] V skladu s členom 78 1961 Act (zakon iz leta 1961) je članstvo v organu MIBI eden od pogojev za pridobitev takega dovoljenja.

19. Občasno so potrebne spremembe sporazuma, sklenjenega med organom MIBI in ministrom (npr. za razširitev kategorij kritja zavarovanja motornih vozil, za katere mora v primeru, da je voznik neznan ali nezavarovan, odgovornost prevzeti organ MIBI). Predložitveno sodišče navaja, da lahko zavarovalnica, ki je članica organa MIBI in se ne strinja s spremembo pogojev v sporazumu, sklenjenem med organom MIBI in ministrom, preneha biti članica organa MIBI. Vendar navedena zavarovalnica v tem primeru ne bi več izpolnjevala pogojev za dovoljenje in zato ne bi več mogla sklepati zavarovanj za vozila na Irskem.

18 Kolikor vem, iz dejanskega stanja ne izhaja, da bi bila ta določba kakor koli upoštevna za postopek v glavni stvari.

19 V skladu s klavzulo 1 glavnega sporazuma med Department of Local Government (ministrstvo za lokalno upravo) in zavarovalnicami za motorna vozila, ki so poslovale na Irskem, z dne 10. marca 1955 so se te zavarovalnice zavezale, da bodo ustanovile organ z imenom Motor Insurers Bureau of Ireland, postale njegove članice in mu zagotavljale vsa potrebna sredstva, da bo lahko izpolnjeval svoje obveznosti.

20 V skladu s členom 16A(2) European Communities (Non-Life Insurance) (Amendment) (No 2) Regulations 1991 (uredba o neživljenjskem zavarovanju (sprememba) (št. 2) (Evropske skupnosti) iz leta 1991), kot je bil vstavljen s členom 10 European Communities (Non-Life Insurance) (Amendment) Regulations 1992 (uredba o neživljenjskem zavarovanju (sprememba) (Evropske skupnosti) iz leta 1992), morajo članice organa MIBI financirati navedeni organ in jamstveni sklad, vzpostavljen na podlagi člena 1(4) Druge direktive o zavarovanju avtomobilske odgovornosti, in sicer sorazmerno glede na njihov dohodek iz bruto premij. Ta člena sta zdaj v bistvu povzeta v členu 34(2) in (3) European Communities (Non-Life Insurance) Framework Regulations 1994 (okvirna uredba o neživljenjskem zavarovanju (Evropske skupnosti) iz leta 1994).

21 Člen 78 1961 Act je bil vstavljen s členom 9 European Communities (Road Traffic) (Compulsory Insurance) Regulations 1992 (uredba o cestnem prometu (obvezno zavarovanje) (Evropske skupnosti) iz leta 1992) in je začel veljati 20. novembra 1992. Določeni „izvzeti subjekti“ (predvsem zakonsko določeni organi) morajo zagotoviti zavezo, da bodo obravnavali škodne zahtevke tretjih oseb, in sicer ob podobnih pogojih, kot so dogovorjeni med organom MIBI in ministrom.

## Dejansko stanje, postopek in vprašanja za predhodno odločanje

20. E. Farrell se je 26. januarja 1996 vozila v dostavnem vozilu, ki ga je vozil njegov lastnik A. Whitty. Dostavno vozilo ni bilo zasnovano ali izdelano za prevoz potnikov v zadnjem delu vozila. Ko je A. Whitty izgubil nadzor nad vozilom, je E. Farrell sedela na tleh dostavnega vozila. V nesreči se je poškodovala. A. Whitty ni bil zavarovan. Po tedaj veljavnem irskem pravu A. Whittyju ni bilo treba imeti sklenjenega zavarovanja zoper povzročitev poškodbe E. Farrell iz malomarnosti. E. Farrell je spadala v razred oseb, ki – čeprav so bile zajete s Tretjo direktivo o zavarovanju avtomobilske odgovornosti in so imele pravice do varstva na podlagi navedene direktive – na podlagi irskega prava niso imele takih pravic. Čeprav je bilo v skladu s Tretjo direktivo o zavarovanju avtomobilske odgovornosti tako zavarovanje obvezno, pa navedeni element navedene direktive v času dejanskega stanja še ni bil prenesen v irsko pravo.

21. E. Farrell je zahtevala odškodnino od organa MIBI.

22. Organ MIBI je zavrnil odškodninski zahtevek E. Farrell, saj odgovornost za telesne poškodbe, ki jih je utrpela, ni bila odgovornost, za katero je bilo v skladu z nacionalnim pravom obvezno zavarovanje.

23. E. Farrell je odškodninski zahtevek uveljavljala pred irskimi sodišči, High Court (višje sodišče) pa je pri tem sodišču ustrezno vložilo predlog za sprejetje predhodne odločbe, da bi pridobilo smernice glede razlage Tretje direktive o zavarovanju avtomobilske odgovornosti.

24. Sodišče je v sodbi Farrell[22] presodilo, da člen 1 Tretje direktive o zavarovanju avtomobilske odgovornosti nasprotuje nacionalni ureditvi, na podlagi katere obvezno zavarovanje civilne odgovornosti v prometu ne krije odgovornosti za telesne poškodbe posameznikom, ki potujejo v delu motornega vozila, ki ni bil zasnovan in izdelan s sedeži za potnike. Odločilo je tudi, da ima navedena določba neposredni učinek. Vendar je nacionalnemu sodišču prepustilo presojo, ali se lahko posameznik v postopku zoper subjekt, kot je MIBI, sklicuje na člen 1 Tretje direktive o zavarovanju avtomobilske odgovornosti.[23]

25. Predložitveno sodišče pojasnjuje, da je bil E. Farrell izplačan ustrezen znesek odškodnine.[24] Vendar je še vedno sporno vprašanje, kdo je odgovoren za financiranje plačila odškodnine: organ MIBI ali minister, Irska in Attorney General (skupaj: država članica). Predložitveno sodišče meni, da je to odvisno od tega, ali je organ MIBI pojavna oblika države Irske ali ne.

26. Ob upoštevanju navedenega je predložitveno sodišče zaprosilo Sodišče za smernice o teh vprašanjih:

„1. Ali je treba merilo, vzpostavljeno v točki 20 [sodbe Foster], glede vprašanja, kaj je pojavna oblika države članice, razumeti tako, da je treba elemente tega merila uporabljati

   (a) kumulativno ali

   (b) alternativno?

2. Če je ločene elemente, navedene v [sodbi Foster], mogoče, podredno, obravnavati kot dejavnike, ki jih je treba ustrezno upoštevati pri celoviti presoji, ali obstaja temeljno načelo, ki je podlaga za ločene dejavnike, opredeljene v tej sodbi, ki bi ga sodišče moralo uporabiti pri obravnavanju vprašanja, ali je določen subjekt pojavna oblika države članice?

22 Sodba z dne 19. aprila 2007 (C-356/05, EU:C:2007:229, v nadaljevanju: Farrell I).

23 Sodba z dne 19. aprila 2007, Farrell I (C-356/05, EU:C:2007:229, točka 44).

24 Predložitvenemu sodišču niso znane podrobnosti o navedeni odškodnini, te pa tudi niso upoštevne za predložena vprašanja.

3. Ali zadošča dejstvo, da je država članica na subjekt prenesla široko odgovornost zaradi domnevnega namena izpolnitve obveznosti v skladu s pravom Unije, da ta subjekt velja za pojavno obliko države članice, ali pa mora tak subjekt poleg tega (a) imeti posebne pristojnosti ali (b) delovati pod neposredno kontrolo ali nadzorom države članice?“

27. Organ MIBI, minister, Irska in Attorney General, francoska vlada in Evropska komisija so predložili pisna stališča in na obravnavi 5. julija 2016 podali ustna stališča.

## Presoja

### *Uvodne ugotovitve: ozadje merila iz sodbe Foster*

28. Stališče, da se s pravom Unije ne urejajo le meddržavni odnosi, temveč da se z njim dajejo pravice posameznikom, izhaja iz sodbe van Gend en Loos [25]. Utemeljitev vertikalnega neposrednega učinka direktiv sledi enaki logiki. Jasna, natančna in brezpogojna določba v direktivi zajema pravico, v zvezi s katero so se države članice z razglasitvijo navedene direktive strinjale, da jo je treba podeliti posameznikom. Čeprav je „izbir[a] oblike in metod“ pri prenosu direktive v nacionalno pravo prepuščena državi članici, je „[d]irektiva […] za vsako državo članico, na katero je naslovljena, zavezujoča glede cilja, ki ga je treba doseči“ (obe zadevni določbi sta iz odstavka 3 člena 288 PDEU). Država članica naj bi načeloma seveda izpolnila svoje obveznosti ter vsako direktivo v celoti in ustrezno prenesla v zadevnem roku za prenos. Direktiva nato v nekem smislu postane nevidna, saj so z njo podeljene pravice zdaj v celoti izražene v nacionalnem pravu.

29. Vendar se to včasih ne zgodi in posamezniki se morajo zato sklicevati na samo direktivo. Sodišče je pri oblikovanju načela vertikalnega neposrednega učinka poudarilo, da je treba državi članici preprečiti, da bi imela koristi od tega, da ni prenesla direktive, ter da se zato lahko posameznik zoper samo državo članico sklicuje na jasno, natančno in brezpogojno določbo iz direktive. [26]

30. Iz sodne prakse Sodišča jasno izhaja, da ni pomembno, v kateri natančni vlogi država članica nastopa. [27] Osnovni pogoj za vertikalni neposredni učinek ni niti, da mora biti določeni del „države“, ki je tožena stranka v konkretni zadevi, dejansko odgovoren za to, da država članica ne izvaja zadevne direktive. [28]

31. Nasprotno, stališče je bilo, da bi – če bi država članica ustrezno izvedla direktivo – morali vsi spoštovati pravice, ki so z navedeno direktivo dodeljene posameznikom. Zato je treba vsaj od subjektov, ki so del države, zahtevati, naj spoštujejo te pravice posameznikov.

25 Sodba z dne 5. februarja 1963, van Gend en Loos (26/62, EU:C:1963:1): „[…] je Skupnost nov pravni red mednarodnega prava, v korist katerega so države članice omejile svoje suverene pravice, četudi na omejenih področjih, in njeni subjekti niso zgolj države članice, temveč tudi njihovi državljani. Ne glede na zakonodajo držav članic se s pravom Skupnosti zato ne le nalagajo obveznosti posameznikom, temveč je njegov namen tudi, da se jim podelijo tudi pravice, ki postanejo del njihove pravne dediščine. Te pravice ne nastanejo le, če so izrecno podeljene s Pogodbo, temveč izhajajo tudi iz obveznosti, ki se s Pogodbo na jasno opredeljen način naložijo posameznikom ter državam članicam in institucijam Skupnosti“ (str. 12). Vendar posebna doktrina neposrednega učinka, kot jo je oblikovalo Sodišče, ni bila deležna vsesplošnega navdušenja. Sodnik Pierre Pescatore je v znanem zgodnjem članku (*The doctrine of ‚direct effect': an infant disease of Community law*: ponatisnjen v E. L. Rev. 2015, 40(2), str. 135–153) trdil, da imajo „pravna pravila po svoji naravi praktičen namen. Sleherno pravno pravilo je oblikovano, da deluje učinkovito (v francoščini smo v zvezi s tem vajeni govoriti o *effet utile*). Če ne deluje, ni pravno pravilo. […] Praktično delovanje za vse zadevne strani, ki ni nič drugega kot ‚neposredni učinek`, je treba šteti za običajno stanje vsakega pravnega pravila. […] Povedano drugače, ‚neposredni učinek' je treba predpostavljati, ni ga treba opredeliti *a priori*“ (glej str. 135).

26 Glej med drugim sodbo z dne 12. julija 1990, Foster (C-188/89, EU:C:1990:313, točka 16 in navedena sodna praksa).

27 Sodbe z dne 12. julija 1990, Foster (C-188/89, EU:C:1990:313, točka 17 in navedena sodna praksa).

28 V sodbi Marshall z dne 26. februarja 1986 (152/84, EU:C:1986:84) zato ni bilo navedeno, da so bolnišnične službe kakor koli odgovorne za neizvajanje zadevne sporne direktive.

32. Če sklicevanje na pravico z neposrednim učinkom iz direktive ni mogoče (ker tožena stranka ni država ali pojavna oblika države), lahko splošni model opišemo tako. V direktivi so – pogosto zelo abstraktno – navedene pravice, ki jih je treba prenesti v nacionalno pravo in jim dati konkretno vsebino. Ker morajo biti pravice v skladu s pravom Unije učinkovite, pravica ne more obstajati brez ustreznega pravnega sredstva (*ubi jus, ibi remedium*). Najprej je torej treba preveriti, ali v nacionalnem pravu (sploh) obstajajo določbe, ki bi se lahko uporabljale za (delno) izvajanje direktive,[29] in hkrati preučiti, ali je v sami direktivi določeno pravno sredstvo, ki ga je treba zagotoviti z nacionalnim pravom, kadar je dodeljena pravica kršena. Nato je treba natančno pregledati pravna sredstva, ki so na voljo v skladu z nacionalnim pravom, da bi se uporabilo tisto od njih, ki je ustrezno, pri čemer je treba spoštovati avtonomijo nacionalnega procesnega prava z uporabo (zdaj tipičnih) načel enakovrednosti in učinkovitosti v okviru glavne obveznosti, in sicer da se nacionalna zakonodaja razlaga v skladu s pravom Unije („interprétation conforme“).[30] Le če se s tem ne vzpostavi učinkovito varstvo pravice, zagotovljene s pravom Unije, se je mogoče sklicevati na doktrino odgovornosti države. Odškodninska odgovornost države je torej pravno sredstvo, vendar ne prva, temveč zadnja možnost.

33. Postopek analize, ki sem ga pravkar opisala, je pogosto zapleten in kompleksen. „Interprétation conforme“ obstoječe nacionalne zakonodaje ni mogoča, če bi bila taka razlaga *contra legem*.[31] Da lahko tožeča stranka uveljavlja odškodnino od države članice[32], mora bodisi državo članico vključiti kot sotoženo stranko (pri čemer mora v primeru, če bi uspela v postopku proti glavni toženi stranki, pokriti stroške države članice) bodisi sprožiti drug postopek proti državi članici, če je vložila in izgubila tožbo proti glavni toženi stranki. Razen če ni podlaga pravdnega postopka popolno neizvajanje direktive, odškodnina od države članice ni gotova.[33]

29 Pogosta je zakonodajna pobuda, katere posledica je delno ali pomanjkljivo izvajanje. Tudi če to ne velja, morda na področju, zajetem z direktivo, že obstaja zakonodaja, ki jo je mogoče razlagati glede na zahteve direktive.

30 V nadaljevanju bom zaradi jedrnatosti uporabljala francoski izraz.

31 Za opis načela „interprétation conforme“, ki je skoraj sočasen s sodbo Foster, glej sodbo z dne 13. novembra 1990, Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, točke od 8 do 14), pri čemer sama sodba Marleasing temelji na sodbi z dne 10. aprila 1984, von Colson in Kamann (zadeva 14/83, EU:C:1984:153, točka 26). Za temeljito preučitev natančnega obsega in omejitev te obveznosti glej poznejšo sodbo z dne 5. oktobra 2004, Pfeiffer in drugi (od C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, točke od 107 do 119). Sodišče je v sodbi Dominguez (sodba z dne 24. januarja 2012 (C-282/10, EU:C:2012:33)) jasno in nedvoumno navedlo, da „je obveznost nacionalnega sodišča, da se pri razlagi in uporabi upoštevnih pravil nacionalnega prava sklicuje na vsebino direktive, omejena s splošnimi pravnimi načeli in ne more biti podlaga za razlago nacionalnega prava *contra legem*“ (točka 25 in navedena sodna praksa).

32 Načelo take odškodnine izvira iz sodbe z dne 19. novembra 1991, Francovich in drugi (C-6/90 in C-9/90, EU:C:1991:428). V tej zadevi so bile določbe Direktive 89/987/EGS brezpogojne in dovolj natančne v zvezi z vsebino jamstva izplačila neporavnanih terjatev iz naslova plač, ne pa tudi v zvezi z identiteto osebe, ki mora zagotoviti navedeno jamstvo, zato je Sodišče preučilo, ali morda obstaja odškodninska odgovornost države. Razsodilo je, da odgovornost načeloma lahko obstaja, in določilo tri pogoje (v točkah od 39 do 41) za nastanek take odgovornosti. Zdi se, da je v njej navedeno merilo kazalo na neomejeno odgovornost ob izpolnitvi teh pogojev. Sodišče je v sodbi Brasserie du pêcheur in Factortame (sodba z dne 5. marca 1996, C-46/93 in C-48/93, EU:C:1996:79) jasno navedlo, da medtem ko je to merilo, kadar je državi članici naložena obveznost, naj v določenem času sprejme vse potrebne ukrepe za dosego cilja, ki ga določa direktiva (točka 46), pa je merilo v okoliščinah, v katerih ima država članica široko diskrecijsko pravico, to, ali je kršitev „dovolj resna“ (točka 51), opredeljeno kot „ali obravnavana država članica […] očitno in resno ni upoštevala omejitev svojega polja proste presoje“ (točka 55).

33 Kot je generalni pravobranilec v točkah 30 in 31 sklepnih predlogov v zadevi Vaneetveld, C-316/93, EU:C:1994:32, pikro ugotovil:

> 30. „Možnost, da posameznik v skladu s sodbo Francovich zahteva odškodnino od države članice, kadar direktiva ni bila ustrezno izvedena, po mojem mnenju ni ustrezno nadomestilo za neposredno izvrševanje direktive. Tožeča stranka bi pogosto morala – hkrati ali zaporedno – sprožiti dva ločena sodna postopka, in sicer enega zoper zasebno toženo stranko, drugega pa zoper javne organe, kar bi bilo težko združljivo z zahtevo po učinkovitem pravnem sredstvu.
>
> 31. Po mojem mnenju ni mogoče ugovarjati temu, da bi naložitev obveznosti posameznikom ogrozila pravno varnost. Nasprotno, morda je najpomembnejša značilnost obstoječe sodne prakse v zvezi s tem ta, da je ustvarila negotovost. Prvič, pripeljala je do zelo široke razlage pojma država članica, tako da se je na direktive mogoče sklicevati tudi zoper komercialna podjetja, v katerih je prisoten poseben element udeležbe države ali državnega nadzora, in sicer ne glede na to, da ta podjetja niso odgovorna za neizpolnitev obveznosti s strani držav članic, in ne glede na to, da lahko neposredno tekmujejo z zasebnimi podjetji, zoper katera se ni mogoče sklicevati na iste direktive. In povzročila je veliko negotovost glede področja uporabe nacionalne zakonodaje zaradi obveznosti, naložene nacionalnim sodiščem, da do konca izkoristijo določbe nacionalne zakonodaje in uveljavijo direktive, ki niso bile ustrezno izvedene. Če se poleg tega nacionalna zakonodaja razlaga široko, da bi se z njo uveljavila direktiva, je rezultat lahko ta, da se posameznikom naložijo obveznosti, ki jih – če direktive ne bi bilo – ne bi imeli. Zato lahko direktive, ki se ne izvedejo pravilno, že povzročijo obveznosti za posameznike. Na podlagi navedenega se zdi, da kritika, da bi izvrševanje direktiv neposredno zoper posameznike ogrozilo pravno varnost, ni umestna. Nasprotno, če bi se v ustreznih okoliščinah štelo, da so določbe direktive neposredno izvršljive zoper posameznike, bi to lahko spodbudilo večjo pravno varnost in bolj usklajen sistem.“

34. Če pa nacionalno pravo ne vsebuje *ničesar*, kar bi bilo mogoče šteti za uresničevanje pravice, ki naj bi bila podeljena v skladu z direktivo (kot v tem primeru), je izbira dvojna. Če je logično toženo stranko (v tem primeru organ MIBI) treba šteti za „državo“ ali „pojavno obliko države“, se lahko tožeča stranka neposredno sklicuje na svoje pravice z neposrednim učinkom na podlagi same direktive (vertikalni neposredni učinek) in od navedene tožene stranke prejme odškodnino. Če ne, je pravno sredstvo zoper državo članico odškodninski zahtevek na podlagi načela, ki ga je Sodišče jasno določilo v sodbi Dillenkofer. [34]

### *Prvo vprašanje*

35. Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem sprašuje, ali je treba merilo iz sodbe Foster uporabljati kumulativno ali alternativno. To je umestno vprašanje. Točka 18 sodbe Foster je oblikovana alternativno: „[…] je Sodišče v vrsti zadev menilo, da se je bilo mogoče sklicevati na brezpogojne in dovolj natančne določbe direktive zoper organizacije *ali* subjekte, ki so pod pristojnostjo *ali* nadzorom države *oziroma* imajo posebne pristojnosti, ki presegajo pristojnosti na podlagi običajnih pravil, ki se uporabljajo v razmerjih med posamezniki“. [35] Vendar se zdi, da je dikcija v točki 20 kumulativna: „Iz zgoraj navedenega izhaja, da je med subjekti, zoper katere se je mogoče sklicevati na določbe direktive, ki lahko imajo neposredni učinek, vsekakor zajet organ, ki je ne glede na pravno obliko na podlagi akta javnega organa odgovoren, da pod nadzorom slednjega zagotovi storitev javnega pomena, *in* ki ima zato posebne pristojnosti, ki presegajo pristojnosti na podlagi običajnih pravil, ki se uporabljajo v razmerjih med posamezniki.“ [36]

36. Logično je, da prvo vprašanje temelji na predpostavki, da elementi, ki jih je Sodišče opredelilo v sodbi Foster, pomenijo *izčrpen seznam* vidikov, ki jih je treba upoštevati pri odgovoru na vprašanje: „Ali je ta tožena stranka pojavna oblika države za namene vertikalnega neposrednega učinka?“ Če je merilo alternativno, zadostuje, da je v dejanskem stanju podan A *ali* B *ali* C *ali* D. Če je kumulativno, morajo biti prisotni vsi dejavniki A, B, C in D. Nikakor pa ni pomembno, ali je prisoten (ali odsoten) nadaljnji dejavnik (recimo E ali F). Drugače rečeno, predpostavka je, da si je Sodišče v sodbi Foster zadalo, da bo opredelilo – kar je tudi naredilo – vse elemente, ki bi bili upoštevni za presojo, ali je konkretna tožena stranka pojavna oblika države za namene vertikalnega neposrednega učinka direktiv.

37. Vendar pa menim, da je iz podrobnejše preučitve razlogovanja Sodišča v sodbi Foster jasno razvidno, da se Sodišče v njem *ni* lotilo (tvegane) naloge, in sicer poskusiti predvideti vse možne prihodnje dejanske stanove, ki bi lahko sprožili vprašanje: „Ali je ta tožena stranka pojavna oblika države?“ Namesto tega je črpalo iz zadev, v katerih je že odločilo, kolikor je bilo potrebno za odgovor predložitvenemu sodišču v navedeni konkretni zadevi. Če je to res, potem logično sledi, da mora biti odgovor na prvo vprašanje, da merilo, kot je oblikovano v sodbi Foster, ni niti alternativno niti kumulativno.

38. Zato je treba temeljito preučiti besedilo sodbe v zadevi Foster. [37]

34 Sodba z dne 8. oktobra 1996, Dillenkofer in drugi (C-178/94, C-179/94 in od C-188/94 do C-190/94, EU:C:1996:375, točke 16 in od 19 do 29): logičen sklep na podlagi tistega, kar je Sodišče že navedlo v sodbi Francovich in drugi (točke od 39 do 41) ter potrdilo v sodbi Brasserie du pêcheur in Factortame (točka 46). Dvojna narava te izbire morda pojasnjuje, zakaj je bila E. Farrell na srečo že izplačana odškodnina za njene poškodbe (glej točko 25 zgoraj).

35 Moj poudarek.

36 Moj poudarek: neobstoj veznika pred besedo „in“ nujno pomeni, da je treba različne elemente, navedene do te točke, brati kumulativno.

37 Pri tej nalogi mi je v pomoč nenavadno nepredvidljivo naključje iz preteklosti: v zadevi Foster sem bila strokovna sodelavka sira Gordona Slynna, vršilca dolžnosti predsednika Sodišča v navedeni zadevi in glavnega pisca zadevne sodbe.

39. Bistvena dejstva je mogoče navesti preprosto. Družba British Gas Corporation (v nadaljevanju: BGC) je od petih uslužbenk, ki so dopolnile 60 let starosti, zahtevala, naj se upokojijo, in sicer na podlagi politike družbe, v skladu s katero so se morali delavci upokojiti, ko so izpolnili nacionalno upokojitveno starost (ta je bila takrat 60 let za ženske in 65 let za moške). Zadevne uslužbenke so želele še naprej delati in so pred Industrial Tribunal (delovno sodišče) trdile, da je politika družbe BGC, čeprav je nacionalna pravila ne prepovedujejo, v nasprotju s členom 5(1) Direktive Sveta 76/207/EGS.[38] Trdile so, da se lahko v postopku zoper družbo BGC sklicujejo na navedeno določbo.

40. Znana dejstva o družbi BGC, kot izhajajo iz zadevne sodbe, so naslednja.[39] Na podlagi določb Gas Act 1972 (zakon o plinu iz leta 1972) Združenega kraljestva, s katerim se je v času dejanskega stanja urejalo delovanje družbe BGC, je bila družba BGC po zakonu ustanovljena korporacija, odgovorna za razvoj in vzdrževanje sistema dobav plina v Veliki Britaniji, ki je imela monopol nad distribucijo plina. Člane njenega vodstvenega organa je imenoval pristojni minister. Ta je bil pooblaščen tudi za zagotavljanje splošnih smernic družbi BGC v zvezi z zadevami nacionalnega interesa in navodil glede njenega upravljanja. Družba BGC je morala ministru redno poročati o opravljanju nalog ter o upravljanju in programih družbe. Zadevna poročila so bila nato predložena obema domoma parlamenta. Družba BGC je imela v skladu z zakonom o plinu iz leta 1972 tudi pravico, da s soglasjem ministra parlamentu predloži predloge zakonodaje. Kot je bilo evidentirano v poročilu za obravnavo, je gradivo, predloženo Sodišču, vključevalo tudi dejstvo, da je bila družba BGC po angleškem pravu „subjekt javnega prava“ in „javni organ“ za namene različnih nacionalnih zakonov.

41. Industrial Tribunal (delovno sodišče), Employment Appeal Tribunal (višje delovno sodišče) in Court of Appeal (pritožbeno sodišče) so vsa zavrnila pritožbo delavk. Te so se pritožile House of Lords (zgornji dom), ki je vložil predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki je postal zadeva C-188/89.

42. Sodišče je uvodoma zavrnilo trditev glede dopustnosti in se nato v točki 16 sodbe lotilo vsebine vprašanja, o katerem je moralo odločiti.

43. Na začetku je opredelilo zadevne parametre. Najprej je spomnilo (točka 16), da bi bila učinkovitost direktiv (s katerimi se državam članicam nalaga obveznost, da sprejmejo določeno ravnanje) oslabljena, če se posamezniki nanje ne bi mogli sklicevati in če jih nacionalna sodišča ne bi mogla upoštevati. To je navedlo že leta 1982 v sodbi Becker.[40] „Zato“ se država članica, ki ni prenesla direktive v roku za njen prenos, ne more „sklicevati na lastno neizpolnjevanje dolžnosti, ki ji jih direktiva nalaga“, da bi se branila pred odškodninskim zahtevkom nekega posameznika. Tako se je na določbe direktiv z neposrednim učinkom mogoče sklicevati (i) „zoper katere koli nacionalne določbe v nasprotju z direktivo“, ali (ii) „če so z njimi določene pravice, ki jih lahko posamezniki uveljavljajo zoper državo“.

38 Direktiva z dne 9. februarja 1976 o izvrševanju načela enakega obravnavanja moških in žensk v zvezi z dostopom do zaposlitve, poklicnega usposabljanja in napredovanja ter delovnih pogojev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 1, str. 187).

39 Besedilo v nadaljevanju je iz točk od 3 do 7 sodbe Foster.

40 Sodba z dne 19. januarja 1982 (8/81, EU:C:1982:7). Tožena stranka v zadevi Becker je bil urad občinskega davčnega organa. Organsko je bil del države ter pod njeno pristojnostjo in nadzorom, pri čemer je imel „posebne pristojnosti“ za odmero in pobiranje davkov za omogočanje dogovorjene javne porabe.

44. Sodišče je nato (v točki 17) opozorilo, da je v sodbi Marshall [41] že razsodilo, da je za namene vertikalnega neposrednega učinka natančna vloga, v kateri nastopa država kot tožena stranka, nepomembna (v sodbi Marshall je navedlo, da „ne glede na to, ali [država deluje] kot delodajalec ali javni organ“). In tukaj je Sodišče pojasnilo, zakaj meni, da morajo imeti direktive vertikalni neposredni učinek v razmerju do držav članic: „Vsekakor *je treba preprečiti, da bi imela država koristi od kršitve prava [Unije]*.“ [42]

45. Sodišče je nato v nadaljevanju (točka 18) ponudilo opredelitev vrst tožene stranke, zoper katere se posameznik lahko sklicuje na „brezpogojne in dovolj natančne določbe direktive“ (na kratko, kaj je pojavna oblika države za namene vertikalnega neposrednega učinka). Uvodna fraza „Na podlagi teh premislekov je Sodišče v vrsti zadev menilo, da […]“ se uporablja kot znak bralcu, da mu bo Sodišče podalo abstraktno dikcijo, elemente katere je mogoče izpeljati iz obstoječe sodne prakse.

46. Zato ni presenetljivo, da je Sodišče takoj (točka 19) podkrepilo svojo trditev, da je vse, kar je pravkar navedlo, mogoče izpeljati iz obstoječe sodne prakse. Seznam zadev iz navedene točke je uveden z dikcijo „Zato je Sodišče razsodilo, da […]“. Posamezne navedene zadeve – Becker (davčni organi) [43], Busseni (davčni organi) [44], Costanzo (lokalni ali regionalni organi) [45], Johnston (ustavno neodvisni organi, pristojni za vzdrževanje javnega reda in javne varnosti) [46] in Marshall (javni organi, ki zagotavljajo storitve javnega zdravstva) [47] – je mogoče primerjati z enim ali več posameznimi elementi, ki jih je Sodišče navedlo v svoji abstraktni formulaciji v točki 18.

47. V zvezi s tem opozarjam na dejstvo, da bi bilo mogoče točki 18 in 19 zlahka napisati tudi v obratnem zaporedju. Ne glede na to, ali nekdo reče, „(i) merilo bom oblikoval abstraktno na naslednji način in (ii) značilnosti, ki sem jih opredelil, lahko najdete v naslednjih zadevah, v katerih je Sodišče že odločilo“ (dejanski vrstni red navedenih točk), ali „(i) glejte, tukaj je nekaj različnih zadev, v katerih je Sodišče že odločilo in iz katerih so razvidne nekatere značilnosti, in zato (ii) bom merilo oblikoval abstraktno na naslednji način“ (obrnjen vrstni red), je razlogovanje pravzaprav enako.

48. Sodišče bi se lahko na tej točki ustavilo, saj je zagotovilo abstraktno formulacijo. Strogo gledano je predložitveno sodišče tisto, ki bi moralo glede na dejstva odločiti o odgovoru na konkretno vprašanje, ali je na podlagi navedenega merila *družba BGC* pojavna oblika države. [48] Vendar je navedeno sodišče postavilo vprašanje, izraženo z besedami „Ali je družba BGC […] subjekt take vrste, da se lahko pritožnice pred angleškimi sodišči neposredno sklicujejo na [Direktivo 76/207], da bi bile upravičene

41 Sodba z dne 26. februarja 1986 (152/84, EU:C:1986:84). Tožena stranka v zadevi Marshall je bila Southampton and South-West Hampshire Health Authority (organizacija, ki je bila v času dejanskega stanja odgovorna za bolnišnice in zdravstvene službe na svojem zadevnem določenem geografskem območju). Organsko ni bila del države, vendar je bila pod njeno pristojnostjo in nadzorom. V sodbi ni navedeno, ali je imela „posebne pristojnosti“, in nič ne kaže, da jih je dejansko imela (glej tudi točko 49 spodaj). Očitno je, da je bilo njeno poslanstvo delovati v javnem interesu z zagotavljanjem ustreznih javnozdravstvenih storitev na zadevnem območju. Funkcionalno bi bilo zato mogoče šteti, da je delovala v imenu države.

42 Moj poudarek.

43 Moj poudarek. Sodba z dne 19. januarja 1982 (8/81, EU:C:1982:7).

44 Sodba z dne 22. februarja 1990 (C-221/88, EU:C:1990:84). V njej je Sodišče menilo, da se lahko Evropska skupnost za premog in jeklo (ESPJ) glede na to, da niso bili sprejeti izvedbeni ukrepi, sklicuje na priporočilo (ko se izteče obdobje, določeno za začetek njegovega izvajanja) v razmerju do države članice, ki ga ni izpolnila; vendar je preferencialni status dolgov do ESPJ mogoče priznati le v razmerju do navedene države, pri čemer so terjatve ESPJ enakovredne katerim koli drugim terjatvam države. Zato ob neizpolnitvi priporočila ni poseglo v pravice upnikov, ki niso država, na podlagi nacionalne zakonodaje o pravicah upnikov. Glej točko 30 sodbe in točko 1 izreka.

45 Sodba z dne 22. junija 1989 (103/88, EU:C:1989:256). Tožena stranka v zadevi Costanzo je bil občinski izvršilni odbor neke italijanske občine. Organsko je bil del države, ki je opravljal tudi nekatere organske državne funkcije javne oblasti in nadzora ter imel običajne državne pristojnosti (kot je pristojnost urejanja s predpisi) in deloval za služenje javnemu interesu.

46 Sodba z dne 15. maja 1986 (222/84, EU:C:1986:206). Tožena stranka v zadevi Johnston je bila Chief Constable of Royal Ulster Constabulary, titularni uradnik, odgovoren za vodenje policije na Severnem Irskem. V zadevni sodbi je policija (v osebi svojega Chief Constable) opisana kot neodvisni javni organ, ki izvršuje prerogative javne oblasti in nadzora, ima „posebne pristojnosti“ (saj ima država monopol nad zakonito uporabo sile) ter je zadolžen za vzdrževanje javnega reda in varnosti.

47 Sodba z dne 26. februarja 1986 (152/84, EU:C:1986:84). Naravo tožene stranke v tej zadevi sem že opisala (glej opombo 42). Kar zadeva neobstoj kakršnega koli znaka, da je imela tožena stranka v navedeni zadevi „posebne pristojnosti“, glej tudi točko 49 spodaj.

48 Dejansko je Sodišče pred tem (v točki 15) opozorilo, da je „v postopku predhodnega odločanja pristojno za opredelitev kategorij oseb, zoper katere se je mogoče sklicevati na določbe direktive“, in da so „po drugi strani nacionalna sodišča pristojna odločiti, ali stranka v postopku, o katerem odločajo, spada v eno od tako opredeljenih kategorij“.

do vložitve odškodninskega zahtevka, ker je politika družbe BGC glede upokojevanja v nasprotju z zadevno direktivo?“, in Sodišče je očitno menilo, da ima na voljo dovolj gradiva, da mu lahko zagotovi jasne smernice glede tega, kakšen bi moral biti odgovor.[49] Različni dejanski elementi, evidentirani v zvezi z družbo BGC, so zadostovali za ugotovitev, *da zadevna družba dejansko izpolnjuje vsa navedena merila*.[50] Sodišče je zato nato navedlo (točka 20), da „iz zgoraj navedenega izhaja“, da je subjekt, ki ima različne značilnosti, opredeljene v točki 18 (skupaj z več dodatnimi navedbami), „*vsekakor zajet* med subjekti, zoper katere se je mogoče sklicevati na določbe direktive, ki lahko imajo neposredni učinek“.[51]

49. Tu se želim ustaviti in navesti, da dodatne navedbe iz točke 20 bolj ustrezajo stališču, da navedena točka vključuje *uporabo* abstraktne formulacije za družbo BGC, kot stališču, da zadevna točka vključuje samo merilo. Prvič, obstaja sklicevanje na „subjekt, ki je ne glede na pravno obliko“, s katerim se prejšnje merilo, izpeljano iz sodne prakse, ki je vključevala predvsem *javne* organe, (morda nekoliko površno) razširja na druge subjekte, katerih „pravna oblika“ je morda delno javna in delno zasebna ali celo izključno zasebna, ne pa izključno javna.[52] Drugič, obstaja izjava, da je zadevni subjekt subjekt, ki je „na podlagi akta države odgovoren, da […] *zagotovi storitev javnega pomena*“ (v točki 18 ni izrecno navedena besedna zveza „zagotovi storitev javnega pomena“). Tretjič, „*za to*“ – to je, da se organu omogoči zagotavljanje storitve javnega pomena – se uživajo „*posebne pristojnosti*, ki presegajo pristojnosti na podlagi običajnih pravil, ki se uporabljajo v razmerjih med posamezniki“ (ki so že bile navedene v točki 18). Četrtič, medtem ko so imeli trije subjekti iz sodne prakse, navedene v točki 19, „posebne pristojnosti“, jih četrti (zdravstveni organ iz sodbe Marshall) ni imel. Zato se postavlja vprašanje, ali je treba navedeni element razlagati kot nujni del opredelitve pojma pojavna oblika države za namene vertikalnega neposrednega učinka. Vendar je družba BGC *dejansko* imela take posebne pristojnosti.[53] S temi dodatnimi opombami se nacionalnemu sodišču (v komajda prikritem jeziku) pojasnjuje, da dejstva o družbi BGC, ki jih je Sodišče ugotovilo na podlagi predložitvene odločbe, zadostujejo, da se družba BGC šteje za pojavno obliko države.

50. Vendar je najbolj pomenljiva besedna zveza „je vsekakor zajet“. Ta potrjuje, da Sodišče v točki 20 ne poskuša oblikovati nekakšnega splošnega merila ali zajeti vseh prihodnjih možnosti. Ukvarja se z obravnavano zadevo in nacionalnemu sodišču sporoča: „Ne glede na *druge* subjekte, ki so lahko (ali niso) pojavne oblike države, *je* subjekt, ki ima *vse* te značilnosti, pojavna oblika država – kar je to, kar ste hoteli izvedeti“.

51. Tako razumevanje je potrjeno v besedilu od točke 20 do izreka sodbe. Sodišče je v točki 21 spomnilo, da je že v sodbi Marshall[54] ugotovilo, da člen 5(1) Direktive 76/207 izpolnjuje merilo glede neposrednega učinka. Točki 20 in 21 sta nato združeni (v točki 22, ponovljeni kot izrek), da bi se predložitvenemu sodišču zagotovil natančen odgovor na predloženo vprašanje. Besedna zveza „je vsekakor zajet“, ki jo najdemo v točki 20, je zdaj v izreku odpravljena kot nepotrebna – dejansko neustrezna.

49 Nič nenavadnega ni, da Sodišče predložitvenemu sodišču jasno namigne, kakšen naj bi bil rezultat uporabe abstraktnih smernic, ki jih je ravnokar zagotovilo. Izrazit primer tega – ki izhaja iz sodbe kakih šest let po sodbi Foster – lahko najdemo v „tretji zadevi Factortame“ (sodba z dne 5. marca 1996, Brasserie du pêcheur in Factortame (C-46/93 in C-48/93, EU:C:1996:79)). Sodišče je v točki 51 navedene sodbe oblikovalo merilo za primere, v katerih je zaradi kršitve prava Unije mogoče uveljavljati odškodnino od države članice in v točki 56 na splošno navedlo „dejavnik[e], ki jih pristojno sodišče lahko upošteva“. Sodišče je nato v točkah od 58 do 64 zagotovilo smernice zadevnima predložitvenima sodiščema – Bundesgerichtshof (zvezno vrhovno sodišče) oziroma High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court (višje sodišče, oddelek Queen's Bench, veččlanski senat) – v zvezi z verjetnimi odgovori („[…] je zelo koristno navesti številne okoliščine, ki bi jih nacionalna sodišča lahko upoštevala“). Različni obremenilni dejavniki, opredeljeni v točkah od 61 do 64 v zvezi s sprejetjem Merchant Shipping Act 1988 (zakon o trgovskem ladijskem prometu iz leta 1988) s strani vlade Združenega kraljestva, so vsi pripomogli k ugotovitvi, da je treba v navedeni zadevi ugotoviti odgovornost. Po odločnem boju s strani navedene vlade po tem, ko je bila zadeva vrnjena v obravnavo nacionalnim sodiščem, je bila dejansko ugotovljena odgovornost države.

50 Zdi se, da je Sodišče svojo ugotovitev, da je družba BGC imela posebne pristojnosti, utemeljilo na dejstvu, da je imela monopol nad oskrbo s plinom (točka 3).

51 Moj poudarek.

52 Glej tudi točke 62, 79 do 105, 114 in 120(1) spodaj.

53 Glej opombo 50 zgoraj.

54 Sodba z dne 26. februarja 1986 (152/84, EU:C:1986:84).

52. Ugotavljam, da Sodišče v sodbi Foster ni poskušalo izčrpno in za vse večne čase našteti elementov merila za ugotovitev, kaj je pojavna oblika države za namene vertikalnega neposrednega učinka. Iz obstoječe sodne prakse je oblikovalo abstraktno formulacijo (točka 18), ki jo je nato skupaj z dodatnimi navedbami uporabilo za opredelitev subjekta, katerega značilnosti pomenijo, da ga je treba vsekakor vključiti v kategorijo pojavnih oblik države (točka 20). In tukaj se sodba konča. Niti izpeljava dejanskega merila iz obstoječe sodne prakse v točki 18 niti uporaba navedenega merila v točki 20 nista mišljeni kot izčrpni in tako logika kot zdrava pamet govorita proti temu, da bi se ju retrospektivno opredelilo za taki.

53. Iz tega izhaja, da se odgovor na prvo vprašanje glasi, da je merilo iz sodbe Foster glede tega, kaj je pojavna oblika države za namene vertikalnega neposrednega učinka direktiv, mogoče najti v točki 18, in ne točki 20 sodbe v navedeni zadevi. V njej oblikovano merilo se ne razlaga niti kumulativno niti alternativno. Vsebuje namreč neizčrpen seznam elementov, ki so lahko upoštevni za tako presojo.

54. Pred obravnavo drugega vprašanja bom na kratko in mimogrede obravnavala zanimivo značilnost elementov, ki jih je Sodišče uporabilo za oblikovanje merila, in sicer sklicevanje na „posebne pristojnosti“. V francoskem izvirniku, v katerem je bil pripravljen osnutek sodbe in predmet razprave, je bil uporabljen izraz „pouvoirs exorbitants“ – strokovni izraz v francoskem upravnem pravu, katerega angleški prevod „special powers“ (slov. posebne pristojnosti) ni najustreznejši.[55] *Locus classicus* pojma javna storitev v francoskem upravnem pravu, kot ga razumem, je sodba Tribunal des conflits z dne 8. februarja 1873 v zadevi Blanco[56], v kateri je bila priznana možnost odškodninske odgovornosti države zaradi dejanj „service public“ in izključna pristojnost upravnih sodišč (v nasprotju z navadnimi civilnimi sodišči) za obravnavo takih zadev.[57] Sodba Conseil d'État v zadevi Bureau Veritas[58] zagotavlja dodatne koristne smernice glede pojma iz francoskega prava „l'exercise des prérogatives de puissance publique … conférées pour l'exécution de la mission de service public dont [la société en question] est investie“ (izvajanje prerogativ javne oblasti […], dodeljenih, da se [zadevni družbi] omogoči izvajanje nalog javne službe, ki ji je bila zaupana). Je pa tudi res, da se v besedilu sodbe Sodišče v zadevi Foster ne poskuša opredeliti pojem „posebne pristojnosti“ za namene prava Unije, navedeno je le, da take pristojnosti „presegajo pristojnosti na podlagi običajnih pravil, ki se uporabljajo v razmerjih med posamezniki“. K navedenemu pojmu se bom vrnila, ko bom obravnavala zlasti tretje predloženo vprašanje.[59]

55 Ker je predlog za sprejetje predhodne odločbe predložilo sodišče iz Združenega kraljestva, je „verodostojno“ besedilo angleška jezikovna različica, pri čemer sta predlagani prevod zato pregledala sodnik iz Združenega kraljestva (sir Gordon Slynn) in njegova višja strokovna sodelavka (jaz) skupaj s tedanjim vodjo angleškega prevajalskega oddelka Sodišča. Zavedali smo se dejstva, da izraz „posebne pristojnosti“ ne zajema vseh pomenskih odtenkov francoskega osnutka, vendar takrat ni imel nihče boljšega predloga. Iz pregleda nekaterih drugih jezikovnih različic sodbe je razvidno, da je bil zadevni izraz preveden v španščino kot „poderes exorbitantes“, v nemščino kot „besondere Rechte“, v italijanščino kot „poteri“ (brez sklicevanja, da so pristojnosti „posebne“), v nizozemščino kot „bijzondere bevoegdheden“ in v portugalščino kot „poderes exorbitantes“. To kaže, da je bil prevod v nekatere jezike precej lažja naloga kot v druge.

56 Tribunal des conflits z dne 8. februarja 1873, 00012, objavljene v Recueil Lebon (besedilo v francoščini je na voljo na naslovu https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007605886).

57 Sodba Blanco se je nanašala na odškodninski zahtevek, vložen v imenu mladoletnika, ki je bil poškodovan zaradi ravnanja delavcev, zaposlenih pri tobačnih organih v Bordeauxu. Ključni del (kratke) sodbe se glasi: „Ker odgovornosti, ki jo lahko nosi država v zvezi s škodo, ki je povzročena posameznikom zaradi ravnanja oseb, ki jih zaposluje v javni službi, ne morejo urejati načela, določena v civilnem zakoniku za razmerja med posamezniki; ker ta odgovornost ni ne splošna niti absolutna; ker se v zvezi z njo uporabljajo posebna pravila, ki se razlikujejo glede na potrebe službe in zahtevo po uskladitvi pravic države z zasebnimi pravicami; ker je zato […] le upravni organ pristojen za njihovo obravnavo.“

58 Sodba z dne 23. marca 1983, Conseil d'État, SA Bureau Véritas in drugi (št. 33803, 34462). Sodba Bureau Veritas se je nanašala na revizijo, ki sta jo vložili družba Bureau Veritas in francoska država v okviru tožbe, ki jo je neka letalska družba vložila zoper družbo Bureau Veritas kot organ, pooblaščen za izdajo spričeval o plovnosti zrakoplovov, za škodo, ki je nastala zaradi zamude pri izdaji takega spričevala s strani zadevne družbe. Štelo se je, da je država družbo Bureau Veritas pooblastila za izvajanje javne službe in prerogativnih javnih pooblastil v ta namen. Posledica je bila, da sama država ni bila spoznana za odgovorno za povzročeno škodo.

59 Glej točko 129 spodaj in naslednje.

*Drugo vprašanje*

55. Predložitveno sodišče želi z drugim vprašanjem izvedeti – ob predpostavki, da elementi, našteti v sodbi Foster, sestavljajo skupek dejavnikov, ki jih je treba upoštevati (kot sem navedla v predlogu odgovora na prvo vprašanje), in ne omejevalnega kumulativnega merila – ali obstaja temeljno načelo, ki je podlaga za opredeljene ločene dejavnike in bi ga nacionalno sodišče moralo uporabiti za predložena dejstva, pri ugotovitvi, ali je zadevna tožena stranka pojavna oblika države članice za namene vertikalnega neposrednega učinka direktiv.

56. Na začetku se je treba vprašati, ali je iz sodne prakse po sodbi Foster neomajno razvidno, ali se Sodišče *od* navedene sodbe *dalje* dejansko odloča za alternativno ali kumulativno merilo (s čimer drugo vprašanje postane odvečno) oziroma posebno težo pripisuje enemu ali drugemu od elementov, ki ju je opredelilo v sodbi Foster.

57. Kolikor razumem, je kratek odgovor v obeh primerih „ne“, vendar bom zaradi celovitosti v nadaljevanju navedeno sodno prakso preučila nekoliko podrobneje. Obravnavala jo bom v kronološkem zaporedju glede na datum izdaje različnih sodb.

58. Prva upoštevna odločba po sodbi Foster je bila sodba Kampelmann in drugi.[60] H. Kampelmann in trije njegovi sodelavci, tožeče stranke v zadevah C-253/96 do C-256/96, so bili zaposleni pri Landschaftsverband (regionalni svet), ki je med drugim odgovoren za gradnjo in vzdrževanje javnih cest v okrožju Westfalen-Lippe ter za upravljanje več služb za cestno infrastrukturo v zadevni Land.[61] A. Schade (zadeva C-257/96) in K. Haseley (zadeva C-258/96) sta bila zaposlena v Stadtwerke Witten (komunalna služba, Witten) oziroma Stadtwerke Altena (komunalna služba, Altena), ki sta javni podjetji, pristojni za zagotavljanje storitev oskrbe z energijo v mestih Witten in Altena.[62] V postopku zoper svoje zadevne delodajalce so se hoteli neposredno sklicevati na člen 2(2)(c)(ii) Direktive Sveta 91/533[63], in sicer v okviru spora glede njihove razvrstitve v plačne razrede. Potem ko je Sodišče ugotovilo, da ima navedena določba neposredni učinek,[64] je predstavilo razširjeno različico alternativnega seznama iz točke 18 sodbe Foster[65] in na drugo vprašanje nacionalnega sodišča odgovorilo tako, da je ponovilo formulacijo iz točke 18 sodbe Foster.[66]

59. V zadevi Collino in Chiappero[67] je bila tožena stranka Telecom Italia, družba naslednica vrste podjetij, ki je imela izključno koncesijo za telekomunikacijske storitve za javno uporabo, ki ji jo je podelila italijanska država.[68] Tožeči stranki sta izpodbijali pogoje svoje premestitve od prvotnega imetnika koncesije k naslednjemu imetniku koncesije.[69] Predložitveno sodišče je menilo, da je

60 Sodba z dne 4. decembra 1997 (C-253/96 do C-258/96, EU:C:1997:585).

61 Točka 12 sodbe.

62 Točka 17 sodbe.

63 Direktiva z dne 14. oktobra 1991 o obveznosti delodajalca, da zaposlene obvesti o pogojih, ki se nanašajo na pogodbo o zaposlitvi ali delovno razmerje (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 2, str. 3).

64 Točka 45 sodbe.

65 „[Na direktivo] pa se je mogoče sklicevati zoper organizacije ali subjekte, ki so v pristojnosti ali pod nadzorom države oziroma imajo posebne pristojnosti, ki presegajo pristojnosti na podlagi običajnih pravil, ki se uporabljajo v razmerjih med posamezniki, kot so regionalni ali lokalni organi ali organi, ki jim je bila ne glede na njihovo pravno obliko s strani javnih organov dana pristojnost, da pod njihovim nadzorom zagotavljajo javno storitev“ (točka 46). Zanimivo je, da se navedena točka sodbe ne sklicuje niti na točko 18 niti na točko 20 sobe Foster, temveč na točko 19 skupaj s točko 31 sodbe Costanzo (sodba z dne 22. junija 1989, 103/88, EU:C:1989:256) („[…] kadar so izpolnjeni pogoji, pod katerimi Sodišče meni, da se posamezniki lahko sklicujejo na določbe direktive pred nacionalnimi sodišči, morajo vsi organi uprave, vključno z decentraliziranimi organi, kot so občine, uporabljati te določbe“).

66 Točka 47 sodbe in točka 2 izreka.

67 Sodba z dne 14. septembra 2000 (C-343/98, EU:C:2000:441).

68 Glej točke od 7 do 9 sodbe.

69 Glej točke od 10 do 13 sodbe.

objektivno prišlo do prenosa podjetja, vendar je ugotovilo, da je bila z italijansko zakonodajo uvedena posebna shema, ki odstopa od splošne zakonodaje o prenosu podjetij in na podlagi katere bi bili njuni zahtevki zavrnjeni. Predložitveno sodišče je Sodišču postavilo vprašanje, ali so odstopajoča pravila, uvedena z italijanskim zakonom št. 58/92, združljiva z Direktivo 77/187/EGS.[70]

60. Družba Telecom Italia je izpodbijala dopustnost predloga za sprejetje predhodne odločbe, pri čemer je trdila, da predložitveno sodišče „določb [Direktive 77/187] nikakor ne more uporabiti za postopek v glavni stvari, ker so vse stranke v njem osebe zasebnega prava“.[71] Sodišče se je strinjalo, da direktiva v skladu z ustaljeno sodno prakso lahko nima horizontalnega neposrednega učinka, vendar je nato spomnilo na načelo „interprétation conforme“ in dejstvo, da če se lahko posamezniki sklicujejo na direktivo v postopkih proti državi, lahko to naredijo ne glede na vlogo, v kateri nastopa država, saj je tej treba preprečiti, da bi imela koristi od kršitve (tedanjega) prava Skupnosti. Sodišče je nato navedlo točko 20 sodbe Foster, nacionalnemu sodišču prepustilo presojo, ali se tožeči stranki lahko neposredno sklicujeta na Direktivo 77/187, in v nadaljevanju odgovorilo na predložena vsebinska vprašanja.[72]

61. V zadevi Rieser Internationale Transporte[73] je tožeča stranka, prevozna družba, zahtevala povračilo cestnine, v zvezi s katero je menila, da jo je v zvezi z uporabo brennerske avtoceste preplačala. Tožena stranka (družba Asfinag) je bila subjekt, odgovoren za gradnjo, načrtovanje, vodenje, vzdrževanje in financiranje avstrijskih avtocest in hitrih cest, vključno z brennersko avtocesto, in sicer na podlagi licence, ki ji jo je podelil njen edini delničar, avstrijska država. Prevozna družba (in Komisija) je menila, da se je zoper subjekt, kot je družba Asfinag, mogoče sklicevati na upoštevne določbe zadevnih direktiv, in sicer zaradi tesnih povezav med navedeno družbo in državo na področju upravljanja avstrijskih avtocest. Družba Asfinag je navedeni razlagi ugovarjala in trdila, da je registrirana kot delniška družba zasebnega prava, da njene uprave ne zavezujejo navodila organov avstrijske države, da ne opravlja državnih dolžnosti in da je cestnine zaračunavala za svoj račun.[74]

62. Potem ko je Sodišče navedlo načela, na katerih temelji vertikalni neposredni učinek iz sodb Becker[75], Marshall[76] in Foster[77], je dobesedno navedlo merilo iz točke 20 sodbe Foster, kot je ponovljena v sodbi Collino in Chiappero.[78] Nato se je lotilo temeljite analize gradiva, ki mu je bilo predloženo v predložitveni odločbi.[79] Sodišče je menilo, da je iz navedenih dejstev jasno razvidno, da je družba Asfinag subjekt, ki mu je bilo v skladu z aktom javnih organov zaupano opravljanje storitve v javnem interesu pod njihovim nadzorom in ki je imel v ta namen posebne pristojnosti, ki presegajo tiste na podlagi običajnih pravil, ki se uporabljajo v razmerjih med posamezniki.[80] Sodišče je zato ugotovilo, da „tak subjekt ne glede na pravno obliko spada med tiste, zoper katere se je mogoče sklicevati na določbe direktive, ki lahko imajo neposredni učinek“.[81]

70 Direktiva Sveta z dne 14. februarja 1977 o približevanju zakonodaje držav članic v zvezi z ohranjanjem pravic delavcev v primeru prenosa podjetij, obratov ali delov podjetij ali obratov (UL 1977, L 61, str. 26).

71 Točka 19 sodbe.

72 Glej točke od 20 do 25 sodbe. Da je Sodišče uporabilo točko 20 sodbe Foster (in trditev iz nje, da je subjekt, ki izpolnjuje navedena merila, „vsekakor zajet“ med subjekte, zoper katere se je mogoče sklicevati na določbe direktive, ki lahko imajo neposredni učinek), bi lahko šteli za diskreten namig nacionalnemu sodišču, da je družba Telecom Italia dejansko pojavna oblika države za namene vertikalnega neposrednega učinka.

73 Sodba z dne 5. februarja 2004 (C-157/02, EU:C:2004:76).

74 Glej točki 20 in 21 sodbe.

75 Sodba z dne 19. januarja 1982 (8/81, EU:C:1982:7, točke od 23 do 25).

76 Sodba z dne 26. februarja 1986 (152/84, EU:C:1986:84, točka 49).

77 Sodba z dne 12. julija 1990 (C-188/89, EU:C:1990:313, točki 16 in 17).

78 Sodba z dne 14. septembra 2000 (C-343/98, EU:C:2000:441, točka 23).

79 Glej točki 25 in 26 sodbe.

80 Točka 27 sodbe. Vendar v zvezi z elementom „posebnih pristojnosti“ merila glej tudi točko 130 spodaj in naslednje.

81 Glej točko 28 sodbe.

63. Kakor sama razumem sodbo v zadevi Rieser Internationale Transporte, je Sodišče v njej naredilo natančno tisto, kar je pred tem naredilo v sodbi Foster. Sodišče je lahko na podlagi gradiva, ki mu je bilo na voljo, ugotovilo, da družba Asfinag izpolnjuje *vse* elemente, naštete v sodbi Foster. Družba Asfinag je bila zato „vsekakor zajeta“ med subjekte, zoper katere se tožeča stranka lahko sklicuje na vertikalni neposredni učinek direktiv. Naj dodam, da je iz sodbe v zadevi Rieser Internationale Transporte nedvomno razvidno, da je delniška družba zasebnega prava, katere uprava ni zavezana navodilom države, lahko kljub temu pojavna oblika države za namene vertikalnega neposrednega učinka.

64. Zadeva Sozialhilfeverband Rohrbach [82] se je nanašala na vprašanje, ali so bile pogodbe o zaposlitvi delavcev pri Sozialhilfeverband, medobčinskem sindikatu za socialno pomoč javnega prava, prenesene na dve novi družbi z omejeno odgovornostjo zasebnega prava, katerih edini družbenik je bil Sozialhilfeverband. Sodišče je o predlogu za sprejetje predhodne odločbe v skladu z zdajšnjim členom 99 Poslovnika odločilo z obrazloženim sklepom. Zdi se, da je glavni poudarek dalo dejstvu, da sta bili novi družbi z omejeno odgovornostjo pod nadzorom edinega družbenika, ki je bil tudi sam pojavna oblika države. Kolikor je razvidno, dejansko ni preučilo, ali je Sozialhilfeverband imel posebne pristojnosti. [83]

65. Tožena stranka v zadevi Vassallo [84] je bila bolnišnica in v okviru ugovora nedopustnosti se je postavilo vprašanje, ali je ta pojavna oblika države. Bolnišnica je navedla, da je ne vodi niti italijanska država niti katero od ministrstev. Bila je avtonomna ustanova z lastnimi direktorji, ki so morali v okviru upravljanja uporabljati določbe nacionalnega prava, ki jih niso mogli izpodbijati in od katerih niso mogli odstopati. [85] Sodišče se je zadovoljilo z navedbo, da je iz predložitvene odločbe razvidno, da je po mnenju nacionalnega sodišča dokazano dejstvo, da je zadevna bolnišnica institucija javnega sektorja, priključena javnim organom. Za Sodišče je bilo to dovolj, da je (z uporabo enake razširjene formulacije merila za pojavno obliko države, ki jo je podalo v sodbi Kampelmann in drugi) ugotovilo, da je treba zavrniti ugovor nedopustnosti, ki ga je vložila bolnišnica. [86] Tudi tukaj ugotavljam, da Sodišče v okviru analize ni preučilo „posebnih pristojnosti“. Prav tako je samo po sebi malo verjetno (glej sodbo Marshall), da bi imela javna bolnišnica take pristojnosti.

66. Sodišče je v sodbi Farrell I navedlo merilo iz točke 20 sodbe Foster (skupaj s točko 23 sodbe Collino in Chiappero ter točko 24 sodbe Rieser Internationale Transporte) in ne iz točke 18 zadevne sodbe. Vendar je takoj izrecno navedlo, da nima na voljo dovolj gradiva za ugotovitev, ali je organ MIBI pojavna oblika države, in je navedeno vprašanje zato prepustilo nacionalnemu sodišču, [87] kar je pozneje pripeljalo do zadevnega predloga za sprejetje predhodne odločbe.

67. Veliki senat je v sodbi Dominguez [88] obravnaval zahtevek na podlagi prenovljene Direktive o delovnem času (Direktiva 2003/88/ES [89]), ki jo je vložila neka delavka zoper Centre informatique du Centre Ouest Atlantique (Center za obdelavo podatkov za regijo Centre Ouest Atlantique), ki je po ugotovitvah Sodišča „subjekt, ki deluje na področju socialne varnosti“. [90] Sodišče se je zadovoljilo

82 Sklep z dne 26. maja 2005 (C-297/03, EU:C:2005:315).

83 Za dejstva, na katerih je temeljila odločitev Sodišča, glej točki 11 in 12 obrazloženega sklepa. Kratka analiza prvega vprašanja, ki jo je opravilo Sodišče (upoštevno vprašanje za namene obravnavane zadeve), je na voljo v točkah od 27 do 30. V njej niso omenjene „posebne pristojnosti“.

84 Sodba z dne 7. septembra 2006 (C-180/04, EU:C:2006:518).

85 Točka 24 sodbe.

86 Glej točki 26 in 27 sodbe.

87 Sodba z dne 19. aprila 2007, Farrell I (C-356/05, EU:C:2007:229, točki 40 in 41).

88 Sodba z dne 24. januarja 2012 (C-282/10, EU:C:2012:33).

89 Direktiva 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).

90 Točka 36 sodbe.

z navedbo točke 20 sodbe Foster in nacionalnemu sodišču prepustilo presojo, ali se je v postopku zoper navedeno toženo stranko mogoče sklicevati na določbo prava Unije z neposrednim učinkom (člen 7(1) Direktive 2003/88).[91] Tudi v tem primeru ni bilo izrecne ugotovitve, ali je imela tožena stranka posebne pristojnosti.

68. Sodišče je v sodbi Carratù[92] obravnavalo določbe o zaposlitvi za določen čas v pogodbah o zaposlitvi. Tožena stranka je bila družba Poste Italiane (italijanska poštna služba). Razlogovanje Sodišča v zvezi s trditvijo o pojavni obliki države je bilo kratko.[93] Zapisalo je, da je družba Poste Italiane subjekt, ki je v 100-odstotni lasti italijanske države prek ministrstva za gospodarstvo in finance, ki je edini delničar te družbe, ter da je poleg tega pod nadzorom države in Corte dei Conti (računsko sodišče), katerega eden od članov je tudi član upravnega odbora te družbe. Sodišče je na podlagi navedenega ugotovilo, da družba Poste Italiane izpolnjuje kumulativno različico elementov, opredeljenih v sodbi Foster, in sicer da spada „med subjekte“, zoper katere se je mogoče sklicevati na vertikalni neposredni učinek.[94]

69. Priznavam, da nekoliko dvomim, ali popolnoma razumem sodbo v zadevi Portgás (peti senat)[95], izdano istega dne kot sodba Carratù (tretji senat).

70. Družba Portgás je bila v času dejanskega stanja delniška družba portugalskega prava, ki je imela ekskluzivno koncesijo za storitev javne službe v zvezi s plinom v smislu člena 2 Direktive Sveta 93/38/EGS.[96] V okviru Evropskega sklada za regionalni razvoj je prejela sofinanciranje Unije, ki ga je uporabila zlasti za financiranje nakupa plinomerov. Po reviziji projekta je organ portugalske države (upravljavec Programa Operacional Norte (operativni program Sever)) odredil vračilo navedene finančne pomoči, ker je družba Portgás kršila upoštevna pravila Unije iz Direktive 93/38, ki urejajo taka javna naročila. Navedena pravila v portugalsko pravo še niso bila prenesena. Ali je družba Portgás pojavna oblika države za namene vertikalnega neposrednega učinka direktiv, in če je odgovor pritrdilen, ali se lahko sama portugalska država zoper družbo Portgás sklicuje na nepreneseno direktivo?

71. Generalni pravobranilec N. Wahl je opravil dvodelno analizo: (i) zoper koga se je mogoče „vertikalno“ sklicevati na določbe direktive z neposrednim učinkom in (ii) kdo je do tega upravičen? Za izhodišče je vzel točko 20 sodbe Foster, saj ta po njegovem mnenju vključuje merilo, ki ga je Sodišče določilo v navedeni zadevi.[97] Ugotovil je, da dejstvo, da je družba Portgás koncesionar za storitve javne službe in naročnik v smislu člena 2 Direktive 93/38, ne pomeni nujno, da jo je treba šteti za pojavno obliko države, ter da mora predložitveno sodišče glede na to, da „ni zagotovilo dovolj informacij o družbi Portgás, da bi bilo mogoče ugotoviti, ali je imelo navedeno podjetje v času dejanskega stanja posebne pravice in je bilo pod nadzorom javnih organov, […] v skladu s pravilom iz

91 Točki 39 in 40 sodbe.

92 Sodba z dne 12. decembra 2013 (C-361/12, EU:C:2013:830).

93 Vse, kar sledi v zvezi s to zadevo, je vzeto iz točk od 29 do 31 sodbe.

94 Zanimivo je, da Sodišče ni neposredno navedlo sodbe Foster, temveč se je sklicevalo na sodbo Kuso z dne 12. septembra 2013 (C-614/11, EU:C:2013:544) (zadeva, v kateri je bila sprejeta sodba brez sklepnih predlogov), v kateri je navedena točka 20 sodbe Foster. Prav tako se zdi, da ni bilo posebne ugotovitve v zvezi z elementom „posebnih pristojnosti“ merila iz sodbe Foster.

95 Sodba z dne 12. decembra 2013 (C-425/12, EU:C:2013:829).

96 Direktiva z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem sektorju (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 2, str. 194), kakor je bila spremenjena z Direktivo 98/4/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. februarja 1998 (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 3, str. 91).

97 Glej točko 35 njegovih sklepnih predlogov in opombo 16. Iz že navedenega je jasno razvidno, da je po mojem mnenju ključna točka v sodbi Foster točka 18 in ne točka 20. V zvezi s tem ugotavljam, da generalni pravobranilec N. Wahl (v točki 43 svojih sklepnih predlogov) navaja sklepne predloge generalnega pravobranilca W. Van Gervena v zadevi Foster (C-188/89, EU:C:1990:188) kot (edini) precedens za trditev, da „okoliščina, da je zasebno podjetje odgovorno, da kot izključni koncesionar zagotavlja storitev javnega pomena, ne zadostuje, da se zoper njega lahko sklicuje na določbe direktive, ki ni bila prenesena v notranji pravni red. Ugotoviti je treba, da ima navedeno podjetje posebne pravice in je pod nadzorom organov javne oblasti“. Ker Sodišče v sodbi Foster tega konkretnega predloga ni upoštevalo, ni jasno, kako so sklepni predlogi v zadevi Foster v nadaljnjo pomoč.

sodbe [Foster] ter pristopom, ki ga je Sodišče tradicionalno zavzelo v podobnih zadevah“, preučiti, ali sta bila ta pogoja izpolnjena.[98] Če pa bi bila družba Portgás pojavna oblika države, ni videl nobene ovire za to, da se država zoper družbo Portgás sklicuje na določbe direktive z neposrednim učinkom.[99]

72. Sodišče je v sodbi najprej ugotovilo, da so zadevne določbe Direktive 93/38 dejansko brezpogojne in dovolj natančne, da lahko imajo neposredni učinek.[100] Nato je navedlo točko 20 sodbe Foster, kot je bila ponovljena v sodbah Collino in Chiappero (točka 23), Rieser Internationale Transporte (točka 24), Farrell I (točka 40) in Dominguez (točka 39).[101] Iz sodne prakse je izpeljalo stališče, da se, „tudi če posameznik spada na osebno področje uporabe direktive, na njene določbe kot take pred nacionalnimi sodišči proti njemu ni mogoče sklicevati“. (S to ugotovitvijo se strinjam, vendar menim, da izhaja iz sodbe Faccini Dori[102], in ne iz navedene sodne prakse.)

73. Sodišče je takoj zatem navedlo, da „okoliščina, da zasebno podjetje, izključni koncesionar za opravljanje javne službe, spada med subjekte, ki so izrecno zajeti z osebnim področjem uporabe Direktive 93/38, ne pomeni, da se lahko proti temu podjetju uveljavljajo določbe te direktive“.[103] Tukaj se strinjam z navedeno ugotovitvijo, vendar iz nekoliko drugačnega razloga. Zdi se mi, da je v členu 2 opredeljeno samo stvarno področje Direktive 93/38. Očitno je, da ima dva dela: člen 2(1)(a) (javni organi ali javna podjetja) in člen 2(1)(b) (naročniki, ki *niso* javni organi ali javna podjetja, vendar je ena od njihovih dejavnosti katera koli dejavnost iz člena 2(2) „in delujejo na podlagi posebnih ali izključnih pravic, ki jim jih podeli pristojni organ države članice“). Menim, da ta opredelitev stvarnega področja (ki zagotavlja odgovor na vprašanje „Kdo mora ravnati v skladu s to direktivo, kadar se izvaja?“) samodejno ne zagotavlja odgovora na drugo vprašanje, in sicer „Če se ta direktiva *ne* izvaja, ali se je mogoče sklicevati na njene določbe z neposrednim učinkom zoper vse subjekte, v zvezi s katerimi je opredeljeno, da spadajo na področje njene uporabe?“.

74. Sodišče je nato navedlo, da se mora „[n]avedena javna služba […] opravljati pod nadzorom javnega organa, navedeno podjetje pa mora imeti posebne pristojnosti, ki presegajo pristojnosti iz običajnih pravil, ki se uporabljajo pri odnosih med posamezniki“, pri čemer je kot precedens za navedeno stališče navedlo točke od 25 do 27 sodbe Rieser Internationale Transporte. O tej zadevi sem že podala mnenje.[104] V sodbi Portgás so zadevne tri točke sodbe Rieser Internationale Transporte vključevale *uporabo* točke 20 sodbe Foster za podrobna dejstva v zadevi Rieser Internationale Transporte in pripeljale do ugotovitve (v točki 28, ki ni navedena v sodbi Portgás), da „tak subjekt ne glede na pravno obliko *spada* med subjekte, zoper katere se je mogoče sklicevati na določbe direktive, ki lahko imajo neposredni učinek“.[105] Zadevne točke kot take ne podpirajo stališča, da morajo biti vedno prisotni vsi elementi iz točke 20 sodbe Foster, preden je neki subjekt dejansko mogoče opredeliti za pojavno obliko države.

98 Glej točko 45 sklepnih predlogov. Generalni pravobranilec N. Wahl v podporo temu, kar sam opisuje kot „pristop, ki ga je Sodišče tradicionalno zavzelo“, navaja „zlasti zgoraj navedene sodbe Collino in Chiappero (točka 24), Farrell (točka 41) in Dominguez (točka 40)“. Morda je imel s tem v mislih le, da „se odločitev o dejanskem stanju prepusti nacionalnemu sodišču“ (kot je Sodišče dejansko naredilo v vseh treh zadevah, ki jih je navedel). Če pa je mislil, da obstaja „tradicionalni pristop“, katerega bistvo je, da morajo biti kumulativno prisotni vsi elementi iz točke 20 sodbe Foster, preden je neki subjekt mogoče šteti za pojavno obliko države, potem je iz zgoraj navedenega (v točkah od 43 do 54) razvidno, da se ne strinjam, da je bil tak pristop namerno in dosledno vključen v sodno prakso Sodišča.

99 Glej točke od 62 do 66 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca N. Wahla.

100 Glej točki 19 in 20 sodbe.

101 Glej mojo podrobno analizo vsake od teh zadev, navedeno zgoraj. V posameznih odstavkih, navedenih v točki 24 sodbe Portgás, je navedena točka 20 sodbe Foster (vse od njih vključujejo izrazje, iz katerega je jasno, da je subjekt, ki izpolnjuje vsa v njej navedena merila, vključen v kategorijo „pojavnih oblik države“). Navedeni precedensi po mojem mnenju ne podpirajo stališča, da točka 20 sodbe Foster pomeni dokončno definicijo, v kateri so zajeti vsi subjekti, ki so pojavne oblike države.

102 Sodba z dne 14. julija 1994 (C-91/92, EU:C:1994:292, točke od 19 do 25 (zlasti točki 24 in 25)).

103 Glej točko 25 sodbe.

104 Glej točke od 61 do 63 zgoraj.

105 Moj poudarek.

75. Sodišče je nato v točkah od 27 do 30 preučilo informacije o družbi Portgás, ki jih je imelo na voljo. Presodilo je, da nima na voljo vsega gradiva, potrebnega za odločitev, ali *je* družba Portgás pojavna oblika države, zato mora nacionalno sodišče opraviti potrebno analizo (točka 31, ki vključuje preoblikovano točko 20 sodbe Foster).[106] V drugem delu sodbe je bilo nato obravnavano vprašanje, ali se lahko sama država sklicuje na nepreneseno direktivo zoper pojavno obliko države, pri čemer je Sodišče – tako kot generalni pravobranilec – odgovorilo pritrdilno.[107]

76. Z vsem spoštovanjem menim, da se zdi, da je peti senat zadevo Portgás obravnaval na podlagi nepopolnega razumevanja ustreznega merila, ki ga je treba uporabiti. Prav tako se mi zdi, da nikjer v sodni praksi Sodišča po sodbi Foster ni izraženo njegovo vztrajanje pri tem, da morajo biti prisotni vsi elementi iz točke 20 sodbe Foster.

77. Na podlagi navedenega pregleda sodne prakse po sodbi Foster ugotavljam, da ni rečeno, da se je Sodišče odločilo za omejevalno kumulativno merilo za opredelitev pojavne oblike države za namene vertikalnega neposrednega učinka direktiv. Res je, da točko 20 sodbe Foster navaja pogosteje kot točko 18 navedene sodbe. Vendar se mi v smislu odločitve zdi, da Sodišče ni rigorozno vztrajalo, da morajo biti prisotni vsi elementi, navedeni v njej. Namesto tega je tako kot v sodbi Foster nacionalnemu sodišču dalo odločujoč napotek v primerih, kadar je menilo, da ima na voljo dovolj gradiva, da to stori (zlasti v sodbah Rieser Internationale Transporte). V drugih primerih je opredelitev, ali je zadevno merilo izpolnjeno, prepustilo nacionalnemu sodišču.[108]

78. Tudi če se v navedeni presoji motim, ima Sodišče glede na to, da se z vprašanjem, kako opredeliti pojavno obliko države za namene vertikalnega neposrednega učinka direktiv, zdaj ukvarja veliki senat, možnost, da potrebno pojasnilo zagotovi v obravnavanem predlogu za sprejetje predhodne odločbe.

*Navdih z drugih področij prava Unije*

79. Na tej točki se bom ustavila in preučila, ali si lahko kakor koli pomagamo, če se opremo na tri področja prava Unije – državne pomoči, pravila, ki urejajo opravljanje storitev splošnega gospodarskega pomena (SSGP), in javna naročila – na katerih se je Sodišče že spoprijemalo z vprašanji, ki so konceptualno precej blizu obravnavani težavi, in sicer kako izpopolniti merilo iz sodbe Foster za opredelitev, kaj je pojavna oblika države za namene vertikalnega neposrednega učinka direktiv. Vsa ta področja vključujejo pojma javni organ in opravljanje storitev za plačilo; na vseh teh področjih država sodeluje z različnimi vrstami subjektov ali podjetij. Ne trdim, da je mogoče kateri koli sklop pravil, ki se uporablja na navedenih področjih prava Unije, prenesti samodejno ali v celoti v obravnavani okvir. Vendar pa lahko zagotovijo koristno pojasnilo k merilom, ki jih je treba sprejeti, da se začrta meja med „državo in njenimi pojavnimi oblikami“ in „zasebnimi strankami“.

*– Državne pomoči (člen 107 PDEU)*

80. Pogosto je treba ugotoviti, ali je neki ukrep državna pomoč v smislu člena 107 PDEU. V tem okviru se za opredelitev, ali je neki ukrep treba šteti za „pomoč, ki jo dodeli država članica, ali […] pomoč iz državnih sredstev“, uporablja merilo, ali je zadevni ukrep, od katerega ima neko podjetje korist, „državnega izvora“. Državni izvor ukrepa vključuje po eni strani pojem pripisljivost ukrepa državi, po drugi pa pojem uporaba državnih sredstev.

106 Nekoliko spremenjena različica navedenega preoblikovanja se nato pojavi v drugem odstavku izreka. V zvezi z elementom „posebnih pristojnosti“ zadevnega merila glej tudi točko 129 in naslednje spodaj.

107 Akademiki si od takrat belijo glavo s tem, ali ta zadnjenavedena težava res ni povezana z vprašanjem (vertikalnega ali horizontalnega) neposrednega učinka direktiv, kot – tako se zdi – menita generalni pravobranilec in Sodišče (ki sta namesto tega dala poudarek obveznosti držav članic, da zagotovijo skladnost z neko direktivo). Glej na primer Albors-Llorens, A., *The direct effect of EU Directives: fresh controversy or a storm in a tea-cup? Comment on Portgás*, v (2014) EL Rev, str. 851.

108 Glej točke 58, 60, 65, 66 in 67 zgoraj.

81. Če javni organ zagotovi prednost upravičencu, se ukrep po definiciji pripiše državi, tudi če je zadevni organ v razmerju do drugih javnih organov pravno samostojen.[109] V skladu z ustaljeno sodno prakso se ne sme razlikovati med primeri, v katerih pomoč neposredno dodeli država, in primeri, v katerih jo dodelijo osebe zasebnega ali javnega prava, ki jih je država ustanovila ali imenovala za upravljanje pomoči.[110] Enako velja, če javni organ imenuje osebo zasebnega ali javnega prava za upravljanje ukrepa, ki zagotavlja prednost. Pravo Unije ne sme omogočati, da se pravila o državni pomoči zaobidejo z oblikovanjem avtonomnih institucij, pristojnih za dodeljevanje pomoči.[111]

82. Če se prednost zagotavlja prek javnih podjetij, je manj očitno, da je treba zadevni ukrep pripisati državi.[112] V takih primerih je treba opredeliti, ali je mogoče šteti, da so pri sprejemanju ukrepa tako ali drugače sodelovali javni organi. Samo dejstvo, da je ukrep sprejelo javno podjetje, samo po sebi ne zadostuje, da se šteje za ukrep, ki ga je mogoče pripisati državi.[113] Vendar pa ni treba dokazati, da so javni organi v posameznem primeru izrecno spodbujali javno podjetje k sprejetju zadevnega ukrepa.[114]

83. Ker so država in javna podjetja nujno tesno povezani, obstaja dejansko tveganje, da se državna pomoč odobri s posredovanjem navedenih podjetij na nepregleden način in v nasprotju s pravili o državni pomoči iz Pogodbe.[115] Prav zaradi privilegiranih odnosov, ki obstajajo med državo in javnimi podjetji, bo tretji osebi praviloma zelo težko dokazati, da so bili v posameznem primeru ukrepi, ki jih je sprejelo tako podjetje, dejansko sprejeti po navodilih javnega organa.[116]

84. Iz teh razlogov se o pripisljivosti ukrepa, ki ga sprejme javno podjetje, državi lahko *sklepa iz vrste kazalnikov*, ki izhajajo iz okoliščin primera, in konteksta, v katerem je bil sprejet ukrep.[117]

85. Kar zadeva uporabo državnih sredstev, lahko državno pomoč v smislu člena 107(1) PDEU pomenijo samo prednosti, ki se dodelijo neposredno ali posredno iz državnih sredstev. Vendar je iz sodne prakse razvidno, da je v nekaterih okoliščinah sredstva oseb zasebnega prava mogoče šteti za državna sredstva v smislu člena 107(1) PDEU. Izvor sredstev ni pomemben, če ta sredstva pred neposrednim ali posrednim prenosom upravičencem pridejo pod javni nadzor in so torej na voljo nacionalnim organom.[118] Ni nujno, da sredstva postanejo last javnega organa.[119]

109 Glej Obvestilo Komisije o pojmu državne pomoči po členu 107(1) PDEU (v nadaljevanju: obvestilo Komisije o državni pomoči). Navedeno obvestilo je bilo nazadnje posodobljeno junija 2016 (UL 2016, C 262, str. 1).

110 Sodba z dne 16. maja 2002, Francija/Komisija (C-482/99, EU:C:2002:294, točka 23).

111 Sodbi z dne 16. maja 2002, Francija/Komisija (C-482/99, EU:C:2002:294, točka 23 in navedena sodna praksa), in z dne 20. novembra 2003, GEMO (C-126/01, EU:C:2003:622, točka 23). Glej tudi sodbo z dne 12. decembra 1996, Air France/Komisija (T-358/94, EU:T:1996:194, točka 62). Nazadnje glej tudi sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi UTECA (C-222/07, EU:C:2008:468, točka 124).

112 Glej v tem smislu sodbo z dne 16. maja 2002, Francija/Komisija (C-482/99, EU:C:2002:294, točka 24). Koristna opredelitev javnega podjetja je na voljo v Direktivi Komisije 2006/111/ES z dne 16. novembra 2006 o preglednosti finančnih odnosov med državami članicami in javnimi podjetji ter o finančni preglednosti znotraj določenih podjetij (UL 2006, L 318, str. 17). Člen 2(b) navedene direktive določa, da „javna podjetja“ pomenijo „vsa podjetja, nad katerim lahko javne oblasti neposredno ali posredno izvajajo prevladujoč vpliv zaradi svojega lastništva, svojega finančnega sodelovanja v njih ali predpisov, ki jih urejajo“.

113 Sodba z dne 16. maja 2002, Francija/Komisija (C-482/99, EU:C:2002:294, točka 52). Glej tudi sodbo z dne 26. junija 2008, SIC/Komisija (T-442/03, EU:T:2008:228, točke od 93 do 100).

114 Sodba z dne 16. maja 2002, Francija/Komisija (C-482/99, EU:C:2002:294, točka 53). Poleg tega ni treba dokazati, da bi javno podjetje v konkretnem primeru ravnalo drugače, če bi delovalo samostojno: glej sodbo z dne 25. junija 2015, SACE in Sace BT/Komisija (T-305/13, EU:T:2015:435, točka 48).

115 Sodba z dne 16. maja 2002, Francija/Komisija (C-482/99, EU:C:2002:294, točka 53).

116 Sodba z dne 16. maja 2002, Francija/Komisija (C-482/99, EU:C:2002:294, točka 54).

117 Sodba z dne 16. maja 2002, Francija/Komisija (C-482/99, EU:C:2002:294, točka 55) (moj poudarek). Možni kazalniki za pripisljivost državi so navedeni v oddelku 3.1.1 obvestila Komisije o državni pomoči. Med njimi so vključevanje javnega podjetja v strukturo javne uprave, dejstvo, da je podjetje, prek katerega je bila pomoč dodeljena, moralo upoštevati smernice, ki so jih izdali vladni organi, narava dejavnosti javnega podjetja in njihovo izvajanje na trgu v običajnih pogojih konkurence z zasebnimi izvajalci.

118 Glej na primer sodbi z dne 17. julija 2008, Essent Netwerk Noord in drugi (C-206/06, EU:C:2008:413, točka 70), in z dne 16. maja 2000, Francija/Ladbroke Racing in Komisija (C-83/98 P, EU:C:2000:248, točka 50).

119 Glej sodbo z dne 12. decembra 1996, Air France/Komisija (T-358/94, EU:T:1996:194, točke od 65 do 67), v zvezi s pomočjo, ki jo je dodelila Caisse des Dépôts et Consignations in so jo financirali zasebni državljani s prostovoljnimi vlogami, ki jih je bilo mogoče kadar koli dvigniti. Štelo se je, da so ta sredstva pomenila državna sredstva, ker jih je Caisse des Dépôts et Consignations lahko uporabila iz salda vlog in dvigov, kot če bi bili stalno na razpolago. Glej tudi sodbo z dne 16. maja 2000, Francija/Ladbroke Racing in Komisija (C-83/98 P, EU:C:2000:248, točka 50).

86. Ali to pomeni, da to, da se podjetje ali subjekt financira iz državnega proračuna in da navedeno financiranje poteka pod pogoji, ki izpolnjujejo merila državne pomoči v skladu s členom 107 PDEU, zadostuje, da se prejemnika za namene vertikalnega neposrednega učinka direktiv šteje za pojavno obliko države? Menim, da ne. Tako se mi zdi, da zasebna banka ali premogovnik, ki je bil prejemnik pomoči za prestrukturiranje, ne bi postal pojavna oblika države v smislu sodne prakse Foster. Na drugi strani si prav tako ne morem predstavljati, da bi bilo treba samo zato, ker se neko podjetje ali subjekt plačuje iz javnih sredstev, da zagotavlja blago ali storitve, to podjetje oziroma subjekt šteti za pojavno obliko države. Torej podjetje, ki je odgovorno za dobavo pisarniškega materiala vladnemu ministrstvu na podlagi pogodbe, dodeljene na podlagi postopka oddaje javnega naročila, ne bi spadalo pod zadevno opredelitev.

– *Storitve splošnega gospodarskega pomena*

87. Podjetja, pooblaščena za opravljanje storitev splošnega gospodarskega pomena v smislu člena 106(2) PDEU, „ravnajo po pravilih iz Pogodb, zlasti po pravilih o konkurenci, kolikor uporaba takšnih pravil pravno ali dejansko ne ovira izvajanja posebnih nalog, ki so jim dodeljene“.[120] Če lahko taka podjetja spoštujejo navedeno določbo, dejstvo, da prejemajo sredstva od države oziroma da so jim dodeljene posebne ali izključne pravice, ne bo pripeljalo do ugotovitve, da je zadevna ureditev (prepovedana) državna pomoč. V znani sodbi Altmark so bili določeni štirje pogoji, ki jih je treba uporabiti za opredelitev, ali dano podjetje zagotavlja storitve splošnega gospodarskega pomena.[121]

88. Prvi pogoj iz sodbe Altmark (edini upošteven za zadevno razpravo) določa, da mora „podjetje, ki prejema nadomestilo, […] dejansko izpolnjevati obveznosti javne službe, te obveznosti pa morajo biti jasno opredeljene“. Splošno sodišče je pozneje dodalo dodatni zahtevi, in sicer „da je *podan oblastveni akt, s katerim je zadevnemu gospodarskemu subjektu podeljena naloga* SSGP, ki je univerzalne in obvezne naravo“ in da „mora država članica navesti razloge, iz katerih meni, da je treba zadevno storitev *zaradi njene posebne narave* opredeliti kot SSGP in jo *ločiti od drugih gospodarskih dejavnosti*“.[122]

89. Iz navedene sodne prakse v povezavi s prakso Komisije v zvezi s podjetji, ki trdijo, da zagotavljajo storitve splošnega gospodarskega pomena,[123] je razvidno, da take storitve vključujejo *dejavnosti, ki spadajo na področje javnega poslanstva države, država pa se je njihovo izvajanje iz nekega razloga odločila zaupati tretji osebi*. Če na to točko pogledamo z nekoliko drugačnega zornega kota: javni organi držav članic (na nacionalni, regionalni ali lokalni ravni, odvisno od razdelitve pristojnosti na podlagi nacionalnega prava) opredelijo storitve, ki jih je treba zagotavljati, kot storitve splošnega pomena in s tem določijo, da zanje veljajo posebne obveznosti javne službe. Izraz storitve splošnega gospodarskega pomena zajema gospodarske dejavnosti in zagotavljanje negospodarskih storitev.[124]

90. Bistvena značilnost zagotavljanja storitev splošnega gospodarskega pomena s strani podjetja je zagotavljanje dejavnosti, ki se opravlja v javno dobro in se na prostem trgu brez javnega posredovanja sicer ne bi opravljala (oziroma bi se opravljala pod drugačnimi pogoji v smislu objektivne kakovosti, varnosti, cenovne dostopnosti, enake obravnave ali splošnega dostopa) (t. i. „merilo tržne

120 Navedena določba zajema tudi podjetja, „ki imajo značaj dohodkovnega monopola“. Menim, da zadnja kategorija ni upoštevna za zadevno razpravo.

121 Sodba z dne 24. julija 2003, Altmark Trans in Regierungspräsidium Magdeburg (v nadaljevanju: Altmark) (C-280/00, EU:C:2003:415, točka 89 in naslednje).

122 Glej sodbo z dne 12. februarja 2008, BUPA in drugi/Komisija (T-289/03, EU:T:2008:29, točka 172) (moj poudarek). Glej tudi sodbo z dne 10. decembra 1991, Merci convenzionali Porto di Genova (C-179/90, EU:C:1991:464, točka 27).

123 Glej delovni dokument služb Komisije z dne 29. aprila 2013 „Guide to the application of the European Union rules on State aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest“ (SWD(2013) 53 final/2). Glej tudi Sporočilo Komisije o okviru Evropske unije za državno pomoč v obliki nadomestila za javne storitve (2011) (UL 2012, C 8, str. 15).

124 Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu, Svetu, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru regij z dne 20. decembra 2011 z naslovom „Okvir kakovosti za storitve splošnega pomena v Evropi“, COM(2011) 900 final, str. 3.

pomanjkljivosti“).[125] Očiten primer bi bil vodenje lekarne v oddaljenem podeželskem kraju. Sodišče je zato določilo, da so storitve splošnega gospodarskega pomena storitve, ki imajo v primerjavi z drugimi gospodarskimi dejavnostmi posebne značilnosti.[126] V skladu z ustaljeno sodno prakso imajo javni organi v državah članicah široko diskrecijsko pravico pri opredelitvi, kaj štejejo za storitve splošnega gospodarskega pomena, Komisija pa lahko podvomi o načinu, na katerega je država članica opredelila take storitve, samo če gre za očitno napako.[127] Pomembno (vendar pričakovano) je, da se obseg in organizacija storitev splošnega gospodarskega pomena med državami članicami precej razlikujeta, in sicer odvisno od zgodovine in kulture javnega posredovanja v posamezni državi članici. Storitve splošnega gospodarskega pomena so zato zelo raznolike. Potrebe in želje uporabnikov se razlikujejo glede na geografsko, socialno in kulturno okolje. Zato so za opredelitev narave in obsega tistega, kar se šteje za storitev splošnega pomena, (razumno) pristojni javni organi v posamezni državi članici.

91. Zagotavljanje storitev splošnega gospodarskega pomena zahteva, da izvajalec sprejme nekatere omejitve ali posebne naloge, ki mu jih ne bi bilo treba sprejeti, če bi podobne storitve zagotavljal komercialno. Neizčrpen seznam teh omejitev in nalog bi lahko vključeval: vsesplošno zagotavljanje storitev vsem, ki jih zahtevajo (v nasprotju s svobodno izbiro strank); zadevne storitve je treba zagotavljati ves čas (v nasprotju z možnostjo izbire, ali storitve opravljati ter kdaj in kje); in to, da je treba storitve opravljati ne glede na to, ali je komercialno smiselno navedeno storitev zagotavljati konkretni stranki ali v posebnih okoliščinah. Podjetje, ki opravlja storitev splošnega gospodarskega pomena, bo v zameno običajno prejelo neko vrsto izključnih pravic in bo od države prejelo plačilo, ki presega ceno, ki bi se pod običajnimi tržnimi pogoji sicer plačala za storitev, ki se zagotavlja.

92. Zagotavljanje storitve splošnega gospodarskega pomena lahko v nekaterih primerih vključuje tudi podelitev posebnih pristojnosti v smislu sodne prakse Foster (npr. pristojnost za uporabo prisilnih ukrepov zoper posameznike), *vendar to ni nujno*. K tej pomembni točki se bom vrnila pozneje.[128]

*– Javna naročila*

93. V pravu Unije na področju javnih naročil se pojem „država“ in njene pojavne oblike prekrivajo s pojmom „javni naročnik“. V skladu s tem se določi, ali je treba javno naročilo oddati na podlagi pravil javnega naročanja ali ga je mogoče oddati na podlagi kakega drugega postopka.[129]

125 *Idem*, str. 3. Glej tudi točko 14 Sporočila Komisije o storitvah splošnega interesa v Evropi (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 2, str. 54), ki določa, da „če organi oblasti menijo, da so nekatere storitve v splošnem interesu in da jih tržne sile ne morejo uspešno zadovoljiti, lahko določijo zagotovitev določenega števila posebnih storitev za zadovoljitev teh potreb v obliki obveznosti zagotavljanja storitev splošnega interesa“. V okviru državne pomoči v sektorju širokopasovnih omrežij glej natančneje točko 20 Sporočila Komisije o smernicah Evropske unije za uporabo pravil o državni pomoči v zvezi s hitro postavitvijo širokopasovnih omrežij (UL 2013, C 25, str. 1), ki določa, da „Komisija […] izhaja iz stališča, da se vzpostavitev vzporedne konkurenčne javno financirane širokopasovne infrastrukture na območjih, kjer so zasebni vlagatelji že vlagali v infrastrukturo za širokopasovna omrežja (ali jo dodatno širijo) in že zagotavljajo konkurenčne širokopasovne storitve z zadostno pokritostjo, ne more šteti za SSGP v smislu člena 106(2) PDEU“. Glej tudi sodbo z dne 16. septembra 2013, Colt Télécommunications France/Komisija (T-79/10, neobjavljena, EU:T:2013:463, točka 154), v kateri je Splošno sodišče menilo, da „je obstoj tržne pomanjkljivosti pogoj, da se neka dejavnost opredeli za [storitev splošnega gospodarskega pomena]“.

126 Sodbe z dne 10. decembra 1991, Merci convenzionali porto di Genova (C-179/90, EU:C:1991:464, točka 27), z dne 17. julija 1997, GT-Link (C-242/95, EU:C:1997:376, točka 53), in z dne 18. junija 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, EU:C:1998:306, točka 45).

127 Glej na primer sklepne predloge generalnega pravobranilca A. Tizzana v zadevi Ferring (C-53/00, EU:C:2001:253, točka 51). Glej tudi sodbo z dne 15. junija 2005, Olsen/Komisija (T-17/02, EU:T:2005:218, točka 216 in navedena sodna praksa); glej tudi točko 46 Sporočila Komisije o uporabi pravil Evropske unije o državni pomoči za nadomestilo, dodeljeno za opravljanje storitev splošnega gospodarskega pomena (UL 2012, C 8, str. 4).

128 Glej točko 129 spodaj in naslednje.

129 Glej člen 1(1) Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL 2014, L 94, str. 65). V členu 1(4) je poudarjeno, da „[t]a direktiva ne vpliva na možnost držav članic, da v skladu s pravom Unije opredelijo, kaj štejejo kot storitve splošnega gospodarskega pomena, kako bi morale biti te storitve organizirane in financirane v skladu s pravili o državni pomoči ter katere posebne obveznosti bi zanje morale veljati. Ta direktiva prav tako ne vpliva na odločitev javnih organov o tem, ali, kako in v kolikšni meri želijo samostojno izvajati javne funkcije v skladu s členom 14 PDEU in Protokolom (št. 26).“

94. V členu 2(1) Direktive 2014/24/EU so „javni naročniki“ opredeljeni kot „državn[i], regionaln[i] ali lokaln[i] organ[i], osebe javnega prava ali združenja enega ali več takih organov oziroma enega ali več takih oseb javnega prava“. V skladu s členom 2(1)(4) „osebe javnega prava“ pomenijo „osebe, ki imajo vse te značilnosti: (a) ustanovljene so s posebnim namenom, da *zadovoljujejo potrebe splošnega interesa, ki niso industrijske ali poslovne narave*; (b) so *pravne osebe* in (c) jih *večinoma financirajo državni*, regionalni ali lokalni *organi* ali druge osebe javnega prava ali *so pod upravljavskim nadzorom teh organov ali oseb* ali imajo *upravni, vodstveni ali nadzorni organ*, v katerega več kot polovico članov imenujejo državni, regionalni ali lokalni organi ali druge osebe javnega prava“. [130]

95. Ti kumulativni pogoji [131] se ne nanašajo le na *pravni status* (pravno osebnost) subjekta in njegovo *organsko povezavo* z državo (prek financiranja ali nadzora), temveč tudi na *javno poslanstvo* (zadovoljevanje potreb splošnega interesa, ki niso industrijske ali komercialne narave).

96. Na prvi pogled se morda zdi, da je navedena opredelitev ožja od klasičnega merila iz sodbe Foster. Vendar jo Sodišče v praksi razlaga široko, prožno in ob upoštevanju posebnih okoliščin posameznega primera.

97. Tako je Sodišče v sodbi University of Cambridge menilo, da „čeprav lahko način financiranja konkretnega subjekta pokaže njegovo tesno odvisnost od drugega naročnika, je očitno, da navedeno merilo ni absolutno. Vsa plačila, ki jih opravi naročnik, ne ustvarijo ali okrepijo posebnega razmerja podrejenosti ali odvisnosti. Kot javno financiranje se lahko opredelijo samo plačila, s katerimi se financirajo ali podpirajo dejavnosti zadevnega subjekta brez posebne protivrednosti“. [132] Nato je navedlo, da izraz „‚ga […] financira [eden ali več naročnikov]‘ iz člena 1(b), drugi pododstavek, tretja alinea, direktiv 92/50, 93/36 in 93/37, pravilno razložen, vključuje plačila ali subvencije, ki jih plača eden ali več naročnikov za podporo raziskovalnega dela, in štipendije, ki jih univerzam plačajo lokalni izobraževalni organi v zvezi s šolnino za imenovane študente. Plačila, ki jih opravi eden ali več naročnikov bodisi v okviru pogodbe za storitve, ki vključujejo raziskovalno delo, bodisi kot plačilo za druge storitve, kot so svetovanje ali organizacija konferenc, pa nasprotno ne pomenijo javnega financiranja v smislu navedenih direktiv“. [133]

98. Sodišče je v sodbi Mannesmann Anlagenbau ugotovilo, da je treba subjekt, kot je urad Österreichische Staatsdruckerei, katerega dejavnosti so zajemale rotacijsko tiskanje tipa „heatset“ in ki je bil ustanovljen z zakonom ter je opravljal dejavnosti, ki so bile splošnega interesa, vendar tudi komercialne narave, šteti za subjekt javnega prava in torej za naročnika: posledično je treba vse pogodbe za naročilo gradenj, ne glede na njihovo naravo, ki jih je sklenil navedeni subjekt, šteti za javna naročila za izvedbo gradbenih del. [134] Sodišče je v bistvu ugotovilo, da od trenutka, ko neki subjekt opravi del svojih nalog v javnem interesu, spada na področje uporabe direktiv o javnem naročanju za vse svoje razpise.

99. Sodišče je v sodbi Adolf Truley poudarilo, da je treba pojem „potrebe splošnega interesa“ v vsej Evropski uniji razlagati avtonomno in enotno, in sicer glede na okvir in namen zadevne direktive. [135] Sodišče je svoje stališče nadalje razvilo v sodbi Komisija/Španija, v kateri je navedlo, da „je treba pri opredelitvi, ali obstaja potreba splošnega interesa, ki ni industrijske ali poslovne narave, upoštevati

130 Moj poudarek.

131 Sodišče je kumulativno naravo zadevnih treh pogojev potrdilo v sodbi z dne 15. januarja 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria in drugi (C-44/96, EU:C:1998:4, točka 21). Glej tudi sodbo z dne 16. oktobra 2003, Komisija/Španija (C-283/00, EU:C:2003:544, točka 69).

132 Sodba z dne 3. oktobra 2000, University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529, točka 21).

133 Sodba z dne 3. oktobra 2000, University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529, točka 26). Sodišče je nadalje navedlo, da je treba odločitev, ali je subjekt, kot je University of Cambridge, „naročnik“, sprejeti vsako leto in da je treba proračunsko leto, v katerem se je začel postopek javnega naročila, šteti za najprimernejše obdobje za opredelitev načina, kako se je navedeni organ financiral (točki 40 in 41).

134 Sodba z dne 15. januarja 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria in drugi (C-44/96, EU:C:1998:4, točka 35).

135 Sodba z dne 27. februarja 2003, Adolf Truley (C-373/00, EU:C:2003:110, točke od 33 do 40).

zadevne pravne in dejanske okoliščine, kot so tiste, ki so bile podane ob ustanovitvi zadevnega subjekta, ter pogoje, pod katerimi ta opravlja svojo dejavnost, med drugim vključno s pomanjkanjem konkurence na trgu, dejstvom, da njegov glavni namen ni dobičkonosnost, dejstvom, da ne nosi tveganj, povezanih z dejavnostjo, in kakršnim koli javnim financiranjem zadevne dejavnosti“. [136]

100. Na splošno so potrebe splošnega interesa, ključne za opredelitev, ali ima neki subjekt javno poslanstvo, „prvič, tiste, ki se zadovoljujejo drugače kot s ponudbo blaga ali storitev na trgu, in drugič, tiste, ki jih država zaradi razlogov splošnega interesa raje zagotavlja sama oziroma nad katerimi želi ohraniti odločilni vpliv“. [137]

101. Naj se za trenutek ustavim, da pod navedenim potegnem črto in postavim nekaj vprašanj: ali je treba vse subjekte ali podjetja, ki jim je zaupano javno poslanstvo, ki ustreza prvemu pogoju iz sobe Altmark, oziroma ki so pooblaščeni za opravljanje storitev splošnega gospodarskega pomena, šteti za pojavne oblike države? Če je odgovor na katero koli trditev pritrdilen (in domnevno ne glede na to, ali je to zadostna ali zgolj neizogibna zahteva za uvrstitev v zadevno opredelitev), ali bi moral biti dodaten pogoj, da se navedeno javno poslanstvo jasno opredeli kot tako z upoštevnim zakonodajnim ali regulatornim okvirom? Taka dodatna zahteva bi lahko koristno pripomogla k izboljšanju pravne varnosti, in sicer za zadevni subjekt ali podjetje ter za posameznika, ki se želi sklicevati na načelo vertikalnega neposrednega učinka direktiv. Ko je poleg tega neki subjekt pojavna oblika države v zvezi z nekaterimi dejavnostmi, ki jih opravlja, ali ga je treba šteti za pojavno obliko države za vse njegove dejavnosti ali bi se s tem „mreža razpredla preširoko“?

102. Na tej točki si lahko za ponazoritev praktičnih težav, ki nastanejo pri uporabi merila iz sodbe Foster v njegovi sedanji obliki, pomagamo z dvema primeroma.

103. V prvem primeru je X družba, ki zagotavlja storitve varovanja. Ima dve pogodbi. Prva je sklenjena z veliko zasebno odvetniško družbo, ki želi zagotoviti, da je v njenih prostorih ustrezno poskrbljeno za varnost. Druga je sklenjena s centralno vlado, ki je nekatere naloge varovanja v srednje varovanem zaporu oddala v zunanje izvajanje. Objektivno gledano so dejanske storitve, opravljene v obeh okvirih, tako rekoč enake. Prva pogodba je navadna pogodba zasebnega prava, sklenjena med dvema zasebnima subjektoma. V skladu z drugo pogodbo mora družba X opravljati javno poslanstvo, ki ji ga je dodelila država. Družba X na podlagi pooblastila izvršuje oblast države in ima dejansko posebne pristojnosti (zlasti pristojnost pridržanja).

104. V mojem drugem primeru je Y družba, ki zagotavlja trajektne storitve. Deluje na dveh linijah. Prva je priljubljena linija s številnimi potencialnimi strankami, tovornimi in potniškimi. Na navedeni liniji z družbo Y tekmujeta dve drugi družbi, vendar so še zmeraj na voljo možnosti za zaslužek in družba Y lahko – odvisno od povpraševanja – izbere, s kakšno intenzivnostjo bo zagotavljala trajektne storitve. Zadevna linija je dobra poslovna priložnost. Druga linija poteka med celino in majhnim oddaljenim otokom. Za otok je trajektna storitev življenjsko pomembna povezava z zunanjim svetom. Včasih se je zagotavljala pod neposrednim nadzorom lokalne uprave, vendar je ta zdaj objavila javni razpis za sklenitev pogodbe z izbranim (edinim) ponudnikom storitve. Navedena linija je vse prej kot dobra poslovna priložnost. Naročnik je določil, da se mora trajektna storitev opravljati vse leto, v vseh vremenskih razmerah in ne glede na število potnikov ali količino tovora na krovu zadevnega plovila na posamezni vožnji čez morje. Družba Y odda ponudbo in pridobi naročilo. Ko družba Y deluje na prvi liniji, je navaden gospodarski subjekt. Ko deluje na drugi liniji, opravlja javno poslanstvo. Očitno je, da trajektne storitve do otoka spadajo v kategorijo storitev splošnega gospodarskega pomena. Glede na

136 Sodba z dne 16. oktobra 2003, Komisija/Španija (C-283/00, EU:C:2003:544, točka 81).

137 Sodba z dne 10. maja 2001, Agorà in Excelsior (C-223/99 in C-260/99, EU:C:2001:259, točka 37).

pogoje, ki jih je določila lokalna uprava, zadevna pogodba z izključno poslovnega vidika v resnici ni zelo privlačna. Čeprav je družba Y morda hotela pridobiti neke vrste prednostno obravnavo ali izključnost ali posebne pristojnosti, taki elementi niso bistveni za opravljanje storitve splošnega gospodarskega pomena in morda niso bili dodeljeni.

105. Iz teh dveh primerov se zdi, da je lahko isti subjekt – odvisno od natančnih okoliščin – pojavna oblika države v zvezi z nekaterimi svojimi dejavnostmi, v zvezi z drugimi pa ne. Poudariti je treba, da navedeno razlikovanje *ne* temelji na *vlogi*, v kateri subjekt nastopa. Iz sodb Marshall in Foster je jasno razvidno, da to ni pomembno; dejansko obe družbi X in Y nastopata v enaki vlogi v obeh položajih, predstavljenih v vsakem od zgornjih dveh primerov. Prej se mi zdi, da je v vsakem primeru ključna razlika ta, da zadevni subjekt v enem položaju deluje izključno poslovno, medtem ko v drugem opravlja javno poslanstvo. Iz zadevnih dveh primerov je tudi razvidno, da ima družba X pri opravljanju javnega poslanstva „posebne pristojnosti“, medtem ko jih družba Y nima.

106. Ob upoštevanju navedenega se zdaj vračam k drugemu vprašanju predložitvenega sodišča.

107. Prvič, zdi se mi, da je temeljno načelo jasno razvidno iz ustaljene sodne prakse. To je, da se lahko posameznik proti državi sklicuje na natančne in brezpogojne določbe direktive, in sicer ne glede na vlogo, v kateri država nastopa, saj „ji je treba preprečiti, da bi imela država koristi od kršitve prava [Unije]“. [138]

108. Drugič, opozarjam (kar je morda že znano), da ima prenos pravic na posameznike pogosto svojo ceno. Naj navedem le en primer: podelitev zaščitenih pravic na področju zaposlitve zahteva, da delodajalec obdrži zadevnega delavca ali izplača odškodnino zaradi kršitve pogodbe o zaposlitvi.

109. Tretjič, pojem pojavna oblika države za namene vertikalnega neposrednega učinka mora biti avtonomen pojem prava Unije. Navedeni pojem neposredno določa, kdo se lahko in kdo se ne sme sklicevati na pravice z neposrednim učinkom, podeljene z direktivo, ki je država članica ni pravočasno ustrezno izvedla. Temeljna zahteva, da je treba pravo Unije enotno uporabljati v vsej Uniji, [139] onemogoča sprejetje opredelitve, katere obseg se lahko razlikuje glede na različne opredelitve iz različnih nacionalnih pravnih sistemov, v zvezi s tem, kaj je „javna storitev“ ali kaj so „posebne pristojnosti“ oziroma kaj se v skladu z nacionalnim ustavnim pravom šteje za „državo“.

110. Četrtič, prav zaradi take raznolikosti nacionalne terminologije in opredelitev, mora biti opredelitev pojavne oblike države v pravu Unije nujno oblikovana abstraktno.

111. Petič, od takrat, ko je Sodišče leta 1990 izdalo sodbo v zadevi Foster, se je veliko spremenilo. Številne države članice so močno povečale število nalog, ki jih več ne opravljajo „interno“. Vse bolj raznolika je tudi narava subjektov, ki jim zaupajo te naloge. Čeprav se proces privatizacije državnega premoženja in z njim nalog, ki so bile prej zaupane državi (kot v sodbi Marshall), nikakor še ni končal, je zdaj te naloge mogoče prenesti tudi na „javno-zasebna partnerstva“, in sicer z „oddajanjem javnih storitev v izvajanje zunanjim izvajalcem“ ali s podelitvijo koncesije.

138 Glej med drugim sodbe z dne 15. februarja 1986, Marshall (152/84, EU:C:1986:84, točka 49), z dne 12. julija 1990, Foster (C-188/89, EU:C:1990:313, točka 17), in z dne 14. septembra 2000, Collino in Chiappero (C-343/98, EU:C:2000:441, točka 23). Generalni pravobranilec N. Wahl je v sklepnih predlogih z dne 18. septembra 2013 v zadevi Portgás (C-425/12, EU:C:2013:623) v točki 30 menil (ob navajanju sodbe Marshall, točka 47), da „[…] neposredni učinek direktiv navsezadnje temelji na dveh dopolnjujočih se ciljih: potrebi po učinkovitem zagotavljanju varstva pravic posameznikov na podlagi teh aktov in želji po sankcioniranju nacionalnih organov, ki ne spoštujejo zavezujoče narave direktiv in ne zagotovijo njihovega učinkovitega izvajanja“. S prvim delom navedenega stališča se popolnoma strinjam. Vendar ker je ne le iz poznejših odločb, temveč tudi iz same sodbe Marshall jasno razvidno, da bodo subjekti, ki niso imeli čisto nič opraviti s tem, da država ni prenesla direktive (in na to niso mogli vplivati), vseeno morali spoštovati določbe z neposrednim učinkom iz navedene direktive na podlagi doktrine o vertikalnem neposrednem učinku, če se štejejo za pojavno obliko države, se bojim, da njegovega drugega dela ne morem v celoti potrditi.

139 Glej med drugim sodbe z dne 21. maja 1985, Schul Douane-Expediteur (47/84, EU:C:1985:216, točka 17), z dne 3. julija 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, točka 40), z dne 9. novembra 2016, Wathelet (C-149/15, EU:C:2016:840, točka 29), in z dne 2. marca 2017, J. D. (C-4/16, EU:C:2017:153, točka 24).

112. Na začetku pojasnimo, kaj *ni* pomembno za navedeno opredelitev.

113. Najprej, iz same sodbe Foster in poznejše sodne prakse (zlasti sodb Rieser Internationale Transporte in Sozialhilfeverband Rohrbach) je jasno razvidno, da pravna oblika tožene stranke ni pomembna. [140]

114. Dalje, jasno je tudi, da ni nujno, da je „država“ v položaju, v katerem lahko dnevno nadzira ali usmerja delovanje navedenega organa. [141] V tem pogledu se mi zdi, da je sklicevanje na subjekt, ki je „pod nadzorom države“, iz prejšnjega merila zdaj izpodrinjeno.

115. Prav tako je jasno, da se – če *je* država lastnica zadevnega subjekta oziroma ga nadzira – navedeni subjekt šteje za pojavno obliko države. [142] To se mi zdi popolnoma legitimno: država mora zato plačati za spoštovanje pravic, podeljenih z direktivo, ki bi jo bila morala prenesti v nacionalno pravo.

116. Podobno, kateri koli del „državnega aparata“ – občinski, regionalni ali lokalni organi in podobni subjekti – je skoraj samoumevno pojavna oblika države. Organsko gledano je te dejansko mogoče šteti le za del države – zato jih je treba brez nadaljnje preučitve obravnavati kot take. [143]

117. Menim, da tudi sklicevanje na „pod pristojnostjo države“ v prejšnjem merilu na tej stopnji zahteva dodatno pojasnitev. Iz sodne prakse po sodbi Foster se mi zdi jasno razvidno, da je treba navedeno frazo razumeti v tem smislu, da je država ustvarila okoliščine in ureditev, v okviru katerih lahko navedeni subjekt deluje.

118. Nazadnje, vprašanje financiranja ni pomembno. Ni treba, da subjekt financira država, da bi ga bilo mogoče šteti za njeno pojavno obliko. [144]

119. S preostalima temeljnima elementoma svežnja, ki skupaj sestavljajo merilo za opredelitev, ali je dani subjekt pojavna oblika države za namene vertikalnega neposrednega učinka direktiv, se navedeno vprašanje obravnava s funkcionalnega vidika („Ali zadevni subjekt opravlja naloge, ki so v nekem smislu ‚državne‘?“). [145] Zdi se mi – vsaj kar zadeva merila iz sodbe Foster in poznejše sodne prakse – da sta ta elementa: (i) ali je država zadevni subjekt pooblastila za opravljanje javnega poslanstva, ki bi ga sicer morala neposredno izpolnjevati sama, in (ii) ali je država navedenemu subjektu podelila neko obliko dodatnih pristojnosti, da bo lahko učinkovito izpolnjeval svoje poslanstvo (to je le drugače ubesedena besedna zveza „posebne pristojnosti, ki presegajo pristojnosti na podlagi običajnih pravil, ki se uporabljajo v razmerjih med posamezniki“). Prvi zajema številne različne oblike javnega poslanstva, od vodenja bolnišnic in izobraževalnih ustanov do vzdrževanja zaporov in zagotavljanja bistvenih storitev v oddaljenih delih nacionalnega ozemlja. Drugi je pogosto naravna logična posledica tega, da se javno poslanstvo zaupa takemu organu.

120. Zato predlagam, naj Sodišče v odgovoru na drugo vprašanje navede, da mora nacionalno sodišče pri opredelitvi, ali je konkretna tožena stranka pojavna oblika države za namene vertikalnega neposrednega učinka direktiv, upoštevati ta merila:

1. pravna oblika zadevnega subjekta ni pomembna;

140 Glej zlasti točke 35, 49 in 62 zgoraj.

141 Glej točko 65 zgoraj.

142 Glej točko 68 zgoraj.

143 Iz sodne prakse pred sodbo Foster, navedene v točki 19 zadevne sodbe, je že razvidno, da je treba nekatere subjekte, ki so bili strukturno del države, obravnavati kot samo državo: in sicer davčne organe (sodbi z dne 19. januarja 1982, Becker (8/81, EU:C:1982:7), in z dne 22. februarja 1990, Busseni (C-221/88, EU:C:1990:84)) in lokalne ali regionalne organe (sodba z dne 22. junija 1989, Costanzo (103/88, EU:C:1989:256)).

144 Glej točki 61 in 62 zgoraj.

145 Sodišče je v točki 19 sodbe Foster opredelilo dva subjekta, ki sta bila funkcionalno pojavni obliki države: ustavno neodvisni organi, pristojni za vzdrževanje javnega reda in varnosti (sodba z dne 15. maja 1986, Johnston (222/84, EU:C:1986:206)) in javni organi, ki zagotavljajo storitve javnega zdravstva (sodba z dne 26. februarja 1986, Marshall (152/84, EU:C:1986:84)).

2. ni nujno, da je država v položaju, v katerem lahko dnevno nadzira ali usmerja delovanje navedenega subjekta;

3. če je država lastnica zadevnega subjekta oziroma ga nadzira, je treba šteti, da je navedeni subjekt pojavna oblika države, pri čemer ni treba obravnavati, ali so druga merila izpolnjena;

4. občinski, regionalni ali lokalni organi ali enakovredni subjekti se samodejno štejejo za pojavno obliko države;

5. ni nujno, da zadevni subjekt financira država;

6. če je država zadevni subjekt pooblastila za izvajanje javne storitve, ki bi jo sicer morala neposredno izvajati sama, in je navedenemu subjektu podelila neko obliko dodatnih pristojnosti, da bi lahko učinkovito izpolnjeval svoje poslanstvo, je treba zadevni subjekt vsekakor šteti za pojavno obliko države.

Nacionalno sodišče mora pri izvajanju analize upoštevati temeljno načelo, da se lahko posameznik zoper državo sklicuje na natančne in brezpogojne določbe direktive, in sicer ne glede na vlogo, v kateri država nastopa, saj ji je treba preprečiti, da bi država imela koristi od kršitve prava Unije.

121. Vprašanje, ali *mora* država v primeru, ko izvajanje javne storitve zaupa subjektu, kot je opisano v točki 120(6) zgoraj, temu subjektu hkrati dati tudi „posebne pristojnosti“, bom obravnavala v odgovoru na tretje vprašanje v nadaljevanju.

### *Tretje vprašanje*

122. Predložitveno sodišče s tretjim vprašanjem sprašuje, ali dejstvo, da je država članica na subjekt (kot je MIBI) prenesla široko odgovornost zaradi domnevnega namena izpolnitve obveznosti v skladu s pravom Unije, zadošča, da se navedeni subjekt šteje za pojavno obliko države za namene vertikalnega neposrednega učinka. Podredno, ali je treba takemu subjektu dodeliti (a) posebne pristojnosti in ali (b) mora ta delovati pod neposredno kontrolo ali nadzorom države članice, preden se lahko posameznik zoper navedeni subjekt sklicuje na določbo z neposrednim učinkom iz direktive?

123. Uvodoma ugotavljam, da so direktive zelo raznolike. Z nekaterimi – kot so različne direktive o zaposlitvi – se na splošno ustvarjajo pravice in nalagajo obveznosti za vse delavce in vse delodajalce, v zvezi s katerimi veljajo samo posebne omejene izjeme.[146] V drugih so opredeljeni parametri, v okviru katerih je treba uveljavljati nekatere pravice, ki jih daje pravni red Unije,[147] ali to, kako je treba regulirati nekatere gospodarske sektorje.[148] Spet druge od držav članic zahtevajo, naj posebnemu subjektu naložijo nekatere naloge, ki jih je treba opravljati na podlagi obveznosti in pravic, ustvarjenih oziroma podeljenih z zadevno direktivo.

146 Glej na primer Direktivo 2002/73/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. septembra 2002 o spremembi Direktive Sveta 76/207/EGS o izvrševanju načela enakega obravnavanja moških in žensk v zvezi z dostopom do zaposlitve, poklicnega usposabljanja in napredovanja ter delovnih pogojev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 4, str. 255).

147 Glej na primer Direktivo o poklicnih kvalifikacijah (Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2005/36/ES z dne 7. septembra 2005 o priznavanju poklicnih kvalifikacij (UL 2005, L 255, str. 22)), kakor je bila nedavno spremenjena z Direktivo 2013/55/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. novembra 2013 o spremembi Direktive 2005/36 in Uredbe (EU) št. 1024/2012 o upravnem sodelovanju prek informacijskega sistema za notranji trg (uredba IMI) (UL 2013, L 354, str. 13). Splošne informacije o delovanju navedenega sistema vzajemnega priznavanja so na voljo na http://ec.europa.eu/growth/single-market/services/free-movement-professionals_sl.

148 Glej na primer Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta 2002/21/ES z dne 7. marca 2002 o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 13, zvezek 29, str. 349), kakor je bila spremenjena z Uredbo (ES) št. 544/2009 in Direktivo 2009/140/ES.

124. V tem primeru gre za to. Jasno je, da obveznost zagotovitve, da so vozniki zavarovani za nevarnost, ki je bila vzrok nesreče E. Farrell, izhaja neposredno iz prava Unije, in sicer člena 1 Tretje direktive o zavarovanju avtomobilske odgovornosti. Države članice so morale prej v skladu s prvim pododstavkom člena 1(4) Druge direktive o zavarovanju avtomobilske odgovornosti vzpostaviti neki mehanizem za obravnavo možnosti, da voznik, ki nima zavarovanja za nevarnost, za katero bi moral imeti sklenjeno zavarovanje, povzroči nesrečo. Irska bi morala v skladu s tema obveznostma, obravnavanima skupaj, zagotoviti, da bo krita odgovornost voznika do potnika v položaju E. Farrell, in sicer da jo bodisi krije zavarovalnica navedenega voznika bodisi (če je voznik neznan ali nezavarovan) organ, ki ga Irska zadolži za poravnavo takih odškodninskih zahtevkov.

125. Irska bi kot država članica lahko izbirala med različnimi možnimi načini za izvajanje zadnjenavedene obveznosti. Tako bi lahko določila, da je neki vladni organ (kot je ministrstvo za promet) kot tak odgovoren za poravnavo odškodninskih zahtevkov, ki vključujejo oškodovance nezavarovanih voznikov. Lahko bi ustanovila nov ločen subjekt javnega prava in nanj prenesla navedeno odgovornost. Ali pa bi naredila tisto, kar je na koncu dejansko naredila: opredelila obstoječi subjekt zasebnega prava z ustreznimi podobnimi odgovornostmi in nanj prenesla dodatne nove odgovornosti, ki izhajajo iz člena 1 Tretje direktive o zavarovanju avtomobilske odgovornosti.

126. Drugič, to je – kot pravilno opozarja Komisija – nenavaden primer, saj *raison d'être* organa MIBI vključuje natanko obravnavo odškodninskih zahtevkov, ki jih vložijo oškodovanci nezavarovanih voznikov. V *navedenem posebnem okviru* se postavlja vprašanje, ali je odgovoren *tudi* za poravnavo tega konkretnega odškodninskega zahtevka, ne glede na to, da Irska v času dejanskega stanja ni ustrezno prenesla vseh obveznosti po pravu Unije v nacionalno pravo in (še) ni dodelila odgovornosti za izpolnjevanje navedene te konkretne obveznosti organu MIBI. V zvezi s tem se obravnavana zadeva razlikuje od položajev, kakršen je bil tisti, ki je sprožil sodbo v zadevi Marshall [149], v kateri je bila tožena stranka – *iz drugih razlogov in v popolnoma drugačnem okviru* – spoznana za pojavno obliko države in je bila zato odgovorna za uresničevanje delovnopravnih pravic z neposrednim učinkom, ki jih je M. H. Marshall imela na podlagi člena 5(1) Direktive 76/207. V tej zadevi je pravica z neposrednim učinkom, ki jo želi uveljavljati E. Farrell (odškodnina za poškodbe, ki jih je utrpela kot potnica v motornem vozilu) na podlagi člena 1 Tretje direktive o zavarovanju avtomobilske odgovornosti, prav *vrsta* pravice, za katero je Irska na organ MIBI že prenesla subsidiarno odgovornost, ko je voznik neznan ali nezavarovan.

127. Ob tem je ravno tretje vprašanje na splošno pomembno za uporabo prava Unije v vsej Evropski uniji. Zato bi veliki senat pozvala, naj nanj ne odgovori ozko (npr. s sklicevanjem na dejstvo, da morajo biti vse avtomobilske zavarovalnice na Irskem članice organa MIBI, kar bi bilo mogoče šteti za različico posebnih pristojnosti [150]), temveč naj namesto tega obravnava (pomemben) načelni pomislek, ki ga je izpostavilo predložitveno sodišče.

128. Kot sem navedla v odgovoru na drugo vprašanje, je za to, da se zadevni subjekt šteje za pojavno obliko države, dovolj, da so bile podeljene posebne pristojnosti oziroma da država izvaja neposredno kontrolo ali nadzor. Predložitveno sodišče s tretjim vprašanjem sprašuje, ali je kateri od teh elementov nujni del temeljne enačbe. Podredno, ali zadostuje, da je bila obveznost opravljanja nalog, ki bi jih sicer morala opravljati sama država članica, zaupana zadevnemu subjektu?

129. V tem okviru postane pojem „posebne pristojnosti" še zlasti pomemben. Da bi razumeli funkcijo, ki jo ima navedeni pojem, se je smiselno vrniti k sodbi Foster.

149 Sodba z dne 26. februarja 1986 (152/84, EU:C:1986:84).

150 Obstaja tudi (nekoliko nenavadna) ureditev, v skladu s katero se lahko organ MIBI pogaja z oškodovanci in vodi pravdni postopek, *tudi če* nima posebne pogodbe ali mandata, ki bi ga za to pooblastila. Opozoriti je treba, da dejstvo, da morajo biti vse zavarovalnice za avtomobilsko zavarovanje članice organa MIBI, zagotavlja enake pogoje delovanja v smislu konkurenčnega prava in pomeni, da organ MIBI dolgoročno ne bi imel izgube, če bi moral poravnati dodatne zahtevke, za katere ni predvidel, da jih bo moral poravnati. Samo prilagodil bi prispevke, ki jih zahteva od svojih članic, njegove članice pa bi podobno prilagodile dodatni znesek, ki ga zaračunajo za individualne zavarovalne pogodbe, ki jih sklepajo, za pokritje svojega prispevka organu MIBI.

130. Kot sem ugotovila v točki 52 zgoraj, namen Sodišča ni bil določiti izčrpno in stalno merilo. Nasprotno, oblikovalo je formulacijo na podlagi obstoječe sodne prakse.

131. Sodišče je tako v točki 18 sodbe Foster navedlo, da je v več zadevah menilo, da vertikalni neposredni učinek lahko nastane, če so organizacije ali subjekti „pod pristojnostjo *ali* nadzorom države *oziroma* imajo posebne […] pristojnosti“.[151] V točki 19 je navedlo štiri zadeve. Tri od teh zadev so vključevale subjekte (davčne organe, lokalne ali regionalne organe in javno bolnišnico), ki so bili pod pristojnostjo ali nadzorom države, zato so iz navedenih razlogov izpolnjevali zadevno merilo. Čeprav sta morda prva dva izpolnjevala tudi merilo na podlagi pristojnosti, ki sta jih samoumevno imela, tega ni mogoče trditi za javno bolnišnico. Četrta zadeva (Johnston) se je nanašala na ustavno neodvisen organ, pristojen za vzdrževanje javnega reda in varnosti. Dejansko so mu bile v ta namen podeljene posebne pristojnosti.

132. Zdi se mi, da je Sodišče s tem, ko se je sklicevalo na sodbo Johnston, izbralo zadevo, ki je izpolnjevala merilo, ki ga je ravnokar opredelilo, in sicer ne (kot v drugih treh primerih) na podlagi tega, da je bil zadevni subjekt „pod pristojnostjo ali nadzorom države“, temveč na podlagi tega, da je imel „posebne pristojnosti“. S tem je Sodišče poudarilo, kaj je bil bistveni element navedene konkretne zadeve.

133. V tem okviru je zanimivo, da se izraz „posebne pristojnosti“ v sodbi Johnston dejansko ne uporablja. Namesto tega se je Sodišče v njej sklicevalo na „javni organ, ki mu država naloži nalogo vzdrževanja javnega reda in varnosti“.[152] Dodalo je, da tak subjekt „[n]e more izkoristiti dejstva, da država, iz katere izhaja [katere pojavna oblika je], krši pravo [Unije]“.

134. Na tej stopnji je treba omeniti več dodatnih točk.

135. Prvič, v sodbi Foster (ali v poznejši sodni praksi) ni opredeljeno, kaj dejansko pomeni izraz „posebne pristojnosti“. Navedeno je le, da take pristojnosti „presegajo pristojnosti na podlagi običajnih pravil, ki se uporabljajo v razmerjih med posamezniki“. Ker je treba merilo iz sodbe Foster po vsej Evropski uniji uporabljati enotno, mora zadevni izraz – če naj se ohrani kot del merila – imeti avtonomen pomen v pravu Unije. Vendar 20 let po sodbi Foster izraz, izposojen iz enega nacionalnega pravnega sistema[153], še vedno nima jasnega avtonomnega pomena v pravu Unije.

136. Drugič, iz moje analize sodne prakse po sodbi Foster[154] je razvidno, da ni bilo doslednega preverjanja in opredeljevanja posebnih pristojnosti, ki bi bile podane v konkretnem primeru. Subjekta, pristojna za gradnjo avtocest ali zagotavljanje storitev oskrbe z energijo,[155] izključni koncesionar za telekomunikacijske storitve za javno uporabo,[156] zasebna družba, ki je upravljala nacionalno avtocestno mrežo,[157] organizaciji za socialno pomoč,[158] javna bolnišnica,[159] regionalni urad, pristojen za socialno varnost,[160] in poštna služba države članice[161] – vsi ti subjekti so imeli javno poslanstvo. Iz dejanskega

151 Sodba z dne 12. julija 1990 (C-188/89, EU:C:1990:313) (moj poudarek).

152 Sodba z dne 15. maja 1986 (222/84, EU:C:1986:206, točka 56).

153 Glej točko 54 zgoraj.

154 Glej točko 58 zgoraj in naslednje.

155 Glej sodbo z dne 4. decembra 1997, Kampelmann in drugi (od C-253/96 do C-258/96, EU:C:1997:585), in točko 58 zgoraj.

156 Glej sodbo z dne 14. septembra 2000, Collino in Chiappero (C-343/98, EU:C:2000:441), ter točki 59 in 60 zgoraj.

157 Glej sodbo z dne 5. februarja 2004, Rieser Internationale Transporte (C-157/02, EU:C:2004:76), in točke od 61 do 63 zgoraj. V točki 12 sodbe je navedeno, da je bila družba Asfinag na podlagi sporazuma, sklenjenega med njo in avstrijsko državo (različno opisan kot „dovoljenje“ in „pogodba“), pooblaščena, da „v svojem imenu in za svoj račun zaračunava cestnine in pristojbine za uporabnike, da bi si pokrila stroške“. Poznejša analiza Sodišča je bila osredotočena na nadzor države (točka 25) in dejstvo, da družba Asfinag „ni upravičena, da po lastni pristojnosti določi znesek cestnin, ki se zaračunajo. Navedeni znesek je zakonsko določen“ (točka 26). Sodišče je takoj ugotovilo, da je družba Asfinag pojavna oblika države članice, *ne da bi* opredelilo, katere posebne pristojnosti ima (točka 27).

158 Glej sklep z dne 26. maja 2005, Sozialhilfeverband Rohrbach (C-297/03, EU:C:2005:315), in točko 64 zgoraj.

159 Glej sodbo z dne 7. septembra 2006, Vassallo (C-180/04, EU:C:2006:518), in točko 65 zgoraj.

160 Glej sodbo z dne 24. januarja 2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33), in točko 67 zgoraj.

161 Glej sodbo z dne 12. decembra 2013, Carratú (C-361/12, EU:C:2013:830), in točko 68 zgoraj.

stanja, kot je bilo navedeno v sodbah, je precej manj jasno, ali so nujno imeli tudi posebne pristojnosti. Sodišče je v sodbi Portgás [162] izrecno navedlo, da uživanje posebnih in izključnih pravic v skladu s koncesijsko pogodbo *ne* pomeni nujno, da ima zadevni subjekt tudi posebne pristojnosti, ter navedeno posebno vprašanje predalo nacionalnemu sodišču v nadaljnjo preučitev. [163]

137. Tretjič, čeprav so za opravljanje javnega poslanstva pogosto potrebne nekatere dodatne pristojnosti, ni očitno, da bodo te vedno potrebne. Obstoj takih pristojnosti je morda najbolj razviden v okviru storitev splošnega gospodarskega pomena. V številnih gospodarskih sektorjih (kot so na primer sektorji telekomunikacij, vode, plina in elektrike) lahko država danes podeli posebne ali izključne pravice. [164]

138. Ugotavljam, da zahteva, da mora zadevni subjekt imeti tudi „posebne pristojnosti“, da se lahko šteje za pojavno obliko države, ni nujna in je zato neupravičena.

139. Vendar pa mora biti jasno, da ni vsaka oseba ali subjekt, ki opravlja dejavnosti v javnem interesu, pojavna oblika države. V zvezi s tem bi navedla naslednje.

140. Prvič, obstajati mora „subjekt“, s čimer imam v mislih pravno osebo. Fizična oseba ne more biti pojavna oblika države.

141. Drugič, kadar subjekt opravlja različne funkcije, od katerih so nekatere poslanstvo, ki mu ga je zaupala država, druge pa to niso, je lahko zadevni subjekt pojavna oblika države le v zvezi s prvo kategorijo dejavnosti. Tukaj se pristop, ki ga zagovarjam, zato razlikuje od pristopa, ki ga je zavzelo Sodišče v zadevah v zvezi z javnimi naročili. [165] Medtem ko mora subjekt, ki je „javni naročnik“ v smislu pravil javnega naročanja, zato vedno spremljati in ravnati v skladu z zadevnim posebnim področjem prava Unije, [166] se lahko neka fizična oseba zoper subjekt, ki je pojavna oblika države za namene vertikalnega neposrednega učinka direktiv, sklicuje na potencialno precej širši in manj jasno opredeljen obseg prava Unije. Zato se ne zdi primerno, da se v zvezi s tem sprejme pristop „enkrat zasačen, vedno zasačen“.

142. Tretjič, tako zaupano poslanstvo mora biti temeljna dejavnost zadevnega subjekta ali, če je ustrezno, del zadevnega subjekta.

143. Četrtič, zadevni subjekt mora opravljati dejavnost, ki se izvaja v javnem interesu. Opravljati mora poslanstvo, ki mu ga je zaupala zadevna država članica in ki bi ga sicer – če ga ne bi opravljal navedeni subjekt – morala opravljati sama.

144. V zvezi s tem pojem „poslanstvo“ zajema dejavnosti, ki se opravljajo za neki drug namen, ki ni izključno poslovni. Povedano drugače, obstajati mora neki element javne storitve. Zagotavljanje nacionalne poštne storitve, ki vključuje obveznost dostave pošte na vsak nacionalni naslov, bi zato spadalo v navedeno kategorijo. Zagotavljanje lokalne dostavne službe z izključnim namenom dobičkonosnosti pa ne bi.

162 Sodba z dne 12. decembra 2013, Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829). Glej tudi točke od 69 do 76 zgoraj.

163 Sodba z dne 12. decembra 2013, Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, točki 30 in 31).

164 Glej točko 112 zgoraj.

165 Glej točko 98 zgoraj.

166 Glej v zvezi s tem sodbo z dne 3. oktobra 2000, University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529, točka 40).

145. Naj dodam, da se opredelitev poslanstva, ki se opravlja v javnem interesu, med državami članicami lahko razlikuje.[167] Tako lahko na primer ena država članica šteje, da je njena dolžnost zagotoviti, da so vsi njeni državljani priključeni na širokopasovno optično omrežje, medtem ko se druga morda odloči, da je to v celoti odvisno od tržnih sil. V prvem primeru je subjekt, ki mu bo zaupano navedeno poslanstvo, pojavna oblika države. V drugem primeru pa podjetje iz zasebnega sektorja, ki bo zagotavljalo isto storitev, ne bo ta pojavna oblika.

146. Zdi se mi, da je treba javno poslanstvo zaradi pravne varnosti za zadevni subjekt in posameznike, ki želijo zoper njega sprožiti postopek, jasno opredeliti kot tako z ustreznim zakonodajnim ali regulatornim okvirom.

147. Zato Sodišču predlagam, naj na tretje vprašanje odgovori, da se merila, določena v odgovoru na drugo vprašanje, uporabljajo tudi, če je država članica na subjekt prenesla široko odgovornost zaradi domnevnega namena izpolnitve obveznosti v skladu s pravom Unije. Ni nujno, da mora navedeni subjekt imeti posebne pristojnosti, ki presegajo pristojnosti na podlagi običajnih pravil, uporabljenih v razmerjih med posamezniki.

## Pripis

148. Postopek priprave teh sklepnih predlogov in oblikovanja odgovorov na predložena tri vprašanja je neizogibno potekal v luči (zapletenega) vprašanja, ali se je Sodišče v sodbi Faccini Dori[168] pravilno odločilo, da ne bo sprejelo horizontalnega neposrednega učinka[169], in sicer kljub nasprotnemu priporočilu generalnega pravobranilca C. O. Lenza v navedeni zadevi[170] ter razlogovanju dveh drugih generalnih pravobranilcev v prejšnjih zadevah.[171] Moja delovna predpostavka je, da bo Sodišče menilo, da to ni ustrezno mesto za ponovno odprtje navedene razprave.

149. Vendar menim, da je treba ugotoviti, da je Sodišče, ker je *pravna oblika* tožene stranke nepomembna za vprašanje, ali je tožena stranka pojavna oblika države – in sicer od same sodbe Foster – že sprejelo, da je subjekt zasebnega prava lahko zavezan uresničevanju pravic iz direktive z neposrednim učinkom na zahtevo druge fizične osebe. S tem je Sodišče v resnici že samo dopustilo omejeno obliko horizontalnega neposrednega učinka.

150. V bistvu obstajajo trije pristopi, ki jih je mogoče uporabiti (in ki se uporabljajo) za zapolnitev vrzeli, nastale zaradi neobstoja splošnega horizontalnega neposrednega učinka: (i) širok pristop k opredelitvi pojavne oblike države; (ii) načelo „interprétation conforme“ raztegniti do skrajnosti in (iii) – kot izhod v sili – odškodninska odgovornost države. Z vidika zagotavljanja učinkovitega varstva

167 Glej točko 90 zgoraj.

168 Sodba z dne 14. julija 1994 (C-91/92, EU:C:1994:292).

169 Za nekatere od številnih kritičnih študij o tej sodni praksi glej Tridimas, T., *Black, White and Shades of Grey: Horizontality Revisited* (2002), 21 Y.B.E.L., str. 327; Dashwood, A., *From Van Duyn to Mangold via Marshall: reducing Direct Effect to Absurdity* (2006–2007), 9 C.Y.E.L.S., str. 81; Dougan, M., *When worlds collide*! *Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy* (2007), 44 C.M.L.Rev., str. 931; Craig, P., *The Legal Effects of Directives: Policy, Rules and Exceptions* (2009), 34 EL Rev, str. 349; in de Moi, M., *Dominguez: A Deafening Silence* (2012), 8 European Constitutional Law Review, str. 280.

170 Sklepni predlogi z dne 9. februarja 1994 (C-91/92, EU:C:1994:45, točka 47).

171 Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca W. Van Gervena z dne 26. januarja 1993 v zadevi Marshall II (C-271/91, EU:C:1993:30, točka 12) in sklepne predloge generalnega pravobranilca F. G. Jacobsa z dne 27. januarja 1994 v zadevi Vaneetveld (C-316/93, EU:C:1994:32, točka 15 in naslednje). Nedavno je generalna pravobranilka V. Trstenjak ponovno obravnavala ta temeljna vprašanja na različnih mestih v svojih sklepnih predlogih z dne 8. septembra 2011 v zadevi Dominguez (C-282/10, EU:C:2011:559).

pravic posameznikov je sedanji položaj vse prej kot zadovoljiv. Povzroča zapletenost za tožnike in negotovost za tožene stranke. Pridružujem se prejšnjim generalnim pravobranilcem, ki so Sodišče pozvali k ponovni obravnavi in kritični presoji utemeljitev iz sodbe Faccini Dori[172] za zavrnitev horizontalnega neposrednega učinka.[173]

## Predlog

151. Ob upoštevanju navedenega menim, da bi moralo Sodišče na vprašanja, ki mu jih je postavilo Supreme Court of Ireland (vrhovno sodišče Irske), odgovoriti:

1. Merilo iz sodbe Foster in drugi[174] glede tega, kaj je pojavna oblika države za namene vertikalnega neposrednega učinka direktiv, je mogoče najti v točki 18, in ne točki 20, sodbe v navedeni zadevi. V njej oblikovano merilo se ne razlaga niti kumulativno niti alternativno. Vsebuje namreč neizčrpen seznam elementov, ki so lahko upoštevni za tako presojo.

2. Pri opredelitvi, ali je konkretna tožena stranka pojavna oblika države za namene vertikalnega neposrednega učinka direktiv, mora nacionalno sodišče upoštevati ta merila:

   (i) pravna oblika zadevnega subjekta ni pomembna;

   (ii) ni nujno, da je država v položaju, v katerem lahko dnevno nadzira ali usmerja delovanje navedenega subjekta;

   (iii) če je država lastnica zadevnega subjekta oziroma ga nadzira, je treba šteti, da je navedeni organ pojavna oblika države, pri čemer ni treba obravnavati, ali so izpolnjena druga merila;

   (iv) občinski, regionalni ali lokalni organi ali enakovredni subjekti se samodejno štejejo za pojavne oblike države;

   (v) ni nujno, da zadevni subjekt financira država;

   (vi) če je država zadevni subjekt pooblastila za izvajanje javne storitve, ki bi jo sicer morala neposredno izvajati sama, in je navedenemu subjektu podelila neko obliko dodatnih pristojnosti, da bo lahko učinkovito izpolnjeval svoje poslanstvo, je treba zadevni subjekt vsekakor šteti za pojavno obliko države.

   Nacionalno sodišče mora pri izvajanju analize upoštevati temeljno načelo, da se lahko posameznik zoper državo sklicuje na natančne in brezpogojne določbe direktive, in sicer ne glede na vlogo, v kateri država nastopa, saj ji je treba preprečiti, da bi imela koristi od kršitve prava Unije.

3. Merila, določena v odgovoru na drugo vprašanje, se uporabljajo tudi, če je država članica na subjekt prenesla široko odgovornost zaradi domnevnega namena izpolnitve obveznosti v skladu s pravom Unije. Ni nujno, da mora navedeni subjekt imeti posebne pristojnosti, ki presegajo pristojnosti na podlagi običajnih pravil, ki se uporabljajo v razmerjih med posamezniki.

172 Sodba z dne 14. julija 1994 (C-91/92, EU:C:1994:292).

173 V zvezi s tem bi v celoti sprejela ugotovitve generalnega pravobranilca F. G. Jacobsa iz točk 30 in 31 njegovih sklepnih predlogov v zadevi Vaneetveld (C-316/93, EU:C:1994:32), ki so v celoti navedene v opombi 33 zgoraj.

174 Sodba z dne 12. julija 1990 (C-188/89, EU:C:1990:313).