FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT POIARES MADURO
fremsat den 1. oktober 2009[1]

I — Faktiske og retlige omstændigheder

1. En af denne Domstols sværeste, men samtidig grundlæggende opgaver er at kontrollere grænserne for Unionens handlinger. Dette er afgørende for bevarelsen af magtbalancen mellem medlemsstaterne og Unionen. Det er også afgørende for opretholdelsen af den rette magtbalance mellem Unionens egne institutioner. Ydermere er kontrollen med Unionens handlinger vigtig for at sikre en passende politisk ansvarlighed i medlemsstaterne (fordi Unionen påvirker deres interne magtbalancer) og en rimelig fordeling af denne politiske ansvarlighed mellem Unionen og medlemsstaterne (så borgerne ved, hvem der reelt er ansvarlig for hvad). Domstolskontrol er imidlertid ikke den eneste måde, gennem hvilken Unionens og særligt Fællesskabets kompetencer kontrolleres. Beslutningsprocesserne, som skal overholdes ved udøvelsen af Fællesskabets kompetencer, og som kræver deltagelse fra medlemsstater og forskellige fællesskabsinstitutioner, udgør ofte de mest effektive former for kontrol med disse kompetencer. Det kan med rette siges, at Domstolen i en lang periode ikke blev anmodet om at spille en fremtrædende rolle i forbindelse med kontrollen med Fællesskabets kompetencer, netop fordi betydelige begrænsninger af disse kompetencer allerede var indeholdt i dets beslutningsprocesser. Med forøgelsen af Fællesskabets kompetencer og ændringerne i de relevante beslutningsprocesser bliver Domstolen imidlertid i tiltagende grad anmodet om at udfylde denne rolle. Et af de sværeste områder vedrører omfanget af Fællesskabets kompetencer i forbindelse med det indre marked og særligt omfanget af Fællesskabets kompetence til at lovgive med hjemmel i artikel 95 EF. Denne sag er et godt eksempel: Det centrale element er spørgsmålet om, hvorvidt Fællesskabet kan regulere priser i henhold til artikel 95 EF, og i så fald i hvilken udstrækning og under hvilke betingelser. Der er ingen tvivl om, at Fællesskabet i forbindelse med det indre markeds funktion har kompetence til at gribe ind, både for så vidt angår priser, der er fastsat af virksomheder (i henhold til konkurrencereglerne) eller af medlemsstaterne (navnlig i henhold til reglerne om fri bevægelighed). Men kan Fællesskabet selv — med hjemmel i artikel 95 EF — vedtage lovgivning, der f.eks. fastsætter visse prisgrænser? Hvis dette er tilfældet, under hvilke omstændigheder kan Fællesskabet da gøre dette? Det svar, Domstolen skal give, afhænger af den generelle forståelse af artikel 95 EF's formål. Efter min mening gør den fortolkning, som Domstolen har foretaget af artikel 95 EF, det klart, at dette ikke er en bestemmelse, der har til hensigt at tillægge Fællesskabet en generel lovgivningsmagt i forhold til det indre marked. Samtidig har Domstolen imidlertid ikke begrænset artikel 95 EF til kun i det nødvendige omfang at give Fællesskabet beføjelser til at fjerne hindringerne for, at det indre marked kan fungere. Årsagen til dette skal findes i denne bestemmelses dobbelte funktion. Det er en bestemmelse, der tilsigter vedtagelsen af retsakter, der har det indre markeds oprettelse og funktion som formål,

1 — Originalsprog: engelsk.

men disse fællesskabsretsakter erstatter samtidig medlemsstatsretsakter, som forfølger flere forskellige markedslovgivningsmæssige mål. Den omstændighed, at et EF-indgreb er vurderet at være nødvendigt af hensyn til det indre marked, bør ikke påvirke forfølgelsen af de andre lovgivningsmæssige mål. Enhver fortolkning af artikel 95 EF må bevare denne balance. Begrundelsen for EF-indgrebet kan findes i markedsintegrationsmålet, men dette EF-indgreb skal ikke ændre den politiske frihed til at vælge mellem en mængde politiske muligheder ved reguleringen af markedet. Det er dette grundlæggende hensyn, der skal lede fortolkningen og anvendelsen af artikel 95 EF i den foreliggende sag.

2. Sagen vedrører en anfægtelse af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 717/2007 af 27. juni 2007 om roaming på offentlige mobiltelefonnet i Fællesskabet og om ændring af direktiv 2002/21/EF (EUT L 171, s. 32) (herefter »roamingforordningen«), som ændrede de fælles rammebestemmelser (herefter »FRB«) for at fastlægge maksimumspriser (herefter »eurotariffen«) i hele Fællesskabet med hensyn til roaming [2] på offentlige mobiltelefonnet i medlemsstaterne. FRB er en række fællesskabsretsakter, der har opstillet en serie harmoniserede procedurer for rammebestemmelserne med hensyn til elektroniske kommunikationstjenester overalt i Unionen. Inden vedtagelsen af roamingforordningen gav FRB ikke fællesskabsinstitutionerne beføjelse til at fastsætte maksimumspriser i hele Fællesskabet med hensyn til roaming.

3. Vodafone m.fl. anlagde sag ved High Court of Justice (England & Wales), hvorved roamingforordningens gyldighed anfægtes. Den nationale ret har i henhold til artikel 234 EF forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»a) Er forordning (EF) nr. 717/2007 helt eller delvist ugyldig grundet det utilstrækkelige retsgrundlag i artikel 95 EF?

2 — »Roaming« henviser til brugen af en mobilforbindelsesudbyders net i en medlemsstat, der ikke er den medlemsstat, hvor brugerens mobiltelefonnet hører hjemme.

b) Er artikel 4 i forordning (EF) nr. 717/2007 (sammenholdt med artikel 2, litra a), og artikel 6, stk. 3, for så vidt som de henviser til eurotariffen og forpligtelser, der vedrører eurotariffen) ugyldig, fordi fastsættelsen af et prisloft med hensyn til taksterne for detailroaming tilsidesætter proportionalitetsprincippet og/eller subsidiaritetsprincippet?«

4. Som disse spørgsmål angiver, er anfægtelsen af forordningen baseret på påstande om, at roamingforordningen er ugyldig af den årsag, at Fællesskabets vedtagelse af foranstaltninger ikke havde tilstrækkelig hjemmel i artikel 95 EF, og at, selv hvis forordningen ikke var ugyldig, udgjorde dens indførelse af detailpriskontrol en tilsidesættelse af proportionalitets- og subsidiaritetsprincippet. Jeg foreslår at behandle hjemmelsspørgsmålet først, inden der foretages en gennemgang af de spørgsmål, der opstår med hensyn til proportionalitet og subsidiaritet.

5. De relevante dele af artikel 95 EF bestemmer:

»1. Uanset artikel 94 og medmindre andet er bestemt i denne traktat, finder følgende bestemmelser anvendelse med henblik på virkeliggørelsen af de i artikel 14 fastsatte mål. Rådet, der træffer afgørelse efter fremgangsmåden i artikel 251 og efter høring af Det Økonomiske og Sociale Udvalg, vedtager de foranstaltninger med henblik på indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser, der vedrører det indre markeds oprettelse og funktion

2. Stk. 1 finder ikke anvendelse på fiskale bestemmelser, bestemmelser vedrørende den frie bevægelighed for personer og bestemmelser vedrørende ansattes rettigheder og interesser

3. Kommissionens forslag i henhold til stk. 1 inden for sundhed, sikkerhed, miljøbeskyttelse og forbrugerbeskyttelse skal bygge på et højt beskyttelsesniveau under hensyntagen til navnlig enhver ny udvikling baseret på videnskabelige kendsgerninger. Inden for deres respektive kompetenceområder bestræber Europa-Parlamentet og Rådet sig også på at nå dette mål.«

6. De relevante dele af artikel 14 bestemmer:

»1. Fællesskabet vedtager foranstaltninger med henblik på gradvis oprettelse af det indre marked i løbet af perioden indtil den 31. december 1992 i henhold til bestemmelserne i denne artikel og i artiklerne 15, 26, 47, stk. 2, 49, 80, 93 og 95 og med forbehold af de øvrige bestemmelser i denne traktat.

2. Det indre marked indebærer et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital i overensstemmelse med bestemmelserne i denne traktat.«

A — *Retsgrundlag*

7. Som Domstolen gentagne gange har fastslået, kan artikel 95 EF anvendes som hjemmel, når der er forskel eller mulig forskel mellem de nationale lovgivninger, »og disse kan indebære indgreb i de grundlæggende rettigheder eller skabe konkurrencefordrejninger« [3]. Foranstaltninger, der er vedtaget med denne hjemmel, vil kun blive respekteret »[…] når det objektivt og reelt fremgår af retsakten, at den har til formål at forbedre vilkårene for det indre markeds oprettelse og funktion« [4]. Artikel 95 EF hjemler ikke en generel kompetence til at regulere det indre marked [5]. Derfor skal lovgivning, der har hjemmel i artikel 95 EF, ikke blot søge at regulere det indre marked på måder, som af fællesskabslovgiver anses for at være ønskelige. Som Domstolen tidligere har fastslået, ville det at tillade en sådan anvendelse af artikel 95 EF være i strid med selve ordlyden af artiklen og ville tilsidesætte det vigtige traktatmæssige princip, hvorefter Fællesskabets beføjelser er begrænset til dem, det specifikt er blevet tildelt [6]. Endvidere ville det være i strid med andre retsgrundlag i traktaten, som netop giver Fællesskabet beføjelser til at regulere særlige markedsaspekter.

8. Dette betyder ikke, at lovgivning, der er vedtaget i henhold til artikel 95 EF, ikke kan forfølge selvstændige lovgivningsmæssige mål. Faktisk ville EF-indgreb, hvis artikel 95 EF blev fortolket således, at den kun tillægger Fællesskabet de beføjelser, der er nødvendige for at fjerne hindringer for markedsintegration, altid begrænse andre markedslovgivningsmæssige mål til, hvad der ville være strengt nødvendigt for at fjerne hindringer for den frie bevægelighed. Det ville være ensbetydende med en påstand om, at fællesskabslovgiver kun kunne vedtage foranstaltninger, der tilsigtede gensidig anerkendelse, idet sådanne foranstaltninger altid ville være tilstrækkelige til at forhindre fremkomsten eller fortsættelsen af hindringer for den frie bevægelighed. Enhver anden foranstaltning ville være for vidtgående, hvis fællesskabslovgiver, når denne med det formål at fjerne begrænsninger for den frie bevægelighed lovgav i henhold til artikel 95 EF, aldrig kunne gå ud over, hvad der ville være tilstrækkeligt til at fjerne hindringer for den frie bevægelighed. Dette ville medføre, at artikel 95 EF kun kunne fremme markedsintegration gennem deregulering af nationale markeder. En sådan fortolkning ville indfortolke en særlig politisk præference i artikel 95 EF, selv om der ikke er noget i traktaten, der støtter et sådan synspunkt. Som generaladvokat Fennelly har forklaret, kræver Domstolens »retspraksis ikke […], at traktatens artikel 7a, artikel 57, stk. 2, og artikel 100a [nu artikel 14, artikel 47, stk. 2, og artikel 95 EF] skal fortolkes som en art

3 — Dom af 10.2.2009, sag C-301/06, Irland mod Parlamentet og Rådet (lagring af data), Sml. I, s. 593, præmis 63 og 64.

4 — Dom af 2.5.2006, sag C-217/04, Det Forenede Kongerige mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 3771, præmis 42.

5 — Dom af 5.10.2000, sag C-376/98, Tyskland mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 8419, præmis 83.

6 — Ibidem.

liberalt charter, der medfører harmonisering med de laveste standarder eller endda med en slags gennemsnit af allerede eksisterende nationale standarder« [7]. I stedet må den rette forståelse af artikel 95 EF skelne mellem det, der udløser fællesskabsharmonisering (risikoen for begrænsninger for den frie bevægelighed eller konkurrencefordrejninger), og denne harmoniserings rækkevidde samt indhold. Med harmoniseringen skal man være i stand til at forfølge de forskellige politiske mål, der normalt forfølges med de nationale foranstaltninger, som bliver erstattet af fællesskabslovgivningen. Med andre ord skal artikel 95 EF fortolkes på den måde, at den giver fællesskabslovgiver ret til at forfølge og afveje en række forskellige lovgivningsmæssige mål, når dennes beføjelser er udløst af behovet for at harmonisere et særligt område.

9. Artikel 95 EF kan ganske vist være grundlaget for en intensivering af lovgivning i tilgift til dereguleringsforanstaltninger. Dette skal i princippet afgøres af den politiske proces. Ganske vist bestemmer artikel 95, stk. 3, EF særligt, at lovgivning, som den er hjemmel for, skal forfølge et højt sundheds-, sikkerheds-, miljø- og forbrugerbeskyttelsesniveau. Sådanne mål skal imidlertid være en del af en overordnet rammelovgivning, hvis mål er det indre markeds oprettelse og funktion ved hjælp af indbyrdes tilnærmelse og harmonisering af medlemsstaternes love eller administrativt fastsatte bestemmelser. Med andre ord skal fællesskabsforanstaltningen bidrage til markedsintegration, men behøver ikke at være begrænset til det, der er strengt nødvendigt for yderligere markedsintegration. Selv om fremme af markedsintegration er en nødvendig betingelse for, at Fællesskabet har kompetence i henhold til artikel 95 EF, skal udøvelsen af dets kompetence ikke begrænses til markedsintegrationsmålet. Hvis det var tilfældet, ville det rejse tvivl om forfølgelsen af andre tilladte lovgivningsmæssige mål, som medlemsstaterne ikke længere selv kunne forfølge.

10. Kernen i sagsøgernes anfægtelse af forordningen på grund af dens hjemmel drejer sig herom. Vodafone har anført, at idet FRB allerede havde skabt fuldstændig harmonisering af medlemsstaternes regulering af mobiltelefonindustrien, kunne roamingforordningen ikke have haft det mål at harmonisere medlemsstaternes regler på dette område. Som følge heraf medførte forordningen en uberettiget anvendelse af artikel 95 EF med henblik på reguleringen af det indre marked.

11. Som Domstolen gentagne gange har fastslået, er den omstændighed, at fuldstændig harmonisering tidligere er blevet vedtaget på et særligt område med hjemmel i artikel 95 EF imidlertid »[…] ingenlunde ensbetydende med, at fællesskabslovgiver ikke kan ændre

7 — Ibidem og generaladvokat Fennellys forslag til afgørelse af 15.6.2000, punkt 85.

eller tilpasse disse regler og om nødvendigt indføre nye regler for bedre at kunne opfylde [de oprindelige harmoniseringsforanstaltningers] formål[…]« [8]. Disse formål behøver som nævnt ovenfor ikke at være begrænset til markedsintegration, selv om markedsintegration er nødvendig for at retfærdiggøre udøvelsen af fællesskabskompetence. Enhver anden fortolkning ville føre til en situation, hvor Fællesskabet ikke ville være i stand til at udbedre mangler i harmoniseringsforanstaltninger med hjemmel i artikel 95 EF. Når fællesskabslovgiver handler på grundlag af artikel 95 EF, vil det blive gjort på en måde, der afspejler særlige politiske valg. Dette indebærer et valg af et bestemt niveau for f.eks. forbrugerbeskyttelse og at andre muligheder, der fører til højere eller lavere beskyttelsesniveauer, afvises. Disse valg kan have uforudsete negative konsekvenser, eller skiftende politiske flertal kan, som det sker i et demokratisk politisk system, mene, at en tidligere vedtagen beslutning foretog en uhensigtsmæssig afvejning af de forskellige berørte interesser. Det ville være absurd og udemokratisk, hvis fællesskabslovgiver ikke havde mulighed for at revurdere tidligere politiske valg, der er truffet i forbindelse med lovgivning vedtaget med hjemmel i artikel 95 EF, for at afspejle ændringer i den offentlige mening og ny viden eller for at tage hånd om harmoniseringsforanstaltningernes uforudsete negative konsekvenser. Selv når en harmoniseringsforanstaltning som FRB har vist sig at være effektiv til at forhindre konkurrencefordrejning og hindringer for den frie bevægelighed og kan anses for at sikre det indre markeds oprettelse og funktion, må fællesskabslovgiver være frit stillet til at vedtage en sådan foranstaltning i overensstemmelse med udviklingen med hensyn til viden eller politiske præferencer [9]. Indsigelsen mod vedtagelsen af roamingforordningen under henvisning til, at FRB allerede havde harmoniseret det pågældende område, er følgelig ugrundet.

12. De selskaber, der anfægter roamingforordningens gyldighed, har endvidere anført, at idet forordningen vedtog en fremgangsmåde, der væsentligt afveg fra den, der er fastsat i FRB [10], kan forordningen ikke anses for at være en ændring af disse. Den omstændighed, at ændringsforanstaltningen kan være uforenelig med den fremgangsmåde, der er vedtaget i FRB, ændrer ikke den kendsgerning, at det er en ændring. Ændringer kan supplere og fuldende en harmoniseringsforanstaltning [11]. De kan også ændre den. Ganske vist kan behovet for ændringer netop opstå, fordi en særlig harmoniseringsforanstaltning må anses for at fungere utilfredsstillende, og derfor kan en ændring, der er uforenelig

8 — Dom af 8.11.2007, sag C-374/05, Gintec, Sml. I, s. 9517, præmis 29.

9 — Dom af 10.12.2002, sag C-491/01, British American Tobacco og Imperial Tobacco, Sml. I, s. 11453, præmis 80, hvor Domstolen fastslog, at den videnskabelige udvikling derimod ikke er den eneste grund til, at fællesskabslovgiver kan beslutte at tilpasse fællesskabslovgivningen, da det ved udøvelsen af det skøn, den råder over på området, også tilkommer den at tage andre hensyn i betragtning, såsom den stigende betydning der på det politiske og sociale plan tillægges tobaksbekæmpelsen.

10 — FRB forudser indgreb fra nationale lovgivere og generelt under omstændigheder, hvor det er godtgjort, at en bestemt aktør på markedet besidder en »stærk markedsposition«. Roamingforordningen medfører fastsættelse af priser i hele Fællesskabet selv under omstændigheder, hvor det ikke er godtgjort, at der er tale om en stærk markedsposition.

11 — Dommen i sagen Det Forenede Kongerige mod Parlamentet og Rådet, nævnt i fodnote 4.

med den oprindelige fremgangsmåde, være påkrævet [12]. Domstolen har klart fastslået, at harmoniserede foranstaltninger kan tilpasses på grundlag af ændrede politiske anskuelser, og har med hensyn til ændringer af Fællesskabets harmoniserede ordning for tobaksvarer udtalt, at »[…] fællesskabslovgiver i en sådan situation kun [kan] opfylde den opgave, den har til at sikre beskyttelsen af de almene hensyn, der […] er anerkendt i traktaten, hvis det er muligt for fællesskabslovgiver at tilpasse den relevante lovgivning til samtlige ændrede omstændigheder eller ny viden« [13]. Ændrede omstændigheder kan kræve ændringer, som adskiller sig fra den tilgang, der blev vedtaget i den oprindelige harmoniseringsforanstaltning. Den omstændighed, at der med roamingforordningen blev vedtaget en fremgangsmåde, som var uforenelig med den, der blev fastsat i FRB, betyder ikke, at forordningen ikke kan anses for at være en ændring heraf. De utvivlsomme begrænsninger af den kompetence, Fællesskabet er tildelt ved artikel 95 EF, kan ikke bevirke, at Unionen er forpligtet til en bestemt slags harmonisering, selv når en sådan harmonisering ikke længere anses for hensigtsmæssig.

13. På den anden side må fællesskabslovgiver, selv om denne — i form af lovgivningsændringer — frit kan revurdere de politiske valg, der er truffet i harmoniseringsforanstaltninger vedtaget i henhold til artikel 95 EF, ikke tildele sig selv bemyndigelse til at lovgive i forbindelse med områder, der falder uden for artikel 95 EF's anvendelsesområde, alene ved at beskrive sådanne foranstaltninger som ændringer. Lovgivning, der f.eks. angår et område, der adskiller sig fra området for den oprindelige harmoniseringsforanstaltning, såsom en ændring af FRB, der indebar oprettelse af f.eks. fiskekvoter, kan ikke anses for at være en gyldig ændring [14]. Efter min opfattelse ville dette ligeledes være tilfældet for en fællesskabsretsakt, der for at tage et absurd eksempel fuldstændig forbød ydelsen af roamingtjenester [15]. Ej heller kan Fællesskabet alene ved at benævne en konkret foranstaltning en ændring gyldigt vedtage lovgivning, der harmoniserer områder, som henhører under medlemsstaternes beføjelser, uden at opfylde kravet om, at en sådan lovgivning viser, at den tilsigter fjernelsen af forskelle eller mulige forskelle mellem de nationale lovgivninger, »og disse kan indebære indgreb i de grundlæggende rettigheder eller skabe konkurrencefordrejninger« [16]. Med andre ord

12 — Dommen i sagen British American Tobacco og Imperial Tobacco, nævnt i fodnote 9, præmis 80.

13 — Ibidem, præmis 77.

14 — Dette gælder ikke i den foreliggende sag. Beføjelsen til at fastsætte maksimumspriser i forbindelse med roamingtjenester falder klart ind under det område, der er dækket af den oprindelige harmoniseringsforanstaltning, som vedrørte elektroniske kommunikationstjenester i medlemsstaterne.

15 — Domstolen anerkendte imidlertid i dom af 14.12.2004, sag C-210/03, Swedish Match, Sml. I, s. 11893, at en fællesskabsforanstaltning, der fuldstændigt forbød salget af et bestemt produkt, kunne vedtages i henhold til artikel 95 EF, forudsat at der var en risiko for, at forskellige nationale lovgivninger kunne udløse hindringer for salg af dette produkt. Domstolen synes at anerkende, at risikoen for hindringer for salg af et sådan produkt kan retfærdiggøre et fællesskabsforbud for alt salg af dette produkt. Selv om man kan sætte spørgsmålstegn ved, i hvilket omfang et sådan forbud fortsat opretholder en forbindelse med artikel 95 EF's mål (i henhold til artikel 95 EF kan begrænset fri bevægelighed være bedre end ingen fri bevægelighed overhovedet), kræver den foreliggende sag ikke, at Domstolen foretager en fornyet behandling af dette emne. Som det vil fremgå af det følgende, advokerer jeg imidlertid for, at vedtagelsen af enhver foranstaltning (herunder den ændrede foranstaltning) ikke kun som udgangspunkt kræver, at der er forskelle mellem nationale lovgivninger, som kan medføre hindringer for samhandelen, for at være berettiget i henhold til artikel 95 EF. Den skal bidrage til de mål, der forfølges i henhold til artikel 95 EF. Det kræves imidlertid ikke, at den er begrænset til disse mål.

16 — Dommen i sagen Irland mod Parlamentet og Rådet (lagring af data), nævnt i fodnote 3, præmis 63 og 64.

behøver ændringen i sig selv ikke at være retfærdiggjort af behovet for at fjerne hindringer for samhandelen eller konkurrencefordrejninger, men den ændrede foranstaltning skal fortsat opfylde formålene i artikel 95 EF. At påvise, hvordan disse principper finder anvendelse i konkrete sager, er imidlertid ikke en let opgave.

14. Efter min opfattelse kræver en sådan påvisning, at Domstolen sammenholder ændringen med den samlede lovgivning for at vurdere, om en sådan lovgivning (som ændret) fortsat kan anses for at fremme markedsintegration og dermed opfylder betingelserne for at anvende artikel 95 EF. Ændringen kan også være berettiget, såfremt den er nødvendig for at afhjælpe et særligt problem, som den oprindelige harmoniseringsforanstaltning hindrer medlemsstaterne i at håndtere effektivt.

15. I den foreliggende sag ville der kunne findes en hjemmel i artikel 95 EF for den omhandlede lovgivning, som ændret, ved at fastslå, at der var en risiko for forskellige nationale priskontrolforanstaltninger. En sådan risiko kan imidlertid ikke vurderes henset til situationen efter vedtagelsen af FRB og de mulige begrænsninger, der herved pålægges vedtagelsen af nationale priskontrolforanstaltninger. Hvis det var således, ville det være umuligt for fællesskabslovgiver at ændre nogen foranstaltning, der i dens oprindelige udgave ville være et effektivt middel til at fjerne hindringer for samhandelen, selv hvis dens påvirkning af andre politiske mål måske nu berettiger en anden slags regulering. Dette ville af de årsager, der er redegjort for ovenfor, være uacceptabelt: Vedtagelsen af foranstaltninger i henhold til artikel 95 EF skal bevare den politiske frihed til at vælge mellem forskellige politiske muligheder ved regulering af markedet. Ved vurderingen, som skal foretages i henhold til artikel 95 EF, skal der ikke spørges, hvorvidt ændringen er nødvendig i lyset af den ændrede lovgivning for at forhindre hindringer for samhandelen, men hvorvidt den ændrede lovgivning fortsat tjener til at forhindre hindringer for samhandelen. Med henblik herpå skal man overveje, hvorledes situationen ville være, såfremt der ikke fandtes nogen fællesskabslovgivning på området. Det er klart, at mulige hindringer for samhandelen, der stammer fra nationale priskontrolforanstaltninger [17], kan forhindres enten ved at fastsætte grænser for nationale lovgivninger om priser eller ved at regulere priserne på fællesskabsplan. Den omstændighed, at fællesskabslovgiver oprindeligt har valgt den første af disse fremgangsmåder for at forhindre hindringer for samhandelen, bør ikke forhindre, at der senere vedtages en anden fremgangsmåde, hvis andre politiske mål kræver det. Dette betyder ikke, at valget mellem to forskellige måder at beskytte artikel 95 EF's mål på er fuldstændigt frit for fællesskabslovgiver. Det er, henset til andre fællesskabsregler, såsom subsidiaritet og proportionalitet, muligvis ikke tilfældet. Dette er imidlertid et andet spørgsmål end det, der drejer sig om at vurdere, om den ene eller den anden af disse fremgangsmåder er acceptabel

17 — Jf. f.eks. dom af 5.12.2006, forenede sager C-94/04 og C-202/04, Cipolla m.fl., Sml. I, s. 11421.

(oprindeligt eller som en ændring) i henhold til artikel 95 EF. Denne artikel kræver blot tilstedeværelsen af forskelle i de nationale lovgivninger, der kan skabe hindringer for samhandelen eller konkurrencefordrejninger, og at fællesskabsforanstaltningen skal tjene til at forhindre dem. Den bestemmer ikke, hvilket særligt lovgivningsmæssigt valg der skal træffes, for at forhindre dem.

16. Tilbage står i den forbindelse at undersøge, om der i den foreliggende sag i mangel af fællesskabslovgivning var en reel risiko for forskellige nationale priskontrolforanstaltninger, og om de var af en sådan art, at de kunne skabe hindringer for samhandelen og berettige vedtagelsen af priskontrolforanstaltninger på fællesskabsplan. Med andre ord: Var der i mangel af FRB en risiko for hindringer for roamingtjenester, der opstod som følge af forskellige nationale priskontrolforanstaltninger?

17. At nationale priskontrolforanstaltninger kan skabe handelshindringer, er fastslået i Domstolens faste praksis. Selv om sådanne foranstaltninger »ikke i sig selv er foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner, kan [de] fremkalde en sådan virkning, når priserne ligger på et sådant niveau, at de indførte varer bliver stillet ugunstigt i forhold til tilsvarende indenlandske varer« [18]. I forbindelse med prisordninger, der indeholder maksimumspriser, opstår dette, »når priserne ligger på et [sådant] niveau, at afsætningen af importerede varer enten bliver umulig eller vanskeligere end afsætningen af indenlandske varer« [19]. Dette vil være tilfældet, når maksimumspriser er fastsat så lavt, at udenlandske udbydere ikke kan opnå en rimelig fortjeneste [20], når udenlandske udbydere står over for højere omkostninger, der ikke er taget højde for ved fastsættelsen af maksimumsprisen, eller hvor prisloftet forhindrer ydelser af højere kvalitet, der leveres af udenlandske udbydere, i at blive korrekt honoreret [21].

18. Imidlertid vil ikke alle nationale priskontrolforanstaltninger kunne skabe hindringer

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

19 — Dom af 19.3.1991, sag C-249/88, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 1275, præmis 15.

20 — Dommen af 19.3.1991 i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 17.

21 — Jf. punkt 69-75 i mit forslag til afgørelse af 1.2.2006 i sagen Cipolla m.fl., nævnt i fodnote 17.

for samhandelen, og det skal være sandsynligt, at sådanne hindringer vil opstå [22]. Efter min opfattelse har fællesskabslovgiver ikke påvist, hverken da den oprindelige foranstaltning eller ændringen blev vedtaget, at der var sådan en risiko. Paradoksalt nok kan det stærkeste argument for, at en sådan risiko findes, udledes af sagsøgernes argument om, at FRB, som oprindeligt vedtaget af fællesskabslovgiver, ved at kræve, at der konstateredes en »*stærk markedsposition*« (herefter »SMP«), før regulerende forhåndsindgriben kunne forekomme, begrænsede medlemsstaternes mulighed for at indføre priskontrol inden for sektoren for mobilkommunikation. På denne baggrund må man antage, at FRB var en reaktion på en fare for, at medlemsstaternes myndigheders fastsættelse af forskellige maksimums- eller minimumspriser i sektoren for mobilkommunikation kunne føre til, at der opstod hindringer og konkurrencefordrejninger i det indre marked. Hvis dette var tilfældet, var det valg, som lovgiver stod over for under udarbejdelsen af FRB, at håndtere denne fare enten ved at begrænse medlemsstaternes mulighed for at fastsætte priser i denne sektor eller ved at fastsætte priser for hele EU (vurderingen af, om dette valg overholdt proportionalitets- og subsidiaritetsprincippet, er en helt anden sag). Begge løsninger ville effektivt bidrage til det indre markeds funktion. Ved at kræve, at der konstateredes en SMP, før regulerende forhåndsindgriben kunne forekomme, valgte lovgiver den første løsning. Den omstændighed, at denne løsning effektivt forhindrede fremkomsten af hindringer for samhandelen og konkurrencefordrejninger, burde ikke forhindre vedtagelsen af en anden lovgivningsmæssig tilgang, så længe denne anden tilgang fortsat ville forhindre hindringer for samhandelen og konkurrencefordrejninger. Imidlertid er realiteten, at FRB's fastsættelse af grænser for medlemsstaternes lovgivningsindgreb blev udtrykt i generelle vendinger og hverken havde som særligt formål at forhindre forskelle i national priskontrol eller var baseret på en særlig konklusion om, at der sandsynligvis ville opstå hindringer for samhandelen som følge af fremtidig national priskontrol. Som sådan kan jeg ikke se, at risikoen for, at mulige fremtidige forskelle i nationale priskontroller vil skabe hindringer for samhandelen, er blevet fastslået i en sådan grad, at det kan berettige vedtagelsen af priskontrolforanstaltninger på fællesskabsplan i henhold til artikel 95 EF.

19. Imidlertid er det min opfattelse, at fællesskabslovgiver kunne regulere priserne

22 — Dom af 12.7.2005, forenede sager C-154/04 og C-155/04, Alliance for Natural Health m.fl., Sml. I, s. 6451, præmis 29, og af 12.12.2006, sag C-380/03, Tyskland mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 11573, præmis 37, samt dommen i sagen British American Tobacco og Imperial Tobacco, nævnt i fodnote 9, præmis 61, Swedish Match-dommen, nævnt i fodnote 15, præmis 30, og dommen i sagen Irland mod Parlamentet og Rådet (lagring af data), nævnt i fodnote 3, præmis 64.

for roaming i henhold til artikel 95 EF af en anden årsag — nemlig for at fjerne hindringer for den frie bevægelighed, der opstår på grund af privates adfærd, som er til ugunst for grænseoverskridende økonomisk aktivitet. Prisforskellen mellem opkald foretaget i en persons egen medlemsstat og roamingopkald kan med rimelighed anses for at modvirke anvendelsen af grænseoverskridende tjenesteydelser som roaming [23]. Den metode, som lovgiver valgte for at løse problemet med høje roamingtakster, var et prisloft i hele EU. Denne metode skal være berettiget i forhold til artikel 95 EF's formål. Disse formål, som artiklens ordlyd gør det klart, er »*det indre markeds oprettelse og funktion*« [24], idet det indre marked er »*et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital i overensstemmelse med bestemmelserne i denne traktat*« [25]. Det, at grænseoverskridende aktiviteter stilles mindre gunstigt, kan muligvis — ved at afskrække kunder fra at foretage grænseoverskridende økonomisk aktivitet, såsom at anvende roamingtjenester — hindre oprettelsen af et indre marked, hvor fri bevægelighed for varer, tjenesteydelser og kapital er sikret. Der er nok ikke nogen klarere grænseoverskridende aktivitet i sektoren for mobil telekommunikation end roaming selv. Fastsættelsen af et prisloft for roamingtjenester kan med rette anses for at tjene oprettelsen af det indre marked ved at fjerne hindringer for grænseoverskridende økonomisk aktivitet.

20. Selv om fastsættelse af et sådan prisloft betød, at EU-lovgivningen blev pålagt private aktører i modsætning til statslige organer, giver accept af en sådan foranstaltning ikke Fællesskabet carte blanche til at anvende artikel 95 EF til at regulere enhver økonomisk aktivitet. Roamingforordningen bestod i et indgreb fra fællesskabslovgiver, som tilsigtede at håndtere ikke kun privates handlinger, som skabte uønskede resultater, men privates handlinger, som direkte stillede en grænseoverskridende økonomisk aktivitet (roaming) mindre gunstigt end en indenstatslig økonomisk aktivitet (indenrigsbrug af mobiltelefonitjenester). Handlinger, herunder private aktørers handlinger, der direkte stiller grænseoverskridende økonomiske aktiviteter mindre gunstigt, kan lettere beskrives som hindringer for oprettelsen af det indre marked. Selvfølgelig vil de fleste privates handlinger på markedet ikke have potentiale til at begrænse den frie bevægelighed, og som sådan kan de ikke i sig selv berettige vedtagelsen af lovgivning i henhold til artikel 95 EF. Kun når private aktørers handlinger direkte indebærer grænseoverskridende aktivitet, og de ville være i stand til effektivt at begrænse denne grænseoverskridende aktivitet og den frie bevægelighed, kan handling på fællesskabsplan for et regulere sådanne handlinger støttes på artikel 95 EF.

23 — Som jeg har påpeget i flere forslag til afgørelse, senest af 22.4.2009, sag C-115/08, ČEZ, punkt 12, kan en behandling af grænseoverskridende situationer, der er mindre gunstig end behandlingen af rent nationale situationer, udgøre en hindring for retten til fri bevægelighed, som det indre marked afhænger af.

24 — Artikel 95 EF.

25 — Artikel 14 EF.

21. I den forbindelse anmoder jeg ganske enkelt Domstolen om at anvende de logiske følger af den retspraksis om den horisontale anvendelse af reglerne om fri bevægelighed på dens undersøgelse af artikel 95 EF. I denne retspraksis har Domstolen anerkendt, at privates handlinger under visse omstændigheder kan udgøre hindringer for den frie bevægelighed. Dette var f.eks. tilfældet i sagen International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union [26] samt i sagen Laval un Partneri [27], som drejede sig om fagforeningers handlinger, der forhindrede en reder i at genflage sit fartøj i et andet land og et byggeselskab i at udbyde tjenester i et andet land. Fagforeningernes handlinger greb direkte ind i etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser, og Domstolen fandt, at reglerne om fri bevægelighed fandt direkte anvendelse på fagforeningerne, selv om de var private parter. For at komme til denne konklusion henviste Domstolen til tidligere sager, der anerkendte den direkte virkning, som privates protester kan have på varernes frie bevægelighed, når de forhindrer transporten af disse varer [28]. Artikel 95 EF giver fællesskabslovgiver en hjemmel til at handle i tilfælde, hvor alene det at sikre, at statslige organer ikke foretager handlinger, der begrænser de grundlæggende friheder, er utilstrækkeligt for at sikre det indre markeds funktion [29]. Det er således kun naturligt, at sådanne hindringer for den frie bevægelighed også kan reguleres i henhold til artikel 95 EF.

22. Domstolen har som bekendt f.eks. fastslået, at visse fodboldforbunds regler, der bl.a. regulerer fodboldspilleres grænseoverskridende transfers, begrænsede arbejdskraftens frie bevægelighed. Det forekommer mig at være klart, at dette ikke kun ville berettige et fællesskabsforbud mod sådanne regler, men også vedtagelsen af fællesskabsregler i henhold til artikel 95 EF [30]. Hvis Fællesskabet kan forbyde visse handlinger foretaget af private, bør det have kompetence til ganske

26 — Dom af 11.12.2007, sag C-438/05, Sml. I, s. 10779.

27 — Dom af 18.12.2007, sag C-341/05, Sml. I, s. 11767.

28 — Jf. også dom af 9.12.1997, sag C-265/95, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 6959, og af 12.6.2003, sag C-112/00, Schmidberger, Sml. I, s. 5659.

29 — Vedrørende dette punkt jf. Armin von Bogdany og Jürgen Bast, »The Vertical Order of Competences« i *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2006. Jf. også Alexander Somek, *Individualism*, Oxford University Press, 2008, s. 128, som ikke ukritisk anfører, at Domstolens seneste retspraksis om artikel 95 EF »anerkender, at de grundlæggende friheder og Unionens lovgivningsbeføjelser tjener et og samme mål«. Jf. også Joseph Weiler, »The Constitution of the Common Market Place: The Free Movement of Goods« i *The Evolution of EU Law*, red. Paul Craig og Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 1999. Jeg anbefaler imidlertid ikke nødvendigvis en sådan nøje parallelitet. Det, jeg fremfører, er, at årsagerne til at anvende reglerne om fri bevægelighed på private i det mindste i nogle sager kan udvides til artikel 95 EF.

30 — Hvorvidt, på hvilken måde og til hvilket formål en sådan kompetence skulle anvendes, er et andet spørgsmål, som det ikke kræves, at Domstolen tager stilling til i denne sag.

enkelt at regulere denne handling. Dette ville ikke medføre, at Fællesskabet overlades kompetence til at regulere alle handlinger foretaget af disse private. En sådan kompetence ville kun eksistere, når disse handlinger, som nævnt ovenfor og parallelt med den horisontale rækkevidde af anvendelsen af reglerne om fri bevægelighed, direkte omhandler grænseoverskridende aktivitet, og de ville være i stand til effektivt at begrænse denne grænseoverskridende aktivitet og den frie bevægelighed. Derimod ville foranstaltninger, såsom et forsøg på at regulere priserne på kufferter eller på måltider på en restaurant, ikke dreje sig om at håndtere handlinger, som direkte er til ugunst for grænseoverskridende økonomisk aktivitet, og det ville derfor ikke kunne godtgøres, at den frie bevægelighed og oprettelsen af det indre marked blev påvirket i en grad, der nødvendiggjorde, at Fællesskabet havde lovgivningskompetence i henhold til artikel 95 EF.

23. På samme måde som betingelserne for anvendelsen af reglerne om fri bevægelighed på private er mere krævende end dem, der finder anvendelse på statslige organer, bør fællesskabslovgivning, der er vedtaget i henhold til artikel 95 EF for at regulere privates handlinger, der påvirker oprettelsen af det indre marked, opfylde særlige betingelser. De skal være direkte til skade for en grænseoverskridende aktivitet ligesom i den foreliggende sag. Når private aktørers handlinger effektivt begrænser en grænseoverskridende aktivitet, skal disse handlinger kunne omfattes af fællesskabslovgivning.

24. Måske bliver den opfattelse, som jeg argumenterer for, endnu klarere, hvis den beskrives således, at den også omfatter handlinger (eller manglende handling) fra statens side. Det ville være muligt at sige, at det er staternes »accept« af, at deres operatører fastsætter diskriminerende priser [31] for roaming i forhold til indenrigsopkald, der begrænser grænseoverskridende mobilkommunikation. På denne baggrund ville det være muligt at retfærdiggøre et EF-indgreb i henhold til artikel 95 EF af den årsag, at nationale regler ikke forhindrede den diskriminerende behandling af grænseoverskridende mobilkommunikation.

25. Jeg har yderligere en bemærkning med hensyn til hjemmelsspørgsmålet. Som nævnt ovenfor kan ændringen også være berettiget, såfremt det er nødvendigt at afhjælpe et særligt problem, som den oprindelige harmoniseringsforanstaltning hindrer medlemsstaterne i at håndtere effektivt. Som anført i både Vodafones indlæg og betragtning 4 og 9 til roamingforordningen muliggjorde de i FRB fastlagte rammebestemmelser kun forhåndsindgriben fra nationale lovgiveres side, såfremt der konstateredes en SMP udøvet af visse markedsdeltagere. Hvis en sådan position ikke kunne konstateres, var nationale lovgiveres indgriben følgelig ikke mulig i henhold til det bestående system. I betragtning

31 — Begrebet »diskriminerende priser« skal i denne forbindelse anvendes med forsigtighed af flere årsager — ikke mindst den omstændighed, at der faktisk kan være legitime årsager til, at der er en prisforskel mellem roaming og indenrigsopkald. Det synes dog åbenbart, at der ikke er nogen klar begrundelse for de foreliggende prisforskelle, og at dette var grundlaget for EF-indgrebet.

af at Kommissionen [32] og De Europæiske Tilsynsmyndigheders Gruppe [33] havde fastslået, at taksterne for roamingtjenester var for høje — selv på markeder, hvor der ikke var konstateret en SMP — var selve FRB en hindring for nationale eller fællesskabslovgiveres mulighed for at fastlægge regler, der ville medføre en sænkning af taksterne for roamingtjenester. Når der er fundet markedssvigt og sociale omkostninger i forbindelse med den harmoniserede reguleringsordning, og disse forhold faktisk stammer fra denne reguleringsordning, skal fællesskabslovgiver, af de årsager, der er nævnt ovenfor og fastslået af Domstolen i Gintec-dommen og dommen i sagen British American Tobacco og Imperial Tobacco [34], have beføjelse til at håndtere denne situation og tildele beføjelser enten på nationalt eller på fællesskabsplan til at ændre regler, som denne har fundet ikke virker effektivt.

B — *Subsidiaritet*

26. Fællesskabet har derfor beføjelse til at håndtere situationen med de høje priser for roamingtjenester ved at ændre FRB. Ikke desto mindre skal der, som det er nævnt ovenfor, skelnes mellem på den ene side lovgivningsbeføjelsen og på den anden side både spørgsmålene om reguleringens rækkevidde og det plan, hvorpå en sådan regulering finder sted. Den omstændighed, at lovgivningen er vedtaget med hjemmel i artikel 95 EF som en ændring af en tidligere harmoniseringsretsakt, fritager ikke for at skulle overholde de begrænsninger af fællesskabskompetencen, der fremgår af denne artikel og af fællesskabsrettens generelle principper. En af begrænsningerne for anvendelsen af artikel 95 EF som hjemmel er kravet om, at den beføjelse, som en sådan lovgivning tildeler Fællesskabet, skal udøves på en måde, som står i rimeligt forhold til de mål, den forfølger, og som skal være berettiget i henhold til subsidiaritetsprincippet.

27. Fællesskabslovgivers beslutning om at fastsætte maksimumspriser i hele Fællesskabet på både engros- og detailniveau rejser alvorlige spørgsmål med hensyn til subsidiaritetsprincippet. Hvad angår engrospriser kan det uden vanskeligheder udledes, hvorfor handling på fællesskabsplan var påkrævet. Engrospriser opkræves af udbydere uden for kundens medlemsstat. Følgelig er den nationale lovgiver i kundens egen medlemsstat ikke i stand til at skride ind over for udbydere i den stat, som kunden besøger, der opkræver

32 — Jf. KOM(2006) 382 endelig af 12.7.2006.

33 — ETG's svar på Europa-Kommissionens anmodning om bidrag til dens foreslåede EF-forordning om det internationale roamingmarked, 22.3.2006.

34 — Nævnt i henholdsvis fodnote 8 og 9.

for høje priser af kundens hjemmemobilnet. Endvidere har nationale lovgivere intet incitament til at kontrollere engrospriser, der bliver opkrævet hos udenlandske udbydere og sådanne udenlandske udbyderes kunder.

28. Reguleringen af detailpriser er noget mere problematisk. Når maksimumsengrospriser allerede var fastsat, og når man havde fjernet kravet om konstatering af en SMP før et lovgivningsindgreb, kunne Fællesskabet have bemyndiget nationale lovgivere til at fastsætte maksimumsdetailpriser for roamingtjenester, såfremt de mente, at de detailpriser, der blev opkrævet af udbyderne i deres stat, var for høje. I stedet valgte roamingforordningen at fastsætte en maksimumsdetailpris i hele Fællesskabet. En sådan beslutning om at regulere et område på fællesskabsplan snarere end på nationalt plan kræver en begrundelse, henset til at Fællesskabet skal overholde subsidiaritetsprincippet. Subsidiaritetsprincippet, som det er fastslået i artikel 5 EF, bestemmer, at Fællesskabet kun er berettiget til at handle, hvis målene for den påtænkte handling ikke i tilstrækkelig grad kan opfyldes af medlemsstaterne og derfor på grund af den påtænkte handlings omfang eller virkninger bedre kan gennemføres på fællesskabsplan. Med andre ord er det nødvendigt at fastslå, at fællesskabslovgiver var bedre i stand til at regulere detailpriserne for roaming end den nationale lovgiver. Skønt det i tilfældet med engrospriser er klart, at der var et kollektivt problem, der krævede handling på fællesskabsplan, forekommer dette ikke at være åbenbart på detailprisniveauet (når engrospriser er blevet fastsat på fællesskabsplan, kan medlemsstaterne i princippet frit og effektivt fastsætte nationale detailpriser). Kan der være et andet problem, der forhindrer medlemsstaterne i at løse problemet med høje roamingpriser på detailniveau?

29. Den primære begrundelse, som fremgår af roamingforordningen, var, at dens formål om at sikre tilstrækkelig forbrugerbeskyttelse og sikre, at kunder ikke blev pålagt for høje priser »ikke […] kan opfyldes af medlemsstaterne på en sikker, harmoniseret og passende måde og dermed bedre kan opfyldes på fællesskabsplan« [35].

30. Rådet har anført, at subsidiaritetsprincippet i det væsentligste er et subjektivt og politisk princip [36]. I forlængelse af dette ræsonnement understreger Rådet fællesskabslovgivers intention, og at det formål, der blev forfulgt, var, som betragtningen til

35 — Betragtning 38 til roamingforordningen.

36 — Jf. på dette område Armin von Bogdany og Jürgen Bast, nævnt i fodnote 29.

forordningen udtrykker det, at indføre »en fælles tilgang til at sikre, at brugere af jordbaserede offentlige mobiltelefonnet under rejse i Fællesskabet ikke betaler for høje takster for roamingtelefonitjenester i Fællesskabet, når de foretager eller modtager talebaserede opkald, hvorved der opnås et højt forbrugerbeskyttelsesniveau, samtidig med at konkurrencen mellem mobiludbyderne sikres og tilskyndelsen til innovation og forøgelsen af forbrugernes valgmuligheder bevares« [37]. Efter min opfattelse er hverken det formål, der forfølges af forordningen, eller lovgivers hensigt afgørende for bedømmelsen af, om subsidiaritetsprincippet overholdes. For det første vedrører den afgørelse, der skal træffes i henhold til subsidiaritetsprincippet, ikke det formål, der forfølges, men om forfølgelsen af dette formål kræver handling på fællesskabsplan. Visse fællesskabsformål (som i sig selv berettiger, at der findes en fællesskabskompetence) kan måske forfølges bedre af medlemsstaterne (med den konsekvens, at udøvelsen af denne kompetence ikke er berettiget). For det andet er fællesskabslovgivers hensigt ikke tilstrækkelig til at godtgøre, at subsidiaritetsprincippet overholdes. Sidstnævnte kræver, at forslaget om, at der er behov for handling på fællesskabsplan, bliver rimeligt begrundet [38]. Forslaget skal støttes af mere end blot en fremhævelse af de mulige fordele, der er forbundet med handling på fællesskabsplan. Det indebærer også en fastlæggelse af mulige problemer eller omkostninger, der vil opstå ved at overlade problemet til håndtering i medlemsstaterne. Ved at stille disse krav sætter Domstolen ikke sin vurdering i stedet for fællesskabslovgivers, men tvinger blot denne til at tage subsidiaritet alvorligt.

31. Selv om der som nævnt var en klar kollektiv handling, der berettigede handling på fællesskabsplan på engrosprisniveau, forekommer der ikke at være noget direkte tungtvejende argument for harmoniseringen af detailpriser. Tværtimod synes nationale lovgivningsmyndigheder, således som sagsøgerne har anført, at være bedre i stand til at træffe beslutning om behovet for priskontrol (og i så fald til hvilken pris) på de forskellige nationale markeder. Kommissionen har imidlertid i sit skriftlige indlæg anført, at det ville have medført konkurrencefordrejning at overlade dette til medlemsstaterne, fordi forskellige mobilkommunikationsoperatører i forskellige medlemsstater i så fald ville være omfattet af forskellige prislofter. Dette argument kan ikke tiltrædes. Prisforskelle

37 — Betragtning 16 til roamingforordningen.

38 — Parlamentet og Rådet har understreget i deres indlæg, at beslutningen om at regulere på fællesskabsplan blev støttet af medlemsstaterne gennem ETG. Man kan anføre, at jo mere behovet for et EF-indgreb bestrides, jo større er den byrde, der bliver lagt på fællesskabslovgiver for at begrunde en sådan handling. På den anden side skal selv enstemmig tilslutning fra alle medlemsstater i Rådet ikke anses for at være afgørende ved bedømmelsen af tilstedeværelsen og udøvelsen af en fællesskabskompetence. Det må ikke glemmes, at medlemsstaterne er repræsenteret i Rådet ved deres nationale regeringer. Af denne årsag påvirker udøvelsen af en bestemt kompetence på fællesskabsplan den nationale magtbalance i medlemsstaterne og deres mekanismer for politisk ansvar. Fortolkningen og anvendelsen af kompetencebestemmelser skal også tage hensyn til disse interesser.

mellem medlemsstaterne findes på næsten ethvert område. Sådanne prisforskelle vil måske medføre konkurrencemæssige fordele for de økonomiske operatører i nogle medlemsstater. Som på mange andre områder vil det blot betyde, at priser mellem medlemsstater varierer. I den forbindelse synes der ikke at være nogen klar forskel i forhold til markedet for indenrigsopkald, hvor økonomiske operatører også kan være omfattet af forskellige prislofter. Endvidere kan ikke alle konkurrencemæssige fordele nødvendigvis betegnes som en konkurrencefordrejning. Fællesskabslovgiver skulle have anført et argument til støtte for denne konklusion, hvilket ikke blev gjort [39].

32. På den anden side henset til den omstændighed, at roamingforordningen efter planen skulle udløbe tre år efter dens vedtagelse, må argumentet om, at rettidig pålæggelse af maksimumspriser var nødvendig for at sikre opnåelse af forordningens formål, tillægges en vis vægt. Dette er forbundet med et argument om lovgivningsmæssig effektivitet. Henset til behovet for et EF-indgreb på engrosprisniveau kan det anføres, at det både ville være mere hensigtsmæssigt og passende samtidigt at regulere detailpriser. Engrospriser ville kunne blive fastsat ud fra de påtænkte detailpriser og omvendt, og forbrugerne ville øjeblikkeligt kunne se resultaterne af EF-indgrebet.

33. Det afgørende argument bunder imidlertid i det forhold, at den økonomiske aktivitet, der skal reguleres, er grænseoverskridende. Selv hvis der ikke forelå et tilstrækkeligt væsentligt problem med kollektiv handling på detailprisniveau, kan man med rette anse Fællesskabet for bedre at være i stand til at løse problemet med roamingdetailpriserne end medlemsstaterne. Henset til den tværnationale karakter af den omhandlede økonomiske aktivitet (roaming) kan Fællesskabet både være mere villigt til at løse problemet og bedre i stand til at afveje alle omkostningerne og fordelene for det indre marked ved den påtænkte handling.

34. Det er selve den økonomiske aktivitets grænseoverskridende karakter, der gør fællesskabslovgiveren potentielt mere egnet end de nationale myndigheder til at regulere denne aktivitet — selv på detailtakstniveauet.

39 — Disse betragtninger bør ikke forveksles med den ovenfor nævnte omstændighed, at prislofter kan pålægge hindringer for adgangen til nationale markeder. Argumentet om fordrejet konkurrence henviser til konkurrence på det samme marked under forskellige prisregler og ikke til den omstændighed, at pålæggelsen af et vist prisloft på et nationalt marked måske kan forhindre konkurrenter fra en anden stat i at konkurrere med held (henset til den højere kvalitet eller lavere priser på de varer eller tjenesteydelser, som de potentielt kunne tilbyde, hvis det ikke var for det omhandlede prisloft).

I betragtning af at det drejede sig om at håndhæve fællesskabsretlige rettigheder, kan fællesskabslovgiver måske med rette have konkluderet, at nationale lovgivningsmyndigheder måske ikke ville have givet den prioritet til disse rettigheder, som fællesskabslovgiver fandt nødvendig. Som det blev forklaret af forskellige parter i forskellige dele af de skriftlige indlæg og under retsmødet, fastsættes taksterne for roaming faktisk ofte af mobilkommunikationsoperatører som en del af en pakke, der inkluderer andre tjenesteydelser, såsom indenrigskommunikation. Endvidere er roaming en lille del af disse tjenesteydelser, og efterspørgslen på roaming er mindre end efterspørgslen på indenrigskommunikation [40]. I forbindelse med reguleringen af dette marked kunne man forvente, at de nationale lovgiveres fokus ville være på omkostningerne ved og andre aspekter af indenrigskommunikation og ikke på roamingtaksterne. Det er Fællesskabet, der i kraft af roamings grænseoverskridende karakter har en særlig interesse i at beskytte og fremme denne økonomiske aktivitet. Det er præcis i en sådan situation, at den demokratiske proces i medlemsstaterne sandsynligvis ikke vil kunne føre til en beskyttelse af den grænseoverskridende aktivitet [41].

På denne baggrund kan man forstå, hvorfor fællesskabslovgiver greb ind.

35. Fællesskabslovgiver mener i det væsentlige, at spørgsmålet om detailpriser ikke kunne være blevet overdraget til regulering på nationalt plan, da de 27 forskellige nationale lovgivere måske ville have været for længe om at indføre en effektiv kontrol med detailpriser. Selv om det ikke er nævnt i betragtningen til forordningen, kunne man også anlægge den vurdering, at forsinkelsen fra de nationale lovgiveres side ville være permanent. Nationale lovgivere ville måske ikke have lagt samme vægt på at håndtere roamingpriser som på indenrigskommunikationpriser. I betragtning af at roamingforordningen gør grænseoverskridende aktivitet lettere og hjælper det indre markeds funktion ved at sikre en tilstrækkelig lettelse og beskyttelse af den fællesskabsretlige ret til fri bevægelighed, var det nødvendigt at handle på fællesskabsplan for at sikre, at sådanne rettigheder fik den nødvendige prioritet.

40 — Jf. f.eks. ETG's fælles holdning vedrørende koordineret analyse af markederne for engros international roaming, juni 2005, afsnit 59 (omhandlende efterspørgsel), og ETG's svar, nævnt i fodnote 33, afsnit 3.10-3.11 (omhandlende muligheden for, at besparelser i engrosroamingpriser vil blive anvendt til at sænke omkostningerne for indenrigstjenesteydelser).

41 — Flere forfattere har anført, at EU delvist udleder sin demokratiske legitimation af sin evne til at beskytte mobile aktører, hvis interesser ikke ville være tilstrækkeligt repræsenteret i en demokratisk proces i de enkelte medlemsstater. Jf. senest Alexander Somek, The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders Through Freedom of Movement, U. Iowa Legal Studies Research, skrift nr. 09-23, maj 2009.

36. Endelig giver fastsættelsen af et prisloft, således som Rådet har anført, mulighed for,

at nationale forskelle kan tages i betragtning, når man fastlægger priser under dette niveau. På denne måde efterlader fællesskabslovgivningen stadig en vis margin for indgriben fra medlemsstaterne. Henset til det ovenfor anførte kan fællesskabsforordningen ikke siges at tilsidesætte subsidiaritetsprincippet.

C — *Proportionalitet*

37. For så vidt angår spørgsmålet om proportionalitet må Domstolen vurdere, hvorvidt lovgivers beslutning om, hvordan problemet med høje roamingtakster skulle løses, var forholdsmæssig både med hensyn til artikel 95 EF's formål vedrørende oprettelsen af det indre marked og det politiske formål om forbrugerbeskyttelse, når den afvejes mod medlemsstaternes tab af autonomi og indgrebet i sagsøgernes rettigheder.

38. De parter, der anfægter gyldigheden af roamingforordningen, har anført, at fællesskabslovgiver ved at tilvejebringe et prisloft i hele Fællesskabet overskred grænsen for, hvad der var nødvendigt for at nå målet om en nedsættelse af prisen på roamingtjenester, og derved uberettiget greb ind i sagsøgernes ejendomsret og deres ret til udøvelse af handel. Som Domstolens praksis ved flere lejligheder har gjort det klart, kræves det, at Domstolen, når den vurderer proportionaliteten af de beslutninger, der er truffet af lovgiver, tildeler denne en skønsbeføjelse. Følgelig »må domstolsprøvelsen af udøvelsen af [lovgivers] kompetence[..] [i princippet og på disse områder] […] være begrænset til en undersøgelse af, om der foreligger et åbenbart fejlskøn eller er begået magtfordrejning, eller om lovgiver klart har overskredet grænserne for sit skøn« [42]. Det er rigtigt, at priskontrol er en af de mest påtrængende former for indgreb på markedet og udgør en særlig stærk begrænsning af ejendomsretten og friheden til økonomisk initiativ. Beslutningen om at vedtage priskontrol skal derfor ikke tages let af lovgiver. Imidlertid fremgår det ikke, at fællesskabslovgiver gjorde dette i det foreliggende tilfælde.

39. For det første synes fællesskabslovgiver at have besluttet at gribe ind som en sidste udvej. Konsekvensanalysen beskriver de foranstaltninger, som Kommissionen traf for at forsøge at sænke detailpriserne på roaming, heriblandt konkurrenceretlige undersøgelser, initiativer vedrørende gennemsigtighed, regeludstedelse i henhold til de tidligere bestemmelser og politisk pres [43]. Den advarede uden resultat om, at lovgivningstiltag ville

42 — Dom af 2.4.1998, sag C-127/95, Norbrook Laboratories, Sml. I, s. 1531, præmis 89-90.

43 — Konsekvensanalyse af politikvalgene i forbindelse med et kommissionsforslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om roaming på offentlige mobiltelefonnet i Fællesskabet, KOM(2006) 382 endelig, 12.7.2006, s. 27.

følge, hvis priserne ikke »kom væsentligt tættere på et markedsorienteret niveau« [44]. Den fremlagde også omfattende oplysninger om roamingpriser, der viste, at »detail[roaming] taksterne er meget høje, uden at der er klar begrundelse herfor«, at »en høj detailavance« blev opkrævet, og at nedsættelser af engrostaksterne ofte ikke blev videregivet til detailkunderne [45]. Kommissionen fandt, at operatørerne havde opnået detailavancer på over 200% for opkald foretaget under roaming og på tæt ved 300% eller 400% for modtagne opkald under roaming [46], og at priserne varierede stærkt på måder, der ikke kunne forklares af underliggende omkostninger. På baggrund af de foreliggende oplysninger konkluderede Kommissionen, at detailpriserne for roaming »ikke har nogen meningsfuld forbindelse til de underliggende omkostninger i forbindelse med at levere tjenesten« [47], og at der ikke var nogen grund til at tro, at et fald i engrospriserne ville føre til et fald i detailpriserne [48].

40. Den lovgivningsmæssige tilgang, der blev vedtaget, forekommer ligeledes ikke at være urimelig, henset til de modstridende beviser, der er blevet fremlagt af parterne i forbindelse med punktet om, hvorvidt den form for indgriben, som blev vedtaget af fællesskabslovgiver, var nødvendig. F.eks. henviste de parter, der støtter forordningens gyldighed, til De Europæiske Tilsynsmyndigheders Gruppes bemærkninger om, at priserne for roaming var for høje, og at detailpriskontrol kunne være nødvendig, hvis markedskræfterne skulle vise sig at være utilstrækkelige til at sikre prisnedsættelser [49]. Derimod anførte Vodafone, at den samme gruppe anbefalede, at der indledningsvis skulle vedtages en fleksibel tilgang, der tog hensyn til nationale omstændigheder [50]. Imidlertid kræves det ikke, at fællesskabslovgiver følger alle råd fra sådanne ekspertgrupper. De Europæiske Tilsynsmyndigheders Gruppe udtalte, at høje detailavancer findes [51], og at det var sandsynligt, at nedsættelser af engrospriser ville blive videregivet til forbrugerne som rabatter ved prisfastsættelsen af indenrigsydelser [52] — en løsning der, som nævnt under drøftelsen ovenfor vedrørende muligheden for national regulering, ikke ville håndhæve de pågældende fællesskabsretlige rettigheder. Grænseoverskridende kommunikation ville fortsat blive »diskrimineret«. Endvidere foreslog De Europæiske Tilsynsmyndigheders Gruppe blot, at fællesskabslovgiver afventede, om markedskræfterne ville presse detailpriserne ned. Henset til de mange beviser for, at nedsættelser af engrospriser ikke blev videregivet til detailforbrugerne [53], kunne det ikke kræves, at fællesskabslovgiver anlagde en sådan »vent og se«-tilgang. Som Kommissionen

44 — Viviane Redings bemærkninger til De Europæiske Tilsynsmyndigheders Gruppe, *Towards a True Internal Market for Electronic Communications*, Paris, 8.2.2006, s. 5, jf. også Konsekvensanalyse, nævnt i fodnote 43, s. 12.

45 — Konsekvensanalysen, nævnt i fodnote 43, s. 12.

46 — Konsekvensanalysen, nævnt i fodnote 43, s. 6 og 47.

47 — Konsekvensanalysen, nævnt i fodnote 43, s. 17.

48 — Konsekvensanalysen, nævnt i fodnote 43, s. 48.

49 — ETG's svar, nævnt i fodnote 33, s. 1 og 2.

50 — Ibidem, s. 2.

51 — ETG's svar, nævnt i fodnote 33, afsnit 2.6.

52 — ETG's svar, afsnit 3.10-3.11.

53 — Jf. f.eks. konsekvensanalysen nævnt i fodnote 45. GSM har anført, at konsekvensanalysen af lovgivningen ikke tog tilstrækkeligt hensyn til nylige nedsættelser af detailpriser. Imidlertid anerkendte konsekvensanalysen, at væsentlige prisfald var blevet annonceret, men bemærkede, at Vodafone, T-Mobile, Telefónica O2 og Orange havde annonceret prisfaldene i den sidste uge af konsekvensanalysehøringsperioden, og konkluderede, at prisfaldene fulgte som svar på truslen om regulering snarere end som en følge af markedskræfterne (konsekvensanalysen, s. 10 og 27). Endvidere var nedsættelsen af detailpriser lille, når den blev set i lyset af detailfortjenester på op til 400%, som det er anført i roamingforordningens betragtning 1.

anførte, og som De Europæiske Tilsynsmyndigheders Gruppe selv anerkendte, var hurtighed en vigtig faktor, der skulle tages hensyn til, og af denne grund — i tilgift til den klare konklusion, at priserne, der blev opkrævet for roaming, var for høje — faldt beslutningen om at regulere detailpriser inden for området af muligheder, der stod rimeligt åbne for lovgiver.

41. Endvidere har fællesskabslovgivers anvendelse af priskontrol ikke til formål at opnå en længerevarende regulering af markedspriser, men er i stedet et forsøg på at sænke priserne (og muligvis udløse effektiv konkurrence på markedet) som svar på priser, der var kunstigt fastsat på grund af et markedssvigt, som konkurrencereglerne ikke var i stand til at løse. Dette er tydeliggjort af betragtning 5, 6 og 9 til roamingforordningen, som berører den omstændighed, at De Europæiske Tilsynsmyndigheders Gruppe havde udfoldet store bestræbelser for at håndtere de høje priser gennem de gældende konkurrenceregler, og af betragtning 28, som understreger, at forordningen skal tilskynde til innovative tilbud til roamingkunderne til priser under de tilladte maksimumspriser. Ved at indskrænke forordningens varighed til tre år begrænsede fællesskabslovgiver også den rækkevidde, som disse kontroller ville have på markedet, og tillod, at markedet fik »endnu en mulighed« for at rette dette svigt.

42. Mens priskontroller altid skal vurderes forsigtigt, henset til deres ekstreme virkning på markedet, gør den begrænsede varighed af disse kontroller og deres formål om at rette et markedssvigt, som konkurrencereglerne ikke var i stand til at løse, dem mere acceptable i dette tilfælde. Endvidere formindsker tilstedeværelsen af en udløbsklausul virkningen på de økonomiske operatørers rettigheder. Sådanne klausuler sikrer, at fællesskabslovgiver jævnligt vil revidere sit indgreb på områder, såsom roaming, der gennemgår hurtige sociale og økonomiske forandringer [54]. Hvis fællesskabslovgiver måtte ønske at udvide priskontrollerne eller gøre dem varige, ville

54 — Behovet for jævnlig revision af fællesskabslovgivers valg på dette marked i hastig udvikling er gjort klart i selve rammedirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7.3.2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (EFT L 108, s. 33)). Betragtning 27 til rammedirektivet, der behandler ex ante-regulering, og som er vedtaget for at sikre udviklingen af konkurrenceprægede kommunikationsmarkeder, bestemmer, at »Kommissionen […] regelmæssigt [bør] tage retningslinjerne op til revision for at sikre, at de til stadighed er hensigtsmæssige på et marked i hastig udvikling«.

denne beslutning også skulle være forholdsmæssig, og yderligere grunde ville skulle anføres for at berettige dette.

43. Vodafone anførte også, at efter vedtagelsen af forordningen var priserne for roamingtjenester blevet fastsat tæt ved maksimumsgrænsen, og vurderede, at dette beviste, at forordningen undertrykte priskonkurrence på dette område. Imidlertid kan fastsættelsen af priser på denne måde ligeledes anses for bevis for manglen på priskonkurrence med hensyn til roaming, hvilket støtter den konklusion, at de tidligere højere priser ville være forblevet de samme, hvis ikke lovgiver havde grebet ind. Henset til alle de ovenstående betragtninger kan det derfor ikke fastslås, at lovgivers valg var åbenbart fejlagtigt og derfor medførte et uberettiget indgreb i sagsøgernes rettigheder.

44. En proportionalitetsvurdering kræver også, at Domstolen vurderer, om Fællesskabets større evne til at nå den pågældende lovgivnings mål kan berettige det tab af medlemsstatsautonomi, der er konsekvensen af den af lovgiver valgte tilgang[55]. Parternes bemærkninger vedrørende dette punkt var forholdsvis få. Det er klart, at fastsættelse af en maksimumspris i hele Fællesskabet svækker medlemsstaternes lovgivningsmyndigheders autonomi. Henset til den næsten enstemmige støtte fra de pågældende medlemsstatsinstanser til indførelsen af den omhandlede forordning mister et sådant argument imidlertid noget af dets kraft, og henset til de pågældende reglers begrænsede rækkevidde (roamingtjenester), den skønsbeføjelse, som Domstolen indrømmer lovgiver på disse områder, og fraværet af ethvert begrundet argument fremført af sagsøgerne for det modsatte synspunkt, kan forordningen ikke anses for at være uforholdsmæssig i denne henseende.

55 — Selv om Domstolens seneste domme har drejet sig om fællesskabslovgivnings forholdsmæssighed i lyset af dens grundlæggende formål, som i dommen i sagen Swedish Match, nævnt i fodnote 15, skal forholdsmæssigheden også vurderes i lyset af konsekvenserne for medlemsstaternes autonomi. Jf. på dette punkt Mattias Kumm, »Constitutionalising Subsidiarity in Integrated Markets: The Case of Tobacco Regulation in the European Union«, *European Law Journal*, bind 12, nr. 4, juli 2006, s. 522-524. Generaladvokat Fennelly har også, selv om det er på et andet grundlag, anført, at i modsætning til formål vedrørende det indre marked kan grundlæggende formål — såsom sundhedsfremme — ikke i sig selv opfylde betingelsen om forholdsmæssighed (forslag til afgørelse af 15.6.2000 i sag C-74/99, Imperial Tobacco m.fl., Sml. I, s. 8599, punkt 149).

II — Forslag til afgørelse

45. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer de forelagte præjudicielle spørgsmål på følgende måde:

»Gennemgangen af de af High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) forelagte spørgsmål har intet frembragt, der kan rejse tvivl om gyldigheden af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 717/2007 af 27. juni 2007 om roaming på offentlige mobiltelefonnet i Fællesskabet og om ændring af direktiv 2002/21/EF.«