CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL M. POIARES MADURO van 1 oktober 2009[1]

I — Feiten en rechtskader

1. Een van de moeilijkste, maar tegelijk ook fundamenteelste taken van het Hof is toezicht te houden op de grenzen van het optreden van de Unie. Dit is fundamenteel voor het behoud van het machtsevenwicht tussen de staten en de Unie. Het is ook van wezenlijk belang voor het behoud van een juist machtsevenwicht tussen de eigen instellingen van de Unie. Daarnaast is het houden van toezicht op het optreden van de Unie belangrijk om voor juiste politieke verantwoordelijkheid binnen de staten te zorgen (omdat de Unie hun interne machtsevenwicht beïnvloedt) en voor de juiste verdeling van de politieke verantwoordelijkheid over de Unie en de staten (zodat de burger weet wie waarvoor verantwoordelijk is). Rechterlijk toezicht is evenwel niet de enige wijze waarop toezicht wordt gehouden op de bevoegdheden van de Unie, en meer bepaald de Gemeenschap. Het besluitvormingsproces waaraan de communautaire bevoegdheden onderworpen zijn en de rol die daar bij is toebedeeld aan de lidstaten en verschillende gemeenschapsinstellingen, zijn vaak de meest doeltreffende middelen om op die bevoegdheden toezicht te houden. Het kan gerust worden gesteld dat gedurende lange tijd op het Hof geen beroep is gedaan om een vooraanstaande rol te spelen in het toezicht op de bevoegdheden van de Gemeenschap, juist omdat er reeds vergaande beperkingen aan die bevoegdheden verankerd waren in de besluitvormingsprocessen. Met de toename van de communautaire bevoegdheden en de wijzigingen in het relevante besluitvormingsproces, wordt op het Hof echter steeds vaker een beroep gedaan om die rol te vervullen. Een van de moeilijkste gebieden is dat van de omvang van de communautaire bevoegdheden in de context van de interne markt en meer bepaald de vraag, hoe ver de bevoegdheid van de Gemeenschap reikt om op grond van artikel 95 EG regelgevend op te treden. Deze zaak is daarvan een goed voorbeeld: de kernvraag is of de Gemeenschap op grond van artikel 95 EG prijzen kan reguleren en zo ja, tot op welke hoogte en onder welke voorwaarden. Het staat buiten twijfel dat, in de context van de werking van de interne markt, de Gemeenschap bevoegd is zowel in de door ondernemingen vastgestelde prijzen te interveniëren (met behulp van de mededingingsregels) als in de prijzen die door de lidstaten zijn bepaald (met name met behulp van de vrijverkeersregels). Maar kan de Gemeenschap zelf, op grond van artikel 95 EG, regelgeving vaststellen waarbij bijvoorbeeld prijsbeperkingen worden vastgesteld? Zo ja, onder welke omstandigheden mag zij dit doen? Het door het Hof te geven antwoord hangt af van de algemene opvatting van de doelstelling van artikel 95 EG. Naar mijn mening volgt duidelijk uit de uitlegging die het Hof aan artikel 95 EG heeft gegeven dat dit geen bepaling is die bedoeld is om de Gemeenschap een algemene bevoegdheid tot regulering van de interne markt te geven. Tegelijkertijd heeft het Hof artikel 95 EG echter niet zo beperkt opgevat dat het de Gemeenschap enkel bevoegdheid verleent voor zover noodzakelijk om belemmeringen van de werking van de interne markt weg te nemen. Dit heeft te maken met de dubbele functie van

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

deze bepaling. Het is een bepaling die bedoeld is voor de vaststelling van maatregelen die de instelling en werking van de interne markt tot doel hebben, maar die communautaire maatregelen vervangen overheidsmaatregelen die een waaier van doelstellingen op het gebied van marktregulering nastreven. De omstandigheid dat interventie van de Gemeenschap noodzakelijk is voor de doelstellingen van de interne markt, zou niet mogen afdoen aan het nastreven van andere reguleringsdoelstellingen. De aan artikel 95 EG te geven uitleg moet dit evenwicht bewaren. De rechtvaardiging voor interventie van de Gemeenschap moet zijn gelegen in de doelstelling van marktintegratie, maar die interventie van de Gemeenschap moet de politieke vrijheid om bij de regulering van de markt tussen verschillende beleidsopties te kiezen, in stand laten. Dit onderliggende belang moet richtinggevend zijn bij de uitlegging en de toepassing van artikel 95 in de onderhavige zaak.

2. De onderhavige zaak betreft een betwisting van de geldigheid van verordening (EG) nr. 717/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 27 juni 2007 betreffende roaming op openbare mobieletelefoonnetwerken binnen de Gemeenschap en tot wijziging van richtlijn 2002/21/EG (PB L 171, blz. 32; hierna: „roamingverordening"), die het gemeenschappelijk regelgevingskader (hierna: „GR") heeft gewijzigd door voor de gehele Gemeenschap een maximumprijs („Eurotarief" genoemd) vast te stellen voor roaming [2] op openbare mobieletelefoonnetwerken binnen de lidstaten. Het GR is een samenstel van communautaire maatregelen waarbij een reeks geharmoniseerde procedures is ingevoerd die van toepassing zijn op het regelgevend kader voor elektronischecommunicatiediensten in de gehele Unie. Vóór de vaststelling van de roamingverordening kende het GR de gemeenschapsinstellingen geen bevoegdheid toe om voor de gehele Gemeenschap maximumprijzen voor roaming vast te stellen.

3. Vodafone en andere aanbieders van mobiele communicatie hebben bij de High Court of England and Wales procedures aanhangig gemaakt waarin zij de geldigheid van de roamingverordening aanvechten. De nationale rechter heeft krachtens artikel 234 EG de volgende vragen naar het Hof verwezen:

„a. Is verordening (EG) nr. 717/2007 geheel of gedeeltelijk ongeldig op grond dat artikel 95 EG geen juiste rechtsgrondslag vormt?

2 — „Roaming" verwijst naar het gebruik van het netwerk van een aanbieder van mobiele communicatie in een andere lidstaat dan die van het netwerk van de mobiele telefoon van de gebruiker.

b. Is artikel 4 van verordening (EG) nr. 717/2007 (juncto artikel 2, sub a, en artikel 6, lid 3, voor zover deze verwijzen naar het Eurotarief en de met het Eurotarief samenhangende verplichtingen) ongeldig omdat de oplegging van een plafond voor roamingtarieven op retailniveau in strijd is met het evenredigheids- en/of het subsidiariteitsbeginsel?"

4. Zoals deze vragen al aangeven, wordt de geldigheid van de roamingverordening aangevochten met het betoog dat artikel 95 EG geen juiste rechtsgrondslag voor het optreden van de Gemeenschap vormt en dat, zelfs als dit wel het geval zou zijn, de oplegging van prijsbeheersingsmaatregelen bij de verordening schending van het evenredigheids- en het subsidiariteitsbeginsel oplevert. Ik stel voor dat ik eerst inga op het punt van de rechtsgrondslag en daarna op de punten van de evenredigheid en de subsidiariteit.

5. De relevante leden van artikel 95 EG luiden:

„1. In afwijking van artikel 94 en tenzij in dit Verdrag anders is bepaald, zijn de volgende bepalingen van toepassing voor de verwezenlijking van de doeleinden van artikel 14. De Raad stelt volgens de procedure van artikel 251 en na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité de maatregelen vast inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen.

2. Lid 1 is niet van toepassing op de fiscale bepalingen, op de bepalingen inzake het vrije verkeer van personen en op de bepalingen inzake de rechten en belangen van werknemers.

3. De Commissie zal bij haar in lid 1 bedoelde voorstellen op het gebied van de volksgezondheid, de veiligheid, de milieubescherming en de consumentenbescherming uitgaan van een hoog beschermingsniveau, daarbij in het bijzonder rekening houdend met alle nieuwe ontwikkelingen die op wetenschappelijke gegevens zijn gebaseerd. Ook het Europees Parlement en de Raad zullen binnen hun respectieve bevoegdheden deze doelstelling trachten te verwezenlijken."

6. De relevante leden van artikel 14 EG bepalen het volgende:

„1. De Gemeenschap stelt de maatregelen vast die ertoe bestemd zijn de interne markt geleidelijk tot stand te brengen in de loop van een periode die eindigt op 31 december 1992 overeenkomstig de bepalingen van het onderhavige artikel en van de artikelen 15 en 26, artikel 47, lid 2, en de artikelen 49, 80, 93 en 95, onverminderd de andere bepalingen van dit Verdrag.

2. De interne markt omvat een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van dit Verdrag."

A — *Rechtsgrondslag*

7. Zoals het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld, kan artikel 95 EG als rechtsgrondslag worden gebruikt wanneer sprake is van verschillen tussen nationale regelingen „die de fundamentele vrijheden belemmeren of de mededinging verstoren". [3] Op deze grondslag genomen maatregelen zullen slechts de toets der kritiek doorstaan „wanneer objectief en daadwerkelijk uit de rechtshandeling blijkt dat die tot doel heeft, de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt te verbeteren". [4] Artikel 95 EG biedt geen grondslag voor een algemene bevoegdheid, de interne markt te reguleren. [5] Op artikel 95 EG gebaseerde regelgeving mag niet enkel tot doel hebben de interne markt te reguleren op door de Gemeenschapswetgever gewenste wijze. Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld zou het tegen de bewoordingen van dat artikel indruisen en onverenigbaar zijn met het belangrijke grondwettelijke beginsel dat de bevoegdheden van de Gemeenschap beperkt zijn tot de haar specifiek toegekende bevoegdheden, indien een dergelijk gebruik van artikel 95 EG zou worden toegestaan. [6] Bovendien zou dit conflicteren met het bestaan van andere rechtsgrondslagen in het Verdrag die de Gemeenschap specifieke bevoegdheden toekennen om bepaalde aspecten van de markt te reguleren.

8. Dit betekent niet dat regelgeving die op grond van artikel 95 EG is vastgesteld geen eigen reguleringsdoelstellingen mag nastreven. Indien artikel 95 EG immers zo zou worden uitgelegd dat het de Gemeenschap enkel de bevoegdheden verleent die noodzakelijk zijn om belemmeringen van marktintegratie weg te nemen, zou het optreden van de Gemeenschap altijd andere doelstellingen op het gebied van marktregulering ondergeschikt maken aan hetgeen strikt noodzakelijk is om de belemmeringen van het vrije verkeer weg te nemen. Dat zou neerkomen op de bewering dat de gemeenschapswetgever enkel maatregelen kan vaststellen die wederzijdse erkenning trachten tot stand te brengen, aangezien dergelijke maatregelen steeds zouden volstaan om het ontstaan of voortbestaan van belemmeringen van het vrije verkeer te voorkomen. Elke andere maatregel zou buitensporig zijn indien de gemeenschapswetgever, wanneer op grond van artikel 95 EG wordt opgetreden teneinde belemmeringen van het vrije verkeer weg te nemen, niet verder zou kunnen gaan dan hetgeen volstaat om de belemmeringen van het vrije verkeer weg te nemen. Dat zou betekenen dat artikel 95 EG marktintegratie enkel kan bevorderen door deregulering van nationale markten. Een dergelijke uitlegging zou in artikel 95 EG een zekere beleidsvoorkeur verankeren, zonder dat voor een dergelijke zienswijze steun kan worden gevonden in het Verdrag. Zoals advocaat-generaal Fennelly heeft toegelicht, vereist de rechtspraak van het Hof niet „dat de artikelen 7 A, 57, lid 2, en 100 A van het Verdrag [thans de artikelen 14 EG, 47, lid 2,

3 — Arrest van 10 februari 2009, Ierland/Parlement en Raad (C-301/06, Jurispr. blz. I-593, punten 63-64, „Bewaring van gegevens").

4 — Arrest van 2 mei 2006, Verenigd Koninkrijk/Parlement en Raad (C-217/04, Jurispr. blz. 3771, punt 42).

5 — Arrest van 5 oktober 2000, Duitsland/Parlement en Raad (C-376/98, Jurispr. blz. I-8419, punt 83).

6 — *Ibid.*

EG en 95 EG] moeten worden uitgelegd als een soort liberale beginselverklaring die leidt tot een harmonisatie naar het laagste niveau of slechts naar een soort gemiddelde van de vroegere niveaus in de lidstaten".[7] Bij juiste lezing van artikel 95 EG moet juist onderscheid worden gemaakt tussen datgene wat tot harmonisatie op gemeenschapsniveau aanleiding geeft (het gevaar voor beperkingen van het vrije verkeer of verstoring van de mededinging) en de omvang en inhoud van die harmonisatie. Bij dit laatste moet de waaier van beleidsdoelstellingen kunnen worden nagestreefd die is nagestreefd door de nationale maatregelen die door de gemeenschapsregelgeving worden vervangen. Anders gezegd, artikel 95 EG moet aldus worden uitgelegd dat het de gemeenschapswetgever toestaat om een waaier van reguleringsdoelstellingen na te streven en te wikken, zodra de noodzaak om een bepaald gebied te harmoniseren hem bevoegdheid verleent.

9. Artikel 95 EG kan inderdaad de grondslag vormen voor een intensivering van regulering in aanvulling op maatregelen tot deregulering. Deze beslissing moet in beginsel tijdens het politieke proces worden genomen. Artikel 95, lid 3, EG bepaalt immers specifiek dat de regelgeving waarvoor het de rechtsgrondslag vormt op het gebied van de volksgezondheid, de veiligheid, de milieubescherming en de consumentenbescherming moet uitgaan van een hoog beschermingsniveau. Dergelijke doelstellingen moeten echter deel uitmaken van een algemeen wetgevingskader dat de instelling en werking van de interne markt door onderlinge aanpassing en harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten nastreeft. Anders gezegd, de communautaire maatregel moet bijdragen tot marktintegratie, ook al hoeft deze niet beperkt te zijn tot hetgeen strikt noodzakelijk is ter bevordering van marktintegratie. Hoewel de bevordering van marktintegratie een noodzakelijke voorwaarde is om de Gemeenschap op de voet van artikel 95 EG bevoegdheid te verlenen, hoeft de uitoefening van die bevoegdheid niet beperkt te zijn tot de doelstelling van marktintegratie. Anders zou het niet mogelijk zijn andere gewettigde reguleringsdoelstellingen na te streven, die de lidstaten niet langer zelf kunnen nastreven.

10. Het kernpunt van de betwisting van de geldigheid van de verordening vanwege de rechtsgrondslag heeft hierop betrekking. Vodafone stelt dat aangezien het GR reeds heeft voorzien in uitputtende harmonisatie van de regulering door de lidstaten van de sector mobiele telefonie, de roamingverordening niet tot doel kon hebben om de regels van de lidstaten op dit gebied te harmoniseren. Bijgevolg is bij de verordening een ontoelaatbaar gebruik van artikel 95 EG gemaakt om de interne markt te reguleren.

11. Zoals het Hof herhaaldelijk heeft aangegeven, impliceert het feit dat een bepaald gebied uitputtend is geharmoniseerd op grond van artikel 95 EG „geenszins dat de

7 — Ibid. Conclusie van advocaat-generaal Fennelly, punt 85.

gemeenschapswetgever deze regels niet kan wijzigen of aanpassen, en zo nodig nieuwe regels kan invoeren teneinde de doelstellingen [van de oorspronkelijke harmonisatiemaatregelen] beter te kunnen verwezenlijken". [8] Zoals hierboven is opgemerkt hoeven deze doelstellingen niet beperkt te zijn tot marktintegratie, ook al is dat laatste noodzakelijk om de uitoefening van bevoegdheid door de Gemeenschap te rechtvaardigen. Indien een andere opvatting werd gehuldigd, zou de Gemeenschap tekortkomingen in op artikel 95 EG gebaseerde harmonisatiemaatregelen niet kunnen herstellen. Wanneer de gemeenschapswetgever op grond van artikel 95 EG optreedt, zal hij dit doen op een wijze die bepaalde politieke keuzen weerspiegelt. Dit behelst de keuze voor een bepaald niveau van bijvoorbeeld consumentenbescherming of de verwerping van andere opties die in een hoger of lager beschermingsniveau voorzien. Deze keuzen kunnen onvoorziene negatieve gevolgen hebben of het kan voorkomen, zoals in democratische bestellen kan gebeuren, dat een gewijzigde politieke meerderheid meent dat een eerdere beslissing op een onjuiste belangenafweging berust. Het zou absurd en ondemocratisch zijn indien de gemeenschapswetgever niet zou kunnen terugkomen op eerdere politieke keuzen die zijn gemaakt in de context van op grond van artikel 95 EG vastgestelde regelgeving, om rekening te houden met wijzigingen in de publieke opinie of om onvoorziene negatieve gevolgen van harmonisatiemaatregelen recht te zetten. Zelfs als een harmonisatiemaatregel zoals het GR doelmatig is gebleken in de voorkoming van verstoringen van de mededinging en belemmeringen van het vrije verkeer en kan worden beschouwd als een waarborg voor de instelling en werking van de interne markt, moet het de gemeenschapswetgever vrijstaan om een dergelijke maatregel aan te passen aan voortschrijdende kennis of politieke voorkeuren. [9] Het tegen de vaststelling van de roamingverordening ingebrachte bezwaar dat het GR reeds in harmonisatie van het relevante gebied heeft voorzien, is dus ongegrond.

12. De ondernemingen die tegen de geldigheid van de roamingverordening opkomen hebben voorts gesuggereerd dat de verordening, nu de daarin gekozen aanpak significant afwijkt van die in het GR [10], niet als een wijziging daarvan kan worden beschouwd. Het feit dat de wijzigingsmaatregel niet strookt met de in het GR gekozen aanpak doet niet af aan het feit dat het een wijziging is. Wijzigingen kunnen een harmonisatiemaatregel aanvullen en vervolledigen. [11] Zij kunnen deze ook wijzigen. Een wijziging kan immers juist nodig zijn omdat wordt waargenomen dat

8 — Arrest van 8 november 2007, Gintec (C-374/05, Jurispr. blz. I-9517, punt 29).

9 — Arrest van 10 december 2002, British American Tobacco en Imperial Tobacco (C-491/01, Jurispr. blz. I-11453, punt 80), waarin het Hof heeft verklaard dat het voortschrijden van de wetenschappelijke kennis niet de enige reden is waarom de gemeenschapswetgever kan beslissen de communautaire wetgeving aan te passen, aangezien hij in de uitoefening van de beoordelingsvrijheid waarover hij ter zake beschikt, eveneens rekening kan houden met andere overwegingen, zoals het toegenomen belang dat op politiek en sociaal vlak aan de strijd tegen het roken wordt gehecht.

10 — Het GR voorziet in interventie door de nationale regelgevende instanties en in het algemeen in omstandigheden waarin is aangetoond dat een specifieke marktspeler „aanmerkelijke marktmacht" heeft. De roamingverordening betreft de vaststelling van prijzen voor de gehele Gemeenschap, zelfs in omstandigheden waarin het bestaan van aanmerkelijke marktmacht niet is aangetoond.

11 — Verenigd Koninkrijk/Parlement en Raad, voetnoot 4.

harmonisatiemaatregelen op onbevredigende wijze werken en moeten worden gewijzigd op een wijze die afwijkt van de oorspronkelijk gekozen aanpak. [12] Het Hof heeft duidelijk verklaard dat harmonisatiemaatregelen kunnen worden aangepast op basis van gewijzigde politieke inzichten, door met betrekking tot wijzigingen van het geharmoniseerde stelsel voor tabaksproducten van de Gemeenschap op te merken dat „de gemeenschapswetgever in een dergelijke situatie zijn taak van toezicht op de bescherming van de in het Verdrag erkende algemene belangen […] slechts naar behoren [kan] uitvoeren indien het hem vrijstaat om de relevante communautaire regelgeving aan te passen aan gewijzigde omstandigheden". [13] Gewijzigde opvattingen kunnen tot wijzigingen nopen die afwijken van de aanpak die in de oorspronkelijke harmonisatiemaatregel is gekozen. Het feit dat in de roamingverordening een aanpak is gevolgd die niet strookt met die in het GR, betekent niet dat deze niet als een wijziging daarvan kan worden beschouwd. De buiten twijfel staande grenzen aan de bevoegdheid die de Gemeenschap bij artikel 95 EG is toegekend, kunnen niet zodanig werken dat ze de Unie ertoe dwingen vast te houden aan een bepaalde vorm van harmonisatie, ook als die niet langer als geschikt wordt gezien.

13. Terwijl het de gemeenschapswetgever vrijstaat om door middel van wijzigingsregelgeving terug te komen op de beleidskeuzes die in krachtens artikel 95 EG genomen harmonisatiemaatregelen zijn gemaakt, kan hij zichzelf daarentegen niet de bevoegdheid inruimen om regelgevend op te treden ten aanzien van onderwerpen die buiten de werkingssfeer van artikel 95 EG vallen, enkel door deze maatregelen als wijzigingen te omschrijven. Regelgeving die bijvoorbeeld betrekking heeft op een onderwerp dat verschilt van dat van de oorspronkelijke harmonisatiemaatregel, zoals bijvoorbeeld een wijziging van het GR die beoogt om visquota vast te stellen, kan niet als een geldige wijziging worden beschouwd. [14] Naar mijn mening zou dat ook het geval zijn bij een communautaire wettelijke maatregel die, om een dwaas voorbeeld te geven, het aanbod van roamingdiensten in zijn geheel zou verbieden. [15] De Gemeenschap kan evenmin, door een bepaalde maatregel te presenteren als een wijziging, op geldige wijze regelgeving vaststellen die binnen de bevoegdheid van de lidstaten valt zonder dat wordt aangetoond dat die regelgeving ertoe strekt daadwerkelijke of potentiële verschillen tussen nationale regelingen weg te nemen „die de fundamentele vrijheden belemmeren of de mededinging verstoren". [16] Anders

12 — British American Tobacco en Imperial Tobacco, voetnoot 9, punt 80.

13 — *Ibid.*, punt. 77.

14 — Dit is niet op de onderhavige zaak van toepassing, aangezien de bevoegdheid om maximumprijzen voor roamingdiensten vast te stellen duidelijk valt binnen het bereik dat door de oorspronkelijke harmonisatiemaatregelen werd gedekt, namelijk elektronischecommunicatiediensten binnen de lidstaten.

15 — Het Hof heeft evenwel in zaak C-210/03, Swedish Match (Jurispr. blz. I-11893), aanvaard dat een communautaire maaregel die de handel in een bepaald product geheel verbood, op de voet van artikel 95 EG kon worden vastgesteld, vooropgesteld dat het gevaar bestond dat verschillende nationale wetgevingen tot handelsbelemmeringen konden leiden. Het Hof lijkt te aanvaarden dat het gevaar voor handelsbelemmeringen voor een dergelijk product kan rechtvaardigen dat de verkoop van een dergelijk product in de gehele Gemeenschap totaal wordt verboden. Zelfs als de vraag kan worden gesteld of een dergelijk verbod nog enig verband houdt met de doelstellingen van artikel 95 EG (voor de doelstellingen van artikel 95 kan een beperkt vrij verkeer beter zijn dan in het geheel geen vrij verkeer), verlangt de onderhavige zaak niet van het Hof dat deze discussie opnieuw wordt gevoerd. Zoals later echter duidelijker zal worden, bepleit ik dat voor de vaststelling van om het even welke maatregel (waaronder de maatregel zoals gewijzigd) niet enkel als startpunt de vaststelling van afwijkingen tussen de nationale wetgevingen die handelsbelemmeringen kunnen veroorzaken moet worden genomen om onder artikel 95 EG gerechtvaardigd te zijn. Hij moet bijdragen aan de door artikel 95 EG nagestreefde doelstellingen. Het is echter niet vereist dat het tot deze doelstellingen beperkt blijft.

16 — Bewaring van gegevens, aangehaald in voetnoot 3, punten 63-64.

gezegd, de wijziging zelf hoeft niet gerechtvaardigd te zijn door de noodzaak handelsbelemmeringen of mededingingsverstoringen weg te nemen, maar de gewijzigde maatregel dient wel nog steeds binnen de doelstellingen van artikel 95 EG te passen. Het is echter niet eenvoudig te bepalen, hoe deze beginselen in individuele gevallen toepassing vinden.

14. Om dit te bepalen moet het Hof mijns inziens de wijziging in de context van de algemene regeling plaatsen om zo te beoordelen of deze regeling (zoals gewijzigd) nog steeds als een bevordering van marktintegratie kan worden beschouwd en dus voldoet aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 95 EG. De wijziging kan ook gerechtvaardigd zijn indien zij noodzakelijk is om een bepaald probleem te verhelpen dat als gevolg van de oorspronkelijke harmonisatiemaatregel niet doeltreffend door de lidstaten kan worden verholpen.

15. In de onderhavige zaak zou één benadering om voor de gewijzigde regelgeving een grondslag in artikel 95 EG te vinden, erin kunnen bestaan na te gaan of er gevaar voor onderling afwijkende nationale prijsbeheersingmaatregelen bestond. Dit gevaar mag echter niet worden beoordeeld aan de hand van de situatie na de vaststelling van het GR en de eventuele beperkingen die dit stelde aan de vaststelling van nationale prijsbeheersingsmaatregelen. Anders zou de gemeenschapswetgever niet over de mogelijkheid beschikken om enige maatregel te wijzigen die, in zijn oorspronkelijke vorm, doeltreffend handelsbelemmeringen wegnam, ook al zou zijn weerslag op andere beleidsdoeleinden nu een andere vorm van regulering rechtvaardigen. Dit zou om de hiervóór genoemde redenen onaanvaardbaar zijn: de vaststelling van maatregelen op grond van artikel 95 moet de politieke vrijheid in stand laten om bij de regulering van de markt tussen verschillende beleidsopties te kiezen. Bij de beoordeling die in het kader van artikel 95 moet worden gemaakt, moet niet de vraag worden gesteld of de wijziging noodzakelijk is, in het licht van de gewijzigde regelgeving, om handelsbelemmeringen te voorkomen, maar of de regelgeving in haar gewijzigde vorm nog steeds dient om handelsbelemmeringen te voorkomen. Daarvoor moet worden overwogen wat de situatie zou zijn als het onderwerp in het geheel niet op gemeenschapsniveau zou zijn geregeld. Het ligt voor de hand dat mogelijke handelsbeperkingen als gevolg van nationale prijsbeheersingsmaatregelen [17], kunnen worden voorkomen door grenzen te stellen aan nationale prijsregelingen of door de prijzen op gemeenschapsniveau te reguleren. Het feit dat de gemeenschapswetgever aanvankelijk voor de eerste van deze benaderingen heeft gekozen om handelsbelemmeringen te voorkomen, zou hem er niet van mogen weerhouden om in een later stadium een andere benadering te volgen als de beleidsdoeleinden dat vereisen. Dit betekent niet dat de keuze tussen twee mogelijke manieren om de doelstellingen van artikel 95 te beschermen geheel vrij is voor de gemeenschapswetgever. Dit kan bijvoorbeeld niet het geval zijn in het licht van andere gemeenschapsregels, zoals subsidiariteit en evenredigheid. Dat is echter een andere vraag dan de vraag of een of beide van deze benaderingen (in de aanvankelijke of in de gewijzigde

17 — Zie bijvoorbeeld het arrest van 5 december 2006, Cipolla e.a. (C-94/04 en C-202/04, Jurispr. blz. I-11421).

vorm) aanvaardbaar zijn in het kader van artikel 95 EG. Dat laatste vereist enkel dat er tussen nationale regelingen verschillen bestaan die handelsbelemmeringen of mededingingsverstoringen kunnen doen ontstaan en dat de communautaire maatregel ertoe dient deze te voorkomen. Het schrijft niet voor, welke regulerende maatregelen ter voorkoming daarvan moeten worden getroffen.

16. In dit verband moet nog worden bepaald of er in casu, bij gebreke van gemeenschapsregelgeving, inderdaad gevaar voor verschillende nationale prijsbeheersingsmaatregelen bestond en of deze zodanig waren dat zij handelsbelemmeringen konden doen ontstaan en de vaststelling van communautaire prijsbeheersingsmaatregelen rechtvaardigden. Anders gezegd, was er bij gebreke van het GR gevaar voor belemmeringen van roamingdiensten als gevolg van verschillende nationale prijsbeheersingsmaatregelen?

17. Dat nationale prijsbeheersingsmaatregelen handelsbeperkingen kunnen opleveren is genoegzaam vastgesteld in de rechtspraak van het Hof. Ofschoon dergelijke maatregelen „op zichzelf niet als maatregelen van gelijke werking als een kwantitatieve beperking zijn te beschouwen, kunnen zij zulk een effect sorteren indien de prijzen op een zodanig niveau liggen, dat de ingevoerde producten worden benadeeld ten opzichte van gelijke binnenlandse producten". [18] In de context van een prijsregeling met maximumprijzen is dit het geval „wanneer de prijzen liggen op een niveau dat de afzet van de ingevoerde producten onmogelijk maakt of meer bemoeilijkt dan de afzet van binnenlandse producten". [19] Dit zou het geval zijn indien de maximumprijzen zodanig laag worden vastgesteld dat buitenlandse aanbieders geen redelijke winst kunnen maken [20], indien buitenlandse aanbieders geconfronteerd worden met hogere kosten waarmee bij de vaststelling van de maximumprijs geen rekening is gehouden, of indien het prijsplafond belet dat de door buitenlandse aanbieders aangeboden kwalitatief betere diensten correct kunnen worden vergoed. [21]

18. Niet alle nationale prijsbeheersingsmaatregelen zullen echter potentieel

18 — Arrest van 13 november 1986, Edah (80/85 en 159/85, Jurispr. blz. 3359, punt 11). Zie ook arresten van 26 februari 1976, Tasca (65/75, Jurispr. blz. 291); 24 januari 1978, Van Tiggele (82/77, Jurispr. blz. 25); en 7 mei 1991, Commissie/België (C-287/89, Jurispr. blz. I-2233, punt 17).

19 — Arrest van 19 maart 1991, Commissie/België (C-249/88, Jurispr. blz. I-1275, punt 15).

20 — Commissie/België, aangehaald in voetnoot 19, punt 17.

21 — Zie de punten 69-75 van mijn conclusie in Cipolla e.a., aangehaald in voetnoot 17.

handelsbelemmeringen creëren, terwijl het ontstaan van dergelijke belemmeringen wel waarschijnlijk moet zijn. [22] Naar mijn mening heeft de gemeenschapswetgever noch ten tijde van de vaststelling van de oorspronkelijke maatregel, noch bij de wijziging ervan, aangetoond dat dit gevaar bestond. Paradoxaal genoeg kan het sterkste argument voor het bestaan van een dergelijk gevaar worden afgeleid uit verzoeksters' argument dat het GR, zoals oorspronkelijk door de gemeenschapsrechter vastgesteld, door te vereisen dat aanmerkelijke marktmacht (hierna: „AMM") wordt vastgesteld voordat ex ante regulerend kan worden opgetreden, de mogelijkheid van de lidstaten beperkte om prijsbeheersing in de mobiele communicatiesector in te voeren. Verondersteld moet worden dat het GR een reactie vormde op het gevaar dat de vaststelling van verschillende maximum- of minimumprijzen door de autoriteiten van de lidstaten in de mobiele communicatiesector belemmeringen kon veroorzaken en verstoringen van de mededinging kon doen ontstaan op de gemeenschappelijke markt. Indien dit het geval was, stond de wetgever bij het ontwerp van het GR voor de keuze om dit gevaar af te wenden door de mogelijkheid van de lidstaten te beperken om in deze sector prijzen vast te stellen of door voor de gehele Unie prijzen vast te stellen (de evaluatie van die keuze vanuit het oogpunt van de naleving van het evenredigheids- en het subsidiariteitsbeginsel is een geheel ander onderwerp). Beide keuzen zouden doeltreffend bijdragen tot de werking van de interne markt. Door te vereisen dat AMM wordt vastgesteld voordat ex ante regulerend kon worden opgetreden, heeft de wetgever voor de eerste gekozen. De omstandigheid dat dit een doeltreffende keuze was om te voorkomen dat handelsbelemmeringen of mededingingsverstoringen zouden ontstaan, zou er niet aan in de weg mogen staan dat een andere benadering van de regulering wordt gevolgd, zolang deze regulering blijft bijdragen tot voorkoming van handelsbelemmeringen en mededingingsverstoringen. De werkelijkheid is echter dat het GR in algemene bewoordingen beperkingen stelt aan het regulerend optreden van de lidstaten en noch specifiek bedoeld was om verschillen tussen nationale prijsbeheersingsmaatregelen te voorkomen, noch gebaseerd is op een specifieke vaststelling dat het aannemelijk is dat toekomstige prijsbeheersingsmaatregelen handelsbelemmeringen zullen doen ontstaan. Derhalve is naar mijn oordeel het gevaar dat toekomstige prijsbeheersingsmaatregelen handelsbelemmeringen zullen doen ontstaan, niet in dier voege aangetoond dat dit de vaststelling van communautaire prijsbeheersingsmaatregelen op grond van artikel 95 EG rechtvaardigt.

19. Ik geloof echter dat de gemeenschapswetgever om een andere reden op grond van

22 — Arrest van 12 december 2006, Duitsland/Parlement en Raad (C-380/03, Jurispr. blz. I-11573, punt 37); British American Tobacco en Imperial Tobacco, aangehaald in voetnoot 9, punt 61; Swedish Match, aangehaald in voetnoot 15, punt 30; arrest van 12 juli 2005, Alliance for Natural Health e.a. (C-154/04 en C-155/04, Jurispr. blz. I-6451, punt 29), en Bewaring van gegevens, aangehaald in voetnoot 3, punt 64.

artikel 95 EG de roamingprijzen kon reguleren, namelijk de opheffing van beperkingen van het vrije verkeer als gevolg van gedrag van particuliere partijen dat grensoverschrijdende economische activiteit nadelig beïnvloedt. De prijsverschillen tussen gesprekken binnen de eigen lidstaat en die met gebruikmaking van roaming kan redelijkerwijs worden gezien als een ontmoediging om gebruik te maken van grensoverschrijdende diensten zoals roaming. [23] De door de wetgever gekozen methode om hoge roamingkosten aan te pakken was een prijsplafond voor de gehele Unie. Deze methode moet in het licht van de doelstellingen van artikel 95 EG kunnen worden gerechtvaardigd. Zoals de bewoordingen van dit artikel duidelijk maken zijn deze doelstellingen „de instelling en de werking van de interne markt" [24], waarbij de interne markt „een ruimte zonder binnengrenzen [is] waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van dit Verdrag". [25] De negatieve invloed op grensoverschrijdende activiteiten kan de instelling van een interne markt waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd verhinderen doordat klanten worden ontmoedigd grensoverschrijdend actief te worden, zoals door gebruikmaking van roamingdiensten. Er is wellicht geen activiteit in de mobieletelecommunicatiesector die zo duidelijk grensoverschrijdend is als roaming zelf. De oplegging van een prijsplafond voor roamingdiensten kan op goede gronden worden gezien als dienstig aan de instelling van de interne markt doordat zij belemmeringen voor een grensoverschrijdende economische activiteit wegneemt.

20. Hoewel de oplegging van een prijsplafond met zich heeft gebracht dat voor de gehele Gemeenschap regulering aan particuliere actoren in plaats van overheidslichamen is opgelegd, geeft aanvaarding van een dergelijke maatregel de Gemeenschap nog geen vrijbrief om artikel 95 EG te gebruiken om alle economische activiteit te reguleren. De roamingverordening was een interventie van de gemeenschapswetgever, die niet slechts beoogde handelingen van particuliere partijen met ongewenste effecten aan te pakken, maar handelingen van particuliere partijen die een rechtstreekse nadelige invloed op een grensoverschrijdende economische activiteit (roaming) hadden in vergelijking met een economische activiteit binnenslands (gebruik van mobiele telefoondiensten in het binnenland). Handelingen, die van particuliere actoren daaronder begrepen, die een rechtstreekse nadelige invloed hebben op grensoverschrijdende activiteiten kunnen al snel worden gekenmerkt als belemmeringen voor de instelling van de interne markt. Uiteraard zullen de meeste particuliere handelingen niet potentieel het vrije verkeer beperken en zullen zij als zodanig niet de vaststelling van regelgeving op grond van artikel 95 EG kunnen rechtvaardigen. Alleen wanneer de handelingen van particuliere actoren rechtstreeks betrekking hebben op een grensoverschrijdende activiteit en die grensoverschrijdende activiteit en het vrije verkeer daadwerkelijk kunnen beperken, kan het optreden van de Gemeenschap tot regulering van die handelingen op artikel 95 EG worden gegrond.

23 — Zoals ik in verschillende conclusies heb opgemerkt, het meest recentelijk in mijn conclusie van 22 april 2009, ČEZ (C-115/08, Jurispr. punt 12), kan het nadeliger behandelen van grensoverschrijdende situaties dan zuiver interne situaties een belemmering opleveren van de vrijverkeersrechten waarvan de interne markt afhangt.

24 — Artikel 95 EG.

25 — Artikel 14 EG.

21. In dit verband vraag ik het Hof enkel om op zijn analyse van artikel 95 EG de logische gevolgen toe te passen van zijn rechtspraak over de horizontale toepassing van de vrijverkeersregels. In die rechtspraak heeft het Hof erkend dat in sommige gevallen handelingen van particuliere partijen beperkingen van het vrije verkeer kunnen opleveren. Dit was bijvoorbeeld het geval in International Transport Workers' Federation en Finnish Seamen's Union [26] en Laval un Partneri [27], over vakbondsacties die een reder ervan hadden weerhouden om een schip onder de vlag van een ander land te brengen en een bouwonderneming om diensten in een ander land te verrichten. De vakbondsacties hadden een rechtstreekse invloed op de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten en het Hof oordeelde dat de vrijverkeersregels rechtstreebks op de vakbonden van toepassing waren, ook al waren het particuliere partijen. Ter bereiking van deze conclusie bouwde het Hof voort op eerdere zaken waarin de rechtstreekse weerslag was erkend die particuliere protestacties op het vrije verkeer van goederen konden hebben wanneer zij het vervoer van goederen beletten. [28] Artikel 95 EG biedt de gemeenschapswetgever een grondslag om op te treden in omstandigheden waarin het niet volstaat te verzekeren dat overheidsinstellingen geen acties ondernemen die de fundamentele vrijheden in het gedrang brengen om de werking van de interne markt te waarborgen. [29] Het is alleen maar vanzelfsprekend dat deze beperkingen van het vrije verkeer ook op grond van artikel 95 EG moeten kunnen worden gereguleerd.

22. Het Hof heeft bijvoorbeeld, zoals bekend, vastgesteld dat sommige regels van voetbalbonden die onder meer de grensoverschrijdende transfer van voetbalspelers reguleerden, het vrije verkeer van werknemers beperkten. Het lijkt mij duidelijk dat dit niet alleen een communautair verbod op dergelijke regels zou rechtvaardigen, maar ook de vaststelling van gemeenschapsregels op grond van artikel 95 EG. [30] Als de Gemeenschap een bepaalde handeling van een particuliere partij kan verbieden, zou zij ook bevoegd moeten zijn om die handeling eenvoudig te reguleren.

26 — Arrest van 11 december 2007, International Transport Workers' Federation en Finnish Seamen's Union (C-438/05, Jurispr. blz. I-10779).

27 — Arrest van 18 december 2007, Laval un Partneri (C-341/05, Jurispr. blz. I-11767).

28 — Zie ook arresten van 9 december 1997, Commissie/Frankrijk (C-265/95, Jurispr. blz. I-6959) en 12 juni 2003, Schmidberger (C-112/00, Jurispr. blz. I-5659).

29 — Zie op dit punt von Bogdany en Bast, The Vertical Order of Competences, *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2006. Zie ook Somek, *Individualism*, Oxford, 2008 blz. 128, die, niet zonder kritiek, betoogt dat de recente rechtspraak van het Hof over artikel 95 EG „erkent dat de fundamentele vrijheden en de wetgevende bevoegdheid van de Unie een en hetzelfde doel dienen". Zie ook Weiler, The Constitution of the Common Market Place: The Free Movement of Goods, in Craig en de Búrca, *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999. Ik bepleit echter niet noodzakelijk een dergelijke strikte parallel. Mijn punt is dat in ten minste een aantal gevallen, de redenen om de vrijverkeersregels op particuliere partijen toe te passen tot artikel 95 EG kunnen worden uitgebreid.

30 — Of, hoe en waarvoor deze bevoegdheid zou moeten worden gebruikt is een apart punt en niet een waarover het Hof in deze zaak uitspraak hoeft te doen.

Dit zou niet inhouden dat de Gemeenschap de bevoegdheid krijgt om alle handelingen van deze particuliere partijen te reguleren. Die bevoegdheid zou enkel bestaan wanneer die handelingen, zoals gezegd en overeenkomstig het horizontale bereik van de toepassing van de vrijverkeersregels, rechtstreeks betrekking hebben op een grensoverschrijdende activiteit en die grensoverschrijdende activiteit en het vrije verkeer daadwerkelijk kunnen beperken. Daarentegen zouden maatregelen als een poging om de prijzen van reiskoffers of restaurantmaaltijden te reguleren, niet inhouden dat een rechtstreekse nadelige beïnvloeding van grensoverschrijdende economische activiteit wordt aangepakt. In dat geval kunnen dus niet de weerslag op het vrije verkeer en de instelling van de interne markt worden aangetoond die noodzakelijk zijn om de gemeenschapswetgever bevoegdheid krachtens artikel 95 EG te verlenen.

23. Net zoals de voorwaarden voor toepassing van de vrijverkeersregels op particuliere partijen strikter zijn dan die welke voor toepassing op overheidslichamen gelden, moet ook gemeenschapsregelgeving die op de voet van artikel 95 EG wordt vastgesteld ter regulering van de handelingen van particuliere partijen die de instelling van de interne markt beïnvloeden, aan specifieke voorwaarden voldoen. Evenals in de onderhavige zaak moeten de handelingen een rechtstreekse nadelige invloed op een grensoverschrijdende activiteit hebben. Wanneer de handelingen van particuliere actoren een grensoverschrijdende activiteit daadwerkelijk beperken, moeten zij onderworpen kunnen worden aan gemeenschapsregelgeving.

24. Misschien wordt het standpunt dat ik bepleit nog duidelijker als voor ogen wordt gehouden dat het mede overheidshandelen (of -nalaten) omvat. Zo kan worden gesteld dat wanneer de staat „duldt" dat de exploitanten discriminatoire prijzen [31] tussen roaming en binnenlandse gesprekken toepassen, zulks grensoverschrijdende mobiele communicatie beperkt. In zoverre zou het optreden van de Gemeenschap op grond van artikel 95 EG kunnen worden gerechtvaardigd op grond dat de nationale regels de discriminerende behandeling van grensoverschrijdende mobiele communicatie niet hebben verhinderd.

25. Ik heb nog een laatste punt over de vraag naar de rechtsgrondslag. Zoals gezegd kan de wijziging ook gerechtvaardigd zijn indien zij noodzakelijk is om een specifiek probleem te verhelpen dat als gevolg van de oorspronkelijke harmonisatiemaatregel niet doeltreffend door de lidstaten kan worden verholpen. Zoals zowel in de opmerkingen van Vodafone als in de punten 4 en 9 van de considerans van de roamingverordening wordt opgemerkt, voorzag het regelgevend kader dat bij het GR is ingevoerd enkel in *ex ante* interventie door de nationale regelgevende instanties voor het geval zou worden vastgesteld dat sommige marktdeelnemers AMM uitoefenden. Onder de ingevoerde regeling was bij gebreke van een dergelijke vaststelling interventie door de nationale regelgevende instanties dus niet

31 — De uitdrukking „discriminatoire prijzen" moet in deze context om verschillende redenen behoedzaam worden gebruikt, niet in de laatste plaats omdat er inderdaad legitieme rechtvaardigingen kunnen zijn voor het bestaan van prijsverschillen tussen roaming en binnenlandse gesprekken. Duidelijk lijkt te zijn dat er geen duidelijke rechtvaardiging voor bestaande prijsverschillen is en dat dit de aanleiding was voor interventie door de Gemeenschap.

mogelijk. Aangezien de Commissie [32] en de Europese Groep van regelgevende instanties [33] tot de vaststelling waren gekomen dat de kosten voor roamingdiensten buitensporig waren, zelfs op markten waar geen sprake was van AMM, was het GR zelf een belemmering voor de nationale of EU regelgevende instanties om een regelgevend kader te scheppen dat tot een verlaging van de vergoedingen voor roamingdiensten zou leiden. Wanneer de gemeenschapswetgever vaststelt dat in de context van het geharmoniseerde stelsel sprake is van marktfalen en sociale kosten en deze in feite uit dit regelgevende stelsel voortvloeien, moet de gemeenschapswetgever om de hierboven en de door het Hof in Gintec en Tobacco II uiteengezette redenen [34], deze situatie ter hand kunnen nemen en op nationaal of op gemeenschapsniveau in bevoegdheden kunnen voorzien om een regelgevend kader waarvan is vastgesteld dat het ondoeltreffend werkt aan te passen.

B — *Subsidiariteit*

26. De Gemeenschap heeft dus de bevoegdheid om het probleem van de hoge prijzen voor roamingdiensten aan te pakken door het GR te wijzigen. Zoals gezegd dient niettemin een onderscheid te worden gemaakt tussen de bevoegdheid tot regulering enerzijds en de vraag naar zowel de diepgang van de regulering als het niveau waarop die regulering dient te geschieden anderzijds. Het feit dat op grond van artikel 95 EG regelgeving is aangenomen tot wijziging van eerdere harmonisatiewetgeving, bevrijdt deze nog niet van de beperkingen van de bevoegdheid van de Gemeenschap die aan dat artikel en aan de algemene beginselen van gemeenschapsrecht inherent zijn. Een van de beperkingen die aan het gebruik van artikel 95 EG als rechtsgrondslag verbonden zijn, is het vereiste dat de bevoegdheid die krachtens deze bepaling aan de Gemeenschap wordt verleend, moet worden uitgeoefend op een wijze die evenredig is aan de nagestreefde doelstellingen en gerechtvaardigd moet zijn in het licht van het subsidiariteitsbeginsel.

27. Het besluit van de gemeenschapswetgever om voor de gehele Gemeenschap maximumprijzen vast te stellen op zowel wholesale- als retailniveau geeft aanleiding tot serieuze vragen in verband met het subsidiariteitsbeginsel. Met betrekking tot de wholesaleprijzen is zonder meer duidelijk waarom optreden op gemeenschapsniveau noodzakelijk was. Wholesaletarieven worden door aanbieders buiten de lidstaat van de klant in rekening gebracht. De nationale regelgevende instantie van het land van de klant kan dus geen actie ondernemen tegen aanbieders in

32 — Zie COM (2006) 382 def. van 12 juli 2006.

33 — Antwoord van de Europese Groep van regelgevende instanties op het verzoek van de Commissie om reacties op haar voorgestelde EG-regulering in de internationale roamingmarkt, 22 maart 2006.

34 — Aangehaald in respectievelijk de voetnoten 8 en 9.

het door de klant bezochte land die buitensporige tarieven in rekening brengen bij het thuisnetwerk van de klant. Bovendien worden nationale regelgevende instanties er niet toe aangezet om wholesaletarieven die aan buitenlandse aanbieders en de klanten van die buitenlandse aanbieders in rekening zullen worden gebracht te beheersen.

28. De regulering van de retailtarieven is iets problematischer. Na de vaststelling van maxima voor de wholesaletarieven en met het vervallen van het vereiste dat AMM moest worden vastgesteld voordat regulerend kon worden opgetreden, had de Gemeenschap de nationale regelgevende instanties de bevoegdheid kunnen geven om, indien zij van mening waren dat de door aanbieders in hun land in rekening gebrachte retailtarieven buitensporig waren, maximumretailprijzen voor roamingdiensten vast te stellen. In plaats daarvan is er in de roamingverordening voor gekozen om een maximumretailprijs voor de gehele Gemeenschap vast te stellen. Een dergelijk besluit om een bepaald onderwerp op gemeenschapsniveau in plaats van op nationaal niveau te reguleren, moet worden gerechtvaardigd in het licht van de verplichtingen van de communautaire rechtsorde uit hoofde van het subsidiariteitsbeginsel. Het subsidiariteitsbeginsel, zoals verankerd in artikel 5 EG, brengt mee dat de Gemeenschap slechts optreedt indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt. Anders gezegd, er moet worden vastgesteld dat de gemeenschapswetgever beter dan de nationale wetgever in staat is om de retailtarieven van roamingprijzen te reguleren. In het geval van de wholesaletarieven is het duidelijk dat collectief moest worden opgetreden en dus dat actie op gemeenschapsniveau noodzakelijk was, terwijl dit op het niveau van de retailprijzen niet voor de hand ligt (nadat de wholesaleprijzen op gemeenschapsniveau zullen zijn vastgesteld, kunnen de lidstaten in beginsel de retailprijzen vrij en doeltreffend vaststellen). Is er wellicht een ander probleem waardoor de lidstaten het probleem van de hoge roamingkosten niet op retailniveau kunnen aanpakken?

29. De belangrijkste rechtvaardiging voor de roamingverordening was dat haar doelstellingen, een hoog niveau van consumentenbescherming en ervoor te zorgen dat klanten geen buitensporige tarieven in rekening worden gebracht, „niet voldoende op zekere, geharmoniseerde en tijdige wijze kunnen worden verwezenlijkt en derhalve beter kunnen worden verwezenlijkt op gemeenschapsniveau”. [35]

30. De Raad betoogt dat het subsidiariteitsbeginsel in wezen een subjectief en politiek beginsel is. [36] Deze redenering vervolgend, benadrukt de Raad dat het oogmerk van de gemeenschapswetgever en de nagestreefde

35 — Roamingverordening, punt 38 van de considerans.

36 — Zie op dit punt von Bogdandy en Bast, aangehaald in voetnoot 29.

doelstelling was om, zoals ook in de considerans van de verordening tot uitdrukking wordt gebracht, „een gemeenschappelijke aanpak [in te voeren] om ervoor te zorgen dat de gebruikers van terrestrische publieke mobieletelefoonnetwerken wanneer zij binnen de Gemeenschap reizen, en die telefoongesprekken initiëren of ontvangen, geen buitensporige tarieven betalen voor roamingdiensten in de Gemeenschap, waardoor een hoog niveau van bescherming van de consument wordt bereikt en tegelijkertijd de vrije mededinging tussen de exploitanten van mobiele netwerken gewaarborgd wordt en zowel prikkels voor innovatie als keuzemogelijkheden voor de consument blijven gehandhaafd". [37] Naar mijn mening is noch de door de verordening nagestreefde doelstelling, noch het oogmerk van de wetgever doorslaggevend om te bepalen of het subsidiariteitsbeginsel wordt geëerbiedigd. In de eerste plaats gaat het vanuit het oogpunt van het subsidiariteitsbeginsel niet om de nagestreefde doelstelling, maar om de vraag of voor het nastreven van die doelstelling het optreden van de Gemeenschap vereist is. Sommige communautaire doelstellingen (die op zichzelf bevoegdheid van de Gemeenschap rechtvaardigen) kunnen beter door de lidstaten worden nagestreefd (met als gevolg dat de uitoefening van die bevoegdheid niet gerechtvaardigd is). In de tweede plaats vormt het oogmerk van de gemeenschapswetgever nog geen bewijs dat het subsidiariteitsbeginsel is geëerbiedigd. [38] Dit laatste vereist dat er een redelijke rechtvaardiging moet zijn voor het standpunt dat optreden op gemeenschapsniveau noodzakelijk is. Dit moet worden gestaafd met meer dan alleen de nadruk op de mogelijke voordelen van het optreden van de Gemeenschap. Het houdt ook in dat moet worden vastgesteld met welke eventuele problemen en kosten rekening moet worden gehouden als de aangelegenheid aan de lidstaten zou worden overgelaten. Door dit te vereisen stelt het Hof niet zijn oordeel in de plaats van dat de gemeenschapswetgever, maar dwingt het deze, subsidiariteit ernstig op te vatten.

31. Terwijl zoals gezegd duidelijke afgestemde praktijken een optreden van de Gemeenschap op het niveau van de wholesaleprijzen rechtvaardigden, lijkt er niet direct een overtuigend argument te zijn voor harmonisatie van de retailprijzen. Integendeel, zoals verzoeksters betogen, lijken de nationale regelgevende instanties beter in staat te zijn om over de noodzaak van prijsbeheersingsmaatregelen (en in voorkomend geval over de hoogte van de prijzen) op de verschillende nationale markten te beslissen. De Commissie betoogt in haar schriftelijke opmerkingen echter dat indien deze aangelegenheid aan de lidstaten was overgelaten, zulks zou hebben geleid tot mededingingsverstoringen, omdat verschillende aanbieders van mobiele communicatie in verschillende lidstaten aan verschillende prijsplafonds zouden worden onderworpen. Dit argument houdt geen stand.

37 — Roamingverordening, punt 16 van de considerans.

38 — Het Parlement en de Raad benadrukken in hun opmerkingen dat het besluit om op gemeenschapsniveau te reguleren door de lidstaten werd ondersteund via de Europese Groep van regelgevende instanties. Betoogd kan worden dat hoe meer verzet er tegen de noodzaak tot optreden van de Gemeenschap is, hoe meer last er op de gemeenschapswetgever rust om dergelijk optreden te rechtvaardigen. Daarentegen moet zelfs de unanieme steun van alle lidstaten in de Raad niet als doorslaggevend worden beschouwd voor de beoordeling van het bestaan en de uitoefening van een communautaire bevoegdheid. De lidstaten worden in de Raad vertegenwoordigd door hun nationale regeringen. Om die reden heeft de uitoefening van een bevoegdheid op gemeenschapsniveau een weerslag op het machtsevenwicht binnen de lidstaten en op de wijze waarop deze politieke verantwoordelijkheid hebben ingekleed. Bij de uitlegging en de toepassing van bevoegdheidsregels moet ook met deze belangen rekening worden gehouden.

Prijsverschillen tussen de lidstaten bestaan er op vrijwel elk gebied. Dergelijke prijsverschillen kunnen al dan niet een concurrentievoordeel voor de marktdeelnemers van sommige lidstaten opleveren. Zoals op vele andere gebieden kan dit simpel betekenen dat de prijzen van lidstaat tot lidstaat kunnen variëren. In dit opzicht is er niet veel verschil met de markt voor binnenlandse gesprekken, waar marktdeelnemers ook aan verschillende prijsplafonds zijn onderworpen. Bovendien kunnen niet alle concurrentievoordelen als een verstoring van de mededinging worden bestempeld. De gemeenschapswetgever had ter ondersteuning van deze conclusie argumenten moeten aanvoeren, maar heeft dit niet gedaan. [39]

32. Daar staat tegenover dat, nu de roamingverordening drie jaar na haar vaststelling zou komen te vervallen, aan het argument dat tijdige oplegging van maximumtarieven noodzakelijk was om de doelstellingen van de verordening te bereiken, enig gewicht toekomt. Dit houdt verband met een pleidooi voor wetgevingsefficiency. Gezien de noodzaak van communautaire interventie op het niveau van de wholesaleprijzen, kan worden bepleit dat het doelmatiger en gepaster zou zijn om tegelijkertijd de retailprijzen te reguleren. De wholesaleprijzen kunnen in het licht van de retailprijzen worden vastgesteld en vice versa en de consument zou onmiddellijk de resultaten van de interventie door de Gemeenschap kunnen zien.

33. Het doorslaggevende argument volgt evenwel uit het feit dat de te reguleren economische activiteit grensoverschrijdend is. Zelfs indien de afgestemde praktijken op het niveau van de retailprijzen wellicht geen probleem van voldoende belang opleveren, kan op goede gronden worden verondersteld dat de Gemeenschap beter in staat is dan de lidstaten om het probleem van de retailprijzen voor roaming ter hand te nemen. Omdat de betrokken activiteit (roaming) grensoverschrijdend is, is de Gemeenschap wellicht meer bereid om het probleem aan te pakken en beter in staat om alle kosten en voordelen van het voorgenomen optreden voor de interne markt tegen elkaar op te wegen.

34. Juist omdat de economische activiteit grensoverschrijdend is, plaatst dit de gemeenschapswetgever in een wellicht geschiktere positie dan de nationale instanties om zelfs op het niveau van de retailtarieven te reguleren. Aangezien de verdediging van aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten aan de orde is, kon de gemeenschapswetgever

39 — Dit alles moet niet worden verward met het feit dat, zoals gezegd, prijsplafonds de toegang tot nationale markten kunnen beperken. Het argument inzake concurrentievervalsing heeft betrekking op concurrentie op eenzelfde markt onder verschillende prijsregelingen, niet het feit dat het opleggen van bepaalde prijsplafonds op een nationale markt buitenlandse concurrenten kunnen ontmoedigen om succesvol te concurreren (in het licht van de hogere kwaliteit of de lagere prijzen van producten of diensten die zij mogelijk zouden kunnen aanbieden als de prijsplafonds in kwestie er niet waren).

redelijkerwijs tot de conclusie komen dat de nationale regelgevende instanties niet evenveel prioriteit aan die rechten zouden hebben gegeven als de gemeenschapswetgever noodzakelijk achtte. Zoals immers in verschillende delen van de schriftelijke stukken en ter terechtzitting door verschillende partijen is toegelicht, worden de roamingtarieven vaak als onderdeel van een pakket met daarin andere diensten, zoals binnenlandse communicatie, door de aanbieders van mobiele communicatie vastgesteld. Bovendien is roaming een klein onderdeel van die diensten en is de vraag naar roaming minder groot dan de vraag naar binnenlandse communicatie. [40] Verwacht kan worden dat bij de regulering van deze markt de aandacht van de nationale regelgevende instanties zou uitgaan naar de kosten, en andere aspebcten, van binnenlandse communicatie en niet naar roamingtarieven. Het is juist de Gemeenschap die, vanwege het feit dat roaming grensoverschrijdend is, er bijzonder belang bij heeft deze economische activiteit te beschermen en te bevorderen. Dit is juist het soort situatie waar het democratische proces binnen de lidstaat er waarschijnlijk toe zal leiden dat de bescherming van de grensoverschrijdende activiteit zal falen. [41] Als zodanig is te begrijpen waarom de gemeenschapswetgever is geïntervenieerd.

35. De gemeenschapswetgever suggereert in wezen dat de kwestie van de retailprijzen niet naar het nationale niveau kon worden afgewenteld omdat de 27 verschillende nationale regelgevende instanties teveel tijd nodig zouden hebben om doeltreffende maatregelen ter beheersing van die prijzen te treffen. Hoewel dit niet in de considerans wordt vermeld, zou het standpunt kunnen worden ingenomen dat de vertraging aan de zijde van de nationale regelgevende instanties oneindig zou zijn. Nationale regelgevende instanties zouden mogelijk niet dezelfde aandacht hebben besteed aan het aanpakken van de roamingkosten als aan de kosten voor binnenlandse communicatie. Aangezien de roamingverordening een grensoverschrijdende activiteit faciliteert en tot de werking van de interne markt bijdraagt door te zorgen voor afdoende facilitering en bescherming van aan het gemeenschapsrecht ontleende vrijverkeersrechten, was het noodzakelijk om op gemeenschapsniveau op te treden om zo te verzekeren dat voldoende prioriteit aan deze rechten werd gegeven.

36. Zoals, ten slotte, de Raad opmerkt, maakt de vaststelling van een prijsplafond

40 — Zie bijvoorbeeld het ERG Common Position on the Coordinated Analysis of the Markets for Wholesale International Roaming (Gemeenschappelijk Standpunt inzake de gecoördineerde analyse van de markten voor wholesale internationale roaming) van de Europese Geroep van regelgevende instanties, juni 2005, punt 59 (bespreking van de vraag); Antwoord van de Europese Groep van regelgevende instanties, aangehaald in voetnoot 33, punten 3.10-3.11 (bespreking van de mogelijkheid dat de besparingen op het gebied van de wholesaletarieven voor roaming gebruikt zullen worden om de tarieven voor binnenlandse diensten te verlagen).

41 — Verschillende commentatoren hebben betoogd dat de EU haar democratische legitimiteit gedeeltelijk ontleend aan haar vermogen om mobiele actoren te beschermen waarvan de belangen niet afdoende zijn vertegenwoordigd in het democratische proces binnen een bepaalde lidstaat. Zie recentelijk Somek, *The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders Through Freedom of Movement*, U. Iowa Legal Studies Research paper nr. 09-23, mei 2009.

het mogelijk dat met nationale afwijkingen rekening wordt gehouden bij de vaststelling van prijzen onder dit niveau. Als zodanig laat de gemeenschapsregelgeving dus nog enige ruimte voor interventie door de lidstaten. In het licht van alle voorgaande overwegingen kan niet worden gesteld dat de gemeenschapsregelgeving het subsidiariteitsbeginsel schendt.

C — *Evenredigheid*

37. Met betrekking tot de vraag naar de evenredigheid, moet het Hof nagaan of het besluit van de wetgever over de aanpak van het probleem van de hoge roamingtarieven, gelet op de in artikel 95 EG neergelegde doelstellingen op het gebied van de instelling van de interne markt en de beleidsdoelstelling van consumentenbescherming, evenredig was, afgewogen tegen het verlies van autonomie voor de lidstaten en de inmenging in de rechten van verzoeksters.

38. De ondernemingen die tegen de geldigheid van de roamingverordening opkomen betogen dat de gemeenschapswetgever, door te voorzien in een prijsplafond voor de gehele Unie, verder is gegaan dan noodzakelijk was ter bereiking van de doelstelling van een verlaging van de prijs van roamingdiensten en zich daardoor ten onrechte heeft ingemengd in verzoeksters' eigendomsrechten en hun recht om handel te drijven. Zoals in de rechtspraak reeds bij meerdere gelegenheden duidelijk is gemaakt, moet het Hof bij de beoordeling van de evenredigheid van beslissingen van de wetgever, deze laatste een discretionaire bevoegdheid laten. In beginsel moet op deze terreinen dus „de rechterlijke toetsing van de uitoefening van [zijn] bevoegdheid [door de wetgever] beperkt […] blijven tot de vraag, of er geen sprake is van een kennelijk verkeerde beoordeling of misbruik van bevoegdheid dan wel of de wetgever de grenzen van zijn beoordelingsbevoegdheid niet klaarblijkelijk heeft overschreden".[42] Het is juist dat prijsbeheersingsmaatregelen een van de meest ingrijpende vormen van interventie in de markt zijn en een zeer significante beperking van eigendomsrechten en de vrijheid van economisch initiatief vormen. Het besluit daartoe over te gaan mag door de wetgever niet lichtvaardig worden genomen. Het lijkt echter niet het geval te zijn dat de gemeenschapswetgever dat in deze zaak heeft gedaan.

39. In de eerste plaats lijkt de gemeenschapswetgever het besluit tot interventie als laatste uitweg te hebben genomen. In het verslag over de effectbeoordeling zijn de maatregelen uiteengezet die de Commissie heeft genomen om te trachten de roamingprijzen op retailniveau te verlagen, waaronder mededingingsrechtelijke onderzoeken, initiatieven op het gebied van transparantie, regulerend optreden op grond van het vorige kader en politieke druk.[43] De Commissie heeft waarschuwingen

42 — Arrest van 2 april 1998, *Nobrook Laboratories* (C-127/95, Jurispr. blz. 1531, punten 89-90).

43 — Effectbeoordeling van de beleidskeuzes met betrekking tot het voorstel van de Commissie voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende roaming op publieke mobiele netwerken binnen de Gemeenschap, COM(2006) 382 def., 12 juli 2006, blz. 27.

doen uitgaan dat regulerend zou worden opgetreden indien de prijzen niet „significant naar een marktgeoriënteerd niveau zouden opschuiven", zonder resultaat. [44] Zij heeft ook uitgebreide informatie over roamingprijzen verzameld, die aantoont dat „retailtarieven [voor roaming] erg hoog waren zonder dat daarvoor een duidelijke rechtvaardiging bestond", dat „hoge retailmarges" in rekening werden gebracht en dat verlagingen van de wholesaletarieven vaak niet werden doorgegeven aan retailklanten. [45] Zij stelde vast dat aanbieders retailwinstmarges van meer dan 200 % behaalden op geïnitieerde roaminggesprekken en in de buurt van 300 % of 400 % op ontvangen roaminggesprekken [46] en dat de prijzen grote variaties vertoonden die niet konden worden verklaard door de onderliggende kosten. Op grond van de haar ter beschikking staande informatie concludeerde zij dat roamingprijzen op retailniveau „in geen zinvolle verhouding stonden tot de onderliggende kosten van het aanbieden van de dienst" [47], en dat er geen reden was om aan te nemen dat verlagingen van de wholesaleprijzen zouden leiden tot verlagingen van de retailprijzen. [48]

40. De regulerende aanpak die is gekozen, lijkt evenmin onredelijk in het licht van het tegenstrijdig bewijs dat partijen hebben overgelegd op het punt of de door de gemeenschapswetgever gekozen vorm van interventie noodzakelijk was. Zo hebben de voorstanders van de geldigheid van de verordening gewezen op de bevindingen van de Europese Groep van regelgevende instanties dat de prijzen voor roamingdiensten buitensporig waren en dat prijsbeheersingsmaatregelen noodzakelijk zouden kunnen zijn indien de normale werking van het marktmechanisme onvoldoende zou blijken te zijn om voor prijsverlagingen te zorgen. [49] Vodafone wijst er daarentegen op dat dezelfde groep er aanvankelijk voorstander van was een flexibele aanpak te kiezen die rekening hield met nationale omstandigheden. [50] De gemeenschapswetgever is evenwel niet verplicht alle aanbevelingen van een dergelijke groep van deskundigen over te nemen. De Europese Groep van regelgevende instanties heeft verklaard dat er hoge retailmarges bestaan [51] en dat verlagingen van de wholesaleprijzen wellicht niet in de vorm van kortingen voor binnenlandse diensten zouden worden doorgegeven aan de gebruikers [52], een oplossing die, zoals vermeld in bovenstaande bespreking van de optie van nationale regulering, de betrokken, aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten niet zou versterken. Grensoverschrijdende communicatie zou nog steeds „gediscrimineerd" worden. Bovendien heeft de Europese Groep van regelgevende instanties enkel gesuggereerd dat de gemeenschapswetgever zou moeten wachten om te bezien of de normale werking van het marktmechanisme de retailprijzen zou drukken. Gelet op het overvloedige bewijs dat verlagingen van de wholesaleprijzen niet werden doorgegeven aan retailgebruikers [53], was de

44 — Opmerkingen van Viviane Reding aan de Europese Groep van regelgevende instanties, Towards a True Internal Market for Electronic Communications (Naar een ware interne markt voor elektronische communicatie), Parijs, 8 februari 2006, blz. 5; zie ook Effectbeoordeling, aangehaald in voetnoot 43, blz. 12.

45 — Effectbeoordeling, aangehaald in voetnoot 43, blz. 12.

46 — Effectbeoordeling, aangehaald in voetnoot 43, blz. 47.

47 — Effectbeoordeling, aangehaald in voetnoot 43, blz. 17.

48 — Effectbeoordeling, aangehaald in voetnoot 43, blz. 48.

49 — Antwoord van de Europese Groep van regelgevende instanties, aangehaald in voetnoot 33, blz. 1-2.

50 — *Ibid*. blz. 2.

51 — Antwoord van de Europese Groep van regelgevende instanties, aangehaald in voetnoot 33, punt 2.6.

52 — Antwoord van de Europese Groep van regelgevende instanties, aangehaald in voetnoot 33, punten 3.10-3.11.

53 — Zie bijvoorbeeld Effectbeoordeling, aangehaald in voetnoot 43. GSM betoogt dat de beleidsmatige effectbeoordeling geen rekening heeft gehouden met recente verlagingen van de retailprijzen. De effectbeoordeling heeft echter erkend dat er significante prijsdalingen waren aangekondigd, maar opgemerkt dat Vodafone, T-Mobile, Telefonica O2 en Orange hun prijsverlagingen in de laatste week van de consultatieperiode hadden aangekondigd en geconcludeerd dat de verlagingen een reactie waren op de dreiging van regulering en niet zozeer het gevolg van de normale werking van het marktmechanisme (Effectbeoordeling, blz. 10, 27). Bovendien was de prijsverlaging klein in verhouding tot de retailwinsten die tot 400 % konden bedragen, zoals opgemerkt in punt 1 van de considerans van de roamingverordening.

gemeenschapswetgever niet verplicht een afwachtende houding aan te nemen. Zoals de Commissie heeft betoogd, en de Europese Groep van regelgevende instanties zelf heeft erkend, was tijdigheid een belangrijke factor waarmee rekening moest worden gehouden. Dit in overweging nemend, tezamen met de duidelijke vaststelling dat de prijzen die voor roaming in rekening werden gebracht buitensporig waren, was het besluit om de retailprijzen te reguleren een van de opties die de wetgever redelijkerwijs kon kiezen.

41. Bovendien is het gebruik van prijsbeheersingsmaatregelen door de gemeenschapswetgever niet bedoeld om de marktprijzen op lange termijn te reguleren, maar een poging om de prijzen te doen dalen (en mogelijk effectieve mededinging in de markt uit te lokken) in antwoord op prijzen die kunstmatig gebundeld waren als gevolg van marktfalen dat niet met behulp van de mededingingsregels kon worden aangepakt. Dit wordt geïllustreerd in de punten 5, 6 en 9 van de considerans van de roamingverordening, die ingaan op de moeite die de Europese Groep van regelgevende instanties had om de hoge prijzen door middel van de thans geldende mededingingsregels aan te pakken, en in punt 28, waarin wordt benadrukt dat de verordening een aanmoediging moet zijn voor innovatieve aanbiedingen voor roamingklanten die voordeliger zijn dan de toegestane maximale tarieven. Door de duur van de verordening te beperken tot drie jaar, heeft de gemeenschapswetgever ook de mate waarin deze beheersingsmaatregelen op de markt indringen beperkt en de markt „een tweede kans" gegeven dit falen te corrigeren.

42. Hoewel prijsbeheersingsmaatregelen vanwege hun extreme impact op de markt steeds zorgvuldig moeten worden beoordeeld, kunnen zij in het onderhavige geval sneller worden aanvaard vanwege de beperkte duur ervan en het streven om marktfalen te corrigeren dat niet met behulp van de mededingingsregels kon worden aangepakt. Bovendien beperkt de vervalclausule de impact op de rechten van de marktdeelnemers. Dergelijke clausules zorgen ervoor dat de gemeenschapswetgever zijn interventies op gebieden als roaming, die onderhevig zijn aan snelle sociale en economische veranderingen, periodiek zal herevalueren. [54] Indien de gemeenschapswetgever de prijsbeheeringsmaatregelen zou uitbreiden of ze blijvend

54 — De noodzaak voor de periodieke herziening van de keuzen van de gemeenschapswetgever in deze snel evoluerende markt wordt in de Kaderrichtlijn zelf duidelijk gemaakt [Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn) (PB L 108, blz. 33)]. Punt 27 van de considerans van de Kaderrichtlijn, dat handelt over ex ante regulering die zodanig is ingericht dat de ontwikkeling van concurrerende communicatiemarkten wordt verzekerd, luidt: „De Commissie dient de richtsnoeren regelmatig opnieuw te toetsen teneinde te waarborgen dat deze geschikt blijven in een zich snel ontwikkelende markt".

zou maken, moet dat besluit evenredig zijn en moeten ter rechtvaardiging ervan aanvullende redenen worden aangedragen.

43. Vodafone heeft voorts opgemerkt dat de prijzen voor roamingdiensten na de invoering van de verordening zich rond het maximum hadden gebundeld en dat dit bewijst dat de verordening de mededinging op dit gebied had uitgeschakeld. Dat de prijzen zich op die wijze hebben gebundeld, kan echter ook worden gezien als het bewijs dat prijsconcurrentie op het gebied van roaming ontbreekt, hetgeen de conclusie onderschrijft dat de eerdere hogere prijzen in stand zouden zijn gebleven indien de wetgever niet zou zijn geïntervenieerd. In het licht van een en ander kan dus niet worden gesteld dat de keuze van de wetgever kennelijk onjuist en daardoor een ongerechtvaardigde inmenging in de rechten van de klagers was.

44. Voor een beoordeling van de evenredigheid dient het Hof ook na te gaan of het feit dat de Gemeenschap beter in staat is de doelstellingen van de relevante regelgeving te bereiken, het verlies aan autonomie van de lidstaten dat inherent is aan de door de wetgever gekozen benadering, rechtvaardigt. [55] Partijen hebben op dit punt betrekkelijk weinig opgemerkt. Vaststaat dat de vaststelling van de maximumprijs voor de gehele Gemeenschap de autonomie van de regelgevende instanties van de lidstaten beperkt. Gelet echter op de omstandigheid dat de betrokken instanties van de lidstaten de invoering van de verordening vrijwel unaniem steunden, verliest dit argument aan kracht. Gbezien de beperkte gelding van de betrokken regels (roamingdiensten) en de beoordelingsruimte die het Hof de wetgever bij dergelijke onderwerpen inruimt en nu verzoeksters in dit verband geen gestaafde tegenargumenten hebben aangevoerd, kan niet worden gesteld dat de verordening in dit opzicht onevenredig is.

55 — Hoewel de recente arresten van het Hof zich hebben toegespitst op de evenredigheid van gemeenschapsregelgeving in het licht van wezenlijke doelstellingen, zoals in Swedish Match, aangehaald in voetnoot 15, moet ook de evenredigheid in het licht van de weerslag op de autonomie van de lidstaten in de overwegingen worden betrokken. Zie op dit punt Kumm, Constitutionalising Subsidiarity in Integrated Markets: The Case of Tobacco Regulation in the European Union, *European Law Journal*, nr. 4, juli 2006, blz. 522-524. Advocaat-generaal Fennelly heeft ook betoogd, zij het op een andere grondslag, dat anders dan doelstellingen van de interne markt, wezenlijke doelstellingen, zoals de bevordering van de gezondheid, niet op zichzelf staand kunnen worden gebruikt om aan de evenredigheidseis te voldoen [conclusie van advocaat-generaal Fennelly van 15 juni 2000, Imperial Tobacco e.a. (C-74/99, Jurispr. blz. I-8599, punt 149)].

II — Conclusie

45. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de door de nationale rechter voorgelegde vragen als volgt te beantwoorden:

Bij onderzoek van de vragen van de High Court of Justice of England and Wales, Queen's Bench Division (Administrative Court) is niet gebleken van enig element dat de geldigheid kan aantasten van verordening (EG) nr. 717/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 27 juni 2007 betreffende roaming op openbare mobiele-telefoonnetwerken binnen de Gemeenschap en tot wijziging van richtlijn 2002/21/EG.