JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
M. POIARES MADURO
1 päivänä lokakuuta 2009[1]

I Asiaa koskevat tosiseikat ja oikeussäännöt

1. Yksi tämän tuomioistuimen vaikeimmista mutta samalla keskeisimmistä tehtävistä on valvoa Euroopan unionin toimien rajoja. Tämä on olennaisen tärkeää jäsenvaltioiden ja unionin välisen voimatasapainon säilyttämiseksi. Se on elintärkeää myös unionin omien toimielinten välisen voimatasapainon ylläpitämisen kannalta. Lisäksi unionin toimien valvonta on tärkeää siksi, että voidaan taata toisaalta asianmukainen poliittinen vastuu jäsenvaltioiden sisällä (koska unioni vaikuttaa niiden sisäisiin voimasuhteisiin) ja toisaalta tämän poliittisen vastuun asianmukainen jakaantuminen unionin ja jäsenvaltioiden välillä (niin, että kansalainen tietää, kuka tosiasiassa vastaa mistäkin). Tuomioistuinvalvonta ei kuitenkaan ole ainoa tapa, jolla unionin ja erityisesti yhteisön toimivaltaa valvotaan. Yhteisön toimivaltaa koskevat päätöksentekoprosessit sekä jäsenvaltioille ja yhteisön eri toimielimille tarjottu mahdollisuus osallistua niihin ovat usein tehokkain keino tämän toimivallan valvomiseksi. Voidaan hyvin sanoa, että kului pitkän aikaa ilman, että Euroopan yhteisöjen tuomioistuimeen olisi vedottu, jotta se käyttäisi hallitsevaa asemaansa yhteisön toimivallan valvojana, ja tämä johtui juuri siitä, että toimivallalle oli jo asetettu vahvat rajat sen omissa päätöksentekoprosesseissa. Yhteisön toimivallan laajentuessa ja olennaisissa päätöksentekoprosesseissa tapahtuneiden muutosten myötä tähän tuomioistuimeen vedotaan kuitenkin yhä useammin, jotta se käyttäisi tätä asemaansa. Eräs vaikeimmista aloista koskee yhteisön toimivallan laajuutta sisämarkkina-asioissa ja etenkin sitä, miten laaja on yhteisön valta antaa lainsäädäntöä EY 95 artiklan nojalla. Tämä tapaus on hyvä esimerkki: sen keskiössä on kysymys siitä, voiko yhteisö säännellä hintoja EY 95 artiklan nojalla, ja jos tähän vastataan myöntävästi, niin missä määrin ja millä edellytyksillä se voi näin tehdä. Kiistatonta on se, että sisämarkkinoiden toiminnan osalta yhteisöllä on toimivalta puuttua sekä yritysten asettamiin hintoihin (kilpailulainsäädännön nojalla) että jäsenvaltioiden asettamiin hintoihin (nimittäin vapaata liikkuvuutta koskevien säännösten nojalla), mutta voiko yhteisö itse antaa EY 95 artiklan nojalla lainsäädäntöä, jolla se esimerkiksi asettaa tiettyjä rajoituksia hintoihin? Jos se voi toimia näin, millä edellytyksillä? Vastaus, jonka yhteisöjen tuomioistuin kysymykseen antaa, riippuu siitä yleisestä ymmärryksestä, joka sillä EY 95 artiklan tarkoituksesta on. Tämän tuomioistuimen EY 95 artiklalle antama tulkinta tekee nähdäkseni selväksi, ettei määräyksellä ole tarkoitus antaa yhteisölle yleistä toimivaltaa säännellä sisämarkkinoita. Samanaikaisesti yhteisöjen tuomioistuin ei kuitenkaan ole rajoittanut EY 95 artiklaa siten, että se antaisi yhteisölle ainoastaan aivan välttämättömän toimivallan sisämarkkinoiden toiminnan esteiden poistamiseksi. Syy tähän on löydettävissä kyseisen määräyksen kahtalaisesta luonteesta: määräyksen tarkoituksena on sisämarkkinoiden toteuttamista ja toimintaa koskevien toimenpiteiden toteuttaminen, mutta näillä

1 – Alkuperäinen kieli: englanti.

yhteisön toimenpiteillä korvataan jäsenvaltioiden omia toimenpiteitä, joilla pyritään monenlaisiin markkinasääntelyä koskeviin tavoitteisiin. Se tosiasia, että yhteisön on välttämätöntä puuttua sisämarkkinoita koskeviin asioihin, ei saisi haitata noiden muiden sääntelytavoitteiden toteuttamista. Tulkittaessa EY 95 artiklaa tämä tasapaino on säilytettävä. Yhteisön intervention oikeutus perustuu markkinoiden yhdentymistavoitteeseen, mutta markkinoihin puuttumisen tulisi säilyttää poliittinen vapaus valita useista mahdollisista markkinoiden sääntelypolitiikoista. Tämän taustalla olevan huolen on ohjattava EY 95 artiklan tulkintaa ja soveltamista nyt esillä olevassa asiassa.

2. Tapauksessa on riitautettu verkkovierailuista yleisissä matkapuhelinverkoissa yhteisön alueella ja direktiivin 2002/21/EY muuttamisesta 27.6.2007 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EY) N:o 717/2007 (EUVL L 171, s. 32) (jäljempänä verkkovierailuasetus), jolla yhteistä sääntelyjärjestelmää muutettiin koko yhteisön laajuisten enimmäishintojen (ns. eurotariffin) käyttöön ottamiseksi jäsenvaltioiden yleisissä matkapuhelinverkoissa tehtävien verkkovierailujen [2] osalta. Yhteinen sääntelyjärjestelmä on joukko yhteisön toimenpiteitä, joilla on luotu sähköisen viestinnän palveluiden sääntelyjärjestelmää koko unionin alueella koskevia yhdenmukaistettuja menettelyjä. Ennen verkkovierailuasetuksen antamista yhteinen sääntelyjärjestelmä ei antanut yhteisön toimielimille valtaa asettaa verkkovierailuille koko yhteisön laajuisia enimmäishintoja.

3. Vodafone ja muut kantajat nostivat High Court of Justicessa (England & Wales) kanteen, jossa he riitauttivat verkkovierailuasetuksen pätevyyden. Kansallinen tuomioistuin on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle EY:n perustamissopimuksen 234 artiklan nojalla seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

a) ”Onko asetus (EY) N:o 717/2007 kokonaan tai osittain pätemätön, koska EY 95 artikla ei ole sille asianmukainen oikeusperusta?

2 – Verkkovierailuilla tarkoitetaan matkapuhelinoperaattorin verkon käyttöä muussa jäsenvaltiossa kuin siinä, jossa käyttäjän matkapuhelimen verkko on.

b) Onko asetuksen (EY) N:o 717/2007 4 artikla (luettuna yhdessä 2 artiklan [2 kohdan] a alakohdan ja 6 artiklan 3 kohdan kanssa sikäli kuin näissä säännöksissä viitataan eurotariffiin ja eurotariffia koskeviin velvoitteisiin) pätemätön sillä perusteella, että verkkovierailujen vähittäishintakaton säätämisellä loukataan suhteellisuusperiaatetta ja/tai toissijaisuusperiaatetta?"

4. Kuten näistä kysymyksistä käy ilmi, asetuksen riitauttaminen perustuu väitteeseen, että verkkovierailuasetus on pätemätön sillä perusteella, ettei EY 95 artikla ole yhteisön toimenpiteelle asianmukainen oikeusperusta, ja että vaikka näin ei olisikaan, vähittäishintarajoitusten säätäminen asetuksella oli suhteellisuusperiaatteen ja toissijaisuusperiaatteen vastaista. Käsittelen ensin kysymystä oikeusperustasta ja siirryn sitten käsittelemään oikeasuhteisuuteen ja toissijaisuuteen liittyviä kysymyksiä.

5. EY 95 artiklassa määrätään olennaisilta osin seuraavaa:

"1. Poiketen siitä, mitä 94 artiklassa määrätään, ja jollei tässä sopimuksessa toisin määrätä, 14 artiklassa tarkoitettujen tavoitteiden toteuttamiseksi sovelletaan seuraavia määräyksiä. Neuvosto toteuttaa 251 artiklassa määrättyä menettelyä noudattaen ja talous- ja sosiaalikomiteaa kuultuaan sisämarkkinoiden toteuttamista ja toimintaa koskevat toimenpiteet jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten lähentämiseksi.

2. Mitä 1 kohdassa määrätään, ei sovelleta veroja, henkilöiden vapaata liikkuvuutta eikä työntekijöiden oikeuksia tai etuja koskeviin säännöksiin tai määräyksiin.

3. Komissio perustaa 1 kohdassa tarkoitetut, terveyttä, turvallisuutta, ympäristönsuojelua tai kuluttajansuojaa koskevat ehdotuksensa suojelun korkeaan tasoon ottaen erityisesti huomioon kaiken tieteelliseen tietoon perustuvan uuden kehityksen. Myös Euroopan parlamentti ja neuvosto pyrkivät kumpikin toimivaltansa rajoissa tähän tavoitteeseen."

6. EY 14 artiklan olennaisissa osissa määrätään seuraavaa:

"1. Yhteisö hyväksyy toimenpiteet, joiden tarkoituksena on toteuttaa sisämarkkinat asteittain 31 päivänä joulukuuta 1992 päättyvän kauden kuluessa tämän artiklan, 15 ja 26 artiklan, 47 artiklan 2 kohdan sekä 49, 80, 93 ja 95 artiklan mukaisesti, edellä sanotun kuitenkaan rajoittamatta tämän sopimuksen muiden määräysten soveltamista.

2. Sisämarkkinat käsittävät alueen, jolla ei ole sisäisiä rajoja ja jolla tavaroiden, henkilöiden, palvelujen ja pääomien vapaa liikkuvuus taataan tämän sopimuksen määräysten mukaisesti."

A *Oikeusperusta*

7. Kuten yhteisöjen tuomioistuin on toistuvasti todennut, EY 95 artiklaa voidaan käyttää oikeusperustana tapauksissa, joissa kansallisten säännösten välillä on eroja tai mahdollisia eroja, ”jotka ovat omiaan rajoittamaan perusvapauksia tai vääristämään kilpailua”.[3] Tällä perusteella annetut määräykset tulevat kyseeseen ”ainoastaan, jos säädöksestä ilmenee objektiivisesti ja tosiasiallisesti, että sen tarkoituksena on sisämarkkinoiden toteuttamista ja toimintaa koskevien edellytysten parantaminen”.[4] EY 95 artikla ei anna yleistoimivaltaa sisämarkkinoista säätämiseksi.[5] Sen vuoksi EY 95 artiklaan perustuva lainsäädäntö ei saa pelkästään pyrkiä sääntelemään sisämarkkinoita yhteisön lainsäätäjän näkökulmasta toivottavilla tavoilla. Kuten tämä tuomioistuin on jo aiemminkin todennut, EY 95 artiklan tällaisen käytön salliminen olisi artiklan nimenomaisen sanamuodon vastaista ja loukkaisi tärkeää perustuslaillista periaatetta, jonka mukaan yhteisön toimivalta on erityistoimivaltaa.[6] Lisäksi se olisi ristiriidassa sellaisten perustamissopimukseen sisältyvien muiden oikeusperustojen kanssa, joissa yhteisölle nimenomaan annetaan toimivalta säädellä tiettyjä markkinoiden piirteitä.

8. Tämä ei merkitse sitä, ettei EY 95 artiklan nojalla annetulla lainsäädännöllä saisi olla itsenäisiä sääntelytavoitteita. Jos nimittäin olisi niin, että EY 95 artiklaa olisi tulkittava siten, että siinä annetaan yhteisölle vain se toimivalta, joka on välttämättä tarpeen markkinoiden yhdentymisen esteiden poistamiseksi, pitäisi muut sääntelytavoitteet yhteisön toimissa aina alistaa sille, mikä on ehdottomasti ottaen välttämätöntä vapaan liikkuvuuden esteiden poistamisen kannalta. Tämä johtaisi sellaiseen toteamukseen, että yhteisön lainsäätäjä voisi antaa vain toimia, joilla pyrittäisiin saamaan aikaan vastavuoroinen tunnustaminen, koska sellaiset toimet olisivat aina riittäviä vapaan liikkuvuuden esteiden syntymisen tai pysymisen ehkäisemiseksi. Kaikki muunlaiset toimet olisivat liiallisia, ellei yhteisön lainsäätäjä toimiessaan EY 95 artiklan nojalla pyrkimyksenään poistaa vapaan liikkuvuuden rajoituksia voisi koskaan mennä sen pidemmälle kuin mikä on riittävää vapaan liikkuvuuden esteiden poistamiseksi. Tästä seuraisi, että EY 95 artiklalla voitaisiin edistää markkinoiden yhdentymistä ainoastaan kansallisten markkinoiden sääntelyn purkamisen kautta. Tällainen tulkinta sisällyttäisi artiklaan erityisen poliittisen kannan, vaikka mikään perustamissopimuksessa ei tue tällaista näkemystä. Kuten julkisasiamies Fennelly on todennut, ei yhteisöjen tuomioistuimen ”oikeuskäytännössä edellytetä perustamissopimuksen 7 a artiklan, 57 artiklan 2 kohdan ja 100 a artiklan (joista on tullut 14 artikla, 47 artiklan 2 kohta

3 – Asia C-301/06, Irlanti v. parlamentti ja neuvosto (tietojen säilyttäminen), tuomio 10.2.2009 (Kok., s. I-593, 63 ja 64 kohta).

4 – Asia C-217/04, Yhdistynyt kuningaskunta v. parlamentti ja neuvosto, tuomio 2.5.2006 (Kok., s. I-3771, 42 kohta).

5 – Asia C-376/98, Saksa v. parlamentti ja neuvosto, tuomio 5.10.2000 (Kok., s. I-2247, 83 kohta).

6 – Ibid.

ja 95 artikla) tulkitsemista eräänlaiseksi liberaaliksi peruskirjaksi, joka merkitsee yhdenmukaistamista alimpaan standardiin nähden tai edes kansallisten standardien tiettyyn keskiarvoon nähden".[7] EY 95 artiklan asianmukaisessa tulkinnassa on sen sijaan tehtävä ero sen välillä, mitä yhteisön yhdenmukaistamistoimien pontimena on (vapaan liikkuvuuden rajoitusten tai kilpailun vääristymisen riski) ja mikä toisaalta on tämän yhdenmukaistamisen ulottuvuus ja sisältö. Viimeksi mainitun osalta on voitava pyrkiä niihin monenlaisiin poliittisiin tavoitteisiin, joihin yleensä pyritään niillä kansallisilla toimilla, jotka yhteisön lainsäädäntö korvaa. Toisin sanoen EY 95 artiklaa on tulkittava siten, että se sallii yhteisön lainsäätäjän tavoitella erilaisia sääntelypäämääriä ja tasapainotella niiden välillä, kun tarve yhdenmukaistaa tiettyä alaa on ensin synnyttänyt sille toimivallan.

9. EY 95 artikla voikin sääntelyn purkamisen ohella olla perustana myös sääntelyn tehostamiselle. Tämä on lähtökohtaisesti poliittisessa prosessissa tehtävä päätös. EY 95 artiklan 3 kohdassa määrätäänkin nimenomaisesti, että lainsäädännön, jonka oikeusperusta artikla on, tavoitteena on oltava terveyden, turvallisuuden, ympäristönsuojelun ja kuluttajansuojan korkea taso. Tällaisten tavoitteiden on kuitenkin oltava osa kattavaa lainsäädännöllistä kehystä, jonka päämääränä on sisämarkkinoiden toteuttaminen ja toiminta jäsenvaltioiden lakien, asetusten tai hallinnollisten toimien lähentämisen ja yhdenmukaistamisen keinoin. Toisin sanoen yhteisön toimien on edistettävä markkinoiden yhdentymistä, mutta niiden ei tarvitse rajoittua siihen, mikä on markkinoiden yhdentymisen edistymisen kannalta aivan välttämätöntä. Vaikka markkinoiden yhdentymisen edistäminen on välttämätön edellytys, jotta yhteisö olisi EY 95 artiklan nojalla toimivaltainen, tämän toimivallan harjoittamisen ei tarvitse rajoittua markkinoiden yhdentymisen tavoitteeseen. Jos näin olisi, se asettaisi kyseenalaiseksi sellaisten muiden, oikeutettujen sääntelypäämäärien tavoittelun, joita jäsenvaltiot eivät enää itse voi tavoitella.

10. Asetuksen riitauttaminen sen oikeusperustan perusteella liittyy olennaisesti juuri tähän kysymykseen. Vodafone väittää, että koska matkapuhelinalan sääntely jäsenvaltioissa oli jo kattavasti yhdenmukaistettu yhteisellä sääntelyjärjestelmällä, ei verkkovierailuasetuksen tavoitteena voinut olla jäsenvaltioiden säännösten yhdenmukaistaminen tällä alalla. Näin ollen asetuksessa EY 95 artiklaa käytettiin väärin sisämarkkinoiden sääntelytarkoituksiin.

11. Kuten yhteisöjen tuomioistuin on toistuvasti huomauttanut, se tosiasia, että tietty ala on jo EY 95 artiklan nojalla tyhjentävästi yhdenmukaistettu, ei kuitenkaan merkitse sitä, "että yhteisön lainsäätäjä ei voisi muuttaa tai mukauttaa näitä sääntöjä ja tarvittaessa ottaa

7 – Em. asia C-376/98, julkisasiamies Fennellyn ratkaisuehdotuksen 85 kohta.

käyttöön uusia sääntöjä, jotta [alkuperäisten yhdenmukaistamistoimien] päämäärät saavutetaan paremmin".[8] Näiden päämäärien, kuten jo edellä todettiin, ei tarvitse rajoittua markkinoiden yhdentymiseen, vaikka markkinoiden yhdentyminen onkin välttämätöntä yhteisön toimivallan käytön oikeuttamiseksi. Toisenlainen tulkinta merkitsisi sitä, ettei yhteisö voisi korjata EY 95 artiklaan perustuvien yhdenmukaistamistoimien epäkohtia. Kun yhteisön lainsäätäjä toimii EY 95 artiklan nojalla, se tekee tämän tavalla, joka heijastaa tiettyjä poliittisia valintoja. Tämä merkitsee sitä, että valitaan esimerkiksi kuluttajansuojan osalta tietty taso, jolloin hylätään muut vaihtoehdot, joista seuraisi korkeampi tai matalampi kuluttajansuojan taso. Näillä valinnoilla voi olla ennalta arvaamattomia kielteisiä seuraamuksia, tai – kuten demokraattisissa järjestelmissä tapahtuu – poliittisten enemmistöjen vaihtumisen myötä uusi enemmistö saattaa katsoa, että aiempi päätös merkitsi epäasianmukaista kompromissia eri intressien välillä. Olisi järjetöntä ja epädemokraattista, jos yhteisön lainsäädännössä ei voitaisi arvioida uudelleen aikaisempia poliittisia valintoja, jotka on tehty EY 95 artiklaan perustuvan lainsäädännön puitteissa, ja peilata näin yleisessä mielipiteessä tapahtuneita muutoksia ja tietämyksen kehittymistä tai puuttua yhdenmukaistamistoimenpiteiden mahdollisiin ennakoimattomiin kielteisiin seuraamuksiin. Silloinkin, kun sellainen yhdenmukaistamistoimi kuin yhteinen sääntelyjärjestelmä on osoittautunut tehokkaaksi kilpailun vääristymisen ja vapaan liikkuvuuden esteiden ehkäisemisessä ja kun sen voidaan katsoa takaavan sisämarkkinoiden toteutuminen ja toiminta, yhteisön lainsäätäjällä on oltava vapaus mukauttaa kyseistä toimea tiedon kehittymisen tai poliittisten mieltymysten mukaisesti.[9] Väite, ettei verkkovierailuasetusta olisi saanut antaa, koska yhteisellä sääntelyjärjestelmällä oli jo yhdenmukaistettu kyseinen ala, on näin ollen perusteeton.

12. Verkkovierailuasetuksen riitauttaneet osapuolet ovat lisäksi esittäneet, että koska asetuksessa omaksuttiin lähestymistapa, joka erosi merkittävästi yhteiseen sääntelyjärjestelmään sisältyneestä lähestymistavasta,[10] asetusta ei voida pitää kyseiseen järjestelmään tehtynä muutoksena. Se, että muutoksen toteuttava toimi saattaa olla epäjohdonmukainen yhteisessä sääntelyjärjestelmässä omaksutun lähestymistavan kanssa, ei muuta sitä, että kyseessä on muutos. Muutoksilla yhdenmukaistamistoimenpidettä voidaan täydentää.[11] Sitä voidaan myös muuttaa niillä. Muutoksen tarve saattaa nimittäin syntyä juuri siitä, että tiettyjen yhdenmukaistamistoimenpiteiden huomataan toimivan

8 – Asia C-374/05, Gintec, tuomio 8.11.2007 (Kok., s. I-9517, 29 kohta).

9 – Asia C-491/01, British American Tobacco (Investments) ja Imperial Tobacco, tuomio 10.12.2002 (Kok., s. I-11453, 80 kohta), jossa tuomioistuin toteaa, ettei tieteellinen kehitys ole ainoa peruste, jolla yhteisön lainsäätäjä voi päättää yhteisön lainsäädännön mukauttamisesta, sillä sen on tällä alalla käyttämänsä harkintavallan rajoissa otettava huomioon myös muita perusteita, kuten tupakoinnin vastaisille toimenpiteille poliittisesti ja yhteiskunnallisesti annettava yhä suurempi painoarvo.

10 – Yhteisessä sääntelyjärjestelmässä kansallisille sääntelyviranomaisille on jätetty mahdollisuus toimiin, yleensä tilanteissa, joissa tietyllä markkinatoimijalla on osoitettu olevan "huomattava markkinavoima". Verkkovierailuasetuksessa määritellään yhteisön laajuiset hinnat myös tilanteisiin, joissa huomattavaa markkinavoimaa ei ole osoitettu olevan.

11 – Edellä alaviitteessä 4 mainittu asia Yhdistynyt kuningaskunta v. parlamentti ja neuvosto.

epätyydyttävästi niin, että niihin on tehtävä muutoksia, jotka eivät ole johdonmukaisia alkuperäiseen lähestymistapaan nähden. [12] Yhteisöjen tuomioistuin on selkeästi ilmaissut, että yhdenmukaistamistoimia voidaan mukauttaa poliittisten näkemysten muutosten perusteella, kun se yhteisön tupakkatuotteita koskevaan yhdenmukaistettuun järjestelmään tehtyjen muutosten osalta totesi, että ”yhteisön lainsäätäjä voi –– täyttää perustamissopimuksessa tunnustettujen yleisten etujen –– turvaamista koskevan tehtävänsä asianmukaisesti ainoastaan siinä tapauksessa, että sen sallitaan mukauttavan yhteisön lainsäädäntöä olosuhteiden muutosten tai tieteellisen kehityksen mukaisesti”. [13] Olosuhteiden muuttuminen saattaa edellyttää muutoksia, jotka poikkeavat alkuperäisessä yhdenmukaistamistoimenpiteessä omaksutusta lähestymistavasta. Se, että verkkovierailuasetuksessa omaksuttiin lähestymistapa, joka oli epäjohdonmukainen yhteisessä sääntelyjärjestelmässä omaksutun lähestymistavan kanssa, ei merkitse sitä, ettei ensin mainittua voitaisi pitää viimeksi mainittuun tehtynä muutoksena. Ne rajat, jotka EY 95 artiklassa yhteisölle annetulla toimivallalla kiistatta on, eivät voi toimia siten, että unionin edellytetään pitäytyvän tietyssä yhdenmukaistamisen muodossa silloinkin, kun kyseistä yhdenmukaistamista ei enää pidetä asianmukaisena.

13. Toisaalta on niin, että vaikka yhteisön lainsäätäjän sallitaan lainsäädäntöä muuttamalla arvioida uudelleen EY 95 artiklan nojalla säädetyillä yhdenmukaistamistoimenpiteillä tehtyjä poliittisia valintoja, se ei kuitenkaan voi myöntää itselleen toimivaltaa antaa lainsäädäntöä asioista, jotka eivät kuulu EY 95 artiklan piiriin, pelkästään määrittelemällä kyseiset toimenpiteet muutoksiksi. Lainsäädäntöä, joka koskisi esimerkiksi alkuperäisen yhdenmukaistamistoimenpiteen alasta poikkeavaa alaa, kuten yhteiseen sääntelyjärjestelmään tehtyä muutosta, jolla pyrittäisiin määrittämään esimerkiksi kalastuskiintiöitä, ei voitaisi pitää pätevänä muutoksena. [14] Nähdäkseni sama koskisi myös yhteisön oikeuden toimea, jolla – ottaakseni järjenvastaisen esimerkin – verkkovierailupalveluiden tarjoaminen kiellettäisiin kokonaan. [15] Yhteisö ei myöskään – pelkästään määrittelemällä tietyn toimen muutokseksi – voi pätevästi antaa lainsäädäntöä sellaisten alojen yhdenmukaistamiseksi, jotka kuuluvat jäsenvaltioiden päätäntävaltaan, ellei se edellytys täyty, että kyseisessä lainsäädännössä osoitetaan sen tähtäävän sellaisten kansallisten sääntöjen välisten erojen tai mahdollisten erojen poistamiseen, ”jotka ovat omiaan rajoittamaan perusvapauksia tai vääristämään kilpailua”. [16]

12 – Edellä alaviitteessä 9 mainittu asia British American Tobacco (Investments) ja Imperial Tobacco, tuomion 80 kohta.

13 – Ibid., 77 kohta.

14 – Tämä ei koske nyt esillä olevaa asiaa. Enimmäishintojen vahvistaminen kuuluu selvästi niiden alkuperäisten yhdenmukaistamistoimenpiteiden alaan, jotka koskivat sähköisen viestinnän palveluita jäsenvaltioissa.

15 – Asiassa C-210/03, Swedish Match, tuomio 14.12.2004 (Kok., s. I-11893), yhteisöjen tuomioistuin kuitenkin hyväksyi sen, että EY 95 artiklan nojalla voitiin antaa yhteisön toimi, jossa tietyn tuotteen myynti kokonaan kiellettiin, kun oli olemassa vaara, että toisistaan eriävät kansalliset lait synnyttäisivät esteitä kyseisen tuotteen kaupalle. Yhteisöjen tuomioistuin näyttää myöntävän, että kyseistä tuotetta koskevien kaupan esteiden vaara voi oikeuttaa sen, että yhteisö kieltää kyseisen tuotteen myynnin kokonaan. Vaikka voidaan kysyä, missä määrin tällainen kielto on enää missään yhteydessä EY 95 artiklan päämääriin (EY 95 artiklan päämäärien kannalta rajoitettu vapaa liikkuvuus saattaa olla parempi kuin vapaan liikkuvuuden puuttuminen kokonaan), ei nyt esillä oleva asia vaadi yhteisöjen tuomioistuimelta tämän kysymyksen käsittelemistä uudelleen. Kuten jäljempänä selvemmin tulee ilmi, kannatan kuitenkin näkemystä, jonka mukaan se, että toimen (muutettu toimi mukaan lukien) antaminen olisi EY 95 artiklan nojalla oikeutettua, ei vaadi lähtökohtaisesti pelkästään sitä, että kansallisten lakien välillä on todettu eroja, jotka voivat luoda kaupan esteitä, vaan sen tulee myös edistää EY 95 artiklalla tavoiteltuja päämääriä. Sen ei kuitenkaan tarvitse rajoittua kyseisiin päämääriin.

16 – Edellä alaviitteessä 3 mainittu asia Irlanti v. parlamentti ja neuvosto (tietojen säilyttäminen), tuomion 63 ja 64 kohta.

Toisin sanoen muutosta itseään ei tarvitse oikeuttaa tarpeella poistaa kaupan esteitä tai kilpailua vääristäviä tekijöitä, mutta muutetun toimen on edelleen palveltava EY 95 artiklan tavoitteita. Sen määritteleminen, miten näitä periaatteita yksittäisissä tapauksissa sovelletaan, ei kuitenkaan ole helppo tehtävä.

14. Nähdäkseni tällainen määrittely edellyttää sitä, että yhteisöjen tuomioistuin tarkastelee muutosta suhteessa koko lainsäädäntöön ja arvioi, voidaanko kyseisen lainsäädännön (sellaisena kuin se on muutoksella muutettuna) edelleen katsoa edistävän markkinoiden yhdentymistä ja siten täyttävän EY 95 artiklan soveltamiselle asetetut ehdot. Muutos voi olla oikeutettu myös, jos on tarpeen puuttua johonkin tiettyyn ongelmaan, jota jäsenvaltiot eivät alkuperäisen yhdenmukaistamistoimenpiteen vuoksi voi tehokkaasti ratkaista.

15. Nyt esillä olevassa asiassa eräs lähestymistapa, jolla voitaisiin löytää EY 95 artiklan mukainen perusta käsiteltävänä olevalle lainsäädännölle, sellaisena kuin se on muutettuna, olisi todeta, että olemassa oli toisistaan eroavien kansallisten hintavalvontatoimenpiteiden vaara. Tällaista vaaraa ei kuitenkaan voida arvioida sen tilanteen perusteella, joka vallitsi yhteisen sääntelyjärjestelmän hyväksymisen sekä niiden mahdollisten rajoitusten jälkeen, joita tästä seurasi kansallisten hintavalvontatoimenpiteiden antamiselle. Jos näin olisi, yhteisön lainsäätäjän olisi mahdotonta muuttaa toimenpidettä, joka oli alkuperäisessä muodossaan tehokas kaupan esteiden poistamisessa, vaikka sen vaikutus muihin poliittisiin tarkoitusperiin nyt oikeuttaisikin toisenlaisen sääntelyn. Tätä ei edellä eritellyistä syistä voitaisi hyväksyä: toimenpiteen antamisen EY 95 artiklan nojalla tulee aina turvata poliittinen vapaus valita jokin lukuisista poliittisista vaihtoehdoista markkinoiden sääntelyssä. EY 95 artiklan nojalla tehtävässä arvioinnissa ei pidä kysyä sitä, onko muutos (muutetun lainsäädännön valossa) välttämätön kaupan esteiden torjumiseksi, vaan sitä, palveleeko lainsäädäntö muutettuna yhä kaupan esteiden torjumista. Tätä varten on pohdittava, millainen tilanne olisi ilman minkäänlaista yhteisön sääntelyä kyseisessä asiassa. On ilmeistä, että mahdolliset kaupan esteet, jotka johtuvat kansallisista hintavalvontatoimenpiteistä,[17] voidaan torjua joko asettamalla rajoituksia kansalliselle hintasääntelylle tai sääntelemällä hintoja yhteisön tasolla. Sen, että yhteisön lainsäätäjä on alun perin valinnut kaupan esteiden torjumiseen näistä kahdesta lähestymistavasta edellisen, ei tulisi estää toisenlaisen lähestymistavan omaksumista myöhemmin, jos muut poliittiset päämäärät sitä edellyttävät. Tämä ei tarkoita sitä, että yhteisön lainsäätäjä olisi täysin vapaa valitsemaan kahden erilaisen EY 95 artiklan päämäärien turvaamisen tavan välillä. Näin ei yhteisön muiden sääntöjen, kuten toissijaisuus- ja suhteellisuusperiaatteiden, perusteella välttämättä ole. Tämä

17 – Ks. esim. yhdistetyt asiat C-94/04 ja C-202/04, Cipolla ym., tuomio 5.12.2006 (Kok., s. I-11421).

on kuitenkin eri kysymys kuin sen määrittäminen, onko kumpikaan noista lähestymistavoista EY 95 artiklan nojalla hyväksyttävä (alun perin tai muutoksena). Jälkimmäinen edellyttää vain sitä, että kansallisissa lainsäädännöissä on eroja, jotka voivat saada aikaan kaupan esteitä tai kilpailun vääristymistä, ja että yhteisön toimenpide torjuisi näitä. Se ei tarkoita, että olisi valittava jokin tietty sääntely, jolla torjunnan on tapahduttava.

16. Tässä suhteessa on vielä ratkaistava, oliko nyt esillä olevassa asiassa ilman yhteisön lainsäädäntöä todella olemassa toisistaan eroavien kansallisten hintavalvontatoimenpiteiden vaara ja olivatko nämä toimenpiteet sellaisia, että niiden katsottiin voivan synnyttää kaupan esteitä ja että ne oikeuttivat yhteisön hintavalvontatoimenpiteiden antamisen. Toisin sanoen, oliko – yhteisen sääntelyjärjestelmän puuttuessa – olemassa toisistaan eroavista kansallisista hintavalvontatoimenpiteistä johtuva verkkovierailupalveluiden esteiden vaara?

17. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan kansalliset hintavalvontatoimenpiteet voivat saada aikaan kaupan rajoituksia. Vaikka ne eivät ”sinänsä ole vaikutukseltaan määrällisiä rajoituksia vastaavia toimenpiteitä”, ”niillä voi olla tällainen vaikutus, jos hinnat ovat sellaisella tasolla, että maahantuodut tuotteet ovat epäedullisemmassa asemassa kuin identtiset kotimaiset tuotteet”.[18] Hintajärjestelmissä, joihin sisältyy enimmäishintoja, tämä toteutuu, ”jos hinnat ovat sellaisella tasolla, että maahan tuotujen tuotteiden myyminen on mahdotonta tai vaikeampaa kuin kotimaisten tuotteiden myyminen”.[19] Tämä olisi tilanne silloin, kun enimmäishinnat on asetettu niin mataliksi, etteivät ulkomaiset tarjoajat voi saada kohtuullista tuottoa,[20] kun ulkomaisilla tarjoajilla on suurempia kuluja, joita ei ole otettu huomioon enimmäishintaa asetettaessa, tai kun hintakatto estää asianmukaisen korvauksen maksamisen ulkomaisten tarjoajien tarjoamista laadukkaammista tuotteista.[21]

18. Kaikki kansalliset hintavalvontatoimenpiteet eivät kuitenkaan ole sellaisia, että ne

18 – Yhdistetyt asiat 80/85 ja 159/85, Nederlandse Bakkerij Stichting v. Edah, tuomio 13.11.1986 (Kok., s. 3359, 11 kohta). Ks. myös asia 65/75, Tasca, tuomio 26.2.1976 (Kok., s. 291, Kok. Ep. III, s. 53); asia 82/77, Van Tiggele, tuomio 24.1.1978 (Kok., s. 25, Kok. Ep. IV, s. 1) ja asia C-287/89, komissio v. Belgia, tuomio 7.5.1991 (Kok., s. I-2233, 17 kohta).

19 – Asia C-249/88, komissio v. Belgia, tuomio 19.3.1991 (Kok., s. I-1275, 15 kohta).

20 – Em. asia komissio v. Belgia, tuomion 17 kohta.

21 – Ks. edellä alaviitteessä 17 mainituissa yhdistetyissä asioissa Cipolla ym. antamani ratkaisuehdotuksen 69–75 kohta.

saattaisivat luoda kaupan esteitä, ja tällaisten esteiden syntymisen on oltava todennäköistä. [22] Minun nähdäkseni yhteisön lainsäätäjä ei alkuperäisen toimenpiteen eikä muutoksenkaan yhteydessä ole osoittanut, että tällaista vaaraa olisi ollut. Paradoksaalisesti vahvin tällaisen vaaran olemassaoloa tukeva väite voitaisiin johtaa kantajien väitteestä, jonka mukaan yhteinen sääntelyjärjestelmä – sellaisena, kuin yhteisön lainsäätäjä sen alun perin antoi, rajoitti jäsenvaltioiden kykyä valvoa matkaviestintäalan hintoja, kun siinä vaadittiin, että ennakkosääntely edellyttää huomattavan markkinavoiman toteamista. Tästä olisi pääteltävä, että yhteisellä sääntelyjärjestelmällä reagoitiin vaaraan, että jäsenvaltioiden viranomaiset voisivat matkaviestintäalalla erilaisia enimmäis- tai vähimmäishintoja asettamalla synnyttää yhtenäismarkkinoille esteitä ja vääristää kilpailua. Jos näin oli, lainsäätäjän valintana yhteisen sääntelyjärjestelmän suunnittelussa oli välttää tämä vaara joko rajoittamalla jäsenvaltioiden mahdollisuutta määrätä hintoja tällä alalla tai määräämällä hinnat koko unionin laajuisesti (tällaisen valinnan arviointi suhteessa suhteellisuus- ja toissijaisuusperiaatteiden noudattamiseen olisi asia erikseen). Kumpikin valinta edistäisi tehokkaasti sisämarkkinoiden toimintaa. Kun lainsäätäjä vaati, että ennakkosääntely edellytti huomattavan markkinavoiman toteamista, se päätyi ensin mainittuun vaihtoehtoon. Se, että tämä valinta oli tehokas kaupan esteiden ja kilpailun vääristymisen torjumisessa, ei estä toisenlaisen sääntelyä koskevan lähestymistavan omaksumista sillä edellytyksellä, että myös tällä toisenlaisella lähestymistavalla torjutaan kaupan esteitä ja kilpailun vääristymistä. Tosiasia kuitenkin on, että yhteiseen sääntelyjärjestelmään sisältynyt rajojen asettaminen jäsenvaltioiden sääntelykeinoille tehtiin yleisellä tasolla: sen tarkoituksena ei ollut nimenomaisesti torjua kansallisen hintavalvonnan eroja, eikä se myöskään perustunut nimenomaiseen toteamiseen siitä, että tulevat kansalliset hintavalvontajärjestelmät todennäköisesti muodostaisivat kaupan esteitä. Näin ollen en katso, että mahdollisista tulevista kansallisten hintavalvontajärjestelmien välisistä eroista johtuvien kaupan esteiden syntymisen vaaraa olisi todettu niin selvästi, että se oikeuttaisi yhteisön hintavalvontatoimenpiteiden antamisen EY 95 artiklan nojalla.

19. Katson kuitenkin, että yhteisön lainsäätäjä sai säännellä verkkovierailujen hintoja EY

22 – Asia C-380/03, Saksa v. parlamentti ja neuvosto, tuomio 12.12.2006 (Kok., s. I-11573, 37 kohta); edellä alaviitteessä 9 mainittu asia British American Tobacco (Investments) ja Imperial Tobacco, tuomion 61 kohta; edellä alaviitteessä 15 mainittu asia Swedish Match, tuomion 30 kohta; yhdistetyt asiat C-154/04 ja C-155/04, Alliance for Natural Health ym., tuomio 12.7.2005 (Kok., s. I-6451, 29 kohta) ja edellä alaviitteessä 3 mainittu asia Irlanti v. parlamentti ja neuvosto, tuomion 64 kohta.

95 artiklan nojalla toisesta syystä, nimittäin sellaisten vapaan liikkuvuuden rajoitusten poistamisen perusteella, jotka aiheutuvat rajat ylittävää taloudellista toimintaa haittaavasta yksityisten tahojen toiminnasta. Omassa jäsenvaltiossa soitettujen puhelujen ja verkkovierailupuheluiden hintojen välisiä eroja voidaan kohtuullisesti pitää rajat ylittävien palveluiden, kuten verkkovierailujen, käyttöä rajoittavana. [23] Menetelmä, jonka lainsäätäjä on valinnut korkeita verkkovierailumaksuja koskevan ongelman ratkaisemiseksi, on unionin laajuinen hintakatto. Tämän menetelmän on oltava oikeutettu EY 95 artiklan tavoitteiden perusteella. Nämä tavoitteet, kuten artiklassa selvästi sanotaan, ovat sisämarkkinoiden toteuttaminen ja toiminta; [24] sisämarkkinat ”käsittävät alueen, jolla ei ole sisäisiä rajoja ja jolla tavaroiden, henkilöiden, palvelujen ja pääomien vapaa liikkuvuus taataan [Euroopan yhteisön perustamissopimuksen] määräysten mukaisesti”. [25] Rajat ylittävän toiminnan hankaloittaminen saattaa estää sellaisten sisämarkkinoiden toteutumisen, joilla tavaroiden, palvelujen ja pääomien vapaa liikkuvuus on varmistettu, vaikeuttamalla asiakkaiden rajat ylittävää taloudellista toimintaa, kuten verkkovierailupalvelujen käyttöä. Matkaviestinnän alalla on tuskin selvempää rajat ylittävää taloudellista toimintaa kuin juuri verkkovierailut. Verkkovierailupalveluille määrätyn hintakaton voidaan perustellusti katsoa palvelevan sisämarkkinoiden toteutumista, koska se poistaa rajat ylittävän taloudellisen toiminnan esteitä.

20. Vaikka tällaisen hintakaton määrääminen merkitsi samalla koko yhteisön laajuisen sääntelyn ulottamista yksityisiin toimijoihin (eikä siis pelkästään valtiollisiin elimiin), ei tällaisen toimen hyväksyminen anna yhteisölle täyttä vapautta käyttää EY 95 artiklaa minkä tahansa taloudellisen toiminnan sääntelyyn. Verkkovierailuasetuksessa oli kyse yhteisön lainsäätäjän puuttumisesta ongelmaan, joka ei koskenut pelkästään yksityisten tahojen toimia, joilla oli epätoivottuja vaikutuksia, vaan yksityisten tahojen toimia, jotka suoraan haittasivat rajat ylittävää taloudellista toimintaa (verkkovierailuja) valtion sisäiseen taloudelliseen toimintaan (kotimaisten matkapuhelinpalveluiden kotimainen käyttö) verrattuna. Toimia yksityisten toimijoiden toimet mukaan luettuina, jotka suoraan haittaavat rajat ylittävää toimintaa, voidaan helpommin pitää sisämarkkinoiden toteutumisen esteinä. Useimmat yksityiset toimet markkinoilla eivät luonnollisestikaan kykene rajoittamaan vapaata liikkuvuutta, eivätkä ne siten itsessään oikeuttaisi EY 95 artiklaan pohjautuvan lainsäädännön antamista. Vain siinä tapauksessa, että yksityisten toimijoiden toimet koskevat suoraan rajat ylittävää toimintaa ja voivat tosiasiallisesti rajoittaa tätä rajat ylittävää toimintaa ja vapaata liikkuvuutta, voi tällaisia toimia sääntelevä yhteisön toimenpide perustua EY 95 artiklaan.

23 – Kuten olen todennut useissa ratkaisuehdotuksissani, viimeksi asiassa C-115/08, ČEZ, 22.4.2009 antamassani ratkaisuehdotuksessa, 12 kohta, voi rajat ylittävien tilanteiden epäsuotuisampi kohtelu puhtaasti kansallisiin tilanteisiin verrattuna muodostaa esteen vapaata liikkuvuutta koskeville oikeuksille, joista sisämarkkinat ovat riippuvaiset.

24 – EY 95 artikla.

25 – EY 14 artikla.

21. Tältä osin pyydän yhteisöjen tuomioistuinta yksinkertaisesti soveltamaan vapaan liikkuvuuden sääntöjen horisontaalista soveltamista koskevasta oikeuskäytännöstään loogisesti johtuvia seurauksia analyysiinsa EY 95 artiklasta. Tältä osin yhteisöjen tuomioistuin on myöntänyt, että joissakin tilanteissa yksityisten tahojen toimet saattavat rajoittaa vapaata liikkuvuutta. Tällainen tilanne oli esimerkiksi asiassa International Transport Workers' Federation ja Finnish Seamen's Union [26] sekä asiassa Laval un Partneri, [27] joissa oli kyse ammattiliittojen toimista, joilla laivan omistajaa estettiin siirtämästä alustaan toisen valtion lipun alle ja rakennusyritystä tarjoamasta palveluitaan toisessa valtiossa. Liittojen toimet haittasivat suoraan sijoittautumisvapautta ja palveluiden tarjoamisen vapautta, ja yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että vapaan liikkuvuuden säännöksiä voitiin suoraan soveltaa ammattiliittoihin, vaikka ne ovat yksityisiä tahoja. Tässä johtopäätöksessään yhteisöjen tuomioistuin vetosi aiempiin tapauksiin, joissa oli tunnustettu se välitön vaikutus, joka yksityisillä protestitoimilla saattaa olla tavaroiden vapaaseen liikkuvuuteen, jos ne estävät kyseisten tavaroiden kuljettamisen. [28] EY 95 artiklassa annetaan yhteisön lainsäätäjälle oikeusperusta toimia tilanteissa, joissa pelkästään sen varmistaminen, etteivät valtion elimet ryhdy perusvapaudet vaarantaviin toimiin, ei riitä sisämarkkinoiden toiminnan turvaamiseen. [29] Näin ollen on vain luonnollista, että tällaiset vapaan liikkuvuuden rajoitukset ovat myös EY 95 artiklaan perustuvan sääntelyn alaisia.

22. Yhteisöjen tuomioistuin on tunnetusti päätynyt siihen, että esimerkiksi tietyt jalkapalloyhdistysten säännöt, joissa muun muassa säänneltiin jalkapalloilijoiden rajat ylittäviä siirtoja, olivat työntekijöiden vapaata liikkuvuutta rajoittavia. Minusta näyttää selvältä, että tämä oikeuttaa paitsi sen, että yhteisö kieltää tällaiset säännöt, myös sen, että yhteisö säätää asiassa EY 95 artiklaan perustuvia oikeussääntöjä. [30] Jos yhteisö voi kieltää yksityisen tahon tietyn toimen, sen tulisi olla toimivaltainen myös yksinkertaisesti

26 – Asia C-438/05, International Transport Workers' Federation ja Finnish Seamen's Union, tuomio 11.12.2007 (Kok., s. I-10779).

27 – Asia C-341/05, Laval un Partneri, tuomio 18.12.2007 (Kok., s. I-11767).

28 – Ks. myös asia C-265/95, komissio v. Ranska, tuomio 9.12.1997 (Kok., s. I-6959) ja asia C-112/00, Schmidberger, tuomio 12.6.2003 (Kok., s. I-5659).

29 – Ks. tältä osin von Bogdandy, A. & Bast, J., "The Vertical Order of Competences", *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2006. Ks. myös Somek, A., *Individualism*, Oxford University Press, 2008, s. 128, jossa väitetään (ei kylläkään ilman kritiikkiä), että yhteisöjen tuomioistuimen viimeaikaisessa EY 95 artiklaa koskevassa oikeuskäytännössä "tunnustetaan, että perusvapaudet ja unionin lainsäädäntövalta palvelevat yhtä ja samaa päämäärää". Ks. myös Weiler, J., "The Constitution of the Common Market Place: The Free Movement of Goods" ja Craig, P. & de Búrca, G. (toim.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999. En kuitenkaan välttämättä kannata näin ehdotonta rinnakkaisuutta. Sen sijaan väitän, että ainakin joissakin tapauksissa syyt, joilla vapaan liikkuvuuden säännöksiä sovelletaan yksityisiin tahoihin, voidaan ulottaa koskemaan EY 95 artiklaa.

30 – Tulisiko tätä toimivaltaa käyttää – ja jos tulisi, niin millä tavalla ja mihin tarkoituksiin –, on asia erikseen, eikä yhteisöjen tuomioistuimen ole nyt esillä olevassa asiassa tarpeen ottaa siihen kantaa.

sääntelemään kyseistä toimea. Tämä ei merkitsisi sitä, että yhteisölle annettaisiin toimivalta säännellä kaikkia näiden yksityisten tahojen toimia. Tällainen toimivalta olisi olemassa vain silloin, kun kyseiset toimet – kuten edellä on mainittu ja yhdessä vapaata liikkuvuutta koskevien säännösten horisontaalisen soveltamisalan kanssa – suoraan koskevat rajat ylittävää toimintaa ja voivat tosiasiallisesti rajoittaa tätä rajat ylittävää toimintaa ja vapaata liikkuvuutta. Sen sijaan sellaisissa toimissa kuin yrityksessä säännellä vaikkapa matkalaukkujen tai ravintola-annosten hintoja ei olisi kyse rajat ylittävän taloudellisen toiminnan suoraan haittaamiseen puuttumisesta, eikä sen osalta voitaisi siis osoittaa, että vapaaseen liikkuvuuteen ja sisämarkkinoiden toteutumiseen on vaikutettu sellaisessa määrin, että se oikeuttaisi yhteisön EY 95 artiklaan perustuvan lainsäädäntövallan.

23. Koska edellytykset vapaata liikkuvuutta koskevien sääntöjen soveltamiselle yksityisiin tahoihin ovat vaativampia kuin edellytykset niiden soveltamiselle valtion elimiin, tulisi myös lainsäädännön, jota yhteisö EY 95 artiklan nojalla antaa säännelläkseen sisämarkkinoiden toteutumiseen vaikuttavia yksityisten tahojen toimia, täyttää erityisiä ehtoja. Kuten nyt esillä olevassa asiassa, näiden toimien on suoraan haitattava rajat ylittävää toimintaa. Kun yksityisten toimijoiden toimet tosiasiallisesti rajoittavat rajat ylittävää toimintaa, tulisi yhteisön sääntelyn ulottua näihin toimiin.

24. Ehkä edustamani kanta tulee vieläkin selvemmäksi, jos sitä luonnehditaan niin, että se käsittää myös valtion toiminnan (tai toimimatta jättämisen). On mahdollista sanoa, että rajat ylittävää matkaviestintää rajoittaa juuri se, että valtiot ”hyväksyvät” operaattoreiden hintasyrjintäkäytännön [31] verkkovierailujen ja kotimaan puheluiden välillä. Näin ollen yhteisön EY 95 artiklaan pohjaavat toimet voitaisiin perustella sillä, ettei kansallisessa lainsäädännössä ole estetty syrjivää kohtelua rajat ylittävässä matkaviestinnässä.

25. Minulla on vielä yksi näkökulma oikeusperustan kysymykseen. Kuten edellä esitin, toimeen tehtävä muutos voi myös olla perusteltu, jos on tarpeen puuttua johonkin tiettyyn ongelmaan, jota jäsenvaltiot eivät alkuperäisen yhdenmukaistamistoimenpiteen vuoksi voi tehokkaasti ratkaista. Kuten sekä Vodafonen väitteissä että verkkovierailuasetuksen neljännessä ja yhdeksännessä perustelukappaleessa todetaan, kansalliset sääntelyviranomaiset saattoivat yhteisen sääntelyjärjestelmän nojalla päättää ennakkosääntelystä ainoastaan todettuaan, että tietyillä markkinoiden toimijoilla on huomattava markkinavoima. Näin ollen kansalliset sääntelyviranomaiset eivät järjestelmän nojalla voineet puuttua tilanteeseen, ellei huomattavaa markkinavoimaa ollut todettu. Kun

31 – Hintasyrjinnän käsitettä on tässä yhteydessä käytettävä varoen monistakin syistä, ei vähiten siksi, että verkkovierailupuheluiden ja kotimaan puheluiden välisille hintaeroille saattaa hyvinkin olla päteviä perusteita. Selvää näyttää olevan se, ettei olemassa oleville hintaeroille ole selvää perustetta ja että tämä oli perustana yhteisön toimille.

otetaan huomioon, että komissio [32] ja eurooppalainen sääntelyviranomaisten ryhmä [33] olivat pitäneet verkkovierailupalveluiden hintoja kohtuuttomina niilläkin markkinoilla, joilla huomattavan markkinavoiman olemassaoloa ei ollut todettu, oli yhteinen sääntelyjärjestelmä itsessään este sille, että kansalliset tai unionin sääntelyviranomaiset olisivat voineet päättää sääntelykehyksestä, jolla verkkovierailupalveluiden hintoja olisi voitu alentaa. Kun on yksilöity yhdenmukaistettuun sääntelyjärjestelmään liittyviä markkinahäiriöitä ja yhteiskunnallisia kustannuksia, jotka itse asiassa johtuvat juuri kyseisestä sääntelyjärjestelmästä, yhteisön lainsäätäjällä on – edellä mainituista syistä, jotka yhteisöjen tuomioistuin on määritellyt asioissa Gintec ja British American Tobacco (Investments) ja Imperial Tobacco antamissaan tuomioissa [34] – oltava toimivalta puuttua tilanteeseen ja antaa joko kansallisella tai yhteisön tasolla toimivaltuudet muuttaa sääntelykehystä, jonka se on todennut toimivan tehottomasti.

26. Yhteisöllä on näin ollen toimivalta puuttua verkkovierailupalveluiden korkeisiin hintoihin muuttamalla yhteistä sääntelyjärjestelmää. Kuten edellä on todettu, on kuitenkin erotettava toisistaan toisaalta sääntelyvalta ja toisaalta sääntelyn intensiteetti sekä se taso, jolla sääntely tapahtuu. Se, että lainsäädäntö annettiin EY 95 artiklan nojalla muutoksena aiempaan, yhdenmukaistamistoimenpiteenä annettuun lainsäädäntöön, ei vapauta sitä kyseiseen artiklaan ja yhteisön oikeuden yleisiin periaatteisiin olennaisesti kuuluvista yhteisön toimivallan rajoitteista. EY 95 artiklan käyttöä oikeusperustana rajoittaa muun muassa vaatimus, että toimivaltaa, joka kyseisessä lainsäädännössä annetaan yhteisölle, on käytettävä tavalla, joka on tavoiteltuihin päämääriin nähden oikeasuhteinen ja toissijaisuusperiaatetta vasten tarkasteltuna perusteltu.

B *Toissijaisuus*

27. Yhteisön lainsäätäjän päätös asettaa yhteisön laajuiset enimmäishinnat sekä tukku- että vähittäistasolle herättää toissijaisuusperiaatteen osalta vakavia kysymyksiä. Tukkuhintojen osalta voidaan helposti ymmärtää, miksi tarvittiin yhteisön laajuisia toimia. Tukkuhinnat veloittaa asiakkaan jäsenvaltion ulkopuolinen operaattori. Näin ollen asiakkaan oman jäsenvaltion kansallinen sääntelyviranomainen ei voi ryhtyä toimiin asiakkaan vierailun kohteena olevan valtion operaattoreita vastaan, vaikka nämä veloittavat kohtuuttomia hintoja asiakkaan

32 – Ks. KOM(2006) 382 lopullinen, Bryssel 12.7.2006.

33 – Eurooppalaisen sääntelyviranomaisten ryhmän vastaus Euroopan komission tekemään palautepyyntöön, joka koski komission ehdottamaa kansainvälisten verkkovierailumarkkinoiden yhteisön laajuista sääntelyä, 22.3.2006.

34 – Mainittu edellä alaviitteessä 8 ja 9.

kotiverkolta. Sitä paitsi mikään ei kannusta kansallisia sääntelyviranomaisia valvomaan tukkuhintoja, joita veloitetaan ulkomaisilta operaattoreilta ja näiden ulkomaisten operaattorien asiakkailta.

28. Vähittäishintojen sääntely on jonkin verran ongelmallisempaa. Sen jälkeen, kun enimmäistukkuhinnat oli määritetty ja vaatimus huomattavan markkinavoiman toteamisesta sääntelyn edellytyksenä oli poistettu, yhteisö olisi voinut antaa kansallisille sääntelyviranomaisille toimivallan asettaa ylärajat verkkovierailupalveluiden vähittäishinnoille, jos ne katsoivat, että operaattorien veloittamat vähittäishinnat olivat heidän valtiossaan kohtuuttomia. Sen sijaan verkkovierailuasetuksessa päädyttiin asettamaan yhteisön laajuisesti suurin sallittu vähittäishinta. Tällainen päätös säännellä asiaa yhteisön tasolla kansallisen tason sijasta edellyttää ilman muuta perusteluja, kun otetaan huomioon, että yhteisön oikeusjärjestys on sitoutunut noudattamaan toissijaisuusperiaatetta. Toissijaisuusperiaatteen mukaisesti, sellaisena kuin se on määritelty EY 5 artiklassa, yhteisö toimii vain siinä tapauksessa ja siinä laajuudessa kuin jäsenvaltiot eivät voi riittävällä tavalla toteuttaa suunnitellun toiminnan tavoitteita, jotka suunnitellun toiminnan laajuuden tai vaikutusten takia voidaan tämän vuoksi toteuttaa paremmin yhteisön tasolla. Toisin sanoen on osoitettava, että yhteisön lainsäätäjä pystyi kansallista lainsäätäjää paremmin sääntelemään verkkovierailujen vähittäishintoja. Vaikka tukkuhintojen osalta onkin selvää, että kyseessä oli sellainen kollektiivisia toimia koskeva ongelma, joka vaati toimia yhteisön tasolla, ei asia vähittäishintojen osalta vaikuta yhtä ilmeiseltä (jäsenvaltiothan olisivat periaatteessa voineet vapaasti ja tehokkaasti määrittää kansalliset vähittäishinnat sen jälkeen, kun tukkuhinnat oli määritetty yhteisön tasolla). Olisiko jokin muu ongelma voinut haitata jäsenvaltioiden kykyä puuttua korkeiden verkkovierailukustannusten ongelmaan vähimmäishintojen tasolla?

29. Keskeisin verkkovierailuasetuksessa esitetty perustelu oli, että ”jäsenvaltiot eivät voi hallitulla, yhdenmukaisella ja riittävän nopealla tavalla toteuttaa” asetuksen tavoitteita, joita olivat asianmukaisen kuluttajansuojan takaaminen ja sen varmistaminen, etteivät asiakkaat joudu maksamaan kohtuuttomia hintoja, ”vaan ne voidaan saavuttaa paremmin yhteisön tasolla”.[35]

30. Neuvosto katsoo, että toissijaisuusperiaate on olennaisesti subjektiivinen ja poliittinen periaate.[36] Tämän logiikan mukaisesti neuvosto korostaa yhteisön lainsäätäjän tarkoitusta ja katsoo, että tavoiteltu päämäärä

35 – Verkkovierailuasetus, johdanto-osan 38 perustelukappale.

36 – Ks. tältä osin edellä alaviitteessä 29 mainittu von Bogdandy, A. ja Bast, J.

oli – kuten asetuksessa todetaan – noudattaa ”yhteistä lähestymistapaa, jotta varmistetaan, että maanpäällisten yleisten matkapuhelinverkkojen käyttäjät eivät yhteisön alueella matkustaessaan joudu maksamaan yhteisön laajuisista verkkovierailupalveluista kohtuuttomia hintoja puheluja soittaessaan tai vastaanottaessaan, ja jotta siten saavutetaan korkeatasoinen kuluttajansuoja ja turvataan matkapuhelinoperaattoreiden välinen kilpailu ja säilytetään sekä innovointikannustimet että kuluttajien valintamahdollisuudet”.[37] Nähdäkseni kumpikaan näistä, asetuksen tavoite sen enempää kuin lainsäätäjän tarkoitus, ei ole ratkaiseva arvioitaessa toissijaisuusperiaatteen noudattamista. Ensinnäkään toissijaisuusperiaatteen nojalla ei tarkastella tavoitetta, vaan sitä, vaatiiko tämän tavoitteen saavuttaminen yhteisön toimia. On tiettyjä yhteisön tavoitteita (jotka itsessään ovat sellaisia, että yhteisön toimivalta on perusteltua), jotka jäsenvaltiot voivat saavuttaa yhteisöä paremmin (mistä seuraa, että mainitun toimivallan käyttö ei ole perusteltua). Toisekseen yhteisön lainsäätäjän tarkoitus ei riitä osoittamaan toissijaisuusperiaatteen noudattamista, joka edellyttää, että yhteisön toimien tarpeellisuutta koskeva väite on voitava kohtuullisesti perustella.[38] Tämän tueksi ei riitä pelkästään niiden mahdollisten etujen korostaminen, joita yhteisön toimista koituu. Lisäksi on määriteltävä ne mahdolliset ongelmat tai kustannukset, jotka liittyisivät asian jättämiseen jäsenvaltioiden ratkaistavaksi. Näin vaatiessaan yhteisöjen tuomioistuin ei pyri korvaamaan yhteisön lainsäätäjän ratkaisua omalla ratkaisullaan, vaan ainoastaan velvoittamaan sen ottamaan toissijaisuusperiaatteen vakavasti.

31. Vaikka – kuten on todettu – olikin olemassa selkeä kollektiivinen toimi, joka oikeutti yhteisön toimet tukkuhintojen tasolla, ei vähittäishintojen yhdenmukaistamiselle näytä olevan mitään välitöntä, vakuuttavaa perustelua. Päinvastoin, kuten kantajat ovat todenneet, näyttäisi siltä, että kansalliset sääntelyviranomaiset pystyisivät paremmin päättämään hintavalvonnan tarpeesta (ja siitä, millaiset hintojen tulisi olla) eri kansallisilla markkinoilla. Kirjallisissa huomautuksissaan komissio kuitenkin toteaa, että tällaisen asian jättäminen jäsenvaltioiden ratkaistavaksi olisi vääristänyt kilpailua, koska eri matkapuhelinoperaattoreille asetettaisiin eri jäsenvaltioissa erilaiset hintakatot. Tätä argumenttia ei voida hyväksyä. Eroavaisuuksia hinnoissa esiintyy jäsenvaltioiden välillä jokseenkin kaikilla aloilla. Nämä hintaerot voivat merkitä tai olla merkitsemättä kilpailuetuja joidenkin jäsenvaltioiden taloudellisille

37 – Verkkovierailuasetus, johdanto-osan 16 perustelukappale.

38 – Parlamentti ja neuvosto korostavat huomautuksissaan, että jäsenvaltiot kannattivat eurooppalaisen sääntelyviranomaisten ryhmän välityksellä päätöstä säännellä hintoja yhteisön tasolla. Voidaan katsoa, että mitä kiistanalaisempi yhteisön intervention tarve on, sitä suurempi on yhteisön lainsäätäjään kohdistuva paine perustella kyseinen toimensa. Toisaalta edes kaikkien jäsenvaltioiden yksimielistä kannatusta neuvostossa ei tulisi pitää ratkaisevana yhteisön toimivallan olemassaoloa ja käyttöä arvioitaessa. On muistettava, että jäsenvaltioita edustavat neuvostossa niiden kansalliset hallitukset. Tästä syystä tietyn toimivallan käyttö yhteisön tasolla vaikuttaa sisäisiin voimasuhteisiin jäsenvaltiossa ja niiden poliittisen vastuun mekanismeihin. Toimivaltasäännösten tulkinnassa ja soveltamisessa on otettava myös nämä intressit huomioon.

toimijoille. Kuten monilla muillakin alueilla, se voi merkitä yksinkertaisesti sitä, että hinnat vaihtelevat jäsenvaltioiden välillä. Asia ei tämän osalta ole selkeästi toisin kotimaan palvelujen markkinoilla, joilla taloudellisille toimijoille myös voidaan asettaa eri hintakattoja. Kaikkia kilpailuetuja ei sitä paitsi voida välttämättä luokitella kilpailun vääristämiseksi. Yhteisön lainsäätäjän olisi pitänyt esittää perusteluja tällaisen johtopäätöksen tueksi, mutta se ei tehnyt niin. [39]

32. Toisaalta, kun otetaan huomioon, että verkkovierailuasetuksen voimassaolon oli tarkoitus päättyä kolme vuotta sen säätämisen jälkeen, argumentilla, jonka mukaan enimmäishintojen määrääminen ajoissa oli välttämätöntä asetuksen päämäärien saavuttamisen varmistamiseksi, on jonkin verran painoarvoa. Tämä kytkeytyy lainsäädännön tehokkuutta koskevaan perusteluun. Kun kysymystä tarkastellaan tukkuhintojen tasolla todettua yhteisön toimien tarvetta vasten, voidaan esittää, että oli sekä tarkoituksenmukaisempaa että asianmukaisempaa säännellä samanaikaisesti myös vähittäishintoja. Tukkuhinnat voitiin näin määrittää haluttujen vähittäishintojen perusteella ja päinvastoin, ja kuluttajat näkivät yhteisön toimien tulokset välittömästi.

33. Ratkaiseva perustelu juontuu kuitenkin säänneltävän taloudellisen toiminnan rajat ylittävästä luonteesta. Vaikka riittävän merkittävää kollektiivisen toimen ongelmaa vähittäishintojen tasolla ei olisikaan, voidaan silti perustellusti uskoa, että yhteisö pystyy jäsenvaltioita paremmin ratkaisemaan verkkovierailujen vähittäishintojen ongelman. Kyseisen taloudellisen toiminnan (verkkovierailujen) rajat ylittävän luonteen takia yhteisö voi olla sekä halukkaampi ratkaisemaan ongelman että kykenevämpi saamaan tasapainoon kaikki aiotun toimen sisämarkkinoille aiheuttamat kustannukset ja hyödyt.

34. Juuri kyseisen taloudellisen toiminnan rajat ylittävä luonne tekee yhteisön lainsäätäjästä potentiaalisesti kansallisia viranomaisia sopivamman sääntelemään sitä myös vähittäishintojen tasolla. Kun muistetaan, että kysymys oli yhteisön oikeudessa myönnettyjen

39 – Kaikkea tätä ei pidä sekoittaa siihen edellä mainittuun seikkaan, että hintakatot saattavat vaikuttaa kansallisille markkinoille pääsyä rajoittavasti. Kilpailun vääristyminen koskee kilpailua samoilla markkinoilla mutta erilaisilla hintasäännöillä, ei sitä, että tiettyjen hintakattojen asettaminen joillakin kansallisilla markkinoilla saattaa estää ulkomaisia kilpailijoita kilpailemasta menestyksekkäästi (niiden tuotteiden tai palveluiden korkeamman laadun tai alhaisempien hintojen perusteella, joita ne voisivat mahdollisesti tarjota, ellei kyseinen hintakatto estäisi sitä).

oikeuksien puolustamisesta, yhteisön lainsäätäjä on perustellusti voinut päätellä, etteivät kansalliset sääntelyviranomaiset välttämättä olisi antaneet kyseisille oikeuksille senasteista ensisijaisuutta, jota yhteisön lainsäätäjä piti tarpeellisena. Kuten eri osissa oikeudenkäyntiasiakirjoja esitettiin ja eri osapuolet istunnossa selvittivät, matkapuhelinoperaattorit määrittävät usein verkkovierailuhinnat osana pakettia, johon kuuluu muitakin palveluita, kuten kotimaassa tapahtuvaa viestintää. Verkkoviestintä on lisäksi vain pieni osa näistä palveluista, ja verkkovierailujen kysyntä on vähäisempää kuin kotimaassa tapahtuvan viestinnän kysyntä. [40] Näiden markkinoiden sääntelyssä voisi olettaa, että kansallisten sääntelyviranomaisten mielenkiinto kohdistuu erityisesti kotimaassa tapahtuvan viestinnän kuluihin ja muihin sitä koskeviin näkökohtiin, ei verkkovierailumaksuihin. Verkkovierailujen rajat ylittävän luonteen vuoksi juuri yhteisöllä on erityinen intressi tämän taloudellisen toiminnan turvaamisessa ja edistämisessä. Tämä on juuri sentyyppinen tilanne, jossa jäsenvaltioiden sisäinen demokraattinen prosessi ei todennäköisesti onnistu turvaamaan rajat ylittävää toimintaa. [41]

Näin ollen on ymmärrettävää, miksi yhteisön lainsäätäjä puuttui asiaan.

35. Yhteisön lainsäätäjä antaa pohjimmiltaan ymmärtää, että vähittäishintoja koskevaa kysymystä ei voitu siirtää kansalliselle tasolle, koska olisi kestänyt liian kauan ennen kuin kaikki 27 eri kansallista sääntelyviranomaista olisivat ottaneet käyttöön tehokkaan vähittäishintojen valvonnan. Vaikka sitä ei mainita johdanto-osassa, voidaan omaksua myös sellainen näkemys, että kansallisten sääntelyviranomaisten viivyttely voisi jatkua loputtomiin. Kansalliset sääntelyviranomaiset eivät välttämättä olisi antaneet samaa painoarvoa verkkovierailumaksukysymyksille kuin kotimaisen viestinnän kustannuksille. Kun otetaan huomioon, että verkkovierailuasetus toimii rajat ylittävää toimintaa helpottavasti ja sisämarkkinoiden toimintaa auttavasti varmistamalla, että yhteisön oikeuden mukaisia vapaan liikkuvuuden oikeuksia helpotetaan ja suojellaan, oli välttämätöntä toimia yhteisön tasolla sen varmistamiseksi, että kyseiset oikeudet priorisoitiin asianmukaisesti.

36. Kuten neuvosto huomauttaa, lopuksi hintakaton asettaminen sallii kansallisen

40 – Ks. esim. eurooppalaisen sääntelyviranomaisten ryhmän asiakirja "Common Position on the Coordinated Analysis of the Markets for Wholesale International Roaming", kesäkuu 2005, 59 kappale (joka käsittelee kysyntää); edellä alaviitteessä 33 mainittu eurooppalaisen sääntelyviranomaisten ryhmän vastaus, 3.10–3.11 kappale (joka käsittelee mahdollisuutta, että verkkovierailujen tukkumaksuista saatavia säästöjä käytettäisiin kotimaan palveluiden hintojen alentamiseen).

41 – Useilta tahoilta on esitetty näkemys, että EU juontaa demokraattisen legitiimiytensä osittain kyvystään suojella liikkuvia toimijoita, joiden edut eivät olisi jäsenvaltioiden sisäisissä demokraattisissa prosesseissa asianmukaisesti edustettuina. Ks. viimeisimmistä Somek, A., "The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders Through Freedom of Movement", U. Iowa Legal Studies Research paper nro 09-23, toukokuu 2009.

vaihtelun huomioon ottamisen tämän tason alle jäävien hintojen määrittelyssä. Näin ollen yhteisön sääntely jättää kuitenkin jonkin verran liikkumavaraa jäsenvaltioille. Kaikkien edellä mainittujen huomioiden perusteella yhteisön asetuksen ei voida sanoa loukkaavan toissijaisuusperiaatetta.

C *Oikeasuhteisuus*

37. Oikeasuhteisuutta koskevan kysymyksen osalta, yhteisöjen tuomioistuimen on arvioitava, oliko lainsäätäjän päätös siitä, miten korkeiden verkkovierailumaksujen ongelma ratkaistaan, oikeassa suhteessa sekä EY 95 artiklan sisämarkkinoiden toteutumista koskeviin päämääriin että kuluttajansuojan poliittiseen tavoitteeseen, kun näitä verrataan jäsenvaltioiden kokemaan itsenäisen toimivallan menetykseen ja kantajien oikeuksiin puuttumiseen.

38. Verkkovierailuasetuksen pätevyyden riitauttajat ovat esittäneet, että säätäessään unionin laajuisesta hintakatosta yhteisön lainsäätäjä ylitti sen, mikä oli välttämätöntä verkkovierailupalveluiden hintojen alentamistavoitteen saavuttamiseksi, ja että se näin ollen perusteettomasti puuttui kantajien omaisuudensuojaan ja heidän oikeuteensa harjoittaa taloudellista toimintaa. Kuten yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä on monessa yhteydessä käynyt selväksi, lainsäätäjän tekemien ratkaisujen oikeasuhteisuutta arvioidessaan yhteisöjen tuomioistuimen on jätettävä lainsäätäjälle tietty harkintavalta. Näin ollen, lähtökohtaisesti ja näillä aloilla ”lainsäätäjän toimivallan käyttöä koskevan tuomioistuinvalvonnan on rajoituttava sen tutkimiseen, ettei toimivaltaa käytettäessä ole tehty ilmeistä arviointivirhettä tai käytetty harkintavaltaa väärin taikka ettei lainsäätäjä ole selvästi ylittänyt harkintavaltansa rajoja”.[42] On totta, että hintavalvonta on eräs pisimmälle meneviä puuttumisen keinoja markkinoilla ja että se rajoittaa erityisen voimakkaasti omaisuudensuojaa ja vapautta harjoittaa taloudellista toimintaa. Lainsäätäjä ei saisi päättää säätää siitä kevein perustein. Ei kuitenkaan vaikuta siltä, että yhteisön lainsäätäjä olisi nyt esillä olevassa asiassa tehnyt niin.

39. Ensinnäkin yhteisön lainsäätäjä näyttää päättäneen puuttua asiaan viimeisenä keinona. Vaikutustenarviointiraportissa eritellään toimia, joihin komissio on ryhtynyt yrittäessään alentaa verkkovierailujen vähittäishintoja, mukaan lukien kilpailuoikeudelliset tutkimukset, avoimuusaloitteet, edelliseen puitejärjestelmään sisältyneet sääntelytoimet ja poliittinen painostus.[43] Komissio varoitti useita kertoja, että sääntelytoimiin ryhdyttäisiin, elleivät hinnat ”liikkuisi huomattavasti

42 – Asia C-127/95, Norbrook Laboratories, tuomio 2.4.1998 (Kok., s. I-1531, 89 ja 90 kohta).

43 – Toimenpidevaihtoehtojen vaikutusten arviointi, joka koskee komission ehdotusta Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi verkkovierailuista yleisissä matkaviestinverkoissa yhteisön alueella (KOM(2006) 382 lopullinen, 12.7.2006, s. 27).

lähemmäksi markkinaorientoitunutta tasoa", mutta tuloksetta. [44] Se kokosi myös kattavasti tietoja verkkovierailuhinnoista ja osoitti, että verkkovierailujen "vähittäismyyntihinnat olivat erittäin korkeita, ilman että tälle olisi mitään selkeää perustetta", että alalla perittiin "korkeita vähittäistason voittomarginaaleja" ja että "tukkuhinnoista saatuja alennuksia ei useinkaan siirretty vähittäisasiakkaalle". [45] Se totesi, että operaattorit olivat saaneet yli 200 prosentin vähittäistason voittomarginaaleja soitetuista verkkovierailupuheluista ja lähes 300 tai 400 prosentin marginaaleja verkkovierailujen aikana vastaanotetuista puheluista [46] ja että hinnat vaihtelivat suuresti tavoilla, joita ei voitu selittää palvelun tarjoamisesta aiheutuneilla kustannuksilla. Saamiensa tietojen perusteella komissio tuli siihen tulokseen, etteivät verkkovierailujen vähittäishinnat olleet missään merkityksellisessä suhteessa palvelun tarjoamisesta aiheutuneisiin kustannuksiin [47] ja ettei ollut mitään syytä uskoa, että tukkuhintojen alentaminen johtaisi vähittäishintojen alenemiseen. [48]

40. Omaksuttu sääntelyä koskeva lähestymistapa ei myöskään vaikuta kohtuuttomalta, kun sitä tarkastellaan niiden keskenään ristiriitaisten tietojen valossa, joita osapuolet antoivat sen osalta, oliko yhteisön lainsäätäjän käyttämä toimi välttämätön. Ne, jotka pitävät asetusta pätevänä, viittasivat eurooppalaisen sääntelyviranomaisten ryhmän toteamuksiin, joiden mukaan verkkovierailupalvelujen hinnat olivat kohtuuttomia ja vähittäishintojen valvonta saattoi olla välttämätöntä, mikäli osoittautuisi, etteivät markkinavoimat riitä hinnanalennusten takaamiseen. [49] Toisaalta Vodafone huomautti, että sama ryhmä esitti, että aluksi olisi omaksuttava joustava lähestymistapa, jossa otettaisiin huomioon kansalliset olosuhteet. [50] Yhteisön lainsäätäjä ei kuitenkaan ole velvollinen hyväksymään kaikkia tällaisilta asiantuntijaryhmiltä saamiaan neuvoja. Eurooppalainen sääntelyviranomaisten ryhmä totesi, että alalla saatiin korkeita vähittäistason voittomarginaaleja [51] ja että tukkuhintojen alennukset siirrettäisiin todennäköisesti käyttäjille kotimaan palveluiden hintojen alennuksina: [52] tämä ratkaisu – kuten mainittiin edellä käsiteltäessä kansallisen sääntelyn vaihtoehtoa – ei tukisi nyt puheena olevia yhteisön oikeuteen perustuvia oikeuksia. Rajat ylittävän viestinnän "syrjintä" jatkuisi edelleen. Sitä paitsi eurooppalainen sääntelyviranomaisten ryhmä esitti vain, että yhteisön lainsäätäjä odottaisi ja katsoisi, laskisivatko markkinavoimat vähittäishintoja. Kun otetaan huomioon, että on runsaasti todisteita siitä, etteivät tukkuhintojen alennukset siirtyneet edelleen vähittäiskäyttäjille, [53] yhteisön

44 – Viviane Redingin eurooppalaiselle sääntelyviranomaisten ryhmälle esittämät huomiot, Towards a True Internal Market for Electronic Communications, Pariisi, 8.2.2006, s. 5; ks. myös edellä alaviitteessä 43 mainittu Toimenpidevaihtoehtojen vaikutusten arviointi, s. 12.

45 – Edellä alaviitteessä 43 mainittu Toimenpidevaihtoehtojen vaikutusten arviointi, s. 12.

46 – Edellä alaviitteessä 43 mainittu Toimenpidevaihtoehtojen vaikutusten arviointi, s. 6 ja 47.

47 – Edellä alaviitteessä 43 mainittu Toimenpidevaihtoehtojen vaikutusten arviointi, s. 17.

48 – Edellä alaviitteessä 43 mainittu Toimenpidevaihtoehtojen vaikutusten arviointi, s. 48.

49 – Edellä alaviitteessä 33 mainittu eurooppalaisen sääntelyviranomaisten ryhmän vastaus, s. 1 ja 2.

50 – Ibid., s. 2.

51 – Edellä alaviitteessä 33 mainittu eurooppalaisen sääntelyviranomaisten ryhmän vastaus, 2.6 kappale.

52 – Eurooppalaisen sääntelyviranomaisten ryhmän vastaus, 3.10 ja 3.11 kappale.

53 – Ks. esim. edellä alaviitteessä 45 mainittu vaikutusten arviointi. GSM katsoo, että vaikutusten arvioinnissa ei otettu asianmukaisesti huomioon viimeaikaisia vähittäishinnoissa tapahtuneita alennuksia. Vaikutusten arvioinnissa myönnettiin kuitenkin, että huomattavista hintojen leikkauksista oli ilmoitettu, mutta huomautettiin, että Vodafone, T-Mobile, Telefónica O2 ja Orange olivat ilmoittaneet hintojen leikkauksista vaikutusten arviointiin kuuluvan kuulemismenettelyn viimeisen viikon aikana, ja pääteltiin, että leikkaukset olivat vastaus sääntelyuhkaan eivätkä niinkään markkinavoimiin (vaikutusten arviointi, s. 10 ja 27). Lisäksi vähittäishintojen alennukset olivat pieniä, jos niitä verrataan vähittäistason jopa 400 prosentin voittoihin, kuten verkkovierailuasetuksen johdanto-osan ensimmäisessä perustelukappaleessa todetaan.

lainsäätäjä ei ollut velvollinen omaksumaan tällaista lähestymistapaa. Kuten komissio on todennut ja kuten eurooppalainen sääntelyviranomaisten ryhmä itsekin myönsi, ajoissa toimiminen oli tärkeä huomioon otettava tekijä. Kun tämä pidetään mielessä sen selkeän havainnon lisäksi, että verkkovierailuista perityt hinnat olivat kohtuuttomia, päätös säännellä vähittäishintoja kuului niihin keinoihin, joita lainsäätäjä saattoi kohtuullisesti käyttää.

41. Yhteisön lainsäätäjän käyttöön ottamassa hintavalvonnassa ei myöskään ole kyse pitkäaikaisesta markkinahintojen sääntelystä, vaan sen sijaan yrityksestä madaltaa hintoja (ja mahdollisesti saada aikaan tehokasta kilpailua markkinoilla) vastauksena hintoihin, jotka olivat keinotekoisesti kasaantuneet samalle tasolle sellaisen markkinahäiriön vuoksi, jota ei voitu ratkaista kilpailusäännöillä. Tämä käy ilmi verkkovierailuasetuksen johdanto-osan viidennestä, kuudennesta ja yhdeksännestä perustelukappaleesta, joissa käsitellään sitä, että eurooppalainen sääntelyviranomaisten ryhmä oli ponnistellut alentaakseen korkeita hintoja nykyisten kilpailusääntöjen avulla, ja 28 perustelukappaleesta, jossa korostetaan, että sääntelyn pitäisi kannustaa tekemään verkkovierailuasiakkaille innovatiivisia tarjouksia sallittua enimmäistasoa alemmin hinnoin. Rajoittamalla asetuksen voimassaoloajan kolmeen vuoteen yhteisön lainsäätäjä rajoitti myös sitä, missä määrin tällä valvonnalla sekaannutaan markkinoihin, ja antoi markkinoille ”toisen mahdollisuuden” korjata häiriönsä.

42. Vaikka hintavalvonta tulee aina arvioida huolellisesti, kun otetaan huomioon sen äärimmäinen vaikutus markkinoihin, tämän valvonnan keston rajallisuus ja sen tavoite korjata markkinahäiriö, jota ei pystytty kilpailusäännöillä ratkaisemaan, tekee siitä tässä tapauksessa hyväksyttävämpää. Sitä paitsi raukeamislausekkeen olemassaolo vähentää sen vaikutuksia taloudellisten toimijoiden oikeuksiin. Tällaisilla lausekkeilla varmistetaan, että yhteisön lainsäätäjä säännöllisin väliajoin uudelleenarvioi toimiaan sellaisilla alueilla kuin esimerkiksi verkkovierailut, joilla tapahtuu nopeita yhteiskunnallisia ja taloudellisia muutoksia. [54] Jos yhteisön lainsäätäjä pidentäisi hintavalvonnan kestoa tai tekisi

54 – Tarve yhteisön lainsäätäjän valintojen säännölliseen tarkistamiseen näillä nopeasti kehittyvillä markkinoilla tehdään selväksi myös itse puitedirektiivissä (sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen yhteisestä sääntelyjärjestelmästä 7.3.2002 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2002/21/EY; EYVL L 108, s. 33). Puitedirektiivin johdanto-osan 27 perustelukappaleessa, joka käsittelee ennalta asetettavaa sääntelyä, jolla pyritään varmistamaan kilpailuun perustuvien viestintämarkkinoiden kehitys, todetaan seuraavaa: ”Komission olisi tarkasteltava suuntaviivoja säännöllisin väliajoin uudelleen varmistaakseen niiden asianmukaisuuden nopeasti kehittyvillä markkinoilla.”

siitä pysyvän järjestelyn, päätöksen olisi myös oltava oikeasuhteinen ja se olisi perusteltava tarkemmilla syillä.

43. Vodafone huomautti myös, että asetuksen säätämisen jälkeen verkkovierailupalveluiden hinnat olivat kasaantuneet enimmäisrajan tuntumaan, ja se väitti, että tämä todisti siitä, että asetus oli tukahduttanut hintakilpailun tällä alueella. Hintojen kasaantumista tällä tavalla voidaan kuitenkin yhtä lailla pitää todisteena hintakilpailun puuttumisesta verkkovierailupalveluissa, mikä tukee sitä johtopäätöstä, että aiemmat, korkeammat hinnat olisivat pysyneet muuttumattomina, ellei lainsäätäjä olisi puuttunut asiaan. Näin ollen kaiken edellä esitetyn perusteella ei voida väittää, että lainsäätäjän ratkaisu olisi ollut selvästi virheellinen ja että sillä siis olisi perusteettomasti puututtu kantajien oikeuksiin.

44. Oikeasuhteisuuden arviointi edellyttää myös, että yhteisöjen tuomioistuin pohtii, onko yhteisön suurempi kyky saavuttaa kyseessä olevan lainsäädännön tavoitteet sellainen, että se oikeuttaa lainsäätäjän valitsemasta lähestymistavasta seuraavan jäsenvaltioiden itsenäisen toimivallan menetyksen. [55] Asianosaisten huomautukset tältä osin olivat melko niukkoja. On selvää, että yhteisön laajuisen enimmäishinnan määrittäminen vähentää jäsenvaltioiden sääntelyviranomaisten itsenäistä toimivaltaa. Kun kuitenkin otetaan huomioon se lähes yksimielinen kannatus, jonka kyseisen asetuksen käyttöönotto jäsenvaltioiden asiasta vastaavien elinten keskuudessa sai, tämä argumentti menettää osan tehostaan. Kun lisäksi pidetään mielessä kyseisten sääntöjen (verkkovierailupalvelut) rajallinen soveltamisala, se harkintavalta, jonka yhteisöjen tuomioistuin lainsäätäjälle näissä asioissa antaa, sekä se, etteivät kantajat ole tältä osin esittäneet perusteltuja vastakkaisia näkemyksiä, ei asetuksen voida sanoa olevan tältä osin suhteeton.

55 – Vaikka yhteisöjen tuomioistuimen viimeaikaisissa tuomioissa on keskitytty yhteisön lainsäädännön oikeasuhteisuuteen sen aineellisten päämäärien perusteella, kuten alaviitteessä 15 mainitussa asiassa Swedish Match, on oikeasuhteisuutta tarkasteltava myös jäsenvaltioiden itsenäiselle toimivallalle aiheutettujen vaikutusten näkökulmasta. Ks. tältä osin Mattias Kumm, "Constitutionalising Subsidiarity in Integrated Markets: The Case of Tobacco Regulation in the European Union", *European Law Journal*, osa 12, nro 4, heinäkuu 2006, s. 522–524. Julkisasiamies Fennelly on lisäksi todennut, vaikkakin eri lähtökohdista, että toisin kuin sisämarkkinoihin liittyvät päämäärät, eivät aineelliset päämäärät, kuten terveyden suojelu, yksinään voi saada aikaan oikeasuhteisuutta (asia C-74/99, Imperial Tobacco ym., ratkaisuehdotus, tuomio 5.10.2000, Kok., s. I-8599, 149 kohta).