FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT POIARES MADURO
föredraget den 1 oktober 2009[1]

I — Bakgrunden till tvisten och relevanta bestämmelser

1. En av domstolens viktigaste men samtidigt svåraste uppgifter är att pröva gränserna för unionens åtgärder. Detta är av grundläggande betydelse för att bevara balansen i maktfördelningen mellan staterna och unionen. Denna uppgift är också avgörande för att bevara en korrekt balans i maktfördelningen mellan unionens egna institutioner. Dessutom är kontrollen över unionens åtgärder viktig för att säkerställa att politiskt ansvar ska kunna utkrävas inom staterna (eftersom unionen påverkar den interna maktfördelningen) och att på ett korrekt sätt fördela politiskt ansvar mellan unionen och staterna (så att medborgarna vet vem som verkligen är ansvarig för vad). Domstolsprövning är emellertid inte det enda sätt på vilket unionens och särskilt gemenskapens behörighet kontrolleras. De beslutsförfaranden som gäller vid gemenskapens utövande av sin behörighet, och den möjlighet att delta i beslutsfattandet som dessa ger medlemsstaterna och olika gemenskapsinstitutioner, utgör ofta det mest effektiva sättet att kontrollera hur denna behörighet används. Det kan lugnt sägas att under lång tid saknade domstolen anledning att spela någon betydande roll vad avser gemenskapens behörighet just eftersom denna behörighet hade starka begränsningar inom ramen för beslutsförfarandena. Med tiden har emellertid gemenskapens behörighet och ändringar i relevanta beslutsförfaranden gjort att domstolen har ställts inför uppgiften att spela denna roll. Ett av de svåraste områdena rör frågan om gemenskapens behörighets gränser vad avser frågor som rör den inre marknaden, och särskilt omfattningen av gemenskapens behörighet att lagstifta med stöd av artikel 95 EG. Detta mål är ett bra exempel: huvudfrågan rör huruvida gemenskapen har rätt att reglera priser med stöd av artikel 95 och, i så fall, i vilken omfattning och under vilka villkor. Det är tveklöst så, att gemenskapen, vad avser den inre marknadens funktion, har behörighet att intervenera vad avser både företags (enligt konkurrensreglerna) och medlemsstaters prissättning (bland annat enligt reglerna om fri rörlighet). Men har gemenskapen själv rätt att med stöd av artikel 95 anta lagstiftning som exempelvis innebär att vissa pristak fastställs? Och under vilka omständigheter kan den i så fall göra detta? Domstolens svar beror på hur syftet med artikel 95 ska förstås rent allmänt. Enligt min mening framgår det klart av domstolens tolkning av artikel 95 att denna inte är en bestämmelse som har till syfte att ge gemenskapen en generell behörighet att reglera den inre marknaden. Samtidigt har domstolen emellertid inte heller ansett att artikel 95 endast ger gemenskapen en behörighet som är begränsad till frågan om undanröjande av hinder för den inre marknaden för att få den att fungera väl. Anledningen till detta är att denna bestämmelse är en dubbelnatur. Det är en bestämmelse som rör åtgärder vars syfte är att skapa en inre marknad och få den att fungera väl, samtidigt som gemenskapens åtgärder ersätter statliga åtgärder som har vidtagits för att uppnå vitt skilda mål, vad avser

1 — Originalspråk: engelska.

reglering av marknaden. Omständigheten att det har blivit nödvändigt för gemenskapen att intervenera vad rör den inre marknadens syften får inte innebära att det blir svårt att uppnå dessa andra mål. Artikel 95 får endast tolkas så, att denna balans kan bevaras. Skälen till att gemenskapen intervenerar har sin grund i målet att upprätta en integrerad marknad men de åtgärder som gemenskapen vidtar måste vara sådana att staterna har den politiska friheten att välja från ett utbud av olika policyer vad gäller hur marknaden ska regleras. Det är denna omsorg som måste vara ledsagande vad gäller hur artikel 95 ska tolkas och tillämpas i förevarande fall.

2. I målet ifrågasätts Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 717/2007 (roamingförordningen) som innehåller ändringar av det gemensamma regelverket i syfte att fastställa högsta tillåtna priser som gäller i hela gemenskapen (Eurotariff) vad avser roaming [2] i allmänna mobiltelefonnät i medlemsstaterna. Det gemensamma regelverket består av ett antal gemenskapsåtgärder som innebär en harmonisering av förfaranden enligt det gemensamma regelverket vad avser elektroniska kommunikationstjänster inom hela unionen. Innan roamingförordningen antogs innehöll det gemensamma regelverket inga regler som gav gemenskapens institutioner behörighet att fastställa högsta tillåtna priser som ska gälla inom hela gemenskapen vad avser roaming.

3. Vodafone med flera väckte talan vid High Court of Justice of England and Wales där de bland annat gjorde gällande att roamingförordningen är ogiltig. Den nationella domstolen har begärt att domstolen ska meddela förhandsavgörande enligt artikel 234 i EG-fördraget vad avser följande frågor:

”1) Är förordning (EG) nr 717/2007 helt eller delvis ogiltig med anledning av att artikel 95 EG inte utgör en olämplig rättslig grund?

2 — ”Roaming” syftar på utnyttjande av ett nätverk för en mobiltelefonioperatör i en annan medlemsstat som är ett annat än det som gäller för användarens mobiltelefoniabonnemang.

2) Är artikel 4 i förordning (EG) nr 717/2007 (jämförd med artiklarna 2 a och 6.3, i den mån dessa innehåller hänvisningar till eurotaxan och skyldigheter i samband med eurotaxan) ogiltig på grund av att föreskrifterna om ett pristak för slutkundsavgifterna för roaming innebär att proportionalitetsprincipen eller subsidiaritetsprincipen åsidosätts?"

4. Såsom framgår av dessa frågor bygger invändningarna mot förordningen på slutsatsen att roamingförordningen är ogiltig på grund av att artikel 95 inte utgör en korrekt rättslig grund för gemenskapsåtgärden och att, om så skulle vara fallet, den priskontroll vad avser priserna i detaljistledet som föreskrivs i förordningen innebär att proportionalitetsprincipen och subsidiaritetsprincipen har åsidosatts. Jag kommer att först behandla frågan om den rättsliga grunden innan jag behandlar de frågor som rör proportionalitetsprincipen och subsidiaritetsprincipen.

5. Artikel 95 EG har i relevanta delar följande lydelse:

"1. Med avvikelse från artikel 94 och om inte annat föreskrivs i detta fördrag skall följande bestämmelser tillämpas för att nå de mål som anges i artikel 14. Rådet skall enligt förfarandet i artikel 251 och efter att ha hört Ekonomiska och sociala kommittén, besluta om åtgärder för tillnärmning av sådana bestämmelser i lagar och andra författningar i medlemsstaterna som syftar till att upprätta den inre marknaden och få den att fungera.

2. Punkt 1 gäller inte bestämmelser om skatter och avgifter, bestämmelser om fri rörlighet för personer eller bestämmelser om anställdas rättigheter och intressen.

3. Kommissionen skall i sina förslag enligt punkt 1 om hälsa, säkerhet samt miljö- och konsumentskydd utgå från en hög skyddsnivå och särskilt beakta ny utveckling som grundas på vetenskapliga fakta. Europaparlamentet och rådet skall också, inom ramen för sina respektive befogenheter, sträva efter att nå detta mål."

6. Artikel 14 har i relevanta delar följande lydelse:

"1. Gemenskapen skall besluta om åtgärder i syfte att gradvis upprätta den inre marknaden under tiden fram till och med den 31 december 1992 i enlighet med bestämmelserna i denna artikel och i artiklarna 15, 26, artikel 47.2, artiklarna 49, 80, 93 och 95 och utan att det påverkar tillämpningen av övriga bestämmelser i detta fördrag.

2. Den inre marknaden skall omfatta ett område utan inre gränser, där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital säkerställs i enlighet med bestämmelserna i detta fördrag."

A — *Den rättsliga grunden*

7. Domstolen har vid upprepade tillfällen förklarat att artikel 95 kan användas som rättslig grund när det förekommer skillnader eller potentiella skillnader mellan nationella regler som ”kan utgöra hinder för de grundläggande friheterna eller skapa en snedvridning av konkurrensen”. [3] Åtgärder som vidtas med stöd av denna grund kan endast anses giltiga ”om det av rättsakten objektivt framgår att den syftar till att förbättra villkoren för upprättandet av den inre marknaden och dess funktion”. [4] Artikel 95 innebär inte att det föreskrivs en allmän behörighet att reglera den inre marknaden. [5] Lagstiftning som grundas på artikel 95 får således inte ha som enda syfte att reglera den inre marknaden i den riktning gemenskapslagstiftaren önskar. Domstolen har redan fastställt att ett sådant bruk av artikel 95 skulle strida mot artikelns uttryckliga ordalydelse och mot den viktiga grundläggande principen att gemenskapens behörighet endast omfattar vad som uttryckligen föreskrivs. [6] Det skulle dessutom strida mot andra rättsliga grunder i fördraget, i vilka gemenskapen ges behörighet att reglera vissa särskilda aspekter på marknaden.

8. Detta innebär inte att lagstiftning som antas enligt artikel 95 inte får ha självständiga reglerande ändamål. Om artikel 95 skulle tolkas så, att gemenskapen endast ges nödvändig behörighet för att kunna undanröja hinder mot en integrerad marknad, skulle gemenskapsinterventioner aldrig få ha andra mål vad gäller reglering av marknaden, om dessa går utöver vad som är absolut nödvändigt för att undanröja hinder för den fria rörligheten. Ett sådant resonemang skulle leda till slutsatsen att gemenskapslagstiftaren endast får vidta åtgärder med syfte att åstadkomma ömsesidigt erkännande, eftersom sådana åtgärder alltid skulle vara tillräckliga för att förhindra att hinder mot den fria rörligheten uppstår eller består. Alla åtgärder av annat slag skulle vara för långtgående om det vore så att det anses att gemenskapslagstiftaren, när denne agerar med stöd av artikel 95 i syfte att undanröja hinder för den fria rörligheten, aldrig får gå utöver vad som är nödvändigt för att undanröja hinder för den fria rörligheten. Detta skulle medföra att artikel 95 endast får användas som stöd för åtgärder syftande till att åstadkomma en integrerad marknad om dessa rör avreglering av nationella marknader. En sådan tolkning skulle innebära att artikel 95 ger företräde för en viss policy, trots att inget i fördraget ger stöd för en sådan syn på saken. Som generaladvokat Fennelly har förklarat innebär domstolens rättspraxis inte att ”artiklarna 7a, 57.2 och 100a i fördraget (nu artiklarna 14, 47.2 och 95 EG) ska förstås som en slags liberal urkund som medför en harmonisering i riktning mot lägsta tänkbara standard, eller ens mot ett medelvärde

3 — Dom av den 10 februari 2009 i mål C-301/06, Irland mot parlamentet och rådet (REG 2009, s. I-593), punkterna 63–64.

4 — Dom av den 2 maj 2006 i mål C-217/04, Förenade kungariket mot parlamentet och rådet (REG 2006, s. I-3771), punkt 42.

5 — Dom av den 5 oktober 2000 i mål C-376/98, Tyskland mot parlamentet och rådet (REG 2000, s. I-8419), punkt 83.

6 — Ibidem.

av befintlig nationell regleringsstandard”[7]. En korrekt tolkning av artikel 95 förutsätter i stället att åtskillnad görs mellan omständigheter som gör att harmonisering måste ske inom gemenskapen (risken att den fria rörligheten hindras eller att konkurrensen snedvrids) och harmoniseringens omfattning och innehåll. Harmonisering måste kunna ske i syfte att uppnå ett antal olika mål med gemenskapens politik, vad gäller mål som normalt sett försöks uppnås med hjälp av nationella åtgärder, varvid de senare ska ersättas av gemenskapslagstiftning. Artikel 95 måste således förstås så, att gemenskapslagstiftaren har möjlighet att sätta upp, och göra avvägningar mellan, ett stort antal regleringsmål, när det står klart att denne har behörighet med anledning av behovet att harmonisera ett visst område.

9. Artikel 95 kan rentav utgöra grund för att intensifiera regleringen samtidigt som avreglering sker. Om så ska ske bestäms i princip under den politiska processen. I artikel 95.3 föreskrivs härvid uttryckligen att lagstiftning som antas med stöd av denna bestämmelse ska syfta till en hög skyddsnivå vad gäller hälsa, säkerhet samt miljö- och konsumentskydd. Sådana mål måste emellertid ingå som delar i ett övergripande regelverk med syfte att upprätta den inre marknaden och få den att fungera genom tillnärmning och harmonisering av medlemsstaternas lagar och andra författningar. Med andra ord måste gemenskapsåtgärden bidra till att skapa en integrerad marknad, även om den inte behöver begränsas av vad som är absolut nödvändigt i detta avseende. Även om främjande av en integrerad marknad är ett nödvändigt krav för att gemenskapen ska vara behörig enligt artikel 95, får dess utövande av denna behörighet inte begränsas av ett krav att den måste vara knuten till målet att skapa en integrerad marknad. Om så vore, skulle detta hindra strävan efter andra legitima regleringsmål som staterna inte längre kan sträva efter att uppnå.

10. De viktigaste invändningarna om att förordningen är ogiltig på grund av felaktig rättslig grund rör denna punkt. Vodafone hävdar att eftersom det redan i det gemensamma regelverket föreskrivs en omfattande harmonisering av medlemsstaternas reglering av mobiltelefoniindustrin, kan roamingförordningen inte få ha till syfte att harmonisera medlemsstaternas regler på detta område. Förordningen har således på ett otillåtet sätt grundats på artikel 95 i syfte att reglera den inre marknaden.

11. Såsom domstolen vid upprepade tillfällen har förklarat betyder omständigheten att en omfattande harmonisering redan har inletts på ett visst område med stöd av artikel 95 ”inte alls att gemenskapslagstiftaren inte kan ändra

7 — Ibidem, punkt 85.

eller anpassa dessa bestämmelser och, om nödvändigt, införa nya sådana, för att bättre söka uppnå målen" med de ursprungliga harmoniseringsåtgärderna. [8] Dessa mål, måste, såsom angetts ovan, inte vara begränsade till att avse främjandet av en integrerad marknad, även om det senare är en nödvändighet för att gemenskapen ska kunna använda sin behörighet. En motsatt ståndpunkt innebär att gemenskapen inte skulle kunna rätta till fel i harmoniseringsåtgärder som grundas på artikel 95. När gemenskapslagstiftaren agerar med stöd av artikel 95, kommer den att göra det på ett sätt som avslöjar vilka politiska val som ligger bakom detta agerande. Dessa kan exempelvis bestå av ett val av en viss nivå vad avser konsumentskyddet och att lösningar som innebär att det föreskrivs en högre eller lägre nivå för konsumentskyddet förkastas. Dessa val kan ha oförutsedda negativa följdverkningar eller, såsom kan hända i ett demokratiskt samhälle, att en ny politisk majoritet anser att det tidigare beslutet innebar en felaktig avvägning mellan de olika intressen som berörs. Det vore absurt och odemokratiskt om gemenskapslagstiftaren skulle sakna möjlighet att ompröva tidigare politiska val som har legat till grund för lagstiftning som har införts med stöd av artikel 95, i syfte att låta förändringar i den allmänna opinionen och ökad kunskap påverka framtida beslut, eller att vidta åtgärder för att avhjälpa oförutsedda negativa följdverkningar av harmoniseringsåtgärder. Även i fall då en harmoniseringsåtgärd, som det gemensamma regelverket, har visat sig vara ett effektivt medel för att hindra konkurrenssnedvridning och för att avhjälpa hinder mot den fria rörligheten och kan anses säkerställa att den inre marknaden bevaras och utvecklas, måste gemenskapslagstiftaren förbli fri att vidta en sådan åtgärd på grund av ny kunskap eller nya politiska preferenser. [9] Jag anser därför att det saknas stöd för invändningen att roamingförordningen är ogiltig, eftersom det redan i det gemensamma regelverket föreskrivs en harmonisering av området i fråga.

12. Parterna som hävdar att roamingförordningen är ogiltig har vidare gjort gällande att eftersom det i denna förordning föreskrivs åtgärder som på ett betydande sätt avviker från dem som föreskrivs i det gemensamma regelverket, [10] kan förordningen inte anses utgöra en ändring av detta regelverk. Omständigheten att ändringsakten eventuellt inte kan anses ligga i linje med de åtgärder som föreskrivs i det gemensamma regelverket förändrar inte faktumet att det är fråga om en ändringsakt. Ändringsakter kan medföra utfyllnad av och tillägg till en harmoniseringsåtgärd. [11] De kan också innebära att ändringar genomförs i densamma. Det kan faktiskt vara så att det uppstår behov av att göra en ändring just för att en viss harmoniseringsåtgärd

8 — Dom av den 8 november 2007 i mål C-374/05, Gintec (REG 2007, s. I-9517), punkt 29.

9 — Dom av den 10 november 2002 i mål C-491/01, British American Tobacco (Investments) och Imperial Tobacco (REG 2002, s. I-11453), punkt 80, där det anges att "utveckling som grundas på vetenskapliga fakta inte är det enda skäl som gemenskapslagstiftaren kan åberopa för att anpassa gemenskapslagstiftningen, eftersom det ankommer på gemenskapslagstiftaren att, vid utövandet av det utrymme för skönsmässig bedömning som den har på området, även beakta andra överväganden, såsom den ökade betydelsen av kampen mot tobak på ett politiskt och socialt plan".

10 — Det gemensamma regelverket bygger på tanken att det är de nationella regleringsmyndigheterna som ska vidta relevanta åtgärder och detta rent allmänt endast då det visat sig att en viss operatör har "betydande marknadsinflytande". Roamingförordningen innebär att priser fastställs för hela gemenskapen även när det inte har visats att en operatör har ett sådant betydande marknadsinflytande.

11 — Se ovan fotnot 4.

visar sig fungera på ett otillfredsställande sätt och att ändringen således måste avvika från de åtgärder som ursprungligen föreskrevs. [12] Domstolen har varit mycket tydlig med att harmoniserade åtgärder kan ändras på grund av förändringar i det politiska stämningsläget och har, vad rör ändringar i gemenskapens harmoniserade system avseende tobaksvaror, förklarat att det endast är ”möjligt för gemenskapslagstiftaren att korrekt fullgöra sin uppgift att säkerställa skyddet för de allmänna intressen som omfattas av fördraget … om det är tillåtet att anpassa den relevanta gemenskapslagstiftningen till förändringar av omständigheterna[*] [* Övers. anm.: ”perceptions ”i den engelska versionen] eller till nya fakta” [13]. En ändrad syn på frågan kan göra det nödvändigt att göra ändringar som avviker från vad som föreskrevs i den ursprungliga harmoniseringsåtgärden. Omständigheten att de åtgärder som föreskrivs i roamingförordningen avviker från dem som föreskrivs i det gemensamma regelverket betyder inte att förordningen inte kan anses utgöra en ändring i förhållande till regelverket. De klara gränser för gemenskapens behörighet som föreskrivs i artikel 95 kan inte få fungera på så sätt att unionen måste följa en viss form av harmonisering även när denna inte längre anses som den lämpligaste.

13. Samtidigt är det så att även om det står gemenskapslagstiftaren fritt att genom ändrad lagstiftning ompröva den policy som valts i en harmoniseringsåtgärd som vidtagits med stöd av artikel 95, kan denne inte tilldela sig själv behörighet att lagstifta vad avser områden som ligger utanför tillämpningsområdet för artikel 95 genom att helt enkelt beskriva sådana åtgärder som ändringar. Att införa ny lagstiftning som rör ett annat område än det som avses i den ursprungliga harmoniseringsåtgärden, till exempel genom att i en ändring av det gemensamma regelverket besluta om fiskekvoter, kan inte anses som en giltig ändring. [14] Jag anser att så också skulle vara fallet med en gemenskapslagstiftning som, för att ta ett absurt exempel, helt skulle förbjuda roamingtjänster. [15] Gemenskapen kan inte heller, genom att helt enkelt kalla en viss åtgärd för en ändring, anta lagstiftning i vilken områden som omfattas av medlemsstaternas behörighet harmoniseras, om det inte kan visas att den uppfyller kravet att dess syfte är att eliminera skillnader eller potentiella skillnader mellan nationella regler som ”kan utgöra hinder för de grundläggande friheterna eller skapa en snedvridning av konkurrensen”. [16] Med andra ord måste inte ändringen i sig vara motiverad av behovet att undanröja handelshinder eller snedvriden konkurrens, däremot måste den ändrade åtgärden fortfarande uppfylla de mål som anges i artikel 95. Det är

12 — Punkt 80 (ovan fotnot 9).

13 — Ibidem, punkt 77.

14 — Detta resonemang är inte tillämpligt i förevarande mål, eftersom behörigheten att fastställa högsta priser för roamingtjänster helt klart ligger inom det område som omfattas av den ursprungliga harmoniseringsåtgärden, vilken rör elektroniska kommunikationstjänster i medlemsstaterna.

15 — Domstolen har emellertid i sin dom av den 14 december 2004 i mål C-210/03, Swedish Match (REG 2004, s I-11893), ansett att en gemenskapsåtgärd som innebär att handel med en viss vara helt förbjuds kan antas med stöd av artikel 95, förutsatt att det finns en risk att skillnader i de olika nationella lagarna leder till hinder för handeln med denna vara. Domstolen verkar anse att risken att det uppstår hinder för handeln med en sådan vara kan rättfärdiga att försäljning av varan helt förbjuds inom gemenskapen. Även om man kan fråga sig på vilket sätt ett sådant förbud fortfarande har någon anknytning till målen i artikel 95 (begränsad fri rörlighet för varor kan vara bättre än ingen fri rörlighet överhuvudtaget enligt artikel 95), kräver inte förevarande mål att domstolen på nytt diskuterar denna fråga. Det kommer senare i detta förslag att framgå att jag anser att det, för att vidta en åtgärd (inbegripet att ändra en åtgärd), är en tillräcklig grund enligt artikel 95 att man finner att det föreligger skillnader mellan olika nationella lagar som kan leda till att handelshinder uppstår. Åtgärden måste bidra till de mål som eftersträvas enligt artikel 95. Åtgärden kan emellertid få andra mål, utöver de som anges i denna artikel.

16 — Mål C-301/06 (ovan fotnot 3), punkterna 63–64.

emellertid ingen lätt uppgift att avgöra hur dessa principer ska tillämpas i ett enskilt fall.

14. Enligt min mening kräver denna uppgift att domstolen ser till vad ändringen har för betydelse inom ramen för lagstiftningen som helhet, för att avgöra huruvida sådan lagstiftning (såsom denna ser ut efter ändringen) fortfarande kan anses främja en mer integrerad marknad och därför kan anses uppfylla villkoren för att artikel 95 ska kunna tillämpas. Ändringen kan också vara berättigad om den är nödvändig för att kunna lösa ett särskilt problem som medlemsstaterna inte kan hantera på ett effektivt sätt på grund av den ursprungliga harmoniseringsåtgärden.

15. I förevarande fall kan ett sätt att finna en laglig grund enligt artikel 95, vad avser den aktuella lagstiftningen i dess ändrade lydelse, vara att fastställa att det föreligger en risk att de nationella prisregleringsåtgärderna skiljer sig åt. En sådan risk får emellertid inte bedömas utifrån hur situationen ser ut efter att det gemensamma regelverket antogs och vad regelverket eventuellt medför för begränsningar vad avser möjligheten att vidta nationella prisregleringsåtgärder. Om så vore fallet, skulle det vara omöjligt för gemenskapslagstiftaren att ändra någon åtgärd som, i sin ursprungliga lydelse, skulle vara ett effektivt medel för att undanröja handelshinder, även om dess inverkan på andra policymål motiverar att en annan typ av reglering nu bör införas. Detta skulle vara oacceptabelt av de skäl som har diskuterats ovan: åtgärder som vidtas med stöd av artikel 95 måste bevara den politiska friheten att välja mellan ett antal olika policyer vad gäller hur marknaden ska regleras. Bedömningen vad avser artikel 95 ska inte handla om frågan huruvida ändringen är nödvändig, med hänsyn till den ändrade lagstiftningen, för att förhindra handelshinder, utan huruvida lagstiftningen i dess ändrade lydelse fortfarande förhindrar handelshinder. För att avgöra detta krävs att man beaktar hur situationen skulle se ut, om det inte fanns gemenskapslagstiftning på området. Det är uppenbart att potentiella handelshinder som uppstår genom nationella prisregleringsåtgärder [17] kan förhindras antingen genom att införa gränser för nationella prisregleringar eller genom att reglera priserna på gemenskapsnivå. Omständigheten att gemenskapslagstiftaren ursprungligen har valt en av dessa metoder för att förhindra handelshinder får inte hindra denne från att senare använda sig av andra metoder, om policymålen så kräver. Detta betyder inte att gemenskapslagstiftaren har ett fritt val mellan två metoder för att skydda de mål som anges i artikel 95. Det kan visa sig att så inte är fallet, med hänsyn till andra gemenskapsregler, som subsidiaritets- och proportionalitetsprincipen. Detta är emellertid en helt annan fråga än frågan huruvida någon av dessa metoder är acceptabel (ursprungligen eller i samband

17 — Se exempelvis dom av den 5 december 2006 i de förenade målen C-94/04 och C-202/04, Cipolla m.fl. (REG 2006, s. I-11421).

med en ändring) enligt artikel 95. I det senare fallet krävs bara att det föreligger skillnader mellan de nationella lagstiftningarna som kan innebära att handelshinder eller snedvriden konkurrens uppstår och att gemenskapsåtgärden är ägnad att hindra detta. Däremot krävs inte att det väljs en viss metod vid regleringen i detta syfte.

16. Det återstår i detta sammanhang att avgöra huruvida frånvaron av gemenskapslagstiftning i förevarande fall innebar en risk att det vidtas nationella åtgärder för priskontroll som skiljer sig åt och huruvida de är sådana att de kan antas skapa handelshinder, vilket skulle motivera att gemenskapen vidtar åtgärder för priskontroll. Med andra ord: Skulle, om det gemensamma regelverket inte hade funnits, det föreligga en risk för att hinder mot roamingtjänster uppstår på grund av de olika nationella åtgärderna för priskontroll?

17. Att nationella åtgärder för priskontroll kan skapa handelshinder har redan fastställts i domstolens rättspraxis. Medan sådana åtgärder ”inte i sig själva utgör åtgärder med motsvarande verkan som en kvantitativ restriktion”, kan de ”få en sådan verkan när priserna ligger på en nivå som missgynnar importerade produkter i förhållande till identiska inhemska produkter”. [18] Vad gäller prisreglering genom maximipriser, uppstår denna verkan ”när priserna ligger på en nivå så att avsättningen av importerade varor antingen blir omöjlig eller svårare än avsättningen av inhemska varor”. [19] Så är fallet när maximipriserna är så låga att utländska näringsidkare inte kan ta ut en rimlig vinstmarginal, [20] när utländska näringsidkare tvingas bära högre kostnader som inte beaktas när maximipriserna fastställs, eller när pristaket hindrar utländska näringsidkare från att ta ut högre priser för tjänster av högre kvalitet. [21]

18. Emellertid är inte alla nationella priskontrollåtgärder sådana att de kan skapa

18 — Dom av den 13 november 1986 i de förenade målen 80/85 och 159/85, Edah (REG 1986, s. 3359), punkt 11. Se även dom av den 26 februari 1976 i mål 65/75, Tasca (REG 1976, s. 291; svensk specialutgåva, volym 3, s. 49), av den 24 januari 1978 i mål 82/77, Van Tiggele (REG 1978, s. 25; svensk specialutgåva, volym 4, s. 1), och av den 7 maj 1991 i mål C-287/89, kommissionen mot Belgien (REG 1991, s. I-2233), punkt 17.

19 — Dom av den 19 mars 1991 i mål C-249/77, kommissionen mot Belgien (REG 1991, s. I-1275), punkt 15.

20 — Domen i målet kommissionen mot Belgien (ovan fotnot 19), punkt 17.

21 — Se punkterna 69–75 i mitt förslag till avgörande i målen Cipolla m.fl. (ovan fotnot 17).

handelshinder och det krävs att det är troligt att sådana hinder uppstår.[22] Enligt min mening har gemenskapslagstiftaren inte, vare sig när den ursprungliga åtgärden antogs eller ändrades, förklarat att en sådan risk förelåg. Paradoxalt nog återfinns det starkaste argumentet för att det skulle föreligga en sådan risk i sökandenas påstående att det gemensamma regelverket, såsom det ursprungligen antogs av gemenskapslagstiftaren, genom att kräva att det kan konstateras att det är fråga om ”betydande marknadsinflytande” innan reglerande intervention *ex ante* kan ske, begränsade medlemsstaternas möjlighet att vidta åtgärder för priskontroll inom mobiltelefonimarknaden. Man måste av detta anta att det gemensamma regelverket är en reaktion på faran att medlemsstaternas myndigheter fastställer olika maximi- eller minimipriser inom mobiltelefonibranschen och att detta leder till hinder för och snedvridning av konkurrensen inom den gemensamma marknaden. Om så var fallet, hade lagstiftaren, när denne utformade det gemensamma regelverket, att hantera denna fara genom att antingen minska medlemsstaternas möjlighet att fastställa priser för denna bransch eller fastställa priserna inom hela unionen (huruvida detta val uppfyller proportionalitetsprincipens och subsidiaritetsprincipens krav är en annan sak). Ettdera valet bidrar till att göra den inre marknaden mer effektiv. Genom att kräva att det har fastställt att en aktör har ett betydande marknadsinflytande innan reglerande intervention kan ske *ex ante* har lagstiftaren valt den förra lösningen. Omständigheten att detta val på ett effektivt sätt bidrar till att förhindra att handelshinder och konkurrenssnedvridning uppstår utgör inte hinder för att välja en annan metod för regleringen, så länge som denna metod fortfarande förhindrar handelshinder och konkurrenssnedvridning. I verkligheten är det emellertid så, att det gemensamma regelverkets begränsningar av medlemsstaternas möjlighet till reglerande interventioner, är allmänt hållna och inte särskilt tänkta att förhindra skillnader i nationella åtgärder för priskontroll. De grundas inte heller på att det har konstaterats att handelshinder förmodligen kommer att uppstå på grund av framtida nationella åtgärder för priskontroll. Jag anser inte att det har fastställts att det föreligger en risk för att framtida nationella åtgärder för priskontroll skiljer sig åt och därför skapar handelshinder, så att det är berättigat att gemenskapen vidtar åtgärder för priskontroll enligt artikel 95.

19. Jag anser emellertid att gemenskapslagstiftaren hade rätt att reglera roamingpriserna

22 — Dom av den 12 december 2006 i mål C-380/03, Tyskland mot parlamentet och rådet (REG 2006, s. I-11573), punkt 37, domarna i målen British American Tobacco och Imperial Tobacco (ovan fotnot 9), punkt 61, Swedish Match (ovan fotnot 15), punkt 30, och dom av den 12 juli 2005 i de förenade målen C-154/04 och C-155/04, Alliance for Natural Health m.fl. (REG 2005, s. I-6451), punkt 29, samt domen i målet Irland mot parlamentet och rådet (ovan fotnot 3), punkt 64.

med stöd av artikel 95 av ett annat skäl, nämligen att se till att hinder för den fria rörligheten som har sin grund i privatpersoners beteende och som missgynnar näringsverksamhet över gränserna undanröjs. Skillnaden i priser mellan samtal som görs inom samma medlemsstat och samtal för vilka roaming behövs kan rimligen anses missgynna transnationella tjänster, som roaming. [23] Lagstiftaren har valt att åtgärda problemet med höga roamingavgifter genom ett pristak som gäller för hela unionen. Lagstiftaren måste kunna anföra stöd för valet av denna metod som ligger i linje med de mål som anges i artikel 95. Dessa mål är, som framgår klart av artikelns ordalydelse, att *"upprätta den inre marknaden och få den att fungera"*, [24] varvid den inre marknaden är *"ett område utan inre gränser, där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital säkerställs i enlighet med bestämmelserna i detta fördrag"*. [25] Att missgynna transnationell verksamhet, som att kunder använder roamingtjänster, kan leda till att det blir svårare att upprätta en inre marknad där den fria rörligheten för varor, personer, tjänster och kapital säkerställs. Roaming är den mest typiska transnationella verksamheten inom telekommunikationsbranschen. Att sätta ett pristak på roamingtjänster kan helt rimligt ses som en åtgärd för att upprätta den inre marknaden genom att undanröja hinder för transnationell verksamhet.

20. Även om pristaket sattes genom att en reglering inom gemenskapen som riktades mot privata aktörer i stället för statliga organ, så innebär slutsatsen att en sådan åtgärd kan accepteras inte att gemenskapen får "carte blanche" att med stöd av artikel 95 reglera vilken ekonomisk verksamhet som helst. Roamingförordningen kan inte beskrivas som en intervention som gemenskapslagstiftaren har vidtagit av det enkla skälet att denne vill göra något åt privata aktörers rättshandlingar som leder till oönskade resultat, utan den rör endast privata aktörers rättshandlingar som direkt missgynnar transnationell ekonomisk verksamhet (roaming) jämfört med inhemsk verksamhet (inhemska mobiltelefonitjänster). Handlingar som direkt missgynnar transnationell verksamhet kan, även när det är privata aktörer som ligger bakom dessa handlingar, lättare anses som hinder för att upprätta den inre marknaden. Naturligtvis har de flesta privata handlingar på marknaden inte potentialen att begränsa den fria rörligheten och de kan, som sådana, inte i sig berättiga att lagstiftning antas med stöd av artikel 95. Det är endast när privata aktörer ägnar sig åt direkt transnationell verksamhet, och de därmed kan begränsa samma verksamhet och den fria rörligheten, som gemenskapen kan reglera denna verksamhet med stöd av artikel 95.

23 — Som jag har anmärkt i ett antal förslag till avgöranden, senast den 22 april 2009 i mål C-115/08, ČEZ, punkt 12, kan den fria rörligheten, som den inre marknaden är beroende av, försvåras genom att transnationella situationer behandlas på ett mindre fördelaktigt sätt än situationer som är rent nationella.

24 — Artikel 95 EG.

25 — Artikel 14 EG.

21. I detta sammanhang ber jag helt enkelt domstolen att tillämpa den logiska följden av dess rättspraxis som rör horisontell tillämpning av reglerna om den fria rörligheten i dess analys av artikel 95. I det senare sammanhanget har domstolen förklarat att privata aktörers handlingar under vissa förutsättningar kan medföra att den fria rörligheten begränsas. Så var exempelvis fallet i målen International Transport Workers' Federation och Finnish Seamen's Union [26] och Laval un Partneri, [27] där det rörde sig om fackföreningars åtgärder som hindrade en skeppsägare från att omflagga dennes fartyg i en annan stat respektive ett byggföretag från att tillhandahålla tjänster i en annan stat. Fackföreningarnas åtgärder påverkade på ett direkt sätt etableringsfriheten och den fria rörligheten för tjänster och domstolen fann att reglerna om den fria rörligheten var direkt tillämpliga på fackföreningarna, trots att de är privata aktörer. Domstolen kom fram till denna slutsats genom att utgå från att privata proteståtgärder kan påverka den fria rörligheten för varor genom att transport av dessa varor förhindras. [28] I artikel 95 ges gemenskapslagstiftaren en laglig grund för att vidta åtgärder i situationer när det, för att se till att den inre marknaden kan fungera, inte räcker med att endast säkerställa att statliga institutioner inte vidtar åtgärder som skadar de grundläggande friheterna. [29] Det är således bara naturligt att dessa hinder för den fria rörligheten också kan regleras med stöd av artikel 95.

22. Domstolen har exempelvis i ett välkänt mål förklarat att vissa av fotbollsorganisationernas regler, bland annat regler som påverkar fotbollsspelares rörlighet över gränserna, utgör hinder för arbetstagarnas fria rörlighet. Det framstår som klart för mig att detta inte bara skulle ge gemenskapen grund för att förbjuda sådana regler utan också för att anta gemenskapsregler med stöd av artikel 95. [30] Om gemenskapen är behörig att förbjuda en viss åtgärd som vidtas av en privat aktör, bör den även vara behörig att endast reglera samma

26 — Dom av den 11 december 2007 i mål C-438/05 (REG 2007, s. I-10779).

27 — Dom av den 18 december 2007 i mål C-341/05 (REG 2007, s. I-11767).

28 — Se även dom av den 9 december 1997 i mål C-265/95, kommissionen mot Frankrike (REG 1997, s. I-6959), och av den 12 juni 2003 i mål C-112/00, Schmidberger (REG 2003, s. I-5659).

29 — Vad avser denna fråga, se Armin von Bogdany och Jürgen Bast, "The Vertical Order of Competences" i *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2006. Se även Alexander Somek, "Individualism", Oxford University Press, 2008, s. 128, där författaren något kritiskt hävdar att domstolens senaste rättspraxis avseende artikel 95-mål "bygger på att de grundläggande friheterna och unionens lagstiftningsbehörighet tjänar ett och samma mål". Se även Joseph Weiler, "The Constitution of the Common Market Place: The Free Movement of Goods", i Paul Craig och Gráinne de Búrca, *The Evolution of EU Law*, Oxford, Hart Publishing, 1999. För min del förespråkar jag emellertid inte nödvändigtvis sådana strikta paralleller. Vad jag menar är att skälen för att tillämpa regler som rör fri rörlighet på privata aktörer åtminstone i vissa mål även kan anses överförbara på artikel 95.

30 — Frågan huruvida och i vilka syften en sådan behörighet ska användas är en annan sak, och domstolen behöver inte besvara den frågan i förevarande mål.

åtgärd. Detta innebär inte att gemenskapen ges behörighet att reglera alla åtgärder som dessa privata aktörer vidtar. En sådan behörighet föreligger endast när dessa åtgärder, som nämnts ovan, och parallellt med den horisontella tillämpningen av regler som rör den fria rörligheten, direkt innebär transnationell verksamhet och kan begränsa denna verksamhet och den fria rörligheten. Däremot skulle åtgärder för att exempelvis försöka reglera priserna på resväskor eller restaurangmåltider inte innebära att man ingriper mot direkt missgynnande av transnationell ekonomisk verksamhet och mot verksamhet som påverkar den fria rörligheten och den inre marknaden, vilket är ett krav för att gemenskapen ska ha rätt att lagstifta med stöd av artikel 95.

23. Gemenskapslagstiftning som antas med stöd av artikel 95 för att reglera privata aktörers åtgärder som påverkar den inre marknaden måste, på samma sätt som villkoren för att tillämpa regler rörande den fria rörligheten på privata aktörer är strängare än villkoren för att tillämpa dessa regler på statliga organ, uppfylla vissa särskilda villkor. Villkoren får, såsom i förevarande fall, inte direkt missgynna transnationell verksamhet. Så snart privata aktörers handlingar verkligen begränsar transnationell verksamhet, kan de bli föremål för reglering från gemenskapens sida.

24. Min ståndpunkt kanske blir klarare om den beskrivs som att statens åtgärder (eller passivitet) också ingår. Man kan uttrycka det som att det är genom att staterna ”accepterar” att operatörerna sätter diskriminerade priser [31] på roamingsamtal respektive inhemska samtal som den transnationella mobiltelefonikommunikationen begränsas. Gemenskapsintervention kan som sådan rättfärdigas med stöd av artikel 95 på den grunden att de nationella reglerna inte hindrade diskriminerande behandling av transnationell mobiltelefonikommunikation.

25. Jag vill anföra ytterligare en kommentar vad avser frågan om rättslig grund. Som jag redan sagt kan ändringen också vara berättigad om den var nödvändig för att det skulle gå att lösa ett särskilt problem som den ursprungliga harmoniseringsåtgärden hindrade medlemsstaterna från att behandla på ett effektivt sätt. Såsom anges både i Vodafones yttrande och i skälen 4 och 9 i roamingförordningen är det gemensamma regelverkets bestämmelser om intervention *ex ante* från nationella regleringsmyndigheters sida endast tillämpliga om det har konstaterats att aktörerna på en viss marknad har ett ”betydande marknadsinflytande”. Om så inte hade konstaterats, kunde de nationella regleringsmyndigheterna inte ingripa enligt detta

31 — Uttrycket ”diskriminerande priser” måste användas försiktigt i detta sammanhang och detta av flera skäl, inte minst omständigheten att det kan finnas legitima skäl för att sätta andra priser för roamingsamtal än för inhemska samtal. Vad som dock står klart är att det inte finns någon rimlig förklaring till dagens prisskillnader, vilket är skälet till varför gemenskapen ingrep.

regelverk. Eftersom både kommissionen [32] och European Regulators' Group [33] hade konstaterat att roamingtjänsterna var för dyra även på marknader där inte någon aktör har ett betydande marknadsinflytande, var det gemensamma regelverket självt ett hinder för att nationella regleringsmyndigheter eller gemenskapens regleringsmyndighet skulle kunna anta ett regelverk som gör att priserna på roamingtjänster sjunker. Gemenskapslagstiftaren ansåg, efter att ha identifierat hur dåligt marknaden fungerade och de sociala kostnader som det harmoniserade regelsystemet gav upphov till, att den av dessa skäl och de skäl som har angetts i domstolens domar i målen Gintec och Tobacco II [34] måste ha behörighet att reglera denna situation och ge fullmakt till nationella myndigheter eller gemenskapens myndigheter att ändra regelverket, om detta visar sig fungera dåligt.

26. Gemenskapen är därför behörig att ta tag i problemet med de höga priserna på roamingtjänster genom att ändra det gemensamma regelverket. Det måste emellertid göras åtskillnad mellan behörigheten att reglera, å ena sedan, och frågan hur ingripande regleringen bör vara och på vilken nivå den bör ske, å andra sidan. Omständigheten att den lagstiftning som antogs med stöd av artikel 95 innebär en ändring av en tidigare harmoniserande lagstiftning befriar inte denna lagstiftning från kravet att gemenskapen måste vara behörig enligt denna artikel och enligt gemenskapsrättens allmänna principer. En sak som begränsar möjligheten att använda artikel 95 som rättslig grund är kravet att den behörighet som sådan lagstiftning ger gemenskapen måste utövas på ett sätt som är proportionerligt i förhållande till de eftersträvade målen och som är berättigat enligt subsidiaritetsprincipen.

B — *Subsidiaritetsprincipen*

27. Gemenskapslagstiftarens beslut att fastställa maximipriser som gäller i hela gemenskapen både vad avser grossist- och detaljistpriser är diskutabelt enligt subsidiaritetsprincipen. Vad avser grossistpriser är det lätt att förstå varför det var nödvändigt att vidta åtgärder på gemenskapsnivå. Grossistpriserna fastställs av operatörer utanför den medlemsstat där kunden är bosatt. Den nationella regleringsmyndigheten i kundstaten har ingen möjlighet att vidta åtgärder gentemot operatörer i den stat som kunden besöker,

32 — Se KOM(2006)0382, 2006/0133(COD), Bryssel, av den 12 juli 2006.

33 — ERG:s svar på kommissionens remiss vad avser förslaget till gemenskapsreglering av den internationella roamingmarknaden den 22 mars 2006.

34 — Domarna i målen Gintec (ovan fotnot 8) och British American Tobacco (ovan fotnot 9).

vilka tar ut för höga priser från kundens operatör. Nationella regleringsmyndigheter har inte heller något incitament att kontrollera grossistpriser som tas ut från utländska operatörer samt för deras kunder.

att reglera detaljistpriserna för roamingtjänster. Vad avser grossistpriser stod det klart att det förelåg en situation som krävde kollektiva åtgärder på gemenskapsnivå. Detta är inte uppenbart vad gäller detaljistpriser (om grossistpriserna fastställs på gemenskapsnivå kan medlemsstaterna i princip fritt och på ett effektivt sätt fastställa detaljistpriserna på nationell nivå). Finns det något annat som gör det svårt för medlemsstaterna att ingripa mot höga priser för roamingtjänster i detaljistledet?

28. Reglering av detaljistpriser är något mer problematiskt. När väl maximipriser hade fastställts i grossistledet och kravet att det måste vara fråga om ett betydande marknadsinflytande för att regleringsåtgärder ska kunna vidtas togs bort, hade gemenskapen kunnat ge nationella regleringsmyndigheter behörighet att fastställa maximipriser i detaljistledet för roamingtjänster, om myndigheterna ansåg att de detaljistpriser som operatörerna i den egna staten tog ut var för höga. I roamingförordningen valdes i stället lösningen att fastställa ett maximipris i detaljistledet som gäller inom hela gemenskapen. Ett sådant beslut att reglera en fråga på gemenskapsnivå i stället för på nationell nivå måste kunna rättfärdigas med beaktande av gemenskapsrättens subsidiaritetsprincip. Subsidaritetsprincipen, vilken har stadfästs i artikel 5 EG, innebär att gemenskapen endast får vidta en åtgärd om målen för den planerade åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna och därför, på grund av den planerade åtgärdens omfattning eller verkningar, bättre kan uppnås på gemenskapsnivå. Med andra ord måste det ha fastställts att gemenskapslagstiftaren hade bättre möjlighet än den nationella lagstiftaren

29. Det främsta motiv som anges i roamingförordningen är målsättningen att säkerställa rimligt konsumentskydd och se till att konsumenterna inte behöver betala för höga priser inte i tillräcklig utsträckning kan ”uppnås av medlemsstaterna på ett säkert, enhetligt och snabbt sätt och [att] de därför bättre kan uppnås på gemenskapsnivå”. [35]

30. Rådet hävdar att subsidaritetsprincipen i allt väsentligt är en subjektiv och politisk princip. [36] Rådet anser i linje med detta att det viktigaste är gemenskapslagstiftarens uppsåt,

35 — Roamingförordningen, punkt 38 i skälen.

36 — Se i denna fråga Armin von Bogdandy och Jürgen Bast (ovan fotnot 29).

och att syftet, såsom anges i ingressen till förordningen, är att införa ”[e]n gemensam metod … så att användare av allmänna markbundna mobiltelefonnät under resor i gemenskapen inte skall behöva betala orimligt höga priser för roamingtjänster inom hela gemenskapen när han eller hon ringer eller tar emot rösttelefonisamtal [så att] en hög nivå av konsumentskydd [kan uppnås] samtidigt som konkurrensen mellan mobiloperatörerna bevaras och såväl incitament för innovation som konsumenternas fria val kvarstår”.[37] Enligt min mening är varken förordningens syfte eller lagstiftarens uppsåt avgörande vid bedömningen av huruvida förordningen uppfyller subsidiaritetsprincipens krav. För det första handlar den bedömning som ska göras enligt subsidiaritetsprincipen inte om det eftersträvade målet utan om huruvida gemenskapsåtgärder måste vidtas för att målet ska kunna uppfyllas. Vissa av gemenskapens mål (vilka i sig utgör grunden för gemenskapens behörighet) kan uppnås bättre genom åtgärder från medlemsstaternas sida (vilket innebär att det saknas grund för att ge gemenskapen behörighet). Vad gemenskapslagstiftaren har för uppsåt är vidare inte tillräckligt för att visa att subsidiaritetsprincipens krav är uppfyllda. För att så ska vara fallet krävs att det ska vara rimligt att gemenskapen ingriper.[38] Det räcker inte att bara peka på de möjliga fördelar som gemenskapens åtgärder kan medföra. Det måste också avgöras vilka eventuella problem eller kostnader som kan uppstå genom att låta medlemsstaterna ta ansvaret för frågan. Genom detta krav träder domstolen inte i gemenskapslagstiftarens ställe, utan uppmanar endast densamme att se subsidiariteten som en viktig fråga.

31. Även om det, såsom påstås, har förekommit samordnade förfaranden som gör att gemenskapen bör vidta åtgärder vad avser grossistpriserna, så finns det inga direkta starka argument för att harmonisera detaljistpriserna. Tvärtom framstår, såsom sökandena i målet vid den nationella domstolen har hävdat, nationella regleringsmyndigheter vara mer lämpade att besluta i frågan huruvida priskontroll är nödvändig (och vilket maximipris som ska fastställas) på de olika nationella marknaderna. Kommissionen har emellertid i sitt skriftliga yttrande hävdat att ett beslut att överlämna denna fråga till medlemsstaterna skulle ha snedvridit konkurrensen, eftersom olika mobiltelefonioperatörer skulle bli tvungna att tillämpa olika pristak i de olika medlemsstaterna. Detta argument saknar stöd. Prisskillnader förekommer inom nästan samtliga branscher i medlemsstaterna. Sådana prisskillnader medför inte nödvändigtvis konkurrensfördelar eller

37 — Roamingförordningen, punkt 16 i skälen.

38 — Parlamentet och rådet har i sina yttranden understrukit att beslutet att reglera priserna på gemenskapsnivå stöddes av medlemsstaterna genom ERG. Det kan hävdas att ju större motståndet mot gemenskapsåtgärder är, desto högre krav ställs på gemenskapslagstiftarens argument för sådana åtgärder. Å andra sidan kan inte ens ett enhälligt stöd från samtliga medlemsstater i rådet anses avgörande vid bedömningen av huruvida gemenskapen har behörighet och hur denna behörighet ska användas. Det måste hållas i minne att medlemsstaterna i rådet företräds av de nationella regeringarna. Av detta skäl kan gemenskapens användning av sin behörighet på ett visst område påverka den inhemska maktfördelningen inom medlemsstaterna och hur politiskt ansvar kan utkrävas. Vid tolkningen och tillämpningen av reglerna om gemenskapens behörighet måste även dessa intressen beaktas.

konkurrensnackdelar för ekonomiska aktörer i vissa medlemsstater. Som på många andra områden kan prisskillnaderna helt enkelt visa sig bero på att priserna varierar mellan medlemsstaterna. I detta avseende verkar det inte föreligga någon klar skillnad från marknaden för inhemska samtal där ekonomiska aktörer kan vara tvungna att tillämpa olika pristak. Vidare bör inte konkurrensfördelar alltid anses bero på konkurrenssnedvridning. Gemenskapslagstiftaren måste framföra argument till stöd för denna slutsats, vilket den inte har gjort. [39]

32. Å andra sidan, och med hänsyn till att det var tänkt att roamingförordningen skulle upphöra efter tre år, finns det visst stöd för argumentet att det var nödvändigt att snarast införa maximipriser, för att se till att förordningens mål kan uppnås. Detta argument är knutet till ett argument som rör effektiv lagstiftning. Med hänsyn till att gemenskapen var tvungen att ingripa vad gäller grossistpriserna kan det hävdas att det vore både mer effektivt och mer lämpligt att samtidigt reglera detaljistpriserna. Grossistpriser kan fastställas med utgångspunkt från de tänkta detaljistpriserna, och vice versa, och kunderna kan direkt se resultaten av gemenskapens åtgärder.

33. Det avgörande argumentet ligger emellertid i faktumet att det är en transnationell verksamhet som ska regleras. Även om det inte föreligger ett tillräckligt viktigt problem vad gäller samordnade förfaranden avseende detaljistpriser kan man ändå med visst fog anse att gemenskapen har bättre förutsättningar än medlemsstaterna att reglera problemet med detaljistpriserna på roamingtjänster. Eftersom den ekonomiska verksamheten i fråga (roaming) är transnationell, kan gemenskapen ha större intresse av att reglera problemet och ha bättre förutsättningar att bedöma vilken lösning som är mest välavvägd med hänsyn till de fördelar och nackdelar som den tänkta åtgärden medför för den inre marknaden.

34. Det är omständigheten att den ekonomiska verksamheten är transnationell som i sig kanske gör gemenskapslagstiftaren mer lämpad att reglera frågan än de nationella myndigheterna, även vad gäller

39 — Detta ska inte sammanblandas med det ovan konstaterade faktumet att pristak kan medföra restriktioner i möjligheten att få tillträde till de nationella marknaderna. Argumentet om snedvriden konkurrens rör konkurrensen på samma marknad när olika regler för priser gäller, inte faktumet att vissa pristak på en nationell marknad kan hindra utländska konkurrenter från att konkurrera med framgång (genom att erbjuda högre kvalitet eller lägre priser på varor eller tjänster som de potentiellt skulle kunna erbjuda, om det inte vore för pristaket i fråga.

detaljistpriserna. Eftersom det rör sig om att motivera rättigheter som följer av gemenskapsrätten, kan gemenskapslagstiftaren med visst fog anse att de nationella regleringsmyndigheterna inte tar lika stor hänsyn till sådana rättigheter som gemenskapslagstiftaren anser är av vikt. Det är nämligen så, vilket har förklarats i yttrandena och vid förhandlingen, att priserna på roamingtjänster ofta fastställs av mobiltelefonioperatörerna i en paketlösning där andra tjänster också ingår, som inhemsk kommunikation. Dessutom står roaming för en liten del av dessa tjänster och efterfrågan på roaming är mindre än efterfrågan på inhemsk kommunikation. [40] Man kan anta att de nationella regleringsmyndigheterna när de reglerar denna marknad kommer att koncentrera sig på kostnader och andra aspekter som rör inhemsk kommunikation och inte på roamingavgifter. Gemenskapen har däremot, eftersom roaming är en transnationell verksamhet, ett särskilt intresse av att skydda och främja denna ekonomiska verksamhet. Detta är precis den typ av situation där den demokratiska processen inom medlemsstaterna inte kan antas leda fram till skydd för transnationell verksamhet. [41]

Det är därför förståeligt att gemenskapslagstiftaren ingrep.

35. Gemenskapslagstiftaren har i huvudsak förklarat att frågan om detaljistpriser inte kunde överlämnas till att lösas på nationell nivå, eftersom de 27 olika nationella regleringsmyndigheterna skulle ta för lång tid på sig att införa en effektiv kontroll av detaljistpriserna. Detta sägs inte i ingressen till förordningen men man kan även anse att det finns risk att de nationella regleringsmyndigheterna aldrig kommer att lösa frågan. Nationella regleringsmyndigheter kanske inte lägger samma vikt vid att reglera roamingkostnader som kostnader för inhemsk kommunikation. Eftersom roamingförordningen är tänkt att underlätta transnationell verksamhet och underlätta den inre marknadens funktion genom att se till att rättigheter som har sin grund i gemenskapsrätten rörande den fria rörligheten upprätthålls, var det nödvändigt att ingripa på gemenskapsnivå för att se till att nödvändig hänsyn tas till sådana rättigheter.

40 — Se exempelvis ”ERG Common Position on the Coordinated Analysis of the Markets for Wholesale International Roaming”, juni 2005, punkt 59 (rörande efterfrågan), ”ERG Response to the European Commission’s call for input on its proposed EC Regulation in the International Roaming Market”, den 22 mars 2006, punkt 3.10–3.11 (rörande möjligheten att besparingar vad avser grossistpriserna för roaming kan komma att användas för att minska kostnaderna för inhemska tjänster).

41 — Flera kommentatorer har hävdat att EU delvis får sin demokratiska legitimitet från dess kapacitet att skydda mobiltelefonioperatörer som inte skulle skyddas på ett rimligt sätt i den demokratiska processen i en enskild medlemsstat. Se, i ett nyligen publicerat verk, Alexander Somek, ”The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders Through Freedom of Movement”, *U. Iowa Legal Studies Research paper*, nr. 09-23, maj 2009.

36. Rådet noterar slutligen att ett pristak gör det möjligt att låta nationella variationer

beaktas när priser som ligger under pristaket fastställs. Gemenskapsreglerna lämnar fortfarande medlemsstaterna utrymme att ingripa. Mot denna bakgrund kan gemenskapsreglerna inte anses strida mot subsidaritetsprincipen.

C — *Proportionalitetsprincipen*

37. Vad gäller proportionalitetsprincipen måste domstolen avgöra huruvida lagstiftarens beslut avseende hur problemet med höga roamingavgifter skulle lösas var proportionerligt med hänsyn till både målen i artikel 95, som rör upprättande av den inre marknaden och det politiska målet att skydda konsumenterna, när dessa två mål ställs mot medlemsstaternas förlorade bestämmanderätt och hur rättigheterna för sökandena i målet vid den nationella domstolen påverkas.

38. De som hävdar att roamingförordningen är ogiltig menar att gemenskapslagstiftaren genom att fastställa ett pristak som gäller inom hela gemenskapen har gjort mer än vad som var nödvändigt för att uppnå målet att minska priserna på roamingtjänster och att den därför på ett orättfärdigt sätt har påverkat sökandenas äganderätt och rätt att ägna sig åt näringsverksamhet. Såsom framgår av domstolens fasta rättspraxis i mål som rör proportionalitetsprincipens tillämpning på lagstiftarens beslut måste domstolen ge lagstiftaren ett utrymme för eget skön. På dessa områden måste i princip ”domstolsprövningen av hur en [lagstiftare har använt sin behörighet] begränsas till en prövning av om det har förekommit något uppenbart fel i bedömningen eller maktmissbruk eller om lagstiftaren uppenbart har överskridit gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning”. [42] Det är sant att priskontroller är en av de mest ingripande formerna av intervention på marknaden och att de medför en stark begränsning av äganderätten och friheten att ta initiativ i näringslivet. Lagstiftaren får inte vidta sådana åtgärder lättsinnigt. Inget talar dock för att gemenskapslagstiftaren har gjort så i förevarande fall.

39. För det första verkar gemenskapslagstiftaren ha sett ingripandet som en sista utväg. I rapporten med analys om följderna ges en detaljerad redogörelse av de åtgärder som kommissionen har vidtagit för att minska roamingpriserna i detaljistledet, däribland undersökningar enligt konkurrensrättens regler, initiativ för att öka insynen, reglerande åtgärder enligt det tidigare gällande regelverket och politiska påtryckningar. [43] Kommissionen varnade de berörda för att regleringsåtgärder

42 — Dom av den 2 april 1998 i mål C-127/95, Norbrook Laboratories (REG 1998, s. I-1531), punkterna 89–90.

43 — ”Impact Assessment of Policy Options in Relation to a Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Roaming on Public Mobile Networks within the Community”, KOM(2006)0382, av den 12 juli 2006, s. 27.

skulle kunna komma att vidtas om priserna inte ”närmade sig marknadspriser”, men utan framgång. [44] Kommissionen samlade även in omfattande information angående roamingpriser, som visade att ”detaljistpriserna [för roaming] var omotiverat höga”, att ”höga påslag tillämpades” och att ”minskningar av grossistpriser ofta inte kom kunderna till godo”. [45] Kommissionen fann att operatörerna hade gjort vinstmarginaler på mer än 200 procent för uppringda samtal under roaming och på nära 300 eller 400 procent för mottagna samtal under roaming [46] och att priserna varierade betydligt, på ett sätt som inte kunde förklaras av de verkliga kostnaderna. Kommissionen fann, med utgångspunkt från denna information, att detaljistpriserna för roaming ”saknar rimligt samband med de verkliga kostnaderna för att tillhandahålla tjänsten” [47] och att det inte fanns någon anledning att tro att minskade grossistpriser skulle leda till minskade detaljistpriser. [48]

40. Regleringsmetoden framstår således inte som orimlig med hänsyn till parternas motstridiga uppgifter vad rör frågan huruvida gemenskapslagstiftarens ingripande i denna form var nödvändig. Exempelvis har de som hävdar att förordningen är giltig hänvisat till European Regulators ”Groups uttalande att priserna på roamingtjänster är för höga och att priskontroll i detaljistledet kan vara nödvändig, om marknaden visar sig vara oförmögen att skapa sjunkande priser. [49] Vodafone har å sin sida noterat hur samma grupp ursprungligen förespråkade flexibilitet, så att nationella särdrag kan beaktas. [50] Gemenskapslagstiftaren är emellertid inte skyldig att följa sådana expertgruppers alla råd. European Regulators” Group hade förklarat att prispåslagen var höga [51] och att lägre grossistpriser kunde antas komma konsumenterna till godo i form av rabatter på priserna för inhemska tjänster, [52] vilket är en lösning som, såsom nämnts ovan i diskussionen om eventuell nationell reglering, inte ger tillräckligt skydd för de rättigheter som har sin grund i gemenskapsrätten som stod på spel. Kommunikation över landsgränserna skulle fortsätta att ”diskrimineras”. European Regulators’ Group föreslog endast att gemenskapslagstiftaren skulle avvakta för att se om marknadskrafterna skulle få detaljistpriserna att sjunka. Med hänsyn till de omfattande bevisen för att lägre grossistpriser inte kom kunder i detaljistledet till godo, [53] hade gemenskapslagstiftaren ingen anledning att vänta och se. Såsom kommissionen har hävdat och European

44 — Viviane Redings anmärkningar till European Regulators Group, ”Towards a True Internal Market for Electronic Communications”, Paris, den 8 februari 2006, s. 5; se även ”Impact Assessment of Policy Options in Relation to a Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Roaming on Public Mobile Networks within the Community”, KOM(2006)0382, av den 12 juli 2006, s. 12.

45 — Analysen (ovan fotnot 43), s. 22.

46 — Ibidem, s. 6 och 47.

47 — Ibidem, s. 17.

48 — Ibidem, s. 48.

49 — ERG:s svar av den 22 mars (ovan fotnot 33), s. 1–2.

50 — Ibidem, s. 2.

51 — Ibidem, punkt 2.6.

52 — Ibidem, punkt 3.10–3.11.

53 — Se exempelvis analysen (ovan fotnot 45). GSM hävdar att det i analysen inte tas rimlig hänsyn till senare sjunkande priser i detaljistledet. Det är sant att det i analysen medges att betydande prissänkningar hade förekommit, men det noteras samtidigt att Vodafone, T-Mobile, Telefonica O2 och Orange hade annonserat dessa prissänkningar under den sista veckan av beömningsperioden, varför det kan antas att prissänkningarna var ett svar på hotet om reglering snarare än ett resultat av att marknaden fungerade som den ska (s. 10 och s. 27 i analysen). Dessutom var minskningen liten när man tar hänsyn till att vinstmarginalerna kunde vara så höga som 400 procent (skäl 1 i direktivets ingress).

Regulators' Group själv har medgett, var det viktigt att agera snabbt och med hänsyn till detta, förutom de klara bevisen för att för höga priser togs ut för roamingtjänster, var beslutet att reglera detaljistpriserna ett rimligt alternativ som lagstiftaren kunde välja.

41. Gemenskapslagstiftarens åtgärder för priskontroll utgör inte heller en reglering av marknadspriserna som ska gälla under lång tid, utan i stället ett försök att åstadkomma lägre priser (och kanske få till stånd en effektivare konkurrens på marknaden), som var ett svar på priser som på ett konstlat sätt hade hamnat i samma intervall, på grund av en dåligt fungerande marknad, och som det inte gick att åtgärda med stöd av konkurrensrättens regler. Detta framgår av skälen 5, 6 och 9 i roamingförordningens ingress, där omständigheten att European Regulators' Group haft svårt att ingripa mot höga priser med stöd av gällande konkurrensregler nämns, och skäl 28, där det understryks att förordningen ska främja innovativa erbjudanden till roamingkunder om lägre taxor under pristaket. Gemenskapslagstiftaren har också genom att besluta att förordningen ska gälla i tre år begränsat hur denna priskontroll inverkar på marknaden och har gett marknaden en "andra chans" att rätta till bristerna.

42. Även om man alltid bör förhålla sig kritisk till åtgärder för priskontroll, eftersom dessa på ett extremt sätt påverkar marknaden, talar omständigheten att de gäller för en begränsad tid och att de syftar till att få en dåligt fungerande marknad att fungera bättre, efter att det visat sig att konkurrensreglerna inte kan användas för att lösa problemet, framstår åtgärderna som mer acceptabla i detta fall. Omständigheten att en klausul om sista datum har infogats gör vidare att åtgärden får en begränsad inverkan på de ekonomiska aktörernas rättigheter. Sådana klausuler säkerställer att gemenskapslagstiftaren regelbundet omprövar sina åtgärder på områden, såsom roaming, där de ekonomiska och sociala förhållandena befinner sig under ständig utveckling. [54] Om gemenskapslagstiftaren

54 — Att det är nödvändigt att regelbundet se över gemenskapslagstiftarens val på denna marknad i stadig förändring framgår klart av ramdirektivet självt. I skäl 27 i ingressen till direktiv 2002/21/EG, där *ex ante*-reglering i syfte att säkerställa att en konkurrenskraftig marknad utvecklas vad avser kommunikationer diskuteras, anges att "[k]ommissionen bör se över riktlinjerna regelbundet för att säkerställa att de alltid är aktuella på en snabbt föränderlig marknad".

skulle förnya priskontrollen eller göra den permanent, måste även detta beslut vara proportionerligt och ytterligare skäl måste anföras som stöd.

43. Vodafone har även noterat att sedan förordningen trädde i kraft har priserna på roamingtjänster lagt sig nära maximigränsen och hävdar att detta visar att förordningen har minskat priskonkurrensen på detta område. Att priserna på detta sätt ligger nära varandra kan dock även ses som ett bevis på att det inte förekommer priskonkurrens vad avser roaming, vilket stöder slutsatsen att de tidigare högre priserna hade kvarstått om lagstiftaren inte hade ingripit. Av ovan anförda skäl kan det inte anses att lagstiftarens val var uppenbart felaktigt och att det därför innebär att sökandenas rättigheter påverkas på ett oberättigat sätt.

44. Vid en bedömning med tillämpning av proportionalitetsprincipen måste domstolen också avgöra huruvida gemenskapens större möjlighet att uppnå målen med den aktuella lagstiftningen är av sådan vikt att denna motiverar att medlemsstaterna berövas sitt utrymme att själva agera på grund av lagstiftarens åtgärd. [55] Parterna har inte lämnat några större bidrag i denna fråga. Det står klart att fastställda maximipriser som gäller över hela gemenskapen minskar medlemsstaternas regleringsmyndigheters handlingsutrymme. Med hänsyn till att de behöriga myndigheterna i medlemsstaterna har lämnat ett nästan enhälligt stöd för förordningen i fråga, blir detta argument mycket svagare. Med hänsyn till att reglerna i fråga rör ett begränsat område (roamingtjänster), att domstolen lämnar lagstiftaren ett utrymme för eget skön i dessa frågor och att sökandena inte har framfört några välunderbyggda argument för den motsatta slutsatsen, kan förordningen inte anses oproportionerlig i detta avseende.

55 — Domstolen har i relativt nyligen avkunnade domar koncentrerat sig på frågan huruvida gemenskapslagstiftning är proportionerlig med hänsyn till dess huvudsakliga mål, såsom i målet Swedish Match (ovan fotnot 15), måste även frågan om lagstiftningen är förenlig med proportionalitetsprincipen vad avser medlemsstaternas självständighet beaktas. Se, vad avser denna fråga, Mattias Kumm, "Constitutionalising Subsidiarity in Integrated Markets: The Case of Tobacco Regulation in the European Union", *European Law Journal*, volym 12, nr 4, juli 2006, s. 522–524. Generaladvokat Fennelly har även, fastän från en annan utgångspunkt, hävdat att grundläggande mål, som att främja hälsan, till skillnad från mål som rör den inre marknaden, inte i sig kan användas för att uppfylla proportionalitetsprincipens krav (mål C-74/99, Tyskland mot parlamentet och rådet, punkt 149).

II — Förslag till avgörande

45. Mot denna bakgrund föreslår jag att domstolen ska besvara den nationella domstolens fråga enligt följande:

Vid prövningen av de frågor som ställts av High Court of Justice of England and Wales, Queen's Bench Division (Administrative Court), har det inte framkommit några omständigheter som kan påverka giltigheten av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 717/2007 av den 27 juni 2007 om roaming i allmänna mobiltelefonnät i gemenskapen och om ändring av direktiv 2002/21/EG.