STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA M. POIARESE MADURA přednesené dne 1. října 2009[1]

I – Skutkové a právní okolnosti případu

1. K nejtěžším, ale současně k nejdůležitějším úlohám Soudního dvora patří kontrola hranic jednání Unie. Tato kontrola je rozhodující pro zachování rovnováhy sil mezi státy a Unií. Nezbytná je tato kontrola také pro zachování přiměřené rovnováhy sil mezi vlastními orgány Unie. Kromě toho je tato kontrola jednání Unie významná pro zaručení přiměřené politické odpovědnosti v rámci států (poněvadž Unie se dotýká své vnitřní rovnováhy sil) a přiměřené dělby této politické odpovědnosti mezi Unii a státy (aby občané poznali, kdo je vlastně odpovědný za které oblasti). Soudní přezkum ale není jediným způsobem kontroly pravomocí Unie a zejména Společenství. Rozhodovací procesy, které je třeba brát na vědomí v rámci pravomocí Společenství, a spoluúčast členských států a různých orgánů Společenství, která je v tomto ohledu zakotvena, často představují nejúčinnější prostředek kontroly těchto pravomocí. Lze bez dalšího říci, že Soudní dvůr nebyl dlouhou dobu požádán, aby jako hlavní orgán provedl kontrolu pravomocí Společenství, neboť meze těchto pravomocí již byly jasně stanoveny rozhodovacími procesy, které s nimi souvisejí. V důsledku rozšíření pravomocí Společenství a změn v příslušných rozhodovacích procesech je však Soudní dvůr v poslední době stále častěji žádán o výkon této jeho kontrolní funkce. Jednou z nejtěžších oblastí v tomto ohledu je rozsah pravomocí Společenství ve vztahu k vnitřnímu trhu a především rozsah legislativní pravomoci Společenství na základě článku 95 ES. Projednávaný případ je toho dobrým příkladem: v jádru jde o otázku, zda Společenství může na základě článku 95 ES regulovat ceny, a pokud ano, v jakém rozsahu a za jakých podmínek. Není pochyb o tom, že Společenství je z hlediska fungování vnitřního trhu oprávněno jednat, pokud jde o ceny stanovené podniky (na základě právních předpisů regulujících hospodářskou soutěž) a pokud jde o ceny stanovené členskými státy (konkrétně na základě právních předpisů o volném pohybu). Je však Společenství na základě článku 95 ES samo oprávněno přijímat právní předpisy a stanovovat například určité cenové stropy? Za jakých podmínek toto případně smí činit? Odpověď Soudního dvora závisí na tom, v jakém smyslu je třeba zcela obecně chápat účel článku 95. Domnívám se, že z výkladu, který s ohledem na článek 95 ES provedl Soudní dvůr, vyplývá, že se nejedná o normu svěřující Společenství obecnou legislativní pravomoc v oblasti vnitřního trhu. Na druhou stranu ale Soudní dvůr ani nezúžil funkci článku 95 ES na zmocnění Společenství pouze v případech, kdy je jeho jednání nezbytné k odstranění překážek bránících fungování vnitřního trhu. Důvod pro to lze hledat ve dvojí povaze tohoto ustanovení. Jedná se o ustanovení, které má umožnit přijetí opatření, jejichž předmětem je vytvoření a fungování vnitřního trhu, tato opatření Společenství ovšem nahrazují vnitrostátní opatření, která sledují řadu různých

1 — Původní jazyk: angličtina.

cílů týkajících se regulace trhu. Skutečnost, že je třeba, aby Společenství jednalo za účely spojenými s vnitřním trhem, by se neměla dotknout možnosti dosahovat těchto jiných cílů dané právní úpravy. Výklad článku 95 ES musí každopádně zachovat tuto rovnováhu. Jednání Společenství je odůvodněno cílem integrace trhů, avšak musí ponechat možnost učinit svobodné politické rozhodnutí ohledně toho, které z různých typů opatření bude nejlépe zvolit za účelem regulace trhu. Výklad a použití článku 95 ES se v projednávaném případě musí řídit tímto základním požadavkem.

2. Tento případ se týká napadení nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 717/2007 ze dne 27. června 2007 o roamingu ve veřejných mobilních telefonních sítích ve Společenství a o změně směrnice 2002/21/ES (Úř. věst. L 171, s. 32, dále jen „nařízení o roamingu"), kterým byl změněn společný právní rámec s cílem stanovit v členských státech maximální ceny za roaming [2] platné na území Společenství (označované jako „eurotarif") mezi veřejnými mobilními telefonními sítěmi. Společný právní rámec je tvořen řadou opatření Společenství směřujících k vytvoření harmonizovaných řízení, která platí pro regulaci elektronických komunikačních služeb v celé Unii. Před přijetím nařízení o roamingu nebyla ve společném právním rámci zakotvena pravomoc orgánů Společenství stanovit maximální ceny za roaming na území Společenství.

3. Vodafone a další napadli před High Court of Justice (England & Wales) platnost nařízení o roamingu. Vnitrostátní soud předložil Soudnímu dvoru na základě článku 234 ES k rozhodnutí tyto předběžné otázky:

„1. Je nařízení (ES) č. 717/2007 zcela nebo zčásti neplatné z důvodu, že článek 95 ES nepředstavuje náležitý právní základ?

2 — „Roaming" označuje použití sítě poskytovatele mobilní telefonní sítě v jiném členském státě, než ve kterém se nachází síť mobilního telefonu uživatele.

2. Je článek 4 nařízení (ES) č. 717/2007 (společně s čl. 2 odst. 2 písm. a) a čl. 6 odst. 3, pokud se týkají eurotarifu a povinností souvisejících s eurotarifem) neplatný z důvodu, že stanovení cenového stropu pro maloobchodní ceny za roaming odporuje zásadě proporcionality nebo zásadě subsidiarity?“

4. Jak vyplývá z těchto otázek, napadení nařízení je odůvodněno tím, že nařízení o roamingu je údajně neplatné, poněvadž článek 95 ES nepředstavuje náležitý právní základ pro jednání na úrovni Společenství, a i kdyby tomu tak bylo, kontroly maloobchodních cen stanovené v tomto nařízení jsou v rozporu se zásadou proporcionality a zásadou subsidiarity. Navrhuji nejprve zkoumat otázku týkající se právního základu a poté pojednat o problematice proporcionality a subsidiarity.

5. Příslušné odstavce článku 95 ES znějí takto:

„1. Odchylně od článku 94, a není-li v této smlouvě stanoveno jinak, použijí se k dosažení cílů uvedených v článku 14 následující ustanovení. Rada postupem podle článku 251 po konzultaci s Hospodářským a sociálním výborem přijímá opatření ke sbližování ustanovení právních a správních předpisů členských států, jejichž účelem je vytvoření a fungování vnitřního trhu.

2. Odstavec 1 se nevztahuje na ustanovení o daních, ustanovení týkající se volného pohybu osob, ani na ustanovení týkající se práv a zájmů zaměstnanců.

3. Komise bude ve svých návrzích podle odstavce 1 týkajících se zdraví, bezpečnosti, ochrany životního prostředí a ochrany spotřebitele vycházet z vysoké úrovně ochrany a přihlédne přitom zejména k novému vývoji založenému na vědeckých poznatcích. V rámci svých pravomocí usilují o tento cíl též Evropský parlament a Rada.“

6. Příslušné odstavce článku 14 ES znějí takto:

„1. Společenství přijme do 31. prosince 1992 opatření vedoucí k postupnému vytvoření vnitřního trhu v souladu s tímto článkem a články 15 a 26, čl. 47 odst. 2 a články 49, 80, 93 a 95, aniž jsou dotčena jiná ustanovení této smlouvy.

2. Vnitřní trh zahrnuje prostor bez vnitřních hranic, v němž je zajištěn volný pohyb zboží, osob, služeb a kapitálu v souladu s ustanoveními této smlouvy.“

A – *Právní základ*

7. Jak Soudní dvůr opakovaně rozhodl, článek 95 ES lze použít v případě existence rozdílů nebo potenciálních rozdílů mezi vnitrostátními právními úpravami, „pokud jsou takové rozdíly způsobilé bránit základním svobodám nebo vést k narušení hospodářské soutěže“ [3]. Opatření vydaná na tomto základě mají opodstatnění pouze tehdy, „vyplývá-li objektivně a skutečně z právního aktu, že cílem tohoto právního aktu je zlepšit podmínky vytváření a fungování vnitřního trhu“ [4]. Článek 95 neuděluje obecnou legislativní pravomoc v oblasti vnitřního trhu [5]. Cílem právních předpisů přijatých na základě článku 95 ES proto nesmí být regulace vnitřního trhu pouze tím způsobem, který zákonodárce Společenství pokládá za žádoucí. Podle ustálené judikatury Soudního dvora by připuštění takového použití článku 95 ES odporovalo nejen znění tohoto ustanovení, ale porušovalo by i důležitou ústavně právní zásadu, podle níž jsou pravomoci Společenství pravomocemi svěřenými [6]. Takové připuštění by nebylo slučitelné ani s existencí jiných právních základů uvedených ve Smlouvě, které Společenství zmocňují konkrétně k úpravě určitých aspektů trhu.

8. Tím není řečeno, že právními předpisy přijatými na základě článku 95 ES nelze sledovat samostatné legislativní cíle. Pokud by totiž bylo třeba vykládat článek 95 ES v tom smyslu, že Společenství jsou tímto ustanovením svěřeny pouze ty pravomoci, které jsou nezbytné k odstranění překážek bránících integraci trhů, muselo by Společenství v rámci svého jednání přezkoumávat ostatní cíle tržní regulace vždy s ohledem na to, zda jsou zcela nezbytné k odstranění překážek bránících volnému pohybu. To by se rovnalo tvrzení, že zákonodárce Společenství smí přijímat pouze opatření směřující k oboustrannému uznání, neboť taková opatření vždy stačí k zamezení vzniku a trvání překážek bránících volnému pohybu. Všechna ostatní opatření by byla nadbytečná, pokud by zákonodárce Společenství v rámci jednání na základě článku 95 ES, jehož cílem je odstranění překážek volného pohybu, nikdy nesměl překročit to, co stačí k odstranění překážek volného pohybu. To by vedlo k tomu, že by článek 95 ES mohl podporovat integraci trhů jen deregulací vnitrostátních trhů. Takový výklad by v článku 95 ES zakotvil určitou politickou preferenci, aniž by ve Smlouvě bylo možné nalézt opěrné body odůvodňující tento způsob pohledu na věc. Jak uvedl generální advokát Fennelly, „článek 7a a čl. 57 odst. 2, jakož i článek 100a Smlouvy o ES (nyní článek 14 ES, čl. 47 odst. 2 ES a článek 95 ES) není podle

3 — Rozsudek ze dne 10. února 2009, Irsko v. Parlament a Rada („Uchovávání údajů“, C-301/06, Sb. rozh. s. I-593, body 63 a 64).

4 — Rozsudek ze dne 2. května 2006, Spojené království v. Parlament a Rada (C-217/04, Sb. rozh. s. I-3771, bod 42).

5 — Rozsudek ze dne 5. října 2000, Německo v. Parlament a Rada (C-376/98, Recueil, s. I-8419, bod 83).

6 — Viz tamtéž.

judikatury třeba vykládat jako liberální chartu, která by měla za následek harmonizaci na nejnižší úrovni nebo také jen na úrovni odpovídající průměru dřívějších vnitrostátních úrovní“ [7]. Při správném výkladu článku 95 ES je naopak třeba rozlišovat mezi příčinami vyvolávajícími harmonizaci na úrovni Společenství na straně jedné (nebezpečí omezení volného pohybu nebo narušení hospodářské soutěže) a rozsahem a obsahem této harmonizace na straně druhé. Musí existovat možnost sledovat harmonizací zcela stejné rozmanité politické cíle, o jejichž dosažení je obyčejně usilováno vnitrostátními opatřeními, která mají být nahrazena právní úpravou Společenství. Jinými slovy, článek 95 ES je třeba vykládat v tom smyslu, že zákonodárci Společenství umožňuje sledování a zvážení řady cílů právní úpravy, jakmile je jeho pravomoc odůvodněna nezbytností harmonizace určité oblasti.

9. Na základě článku 95 ES lze nejen deregulovat, ale i zintenzivnit regulační opatření. V tomto ohledu je zásadně rozhodující politický proces. Podle čl. 95 odst. 3 ES mají totiž opatření, pro která toto ustanovení tvoří právní základ, týkající se zdraví, bezpečnosti, ochrany životního prostředí a ochrany spotřebitele vycházet výslovně z vysoké úrovně ochrany. Tyto cíle však musí být zakotveny v legislativním díle, jehož předmětem je vytvoření a fungování vnitřního trhu sbližováním a harmonizací právních a správních předpisů členských států. Jinými slovy, dané opatření Společenství musí přispět k integraci trhů, i kdyby nebylo třeba, aby bylo omezené jen na aspekty nezbytně nutné k podpoře integrace trhů. Podpora integrace trhů je sice nezbytnou podmínkou pro odůvodnění pravomoci Společenství podle článku 95 ES, výkon této pravomoci však nesmí být omezen pouze na cíl spočívající v integraci trhů. Pokud by tomu totiž tak bylo, bylo by ohroženo dosažení ostatních legitimních legislativních cílů, o které by pak státy nemohly samostatně usilovat.

10. Napadení uvedeného nařízení opírající se o námitku nesprávného právního základu se v jádru týká přesně této problematiky. Vodafone tvrdí, že předmětem nařízení o roamingu nemohla být harmonizace vnitrostátních právních úprav v této oblasti, neboť již se společným právním rámcem došlo k rozsáhlé harmonizaci vnitrostátních pravidel týkajících se odvětví mobilních telefonů. V souladu s tím bylo toto nařízení nepřípustně přijato na základě článku 95 ES za účelem regulace vnitřního trhu.

11. Soudní dvůr však opakovaně upozornil na to, že již uskutečněná rozsáhlá

7 — Stanovisko generálního advokáta Fennellyho ve věci Německo v. Parlament a Rada, rozsudek citovaný v poznámce pod čarou 5, bod 85.

harmonizace určité oblasti na základě článku 95 ES „v žádném případě neznamená, že zákonodárce Společenství nemůže tato pravidla měnit nebo přizpůsobovat a v případě potřeby zavést nová, aby se lépe naplňovaly cíle [původního harmonizačního opatření]“ [8]. Jak je uvedeno výše, není třeba, aby tyto cíle byly omezeny na integraci trhů, ačkoli integrace trhů je podmínkou výkonu pravomoci Společenství. Jinak by Společenství nemohlo na základě článku 95 ES napravovat vady harmonizačních opatření. Jedná-li zákonodárce Společenství na základě článku 95 ES, vyjadřují se tím určitá politická rozhodnutí. Sem patří např. rozhodnutí pro určitou úroveň ochrany spotřebitele, a tudíž proti jiným možnostem směřujícím k vyšší či nižší úrovni ochrany. Tato rozhodnutí mohou vést k nepředvídaným negativním následkům, nebo jak se stává v demokratické společnosti, změněná politická většina může být toho názoru, že rovnováha zájmů dosažená na základě předchozího rozhodnutí je nevhodná. Bylo by scestné a nedemokratické bránit zákonodárci Společenství v tom, aby revidoval dřívější politická rozhodnutí přijatá v rámci opatření vydaných na základě článku 95 ES, aby mohl zohlednit změny veřejného mínění a nové poznatky nebo napravit nepředvídané negativní následky harmonizačních opatření. I když se příslušné harmonizační opatření jako společný právní rámec, jehož cílem je zamezit narušením hospodářské soutěže a překážkám volného pohybu, ukázalo jako účinné a zjevně podporovalo vytvoření a fungování vnitřního trhu, zákonodárce Společenství musí mít možnost přizpůsobit toto opatření vývoji poznatků a politických preferencí. [9] Námitka spočívající v tom, že přijetí nařízení o roamingu je nepřípustné proto, že již přijetím společného právního rámce došlo k harmonizaci dotčené oblasti, je proto neopodstatněná.

12. Subjekty zpochybňující platnost nařízení o roamingu dále uvádějí, že toto nařízení nelze považovat za změnu společného právního rámce, neboť nařízení zaujímá přístup, který se podstatně liší od přístupu stanoveného ve společném právním rámci [10]. I když pozměňovací opatření možná neodpovídá přístupu ovládajícímu společný právní rámec, přece představuje změnu. Harmonizační opatření mohou být změnami doplněna nebo zkompletována [11]. Tímto způsobem mohou být opatření i novelizována. Nezbytnost změny lze vysvětlovat právě tím, že určitá harmonizační opatření již nejsou pokládána za uspokojivá, pokud jde o plnění jejich funkce, a proto potřebují změnu, která se neshoduje

8 — Rozsudek ze dne 8. listopadu 2007, Gintec (C-374/05, Recueil, s. I-9517, bod 29).

9 — Rozsudek ze dne 10. prosince 2002, British American Tobacco (Investments) a Imperial Tobacco, (C-491/01, Recueil, s. I-11453, bod 80), v němž Soudní dvůr uvedl, že nové vědecké poznatky nejsou jediným důvodem, na základě kterého se zákonodárce Společenství může rozhodnout pro přizpůsobení právních předpisů Společenství, neboť může při výkonu uvážení, které má v této oblasti, zohlednit i jiné důvody jako přibývající politický a společenský význam boje proti konzumaci tabáku.

10 — Společný právní rámec předpokládá, že vnitrostátní regulační orgány zasáhnou, a sice zcela všeobecně v případech, kdy má určitý hospodářský subjekt prokazatelně „silné postavení na trhu“. Nařízením o roamingu se však stanovují pro území Společenství jednotné ceny platné i v případech, kdy nelze prokázat silné postavení na trhu.

11 — Rozsudek Spojené království v. Parlament a Rada, citovaný výše v poznámce pod čarou 4.

s původním přístupem [12]. Soudní dvůr rozhodl, že harmonizační opatření mohou být přizpůsobena v důsledku změny politického mínění, a s ohledem na změny harmonizované právní úpravy Společenství týkající se tabákových výrobků uvedl, že „zákonodárce Společenství může v takové situaci patřičně plnit svůj úkol, který mu náleží, a to dbát na ochranu obecných zájmů uznaných ve Smlouvě, …, pouze za předpokladu, že je mu dovoleno novelizovat příslušné právní předpisy Společenství v případě jakékoliv změny okolností nebo jakéhokoliv vývoje poznatků“ [13]. Nové poznatky mohou vyžadovat změny, které se liší od přístupu ovládajícího původní harmonizační opatření. Skutečnost, že nařízení o roamingu je ovládáno přístupem, který se neshoduje s přístupen společného právního rámce, neznamená, že nařízení nemůže být pokládáno za změnu společného právního rámce. Bezesporu existující meze pravomoci Společenství, která je mu svěřena na základě článku 95 ES, nemohou založit povinnost Unie trvat na určité formě harmonizace i v případě, pokud se tato forma už nezdá být vhodná.

13. Na druhé straně si zákonodárce Společenství, i když má možnost revidovat politická rozhodnutí přijatá prostřednictvím harmonizačních opatření podle článku 95 ES cestou pozměňovacích právních předpisů, sám nemůže svěřit pravomoc upravovat oblasti, na které se nevztahuje článek 95 ES, s tím, že příslušná opatření jednoduše deklaruje změnami. Za přípustné změny nelze považovat právní předpisy týkající se například jiné oblasti, než která je předmětem původního harmonizačního opatření, například změnu společného právního rámce, kterou mají být zavedeny např. rybolovné kvóty [14]. Podle mého názoru by toto platilo i pro opatření podle právních předpisů Společenství, kterým by – v rámci příkladu ad absurdum – byl uvalen absolutní zákaz poskytování roamingových služeb [15]. Společenství nemůže jednoduše tím, že určité opatření označí za změnu, přijímat přípustným způsobem právní předpisy sloužící harmonizaci oblastí, které spadají do pravomoci členských států, aniž by objasnilo, že cílem těchto právních předpisů je odstranění skutečných nebo potenciálních rozdílů mezi vnitrostátními právními úpravami, „pokud jsou takové rozdíly způsobilé bránit základním svobodám nebo vést k narušení hospodářské soutěže“ [16]. Jinými slovy, samotnou změnu není třeba odůvodnit tím, že je nezbytné odstranit překážky obchodu

12 — Rozsudek British American Tobacco (Investments) a Imperial Tobacco, citovaný výše v poznámce pod čarou 9, bod 80.

13 — Viz tamtéž, bod 77.

14 — Tak tomu ale v projednávaném případě není. Pravomoc stanovit cenové stropy pro roamingové služby spadá jednoznačně do oblasti, kterou upravovala původní harmonizační opatření, jež byla věnována hlavně elektronickým komunikačním službám v členských státech.

15 — V rozsudku ze dne 14. prosince 2004, Swedish Match (C-210/03, Sb. rozh. s. I-11893), Soudní dvůr ovšem akceptoval, že opatření Společenství, kterým je uvalen absolutní zákaz obchodování s určitým výrobkem, lze opřít o článek 95 ES, pokud existuje nebezpečí, že odlišné vnitrostátní právní předpisy by vedly k omezení obchodu s tímto výrobkem. Soudní dvůr zjevně vychází z toho, že nebezpečí překážek obchodu týkající se daného výrobku může být důvodem pro rozsáhlý zákaz jeho prodeje v celém Společenství. I když je sporné, do jaké míry takový zákaz ještě vykazuje souvislost s cíli článku 95 ES (ve smyslu článku 95 ES je omezený volný pohyb možná stále lepší, než žádný volný pohyb), Soudní dvůr se v projednávané věci nemusí znova zabývat touto problematikou. Jak se později ještě objasní, já se ovšem domnívám, že jako výchozí bod pro odůvodnění opatření přijatého na základě článku 95 ES (včetně pozměněného opatření) jednoduše nestačí konstatovat, že na základě rozdílů mezi vnitrostátními právními předpisy mohou vyvstat překážky obchodu. Opatření musí navíc přispět i k dosažení cílů sledovaných článkem 95 ES. Nemusí být ovšem omezeno na dosahování pouze těchto cílů.

16 — Rozsudek Uchovávání údajů, citovaný výše v poznámce pod čarou 3, body 63 a 64.

nebo narušení hospodářské soutěže, ale je třeba, aby i pozměněné opatření směřovalo k dosažení cílů sledovaných článkem 95 ES. Rozhodnutí o tom, jak se tyto zásady mají použít v konkrétním případě, ovšem není jednoduché.

14. Podle mého názoru má Soudní dvůr v rámci tohoto rozhodnutí posuzovat tuto změnu v celkovém kontextu příslušné právní úpravy, aby mohl posoudit, zda tato právní úprava (v pozměněném znění) i nadále podporuje integraci trhů, a splňuje tudíž podmínku použitelnosti článku 95 ES. Změna může být odůvodněna i v případech, kdy je nezbytná k napravení určitých vad, jejichž účinnému odstranění členským státům brání původní harmonizační opatření.

15. V projednávaném případě vyvstává možnost použít článek 95 ES jako právní základ pro změněnou právní úpravu, pokud existovalo nebezpečí rozdílných vnitrostátních opatření zavádějících cenové kontroly. Toto nebezpečí však nesmí být posuzováno ve vztahu k situaci po přijetí společného právního rámce a k omezením, které s ním souvisejí a mají dopad na přijímání vnitrostátních opatření zavádějících cenové kontroly. Podle tohoto měřítka by zákonodárce Společenství neměl žádnou možnost změnit opatření, které bylo ve své původní podobě způsobilé odstraňovat překážky obchodu, i když její dopady na jiné oblasti politických cílů by nyní případně byly důvodem pro jiný druh právní úpravy. To by nebylo přijatelné z důvodů uvedených shora: opatření přijímaná na základě článku 95 ES musí zachovat možnost činit svobodná politická rozhodnutí ohledně volby různých druhů opatření, jejichž cílem je regulace trhu. V rámci posouzení, které se má provést s ohledem na článek 95 ES, se není třeba ptát, zda je změna právní úpravy v této podobě nezbytná k zamezení překážek obchodu, nýbrž zda tato změněná právní úprava přispívá rovněž k zamezení překážek trhu. V tomto ohledu je třeba zaměřit se na to, jak by vypadala situace bez právní úpravy Společenství dotčené oblasti. Je zjevné, že potenciálním překážkám obchodu vyplývajícím z vnitrostátních opatření zavádějících cenové kontroly [17] lze zabránit buď omezením vnitrostátních cenových regulací, nebo regulací cen na úrovni Společenství. Okolnost, že se zákonodárce Společenství nejprve rozhodl pro řešení směřující k zamezení překážek obchodu uvedené na prvním místě, není na překážku pozdější volbě jiného řešení, je-li to nezbytné z důvodu jiných politických cílů. To neznamená, že si zákonodárce Společenství může zvolit mezi dvěma různými prostředky k dosažení cílů sledovaných článkem 95 ES zcela libovolně. To lze popřít vzhledem k jiným zásadám práva Společenství, jako je zásada subsidiarity a zásada proporcionality. Tato problematika však nemá nic společného s otázkou, zda je jedno z těchto řešení (ať už v jeho původní či pozměněné podobě) přípustné podle článku 95 ES. V naposled uvedeném ohledu je pouze nezbytné, že mezi vnitrostátními právními

17 — Srov. např. rozsudek ze dne 5. prosince 2006, Cipolla a další (C-94/04 a C-202/04, Sb. rozh. s. I-11421).

předpisy existují rozdíly, které mohou vést ke vzniku překážek obchodu nebo narušením hospodářské soutěže, a že opatření Společenství směřuje k zamezení těmto překážkám nebo narušením. Z toho nevyplývá povinnost zvolit si za účelem jejich zamezení nějaké konkrétní regulativní opatření.

16. V tomto ohledu zbývá přezkoumat, zda v projednávané věci bez právní úpravy Společenství opravdu existovalo nebezpečí rozdílných vnitrostátních opatření zavádějících cenové kontroly a případně, zda byla tato opatření způsobilá vytvářet překážky obchodu, a byla tedy důvodem pro přijetí opatření zavádějících cenové kontroly na úrovni Společenství. Jinými slovy: existovalo bez společného právního rámce nebezpečí překážek při poskytování roamingových služeb z důvodu rozdílných vnitrostátních opatření zavádějících cenové kontroly?

17. Skutečnost, že vnitrostátní opatření zavádějící cenové kontroly mohou vést ke vzniku omezení obchodu, vyplývá z ustálené judikatury Soudního dvora. Taková opatření sice „nejsou sama o sobě opatřeními s účinkem rovnocenným množstevnímu omezení, ale mohou takový účinek vyvolat, jestliže se ceny nacházejí na takové úrovni, že by dovážené výrobky byly znevýhodněny v porovnání se stejnými tuzemskými výrobky“ [18]. U právní úpravy předepisující cenové stropy k tomu dochází tehdy, „pokud jsou ceny tak nízké, že je prodej dovezených výrobků buď nemožný, nebo je vůči tuzemským výrobkům ztížen“ [19]. Tak je tomu v případě, kdy jsou maximální ceny tak nízké, že zahraniční poskytovatelé nemohou docílit žádného přiměřeného zisku [20], když jim vzniknou vyšší náklady, které nejsou při stanovení maximální ceny zohledněny, nebo když cenový strop vede k tomu, že poskytování kvalitativně hodnotnějších služeb zahraničními poskytovateli nebude přiměřeně kompenzováno [21].

18. Všechna vnitrostátní opatření zavádějící cenové kontroly však nejsou uzpůsobena

18 — Rozsudek ze dne 13. listopadu 1986, Edah (80/85 a 159/85, Recueil, s. 3359, bod 11). Srov. také rozsudky ze dne 26. února 1976, Tasca (65/75, Recueil, s. 291), ze dne 24. ledna 1978, Van Tiggele (82/77, Recueil, s. 25), a ze dne 7. května 1991, Komise v. Belgie (C-287/89, Recueil, s. I-2233, bod 17).

19 — Rozsudek ze dne 19. března 1991, Komise v. Belgie (C-249/88, Recueil, s. I-1275, bod 15).

20 — Rozsudek ze dne 19. března 1991, Komise v. Belgie, citovaný výše v poznámce pod čarou 19, bod 17.

21 — Srov. mé stanovisko ve věci Cipolla a další (citované výše v poznámce pod čarou 17, body 69 až 75).

tak, že vytváří překážky obchodu; spíš musí být výskyt takovýchto překážek také pravděpodobný [22]. Domnívám se, že zákonodárce Společenství neprokázal, že takové nebezpečí existovalo buď v době vydání původního opatření nebo v době přijetí jeho změny. Paradoxně vyplývá nejjasnější indicie existence takového nebezpečí z tvrzení žalobkyň, podle nichž společný právní rámec v původní podobě přijaté zákonodárcem Společenství omezoval možnost členských států zavádět cenové kontroly v oblasti mobilních komunikačních sítí, neboť činil regulaci *ex ante* závislou na splnění pojmového znaku „silného postavení na trhu". Z toho je třeba vyvodit závěr, že společný právní rámec byl přijat jako reakce na nebezpečí, že v důsledku stanovení rozdílných maximálních a minimálních cen orgány členských států v odvětví mobilních komunikačních sítí vznikají překážky a dochází k narušením hospodářské soutěže. Pokud tomu tak bylo, byl zákonodárce při vytváření koncepce společného právního rámce postaven před rozhodnutí, zda bude tomuto nebezpečí čelit omezením možností členských států stanovovat ceny v této oblasti, anebo stanovením cen v celé Unii (přičemž je ale zcela jinou otázkou, zda jsou v případě naposled uvedeného řešení dodrženy zásady proporcionality a subsidiarity). Obě řešení představují účinné přispění k fungování vnitřního trhu. Zákonodárce se tím, že podmínil přípustnost přijetí regulace *ex ante* existencí silného postavení na trhu, rozhodl pro řešení uvedené na prvním místě. Skutečnost, že toto řešení účinně zamezilo vzniku překážek obchodu a narušením hospodářské soutěže, nesmí bránit přechodu k odlišnému legislativnímu přístupu za předpokladu, že i tento odlišný přístup zamezuje vzniku překážek obchodu a narušením hospodářské soutěže. Ve skutečnosti bylo omezení legislativních pravomocí členských států stanovené společným právním rámcem formulováno pouze obecně a ani nebylo jeho výslovným účelem zamezení rozdílům v rámci vnitrostátních cenových kontrol, ani se nezakládalo na výslovném odhadu, že v budoucnu přijaté vnitrostátní právní předpisy zavádějící cenové kontroly by pravděpodobně vedly k vzniku překážek obchodu. Proto nemohu konstatovat, že nebezpečí, že v budoucnu vzniklé rozdíly v rámci vnitrostátních právních předpisů zavádějících cenové kontroly budou vytvářet překážky obchodu, bylo prokázáno v takové míře, aby byla opatření Společenství zavádějící cenové kontroly na základě článku 95 ES odůvodněna.

19. Domnívám se ovšem, že zákonodárce Společenství byl oprávněn přijmout právní

22 — Rozsudky ze dne 12. prosince 2006, Německo v. Parlament a Rada (C-380/03, Sb. rozh. s. I-11573, bod 37), British American Tobacco (Investments) a Imperial Tobacco, citovaný výše v poznámce pod čarou 9, bod 61, Swedish Match, citovaný výše v poznámce pod čarou 15, bod 30; ze dne 12. července 2005, Alliance for Natural Health a další (C-154/04 a C-155/04, Sb. rozh. s. I-6451, bod 29), a rozsudek Uchovávání údajů, citovaný výše v poznámce pod čarou 3, bod 64.

úpravu týkající se cen roamingu na základě článku 95 ES z jiného důvodu, a sice za účelem odstranění omezení volného pohybu, která jsou způsobena chováním soukromých osob narušujícím přeshraniční hospodářskou činnost. Rozdíly v cenách za telefonáty uskutečněné na území vlastního státu a telefonáty prostřednictvím roamingu lze oprávněně označit za odrazování od využívání přeshraničních služeb, jako je roaming [23]. Za účelem odstranění problému vyšších cen za roaming se zákonodárce rozhodl pro řešení spočívající v omezení cen platném pro celou Unii. Toto řešení musí být možno odůvodnit z hlediska cílů sledovaných článkem 95 ES. V souladu se zněním tohoto článku jsou těmito cíli „vytvoření a fungování vnitřního trhu“ [24] a vnitřní trh „zahrnuje prostor bez vnitřních hranic, v němž je zajištěn volný pohyb zboží, osob, služeb a kapitálu v souladu s ustanoveními této smlouvy“ [25]. Narušování přeshraničních činností je způsobilé bránit vytvoření vnitřního trhu, v němž je zajištěn volný pohyb zboží, osob, služeb a kapitálu, neboť zákazníci jsou odrazováni od uskutečňování přeshraniční hospodářské činnosti, jako je využívání roamingových služeb. V odvětví mobilní telefonní komunikace zřejmě neexistuje žádná nápadnější přeshraniční hospodářská činnosti než roaming. Cenové omezení roamingových služeb lze právem pokládat za prostředek k vytvoření vnitřního trhu odstraňováním překážek přeshraniční hospodářské činnosti.

20. Ačkoli bylo s takovým omezením cen spjato přijetí právní úpravy Společenství adresované soukromým osobám, a nikoli státním orgánům, pak okolnost, že je takové opatření přípustné, ještě neznamená, že Společenství získává svolení upravovat jakoukoli hospodářskou činnost na základě článku 95 ES. Nařízením o roamingu chtěl zákonodárce Společenství zakročit nejen proti chování soukromých osob, které vedlo k nežádoucím výsledkům, nýbrž i proti chování soukromých osob, které přímo znevýhodňovalo přeshraniční hospodářskou činnost (roaming) ve srovnání s vnitrostátní hospodářskou činností (využívání mobilních telefonních služeb v tuzemsku). Chování, včetně chování soukromých osob, přímo narušující přeshraniční činnosti, je třeba kvalifikovat spíše jako bránění vytvoření vnitřního trhu. Většina způsobů chování soukromých osob na trhu samozřejmě není způsobilá omezit volný pohyb, a proto samy o sobě ještě nemohou být důvodem pro přijetí opatření na základě článku 95 ES. Jednání Společenství směřující k regulaci tohoto chování se může opírat o článek 95 ES, pouze pokud se chování soukromých hospodářských subjektů přímo týká přeshraniční činnosti a pouze pokud jsou tyto subjekty skutečně způsobilé omezit tuto přeshraniční činnost, a tudíž volný pohyb.

23 — Jak jsem uvedl v několika stanoviscích, naposledy k věci ČEZ (C-115/08, probíhající věc, bod 12), zacházení s přeshraničními situacemi, které je méně příznivé než zacházení s čistě vnitrostátními situacemi, může představovat překážku práv voleného pohybu, na nichž závisí vnitřní trh.

24 — Článek 95 ES.

25 — Článek 14 ES.

21. V tomto ohledu zkrátka Soudní dvůr vyzývám, aby při posuzování článku 95 ES vyvodil ze sv é judikatury týkající se horizontálního použití právních předpisů o volném pohybu logické důsledky. V rámci této judikatury Soudní dvůr uznal, že chování soukromých osob může za určitých okolností představovat omezení volného pohybu. Tak tomu bylo např. ve věci The International Transport Workers' Federation a The Finnish Seamen's Union [26] a ve věci Laval un Partneri [27], kde šlo o jednání odborů, v důsledku kterých bylo rejdaři bráněno ve vyvěšení vlajky jiného státu na jeho lodi, respektive stavebnímu podniku bylo bráněno v poskytování služeb v jiném státě. Jednání odborů zasáhlo přímo do svobody usazování a do volného pohybu služeb a Soudní dvůr rozhodl, že právní předpisy týkající se volného pohybu se použijí přímo na odbory, přestože se v jejich případě jedná o soukromé osoby. Tato zjištění Soudní dvůr opřel o dřívější rozhodnutí, v nichž uvedl, že soukromé demonstrace mohou mít dopad na volný pohyb zboží, pokud je v souvislosti s nimi bráněno přepravě zboží [28]. Článek 95 ES může být právním základem odůvodňujícím jednání zákonodárce Společenství v případech, kdy k zajištění fungování vnitřního trhu nestačí pouze zabezpečit, aby státní orgány nepřijímaly žádná opatření narušující základní svobody. [29] Z toho ale přirozeně vyplývá, že tato omezení volného pohybu mohou být také předmětem právní úpravy přijaté na základě článku 95 ES.

22. Jak známo, Soudní dvůr uvedl, že např. určité právní předpisy fotbalových svazů, jejichž účelem je mj. právní úprava přestupů hráčů fotbalu do zahraničí, omezují volný pohyb pracovníků. Podle mě je zjevné, že toto by bylo důvodem nejen pro zakotvení zákazu takových předpisů na úrovni Společenství, nýbrž i důvodem pro přijetí právní úpravy Společenství na základě článku 95 ES [30]. Pokud je Společenství oprávněno zakázat určité chování soukromé osoby, mělo by být oprávněno také k tomu, aby toto chování prostě jen upra-

26 — Rozsudek ze dne 11. prosince 2007 (C-438/05, Sb. rozh. s. I-10779).

27 — Rozsudek ze dne 18. prosince 2007 (C-341/05, Sb. rozh. s. I-11767).

28 — Srov. také rozsudky ze dne 9. prosince 1997, Komise v. Francie (C-265/95, Recueil, s. I-6959), a ze dne 12. června 2003, Schmidberger (C-112/00, Recueil, s. I-5659).

29 — K tomu srov. von Bogdandy, A. a Bast, J., „The Vertical Order of Competences" in *Principles of European Constitutional Law,* Oxford, Hart Publishing, 2006. Srov. také Somek, A., *Individualism,* Oxford University Press, 2008, s. 128, který – nikoli nekriticky – argumentuje, že novější judikatura Soudního dvora týkající se článku 95 ES „vychází z toho, že základní svobody a legislativní pravomoc Unie usilují o dosažení téhož cíle". Srov. také Weiler, J., „The Constitution of the Common Market Place: The Free Movement of Goods" in: *The Evolution of EU Law* (vyd. Craig, P., a de Búrca, G., Oxford University Press, 1999). Nejsem však zcela přesvědčen o tom, že je zde dána taková přesná paralela. Argumentuji v tom smyslu, že důvody použitelnosti právních předpisů regulujících volný pohyb platí pro soukromé osoby alespoň v některých případech i v oblasti článku 95 ES.

30 — Zda, jakým způsobem a za jakým účelem by tato pravomoc měla být vykonávána, je jinou otázkou, ke které se Soudní dvůr ovšem v projednávaném případě nemusí vyjadřovat.

vilo. Tím Společenství v žádném případě nezískává pravomoc upravovat veškerá chování těchto soukromých osob. Tato pravomoc je dána jen tehdy, když se předmětné chování, jak bylo uvedeno výše a v souladu se zásadou horizontálního použití právních předpisů regulujících volný pohyb, přímo týká přeshraniční činnosti a je skutečně způsobilé omezit tuto přeshraniční činnost a volný pohyb. Na druhou stranu by ale opatření jako například pokus upravit ceny kufrů nebo jídel v restauraci nesměřovala k boji s přímými narušeními přeshraniční hospodářské činnosti, takže by v takovém případě nebylo možné prokázat, že účinky na volný pohyb a vytvoření vnitřního trhu dosáhly takového rozměru, který by odůvodňoval legislativní pravomoc Společenství podle článku 95 ES.

23. Stejně jako jsou právní předpisy regulující volný pohyb použitelné na soukromé osoby za přísnějších podmínek, než je tomu u státních orgánů, musí i právní předpisy Společenství přijaté na základě článku 95 ES, jejichž cílem je regulace chování soukromých osob narušujícího vytvoření vnitřního trhu, splňovat zvláštní podmínky. Stejně jako v projednávaném případě je třeba vyžadovat, aby toto chování přímo narušovalo nějakou přeshraniční činnost. Pokud jednání soukromých aktérů skutečně brání výkonu přeshraniční činnosti, pak musí být možné podrobit je právní úpravě Společenství.

24. Mnou zastávaný názor bude možná ještě jasnější, když si představíme, že se jedná i o činnost (nebo nečinnost) státu. Bylo by totiž možné argumentovat v tom smyslu, že omezení přeshraniční mobilní komunikace je způsobeno tím, že státy „trpí“ praktiky diskriminačních cen [31] mezi roamingovými a tuzemskými hovory uplatňované poskytovateli na jejich území. V tomto ohledu lze jednání Společenství na základě článku 95 ES odůvodnit tím, že vnitrostátní právní úpravy nezamezily diskriminačnímu zacházení s přeshraniční mobilní komunikací.

25. K otázce právního základu ještě musím upozornit na jeden bod. Jak je uvedeno výše, změna může být odůvodněná i tehdy, když je nezbytná pro napravení určitého problému, v jehož účinném odstranění členským státům brání původní harmonizační opatření. Jak z tvrzení Vodafone, tak i ze čtvrtého a devátého bodu odůvodnění nařízení o roamingu vyplývá, že podle společného právního rámce byla regulace *ex ante* státními regulačními orgány stanovena jen pro případy, kdy je zjištěna existence prokazatelně silného postavení na trhu určitého hospodářského subjektu. Podle staré právní úpravy tedy byla činnost vnitrostátních regulačních orgánů bez takového

31 — Používání pojmu „diskriminační ceny“ vyžaduje v této souvislosti obezřetnost hned z několika důvodů, v neposlední řadě proto, že rozdíly v cenách roamingu a tuzemských hovorů mohou být opodstatněné. Zjevně neopodstatněné jsou ale stávající rozdíly v cenách, což bylo impulsem pro jednání Společenství.

zjištění vyloučena. Jelikož se Komise [32] a skupina evropských regulačních orgánů (ERG) [33] domnívaly, že ceny za roamingové služby byly přemrštěné i na těch trzích, kde nepůsobily žádné podniky s prokazatelně silným postavením na trhu, projevil se společný právní rámec i pro vnitrostátní a unijní regulační orgány jako překážka pro přijetí legislativního díla, které by vedlo ke snížení cen za roamingové služby. Pokud zákonodárce Společenství zjistí, že v oblasti harmonizované právní úpravou dochází k selháním trhu a vzniku sociálních nákladů, a že to je dokonce touto právní úpravou způsobeno, musí mít ze shora uvedených důvodů a z důvodů uvedených Soudním dvorem v rozsudcích Gintec respektive British American Tobacco (Investments) a Imperial Tobacco [34] pravomoc tuto situaci napravit nebo umožnit buď na úrovni jednotlivých členských států, či na úrovni Společenství změnu právní úpravy, která podle jeho zjištění nefunguje správně.

26. Společenství je proto oprávněno zasáhnout proti vysokým cenám za roamingové služby změnou společného právního rámce. Jak je uvedeno výše, je nicméně třeba rozlišovat mezi legislativní pravomocí jako takovou na straně jedné a intenzitou právní úpravy a úrovní, na které k úpravě dojde, na straně druhé. I když se právní předpisy přijímají na základě článku 95 ES jako změny předchozího harmonizačního opatření, je i nadále třeba respektovat meze pravomoci Společenství vyplývající z tohoto ustanovení a z obecných zásad práva Společenství. S použitím článku 95 jako právního základu je mj. spjata podmínka, že pravomoc svěřená Společenství na základě tohoto ustanovení musí být vykonávána tak, aby přijatá opatření byla proporcionální k cílům, které tato opatření sledují, a aby byla odůvodněna ve světle zásady subsidiarity.

B – *Subsidiarita*

27. Rozhodnutí zákonodárce Společenství stanovit cenové stropy pro velkoobchodní i maloobchodní ceny v celém Společenství skutečně vyvolává důležité otázky týkající se zásady subsidiarity. U velkoobchodních cen je bez dalšího jasné, proč je třeba jednat na úrovni Společenství. Velkoobchodní ceny jsou vybírány poskytovateli, kteří nejsou usazeni v členském státě zákazníka. Proto vnitrostátní regulační orgán členského státu zákazníka nemůže zakročit proti poskytovatelům ve státě, který zákazník navštíví, kteří domácí

32 — Srov. KOM/2006/0382 v konečném znění ze dne 12. července 2006.

33 — ERG Response to the European Commission's call for input on its proposed EC Regulation in the International Roaming Market ze dne 22. března 2006.

34 — Citovaných výše v poznámce pod čarou 8 respektive 9.

síti zákazníka účtují přemrštěné ceny. Vnitrostátní regulační orgány navíc nemají žádný motiv kontrolovat velkoobchodní ceny, které jsou účtovány zahraničním poskytovatelům a zákazníkům těchto poskytovatelů.

28. Regulace maloobchodních cen je do jisté míry problematická. Po stanovení cenových stropů platných pro velkoobchodníky a po zrušení ustanovení, podle něhož jsou regulativní zásahy přípustné, pouze je-li dáno prokazatelně silné postavení na trhu, mohlo Společenství udělit vnitrostátním regulačním orgánům pravomoc stanovit maximální maloobchodní ceny, pokud se domnívají, že maloobchodní ceny požadované poskytovateli v jejich státě jsou přemrštěné. Namísto toho se učinilo rozhodnutí stanovit nařízením o roamingu maximální sazbu platnou u maloobchodních cen v celém Společenství. Takové rozhodnutí spočívající v přijetí právní úpravy na úrovni Společenství, a nikoli na úrovni vnitrostátního práva, je třeba odůvodnit vzhledem k tomu, že právní řád Společenství uznává zásadu subsidiarity. Podle zásady subsidiarity zakotvené v článku 5 ES smí Společenství vyvíjet činnost pouze tehdy a do té míry, pokud sledovaných cílů nemůže být dosaženo uspokojivě na úrovni členských států, a proto, z důvodu jejich rozsahu či účinků, jich může být lépe dosaženo na úrovni Společenství. Jinými slovy je třeba prokázat, že zákonodárce Společenství je způsobilejší upravit sazby cen za roaming platné pro maloobchodníky než vnitrostátní zákonodárce. Zatímco u velkoobchodních cen bylo nasnadě, že existovala potřeba kolektivního jednání, která učinila jednání na úrovni Společenství nezbytným, na úrovni maloobchodních cen to není tak zřejmé (po stanovení velkoobchodních cen na úrovni Společenství by členské státy mohly v zásadě nerušeně a účinně stanovit své maloobchodní ceny). Brání snad členským státům něco jiného ve vyřešení problému přemrštěných maloobchodních cen za roaming?

29. V nařízení o roamingu je jako odůvodnění uvedeno především to, že cílů tohoto nařízení, totiž zabezpečení přiměřené úrovně ochrany spotřebitele a zajištění, aby zákazníkům nebyly účtovány přemrštěné ceny, „nemůže být uspokojivě a bezpečně, včas a harmonizovaným způsobem dosaženo na úrovni členských států, a lze jich proto lépe dosáhnout na úrovni Společenství“ [35].

30. Rada uvádí, že se v případě zásady subsidiarity jedná v podstatě o subjektivní a politickou zásadu [36]. Vycházejíc z této teze Rada odkazuje na záměr zákonodárce Společenství a na sledovaný cíl, a sice – jak je uvedeno v bodech

35 — 38. bod odůvodnění nařízení o roamingu.

36 — K tomu srov. von Bogdandy, A. a Bast, J. (dílo citované výše v poznámce pod čarou 29).

odůvodnění nařízení – že „by se měl zavést společný přístup, který zajistí, že uživatelé veřejných pozemních mobilních telefonních sítí nebudou na cestách v rámci Společenství platit přemrštěné ceny za roamingové služby při uskutečňování nebo příjmu hlasových volání na území Společenství, čímž se dosáhne vysoké úrovně ochrany spotřebitele a ochrání se hospodářská soutěž mezi mobilními operátory, a současně se zachovají podněty k inovační činnosti a možnost volby pro spotřebitele“ [37]. Podle mého názoru ovšem při posouzení, zda je respektována zásada subsidiarity, není rozhodující ani cíl sledovaný nařízením, ani záměr jeho autora. Zaprvé, z hlediska zásady subsidiarity nejde o sledovaný cíl, nýbrž o otázku, zda je ke sledování tohoto cíle třeba činnosti na úrovni Společenství. Určitých cílů Společenství (které jsou samy o sobě důvodem založení pravomoci Společenství) může být lépe dosahováno členskými státy (takže výkon této pravomoci není odůvodněný). Zadruhé, záměr zákonodárce Společenství ještě není zárukou toho, že byla dodržena zásada subsidiarity. V tomto ohledu je naopak nezbytné, aby byl názor, podle něhož je třeba vyvinout činnost na úrovni Společenství, rozumně odůvodněn [38]. Pro tento účel nestačí pouze jednoduše upozornit na možné výhody jednání na úrovni Společenství. Zjistit je naopak třeba i možné problémy a náklady, které vzniknou, pokud se ona záležitost přenechá k vyřešení členským státům. Pokud Soudní dvůr stanoví tento požadavek, v žádném případě nenahrazuje hodnocení zákonodárce Společenství svým vlastním hodnocením, nýbrž ho pouze nutí k tomu, aby bral subsidiaritu vážně.

31. Jak je uvedeno výše, i když byla činnost Společenství v oblasti velkoobchodních cen odůvodněna zjevnou potřebou kolektivního opatření, nelze nalézt žádný přímo naléhavý argument hovořící pro harmonizaci maloobchodních cen. Právě naopak se zdá, že vnitrostátní regulační orgány jsou, jak uvádějí žalobkyně, spíše v pozici rozhodovat o nezbytnosti cenových kontrol (a případně o výši cen) na různých vnitrostátních trzích. Komise ve svém písemném vyjádření naopak zastává názor, že by došlo k narušením hospodářské soutěže, kdyby se tato záležitost přenechala k vyřešení členským státům, protože pak by různí provozovatelé mobilních telekomunikačních sítí v různých členských státech podléhali různým cenovým stropům. Tato argumentace nemůže mít úspěch. Cenové rozdíly mezi jednotlivými členskými státy existují takřka ve všech odvětvích. Takové cenové rozdíly mohou, ale také nemusejí přinést hospodářským subjektům v některých členských

37 — 16. bod odůvodnění nařízení o roamingu.

38 — Parlament a Rada upozorňují ve svých vyjádřeních na to, že rozhodnutí provést regulaci na úrovni Společenství bylo podpořeno členskými státy prostřednictvím ERG. Lze argumentovat v tom smyslu, že na odůvodnění zákonodárce Společenství týkající se činnosti Společenství je třeba stanovit tím vyšší požadavky, čím spornější je potřeba takové činnosti. Na druhou stranu by ale neměla být ani jednohlasná podpora všech členských států v Radě pokládána za rozhodující pro posouzení vzniku a výkonu pravomoci Společenství. Je třeba připomenout, že členské státy jsou v Radě zastoupeny svými vnitrostátními vládami. Proto má výkon určité pravomoci Společenství dopady na interní rovnováhu sil členských států a na jejich mechanismy politické odpovědnosti. Při výkladu a použití právních předpisů upravujících pravomoc je třeba zohlednit rovněž tyto zájmy.

státech výhody v hospodářské soutěži. Stejně jako v řadě jiných odvětví je jejich výsledkem za určitých okolností pouze to, že se ceny v členských státech od sebe liší. V tomto ohledu se nezdá, že by existoval zjevný rozdíl oproti trhu s hovory v tuzemsku, na kterém musí hospodářské subjekty respektovat možná také rozdílné cenové stropy. Všechny výhody v hospodářské soutěži navíc nelze označovat za narušení hospodářské soutěže. Aby bylo možné dospět k takovému závěru, musel by zákonodárce Společenství přednést odpovídající argumenty, což ale neučinil [39].

32. Na druhou stranu, na významu získává argument, že k dosažení cílů sledovaných nařízením o roamingu bylo nezbytné stanovit včas maximální ceny, a to vzhledem ke skutečnosti, že nařízení by mělo tři roky po svém přijetí pozbýt platnosti. Směřuje to k argumentu účinné legislativy. Jelikož se jedná o nezbytnost přijmout opatření Společenství v oblasti velkoobchodních cen, lze uvést, že je jak účelnější, tak i vhodnější současně regulovat i maloobchodní ceny. Velkoobchodní ceny by mohly být stanoveny s ohledem na stanovené maloobchodní ceny a naopak, takže zákazníci by přímo pocítili výsledky opatření Společenství.

33. Rozhodující argument ovšem spočívá v přeshraniční povaze hospodářské činnosti, která má být regulována. I kdyby problém, který měl být vyřešen kolektivním opatřením v oblasti maloobchodních cen, snad nebyl dostatečně závažný, lze právem vycházet z toho, že Společenství vyřeší otázku maloobchodních cen za roaming lépe než členské státy. Vzhledem k přeshraniční povaze diskutované hospodářské činnosti (roaming) je Společenství spíše připraveno se s tímto problémem vypořádat a může spíše zvážit náklady a výhody plánovaného opatření pro vnitřní trh.

34. Právě samotná přeshraniční povaha hospodářské činnosti způsobuje, že se zákonodárce Společenství zdá být potenciálně vhodnější pro regulaci v oblasti maloobchodních cen než vnitrostátní orgány. Jelikož se

39 — Toto všechno ale nelze zaměňovat s problematikou, o níž bylo pojednáno výše, a sice že cenové stropy mohou představovat omezení přístupu k vnitrostátním trhům. Argument týkající se narušení hospodářské soutěže se vztahuje k tomu, že na tomtéž trhu platí různé cenové předpisy, a nikoli k tomu, že stanovení určitých cenových stropů na vnitrostátním trhu by mohlo zahraničním soutěžitelům bránit v úspěšné účasti na hospodářské soutěži (z důvodu vyšší kvality nebo nižší ceny výrobků nebo služeb, které by mohli potencionálně nabízet, pokud by tyto cenové stropy neexistovaly).

jednalo o napravení právního stavu Společenství, vycházel zákonodárce Společenství oprávněně z rozumné úvahy, že vnitrostátní regulační orgány by této záležitosti snad nepřisuzovaly takový stupeň důležitosti, jaký on považuje za nezbytný. Jak bylo několikrát uvedeno v procesních písemnostech a v rámci ústního jednání několika zúčastněnými, ve skutečnosti stanovují provozovatelé mobilních komunikačních sítí výši roamingových cen často v rámci balíčku služeb, který zahrnuje i jiné služby, jako například služby spočívající v umožnění komunikace v tuzemsku. Roaming navíc tvoří pouze malou část těchto služeb a poptávka po roamingových službách je menší, než poptávka po službách tuzemské komunikace [40]. Pokud vnitrostátní regulační orgány regulují tento trh, lze očekávat, že se při tom zaměří na ceny a jiné aspekty tuzemských komunikačních služeb, a nikoli na ceny za roaming. Z důvodu přeshraniční povahy roamingu je to Společenství, kdo má zvláštní zájem na ochraně a podpoře hospodářské činnosti. To je přesně příklad situace, kdy demokratický proces členských států může vést k tomu, že přeshraniční činnosti nebudou chráněny [41]. V tomto ohledu je pochopitelné, proč zákonodárce Společenství zasáhl.

35. Zákonodárce Společenství v podstatě uvádí, že otázka maloobchodních cen nemá být přenesena na vnitrostátní úroveň, neboť 27 různým vnitrostátním regulačním orgánům by zavedení účinných kontrol maloobchodních cen zabralo příliš mnoho času. Přestože to není zmíněno v bodech odůvodnění, také by bylo možné se domnívat, že by na straně vnitrostátních regulačních orgánů docházelo k nekonečným prodlevám. Vnitrostátní regulační orgány by možná roamingovým cenám nepřisuzovaly takovou důležitost jako cenám za vnitrostátní komunikaci. Jelikož je cílem nařízení o roamingu zjednodušit přeshraniční činnosti a přispět k fungování vnitřního trhu tím, že zajistí přiměřenou možnost a ochranu výkonu práv volného pohybu vyplývajících ze Smlouvy, byl zásah na úrovni Společenství nezbytný k zajištění toho, aby těmto právům byla přiznána nutná důležitost.

36. A konečně, jak uvádí Rada, stanovení cenového stropu umožňuje zohlednění

40 — Srov. např. ERG Common Position on the Coordinated Analysis of the Markets for Wholesale International Roaming, červen 2005, bod 59 (vysvětlení poptávky); ERG Response, citovaný v poznámce pod čarou 33, body 3.10 až 3.11 (vysvětlení možnosti, že úspory dosažené v rámci velkoobchodních cen za roaming se použijí za účelem snížení cen za tuzemské služby).

41 — Někteří komentátoři se domnívají, že EU odvozuje svou demokratickou legitimaci částečně ze své schopnosti chránit mobilní aktéry, jejichž zájmy nejsou dostatečně chráněny v rámci demokratického procesu jednotlivých členských států. Srov. z poslední doby Somek, A., „The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders Through Freedom of Movement", U. Iowa Legal Studies Research paper Nr. 09-23, květen 2009.

vnitrostátních rozdílů při vytváření cen pod tímto stropem. Právní úprava Společenství tedy členským státům stále ještě ponechává určitý rozhodovací prostor. S ohledem na vše shora uvedené nelze uvedenou právní úpravu Společenství pokládat za porušení zásady subsidiarity.

C – *Proporcionalita*

37. V rámci otázky proporcionality má Soudní dvůr posoudit, zda bylo rozhodnutí zákonodárce týkající se druhu zásahu proti vysokým cenám roamingu proporcionální z hlediska cíle vytvoření vnitřního trhu uvedeného v článku 95 ES, jakož i z hlediska politického cíle týkajícího se ochrany spotřebitele s ohledem na ztrátu autonomie členských států a na zásahy do práv žalobkyň.

38. Ti, kteří zpochybňují platnost nařízení o roamingu, tvrdí, že zákonodárce Společenství zavedením cenového omezení platného pro celou Unii šel nad rámec toho, co je nezbytné pro dosažení snížení ceny za roamingové služby, a tudíž neodůvodnitelným způsobem zasáhl do vlastnických práv žalobkyň, jakož i do jejich práva na výkon obchodní činnosti. Soudní dvůr v řadě rozsudků uvedl, že při přezkumu proporcionality rozhodnutí zákonodárce je třeba přiznat mu prostor pro uvážení. Proto v těchto oblastech zásadně platí, že „přezkum Soudu týkající se výkonu pravomoci zákonodárce se musí omezit na ověření neexistence zjevně nesprávného posouzení nebo zneužití pravomoci anebo zjevného překročení mezí jeho pravomoci“ [42]. Cenové kontroly jistě patří k nejzávažnějším zásahům do fungování trhu a představují intenzivní omezení vlastnických práv a svobody podnikání. Zákonodárce nesmí své rozhodnutí zavést takové kontroly činit lehkovážně. V projednávaném případě tak ale zjevně neučinil.

39. Zaprvé, zákonodárce Společenství začal jednat teprve v poslední instanci. V posouzení dopadu jsou uvedena opatření, s jejichž pomocí se Komise pokoušela dosáhnout snížení maloobchodních cen za roaming, mj. šetření na základě práva hospodářské soutěže, iniciativy týkající se průhlednosti, regulační opatření podle kritéria starého rámce a vyvíjení politického nátlaku [43]. Komise upozornila na to, že budou zavedena regulační opatření, pokud se tyto ceny „výrazně nepřiblíží úrovni

42 — Rozsudek ze dne 2. dubna 1998, Norbrook Laboratories (C-127/95, Recueil, s. I-1531, body 89 a 90).

43 — Posouzení dopadu alternativních politických rozhodnutí ve vztahu k návrhu nařízení Evropského parlamentu a Rady o roamingu ve veřejných mobilních sítích ve Společenství vypracovanému Komisí, KOM/2006/0382 v konečném znění, 12. července 2006, s. 27.

obvyklých tržních cen“, ale neuspěla s tím [44]. Shromáždila i podrobné informace o roamingových cenách, z nichž vyplývá, že „[maloobchodní roamingové ceny] byly bez zřejmého důvodu příliš vysoké“, že „byly vybírány vysoké maloobchodní přirážky“ a že snížení velkoobchodních cen se sotva dostalo až ke konečným zákazníkům [45]. Komise konstatovala, že rozpětí zisku operátorů dosahovalo u maloobchodních cen přes 200 % za hovory uskutečněné při roamingu a přes 300 % nebo 400 % za přijaté hovory při roamingu [46], a že ceny byly natolik odlišné, že je nelze vysvětlit náklady na poskytování této služby. Komise na základě údajů, které měla k dispozici, dospěla k závěru, že maloobchodní ceny za roaming „nejsou v rozumném poměru k nákladům na poskytování této služby“ [47] a že není důvod domnívat se, že by snížení velkoobchodních cen vedlo ke snížení maloobchodních cen [48].

40. Zastávaný regulační přístup se nezdá být ani nerozumný vzhledem k vzájemně si odporujícím tvrzením, která učinili zúčastnění ohledně otázky, zda byla forma jednání, kterou zákonodárce Společenství zvolil, nezbytná. Tak např. ti, kteří nařízení považují za platné, odkazují na zjištění skupiny evropských regulačních orgánů, že ceny roamingových služeb jsou přemrštěné a že kontrola maloobchodních cen by mohla být nezbytná, pokud by se ukázalo, že tržní síly nestačí k tomu, aby se dosáhlo snížení cen [49]. Vodafone naopak uvádí, že skupina původně doporučovala flexibilní přístup, který zohledňoval vnitrostátní poměry [50]. Zákonodárce Společenství však není povinen převzít všechna doporučení takového grémia expertů. Skupina evropských regulačních orgánů uvedla, že existovaly vysoké maloobchodní přirážky [51] a že snížení velkoobchodních cen by uživatelé výhledově pocítili v podobě slev z cen za vnitrostátní služby [52]; šlo by o řešení, které by, jak bylo vysvětleno výše v rámci výkladu týkajícího se možnosti přijetí právní úpravy na vnitrostátní úrovni, nevedlo k napravení diskutovaného právního stavu Společenství. Přeshraniční komunikace by byla i nadále „diskriminována“. Skupina evropských regulačních orgánů navíc zákonodárci Společenství pouze navrhla, aby počkal, zda maloobchodní ceny nesníží tržní síly. S ohledem na četné odkazy na skutečnost, že koneční zákazníci snížení velkoobchodních cen nepocítili [53], nebyl zákonodárce Společenství povinen zaujmout takový vyčkávací postoj. Jak uvádí Komise, skupina evropských regulačních orgánů sama vysvětlila, že včasnost je důležitým faktorem, který je třeba zohlednit,

44 — Sdělení Viviane Reding skupině evropských regulačních orgánů, Towards a True Internal Market for Electronic Communications, Paříž, 8. února 2006, s. 5; srov. také posouzení dopadu, citované výše v poznámce pod čarou 43, s. 12.

45 — Posouzení dopadu, citované výše v poznámce pod čarou 43, s. 12.

46 — Viz tamtéž, s. 6 a 47.

47 — Viz tamtéž, s. 17.

48 — Viz tamtéž, s. 48.

49 — ERG Response, citovaný výše v poznámce pod čarou 33, s 1 a 2.

50 — Viz tamtéž, s. 2.

51 — Viz tamtéž, bod 2.6.

52 — Viz tamtéž, body 3.10 až 3.11.

53 — Srov. např. posouzení dopadu, citované v poznámce pod čarou 43. GSM tvrdí, že v posouzení dopadu nebylo přiměřeně zohledněno snížení maloobchodních cen, ke kterému předtím došlo. Komise v posouzení dopadu sice připustila, že byla ohlášena podstatná snížení cen, ale konstatovala, že Vodafone, T-Mobile, Telefónica O2 a Orange ohlásily snížení cen teprve v posledním týdnu období určeného pro konzultaci posouzení dopadu, a dospěla k závěru, že snížení bylo vyvoláno hrozbou přijetí regulačního opatření, a nikoli působením tržních sil (posouzení dopadu, s. 10 a 27). Jinak jak se uvádí v prvním bodě odůvodnění nařízení, snížení maloobchodních cen byla vzhledem k rozpětí zisku ve výši až 400 % dosahovanému v oblasti maloobchodu nepatrná.

takže z tohoto důvodu a z důvodu, že bylo jasně zjištěno, že ceny požadované za roamingové služby jsou přemrštěné, patřilo rozhodnutí zákonodárce regulovat maloobchodní ceny mezi možnosti, které mu po právu náležely.

41. Kromě toho se u řešení spočívajícího v cenové kontrole zvoleného zákonodárcem Společenství nejedná o dlouhodobou regulaci tržních cen, nýbrž o snahu snížit ceny (a snad rozpohybovat účinnou hospodářskou soutěž), neboť došlo k umělému nárůstu cen v důsledku selhání trhu, které nešlo napravit postupem na základě práva hospodářské soutěže. To je jasně vyjádřeno v bodech 5, 6 a 9 odůvodnění nařízení o roamingu, ve kterém je upozorněno na problémy skupiny evropských regulačních orgánů týkající se boje proti vysokým cenám na základě platných předpisů soutěžního práva, jakož i v bodě 28 odůvodnění, ve kterém je zdůrazněno, že nařízení by mělo podněcovat inovační nabídky roamingovým zákazníkům v nižších cenových hladinách. Omezením doby platnosti nařízení na tři roky zákonodárce Společenství rovněž omezil objem zásahů spojených s uvedenými kontrolami, a tím dal trhu „druhou šanci" napravit toto selhání.

42. Cenové kontroly je z důvodu jejich velmi pádného účinku na trh vždy třeba pečlivě zkoumat, v projednávaném případě je však lze spíše akceptovat vzhledem k jejich dočasnosti a sledovanému cíli, jímž je napravení selhání trhu, které nebylo možno zahladit postupem na základě předpisů soutěžního práva. Dopad na práva hospodářských subjektů kromě toho zmírňuje přítomnost ustanovení o skončení platnosti. Taková ustanovení o skončení platnosti zajišťují, aby zákonodárce Společenství pravidelně přezkoumával svá opatření přijatá v odvětvích, jako je roaming, která podléhají rychlému společenskému a hospodářskému vývoji [54]. Pokud by zákonodárce Společenství

54 — Požadavek pravidelného přezkumu řešení zvoleného zákonodárcem Společenství pro tento rychle se rozvíjející trh je jasně formulován v samotné rámcové směrnici (směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/21/ES ze dne 7. března 2002 o společném předpisovém rámci pro sítě a služby elektronických komunikací, Úř. věst. L 108, s. 33). V bodě 27 odůvodnění rámcové směrnice se s ohledem na regulaci *ex ante* týkající se zabezpečení vytvoření trhů orientovaných na hospodářskou soutěž stanoví: „Komise by měla pravidelně přezkoumávat pokyny, aby zajistila, že budou trvale odpovídat rychle se rozvíjejícímu trhu".

chtěl prodloužit dobu platnosti cenových kontrol nebo by je chtěl provádět trvale, muselo by i toto rozhodnutí splňovat předpoklady proporcionality a vyžadovalo by dodatečné odůvodnění.

43. Vodafone navíc uvádí, že po přijetí nařízení se ceny za poskytování roamingových služeb soustředily u cenového stropu, což svědčí o tom, že nařízení v tomto odvětví potlačilo účinnou hospodářskou soutěž. Takový nárůst cen však lze vykládat i jako indicii, že v odvětví roamingu chybí cenová soutěž, což hovoří pro to, že by dřívější vyšší ceny byly bez zásahu zákonodárce zachovány. S ohledem na vše shora uvedené se nelze domnívat, že se zákonodárce dopustil zjevně nesprávné volby prostředku, a tudíž neoprávněného zásahu do práv žalobkyň.

44. V rámci přezkumu proporcionality Soudní dvůr musí navíc posoudit, zda okolnost, že Společenství může lépe dosáhnout cílů dotčeného opatření, může odůvodnit ztrátu autonomie členských států, která je s řešením zvoleným zákonodárcem spjata [55]. Tvrzení zúčastněných k tomuto bodu jsou relativně strohá. Je zjevné, že stanovení maximální ceny platné v celém Společenství omezuje autonomii regulačních orgánů členských států. Jelikož se předmětné orgány členských států takřka jednohlasně vyslovily pro přijetí tohoto nařízení, stává se tento argument ovšem méně průrazným a vzhledem k omezené oblasti platnosti předmětné právní úpravy (týkající se roamingových služeb), vzhledem k prostoru pro uvážení, který zákonodárci v těchto záležitostech přiznává Soudní dvůr a vzhledem k absenci odůvodněné relevantní protikladné argumentace žalobkyň nelze toto nařízení v tomto ohledu pokládat za neproporcionální.

55 — Přestože se Soudní dvůr ve svých novějších rozsudcích, jako v rozsudku Swedish Match, citovaném výše v poznámce pod čarou 15, soustředil na proporcionalitu opatření Společenství ve vztahu k jeho věcnému cíli, je však proporcionalitu třeba zkoumat i s ohledem na dopady na autonomii členských států. K tomu srov. Kumm, M., „Constitutionalising Subsidiarity in Integrated Markets: The Case of Tobacco Regulation in the European Union", *European Law Journal*, svazek 12, č. 4, červenec 2006, s. 522 až 524. Generální advokát Fennelly argumentoval, byť s jiným výchozím bodem, že věcné cíle, jako je ochrana zdraví, samy o sobě na rozdíl od cílů vnitřního trhu nestačí k tomu, aby bylo vyhověno požadavkům na proporcionalitu (stanovisko k věci Imperial Tobacco a další, C-74/99, rozsudek ze dne 5. října 2000, Recueil, s. I-8599, bod 149).

II – Závěry

45. Proto navrhuji, aby Soudní dvůr odpověděl na otázky předložené vnitrostátním soudem takto:

„Přezkum otázek předložených High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division, Administrative Court, neodhalil skutečnosti, jimiž by mohla být dotčena platnost nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 717/2007 ze dne 27. června 2007 o roamingu ve veřejných mobilních telefonních sítích ve Společenství a o změně směrnice 2002/21/ES."