KOHTUJURISTI ETTEPANEK
M. POIARES MADURO
esitatud 1. oktoobril 2009[1]

I. Faktilised ja õiguslikud asjaolud

1. Euroopa Kohtu üks raskemaid, kuid samas olulisemaid ülesandeid on kontrollida liidu tegevuse piire. See on vajalik riikide ja liidu jõuvahekordades tasakaalu säilitamiseks. See on ülioluline ka liidu enda institutsioonide jõuvahekordade säilitamiseks. Lisaks on liidu tegevuse kontrollimine vajalik, et tagada riikide kohane poliitiline vastutus (kuna liit mõjutab nende sisemisi jõuvahekordi) ning poliitilise vastutuse kohane jaotus liidu ja riikide vahel (et kodanikud teaksid, kes mille eest vastutab). Kohtulik kontroll ei ole aga ainus viis, mille abil liidu ja eelkõige ühenduse pädevust kontrollida. Otsustusprotsessid, mis puudutavad ühenduse pädevust ning milles liikmesriigid ja ühenduse eri institutsioonid osalevad, kujutavad sageli selle pädevuse kõige tõhusamaid kontrollimeetmeid. Võib julgelt öelda, et Euroopa Kohtul ei olnud pika aja jooksul ühenduse pädevuse kontrollimisel juhtivat rolli just seetõttu, et otsustusprotsessidega oli pädevus juba rangelt piiratud. Ühenduse pädevuse suurenemisega ja vastavate otsustusprotsesside muutumisega on aga Euroopa Kohus asunud üha enam täitma seda ülesannet. Üks keerulisemaid valdkondi hõlmab ühenduse pädevuse ulatust siseturu küsimustes ja eriti ühenduse seadusandliku pädevuse ulatust EÜ artikli 95 alusel. Käesolev juhtum on hea näide: selle põhiküsimuseks on, kas ühendus võib artikli 95 alusel hindu reguleerida ja kui võib, siis millises ulatuses ja millistel tingimustel? Ei ole kahtlust, et siseturu toimimise kontekstis on ühendusel õigus sekkuda nii ettevõtjate kehtestatud hindade puhul (konkurentsieeskirjade alusel) kui ka liikmesriikide poolt kehtestatavate hindade puhul (kaupade vaba liikumist käsitlevate sätete alusel). Kuid kas ühendus võib artikli 95 alusel ise vastu võtta õigusakte, mis kehtestavad näiteks teatavad hinnapiirid? Kui see on nii, siis millistel tingimustel võib ta seda teha? Euroopa Kohtu vastus sõltub sellest, kuidas me artikli 95 eesmärgist üldiselt aru saame. Minu arvates näitab Euroopa Kohtu antud tõlgendus artiklile 95 selgelt, et see ei ole säte, mille eesmärk on anda ühendusele siseturu reguleerimiseks üldine volitus. Samal ajal ei ole Euroopa Kohus siiski piiranud artiklit 95 nii, et see annab ühendusele volituse üksnes sellises ulatuses, mis on vajalik siseturu toimimist segavate takistuste kõrvaldamiseks. Eelneva põhjuseks on nimetatud sätte kahesugune olemus. See säte on mõeldud selliste meetmete võtmiseks, mille eesmärk on siseturu rajamine ja toimimine, kuid need ühenduse meetmed asendavad riiklikke meetmeid, mis taotlevad mitmesuguseid turgu reguleerivaid eesmärke. Asjaolu, et ühenduse sekkumist peetakse siseturu eesmärke silmas pidades vajalikuks, ei tohiks mõjutada muude reguleerivate eesmärkide saavutamist. Artikli 95 mis tahes tõlgendamine peab säilitama selle tasakaalu. Ühenduse sekkumist õigustab turgude integreerimise eesmärk, kuid

1 – Algkeel: inglise.

ühenduse sekkumine peaks säilitama poliitilise vabaduse valida turu reguleerimisel mitmesuguste poliitiliste võimaluste vahel. Just see on põhiline küsimus, millest tuleks juhinduda käesolevas kohtuasjas artikli 95 tõlgendamisel ja kohaldamisel.

2. Käesolevas kohtuasjas on vaidlustatud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 27. juuni 2007. aasta määrus (EÜ) nr 717/2007, milles käsitletakse rändlust üldkasutatavates mobiiltelefonivõrkudes ühenduse piires ja millega muudetakse direktiivi 2002/21/EÜ (EÜT 2007, L 171, lk 32) (edaspidi „rändlusmäärus"), millega muudeti ühist reguleerivat raamistikku eesmärgiga kehtestada liikmesriikide üldkasutatavates mobiiltelefonivõrkudes rändlusele [2] kogu ühendust hõlmavad maksimumtasud (nn eurotariif). Ühine reguleeriv raamistik kujutab endast rida ühenduse meetmeid, mis kehtestasid hulga ühtlustatud menetlusi, mis käsitlevad reguleerivat raamistikku seoses elektrooniliste sideteenustega kogu liidus. Ühine reguleeriv raamistik, mis kehtis enne rändlusmääruse jõustumist, ei andnud ühenduse institutsioonidele volitust kehtestada kogu ühendust hõlmavaid rändluse maksimumtasusid.

3. Vodafone jt esitasid High Court of Justice of England and Wales'ile hagi, milles vaidlustavad rändlusmääruse õiguspärasuse. Siseriiklik kohus esitas EÜ asutamislepingu artikli 234 alusel Euroopa Kohtule järgmised küsimused:

„a) Kas määrus (EÜ) nr 717/2007 on osaliselt või terviklikult kehtetu, kuna EÜ artikkel 95 on selle määruse kehtestamiseks väär õiguslik alus?

2 – „Rändlus" tähendab mobiilside pakkuja võrgu kasutamist muus liikmesriigis kui see, kus asub kasutaja mobiiltelefoni võrk.

b) Kas määruse (EÜ) nr 717/2007 artikkel 4 (koosmõjus artikli 2 punkti a ja artikli 6 lõikega 3, osas, mis puudutab eurotariifi ja eurotariifiga seotud kohustusi) on kehtetu, kuna rändluse jaetasule kehtestatud piirhind rikub proportsionaalsuse ja/või subsidiaarsuse põhimõtet?"

4. Nagu nendest küsimustest näha, põhineb määruse vaidlustamine väitel, et rändlusmäärus on kehtetu, kuna selle aluseks olev EÜ artikkel 95 ei anna ühendusele piisavat õiguslikku alust, ning isegi kui see nii poleks, kujutaks määrusega jaehindadele kehtestatud kontroll endast proportsionaalsuse ja subsidiaarsuse põhimõtete rikkumist. Teen ettepaneku tegeleda kõigepealt õigusliku aluse küsimusega ja seejärel asuda käsitlema proportsionaalsuse ja subsidiaarsuse põhimõtetega seoses esile kerkivaid küsimusi.

5. EÜ artikli 95 asjakohased osad sätestavad:

„1. Erandina artiklist 94 ning kui käesolevas lepingus ei ole ette nähtud teisiti, kohaldatakse artiklis 14 seatud eesmärkide saavutamiseks järgmisi sätteid. Vastavalt artiklis 251 sätestatud menetlusele ning pärast konsulteerimist majandus- ja sotsiaalkomiteega võtab nõukogu liikmesriikides nii õigus- kui ka haldusnormide ühtlustamiseks meetmed, mille eesmärk on siseturu rajamine ja selle toimimine.

2. Lõiget 1 ei kohaldata maksusätete, isikute vaba liikumist käsitlevate sätete ega nende sätete suhtes, mis käsitlevad töötajate õigusi ja huvisid.

3. Lõikes 1 ettenähtud tervishoidu, ohutust, keskkonnakaitset ja tarbijakaitset käsitlevates ettepanekutes võtab komisjon aluseks kaitstuse kõrge taseme, eriti võttes arvesse kõiki uusi teaduslikel faktidel põhinevaid suundumusi. Oma vastavate volituste piires püüavad ka Euroopa Parlament ja nõukogu saavutada sama eesmärki."

6. Artikli 14 asjakohased osad sätestavad, et:

„1. Kooskõlas käesoleva artikli ning artiklite 15, 26, artikli 47 lõike 2, artiklite 49, 80, 93 ja 95 sätetega ning ilma et see piiraks käesoleva lepingu teiste sätete kohaldamist, võtab ühendus meetmeid, et rajada järk-järgult siseturg perioodi jooksul, mis lõpeb 31. detsembril 1992.

2. Siseturg hõlmab sisepiirideta ala, mille ulatuses tagatakse kaupade, isikute, teenuste ja kapitali vaba liikumine vastavalt käesoleva lepingu sätetele."

A. *Õiguslik alus*

7. Nagu Euroopa Kohus on korduvalt märkinud, võib artiklit 95 õigusliku alusena kasutada siis, kui riiklike õigusnormide vahel esineb või võib esineda erinevusi, „kui need võivad kahjustada põhivabadusi või põhjustada konkurentsimoonutusi”.[3] Selle alusel võetud meetmeid „saab kasutada õigusliku alusena ainult siis, kui õigusaktist tuleneb objektiivselt ja tegelikult, et see on vastu võetud eesmärgiga parandada siseturu rajamise ja toimimise tingimusi”.[4] Artikkel 95 ei anna õigusliku alusena üldist volitust siseturu reguleerimiseks.[5] Seega ei või artiklil 95 põhinevate õigusaktide eesmärk olla üksnes siseturu reguleerimine ühenduse seadusandja soovitud viisil. Nagu Euroopa Kohus on juba varem leidnud, läheks artikli 95 selline kasutamine vastuollu nimetatud artikli tekstiga ja rikuks olulist põhiseaduslikku põhimõtet, mille kohaselt ühenduse volitused piirduvad talle konkreetselt antud volitustega.[6] Lisaks läheks see vastuollu asutamislepingus sätestatud teiste õiguslike alustega, mis annavad konkreetselt ühendusele volituse reguleerida teatavaid turuaspekte.

8. Sellega ei taheta öelda, nagu ei võiks artikli 95 alusel võetud õigusaktidel olla iseseisvaid regulatiivseid eesmärke. Tõepoolest, kui artiklit 95 tõlgendada nii, et see annab ühendusele üksnes sellised volitused, mis on vajalikud turgude integreerimist segavate takistuste kõrvaldamiseks, seaks ühenduse tegevus muud turu regulatiivsed eesmärgid alati sõltuvusse nendest meetmetest, mis on vältimatult vajalikud vaba liikumise takistuste kõrvaldamiseks. Eelneva põhjal võib väita, et ühenduse seadusandja võib võtta üksnes neid meetmeid, mille eesmärk on saavutada vastastikune tunnustamine, kuivõrd sellised meetmed on alati piisavad, et ennetada vaba liikumise takistuste tekkimist või jätkumist. Mis tahes muu meede oleks liigne, kui ühenduse seadusandja, tegutsedes artikli 95 alusel eesmärgiga kõrvaldada vaba liikumise takistused, ei saaks kunagi minna kaugemale sellest, mis on piisav vaba liikumise takistuste kõrvaldamiseks. Selle tulemusel võiks artikkel 95 aidata turgude integreerimisele kaasa üksnes siseriiklike turgude piirangute kaotamise kaudu. Selline tõlgendus tähendaks, et artikkel 95 eelistab teatud poliitikat, kuid asutamisleping sellist seisukohta ei toeta. Kohtujurist Fennelly on selgitanud, et Euroopa Kohtu praktika „ei nõua, et asutamislepingu artiklit 7A, artikli 57 lõiget 2 ja artiklit 100a [nüüd EÜ artikkel 14, artikli 47 lõige 2 ja artikkel 95] tuleb tõlgendada kui

3 – 10. veebruari 2009. aasta otsus kohtuasjas C-301/06: Iirimaa *vs.* parlament ja nõukogu („Andmete säilitamise kohtuotsus”) (EKL 2009, lk I-593, punktid 63 ja 64).

4 – 2. mai 2006. aasta otsus kohtuasjas C-217/04: Ühendkuningriik *vs.* parlament ja nõukogu (EKL 2006, lk I-3771, punkt 42).

5 – 5. oktoobri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-376/98: Saksamaa *vs.* parlament ja nõukogu (EKL 2000, lk I-8419, punkt 83).

6 – *Ibidem*.

teatud liiki liberaalset alust, mis hõlmab madalaimale standardile või lausa olemasolevate siseriiklike standardite teatavale keskmisele ühtlustamist".[7] Selle asemel peab artikli 95 õigeks mõistmiseks tehtama vahet sellel, mis on ühenduse tasandil toimuva ühtlustamise aluseks (vaba liikumise piirangute või konkurentsimoonutuste oht), ning mis on sellise ühtlustamise kohaldamisala ja ulatus. Viimati nimetatu peab olema võimeline saavutama mitmesuguseid poliitilisi eesmärke, mida harilikult taotletakse siseriiklike meetmetega, mis tuleb asendada ühenduse õigusaktidega. Teisisõnu, artiklit 95 tuleb tõlgendada nii, et see võimaldab ühenduse seadusandjal taotleda ja tasakaalustada mitmesuguseid regulatiivseid eesmärke siis, kui vajadus konkreetset valdkonda ühtlustada teda selleks volitab.

9. Artikkel 95 võib tõepoolest lisaks piiranguid kaotavatele meetmetele anda aluse regulatsiooni intensiivistamiseks. See tuleb põhimõtteliselt otsustada poliitilise protsessi käigus. Ka artikli 95 lõige 3 sätestab konkreetselt, et õigusaktid, mille õiguslikuks aluseks ta on, peavad eesmärgiks seadma tervishoiu, ohutuse, keskkonnakaitse ja tarbijakaitse kõrge taseme. Sellised eesmärgid peavad samas olema osa üleüldisemast seadusandlikust raamistikust, mille eesmärk on siseturu rajamine ja selle toimimine liikmesriikide õigus- või haldusnormide ühtlustamise teel. Teisisõnu peab ühenduse meede aitama kaasa turgude integreerimisele, isegi kui see ei pea tingimata piirduma sellega, mis on vältimatult vajalik turgude edasiseks integreerimiseks. Ehkki turgude integreerimise edendamine on vajalik tingimus, et ühendus saaks artikli 95 kohaselt pädevuse, ei või tema pädevuse teostamine piirduda turgude integreerimise eesmärgiga. Kui see oleks nii, seaks see kahtluse alla teiste regulatiivsete eesmärkide saavutamise, mida riigid ise enam saavutada ei suudaks.

10. Põhiküsimus, mis puudutab määruse vaidlustamist õigusliku aluse tõttu, haakub selle teemaga. Vodafone väidab, et kuna ühine reguleeriv raamistik juba nägi ette mobiiltelefone käsitlevas valdkonnas liikmesriikide regulatsiooni täieliku ühtlustamise, ei saanud rändlusmääruse eesmärk olla liikmesriikide eeskirjade ühtlustamine selles valdkonnas. Järelikult kaasnes määrusega artikli 95 lubamatu kasutamine siseturu reguleerimiseks.

11. Samas, nagu Euroopa Kohus on korduvalt märkinud, asjaolu, et eelnevalt on artikli 95

7 – *Ibidem*. Kohtujurist Fennelly ettepanek, punkt 85.

alusel teatud valdkonnas toimunud täielik ühtlustamine, „ei tähenda, et ühenduse seadusandja ei võiks kõnealuseid eeskirju muuta või kohandada ning vajadusel lisada uusi eeskirju, saavutamaks paremini algsete ühtlustamismeetmete eesmärgid." [8] Need eesmärgid, nagu eespool märgitud, ei pea piirduma turgude integreerimisega, isegi kui viimati nimetatu on ühenduse pädevuse teostamise õigustamiseks vajalik. Väita vastupidist tähendaks, et ühendus ei oleks suuteline heastama artiklil 95 põhinevate ühtlustamismeetmete puudusi. Kui ühenduse seadusandja tegutseb artikli 95 alusel, toimib ta viisil, mis peegeldab konkreetseid poliitilisi valikuid. See hõlmab võimalust valida näiteks tarbijakaitse teatav tase ning tagasi lükata muud valikuvõimalused, mis näevad ette sellise kaitse kõrgema või madalama taseme. Nendel valikutel võivad olla ettenägematud negatiivsed tagajärjed või, nagu demokraatlike ühiskondade puhul tavaline, võib asjaolu, et poliitilised enamused on muutunud, jätta mulje, et varasem otsus tasakaalustas eri huvisid halvasti. Oleks absurdne ja ebademokraatlik, kui ühenduse seadusandjal puuduks võimalus üle vaadata artikli 95 alusel vastu võetud õigusaktide kontekstis tehtud poliitilisi otsuseid, et võtta arvesse avalikku arvamust ja teadmiste arengut või heastada ühtlustamismeetmete ettenägematuid negatiivseid tagajärgi. Isegi kui sellise ühtlustamismeede nagu ühine reguleeriv raamistik on osutunud konkurentsimoonutuste ja vaba liikumise takistuste ennetamisel tõhusaks ning seda võib käsitleda kui siseturu rajamise ja toimimise tagatist, peab ühenduse seadusandjale jääma vabadus kohandada sellist meedet teadmiste arengust või poliitilistest eelistustest tulenevalt. [9] Järelikult on vastuväide rändlusmääruse jõustumisele sel alusel, et ühine reguleeriv raamistik on nimetatud valdkonda juba ühtlustanud, alusetu.

12. Rändlusmääruse õiguspärasuse vaidlustajad on lisaks väitnud, et kuna selles võetud lähenemisviis on märgatavalt erinev ühises reguleerivas raamistikus [10] sätestatust, ei saa määrust käsitleda viimase muudatusena. Asjaolu, et muudatus võib olla kokkusobimatu ühises reguleerivas raamistikus võetud seisukohaga, ei muuda asjaolu, et tegemist on muudatusega. Muudatused võivad täiendada ühtlustamismeedet. [11] Samuti võivad nad seda muuta. Vajadus muudatuse järele võib tekkida just seetõttu, et ilmneb konkreetsete

8 – 8. novembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-374/05: Gintec (EKL 2007, lk I-9517, punkt 29).

9 – 10. detsembri 2002. aasta otsus kohtuasjas C-491/01: British American Tobacco (Investments) ja Imperial Tobacco (EKL 2002, lk I-11453, punkt 80), milles Euroopa Kohus leidis, et teaduse areng ei ole ainus põhjus, miks ühenduse seadusandja võib otsustada kohandada ühenduse õigusakte, kuna tema ülesanne on talle selles valdkonnas antud kaalutlusõigust kasutades lähtuda ka muudest kaalutlustest, näiteks suitsetamisvastase võitluse järjest suurem poliitiline ja sotsiaalne tähtsus.

10 – Ühine reguleeriv raamistik näeb ette riigi reguleerivate asutuste sekkumise üldjuhul siis, kui on tuvastatud, et konkreetsel turuosalisel on „oluline turujõud". Rändlusmäärusega kehtestatakse kogu ühendust hõlmavad tasud ka siis, kui oluline turujõud ei ole tuvastatud.

11 – Eespool 4. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Ühendkuningriik *vs.* parlament ja nõukogu.

ühtlustamismeetmete ebarahuldav toimimine, mistõttu võib olla vaja neid muuta algse lähenemisviisiga kokkusobimatul viisil.[12] Euroopa Kohus on selgitanud, et ühtlustatud meetmeid võib kohandada muutunud poliitiliste seisukohtade alusel, sedastades tubakatooteid käsitleva ühenduse ühtlustatud regulatsiooni muudatuste kohta, et „[...] ühenduse seadusandja [saab] täita asutamislepingus tunnustatud üldiste huvide […] tagamise ülesannet sellisel juhul korrektselt ainult siis, kui tal on lubatud asjassepuutuvaid ühenduse õigusakte kohandada vastavalt olukorra muutumisele või teaduse arengule".[13] Olukorra muutumine võib tingida vajaduse muudatuste järele, mis erinevad algse ühtlustamismeetmega võetud seisukohast. Asjaolu, et rändlusmääruses on võetud seisukoht, mis on kokkusobimatu ühises reguleerivas raamistikus sätestatud seisukohaga, ei tähenda, et seda ei võiks käsitleda viimase muudatusena. Ühendusele artikliga 95 antud pädevuse vaieldamatud piirangud ei saa toimida nii, et need nõuavad liidult teatud ühtlustamisviisi järgimist isegi siis, kui sellist ühtlustamist ei peeta enam kohaseks.

13. Teisest küljest, samal ajal kui ühenduse seadusandjal on vabadus õigusakte muutes üle vaadata artikli 95 alusel võetud ühtlustamismeetmetega tehtud poliitilisi valikuid, ei või ta üksnes selliste meetmete muudatusteks nimetamise teel anda iseendale pädevust õigusaktide vastuvõtmiseks valdkondades, mis jäävad artikli 95 kohaldamisalast väljapoole. Õigusakte, mis on seotud valdkonnaga, mis jääb väljapoole algse ühtlustamismeetme valdkonda, näiteks ühise reguleeriva raamistiku muudatusi, mille eesmärk oleks kehtestada püügikvoodid, ei saa pidada kehtivateks muudatusteks.[14] Minu arvates kehtiks see ka ühenduse õiguse meetme puhul, mis, kui võtta absurdne näide, keelaks täielikult rändlusteenuse osutamise.[15] Samuti ei saa ühendus üksnes sel teel, et käsitleb teatud meedet muudatusena, õiguspäraselt võtta vastu õigusakte, mis ühtlustavad valdkondi, mis kuuluvad liikmesriikide pädevusse, välja arvatud juhul, kui on täidetud tingimus, et sellistes õigusaktides on näidatud nende eesmärk kõrvaldada erinevused või võimalikud erinevused siseriiklike normide vahel, mis „võivad kahjustada põhivabadusi või põhjustada konkurentsimoonutusi".[16] Teisisõnu, muudatust ennast ei ole vaja õigustada vajadusega vältida kaubandustõkkeid või konkurentsimoonutusi, vaid muudetud meede peab endiselt vastama artikli 95 eesmärkidele. See, kuidas kindlaks teha, mismoodi neid

12 – Eespool 9. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus British American Tobacco (Investments) ja Imperial Tobacco, punkt 80.

13 – *Ibidem*, punkt 77.

14 – Kõnealuses kohtuasjas see ei kehti. Õigus kehtestada rändlusteenustele maksimumtasusid kuulub selgelt valdkonda, mida reguleerivad algsed ühtlustamismeetmed, mis olid suunatud elektroonilise side teenustele liikmesriikides.

15 – Euroopa Kohus nõustus 14. detsembri 2004. aasta otsuses kohtuasjas C-210/03: Swedish Match (EKL 2004, lk I-11893), et ühendus võib artikli 95 alusel võtta meetme, mis täielikult keelab kauplemise teatud toodetega, kui esineb oht, et siseriiklikud õigusaktid võivad tekitada takistusi sellise tootega kauplemisele. Euroopa Kohus paistab nõustuvat, et selliste toodetega kauplemisele tekkivate takistuste oht võib õigustada sellise kauba täielikku ühenduse müügikeeldu. Isegi kui küsida, millises ulatuses on sel keelul mingigi seos artikli 95 eesmärkidega (piiratud vaba liikumine võib olla parem kui igasuguse vaba liikumise puudumine artikli 95 mõttes), ei eelda käesolev kohtuasi Euroopa Kohtult uut arutelu nimetatud teema üle. Järjest selgemaks saab siiski, et ma kaitsen seisukohta, et mis tahes meetme (seal hulgas muudetud meetme) võtmine artikli 95 alusel ei eelda kõigepealt selliste siseriiklike õigusaktide omavahelise erinevuse tuvastamist, mis võivad tekitada takistusi kaubavahetusele. See peab kaasa aitama artiklis 95 sätestatud eesmärkide saavutamisele. Küll aga ei pea see piirduma nimetatud eesmärkidega.

16 – Eespool 3. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas Iirimaa *vs.* parlament ja nõukogu, punktid 63 ja 64.

põhimõtteid igal üksikul juhul kohaldada, ei ole aga kerge ülesanne.

14. Minu arvates eeldab selline kindlakstegemine, et Euroopa Kohus hindab muudatust õigusaktide üldises kontekstis, et kindlaks määrata, kas selliseid õigusakte (muudetud kujul) saab endiselt käsitleda turgude integreerimist edendavatena ja seega artikli 95 kohaldamiseks vajalikke tingimusi täitvatena. Muudatus võib olla õigustatud ka sellega, et see on vajalik konkreetse probleemiga tegelemiseks, mida esialgne ühtlustamismeede liikmesriigil tõhusalt teha ei võimalda.

15. Käesolevas kohtuasjas saaks artiklit 95 kõnesolevate muudetud õigusaktide alusena käsitleda seeläbi, et tõendada, et esines riiklike hinnakontrolli meetmete lahknevuse oht. Seda ohtu ei saa samas hinnata ühise reguleeriva raamistiku vastuvõtmisel tekkinud olukorra ega sellega riiklikele hinnakontrolli meetmetele ette nähtavate võimalike piirangute valguses. Kui see oleks nii, oleks ühenduse seadusandjal võimatu muuta ükskõik millist meedet, mis oli oma algsel kujul tõhus kaubandustõkete kõrvaldamiseks, isegi kui selle mõju teistele poliitilistele eesmärkidele võiks praegu õigustada teist liiki regulatsiooni. See oleks eespool käsitletud põhjustel vastuvõetamatu: artikli 95 kohaste meetmete vastuvõtmine peab säilitama poliitilise vabaduse valida turu reguleerimiseks mitmesuguste poliitiliste võimaluste vahel. Artikli 95 alusel antav hinnang ei peaks küsima, kas muudetud õigusaktide seisukohalt on see muudatus kaubandustõkete vältimiseks vajalik, vaid kas muudetud õigusaktide eesmärk on endiselt kaubandustõkkeid vältida. Selleks tuleb kaaluda, milline oleks olukord, kui asjassepuutuvas valdkonnas puuduks igasugune ühenduse regulatsioon. On selge, et võimalikke kaubandustõkkeid, mis tekivad riiklikest hinnakontrolli meetmetest,[17] saab vältida kas siseriiklikele hinnaregulatsioonidele piirangute kehtestamise või ühenduse tasandil hindade reguleerimise teel. Asjaolu, et ühenduse seadusandja võis algselt olla valinud kaubandustõkete vältimiseks nendest lähenemisviisidest esimese, ei peaks takistama hiljem teistsuguse lähenemisviisi järgimist, kui muud poliitilised eesmärgid seda nõuavad. See ei tähenda, et artikli 95 eesmärkide kaitsmiseks tehtav kahe eri võimaluse vaheline valik on ühenduse seadusandja jaoks täiesti vaba. See ei pruugi nii olla, arvestades muid ühenduse põhimõtteid nagu subsidiaarsuse ja proportsionaalsuse põhimõtted. Siin on aga tegu hoopis teise küsimusega kui see, kuidas kindlaks teha, kas üks nendest lähenemisviisidest on artikli 95 alusel (algselt või muudatusena) vastuvõetav. Viimati nimetatu eeldab üksnes siseriiklike õigusaktide lahknemist,

17 – Vt nt 5. detsembri 2006. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-94/04 ja C-202/04: Cipolla jt (EKL 2006, lk I-11421).

mis võib kaasa tuua kaubandustõkkeid või konkurentsimoonutusi, ning ühenduse meetme eesmärk peaks olema nende vältimine. See ei sätesta konkreetset regulatiivset valikut selles osas, kuidas neid tuleks vältida.

16. Siinkohal tuleb ikkagi kindlaks teha, kas ühenduse õigusaktide puudumist arvesse võttes esines käesolevas asjas tõesti erinevate siseriiklike hinnakontrolli meetmete oht ja kas need meetmed võisid kaasa tuua kaubandustõkkeid ning õigustada ühenduse hinnakontrolli meetmete võtmist. Teisisõnu, kas ühise reguleeriva raamistiku puudumisel oli oht, et tulenevalt erinevatest siseriiklikest hinnakontrolli meetmetest võib tekkida takistusi ka rändlusteenusele?

17. Seda, et riiklikud hinnakontrolli meetmed võivad kaasa tuua kaubanduspiiranguid, on Euroopa Kohus oma praktikas piisavalt tuvastanud. Kuigi sellised meetmed „ei kujuta endast iseenesest koguseliste ekspordipiirangutega samaväärse toimega meetmeid", võidakse „niisugune mõju tekitada, kui hinnad viiakse niisugusele tasemele, et importtooted on ebasoodsamas olukorras võrreldes samasuguste kodumaiste toodetega".[18] Maksimumtasusid sisaldavas hinnasüsteemis toimub see juhul, „kui hind on sellisel tasemel, et importtoodete läbimüük muutub kas võimatuks või raskemaks kui kodumaiste toodete läbimüük".[19] See juhtub siis, kui on kehtestatud sedavõrd madalad maksimumtasud, et välismaised tarnijad ei saa mõistlikku kasumit,[20] kui nad on maksimumtasude kehtestamisel ootamatult silmitsi kõrgemate kuludega, mida maksimumtasude kehtestamisel ei olnud arvesse võetud, või kui piirhind takistab välismaiste tarnijate pakutavate kõrgema kvaliteediga teenuste eest piisava tasu maksmist.[21]

18. Samas, mitte kõik riiklikud hinnakontrolli meetmed ei pruugi kaasa tuua kaubandustõkkeid ja selliste takistuste tekkimine peab

18 – 13. novembri 1986. aasta otsus liidetud kohtuasjades 80/85 ja 159/85: Nederlandse Bakkerij Stichting *vs.* Edah (EKL 1986, lk 3359, punkt 11). Vt ka 26. veebruari 1976. aasta otsus kohtuasjas 65/75: Tasca (EKL 1976, lk 291); 24. jaanuari 1978. aasta otsus kohtuasjas 82/77: Van Tiggele (EKL 1978, lk 25) ja 7. mai 1991. aasta otsus kohtuasjas C-287/89: komisjon *vs.* Belgia (EKL 1991, lk I-2233, punkt 17).

19 – 19. märtsi 1991. aasta otsus kohtuasjas C-249/88: komisjon *vs.* Belgia (EKL 1991, lk I-1275, punkt 15).

20 – *Ibidem*, punkt 17.

21 – Vt minu ettepaneku punktid 69–75 eespool 17. joonealuses märkuses viidatud liidetud kohtuasjades Cipolla jt.

olema tõenäoline. [22] Minu arvates ei ole ühenduse seadusandja ei algse meetme ega muudatuse vastuvõtmise ajal tõendanud, et sellise oht oli olemas. Paradoksaalsel moel võiks sellise ohu olemasolu kõige veenvama argumendi tuletada hagejate väitest, et ühine reguleeriv raamistik, nagu selle algselt sätestas ühenduse seadusandja, nõudes enne eelnevat reguleerimist „olulise turujõu" tuvastamist, piiras liikmesriikide võimalust kehtestada hinnakontroll mobiilside valdkonnas. Sellest võiks järeldada, et ühine reguleeriv raamistik reageeris ohule, et liikmesriikide ametiasutuste poolt erinevate maksimum- või miinimumtasude kehtestamine mobiilside valdkonnas võib kaasa tuua takistusi ja konkurentsimoonutusi ühisturul. Kui see oli nii, oli seadusandjal valik seda ohtu ühise reguleeriva raamistiku väljatöötamise abil tõrjuda kas siis piirates liikmesriikide võimalusi määrata tasusid asjaomases valdkonnas või määrates tasud kogu liidu tasandil (sellise valiku kokkusobivuse hindamine proportsionaalsuse ja subsidiaarsuse põhimõtetega on juba teine teema). Mõlemad valikud aitaksid tõhusalt kaasa siseturu toimimisele. Seadusandja, nõudes enne eelnevat reguleerimist olulise turujõu tuvastamist, valis esimese. Asjaolu, et see valik oli kaubandustõkete ja konkurentsimoonutuste tekkimise vältimiseks tõhus, ei peaks segama erinevate regulatiivsete lähenemisviiside võimaldamist senikaua, kuni ka teistsuguse lähenemisviisiga saab kaubandustõkkeid ja konkurentsimoonutusi endiselt vältida. Samas näitab tegelikkus, et ühise reguleeriva raamistikuga ette nähtud piirangud liikmesriikide sekkumisele olid üldsõnalised ning ei olnud konkreetselt mõeldud riiklike hinnakontrolli erinevuste vältimiseks ega põhinenud konkreetselt tuvastatud faktil, et tõenäolised kaubandustõkked võivad tekkida tulevasest riiklikust hinnakontrollist. Seetõttu ma ei leia, et tulevaste kaubandustõkkeid kaasa toovate siseriiklike hinnakontrollide võimalike erinevuste oht on tõendatud sellisel määral, mis õigustab artikli 95 alusel ühenduse hinnakontrolli meetmete võtmist.

19. Samas ma leian, et ühenduse seadusandja võiks reguleerida rändlustasusid artikli 95

22 – 12. detsembri 2006. aasta otsus kohtuasjas C-380/03: Saksamaa *vs.* parlament ja nõukogu (EKL 2006, lk I-11573, punkt 37); eespool 9. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus British American Tobacco (Investments) ja Imperial Tobacco (punkt 61); eespool 15. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Swedish Match (punkt 30); 12. juuli 2005. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-154/04 ja C-155/04: Alliance for Natural Health jt (EKL 2005, lk I-6451, punkt 29) ning eespool 3. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas Iirimaa *vs.* parlament ja nõukogu (punkt 64).

alusel teistsugusel põhjusel: nimelt selliste vaba liikumise piirangute kaotamiseks, mis tulenevad eraisikute käitumisest ega soosi piiriülest majandustegevust. Liikmesriigi piires tehtavate kõnede ja rändlusteenust kasutavate kõnede hinnaerinevusi võib õigustatult käsitleda selliste piiriüleste teenuste nagu rändlusteenuse kasutamise tõrjumisena.[23] Seadusandja valitud meetod kõrgete rändlustasude probleemiga tegelemiseks oli kogu liitu hõlmav hinna ülempiir. See meetod peaks olema artikli 95 eesmärke arvestades õigustatud. Nimetatud eesmärgid, nagu nähtub selgelt artikli sõnastusest, on „*siseturu rajamine ja toimimine*",[24] kuivõrd „*siseturg hõlmab sisepiirideta ala, mille ulatuses tagatakse kaupade, isikute, teenuste ja kapitali vaba liikumine vastavalt asutamislepingu sätetele*".[25] Piiriülese majandustegevuse mittesoodustamine võib takistada niisuguse siseturu rajamist, kus on tagatud kaupade, teenuste ja kapitali vaba liikumine, kuna seeläbi luuakse klientidele takistusi piiriülese majandustegevuse, näiteks rändlusteenuste kasutamisel. Ilmselt ei ole teist nii selget näidet piiriülesest majandustegevusest mobiilside valdkonnas kui rändlusteenus ise. Hinna ülempiiri kehtestamist rändlusteenustele võib vaadelda kui siseturu rajamisele kaasa aitamist piiriülese majandustegevuse takistuste kõrvaldamise abil.

20. Kuigi sellise hinna ülempiiri kehtestamine tähendas kogu ühendust hõlmava regulatsiooni kehtestamist eraisikutele, mitte riigiasutustele, ei anna sellise meetmega nõustumine ühendusele n-ö rohelist tuld kõikide majandusharude reguleerimiseks artikli 95 alusel. Rändlusmäärus kujutas endast ühenduse seadusandja sekkumist, mille eesmärk oli takistada mitte üksnes eraisikute sellist tegevust, mis toob kaasa ebasoovitavaid tagajärgi, vaid ka tegevust, mis oli otseselt piiriülese majandustegevuse (rändlus) suhtes ebasoosiv võrreldes riigisisese majandustegevusega (mobiilsideteenuste kasutamine kodumaal). Tegevust, sealhulgas eraisikute tegevust, mis on otseselt ebasoosiv piiriülese majandustegevuse suhtes, võib kergesti iseloomustada kui siseturu rajamise takistust. Loomulikult ei saa eraisikute tegevus enamasti kaasa tuua vaba liikumise piirangut ning ei saa iseenesest sellisena õigustada artikli 95 alusel õigusaktide vastuvõtmist. Üksnes juhul, kui eraisikute tegevus hõlmab otseselt piiriülest majandustegevust ja võib tõepoolest piirata piiriülest majandustegevust ja vaba liikumist, võib ühenduse meede, mis sellist tegevust reguleerib, põhineda artiklil 95.

23 – Nagu ma mitmes ettepanekus olen märkinud, viimati 22. aprilli 2009. aasta kohtuasjas C-115/08: Land Oberösterreich *vs.* ČEZ (punkt 12), kujutab piiriüleste olukordade ebasoodsam kohtlemine võrreldes puhtalt riigisiseste olukordadega endast takistust vaba liikumise õigusele, millest siseturg sõltub.

24 – EÜ artikkel 95.

25 – EÜ artikkel 14.

21. Sellega seoses ma lihtsalt palun, et Euroopa Kohus kasutaks vaba liikumise eeskirjade horisontaalset kohaldamist käsitleva kohtupraktika loogilisi tagajärgi artiklit 95 analüüsides. Viimasega seoses on Euroopa Kohus tunnistanud, et teatud asjaoludel võivad eraisikute teod kujutada endast vaba liikumise piiranguid. Näiteks kohtuasjas International Transport Workers' Federation *vs.* Viking Line ABP [26] ja kohtuasjas Laval un Partneri *vs.* Svenska Byggnadsarbetareförbundet, [27] mis käsitlesid ametiühingute tegevust, mis takistas laevaomanikul registreerida oma laev teise riigi lipu alla ning ehitusettevõtjal osutada teenust teises riigis. Ametiühingute tegevus sekkus otseselt asutamisvabaduse ja teenuste osutamise vabaduse teostamisse ning Euroopa Kohus leidis, et vaba liikumist käsitlevad sätted olid ametiühingutele otseselt kohaldatavad, olgugi et tegemist oli eraõiguslike isikutega. Sellisele järeldusele jõudmiseks viitas Euroopa Kohus varasematele kohtuasjadele, milles ta oli tunnustanud otsest mõju, mida eraõiguslike isikute protest võib avaldada kaupade vabale liikumisele, kui nad takistasid nende kaupade vedu. [28] Artikkel 95 annab ühenduse seadusandjale aluse sekkumiseks olukordades, kus üksnes selle tagamisest, et riigiasutused ei võta põhivabadusi kahjustavaid meetmeid, ei piisa siseturu toimimise kindlustamiseks. [29] Seega on täiesti loomulik, et neid vaba liikumise piiranguid saab reguleerida artikli 95 alusel.

22. Näiteks on Euroopa Kohus teinud kuulsa otsuse, milles ta leidis, et jalgpalliliitude teatud eeskirjad, mis reguleerivad muu hulgas jalgpallurite teise riiki üleviimisi, piirasid töötajate vaba liikumist. Minu arvates on selge, et see otsus õigustab mitte üksnes selliste eeskirjade keelamist ühenduse tasandil, vaid ka ühenduse eeskirjade vastuvõtmist artikli 95 alusel. [30] Kui ühendus võib keelata eraisikute teatud tegevuse, peaks tal olema pädevus seda

26 – 11. detsembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-438/05 (EKL 2007, lk I-10779)

27 – 18. detsembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-341/05 (EKL 2007, lk I-11767).

28 – Vt ka 9. detsembri 1997. aasta otsus kohtuasjas C-265/95: komisjon *vs.* Prantsusmaa (EKL 1997, lk I-6959); ja 12. juuni 2003. aasta otsus kohtuasjas C-112/00: Schmidberger (EKL 2003, lk I-5659).

29 – Vt selle kohta von Bogdandy, A. ja Bast, J., „The Vertical Order of Competences" teoses *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2006. Vt ka Somek, A., *Individualism*, Oxford University Press, 2008, lk 128, mis väidab, ehkki mitte ilma kriitikata, et Euroopa Kohtu hiljutine otsus, mis puudutas artiklit 95, „tunnistab, et liidu põhivabadused ja seadusandlik pädevus täidavad ühte ja sedasama eesmärki". Vt ka Weiler, J., „The Constitution of the Common Market Place: The Free Movement of Goods" teoses Craig, P. ja de Búrca, G. (toim.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999. Mina sedavõrd ranget parallelismi ei toeta. Minu väide on, et vähemalt mõnel juhul võib põhjusi, miks kohaldada vaba liikumise eeskirju eraisikutele, laiendada ka artiklile 95.

30 – See, mis viisil ja ulatuses sellist pädevust peaks kasutama, on juba teine teema, mitte see, millele Euroopa Kohtult oodatakse vastust käesolevas asjas.

tegevust lihtsalt reguleerida. See ei too kaasa ühendusele pädevuse andmist nende eraisikute mis tahes tegevuse reguleerimiseks. Selline pädevus on tal vaid siis, kui see tegevus, mida eespool mainiti, koos vaba liikumist käsitlevate sätete horisontaalse kohaldamisalaga, hõlmab otseselt piiriülest majandustegevust ja võib tõepoolest piirata piiriülest majandustegevust ja vaba liikumist. Seevastu näiteks niisugused meetmed nagu katsed reguleerida kohvrite või restoranieinete hindu ei hõlma piiriülese majandustegevuse otsese ebasoosimise muutmist ega võimalda seega näidata, kui suur peaks olema mõju vabale liikumisele ja siseturu rajamisele, et tuvastada ühendusele artikliga 95 antud seadusandlik pädevus.

23. Samamoodi nagu eraõiguslikele isikutele vaba liikumise eeskirjade kohaldamise tingimused on rangemad kui riigiasutustele kohaldatavad tingimused, nii peaksid artikli 95 alusel vastu võetud ühenduse õigusaktid, mis reguleerivad siseturu rajamist mõjutavat eraisikute tegevust, vastama teatud tingimustele. Nagu käesolevas asjas, peavad need isikud olema otseselt ebasoosivad piiriülese majandustegevuse suhtes. Niipea, kui eraisikute tegevus hakkab tegelikult piirama piiriülest majandustegevust, tuleb nende suhtes kohaldada ühenduse regulatsiooni.

24. Võib-olla aitab minu seisukohta veelgi paremini selgitada see, kui seda iseloomustada nii, et see hõlmab ka riigi tegevust (või tegevusetust). Võiks öelda, et riikide „nõustumine" sellega, et operaatorid kehtestavad rändlusele ja kodumaistele kõnedele erinevad, st diskrimineerivad hinnad,[31] piirab piiriülest mobiilsidet. Sellisel juhul oleks võimalik ühenduse sekkumist artikli 95 alusel õigustada asjaoluga, et siseriiklikud eeskirjad ei peatanud piiriülese mobiilside diskrimineerivat kohtlemist.

25. Mul on õigusliku aluse küsimusega seoses veel üks tähelepanek. Nagu eespool mainitud, võib muudatust õigustada sellega, et see on vajalik konkreetse probleemiga tegelemiseks, mida esialgne ühtlustamismeede liikmesriigil tõhusalt teha ei võimalda. Nagu nähtub nii Vodafone'i märkustest kui ka rändlusmääruse põhjendustest 4 ja 9, sätestas ühine reguleeriv raamistik riiklike reguleerivate asutuste eelneva sekkumise vaid juhtudel, kui tuvastati olulise turujõu kasutamine teatavate turuosaliste poolt. Järelikult, kui see jäi tuvastamata, polnud riiklike reguleerivate asutuste sekkumine olemasoleva süsteemi

31 – Mõistet „diskrimineerivad hinnad" tuleb kasutada selles kontekstis ettevaatlikult mitmel põhjusel, millest väheoluline ei ole ka asjaolu, et rändluse ja kodumaiste kõnede erinevatel hindadel võib tõepoolest olla õiguspäraseid põhjendusi. Selge paistab olevat see, et olemasolevatel hinnaerinevustel puudub selge õigustus ning see annab aluse ühenduse sekkumiseks.

alusel võimalik. Arvestades, et komisjon [32] ja Euroopa reguleerivate organite töörühm [33] on leidnud, et kulud rändlusteenuste eest on ülemäära suured isegi turgudel, kus ei tuvastatud olulist turujõudu, takistas ühine reguleeriv raamistik ise riiklikel või Euroopa Liidu reguleerijatel kehtestada sellist regulatiivset raamistikku, mis tooks kaasa rändlusteenuse tasude langetamise. Olles tuvastanud turutõrked ja sotsiaalsed kulud, mis esinevad ühtlustatud regulatiivse mehhanismi kontekstis ning mis tekivad sellise regulatiivse mehhanismi tõttu, peab ühenduse seadusandjal olema nii eespool nimetatud põhjustel kui põhjuste tõttu, mis on Euroopa Kohtu poolt ära märgitud kohtuotsustes Gintec ning British American Tobacco ja Imperial Tobacco, [34] volitus sellise olukorraga tegeleda ning anda kas riiklikul või ühenduse tasandil volitusi muuta regulatiivset raamistikku, mis tema arvates ei toimi tulemuslikult.

B. *Subsidiaarsus*

26. Ühendusel on seega volitus tegeleda rändlusteenuste kõrgete hindade küsimusega, muutes ühist reguleerivat raamistikku. Nagu eespool märgitud, tuleb sellest hoolimata teha vahet esiteks volitusel reguleerida ning teiseks nii reguleerimise intensiivsuse kui reguleerimise taseme küsimustel. Asjaolu, et artikli 95 alusel võeti õigusaktid vastu varasema ühtlustamismeetme osa muudatusena, ei vabasta neid selle artikliga ja ühenduse õiguse üldpõhimõtetega seotud ühenduse pädevusele seatavatest piirangutest. Muu hulgas on artikli 95 õigusliku alusena kasutamise piirangute seas tingimus, et ühendus peab selle õigusnormiga talle antavat volitust teostama viisil, mis on proportsionaalne taotletavate eesmärkide suhtes ja mis peab olema õigustatud subsidiaarsuse põhimõttest lähtudes.

27. Ühenduse seadusandja otsus kehtestada kogu ühendust hõlmavad maksimumtasud nii hulgi- kui jaemüügitasandil tõstatab seoses subsidiaarsuse põhimõttega tõsiseid probleeme. Hulgihindade puhul on selgelt näha, miks on vaja sekkumist ühenduse tasandil. Hulgihindu määravad teenuseosutajad, kes asuvad väljaspool tarbija liikmesriiki. Järelikult on tarbija enda riigi reguleerija võimetu midagi ette võtma nende teenuseosutajate suhtes,

32 – Vt KOM(2006) 382 (lõplik), 12.7.2006.

33 – Euroopa reguleerivate organite töörühma 22. märtsi 2006 vastus Euroopa Komisjoni üleskutsele esitada märkusi seoses kavandatava EÜ määrusega rahvusvahelise rändlusturu kohta.

34 – Viidatud eespool vastavalt 8. ja 9. joonealuses märkuses.

kes asuvad riigis, mida klient külastab, ja kes võtavad ülemäära kõrgeid tasusid tarbija koduriigi võrgult. Pealegi ei ajenda miski riiklikke reguleerijaid kontrollima hulgihindu, mida võetakse välismaistelt teenuseosutajatelt ja nende klientidelt.

28. Jaehindade reguleerimine on mõnevõrra problemaatilisem. Niipea, kui on määratud maksimaalsed hulgihinnad ja kaotatud nõue, et enne regulatiivset sekkumist peab olema tuvastatud oluline turujõud, võiks ühendus anda riiklikele reguleerijatele õiguse kehtestada rändlusteenuse maksimaalsed jaehinnad, kui neil on kahtlus, et nende oma riigi teenuseosutajate kehtestatud jaehinnad on ülemäära kõrged. Selle asemel otsustas rändlusmäärus kehtestada kogu ühendust hõlmava maksimummäära. Selline otsus reguleerida seda küsimust mitte riiklikul, vaid ühenduse tasandil eeldab põhjendamist, arvestades ühenduse õiguskorra seotust subsidiaarsuse põhimõttega. Subsidiaarsuse põhimõte, nagu see on sätestatud EÜ artiklis 5, näeb ette, et ühendusel on õigus tegutseda üksnes siis, kui liikmesriikidel ei ole võimalik kavandatava meetme eesmärke täielikult saavutada ning seetõttu võib neid – kavandatava meetme ulatuse või toime tõttu – paremini saavutada ühenduse tasandil. Teisisõnu, peab olema tuvastatud, et ühenduse seadusandjal on riikliku reguleerijaga võrreldes parem positsioon reguleerida rändlustasude jaehindu. Kui hulgihindade puhul on selge, et probleem oli kooskõlastatud tegevuses, mis vajas sekkumist ühenduse tasandil, siis jaehindade puhul ei ole see nii ilmne (niipea kui hulgihinnad on ühenduse tasandil määratud, võivad liikmesriigid põhimõtteliselt vabalt ja tulemuslikult määrata oma jaehinnad). Kuid kas võib olla veel mõni probleem, mis pärsib liikmesriikide võimet tegeleda kõrgete rändlustasude probleemiga jaetasandil?

29. Peamine rändlusmääruse poolt pakutav õigustus on see, et tema eesmärke tagada piisav tarbijakaitse ja kindlustada, et klientidelt ei võeta ülemäära kõrgeid tasusid, „ei ole liikmesriikidel võimalik piisavalt saavutada turvalisel, harmoneeritud ja õigeaegsel viisil ja seetõttu võib neid pigem saavutada ühenduse tasandil”. [35]

30. Nõukogu väidab, et subsidiaarsuse põhimõte on sisuliselt subjektiivne ja poliitiline põhimõte. [36] Seda mõttekäiku järgides

35 – Rändlusmääruse põhjendus 38.

36 – Vt selle kohta eespool 29. joonealuses märkuses viidatud von Bogdandy, A. ja Bast, J.

rõhutab nõukogu ühenduse seadusandja kavatsust ja eesmärki, milleks vastavalt rändlusmääruse põhjendusele on rakendada „ühist lähenemist [...] selle tagamiseks, et maapealsete üldkasutatavate mobiiltelefonivõrkude kasutajad ei maksaks ühenduses reisides kogu ühendust hõlmavate rändlusteenuste eest helistamisel või häälkõne vastuvõtmisel ülemäära kõrget hinda, saavutades seeläbi tarbijakaitse kõrge taseme ning kaitstes samal ajal mobiiltelefonioperaatorite vahelist konkurentsi ja säilitades nii stiimulid uuendusteks kui tarbijavaliku". [37] Minu arvates ei ole subsidiaarsuse põhimõtte järgimise hindamisel määrav ei määrusega taotletav eesmärk ega seadusandja tahe. Esiteks ei puuduta subsidiaarsuse põhimõtte alusel antav hinnang mitte taotletavat eesmärki, vaid seda, kas selle eesmärgi saavutamine nõuab ühenduse sekkumist. Teatavaid ühenduse eesmärke (mis iseenesest õigustavad ühendusele pädevuse andmist) oleks kergem saavutada liikmesriikidel (millest tulenevalt ühenduse pädevuse kasutamine ei ole õigustatud). Teiseks, ühenduse seadusandja tahe ei ole piisav, et tõendada subsidiaarsuse põhimõtte järgimist. Viimase eeldus on see, et vajadus ühenduse sekkumiseks oleks mõistlikult põhjendatud. [38] Selle kinnituseks on vaja enamat kui lihtsalt esile tõsta ühenduse sekkumisega kaasnevat võimalikku kasu. Kindlaks tuleb määrata ka võimalikud probleemid või kulud, mis tekivad siis, kui jätta probleem liikmesriikide lahendada. Neid nõudeid esitades ei asenda Euroopa Kohus ühenduse seadusandja hinnangut enda omaga, vaid üksnes kohustab viimast võtma subsidiaarsust tõsiselt.

31. Nagu öeldud, kui tegemist oleks selge kooskõlastatud tegevusega, mis õigustab ühenduse sekkumist hulgihindade tasandil, ei tundu olevat ühtki kohest argumenti, mis toetaks jaehindade ühtlustamist. Vastupidi, nagu väidavad hagejad, paistavad riiklikud reguleerivad asutused olevat paremal positsioonil, et otsustada hinnakontrolli vajaduse (ja taseme) üle eri riikide turgudel. Komisjon väidab siiski oma kirjalikes märkustes, et kui see küsimus oleks jäetud liikmesriikide lahendada, oleks see kaasa toonud konkurentsimoonutusi, sest

37 – Rändlusmääruse põhjendus 16.

38 – Parlament ja nõukogu rõhutavad oma märkustes, et otsust viia regulatsioon ühenduse tasandile toetasid liikmesriigid Euroopa reguleerivate organite töörühma kaudu. Võib väita, et mida enam vaidlustatakse vajadust ühenduse sekkumise järele, seda raskem koorem pannakse ühenduse seadusandjale, et seda sekkumist õigustada. Teisest küljest, isegi kõikide liikmesriikide üksmeelset toetust nõukogus ei peaks käsitlema määravana, kui hinnatakse ühenduse pädevuse olemasolu ja teostamist. Tuleb meenutada, et liikmesriigid on nõukogus esindatud oma riikide valitsuste kaudu. Seetõttu mõjutab teatud pädevuse teostamine ühenduse tasandil liikmesriikide pädevuse kodumaist tasakaalu ja nende poliitilise vastutuse mehhanisme. Pädevusnormide tõlgendamisel ja kohaldamisel tuleb nendele huvidele samamoodi tähelepanu pöörata.

eri mobiilsideoperaatorite suhtes kehtiksid eri liikmesriikides erinevad piirhinnad. Selle väitega ei saa nõustuda. Hinnaerinevused eksisteerivad liikmesriigiti peaaegu kõigis valdkondades. Sellised hinnaerinevused võivad, aga ei pruugi mõne liikmesriigi ettevõtjatele kaasa tuua konkurentsieeliseid. Nagu paljudes muudes valdkondades, võib see tähendada lihtsalt seda, et hinnad erinevad liikmesriigiti. Selles osas ei paista olukord oluliselt erinevat kodumaiste kõnede turust, kus ettevõtjatele võib samuti kehtestada erineva hinnapiiri. Pealegi, mitte kõiki konkurentsieeliseid ei saa pidada konkurentsimoonutusteks. Ühenduse seadusandja oleks pidanud oma seisukohta põhjendama, mida ta aga ei teinud. [39]

32. Teisest küljest, võttes arvesse asjaolu, et rändlusmäärus pidi alates jõustumisest kolme aasta pärast aeguma, on teatud kaalu väitel, et õigeaegne maksimummäärade kehtestamine oli vajalik selleks, et tagada määruses sätestatud eesmärkide saavutamine. See on seotud seadusandliku tõhususe kaalutlustega. Seoses ühenduse sekkumise vajadusega hulgihindade tasandil võiks väita, et samaaegselt oleks nii kohane kui ka sobilik reguleerida jaehindu. Hulgihindu võiks määrata kavandatavaid jaehindu võttes arvesse ja vastupidi ning tarbijad saaksid koheselt näha ühenduse sekkumise tulemusi.

33. Määrav argument tuleneb siiski reguleeritava majandustegevuse piiriülesest olemusest. Isegi kui jaehindade tasandil ei pruugi kooskõlastatud tegevus olla piisavalt oluline probleem, võib põhjendatult arvata, et ühendus on rändluse jaehindade probleemiga tegelemisel liikmesriikidest paremal positsioonil. Kõnealuse majandustegevuse (rändlus) rahvusvahelise olemuse tõttu võib ühendus olla nii probleemiga tegelemisest rohkem huvitatud kui ka paremal positsioonil, et tasakaalustada siseturgu mõjutava tegevuse kulusid ja hüvesid.

34. Just majandustegevuse piiriülese olemuse tõttu on ühenduse seadusandja siseriiklikust seadusandjast potentsiaalselt suutelisem seda reguleerima isegi jaehindade tasandil.

39 – Kõike seda ei tohiks segamini ajada eespool mainitud asjaoluga, et hinnapiirid võivad tekitada juurdepääsupiiranguid riigisisestele turgudele. Moonutatud konkurentsiga seotud väide puudutab konkurentsi samal turul erinevate hinnareeglite alusel, mitte asjaolu, et teatud hinnapiiride sätestamine riigisisesel turul võib takistada väljaspool riiki asuvatel konkurentidel edukalt konkureerida (arvestades nende toodete või teenuste kõrgemat kvaliteeti või madalamaid hindu, mida nad võiksid pakkuda, kui poleks kõnealust hinnapiiri).

Arvestades, et kõne all oli ühenduse õigusest tulenevate õiguste põhjendamine, võis ühenduse seadusandja põhjendatult järeldada, et riiklikud reguleerivad asutused ei käsitlenud neid õigusi nii prioriteetsetena, kui ühenduse seadusandja soovis. Tegelikult, nagu eri pooled oma kohtukõnede eri osades ja kohtuistungil selgitasid, kehtestavad mobiilsideoperaatorid rändlustasude suuruse sageli osana paketist, mis sisaldab muid teenuseid, nagu näiteks kodumaised kõned. Pealegi moodustab rändlus vaid väikese osa nendest teenustest ning nõudlus selle järele on väiksem kui kodumaiste kõnede järele. [40] Selle turu reguleerimisel võiks eeldada, et riiklike reguleerivate asutuste tähelepanu keskpunktis on kodumaised sidekulud ning muud aspektid, mitte rändlustasud. Rändlusteenuse piiriülese iseloomu tõttu on pigem ühendusel eriline huvi kaitsta ja edendada seda majandusharu. See on just selline olukord, kus liikmesriikide demokraatlik protsess võib piiriülese majandustegevuse kaitsmisel tõenäoliselt lõppeda läbikukkumisega. [41] Neil asjaoludel võib ühenduse seadusandja sekkumist mõista.

35. Ühenduse seadusandja annab sisuliselt mõista, et jaehindade küsimust ei oleks saanud lahendada riikide tasandil, kuivõrd 27 riiklikul reguleerival asutusel oleks võtnud liiga kaua aega, et kehtestada jaehindade tõhus kontroll. Kuigi põhjenduses seda mainitud ei ole, on võimalik samuti jagada seisukohta, et riiklike reguleerivate asutuste viivitus oleks kestnud määramata aja. Riiklikud reguleerivad asutused ei pruugi panna rändlustasudele samasugust rõhku, nagu nad panevad riigisiseste kõnekuludele. Võttes arvesse, et rändlusmäärus on suunatud piiriülese majandustegevuse lihtsustamiseks ning siseturu toimimisele kaasa aitamiseks ühenduse vaba liikumise põhimõtete asjakohase lihtsustamise ja kaitsmise tagamisega, oli vaja tegutseda ühenduse tasandil, et kindlustada nendele õigustele vajaliku tähtsuse andmine.

36. Lõpuks, nagu nõukogu märgib, lubab hindade määramisel piirhinna kehtestamine

40 – Vt nt Euroopa reguleerivate organite töörühma Common Position on the Coordinated Analysis of the Markets for Wholesale International Roaming, juuni 2005, punkt 59 (arutelu nõudluse kohta); eespool 33. joonealuses märkuses viidatud Euroopa reguleerivate organite töörühma vastuse punktid 3.10–3.11 (arutelu võimaluse üle, et rändluskõnede hulgimüügil tekkinud sääste kasutatakse riigisiseste teenuste maksumuse vähendamiseks).

41 – Mitu kommenteerijat on väitnud, et EL tuletab oma demokraatliku õiguspärasuse osaliselt oma võimest kaitsta mobiilsidepakkujaid, kelle huve konkreetses liikmesriigis demokraatliku protsessi kaudu asjakohaselt ei esindata. Vt viimatist seisukohta Somek, A., *The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders Through Freedom of Movement*, U. Iowa Legal Studies Research paper, nr 09-23, mai 2009.

allpool seda taset arvesse võtta riiklikke erisusi. Nii jätab ühenduse regulatsioon pisut ruumi liikmesriikide sekkumiseks. Lähtudes kõikidest eespool toodud kaalutlustest, ei saa väita, et ühenduse regulatsioon rikuks subsidiaarsuse põhimõtet.

C. Proportsionaalsus

37. Proportsionaalsuse küsimusega seoses peab Euroopa Kohus hindama, kas seadusandja otsus selle kohta, kuidas lahendada kõrgete rändlustasude probleem, oli proportsionaalne, arvestades nii artikli 95 neid eesmärke, mis on seotud siseturu rajamisega, kui ka tarbijakaitse poliitilist eesmärki võrdluses liikmesriikide autonoomia kaotamisega ning sekkumisega hagejate õigustesse.

38. Need pooled, kes vaidlustasid rändlusmääruse õiguspärasuse, väitsid, et kuna ühendus kehtestas kogu liitu hõlmava hinna ülempiiri, läks ta kaugemale sellest, mis on vajalik rändlusteenuse hinna vähendamise eesmärgi saavutamiseks, ja sekkus seega põhjendamatult hagejate omandiõigusesse ja nende õigusesse tegeleda ettevõtlusega. Nagu Euroopa Kohtu praktika on paljudel juhtudel selgesti näidanud, on Euroopa Kohtul olnud vaja õigusaktides tehtud otsuste proportsionaalsuse hindamisel määrata seadusandja kaalutlusruum. Järelikult peab põhimõtteliselt nendes valdkondades „kohtulik järelevalve [seadusandja] volituste teostamise üle piirduma selle kindlakstegemisega, kas volituste teostamisel tehti ilmne hindamisviga või toimus võimu kuritarvitamine või kas seadusandja on ilmselgelt ületanud oma kaalutlusõiguse piire.” [42] On tõsi, et hinnakontroll on üks kõige jõulisemaid turule sekkumise vorme ja kujutab endast iseäranis suurt omandiõiguse ja ettevõtlusvabaduse piirangut. Seadusandja ei peaks selle kehtestamise otsust tegema kergekäeliselt. Samas ei nähtu, et ühenduse seadusandja oleks käesoleva asja puhul nii teinud.

39. Esiteks tundub, et ühenduse seadusandja otsustas sekkumise kasuks viimase võimalusena. Mõju hindamise aruandes loetletakse üksikasjalikult meetmed, mida komisjon on võtnud rändluse jaehindade vähendamiseks, sealhulgas konkurentsiõigusest lähtuvad uurimised, läbipaistvuse algatused, regulatiivne tegevus varasema raamistiku alusel ning poliitiline surve. [43] Komisjon on hoiatanud, et

42 – 2. aprilli 1998. aasta otsus kohtuasjas C-127/95: Nobrook Laboratories (EKL 1998, lk I-1531, punktid 89 ja 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* (mõju hindamise aruanne), KOM(2006) 382 (lõplik), 12.7.2006, lk 27.

alustab regulatiivset tegevust, kui hinnad ei „liigu oluliselt lähemale turule orienteeritud tasemele". [44] Komisjon on kogunud ka ulatuslikult informatsiooni rändlustasude kohta, näidates, et „[rändluse] jaehinnad olid väga kõrged ilma selge põhjenduseta", et „võeti kõrgeid jaemüügi lisatasusid" ning et hulgihindade alandamine ei jõudnud jaetarbijani. [45] Ta leidis, et teenusepakkujate jaemüügi kasumimarginaal oli rändlusteenust kasutavate väljahelistatud kõnede puhul rohkem kui 200% ning rändlusteenust kasutatavate kõnede vastuvõtmise puhul ligikaudu 300% või 400% [46] ning et tasud varieerusid suuresti viisil, mida nende aluseks olevate kuludega ei saa põhjendada. Komisjon järeldas oma käsutuses oleva teabe põhjal, et rändluse jaehindadel „ei ole loogilist seost teenuse pakkumiseks tehtud kuludega" [47] ning et puudub igasugune alus uskuda, et hulgihindade vähendamine tooks kaasa jaehindade vähendamise. [48]

40. Reguleerimist pooldav seisukoht tundub põhjendatud ka neid vasturääkivaid tõendeid arvestades, mida pooled esitasid seoses küsimusega, kas ühenduse seadusandja sellise sekkumisviis oli vajalik. Näiteks need, kelle arvates on määrus õiguspärane, juhtisid tähelepanu Euroopa reguleerivate organite töörühma järeldustele, et rändlusteenuse hinnad olid ülemäära kõrged ning jaehindade kontroll võib osutuda vajalikuks, kui turujõud ei suuda tagada hindade alandamist. [49] Vodafone aga märkis, et sama töörühm oli selle poolt, et esialgu tuleks võtta paindlik seisukoht, milles arvestatakse siseriiklikke tingimusi. [50] Samas ei ole ühenduse seadusandja kohustatud selliste eksperdirühmade nõuandeid arvestama. Euroopa reguleerivate organite töörühm märkis, et kõrged jaemüügi lisatasud [51] eksisteerisid ning et hulgihindade alandamine kajastus kasutajatele tõenäoliselt kodumaiste teenuste allahindlustena [52] – lahendus, mis ei õigusta, nagu on mainitud eespool osutatud arutelus riikliku reguleerimise kohta, ühenduse õigusest tulenevaid eelisõigusi. Piiriülese side „diskrimineerimine" jätkub. Pealegi Euroopa reguleerivate organite töörühm pelgalt soovitas ühenduse seadusandjal oodata, kas turujõud viivad jaehinnad alla. Arvestades rohkeid tõendeid selle kohta, et hulgihinnad ei kandunud edasi jaetarbijatele, [53] ei olnud

44 – Märkused, mille Viviane Reding esitas Euroopa reguleerivate organite töörühmale, *Towards a True Internal Market for Electronic Communications*, Paris, 8.2.2006, lk 5; vt ka 43. joonealuses märkuses viidatud mõju hindamise aruanne, lk 12.

45 – Eespool 43. joonealuses märkuses viidatud mõju hindamise aruanne, lk 12.

46 – *Ibidem*, lk 6 ja 47.

47 – *Ibidem*, lk 17.

48 – *Ibidem*, lk 48.

49 – Eespool 33. joonealuses märkuses viidatud Euroopa reguleerivate organite töörühma vastus, lk 1 ja 2.

50 – *Ibidem,* lk 2.

51 – *Ibidem,* punkt 2.6.

52 – *Ibidem,* punktid 3.10 ja 3.11.

53 – Vt nt eespool 45. joonealuses märkuses viidatud mõju hindamise aruanne. GSM väidab, et regulatiivse mõju hindamise aruandes ei ole asjakohaselt arvesse võetud äsjaseid jaehinnaalandusi. Samas mõju hindamise aruanne küll tunnistab, et märkimisväärsed hinnaalandused kuulutati välja, kuid Vodafone, T-Mobile, Telefónica O2 ja Orange tegid seda mõjuhindamise konsulteerimisperioodi viimase nädala jooksul, mistõttu aruanne jõuab järeldusele, et hinnaalandused olid vastuseks pigem reguleerimisähvardusele kui turujõule (mõju hindamise aruanne, lk 10 ja 27) Lisaks, nagu on viidatud rändlusmääruse põhjenduses 1, oli jaehindade alandamine väike, võrreldes jaemüügi kasumimarginaaliga, mis ulatus 400%-ni.

ühenduse seadusandja kohustatud võtma sellist äraootavat seisukohta. Komisjoni väitel, mida toetab Euroopa reguleerivate organite töörühm ka ise, oli õige ajastus oluline tegur, mida arvesse võtta; seda meeles pidades, lisaks selgele järeldusele, et rändlusteenuse eest nõutavad tasud olid ülemäära kõrged, kuulus otsus jaehindu reguleerida seadusandjale antud mõistlike valikuvõimaluste hulka.

41. Ühenduse seadusandja poolt hinnakontrolli kasutamine ei ole turuhindade pikaajaline reguleerimine, vaid pigem katse hindu alandada (ja võimalusel panna alus tõhusale turukonkurentsile), et reageerida turutõrkele seoses kunstlikult rühmitatud hindadega, mida konkurentsireeglitega ei olnud võimalik reguleerida. Seda näitlikustavad rändlusmääruse põhjendused 5, 6 ja 9, mis käsitlevad Euroopa reguleerivate organite töörühma võitlust kõrgete hindade probleemiga kehtivate konkurentsireeglite abil, ning põhjendus 28, mis rõhutab, et määrus peaks tegelikult soodustama uuenduslikke ja madalamate hindadega pakkumisi rändlusklientidele. Piirates määruse kehtivust kolme aastaga, piiras ühenduse seadusandja ka ulatust, millega hinnakontroll turule sekkub, andes turule „teise katse" seda puudust parandada.

42. Kuigi hinnakontrolli tuleks, arvestades selle äärmuslikku mõju turule, alati suhtuda ettevaatlikult, muudab selle piiratud kestus ja eesmärk heastada turutõrget, mida konkurentsireeglitega ei suudetud reguleerida, selle käesoleval juhul tunduvalt vastuvõetavamaks. Lisaks vähendab nn automaatse lõppemise klausel selle mõju ettevõtjate õigustele. See klausel tagab, et ühenduse seadusandja vaatab korrapäraselt üle oma sekkumise sellistes valdkondades nagu rändlus, milles toimuvad kiired sotsiaalsed ja majanduslikud muutused.[54] Kui ühenduse seadusandja

54 – Vajadus ühenduse seadusandja valikute korrapärase ülevaatamise järele sel kiiresti areneval turul tuleneb selgelt raamdirektiivist endast (Euroopa Parlamendi ja nõukogu 7. märtsi 2002. aasta direktiiv 2002/21/EÜ elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste ühise reguleeriva raamistiku kohta (EÜT 2002, L 108, lk 33; ELT eriväljaanne 13/29, lk 349)). Raamdirektiivi põhjendus 27, mis käsitleb regulatiivseid eelkohustusi, on mõeldud konkurentsivõimelise sideturu loomise tagamiseks, sätestades, et „[k]omisjon peaks suunised regulaarselt läbi vaatama, et tagada nende asjakohasus kiiresti areneval turul".

peaks laiendama hinnakontrolle või muutma need alalisteks, peaks ka see otsus olema proportsionaalne ning selle õigustamiseks oleks vaja täiendavaid põhjendusi.

43. Ka Vodafone märkis, et pärast määruse jõustumist on rändlusteenuse hinnad rühmitunud ülempiiri lähedale, mis on tõend selle kohta, et määrus on selles valdkonnas hinnakonkurentsi summutanud. Hindade sellist rühmitumist võib samahästi vaadelda kui tõendit hinnakonkurentsi puudumise kohta rändlusteenuste valdkonnas, mis toetab väidet, et kui poleks olnud seadusandja sekkumist, oleksid jäänud kehtima varasemad kõrgemad hinnad. Kõike eespool toodut arvesse võttes ei saa seega väita, et seadusandja valik oli ilmselgelt vale ja seetõttu tõi kaasa põhjendamatu sekkumise hagejate õigustesse.

44. Proportsionaalsuse hindamisel tuleb Euroopa Kohtul ka otsustada, kas ühenduse suurem võimekus saavutada asjaomaste õigusaktide eesmärke õigustab sellisena seadusandja võetud seisukoha tõttu liikmesriikide autonoomia kaotamist.[55] Poolte väited selles küsimuses olid üsnagi napid. On selge, et kogu ühendust hõlmavate maksimumtasude kehtestamine vähendab liikmesriikide reguleerivate asutuste autonoomiat. Samas, arvestades vastavate liikmesriikide asutuste hulgas kõnesoleva määruse kehtestamisele antud peaaegu üksmeelset toetust, ei ole see väide enam nii veenev, ning arvestades kõnealuste (rändlusteenuse) normide piiratud kohaldamisala, Euroopa Kohtu poolt seadusandjale selles küsimuses antud kaalutlusõigust ja asjaolu, et hagejad ei ole sellega seoses esitanud ühtegi sisuliselt vastupidist väidet, ei saa määrust käesoleval juhul pidada ebaproportsionaalseks.

55 – Kuigi Euroopa Kohtu viimastes otsustes on rõhk pandud ühenduse õigusaktide proportsionaalsusele selle sisuliste eesmärkide taustal, nt eespool 15. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsuses Swedish Match, tuleb arvesse võtta ka proportsionaalsust liikmesriikide autonoomia mõju seisukohast. Vt selle kohta Kumm, M., „Constitutionalising Subsidiarity in Integrated Markets: The Case of Tobacco Regulation in the European Union", *European Law Journal*, Vol 12, nr 4, juuli 2006, lk 522–524. Kohtujurist Fennelly on samuti väitnud, ehkki teistsugusel alusel, et erinevalt siseturu eesmärkidest ei saa sisulisi eesmärke, nagu tervisekaitse, eraldi kasutada proportsionaalsuse tagamiseks (kohtuasi C-74/99: Imperial Tobacco jt, EKL 2000, lk I-8599, ettepaneku punkt 149).

II. Ettepanek

45. Eeltoodud kaalutlustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata siseriikliku kohtu küsimusele järgmiselt:

„High Court of Justice of England and Wales'i, Queen's Bench Division'i (Administrative Court) esitatud küsimuste uurimisel ei ilmnenud asjaolusid, mis mõjutaksid Euroopa Parlamendi ja nõukogu 27. juuni 2007. aasta määruse (EÜ) nr 717/2007 (milles käsitletakse rändlust üldkasutatavates mobiiltelefonivõrkudes ühenduse piires ja millega muudetakse direktiivi 2002/21/EÜ) kehtivust."