# SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA M. POIARESA MADURA, predstavljeni 1. oktobra 2009[1]

1. Izmed najtežjih in hkrati najbolj temeljnih nalog Sodišča je nadzor omejitev, v okviru katerih deluje Unija. Nadzor je bistvenega pomena za ohranjanje ravnovesja med oblastmi držav in oblastjo Unije ter nujen tudi za vzdrževanje ustreznega ravnovesja oblasti med institucijami Unije. Poleg tega je nadziranje dejanj Unije pomembno za zagotavljanje politične odgovornosti v državah (ker Unija vpliva na njihovo notranje ravnovesje oblasti) ter ustrezne delitve te politične odgovornosti med Unijo in državami (tako da državljani vedo, kdo zares nosi odgovornost in za kaj). Sodni nadzor pa ni edini način nadzora pristojnosti Unije in zlasti Skupnosti. Postopki odločanja, v katerih se odloča o pristojnostih Skupnosti, ter sodelovanje držav članic in raznih institucij Skupnosti v teh postopkih so pogosto najučinkovitejši način nadzora teh pristojnosti. Mogoče je reči, da se Sodišča dolgo časa ni pozvalo k temu, da bi imelo prevladujočo vlogo pri nadzoru nad pristojnostjo Skupnosti, ker so bile te pristojnosti že strogo omejene v postopkih odločanja Skupnosti. Sčasoma pa je bilo Sodišče zaradi naraščanja pristojnosti Skupnosti in sprememb glede postopkov odločanja pozvano, naj prevzame to vlogo. Izmed najbolj zapletenih področij je obseg pristojnosti Skupnosti glede notranjega trga in zlasti obseg pooblastila Skupnosti za sprejemanje zakonodaje na podlagi člena 95 ES. Dober primer za to je pričujoča zadeva: njeno bistvo je vprašanje, ali Skupnost lahko regulira cene na podlagi člena 95, in če lahko, v kolikšnem obsegu in pod kakšnimi pogoji. Ni dvoma, da ima Skupnost v okviru delovanja notranjega trga pooblastilo za posredovanje na področju cen, ki jih določijo podjetja (na podlagi konkurenčnih pravil) in države članice (predvsem na podlagi pravil prostega pretoka). Vendar, ali lahko Skupnost sama sprejme zakonodajo na podlagi člena 95, s katero določi na primer omejitve cen? Če lahko, v kakšnih okoliščinah lahko to stori? Odgovor, ki naj bi ga dalo Sodišče, je odvisen od tega, kako se na splošno razume namen člena 95. Menim, da razlaga člena 95, ki jo je že dalo Sodišče, pojasni, da namen te določbe ni splošno pooblastilo Skupnosti za urejanje notranjega trga. Hkrati pa Sodišče člena 95 ni omejilo na pooblastilo Skupnosti v nujnem obsegu za odstranitev omejitev za delovanje notranjega trga. Razlog za to je treba iskati v dvoličnosti te določbe. Njen namen je omogočanje sprejetja ukrepov za vzpostavitev in delovanje notranjega trga, vendar te ukrepe nadomestijo ukrepi držav, s katerimi se zasledujejo različni cilji ureditve trga. Dejstvo, da je posredovanje Skupnosti nujno za namene notranjega trga, ne sme vplivati na zasledovanje teh drugih ciljev ureditve. Kakršna že naj bo razlaga člena 95, ohraniti je treba to ravnovesje. Posredovanje Skupnosti se utemeljuje s ciljem povezovanja

1 – Jezik izvirnika: angleščina.

trgov, vendar je treba pri tem ohraniti politično svobodo izbire med različnimi političnimi možnostmi za urejanje trga. Ta osrednja skrb mora biti vodilo pri razlagi in uporabi člena 95 v tej zadevi.

2. Ta zadeva vzbuja pomisleke glede Uredbe (ES) št. 717/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 27. junija 2007 (v nadaljevanju: Uredba o gostovanju), s katero je bil spremenjen skupni regulativni okvir (v nadaljevanju: SRO), da bi se za celotno Skupnost določilo zgornje mejne cene (imenovane „evrotarife“) za gostovanje [2] v javnih mobilnih telefonskih omrežjih v državah članicah. SRO je več ukrepov Skupnosti, s katerimi se je uvedlo usklajene postopke za regulativni okvir na področju storitev elektronskih komunikacij znotraj Unije. Pred sprejetjem Uredbe o gostovanju SRO ni pooblaščal institucij Skupnosti za določanje zgornjih mejnih cen za gostovanje, ki bi veljale v vsej Skupnosti.

3. Družba Vodafone in drugi so pri High Court of Justice (England & Wales) vložili tožbo, s katero so zatrjevali neveljavnost Uredbe o gostovanju. Nacionalno sodišče je na podlagi člena 234 ES Sodišču predložilo ti vprašanji:

„1. Ali Uredba (ES) št. 717/2007 v celoti ali deloma ni veljavna zaradi neprimernosti člena 95 ES kot pravne podlage?

2 – „Gostovanje“ je uporaba omrežja ponudnika mobilne telefonije v državi članici, ki ni tista, v kateri se nahaja omrežje uporabnika mobilnega telefona.

2. Ali člen 4 Uredbe (ES) št. 717/2007 (skupaj s členoma 2(a) in 6(3), v delu, v katerem se sklicujeta na evrotarifo in obveznosti v zvezi z njo) ni veljaven, ker je z določitvijo najvišjih maloprodajnih cen za gostovanje kršeno načelo sorazmernosti in/ali subsidiarnosti?“

4. Kot je razvidno iz teh vprašanj, temelji izpodbijanje Uredbe na trditvah, da Uredba o gostovanju ni veljavna, ker člen 95 ni zadostna pravna podlaga za delovanje Skupnosti in da – čeprav to ne drži – podrobni nadzori cen, ki jih predpisuje Uredba, pomenijo kršitev načel sorazmernosti in subsidiarnosti. Predlagam, da se najprej obravnavajo vprašanja pravne podlage, preden nadaljujem z obravnavanjem vprašanj glede sorazmernosti in subsidiarnosti.

5. Upoštevni deli člena 95 ES določajo:

„1. Z odstopanjem od določb člena 94 in kadar ta pogodba ne določa drugače, se za doseganje ciljev iz člena 14 uporabljajo v nadaljevanju navedene določbe. Svet v skladu s postopkom iz člena 251 in po posvetovanju z Ekonomsko-socialnim odborom sprejme ukrepe za približevanje določb zakonov in drugih predpisov v državah članicah, katerih predmet je vzpostavitev in delovanje notranjega trga.

2. Odstavek 1 se ne uporablja za davčne določbe, določbe o prostem gibanju oseb niti za tiste, ki se nanašajo na pravice in interese zaposlenih.

3. Komisija ima v svojih predlogih iz odstavka 1, ki zadevajo zdravje, varnost, varstvo okolja in varstvo potrošnikov, za izhodišče visoko raven varstva, pri čemer zlasti upošteva nova dognanja na podlagi znanstvenih dejstev. V okviru svojih pristojnosti si tudi Evropski parlament in Svet prizadevata za doseganje tega cilja.“

6. Upoštevni deli člena 14 določajo:

„1. Skupnost sprejme ukrepe za postopno vzpostavitev notranjega trga v obdobju, ki se izteče 31. decembra 1992, v skladu z določbami tega člena in členov 15, 26, 47(2), 49, 80, 93 in 95, ne da bi posegala v druge določbe te pogodbe.

2. Notranji trg zajema območje brez notranjih meja, na katerem je v skladu z določbami te pogodbe zagotovljen prost pretok blaga, oseb, storitev in kapitala.“

A – *Pravna podlaga*

7. Sodišče je že večkrat ugotovilo, da se člen 95 lahko uporabi kot pravna podlaga, kadar obstajajo ali je mogoče, da bodo obstajale, razlike med nacionalnimi ureditvami, ki „ovirajo izvajanje temeljnih svoboščin ali povzročajo izkrivljanje konkurence“. [3] Ukrepi, sprejeti na tej podlagi, se uporabijo „samo kadar iz pravnega akta objektivno in dejansko izhaja, da je njegov cilj izboljšanje pogojev za vzpostavitev in delovanje notranjega trga“. [4] Člen 95 ni podlaga za splošno pristojnost za urejanje notranjega trga. [5] Cilj zakonodaje na podlagi člena 95 ne sme biti le urejanje notranjega trga, v smislu, ki je zaželen z vidika zakonodajalca Skupnosti. Kot je Sodišče že presodilo, bi bilo dovoljenje take uporabe člena 95 v nasprotju z besedilom tega člena in bi kršilo pomembno ustavno načelo, na podlagi katerega so pristojnosti Skupnosti dodeljene pristojnosti. [6] Še več, bilo bi v nasprotju z drugimi pravnimi podlagami Pogodbe, s katerimi so Skupnosti dodeljene posebne pristojnosti za urejanje posebnih vidikov trga.

8. To ne pomeni, da z zakonodajo, sprejeto na podlagi člena 95, ni mogoče zasledovati neodvisnih ciljev ureditve. Če bi se člen 95 razlagalo tako, da se z njim Skupnosti dodeli le pristojnosti, potrebne za odstranjevanje ovir za povezovanje trgov, bi bili drugi cilji ureditve trga pri posredovanju Skupnosti zmeraj podrejeni ukrepom, potrebnim za odstranjevanje ovir za prosti pretok. To bi bila le potrditev tega, da naj bi zakonodajalec Skupnosti sprejemal le ukrepe, katerih namen je vzajemno priznavanje, saj bi se lahko s takimi ukrepi zmeraj preprečilo nastanek ali nadaljnji obstoj ovir za prosti pretok. Vsak drug ukrep bi bil čezmeren, če zakonodajalec Skupnosti, ki deluje na podlagi člena 95 zaradi odstranjevanja ovir za prosti pretok, nikdar ne bi smel prekoračiti tega, kar naj bi zadoščalo za ta namen. To pomeni, da bi se s členom 95 lahko spodbujalo povezovanje trgov samo prek deregulacije nacionalnih trgov. Taka razlaga bi predvidevala, da je v členu 95 zajeto neko posebno politično odobravanje, vendar nič v Pogodbi ni v podporo tej tezi. Kot je razložil generalni pravobranilec N. Fennelly, glede na sodno prakso Sodišča „členov 7A, 57(2) in 100A (sedaj členov 14, 47(2) in 95) ni treba razlagati kot neke vrste svobodno listino, na podlagi katere bi bilo dovoljeno usklajevanje v smeri najnižjih ali celo srednjih

3 – Sodba z dne 10. februarja 2009 v zadevi Irska proti Evropskemu parlamentu in Svetu Evropske unije (imenovana „Hramba podatkov“, C-301/06, ZOdl., str. I-593, točki 63 in 64).

4 – Sodba z dne 2. maja 2006 v zadevi Združeno kraljestvo proti Parlamentu in Svetu (C-217/04, ZOdl., str. I-3771, točka 42).

5 – Sodba z dne 5. oktobra 2000 v zadevi Nemčija proti Parlamentu in Svetu (C-376/98, Recueil, str. I-2247, točka 83).

6 – *Ibid*.

prej obstoječih nacionalnih standardov“.[7] Nasprotno, s pomočjo pravilnega branja člena 95 je treba razlikovati med tem, kar sproži usklajevanje na ravni Skupnosti (nevarnost omejitev prostega pretoka in izkrivljanja konkurence), ter pomenom in vsebino tega usklajevanja. To usklajevanje mora omogočiti zasledovanje različnih političnih ciljev, ki jih običajno zasledujejo nacionalni ukrepi, ki naj bi se jih nadomestilo z zakonodajo Skupnosti. Povedano drugače, člen 95 je treba razlagati tako, da zakonodajalcu Skupnosti – kadar se da pobudo za uresničevanje njegove pristojnosti zaradi potrebe po uskladitvi posebnega področja – dovoljuje zasledovanje različnih ciljev ureditve in tehtanje med njimi.

9. Člen 95 je lahko podlaga tudi za intenzivnejšo regulacijo, ne le za deregulativne ukrepe. Načeloma se odločitev o tem sprejme v političnem postopku. Člen 95(3) dejansko določa, da je treba z zakonodajo, za katero je ta člen pravna podlaga, zasledovati visoko raven zdravja, varnosti, varstva okolja in varstva potrošnikov. Taki cilji morajo biti del splošnega zakonodajnega okvira, katerega namen je vzpostavitev ter delovanje notranjega trga s pomočjo približevanja in usklajevanja zakonskih, uredbenih in upravnih aktov držav članic. Z drugimi besedami, ukrep Skupnosti mora prispevati k povezovanju trgov, čeprav ni nujno strogo omejen na to, kar je potrebno za doseganje tega namena. Čeprav je spodbujanje povezovanja trgov nujen pogoj za pristojnost Skupnosti na podlagi člena 95, izvajanje njene pristojnosti ne sme biti omejeno na ta cilj. V nasprotnem primeru bi se vzbujali pomisleki glede zasledovanja drugih pravno utemeljenih ciljev ureditve, ki jih države same ne morejo več zasledovati.

10. Bistvo izpodbijanja Uredbe zaradi njene pravne podlage je v povezavi s tem vprašanjem. Družba Vodafone trdi, da ker je bila s SRO predvidena popolna uskladitev zakonodaj držav članic na področju mobilne industrije, cilj Uredbe o gostovanju naj ne bi mogla biti uskladitev nacionalnih pravil na tem področju. V skladu s tem naj bi ta uredba pomenila nedovoljeno uporabo člena 95 za urejanje notranjega trga.

11. Kot je Sodišče že večkrat poudarilo, dejstvo, da je na nekem posebnem področju prišlo do izčrpne uskladitve na podlagi člena 95, „nikakor ne pomeni, da normodajalec Skupnosti ne more spremeniti ali prilagoditi teh postopkov, in če je to potrebno, določiti novih, da bi se bolje uresničeval[i] cilj[i]“

7 – *Ibid*. Sklepni predlogi generalnega pravobranilca N. Fennellyja, točka 85.

ukrepov prvotnega usklajevanja.[8] Kot je razvidno zgoraj, ni nujno, da so ti cilji omejeni na povezovanje trgov, čeprav je to nujno za utemeljitev izvajanja pristojnosti Skupnosti. Če bi se zagovarjalo obratno, bi pomenilo, da Skupnost ne bi mogla popraviti pomanjkanja ukrepov usklajevanja na podlagi člena 95. Kadar zakonodajalec Skupnosti deluje na podlagi člena 95, je to izraz neke politične izbire. Ta zajema izbiro neke ravni, na primer varstva potrošnikov, in zavrnitev drugih mogočih višjih ali nižjih ravni takega varstva. Ta izbira ima lahko nepredvidljive negativne posledice, ali kot se zgodi v demokratičnih družbah, sprememba politične večine lahko povzroči mnenje, da je prejšnja odločitev vzpostavila neprimerno ravnovesje med različnimi vpletenimi interesi. Absurdno in nedemokratično bi bilo, če zakonodajalec Skupnosti ne bi mogel ponovno obravnavati prejšnjih političnih odločitev, sprejetih v okviru zakonodaje, sprejete na podlagi člena 95, da bi se tako izrazile spremembe javnega mnenja in znanstveni napredek ali da bi se popravile negativne posledice ukrepov usklajevanja. Čeprav je bil ukrep usklajevanja, kot je SRO, dokazano učinkovit pri preprečevanju izkrivljanja konkurence in ovir za prosti pretok ter je mogoče šteti, da zagotavlja vzpostavitev in delovanje notranjega trga, mora ostati zakonodajalec Skupnosti svoboden, da prilagodi tak ukrep razvoju znanosti ali političnim izbiram.[9] Ugovor sprejetju Uredbe o gostovanju na podlagi trditve, da je SRO že določil uskladitev na zadevnem področju, torej ni utemeljen.

12. Stranke, ki izpodbijajo veljavnost Uredbe o gostovanju, poleg tega zatrjujejo, da ni mogoče šteti, da ta uredba spreminja SRO,[10] ker se od njega pomembno razlikuje. Možnost, da sprememba ni združljiva s pristopom, določenim v SRO, ne vpliva na dejstvo, da gre za spremembo. Spremembe lahko dopolnijo ukrep usklajevanja.[11] Lahko ga tudi spremenijo. Dejansko lahko potreba po spremembi nastane prav zato, ker se pokaže, da učinkovanje nekaterih ukrepov usklajevanja ni zadovoljivo in da jih je treba spremeniti tako, da

8 – Sodba z dne 8. novembra 2007 v zadevi Gintec (C-374/05, ZOdl., str. I-9517, točka 29).

9 – Sodba z dne 10. decembra 2002 v zadevi British American Tobacco (Investments) in Imperial Tobacco (C-491/01, Recueil, str. I-11453, točka 80), v kateri je Sodišče ugotovilo, da razvoj znanstvenih spoznanj vseeno ni edini razlog, na podlagi katerega se lahko zakonodajalec Skupnosti odloči, da bo prilagodil zakonodajo Skupnosti, ker mora pri izvajanju diskrecijske pravice, ki jo ima na tem področju, upoštevati tudi druge dejavnike, kot na primer večjo pomembnost političnih in socialnih vidikov boja proti kajenju.

10 – SRO predvideva posredovanje nacionalnih regulatorjev na splošno, kadar je dokazano, da ima neki operater „znatno tržno moč“. Uredba o gostovanju vključuje določanje cen na ravni Skupnosti tudi, kadar obstoj te znatne tržne moči ni dokazan.

11 – Opomba 4 zgoraj.

niso združljivi z izvirnim pristopom.[12] Sodišče je pojasnilo, da je usklajene ukrepe mogoče spremeniti zaradi spremembe političnih stališč, in izjavilo, da pri spremembah usklajene ureditve Skupnosti za tobačne izdelke „zakonodajalec Skupnosti v takem primeru svoje naloge varovanja splošnih interesov, določenih s Pogodbo […], izvaja pravilno le, če ima možnost prilagajanja upoštevne zakonodaje Skupnosti glede na vse spremembe okoliščin ali novih spoznanj“.[13] Razvoj spoznanj lahko zahteva spremembe, ki se razhajajo s pristopom, sprejetim v izvirnem ukrepu usklajevanja. Dejstvo, da je Uredba o gostovanju sprejela pristop, ki ni bil skladen s pristopom, določenim v SRO, ne pomeni, da ta uredba ni sprememba SRO. Nedvomne omejitve pristojnosti, dodeljene Skupnosti na podlagi člena 95, ne morejo delovati tako, da se od Unije zahteva, naj se pridruži neki obliki usklajevanja tudi, kadar se tako usklajevanje ne zdi več primerno.

13. Na drugi strani, medtem ko je zakonodajalec Skupnosti svoboden, da s pomočjo političnega izbiro pri ukrepih usklajevanja, sprejetih na podlagi člena 95, si ne sme dodeliti pristojnosti za izdajanje zakonov na področjih zunaj uporabe člena 95, pri čemer take ukrepe opiše kot spremembe. Zakonodaje, ki se nanaša na primer na različno področje od področja izvirnega ukrepa usklajevanja, kot na primer sprememba SRO, s katero bi se na primer želelo uvesti kvote za ribolov, ni mogoče šteti za veljavno spremembo.[14] Po mojem bi bil tak primer tudi zakonodajni ukrep Skupnosti, ki bi – če se vzame absurden primer – popolnoma prepovedal storitve gostovanja.[15] Skupnost pa tudi ne more – tako da neki ukrep označi kot spremembo – izdajati zakonodaje za veljavno usklajevanje področij, ki so v pristojnosti držav članic, ne da bi izpolnila zahteve, da je dokazan namen take zakonodaje odprava obstoječih ali morebitnih razlik med nacionalnimi ureditvami, ki „ovirajo izvajanje temeljnih svoboščin ali povzročajo izkrivljanje konkurence“.[16] Povedano drugače, ni nujno, da se spremembo

12 – Opomba 9 zgoraj, točka 80.

13 – *Ibid,* točka 77.

14 – To ne velja za to zadevo, ker pooblastilo za določanje zgornjih mejnih cen za storitve gostovanja jasno spada na področje, pokrito s prvotnimi ukrepi usklajevanja, ki so bili osredotočeni na storitve elektronskega komuniciranja v državah članicah.

15 – Sodišče je v sodbi z dne 14. decembra 2004 v zadevi Swedish Match (C-210/03, ZOdl., str. I-11893) sprejelo, da je ukrep Skupnosti, s katerim se popolnoma prepove menjave nekega proizvoda, mogoče sprejeti na podlagi člena 95, če obstaja nevarnost, da različne nacionalne zakonodaje ovirajo te menjave. Zdi se, da je Sodišče sprejelo, da nevarnost ovir za menjave zadevnega proizvoda lahko utemelji splošno prepoved prodaje tega proizvoda na ravni Skupnosti. Čeprav se je mogoče vprašati, v kolikšnem obsegu je ta prepoved še kakor koli povezana s cilji člena 95 (mogoče bi bilo, upoštevajoč cilje člena 95, bolje, če bi obstajal omejen prosti pretok, kot pa da prostega pretoka sploh ni), se v okviru te zadeve ne zahteva, da Sodišče ponovno začne razpravo o tem. Kot bom navedel v nadaljevanju, se zavzemam za tezo, da za utemeljitev – glede na člen 95 – sprejetja kakršnega koli ukrepa (vključno s spremembo) ni potrebno, da je bilo sprva ugotovljeno, da obstaja razhajanje med zakonodajami držav članic, ki lahko ovirajo menjavo. Ukrep mora prispevati k ciljem, ki se jih zasleduje s členom 95, vendar ni nujno, da je omejen na te cilje.

16 – Zgoraj v opombi 3 navedena sodba Hramba podatkov, točki 63 in 64.

upraviči s potrebo odpraviti ovire za trgovanje ali izkrivljanje konkurence, vendar mora biti ukrep, kot je bil spremenjen, še naprej v skladu z namenom člena 95. Vendar pa ni lahko določiti, kako je ta načela treba uporabiti v nekem konkretnem primeru.

14. Po mojem takšna določitev zahteva, da Sodišče spremembo presoja v okviru splošne zakonodaje, da bi ugotovilo, ali zakonodaja (kot je bila spremenjena s spremembo) še vzpodbuja povezovanje trgov in s tem izpolnjuje pogoje za uporabo člena 95. Spremembo se lahko upraviči, če je potrebna, da se popravi poseben problem, ki ga države članice ne morejo učinkovito odpraviti s pomočjo prvotnega usklajevalnega ukrepa.

15. Mogoč pristop v tej zadevi za ugotovitev, da je člen 95 podlaga za zadevno zakonodajo, kakor je bila spremenjena, bi lahko bilo dokazovanje, da je obstajala verjetnost različnih nacionalnih ukrepov za nadzor cen. Takega tveganja pa ni mogoče presojati glede na položaj po sprejetju SRO in mogoče omejitve, določene ne bi bilo mogoče, da bi zakonodajalec Skupnosti spremenil ukrep, ki bi bil v prvotni obliki učinkovit pri odstranjevanju ovir za menjavo, čeprav bi njegov vpliv na druge politične cilje zdaj upravičeval drugačno obliko urejanja. To ne bi bilo sprejemljivo iz zgoraj obravnavanih razlogov: sprejetje ukrepov na podlagi člena 95 mora ohraniti politično svobodo izbire med različnimi političnimi možnostmi urejanja trga. Pri presoji glede na člen 95 se ne postavi vprašanje, ali je sprememba v smislu spremenjene zakonodaje potrebna za preprečitev ovir za menjavo, ampak ali zakonodaja, kakor je bila spremenjena, še naprej služi preprečevanju takih ovir. V ta namen se je mogoče vprašati, kakšen bi bil položaj, če ne bi bilo nobene ureditve Skupnosti na zadevnem področju. Očitno je mogoče ovire za menjavo, ki izvirajo iz nacionalnih ukrepov za nadzor cen [17], mogoče preprečiti z naložitvijo omejitev za nacionalno reguliranje cen ali z regulacijo cen na ravni Skupnosti. Dejstvo, da je zakonodajalec Skupnosti sprva izbral prvi navedeni pristop, da bi preprečil ovire za menjavo, naj ne bi preprečevalo kasnejšega sprejetja drugačnega pristopa, če to zahtevajo drugi politični cilji. To ne pomeni, da lahko zakonodajalec Skupnosti popolnoma svobodno izbira med različnima načinoma varovanja ciljev člena 95. Tako izbiro

17 – Glej na primer sodbo z dne 5. decembra 2006 v združenih zadevah Cipolla (C-94/04 in C-202/04, ZOdl., str. I-11421).

preprečujejo druga pravila Skupnosti, kot sta subsidiarnost in sorazmernost. Vendar gre pri tem za drugo vprašanje od vprašanja, ali je kateri od teh pristopov sprejemljiv (sprva ali kasneje v obliki spremembe) na podlagi člena 95. Za drugi navedeni pristop je pogoj, da obstajajo razhajanja med nacionalnimi zakonodajami, ki lahko povzročijo ovire za menjavo ali izkrivljanje konkurence, ki naj bi jih ukrep Skupnosti preprečil. Za ta ukrep ni potrebna posebna izbira načina regulacije, da bi se preprečilo te ovire.

16. Glede tega je treba še določiti, ali je v tej zadevi zaradi neobstoja zakonodaje Skupnosti res obstajala verjetnost različnih nacionalnih ukrepov za nadzor cen in ali bi ti ukrepi lahko ovirali menjavo ter s tem upravičili sprejetje ukrepov Skupnosti za nadzor cen. Povedano drugače, ko ni bilo SRO, ali je obstajala verjetnost oviranja storitev gostovanja z različnimi nacionalnimi ukrepi za nadzor cen?

17. Dejstvo, da nacionalni ukrepi za nadzor cen lahko omejujejo menjavo, je uveljavljeno v sodni praksi Sodišča. Medtem ko taki ukrepi „niso ukrepi z učinkom količinske omejitve“, pa „lahko učinkujejo kot taki, kadar so cene določene na takšni ravni, da so uvoženi proizvodi v slabšem položaju kot enaki nacionalni proizvodi“. [18] Pri ureditvi cen, ki vključuje zgornje meje cen, tak položaj nastane, „kadar se določi takšna raven cen, da prodaja uvoženih proizvodov ni več mogoča ali pa je dosti težja, kot prodaja domačih proizvodov“. [19] Tako bi bilo, kadar bi bile zgornje mejne cene določene tako nizko, da tuji operaterji ne bi mogli doseči razumnega dobička [20], kadar imajo ti tuji ponudniki višje stroške, ki se jih ni upoštevalo pri določitvi zgornjih mejnih cen, ali kadar omejitev cen ovira pravilno povračilo storitev tujih ponudnikov za njihove bolj kakovostne storitve [21].

18. Vendar niso vsi nacionalni ukrepi za nadzor cen taki, da ovirajo menjavo in takšno

18 – Sodba z dne 13. novembra 1986 v združenih zadevah Edah (80/85 in 159/85, Recueil, str. 3359, točka 11). Glej tudi sodbe z dne 26. februarja 1976 v zadevi Tasca (65/75, Recueil, str. 291); z dne 24. januarja 1978 v zadevi Van Tiggele (82/77, Recueil, str. 25) in z dne 7. maja 1991 v zadevi Komisija proti Belgiji (C-287/89, Recueil, str. I-2233, točka 17).

19 – Sodba z dne 19. marca 1991 v zadevi Komisija proti Belgiji (C-249/88, Recueil, str. I-1275, točka 15).

20 – Zgoraj v opombi 19 navedena sodba, točka 17.

21 – Glej točke od 69 do 75 mojih sklepnih predlogov v združenih zadevah Cipolla proti Fazari in Macrino proti Meloni (sodba z dne 5. decembra 2006).

oviranje mora biti verjetno.[22] Po mojem zakonodajalec Skupnosti ni dokazal, da je ob sprejetju izvirnega ukrepa ali spremembe obstajala takšna verjetnost. Paradoksalno bi lahko najprepričljivejši argument za obstoj take verjetnosti izhajal iz teze toženih strank, da je SRO – kot ga je sprva sprejel zakonodajalec Skupnosti – s tem, da je zahteval „pomembno tržno moč" (PTM), preden lahko pride do posredovanja z regulativnim ukrepom *ex ante*, omejil možnost držav članic, da bi uvedle nadzor cen v sektorju mobilnih telekomunikacij. Iz tega bi bilo treba sklepati, da je bil SRO odziv na nevarnost, da bi se lahko s tem, da bi oblasti držav članic določile različne zgornje in spodnje meje cen v sektorju mobilnih telekomunikacij, ustvarilo ovire in izkrivljanja konkurence na enotnem trgu. V tem primeru je imel zakonodajalec pri določitvi SRO na izbiro, da se s to nevarnostjo sooči ali z omejitvijo možnosti držav članic, da določijo cene v tem sektorju, ali pa z določitvijo cen na ravni celotne Unije (popolnoma drugo vprašanje bi bilo, ali bi bila ta izbira skladna z načeli sorazmernosti in subsidiarnosti). Katera koli izbira bi učinkovito prispevala k delovanju notranjega trga. Zakonodajalec je s tem, da je zahteval obstoj PTM, preden lahko pride do regulativnega posredovanja *ex ante*, izbral prvo možnost. Dejstvo, da je ta izbira učinkovito preprečila nastanek ovir za menjavo in izkrivljanje konkurence, ne bi smelo preprečiti sprejetja drugačnega regulativnega pristopa, če bi tudi ta drugačni pristop preprečeval ovire za menjavo in izkrivljanje konkurence. Res pa je, da so bile omejitve za regulativno posredovanje držav članic s SRO določene na splošno in da niso bile posebej namenjene preprečevanju razlik med nacionalnimi nadzori cen, prav tako tudi niso bile določene na podlagi verjetnosti nastanka ovir za menjavo zaradi prihodnjih nacionalnih nadzorov cen. Glede na to ne morem ugotoviti, da je bila verjetnost prihodnjih razlik med nacionalnimi nadzori cen, ki bi povzročili ovire za menjavo, dokazana tako, da bi se lahko upravičilo, da Skupnost sprejme ukrepe za nadzor cen na podlagi člena 95.

19. Vsekakor verjamem, da bi zakonodajalec Skupnosti lahko reguliral cene gostovanja na

22 – Sodba z dne 12. decembra 2006 v zadevi Nemčija proti Parlamentu in Svetu (C-380/03, ZOdl., str. I-11573, točka 37), zgoraj v opombi 9 navedena sodba British American Tobacco (Investments) in Imperial Tobacco, točka 61, zgoraj v opombi 15 navedena sodba Swedish Match, točka 30, sodba z dne 12. julija 2005 v združenih zadevah Alliance for Natural Health in drugi (C-154/04 in C-155/05, ZOdl., str. I-6451, točka 29) in zgoraj v opombi 3 navedena sodba Hramba podatkov, točka 64.

podlagi člena 95 iz drugega razloga: odpraviti omejevanje prostega pretoka, ki je posledica ravnanja zasebnih strank, ki ni naklonjeno čezmejni gospodarski dejavnosti. Glede cenovnih razlik med klici, ki se opravijo znotraj države članice, in gostujočimi klici je mogoče razumno ugotoviti, da odvračajo od čezmejnih storitev, kot je gostovanje. [23] Zakonodajalec je za rešitev problema visokih cen gostovanja izbral pristop določitve zgornjih mejnih cen na ravni Unije. Ta pristop mora biti upravičen z vidika ciljev člena 95. Ti cilji, kot je jasno razvidno iz besedila tega člena, so „vzpostavitev in delovanje notranjega trga“ [24], pri čemer je notranji trg „območje brez notranjih meja, na katerem je v skladu z določbami te pogodbe zagotovljen prosti pretok blaga, oseb, storitev in kapitala“ [25]. Nenaklonjenost čezmejnim dejavnostim lahko ovira vzpostavitev notranjega trga – v okviru katerega je zagotovljen prosti pretok blaga, storitev in kapitala –, ker odvrača potrošnike od čezmejnih gospodarskih dejavnosti, kot je uporaba storitev gostovanja. V sektorju telekomunikacij morda ni jasnejše čezmejne gospodarske dejavnosti, kot je gostovanje. Naložitev zgornjih mejnih cen storitev gostovanja je mogoče pravno utemeljeno presoditi kot ukrep v smislu vzpostavitve notranjega trga z odstranitvijo omejitev za čezmejno gospodarsko dejavnost.

20. Čeprav naložitev take zgornje mejne cene obsega regulacijo na ravni Skupnosti, naloženo zasebnim strankam, v nasprotju z državnimi organi, sprejetje takega ukrepa ne daje Skupnosti „carte blanche“ za uporabo člena 95 pri regulaciji katere koli gospodarske dejavnosti. Z Uredbo o gostovanju je zakonodajalec Skupnosti posredoval, da bi omejil ne le ravnanja zasebnih strank z neželenimi učinki, ampak ravnanja zasebnih strank, s katerimi se je neposredno manj ugodno obravnavalo čezmejne gospodarske dejavnosti (gostovanje) v primerjavi z gospodarsko dejavnostjo znotraj države (domača uporaba storitev mobilne telefonije). Dejanja, vključno z dejanji zasebnih strank, s katerimi se neposredno manj ugodno obravnava čezmejne dejavnosti, je mogoče opredeliti kot ovire za vzpostavitev notranjega trga. Večina dejanj zasebnih strank na trgu je takšnih, da se z njimi ne more omejiti prosti pretok, zato ne morejo upravičiti sprejetja zakonodaje na podlagi člena 95. Samo kadar dejanja zasebnih strank neposredno obsegajo čezmejno dejavnost ter bi lahko učinkovito omejevala to čezmejno dejavnost in prosti pretok, bi lahko delovanje Skupnosti zaradi regulacije takih dejanj temeljilo na členu 95.

23 – Kot sem navedel v nekaj sklepnih predlogih, nazadnje v sklepnih predlogih z dne 22. aprila 2009 v zadevi Land Oberösterreich proti ČEZ (C-115/08, točka 12), dejstvo, da se čezmejne položaje obravnava manj ugodno kot samo notranje položaje, lahko pomeni oviro za pravice prostega pretoka, od katerih je odvisen notranji trg.

24 – Člen 95 ES.

25 – Člen 14 ES.

21. Glede na to Sodišče prosim, naj pri analizi člena 95 uporabi logične posledice svoje sodne prakse o horizontalni uporabi pravil prostega pretoka. V okviru te sodne prakse je Sodišče priznalo, da se v nekaterih okoliščinah z dejanji zasebnih strank lahko omejuje prosti pretok. Tako je bilo na primer v zadevah International Transport Workers' Federation proti Viking Line ABP [26] in Laval un Partneri proti Svenska Byggnadsarbetareförbundet [27], ki sta se nanašali na dejanja sindikatov, s katerimi se je lastniku ladje preprečilo, da bi ponovno registriral svojo ladjo v drugi državi, in gradbenemu podjetju, da bi nudilo storitve v drugi državi. Dejanja sindikatov so se neposredno prekrivala s svobodo ustanavljanja in opravljanja storitev in Sodišče je menilo, da se pravila prostega pretoka neposredno uporabijo za sindikate, čeprav so bili ti zasebne stranke. Pri tem sklepu se je Sodišče oprlo na prejšnje zadeve, v katerih je bilo sprejeto, da zasebna protestna dejanja lahko neposredno vplivajo na prosti pretok blaga, kadar ovirajo prevoz tega blaga. [28] Člen 95 daje zakonodajalcu Skupnosti podlago za ukrepanje v okoliščinah, v katerih za zagotovitev delovanja notranjega trga ne zadošča le skrb za to, da državne institucije s svojimi ukrepi ne ogrožajo temeljnih svoboščin. [29] Torej je naravno, da je tudi te omejitve prostega pretoka mogoče regulirati na podlagi člena 95.

22. Znano je, da je Sodišče odločilo, da so na primer nekatera pravila nogometnih klubov, ki med drugim urejajo čezmejni prestop nogometnih igralcev, omejevala prosto gibanje delavcev. Zdi se mi jasno, da to ne bi le upravičilo prepovedi Skupnosti teh pravil, ampak tudi sprejetje pravil na podlagi člena 95. [30] Če Skupnost lahko prepove neko ravnanje zasebne stranke, bi morala biti pristojna tudi

26 – Sodba z dne 11. decembra 2007 (C-438/05, ZOdl., str. I-10779).

27 – Sodba z dne 18. decembra 2007 (C-341/05, ZOdl., str. I-11767).

28 – Glej tudi sodbi z dne 9. decembra 1997 v zadevi Komisija proti Franciji (C-265/95, Recueil, str. I-6959) in z dne 12. junija 2003 v zadevi Schmidberger (C-112/00, ZOdl., str. I-5659).

29 – Glede tega glej Armin von Bogdany in Jürgen Bast, „The Vertical Order of Competences" v „Principles of European Constitutional Law", Oxford, Hart Publishing, 2006. Glej tudi Alexander Somek, „Individualism", Oxford University Press, 2008, str. 128, ki kritično zatrjuje, da sodna praksa Sodišča glede člena 95 „priznava, da temeljne svoboščine in zakonodajna oblast Unije služijo samo enemu cilju". Glej tudi Joseph Weiler, „The Constitution of the Common Market Place: The Free Movement of Goods" v Paul Craig in Gráinne de Búrca, „The Evolution of EU Law" (Oxford, Hart Publishing, 1999). Vendar sam ne zagovarjam tako stroge vzporednice. Zatrjujem, da – vsaj v nekaterih primerih – razlogi za uporabo pravil prostega pretoka lahko veljajo tudi za člen 95.

30 – Če, kako in s kakšnim ciljem je treba uporabiti to pristojnost, je drugo vprašanje in ni vprašanje, o katerem se Sodišču ni treba izreči v tej zadevi.

za regulacijo tega ravnanja. To naj ne bi dajalo Skupnosti pristojnosti za reguliranje vseh ravnanj teh zasebnih strank. Tako pristojnost naj bi imela samo, kadar taka ravnanja, kot je navedeno zgoraj in vzporedno s pomenom horizontalne uporabe pravil prostega pretoka, neposredno vključujejo čezmejno dejavnost ter bi lahko učinkovito omejevala to čezmejno dejavnost in prosti pretok. Nasprotno ukrepi, kot na primer poskus regulacije cen kovčkov ali obrokov v restavracijah, naj ne bi zahtevali odprave neposrednega neugodnega obravnavanja čezmejne gospodarske dejavnosti ter naj ne bi omogočali dokaza o vplivanju na prosti pretok in vzpostavitev notranjega trga, ki je potreben za zakonodajno pristojnost, ki jo ima Skupnost na podlagi člena 95.

23. Pogoji za uporabo pravil prostega pretoka za zasebne stranke so zahtevnejši od pogojev, ki se uporabljajo za državne subjekte, zato naj bi zakonodaja Skupnosti na podlagi člena 95 za regulacijo dejanj zasebnih strank, ki vplivajo na vzpostavitev notranjega trga, prav tako izpolnjevala posebne pogoje. Kot v tej zadevi, mora iti za dejanja, s katerimi se neposredno omejuje čezmejna dejavnost. Če dejanja zasebnih strank dejansko omejujejo čezmejno dejavnost, bi morala obstajati možnost, da jih Skupnost regulira.

24. Mogoče bi bilo stališče, ki ga zagovarjam, jasnejše, če bi se ga ponazorilo tako, da bi vključevalo tudi delovanje (ali nedelovanje) države. Mogoče bi bilo reči, da dejstvo, da država „sprejme“ delovanje svojih operaterjev z diskriminatornimi cenami [31] med gostovanjem in domačimi klici, omejuje čezmejno mobilno telefonijo. Tako bi bilo mogoče utemeljiti posredovanje Skupnosti na podlagi člena 95 z dejstvom, da nacionalna pravila niso preprečila diskriminatornega obravnavanja čezmejne mobilne telefonije.

25. O vprašanju pravne podlage imam še eno pripombo. Kot sem ugotovil zgoraj, je sprememba lahko upravičena tudi, če je treba popraviti poseben problem, ki ga države članice zaradi prvotnega usklajevalnega ukrepa ne morejo učinkovito obravnavati. Kot je razvidno iz stališč družbe Vodafone ter iz četrte in devete uvodne izjave Uredbe o gostovanju, je bil s SRO uveden regulativni okvir, ki je predvidel regulativno ukrepanje nacionalnih regulativnih organov *ex ante* samo ob ugotovitvi, da imajo operaterji „pomembno tržno moč“ („PTM“). Če torej take ugotovitve ni bilo, nacionalni regulativni organi niso mogli posredovati v skladu z obstoječo ureditvijo. Ker sta

31 – Izraz „diskriminatorne cene“ je treba v tem okviru uporabiti pazljivo iz nekaj razlogov, izmed katerih je dejstvo, da lahko obstaja zakonita utemeljitev različnih cen za gostujoče klice in domače klice. Jasno je, da ni jasne utemeljitve za obstoječe razlike v cenah in da je to bilo podlaga za ukrepanje Skupnosti.

Komisija [32] in Evropska skupina regulativnih organov [33] ugotovili, da so stroški storitev gostovanja pretirani tudi na trgih, glede katerih ni bilo ugotovljeno, da so pod vplivom PTM, je SRO oviral sposobnost nacionalnih regulativnih organov ali regulativnih organov Skupnosti pri vzpostavitvi regulativnega okvira, ki bi sprožil znižanje stroškov storitev gostovanja. Zakonodajalec Skupnosti, ki ugotovi neuspešnost trga in družbene stroške v okviru usklajene regulativne ureditve, ki nastajajo zaradi te ureditve, mora iz zgoraj navedenih razlogov ter iz razlogov, ki jih je Sodišče izpostavilo v zadevah Gintec in Tobacco II [34], imeti pooblastilo za izboljšanje tega položaja in ustanovitev pristojnosti na nacionalni ravni in ravni Skupnosti za spremembo regulativnega okvira, katerega delovanje je ocenil, da ni učinkovito.

B – *Subsidiarnost*

26. Zato ima Skupnost pooblastilo, da se loti problema visokih cen storitev gostovanja s spremembo SRO. Kot pa sem navedel zgoraj, je treba razlikovati med pooblastilom za regulacijo na eni strani ter vprašanjem intenzivnosti in ravni regulacije na drugi strani. Dejstvo, da je bila zakonodaja sprejeta na podlagi člena 95 v obliki spremembe enega dela prejšnje zakonodaje, ne pomeni, da s to zakonodajo ni treba upoštevati zahtev iz tega člena in splošnih načel prava Skupnosti glede pristojnosti Skupnosti. Ena od omejitev uporabe člena 95 kot pravne podlage je zahteva, naj se pooblastilo, ki ga taka zakonodaja daje Skupnosti, izvaja sorazmerno z zasledovanimi cilji in tako, da je upravičeno glede na načelo subsidiarnosti.

27. Odločitev zakonodajalca Skupnosti, da določi zgornje mejne cene na ravni Skupnosti glede trgovine na veliko in na drobno, sproži težko vprašanje glede načela subsidiarnosti. Pri trgovini na veliko ni težko ugotoviti, zakaj je bilo potrebno ukrepanje na ravni Skupnosti. Veleprodajne cene določijo operaterji zunaj države članice potrošnika. Zato regulativni organ potrošnikove države ne more ukrepati zoper ponudnike v obiskani državi, ki potrošnikovemu domačemu omrežju zaračunavajo pretirane cene. Poleg tega nacionalni

32 – Glej COM(2006)382 konč. 2006/0133 (COD), Bruselj, 12. julij 2006.

33 – Odgovor ESRO z dne 22. marca 2006 na poziv Komisije, naj predloži stališča o svojem predlogu uredbe ES o mednarodnem trgu gostovanja.

34 – Zgoraj v opombi 8 navedena sodba Gintec in zgoraj v opombi 9 navedena sodba British American Tobacco.

regulativni organi nimajo interesa nadzirati veleprodajnih cen, ki se zaračunavajo tujim ponudnikom in njihovim potrošnikom.

28. Regulacija maloprodajnih cen je bolj problematična. Po tem, ko se je določilo najvišje veleprodajne cene in je bila odpravljena zahteva, naj se pred ukrepanjem regulativnega organa ugotovi PTM, bi Skupnost nacionalne regulativne organe lahko pooblastila za določanje najvišjih veleprodajnih cen za storitve gostovanja, če bi imeli občutek, da so maloprodajne cene, ki jih zaračunavajo ponudniki na njihovem ozemlju, pretirane. Namesto tega je bilo odločeno, da se z Uredbo o gostovanju določi zgornje mejne maloprodajne cene na ravni Skupnosti. Za tako odločitev o regulaciji na ravni Skupnosti, namesto na nacionalni ravni, je potrebna utemeljitev v smislu zavezanosti pravnega reda Skupnosti načelu subsidiarnosti. Načelo subsidiarnosti v skladu s členom 5 ES določa, da Skupnost lahko ukrepa, če države članice ne morejo zadovoljivo doseči ciljev predlaganih ukrepov in jih torej zaradi obsega ali učinkov predlaganih ukrepov laže doseže Skupnost. Povedano drugače, dokazati je treba, da je bil zakonodajalec Skupnosti v boljšem položaju kot nacionalni zakonodajalec za reguliranje maloprodajnih cen gostovanja. Jasno je, da je glede veleprodajnih cen obstajal problem usklajenega ravnanja, ki je zahteval ukrepanje Skupnosti, vendar glede maloprodajnih cen to ni očitno (potem ko so določene veleprodajne cene na ravni Skupnosti, bi države članice načeloma lahko prosto in učinkovito določile nacionalne maloprodajne cene). Ali bi lahko bil kakšen drug problem, ki bi države članice omejeval pri urejanju visokih stroškov gostovanja v trgovini na drobno?

29. Glavna utemeljitev iz Uredbe o gostovanju je, da ciljev te uredbe, in sicer zagotavljati potrošnikom ustrezno zaščito in preprečevati, da ne bi plačevali pretiranih cen, „države članice ne morejo doseči varno, usklajeno in pravočasno, zato jih je torej mogoče bolje uresničiti na ravni Skupnosti“. [35]

30. Svet meni, da je načelo subsidiarnosti v bistvu subjektivno in politično načelo. [36] V skladu s tem Svet poudarja namen zakonodajalca Skupnosti in zatrjuje, da je bil zasledovani cilj v skladu z uvodnimi izjavami Uredbe uporabiti „skupni pristop, ki bo zagotavljal,

35 – Uredba o gostovanju, uvodna izjava 38.

36 – O tem glej Armin von Bogdandy in Jürgen Bast, zgoraj v opombi 29.

da uporabniki prizemnih javnih mobilnih telefonskih omrežij na poti znotraj Skupnosti ne bodo plačevali previsokih cen za storitve gostovanja v Skupnosti, ko bodo klicali ali prejemali govorne klice, kar bo omogočilo visoko raven zaščite porabnikov in obenem ohranjalo konkurenco med mobilnimi operaterji ter spodbujalo k inovacijam in izbiri za porabnike“. [37] Menim, da ne cilji te uredbe ne namen zakonodajalca niso odločilni za zagotavljanje spoštovanja načela subsidiarnosti. Najprej, presoja glede načela subsidiarnosti, ki jo je treba opraviti, se ne nanaša na zasledovani cilj, ampak na potrebo po ukrepanju Skupnosti za doseg tega cilja. Nekatere cilje Skupnosti (ki upravičujejo pristojnost Skupnosti) lahko bolje uresničijo države članice (posledica tega je, da izvajanje te pristojnosti ni upravičeno). Nato, namen zakonodajalca Skupnosti ne zadošča za dokaz, da je bilo načelo subsidiarnosti spoštovano. To zahteva, da je mogoče potrebo po ukrepanju Skupnosti razumno predvideti. [38] Potrebno je več, kot samo poudarjanje morebitnih koristi zaradi ukrepanja Skupnosti. To vključuje tudi opredelitev mogočih problemov ali stroškov, če se urejanje problema prepusti državam članicam. Sodišče s postavitvijo teh zahtev ne nadomesti presoje zakonodajalca Skupnosti s svojo presojo, ampak zahteva, da ta subsidiarnost obravnava resno.

31. Če je šlo, kot je bilo rečeno, za očitno usklajeno ravnanje, ki utemeljuje ukrepanje Skupnosti glede veleprodajnih cen, se zdi, da ni neposredne prepričljive utemeljitve za usklajevanje maloprodajnih cen. Nasprotno, kot navajajo tožene stranke, se zdi, da so nacionalni regulativni organi v boljšem položaju za odločanje o potrebi po nadzoru cen (in če, na kateri ravni) na različnih nacionalnih trgih. Komisija v pisnih stališčih zatrjuje, da bi prepustitev tega vprašanja v presojo držav članic povzročila izkrivljanje konkurence, ker bi bili različni operaterji mobilne telefonije v različnih državah podrejeni različnim zgornjim mejnim cenam. Te trditve ni mogoče sprejeti. Razlike v cenah med državami članicami so skoraj na vseh področjih. Take razlike v cenah lahko povzročijo konkurenčne prednosti gospodarskih operaterjev iz nekaterih držav članic ali pa ne. Tako kot na mnogih drugih

37 – Uredba o gostovanju, uvodna izjava 16.

38 – Parlament in Svet v stališčih poudarjata, da so države članice prek ERSO podprle odločitev o reguliranju na ravni Skupnosti. Mogoče je trditi, da bolj ko se izpodbija potreba po ukrepanju Skupnosti, težje je dokazno breme zakonodajalca Skupnosti za utemeljitev tega dejanja. Na drugi strani tudi podpora vseh držav članic Svetu ne bi smela biti odločilna pri presoji o obstoju pristojnosti Skupnosti in izvajanju te pristojnosti. Spomniti je treba, da države članice v Svetu zastopajo njihove vlade. Zato izvajanje neke pristojnosti na ravni Skupnosti vpliva na ravnovesje oblasti znotraj držav članic in na njihove mehanizme politične odgovornosti. Pri razlagi in uporabi pravil glede pristojnosti je treba enako upoštevati vse te interese.

področjih lahko to pomeni le, da so cene v različnih državah članicah različne. Glede na to se zdi, da ni jasne razlike v primerjavi s trgom nacionalnih klicev, na katerem so gospodarski operaterji prav tako lahko podrejeni različnim zgornjim mejnim cenam. Poleg tega ni mogoče vseh konkurenčnih prednosti avtomatično opredeliti kot izkrivljanja konkurence. Zakonodajalec Skupnosti bi moral podati utemeljitve te trditve, kar pa ni storil. [39]

32. Na drugi strani, upoštevajoč dejstvo, da naj bi Uredba o gostovanju prenehala veljati tri leta po svojem sprejetju, ima neko težo trditev, da bi bilo treba v koristnem času določiti zgornje mejne cene, da bi se zagotovilo uresničitev ciljev Uredbe. Povezana je s trditvijo zakonodajne učinkovitosti. V smislu potrebe po ukrepanju Skupnosti na ravni veleprodajnih cen bi lahko bilo sporno zagovarjati, da je bolj smiselno in primerneje hkrati regulirati maloprodajne cene. Veleprodajne cene bi lahko bile določene v smislu načrtovanih maloprodajnih cen in obratno, potrošniki pa bi lahko takoj videli učinke ukrepanja Skupnosti.

33. Odločilna utemeljitev izhaja iz čezmejne narave gospodarske dejavnosti, ki jo je treba regulirati. Čeprav ne obstaja pomemben problem usklajenega ravnanja na ravni maloprodajnih cen, je upravičeno mogoče misliti, da je Skupnost v boljšem položaju kot države članice za rešitev problema maloprodajnih cen gostovanja. Zaradi čezmejne narave zadevne gospodarske dejavnosti (gostovanje) bi Skupnost lahko imela voljo rešiti problem in bila v boljšem položaju za uravnoteženje vseh stroškov in koristi načrtovanega dejanja na notranjem trgu.

34. Morda je čezmejna narava gospodarske dejavnosti vzrok za to, da je za njeno regulacijo tudi na ravni maloprodajnih cen potencialno primernejši zakonodajalec Skupnosti kot nacionalni regulativni organi. Ker je šlo za utemeljitev pravic, ki izhajajo

39 – Vsega tega se ne sme pomešati z dejstvom, navedenim zgoraj, da zgornja meja cen lahko pomeni omejitev za vstop na nacionalne trge. Trditev glede izkrivljanja konkurence se nanaša na konkurenco na istem trgu, na katerem so različna pravila glede cen, ne pa na dejstvo, da je z določitvijo nekaterih zgornjih mej cen na nacionalnem trgu mogoče omejevati učinkovito konkurenco nenacionalnih konkurentov (glede na višjo kakovost ali nižje cene, ki bi jih lahko ponudili, če ne bi bilo zadevnih zgornjih mej cen).

iz prava Skupnosti, je zakonodajalec Skupnosti imel razlog, da je menil, da nacionalni regulativni organi tem pravicam morda niso naklonili zadostne, po njegovem mnenju nujne, prednosti. Kot so razne stranke razložile na nekaj mestih v vlogah in na glavni obravnavi, operaterji mobilne telefonije cene storitev gostovanja pogosto določijo v okviru paketa, ki vključuje tudi druge storitve, kot na primer nacionalno komunikacijo. [40] Predvideti je mogoče, da bodo nacionalni regulativni organi osredotočeni na stroške in druge vidike domačih komunikacij in manj na stroške gostovanja. Skupnost je tista, ki ima zaradi čezmejne narave gostovanja poseben interes za zaščito in spodbujanje te gospodarske dejavnosti. To je tipičen primer, v katerem demokratičen postopek v državah članicah verjetno ne bo uspel zaščititi čezmejne dejavnosti. [41] Torej je mogoče razumeti, zakaj je ukrepal zakonodajalec Skupnosti.

35. Zakonodajalec Skupnosti v bistvu navaja, da vprašanja maloprodajnih cen ni bilo mogoče rešiti na nacionalni ravni, ker bi predolgo trajalo, da bi 27 različnih nacionalnih regulativnih organov uvedlo učinkovit nadzor nad maloprodajnimi cenami. Čeprav ni omenjeno v uvodni izjavi, je mogoče meniti, da bo zamuda nacionalnih regulativnih organov trajala nedoločen čas. Mogoče je, da nacionalni regulativni organi vprašanju stroškov gostovanja niso pripisali enakega pomena kot stroškom domačih komunikacij. Ker Uredba o gostovanju poudarja cilj lažje čezmejne dejavnosti in pomoči za delovanje notranjega trga tako, da zagotavlja enako uresničevanje in zaščito pravic prostega pretoka, ki jih zagotavlja pravo Skupnosti, je primerno ukrepanje na ravni Skupnosti, da bi se tem pravicam zagotovila potrebna prednost.

40 – Glej na primer ESRO, *Common Position on the Coordinated Analysis of the Markets for Wholesale International Roaming*, junij 2005, točka 59 (ki se nanaša na predlog), in odgovor ESRO na poziv Evropske komisije, naj komentira svoj predlog uredbe o mednarodnem trgu gostovanja, 22. marec 2006, točki 3.10 in 3.11 (ki se nanašata na možnost, da se prihranke od stroškov gostovanja na ravni veleprodaje uporabi za zmanjšanje stroškov nacionalnih storitev).

41 – Nekaj komentatorjev se je strinjalo, da demokratična zakonitost EU delno izhaja iz njene sposobnosti, da zaščiti mobilne operaterje, katerih interesi ne bi bili dovolj zastopani v demokratičnem postopku znotraj vsake države članice. Glej pred kratkim izdano delo Alexander Somek, *The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders Through Freedom of Movement*, U. Iowa Legal Studies Research paper, št. 09-23, maj 2009.

36. Končno, kot navaja Svet, določitev zgornjih mejnih cen omogoča upoštevanje

nacionalnih razlik pri določitvi cen pod to ravnjo. Tako regulacija Skupnosti daje nekaj prostora za ukrepanje držav članic. Glede na vse navedeno ni mogoče reči, da je bilo z zakonodajo Skupnosti kršeno načelo subsidiarnosti.

C – *Sorazmernost*

37. Kar zadeva vprašanje sorazmernosti, mora Sodišče presoditi, ali je odločitev zakonodajalca, kako urejati problem visokih cen gostovanja, sorazmerna s cilji člena 95 o vzpostavitvi notranjega trga in političnim ciljem varstva potrošnika glede na izgubo avtonomnosti držav članic in poseg v pravice tožečih strank.

38. Stranke, ki izpodbijajo veljavnost Uredbe o gostovanju, so zatrjevale, da je zakonodajalec Skupnosti s tem, da je določil zgornje mejne cene na ravni Unije, prekoračil tisto, kar je potrebno za uresničitev cilja znižanja cen storitev gostovanja, ter da je s tem neupravičeno posegel v lastninsko pravico tožečih strank in njihovo pravico do trgovanja. Sodišče je že večkrat presodilo, da mora pri presoji sorazmernosti odločitev zakonodajalca temu pustiti prosto presojo. Tako je načeloma „sodni nadzor izvajanja pristojnosti zakonodajalca omejen na preizkus, ali ne gre za očitno napako pri presoji, zlorabo pooblastil ali očitno prekoračitev meja pooblastil zakonodajalca za prosto presojo“. [42] Res je, da je nadzorovanje cen eno najbolj intruzivnih posredovanj na trgu ter da je posebej močna omejitev lastninskih pravic in svobodnega dajanja gospodarske pobude. Odločitev o uvedbi takega nadzorovanja mora zakonodajalec obravnavati resno. Zdi pa se, da v tej zadevi zakonodajalec Skupnosti tega ni storil.

39. Najprej se zdi, da je bilo ukrepanje zakonodajalca Skupnosti njegova zadnja možnost. Poročilo o preučitvi vplivov našteva ukrepe, ki jih je Skupnost sprejela, da bi poskusila znižati maloprodajne cene gostovanja, ki vključujejo preiskave na podlagi konkurenčnega prava, pobude za večjo transparentnost, regulativne ukrepe na podlagi prejšnjega okvira in politični pritisk. [43] Komisija je podala opozorila, da če se cene „bistveno ne približajo ravni, ki jo narekuje trg“, bodo sledili

42 – Sodba z dne 2. aprila 1998 v zadevi Norbrook Laboratories (C-127/95, Recueil, str. I-1531, str. 1594, točki 89 in 90).

43 – Preučitev vplivov političnih možnosti v povezavi s predlogom Uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o gostovanju v javnih mobilnih telefonskih omrežjih znotraj Skupnosti (COM(2006)382 konč., 12. julij 2006, str. 27).

regulativni ukrepi, vendar brez učinka. [44] Prav tako je zbrala obširne informacije o cenah gostovanja, iz katerih je razvidno, da so bile „maloprodajne tarife [gostovanja] zelo visoke, ne da bi to bilo jasno upravičeno", da se je „zaračunavalo visoke maloprodajne marže" in da „znižanja veleprodajnih tarif pogosto niso dosegla" potrošnikov. [45] Menila je, da so operaterji imeli več kot 200-odstotne dobičkonosne marže za izhodne klice med gostovanjem ter med 300- in 400-odstotne marže za klice, prejete med gostovanjem [46], kot tudi, da so cene močno nihale, česar ni bilo mogoče pojasniti glede na nizke stroške. Glede na informacije, ki jih je imela, je ugotovila, da maloprodajne cene gostovanja „nimajo logične povezave z nizkimi stroški opravljanja storitev" [47] in da ni razloga za upanje, da bodo nižje veleprodajne cene povzročile znižanje maloprodajnih cen [48].

40. Sprejeti regulativni pristop se zdi razumen v smislu kontradiktornih dokazov, ki so jih stranke predložile glede vprašanja, ali je bila oblika ukrepanja zakonodajalca Skupnosti potrebna. Na primer tiste, ki zagovarjajo veljavnost Uredbe, napotujejo na ugotovitve Evropske skupine regulativnih organov, da so cene storitev gostovanja pretirane in da je nadzor maloprodajnih cen lahko potreben, če se izkaže, da tržni organi pri zagotavljanju nižjih cen niso učinkoviti. [49] Družba Vodafone je na drugi strani navedla, da je ista skupina zatrjevala, da je sprva treba sprejeti prožen pristop, s katerim se upošteva nacionalne okoliščine. [50] Vendar zakonodajalec Skupnosti ni dolžan sprejeti vseh nasvetov take skupine strokovnjakov. Evropska skupine regulativnih organov je izjavila, da obstajajo visoke maloprodajne marže [51] in da se bodo nižje veleprodajne cene pri potrošnikih najverjetneje izrazile v obliki popustov pri cenah domačih storitev [52], kar je pa rešitev, ki kot sem navedel zgoraj v razpravi o možnosti nacionalne regulacije, ne bi upravičila pravic, ki izhajajo iz prava Skupnosti in se jih obravnava v tej zadevi. Še naprej naj bi obstajala „diskriminacija" čezmejnih komunikacij. Poleg tega je Evropska skupina regulativnih organov zakonodajalcu Skupnosti le predlagala, naj počaka, da bo videl, ali bodo tržne sile potisnile navzdol maloprodajne cene. Glede na številne dokaze, da znižanje veleprodajnih cen ne bo doseglo uporabnikov [53], se od zakonodajalca Skupnosti ni zahtevalo, naj sprejme tak pristop čakanja. Kot je zatrjevala Komisija in je priznala Evropska skupina regulativnih organov, je bilo treba upoštevati pravi trenutek, ki je pomemben element, in glede na to, skupaj z jasno ugotovitvijo, da so cene gostovanja pretirane, je odločitev o regulira-

44 – Pripombe Viviane Reding Evropski skupini regulativnih organov, *Towards a True Internal Market for Electronic Communications*, Pariz, 8. februar 2006, str. 5; glej tudi Preučitev vplivov, navedeno zgoraj v opombi 43, str. 12.

45 – Zgoraj v opombi 43 navedena preučitev vplivov, str. 12.

46 – Zgoraj v opombi 43 navedena preučitev vplivov, str. 6 in 47.

47 – Zgoraj v opombi 43 navedena preučitev vplivov, str. 17.

48 – Zgoraj v opombi 43 navedena preučitev vplivov, str. 48.

49 – Zgoraj v opombi 33 naveden odgovor ESRO, str. 1 in 2.

50 – *Ibid*, str. 2.

51 – Zgoraj v opombi 33 naveden odgovor ESRO, odstavek 2.6.

52 – Zgoraj v opombi 33 naveden odgovor ESRO, odstavka 3.10 in 3.11.

53 – Glej na primer zgoraj v opombi 45 navedeno preučitev vplivov. GSM trdi, da ta preučitev vplivov ni primerno upoštevala nedavnih znižanj maloprodajnih cen. Vendar je bilo v tej preučitvi vplivov navedeno, da so Vodafone, T-Mobile, Telefonica O2 in Orange napovedali pomembno znižanje cen šele zadnji teden med preučevanjem vplivov in ugotovili, da so bila ta znižanja bolj odziv na grožnjo regulacije kot na tržne sile (Preučitev vplivov, str. 10 in 27). Poleg tega je bilo znižanje maloprodajnih cen omejeno glede na dobičkonosne marže do 400 %, kot je navedeno v uvodni izjavi 1 Direktive.

nju maloprodajnih cen bila ena od razumnih možnosti zakonodajalca.

41. Poleg tega zakonodajalec Skupnosti z nadzorom cen nima namena na dolgi rok regulirati tržnih cen, ampak poskusiti znižati cene (in morebiti doseči učinkovito konkurenco na trgu), kar naj bi bil odgovor na umetno povezane cene zaradi nedelovanja trga, ki se ga ni dalo popraviti s pravili konkurence. To je razvidno iz uvodnih izjav 5, 6 in 9 Uredbe o gostovanju, v katerih je navedeno dejstvo, da si je Evropska skupina regulativnih organov prizadevala visoke cene odpraviti z veljavnimi pravili konkurence, in uvodne izjave 28, v kateri je poudarjeno, da mora Uredba spodbujati inovativne ponudbe uporabnikom gostovanja po cenah, nižjih od najvišje dovoljene cene. Zakonodajalec Skupnosti je z omejitvijo veljavnosti Uredbe na tri leta omejil tudi obseg vmešavanja na trg s tem nadzorom in omogočil, da ima trg „drugo možnost“ za popravo tega nedelovanja.

42. Medtem ko je nadzor cen treba zmeraj pazljivo preizkusiti, je nadzor v tej zadevi zaradi izjemnega vpliva na trg, omejenega trajanja tega nadzora in cilja popraviti nedelovanje trga, česar ni bilo mogoče doseči s pravili konkurence, lažje sprejemljiv. Poleg tega obstoj določbe o prenehanju veljavnosti zmanjša njegov vpliv na pravice gospodarskih operaterjev. Take določbe zagotavljajo, da bo zakonodajalec Skupnosti svoje ukrepe periodično ponovno ocenil na področjih, na katerih – kot na primer pri gostovanju – se dogajajo hitre socialne in gospodarske spremembe. [54] Če bi

54 – Potreba po periodičnem ponovnem pregledu izbire zakonodajalca Skupnosti na tem hitro razvijajočem se trgu je jasno izražena v sami okvirni direktivi (Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2002/21/ES dne 7. marca 2002 o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve, UL L 108, str. 33). Uvodna izjava 27 okvirne direktive, ki se nanaša na reguliranje *ex ante*, da se zagotovi razvoj konkurenčnih trgov komunikacij, določa, da naj „Komisija […] smernice redno pregleduje, s čimer zagotovi njihovo dolgoročno ustreznost hitro razvijajočemu se trgu“.

zakonodajalec Skupnosti nameraval razširiti nadzor cen ali ga uvesti za nedoločen čas, bi morala biti taka odločitev sorazmerna in treba bi bilo predložiti dodatne razloge, s katerimi bi se upravičilo tak nadzor.

43. Družba Vodafone je navedla tudi, da so se cene storitev gostovanja po sprejetju Uredbe grupirale blizu zgornje meje in da to dokazuje, da je Uredba s cenami v tem sektorju zadušila konkurenco. Vendar je mogoče tudi meniti, da je tako grupiranje cen dokaz neobstoja konkurence glede cen gostovanja, in ugotoviti, da bi visoke cene ostale na prejšnji ravni, če zakonodajalec ne bi ukrepal. Glede na vse navedeno torej ni mogoče ugotoviti, da izbira zakonodajalca ni bila pravilna in da je zato pomenila neupravičen poseg v pravice tožečih strank.

44. Preučitev sorazmernosti zahteva tudi, da se Sodišče vpraša, ali večja sposobnost Skupnosti, da doseže cilje, ki se jih zasleduje z zadevno zakonodajo, lahko upraviči izgubo avtonomnosti držav članic, ki jo pomeni pristop, ki ga je izbral zakonodajalec. [55] Stališča strank o tem so dokaj skopa. Jasno je, da določitev zgornjih mejnih cen na ravni Skupnosti zmanjša avtonomijo regulativnih organov držav članic. Vendar glede na podporo skoraj vseh upoštevnih organov držav članic glede sprejetja zadevne uredbe, ta trditev izgubi nekaj moči. V smislu omejenega področja uporabe zadevnih pravil (storitve gostovanja), proste presoje, ki jo Sodišče prizna zakonodajalcu na teh področjih, in neobstoja kakršnih koli trditev tožečih strank, ki bi temu nasprotovale, ni mogoče ugotoviti nesorazmernosti Uredbe.

55 – Čeprav je Sodišče v sodbah poudarilo sorazmernost zakonodaje Skupnosti v smislu njenih temeljnih ciljev, kot na primer zgoraj v opombi 15 navedeni sodbi Swedish Match, je treba preučiti sorazmernost tudi v smislu vpliva na avtonomijo držav članic. Glede tega glej Mattias Kumm, Constitutionalising Subsidiarity in Integrated Markets: The Case of Tobacco Regulation in the European Union, European Law Journal, vol. 12, št. 4, julij 2006, str. od 522 do 524. Generalni pravobranilec Fennelly je prav tako zatrjeval, čeprav na drugi podlagi, da v nasprotju s cilji notranjega trga temeljni cilji, kot na primer promocija zdravja, sami ne morejo zadostiti merilu sorazmernosti (sklepni predlogi v zadevi Imperial Tobacco in drugi, C-74/99, Recueil, str. I-8599, točka 149).

## II – Predlog

45. Glede na vse navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanja predložitvenega sodišča odgovori:

Preučitev vprašanj, ki jih je predložilo High Court of Justice, Queen's Bench Division (Administrative Court), ni pokazala nobenega dejavnika, ki bi vplival na veljavnost Uredbe (ES) št. 717/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 27. junija 2007 o gostovanju v javnih mobilnih telefonskih omrežjih znotraj Skupnosti in spremembah Direktive 2002/21/ES.