ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
Г-Н M. POIARES MADURO
представено на 1 октомври 2009 година[1]

I — Фактически и правен контекст

1. Една от най-комплексните и в същото време основни функции на Съда е упражняването на контрол над рамките на действията на Съюза. Това е от съществено значение за запазване на равновесието в правомощията между държавите и Съюза. То е също така и жизненоважно за поддържането на подходящ баланс между самите институции на Съюза. Освен това упражняването на контрол върху действията на Съюза е важно, за да се гарантира определена политическа отговорност в рамките на държавите (защото Съюзът засяга баланса на техните вътрешни правомощия) и да се разпредели по подходящ начин политическата отговорност между Съюза и държавите (по такъв начин, че гражданите да знаят кой за какво е отговорен в действителност). Съдебният контрол обаче не е единственото средство за упражняване на контрол върху правомощията на Съюза и в частност върху правомощията на Общността. Процесите на вземане на решения, предмет на които са правомощията на Общността, и участието, което тези процеси предоставят на държавите членки и на отделните институции на Общността, често представляват най-ефикасното средство за контрол на тези правомощия. Може да се каже, че за дълъг период от време Съдът не е бил призоваван да играе доминираща роля в контрола на правомощията на Общността именно защото вече са съществували строги ограничения на тези правомощия, заложени в процесите на вземане на техните решения. С разширяването на правомощията на Общността и промените в процесите на вземане на решения обаче Съдът все по-често е призоваван да играе тази роля. Една от най-трудните области включва разширяването на правомощията на Общността в контекста на вътрешния пазар, и по-специално разширяването на законодателните правомощия, възложени на Общността по силата на член 95 ЕО. Настоящото дело е добър пример за това. В него по същество се поставя въпросът дали Общността може да регулира цени на основание член 95 ЕО и ако случаят е такъв, до каква степен и при какви условия. Няма съмнение, че в контекста на функционирането на вътрешния пазар Общността разполага с правомощието да се намесва по отношение на цените, определяни както от предприятията (при спазване на правилата в областта на конкуренцията), така и от държавите членки (по-конкретно в съответствие с правилата за свободното движение). Но може ли самата Общност да приема законодателство въз основа на член 95, като например да въвежда определени ограничения на цените? Ако случаят е такъв, при какви условия тя може да прави това? Отговорът, който трябва да бъде даден от Съда, зависи от нашето общо разбиране за целта на член 95. Считам, че от тълкуването, което Съдът е дал на член 95, е видно, че това не е разпоредба, предназначена да предостави общо правомощие на Общността за регулиране на вътрешния пазар. В същото

1 — Език на оригиналния текст: английски.

време обаче Съдът не ограничава член 95 по такъв начин, че на Общността да се предоставят само правомощията, необходими за премахване на препятствията пред функционирането на вътрешния пазар. Причината за това може да бъде открита в двойствената природа на тази разпоредба. Тази разпоредба е предназначена за приемане на мерки, които имат за цел създаването или функционирането на вътрешния пазар, като тези мерки на Общността заменят мерки на държавите, които преследват различни регулаторни цели на пазара. Фактът, че намесата на Общността се е оказала необходима за целите на вътрешния пазар, не трябва да се отразява на реализирането на тези други регулаторни цели. Всяко тълкуване на член 95 трябва да запази този баланс. Целта за интеграция на пазарите оправдава намесата на Общността, като тази намеса на Общността следва да запази политическата свобода за избор между различни стратегии при регулирането на пазара. Именно от тази загриженост трябва да се ръководи тълкуването и прилагането на член 95 към настоящото дело.

2. По делото се оспорва Регламент (ЕО) № 717/2007 на Европейския парламент и на Съвета от 27 юни 2007 година относно роуминга в обществени мобилни телефонни мрежи в рамките на Общността и за изменение на Директива 2002/21/ЕО (ОВ L 171, стр. 32) (наричан по-нататък „Регламентът относно роуминга“), който изменя Общата регулаторна рамка (наричана по-нататък „ОРР“), като въвежда максимални цени за Общността по отношение на роуминга (наричани „Евротарифа“) [2] в обществените мобилни телефонни мрежи в държавите членки. ОРР съдържа редица мерки на Общността, които установяват съвкупност от хармонизирани процедури, уреждащи регулаторната рамка по отношение на електронните съобщителни услуги в Съюза. Преди влизането в сила на Регламента относно роуминга ОРР не е предоставяла на институциите на Общността правомощието да определят максимални цени за Общността по отношение на роуминга.

3. Vodafone и други подават жалба пред High Court of England and Wales, като оспорват валидността на Регламента относно роуминга. Националната юрисдикция съд отправя следните въпроси до Съда на основание на член 234 от Договора за ЕО:

„а) Налице ли е пълна или частична невалидност на Регламент (ЕО) № 717/2007, поради това че като правно основание неправилно е приет член 95 ЕО?

2 — „Роуминг“ се отнася до използването на мрежата на доставчик на мобилни комуникации в държава членка, различна от държавата, в която е мрежата на мобилния телефон на абоната.

б) Налице ли е невалидност на член 4 от Регламент (ЕО) № 717/2007 (във връзка с член 2, буква а) и член 6, параграф 3, доколкото те се отнасят до Евротарифата и до свързаните с нея задължения), по съображение че определянето на таван за цените на дребно за роуминг [услугите] нарушава принципа на пропорционалност и/или принципа на субсидиарност?“

4. Както тези въпроси указват, оспорването на Регламента се основава на твърденията, че Регламентът относно роуминга е невалиден въз основа на това, че член 95 ЕО не предоставя адекватно правно основание за действие на Общността и че дори това да не е така, налагането на контрол над цените на дребно от Регламента представлява нарушение на принципите на пропорционалност и субсидиарност. Предлагам първо, преди да се пристъпи към разглеждането на въпросите, възникнали във връзка с пропорционалността и субсидиарността, да се разгледа въпросът за правното основание.

5. Релевантните текстове от член 95 ЕО предвиждат:

„1. Чрез дерогация от член 94 и освен ако в този договор не е предвидено друго, следващите разпоредби се прилагат за постигане на целите, заложени в член 14. Съветът, в съответствие с процедурата по член 251, след консултация с Икономическия и социален комитет, приема мерките за сближаване на законовите, подзаконовите и административните разпоредби на държавите членки, които имат за цел създаването или функционирането на вътрешния пазар.

2. Параграф 1 не се прилага за данъчни разпоредби, за разпоредби, отнасящи се до свободното движение на хора, нито пък за тези, отнасящи се до правата и интересите на заетите лица.

3. В своите предложения, предвидени в параграф 1, в областта на здравето, сигурността, защитата на околната среда и закрилата на потребителите, Комисията приема за база високо равнище на закрила, като взема под внимание, по-специално, всяко ново развитие, основаващо се на научните факти. В рамките на съответните си правомощия, Европейският парламент и Съветът също ще полагат усилия да постигнат тази цел“.

6. Релевантните текстове от член 14 предвиждат:

„1. Общността приема мерки с цел постепенното създаване на вътрешния пазар в рамките на срок, изтичащ на 31 декември 1992 г., в съответствие с разпоредбите на настоящия член и на членове 15, 26, 47, параграф 2, 49, 80, 93 и 95 и без да се нарушават другите разпоредби на Договора.

2. Вътрешният пазар се състои от пространство без вътрешни граници, в което свободното движение на стоки, хора, услуги и капитали е гарантирано в съответствие с разпоредбите на настоящия Договор“.

А — *Правно основание*

7. Както Съдът нееднократно е приемал, член 95 може да бъде използван като правно основание в случай на наличие на разлики или на потенциални разлики между националните правни уредби, „когато подобни разлики могат да възпрепятстват упражняването на основните свободи или да доведат до нарушаване на конкуренцията“ [3]. Мерките, влезли в сила на това основание, се прилагат „само когато от нормативния акт е видно действително и обективно, че неговата цел е да подобри условията за създаването или функционирането на вътрешния пазар“ [4]. Член 95 не съставлява основание за възлагане на обща компетентност за регулиране на вътрешния пазар [5]. Ето защо законодателните актове, приети на основание член 95, не трябва да имат за цел само да регулират вътрешния пазар в посоката, която общностният законодател прецени за желана. Както Съдът вече е приел, да се допусне такова прилагане на член 95 би означавало да се влезе в противоречие с конкретния текст на този член и да се наруши ръководният конституционен принцип, съгласно който правомощията на Общността се ограничават до конкретно възложените ѝ правомощия [6]. Нещо повече, това би било в конфликт със съществуването на друго правно основание в Договора, което изрично възлага правомощия на Общността да регулира отделни аспекти на пазара.

8. Това не означава, че законодателството, прието по силата на член 95, не може да преследва отделни регулаторни цели. И наистина, ако член 95 се тълкува в смисъл, че предоставя на Общността единствено правомощията, необходими за премахване на препятствията пред интеграцията на пазарите, намесата на Общността винаги би подчинявала другите регулаторни цели на пазара на мерките, които биха били строго необходими за премахване на препятствията пред свободното движение. Би било равнозначно да се твърди, че общностният законодател може да приема само мерки, които имат за цел да допринасят за взаимно признаване, тъй като такива мерки винаги биха били достатъчни, за да предотвратят възникването или съществуването на препятствията пред свободното движение. Всякакви други мерки биха били прекомерни, ако действайки в съответствие с член 95 с цел премахване на ограниченията върху свободното движение, общностният законодател не би могъл да излиза извън рамките на достатъчното за премахване на препятствията пред свободното движение. Това означава, че член 95 може да насърчава интеграцията на пазара само чрез дерегулация на националните пазари. Такова тълкуване би предполагало, че член 95 съдържа предпочитание към определена политика, докато в Договора не се съдържат разпоредби, подкрепящи тази гледна точка. Както разяснява генералният адвокат Fennelly, „съдебната практика [на Съда] не налага тълкуването на член 7А, член 57, параграф 2 и член 100А (понастоящем член 14, член 47, параграф 2 и член 95) от Договора

3 — Решение от 10 февруари 2009 г. по дело Ирландия/Европейски парламент и Съвет на Европейския съюз („Запазване на данни“) (C-301/06, Recueil, стр. I-593), точки 63 и 64.

4 — Решение от 2 май 2006 г. по дело Обединено кралство/Парламент и Съвет (C-217/04, Recueil, стр. I-3771), точка 42.

5 — Решение от 5 октомври 2000 г. по дело Германия/Парламент и Съвет, (C-376/98, Recueil, стр. I-8419), точка 83.

6 — Пак там.

като вид либерална харта, разрешаваща хармонизация въз основа на най-ниския стандарт или дори въз основа на някаква средна степен на съществуващите по-рано национални стандарти“ [7]. Обратно, едно правилно тълкуване на член 95 трябва да различава това, което води до хармонизация в Общността (опасност от ограничения на свободното движение или от нарушаване на конкуренцията), от обхвата и съдържанието на тази хармонизация. Последната трябва да бъде в състояние да постига различни политически цели, обикновено осъществявани чрез национални мерки, които следва да бъдат заменени със законодателството на Общността. С други думи, член 95 трябва да бъде тълкуван като допускащ възможността общностният законодател да преследва и да балансира различни регулаторни цели, след като неговата компетентност е породена от необходимостта за хармонизация на определена област.

9. Член 95 може наистина да предоставя основанието за засилване на регулирането, а не само на дерегулаторните мерки. По принцип това следва да се реши в политическия процес. Всъщност член 95, параграф 3 предвижда изрично, че законодателството, за което той предоставя правно основание, следва да се стреми към високо ниво на защита на здравето, безопасността, околната среда и потребителите. Тези цели обаче трябва да бъдат част от една цялостна законодателна рамка, която има за цел създаването или функционирането на вътрешния пазар чрез сближаване и хармонизиране на законовите или подзаконовите разпоредби или на административните действия на държавите членки. С други думи, мярката на Общността трябва да допринася за интеграцията на пазара, макар и да не е необходимо тя да се ограничава само до строго необходимото за подпомагането на интеграцията на пазара. Въпреки че подпомагането на интеграцията на пазара е необходимо изискване за възникването на компетентността на Общността по член 95, упражняването на нейната компетентност не трябва да бъде ограничавано до целта за интеграция на пазара. Ако беше така, това би поставило под въпрос преследването на други законни регулаторни цели, които държавите вече не биха могли да преследват самостоятелно.

10. Същността на оспорването на Регламента на базата на неговото правно основание се отнася до този пункт. Vodafone твърди, че тъй като ОРР вече е предвидила цялостната хармонизация на правната уредба на държавите членки на сектора на мобилната телефония, Регламентът относно роуминга не можел да цели хармонизиране на правилата на държавите членки в тази област. Следователно Регламентът съставлява недопустимо използване на член 95 за целите на регулирането на вътрешния пазар.

11. Както обаче Съдът многократно е посочвал, фактът, че по-рано е била приета цялостна хармонизация в конкретна област въз основа на член 95 ЕО, „не предполага по никакъв начин, че общностният законодател не може да изменя или да приспособява тези разпоредби и — ако е необходимо — да въвежда нови, за да постигне в по-голяма степен целите“ на

7 — Пак там. Заключение на генералния адвокат Fennelly, точка 85.

първоначалните мерки за хармонизация [8]. Тези цели, както беше посочено по-горе, не трябва да бъдат ограничавани до интеграцията на пазара, дори и последното да е необходимо, за да се обоснове упражняването на компетентността на Общността. Да се приеме друго, би означавало, че Общността няма да бъде в състояние да отстрани недостатъците в мерките за хармонизация въз основа на член 95. Когато действа въз основа на член 95, общностният законодател постъпва по начин, който отразява определени политически решения. Това включва избора на определено ниво, например на защита на потребителите и отказ от други възможности за по-високи или по-ниски нива на такава защита. Тези решения могат да имат непредвидени отрицателни последици или, както се случва в демократичните държави, променящите се политически мнозинства могат да решат, че дадено предишно решение създава неподходящ баланс между различните интереси на участниците. Би било абсурдно и недемократично, ако общностният законодател не е в състояние да преразглежда предишни политически решения, взети в контекста на законодателство, прието въз основа на член 95, за да отрази промените в общественото мнение и напредъка в познанието или да предприеме действия при непредвидени отрицателни последици на мерките за хармонизация. Дори когато мерки за хармонизация, като например ОРР, са се оказвали ефикасни за предотвратяване на нарушаването на конкуренцията и на препятствията пред свободното движение и могат да бъдат разглеждани като гаранции за създаването или функционирането на вътрешния пазар, общностният законодател трябва да запази свободата си да адаптира тези мерки в съответствие с напредъка в знанията или политическите предпочитания [9]. Следователно възражението срещу влизането в сила на Регламента относно роуминга, с мотива че в ОРР вече е уредена хармонизацията на съответните области, е неоснователно.

12. Страните, които оспорват валидността на Регламента относно роуминга, освен това твърдят, че тъй като е приел подход, който се отклонява в значителна степен от подхода, възприет в ОРР [10], Регламентът не може да се счита за изменение на ОРР. Фактът, че изменящата мярка може да бъде несъвместима с подхода, възприет в ОРР, не променя обстоятелството, че тя съставлява изменение. Измененията могат да заменят и да допълват мерките за хармонизация [11]. Те могат също така да ги изменят. В действителност необходимостта от изменение може да възникне точно защото може да се окаже, че определени мерки за хармонизация не функционират по удовлетворителен начин и поради това се налага изменение, което е несъвместимо

8 — Решение от 8 ноември 2007 г. по дело Gintec (C-374/05, Сборник, стр. I-9517), точка 29.

9 — Решение от 10 декември 2002 г. по дело British American Tobacco (Investments) и Imperial Tobacco (C-491/01, Recueil, стр. I-11453, точка 80), където Съдът отбелязва, че „напредъкът в научното познание обаче не е единственото основание, на което общностният законодател може да реши да адаптира законодателството на Общността, тъй като той трябва, при упражняване на свободата на преценка, с която разполага в тази област, да вземе предвид и други съображения, като например нарасналата значимост на социалните и политически аспекти на кампанията против тютюнопушенето“.

10 — ОРР предвижда намеса от националните регулатори и по правило при обстоятелства, при които се вижда, че определен участник на пазара притежава „значителна пазарна сила“. Регламентът относно роуминга предвижда определяне на цени в Общността дори при обстоятелства, при които не се открива съществуването на значителна пазарна сила.

11 — Решение по дело Обединено кралство/Парламент и Съвет, посочено в бележка под линия 4 по-горе.

с първоначалния подход [12]. Съдът ясно е приел, че мерките за хармонизация могат да бъдат адаптирани на базата на променящите се политически възгледи, посочвайки във връзка с измененията в хармонизирания режим на Общността по отношение на тютюневите изделия, че „общностният законодател може да изпълнява своята задача по защита на общите интереси, признати от Договора, […] само ако има свободата да изменя съответното общностно законодателство по начин, който отчита промените в разбиранията или в обстоятелствата“ [13]. Промяната в разбиранията може да наложи изменения, които се отклоняват от подхода, възприет в първоначалната мярка за хармонизация. Фактът, че Регламентът относно роуминга е възприел подход, който е несъвместим с подхода, възприет в ОРР, не означава, че същият не може да се счита за нейно изменение. Безспорните граници по отношение на възложената от член 95 компетентност на Общността, не могат да функционират по начин, който да изисква Съюзът да се придържа към определена форма на хармонизация, когато такава хармонизация вече не се счита за удачна.

13. От друга страна, макар и общностният законодател да може да преразглежда със законодателни промени политическите решения, намерили израз в мерките за хармонизация, приети на основание член 95, той не може сам да си възложи правомощието да приема правна уредба по въпроси, които са извън приложното поле на член 95, представяйки тези мерки просто за изменения. Законодателство, което се отнася например до област, различна от областта на една първоначална мярка за хармонизация, като например изменение на ОРР, за чието предназначение се твърди, че е да определи квоти за улов, не може да се счита за валидно изменение [14]. Считам, че такъв би бил и случаят на мярка от общностното право, която, ако дадем един абсурден пример, напълно би забранила предоставянето на роуминг услуги [15]. Общността не може също така, чрез простото обозначаване на определена мярка като изменение, надлежно да приема законодателство за хармонизация на области, попадащи в рамките на правомощията на държавите членки, без да отговаря на изискването това законодателство да доказва, че цели премахването на разликите или на потенциалните разлики между националните правни уредби, „когато подобни разлики могат да възпрепятстват упражняването на основните свободи или да доведат до нарушаване на конкуренцията“ [16]. С други думи, не е нужно изменението

12 — Решение по дело British American Tobacco (Investments) и Imperial Tobacco, посочено в бележка под линия 9 погоре, точка 80.

13 — Пак там, точка 77.

14 — Това не се отнася за настоящия случай. Правомощието за определяне на максимални цени на роуминг услугите несъмнено попада в областта, обхванатата от първоначалната мярка за хармонизация, която е насочена към електронните съобщителни услуги в държавите членки.

15 — Съдът обаче е приел в Решение от 14 декември 2004 г. по дело Swedish Match (C-210/03, Recueil, стр. I-11893), че мярка на Общността, която изцяло забранява търговията с определен продукт, може да бъде приета по силата на член 95, при условие че съществува риск от различни национални законодателства, създаващи препятствия в търговията с този продукт. Изглежда Съдът приема, че рискът от препятствия в търговията с такъв продукт може да обоснове пълната забрана на Общността за продажбата на този продукт. Въпреки че може да се оспори обхватът, в който такава забрана все пак поддържа отношение към целите на член 95 (ограниченото свободно движение може да бъде по-добре от пълната липса на свободно движение за целите на член 95), настоящият случай не изисква от Съда ново обсъждане на този въпрос. Както обаче ще стане по-ясно, аз застъпвам мнението, че приемането на мерки (включително на дадена мярка като изменение) не просто изисква като отправна точка установяването на разлики в националните законодателства, създаващи възможност за възникване на препятствия в търговията, които да бъдат обосновани по силата на член 95. То трябва да допринася за постигането на целите, преследвани съгласно член 95. Не се изисква обаче приемането на мерки да се ограничава само до тези цели.

16 — Дело C-301/06, посочено в бележка под линия 3 („Запазване на данни“), точки 63 и 64.

само по себе си да бъде обосновано от необходимостта за премахване на препятствията в търговията или на нарушения на конкуренцията, а мярката след нейното изменение трябва да продължава да обслужва целите на член 95. Не е лека задача обаче да се определи как тези принципи се прилагат в конкретните случаи.

14. Според мен такова определяне изисква от Съда да разгледа изменението в общия законодателен контекст, така че да прецени дали може да продължава да се счита, че това законодателство (след изменението) подпомага интеграцията на пазара и следователно отговаря на условията за прилагане на член 95. Изменението също така може да бъде основателно, ако е необходимо да се разреши определен проблем, когато първоначалната мярка за хармонизация възпрепятства държавите членки да го решат ефективно.

15. В настоящия случай един от възможните подходи за откриване на основание съгласно член 95 за настоящото изменено законодателство би бил да се установи, че съществува риск от разнопосочни национални мерки за контрол върху цените. Оценка на такъв риск обаче не може да бъде направена в светлината на положението след приемането на ОРР и на евентуалните ограничения, наложени от тази рамка за приемането на национални мерки за контрол върху цените. Ако това беше така, за общностния законодател щеше да е невъзможно да измени която и да било мярка, която в своята първоначална форма би била ефикасна за премахването на препятствията в търговията, макар и нейното въздействие върху други политически цели понастоящем да може да оправдае различен вид регулиране. Това би било неприемливо поради посочените по-горе причини: приемането на мерки въз основа на член 95 трябва да запазва политическата свобода за избор между различните варианти на политиката на регулирането на пазара. Преценката, която следва да бъде извършена в светлината на член 95, не трябва да бъде насочена към въпроса дали изменението е необходимо, предвид измененото законодателство, за предотвратяване на препятствията в търговията, а дали измененото законодателство продължава да обслужва предотвратяването на препятствия в търговията. За тази цел трябва да се разгледа въпросът каква би била ситуацията при липсата на каквато и да било общностна правна уредба на разглежданата област. Очевидно потенциални препятствия в търговията, произтичащи от национални мерки за контрол върху цените [17], могат да бъдат предотвратени чрез налагане на рамки за националните правни уредби в областта на цените или чрез регулиране на цените на общностно равнище. Фактът, че общностният законодател първоначално е избрал първия от тези подходи за предотвратяване на препятствията в търговията, не би следвало да възпрепятства последващото възприемане на различен подход, ако това се изисква от другите политически цели. Това не означава, че изборът между два

17 — Вж. например Решение от 5 декември 2006 г. по дело Cipolla (C-94/04 и C-202/04, Recueil, стр. I-11421).

различни метода на защита на целите на член 95 е напълно свободен за общностния законодател. Възможно е това да не е така, предвид други правила на Общността, като например субсидиарност и пропорционалност. Това обаче е въпрос, различен от въпроса за определяне на приемливостта на всеки един от тези подходи (първоначално или като изменение) въз основа на член 95. Последният изисква само съществуването на разлики в националните законодателства, които могат да доведат до възникването на препятствия в търговията или на нарушения на конкуренцията, които мярката на Общността трябва да предотврати. Той не налага определено законодателно решение за начина, по който те следва да бъдат предотвратени.

16. Във връзка с това остава да се определи дали в настоящия случай, при липсата на общностно законодателство, действително е съществувал риск от разнопосочни национални мерки за контрол върху цените и дали тези мерки са били от такова естество, че да позволяват възникването на препятствия за търговията и да оправдаят приемането на общностни мерки за контрол върху цените. С други думи, при липсата на ОРР, съществувал ли е риск от препятствия за роуминг услугите, породен от различни национални мерки за контрол върху цените?

17. В практиката на Съда е установено, че националните мерки за контрол върху цените могат да създават ограничения за търговията. Докато тези мерки „сами по себе си не съставляват мерки, които имат равностоен на количествено ограничение ефект“, те „могат да имат такъв ефект, когато цените са определени на равнище, при което вносните продукти са поставени в по-неблагоприятно положение в сравнение с идентични национални продукти“ [18]. В контекста на ценови системи, съдържащи максимални цени, това се случва „когато цените са определени на равнище, при което продажбата на вносни продукти става невъзможна или по-трудна от продажбата на национални продукти“ [19]. Такъв ще бъде случаят, когато максималните цени са толкова ниски, че чуждестранните доставчици не могат да реализират разумна печалба [20], когато чуждестранните доставчици трябва да посрещат по-високи разходи, които не са взети предвид при определянето на максималната цена или когато ценовият таван възпрепятства правилното заплащане на услугите с по-високо качество, предоставяни от чуждестранни доставчици [21].

18. Не всички национални мерки за контрол върху цените обаче имат потенциала

18 — Решение от 13 ноември 1986 г. по дело Edah (80/85 и 159/85, Recueil, стр. 3359, точка 11). Вж. също Решение от 26 февруари 1976 г. по дело Tasca (65/75, Recueil, стр. 291), Решение от 24 януари 1978 г. по дело Van Tiggele (82/77, Recueil, стр. 25) и Решение от 7 май 1991 г. по дело Комисия/Белгия (C-287/89, Recueil, стр. I-2233), точка 17.

19 — Решение от 19 март 1991 г. по дело Комисия/Белгия (C-249/88, Recueil, стр. I-1275, точка 15).

20 — Решение, посочено в бележка под линия 19, точка 17.

21 — Вж. точки 69—75 от заключението ми по дело Cipolla, посочено в бележка под линия 17.

да създадат препятствия за търговския обмен и възникването на подобни препятствия трябва да бъде вероятно [22]. Считам, че общностният законодател не е доказал съществуването на такъв риск към момента на приемане на първоначалната мярка или към момента на изменението. Парадоксално е, но най-силният довод за съществуването на такъв риск може да бъде извлечен от довода на жалбоподателите, че ОРР, както първоначално е приета от общностния законодател, изисквайки доводи за *„значителна пазарна сила“* („ЗПС“) преди извършването на предварителна регулаторна намеса, ограничава възможността на държавите членки да установяват контрол върху цените в сектора на мобилните комуникации. От това следва, че ОРР противодейства на опасността определянето на различни максимални или минимални цени от органи на държавата членка в сектора на мобилните комуникации да причини възникването на препятствия и нарушения на конкуренцията в единния пазар. Ако това е така, изборът, пред който е бил изправен законодателят при разработването на ОРР, е бил да противодейства на тази опасност чрез ограничаване на възможностите на държавите членки да определят цените в този сектор или чрез определяне на общи цени за Съюза (преценката за съответствие на този избор с принципите на пропорционалност и субсидиарност е напълно различен въпрос). И двете решения биха допринесли ефикасно за функционирането на вътрешния пазар. С изискването да бъде установена ЗПС, преди да се пристъпи към предварителна регулаторна намеса, законодателят е предпочел първото. Обстоятелството, че това решение е било ефикасно за предотвратяването на препятствия пред търговията и нарушения на конкуренцията, не би следвало да представлява пречка за приемането на различен регулаторен подход, доколкото този различен регулаторен подход би продължил да предотвратява възникването на препятствия пред търговията и нарушения на конкуренцията. В действителност обаче налагането на рамки на регулаторната намеса на държавите членки от ОРР е извършено в общ план и не е било насочено специално към предотвратяването на различия в националния контрол върху цените, нито пък се е основавало на изрично установяване на вероятността от възникване на препятствия в търговията в резултат от един бъдещ национален контрол върху цените. Вследствие на това не мога да заключа, че рискът от възможни бъдещи различия в националния контрол върху цените, който би създал препятствия пред търговията, е установен до степен, оправдаваща приемането на мерки за контрол върху цените съгласно член 95.

19. Считам обаче, че общностният законодател би могъл да регулира цените

22 — Решение от 12 декември 2006 г. по дело Германия/Парламент и Съвет (C-380/03, Recueil, стр. I-11573, точка 37), Решение по дело British American Tobacco (Investments) и Imperial Tobacco, посочено в бележка под линия 9, точка 61, Решение от 14 декември 2004 г. по дело Swedish Match, посочено в бележка под линия 15, точка 30, Решение от 12 юли 2005 г. по дело Alliance for Natural Health и други (C-154/04 и C-155/04, Recueil, стр. I-6451, точка 29) и Решение „Запазване на данни“, посочено в бележка под линия 3, точка 64.

на роуминга съгласно член 95 на друго основание: а именно премахването на ограничения пред свободното движение, породени от действията на частноправни субекти, които поставят презграничните икономически дейности в неблагоприятно положение. Разликите в цените между повиквания, проведени в рамките на самата държава членка, и разговори, проведени в роуминг, могат с основание да се считат за обезкуражаващи използването на презгранични услуги като роуминга [23]. Методът, избран от законодателя за разрешаване на проблема, свързан с високите цени на роуминга, е въвеждането на таван на цените за целия Европейски съюз. Този метод трябва да бъде обоснован в съответствие с целите на член 95. Тези цели, както става ясно от текста на члена, са: *„създаването или функционирането на вътрешния пазар“* [24], като вътрешният пазар *„обхваща пространство без вътрешни граници, в което свободното движение на стоки, хора, услуги и капитали е осигурено в съответствие с разпоредбите на настоящия договор“* [25]. Поставянето на презграничните икономически дейности в неблагоприятно положение потенциално може да възпрепятства създаването на вътрешен пазар, на който е гарантирано свободното движение на стоки, хора, услуги и капитали, чрез обезкуражаването на потребителите да участват в презгранични икономически дейности, като например използването на роуминг услуги. Вероятно не съществува по-видима презгранична икономическа дейност в сектора на мобилните телекомуникации от самия роуминг. Налагането на таван на цените на роуминг услугите може с пълно основание да се разглежда като обслужващо създаването на вътрешния пазар чрез премахването на препятствия пред презграничната икономическа дейност.

20. Макар налагането на такъв таван на цените да включва налагане на правна уредба в цялата Общност по отношение на частните оператори, а не на държавни органи, приемането на такава мярка не дава на Общността картбланш да използва член 95 за регулиране на каквато и да било икономическа дейност. Регламентът относно роуминга съставлява намеса от страна на общностния законодател, насочена не просто към действия на частноправни субекти, които пораждат нежелани резултати, а към действия на частноправни субекти, които пряко поставят определена презгранична икономическа дейност (роуминг) в неблагоприятно положение в сравнение с вътрешната икономическа дейност (вътрешно използване на мобилни телефонни услуги). Действия, включително на частноправни субекти, които пряко поставят презгранични дейности в неблагоприятно положение, по-лесно могат да бъдат характеризирани като препятствия пред създаването на вътрешния пазар. Естествено, повечето частни дейности на пазара не могат потенциално да ограничават свободното движение, така че те не могат сами по себе си да обосноват приемането на законодателство по силата на член 95. Само когато действията на частноправните субекти пряко включват презгранична дейност и са в състояние ефективно да ограничат тази презгранична дейност и свободното движение, действието на Общността за регулиране на тези действия може да бъде основано на член 95.

23 — Както отбелязах в няколко заключения, за последен път по дело C-115/08, ČEZ, заключение от 22 април 2009 г., точка 12, третирането на презгранични положения, което е по-малко благоприятно от третирането на чисто вътрешни положения, може да съставлява препятствие пред правото на свободно движение, от което зависи вътрешният пазар.

24 — Член 95 ЕО.

25 — Член 14 ЕО.

21. В това отношение просто моля Съда да приложи логическите последици от практиката си по хоризонталното прилагане на разпоредбите за свободното движение към своя анализ на член 95. В рамките на последния Съдът признава, че при определени обстоятелства действията на частноправните субекти могат да съставляват ограничения на свободното движение. Такъв е случаят например по дело International Transport Workers' Federation/Viking Line ABP [26] и дело Laval un Partneri/Svenska Byggnadsarbetareförbundet [27], включващи действия на профсъюзи, които възпрепятстват корабособственик да пререгистрира плавателния си съд под флага на друга държава и строително дружество да предоставя услуги в друга държава. Действията на профсъюзите пряко засягат свободата на установяване и свободното предоставяне на услуги, като Съдът е приел, че правилата за свободно движение са пряко приложими по отношение на профсъюзите, макар и те да са частноправни субекти. За да стигне до този извод, Съдът се основава на предходни дела, които признават прякото въздействие, което частните протестни действия биха могли да окажат върху свободното движение на стоки, когато те възпрепятстват превоза на тези стоки [28]. Член 95 предоставя на общностния законодател основание за действие при обстоятелства, при които за да се гарантира функционирането на вътрешния пазар, не е достатъчна само увереността, че държавните институции не предприемат действия, които засягат основните свободи [29]. Ето защо е съвсем естествено тези ограничения на свободното движение да подлежат на регулиране по силата на член 95.

22. Всеизвестно е например, че Съдът е приел, че определени правила на футболни асоциации, уреждащи наред с другите аспекти и презграничния трансфер на футболисти, ограничават свободното движение на работници. За мен е очевидно, че това обосновава не само общностна забрана на такива правила, но и приемането на правила на Общността въз основа на член 95 [30]. Ако Общността може да забрани определено действие на частноправен субект, тя би следвало да бъде компетентна и просто да регулира това действие.

26 — Решение от 11 декември 2007 г. (C-438/05, Сборник, 2007 г., стр. I-10779).

27 — Решение от 18 декември 2007 г. (C-341/05, Сборник, 2007 г., стр. I-11767).

28 — Вж. също Решения от 9 декември 1997 г. по дело Комисия/Франция (C-265/95, Recueil, стр. I-6959) и Решение от 12 юни 2003 г. по дело Schmidberger (C-112/00, Recueil, стр. I-5659).

29 — Във връзка с тази концепция вж. *Von Bogdany*, Armin и Jürgen Bast. „The Vertical Order of Competences". — in: Principles of European Constitutional Law. Oxford, Hart Publishing, 2006. Вж. също *Somek*, Alexander. Individualism. Oxford University Press, 2008, p. 128, който твърди, не безкритично, че последното дело на Съда по член 95 „признава, че основните свободи и законодателната власт на Съюза обслужват една и съща цел". Вж. също *Weiler*, Joseph. The Constitution of the Common Market Place: The Free Movement of Goods' in Paul Craig and Gráinne de Búrca The Evolution of EU Law. Oxford, Hart Publishing, 1999. Аз обаче не подкрепям непременно такъв строг паралелизъм. Това, което твърдя, е, че поне в някои случаи основанията за прилагане на правилата за свободно движение по отношение на частноправни субекти могат да се разпростират до член 95.

30 — Дали, по какъв начин и с какви цели трябва да бъдат упражнявани тези правомощия, е отделен въпрос, по който Съдът не е задължен да се произнесе в това дело.

Това не води до възлагане на компетентност на Общността да регулира всички действия на тези частноправни субекти. Такава компетентност би съществувала само когато тези действия, както беше посочено по-горе и паралелно с хоризонталния обхват на приложение на правилата за свободно движение, пряко включват презгранична дейност и са в състояние ефективно да ограничат тази презгранична дейност и свободното движение. Противно на това, мерки като например опити за регулиране на цените на куфари или на храна в ресторанти, не съдържат в себе си противодействие на прякото поставяне на презгранична икономическа дейност в неблагоприятно положение и съответно не биха били в състояние да докажат степента на въздействие върху свободното движение и създаването на вътрешния пазар, необходими за установяването на законодателна юрисдикция на Общността по силата на член 95.

23. По същия начин, както условията за приложение на правилата за свободно движение по отношение на частноправни субекти са по-взискателни от прилаганите по отношение на държавни органи, така и общностното законодателство, прието въз основа на член 95 за регулиране на действията на частноправните субекти, засягащи създаването на вътрешния пазар, следва да отговаря на определени условия. Както в настоящия случай, те трябва пряко да са поставили в неблагоприятно положение определена презгранична дейност. След като действията на частноправните субекти ефективно ограничават определена презгранична дейност, тези действия следва да подлежат на регулиране от страна на Общността.

24. Вероятно позицията, която защитавам, става още по-ясна, ако се характеризира както включваща и действие или бездействие на държавата. Възможно е да се каже, че „допускането“ от държавите на дискриминационни цени [31] между роуминг повиквания и вътрешни повиквания от техни оператори ограничава презграничните мобилни комуникации. По този начин би било възможно намесата на Общността да бъде обоснована по силата на член 95 поради факта, че националните правила не предотвратяват дискриминационното третиране на презграничните мобилни комуникации.

25. Също така трябва да обърна внимание и на въпроса за правното основание. Както посочих по-горе, изменението може освен това да бъде оправдано, ако е необходимо да се разреши особен проблем, в случай, при който първоначалната мярка за хармонизация възпрепятства държавата членка да го реши ефективно. Както се посочва в становищата на Vodafone и в съображения 4 и 9 от Регламента относно роуминга, регулаторната рамка, установена от ОРР, предвижда *предварителна* намеса от националните регулатори само след откриването на ЗПС, упражнявана от определени участници на пазара. Съответно при липсата на такова обстоятелство намесата от страна на националните регулатори не е възможна въз основа на установената система. Имайки предвид,

31 — Изразът „дискриминационни цени“ трябва да бъде използван внимателно в този контекст по няколко причини, не на последно място от които е фактът, че наистина може да съществуват законни основания за разлики между цените на разговорите в роуминг и на вътрешните разговори. Става очевидно, че не съществува ясно оправдание за съществуващите разлики в цените и че това е основанието за намесата на Общността.

че Комисията [32] и Групата на европейските регулатори [33] са установили, че цените за роуминг услугите са прекомерни, дори и на пазари, за които не е установено, че са обект на ЗПС, самата ОРР е препятствие за възможността на национален регулатор или на регулатор на ЕС да установи регулаторна рамка, която би причинила намаляване на таксите за роуминг услугите. След установяването на пазарни сривове и социални разходи, съществуващи в контекста на хармонизирания регулаторен режим и в действителност произтичащи от този регулаторен режим, общностният законодател трябва, по причините, отбелязани по-горе и посочени от Съда по дела Gintec и Tobacco II [34], да притежава правомощието да разрешава такава ситуация и да предоставя правомощия на национално или на общностно равнище за промяна на регулаторната рамка, ако бъде установено, че същата работи неефективно.

Б — *Субсидиарност*

26. Ето защо Общността притежава правомощието да разреши въпроса за високите цени на роуминг услугите чрез изменение на ОРР. Независимо от това, както беше отбелязано по-горе, трябва да се прави разграничение между правомощието за регулиране, от една страна, и въпросите за интензивността на регулирането и за равнището, на което се извършва това регулиране, от друга. Фактът, че законодателството е прието въз основа на член 95 като изменение на по-ранна част от законодателство за хармонизация, не го освобождава от ограниченията на компетентността на Общността, съдържащи се в този член и в общите принципи на правото на Общността. Част от ограниченията върху използването на член 95 като правно основание е изискването правомощието, което това законодателство възлага на Общността, да бъде упражнявано по начин, който е пропорционален на преследваните от него цели и трябва да бъде оправдан от гледна точка на принципа на субсидиарност.

27. Решението на общностния законодател да установи максимални цени на едро и на дребно в Общността поражда сериозни въпроси по отношение на принципа на субсидиарност. Във връзка с цените на едро може лесно да се разбере защо се налага действие на общностно равнище. Цените на едро се начисляват от доставчици извън държавата членка на потребителя. Следователно националният регулатор от държавата на потребителя няма да бъде в състояние да предприема действия срещу доставчици в държавата, посещавана от потребителя, които начисляват

32 — Вж. COM (2006 г.) 382 окончателен 2006/0133 (COD), Брюксел, 12 юли 2006 г.

33 — Отговор на ГЕР от 22 март 2006 г. на поканата на Европейската комисия за събиране на информация по предложения от нея Регламент на ЕО на международния роуминг пазар.

34 — Посочени в бележка под линия 8 и 9.

прекомерни цени на вътрешната мрежа на потребителя. Освен това националните регулатори нямат стимул да контролират цените на едро, които се прилагат по отношение на чуждестранни доставчици и на потребители на тези чуждестранни доставчици.

28. Регулирането на цените на дребно е по-проблематично. След като са определени максималните цени на едро и след като е премахнато изискването за установяване на ЗПС преди регулаторната намеса, Общността може да оправомощи националните регулатори да определят максимални цени на дребно за роуминг услуги, ако считат, че цените на дребно на доставчиците в техните държави са прекомерни. Вместо това Регламентът относно роуминга установява максимални цени на дребно в Общността. Решението за регулиране на даден въпрос на общностно, а не на национално равнище не изисква обосноваване от гледна точка на обвързването на общностния правен ред с принципа на субсидиарност. Принципът на субсидиарност, установен в член 5 ЕО, постановява, че Общността предприема действия само ако целите на предлаганото действие не могат да бъдат достатъчно добре постигнати от държавите членки и поради тази причина могат да бъдат по-успешно осъществени от Общността поради обхвата или последиците на предлаганото действие. С други думи, трябва да бъде установено, че общностният законодател се намира в по-добра позиция от националния законодател да регулира цените на дребно на роуминга. Ако в случая с цените на едро е ясно, че съществува проблем на колективно действие, изискващ действие на общностно равнище, това не е толкова явно при цените на дребно (след като цените на едро бъдат определени на общностно равнище, държавите членки могат по принцип свободно и ефективно да определят цените на дребно). Възможно ли е да съществува друг проблем, който да възпрепятства възможността за държавите членки да решат проблема с високата стойност на роуминга при цените на дребно?

29. Главното основание, представяно от Регламента относно роуминга, е, че неговите цели за осигуряване на адекватна защита на потребителите и за гарантиране, че ползвателите не заплащат прекомерно високи цени, „не могат да се постигнат в достатъчна степен от държавите членки по сигурен, хармонизиран и своевременен начин, поради което могат да се постигнат по-добре на общностно равнище“ [35].

30. Съветът твърди, че принципът на субсидиарност по същество е субективен и политически принцип [36]. Следвайки тази логика, Съветът подчертава намерението на общностния законодател и че преследваната цел е, както гласи съображението на Регламента, да се използва „общ

35 — Регламент относно роуминга, съображение 38.

36 — Вж. по този въпрос Armin von Bogdandy и Jürgen Bast, посочено в бележка под линия 29.

подход, за да се гарантира, че при пътуване в рамките на Общността ползвателите на наземни обществени мобилни телефонни мрежи не заплащат прекомерни цени за роуминг услуги в Общността, когато осъществяват или приемат гласови повиквания, като по този начин се постига висока степен на защита на потребителите и същевременно се опазва конкуренцията между операторите на мобилни мрежи, и се запазват както стимулите за иновации, така и изборът на потребителите“ [37]. Според мен нито преследваните от Регламента цели, нито намерението на законодателя са решаващи за оценяване на спазването на принципа на субсидиарност. На първо място, преценката, която трябва да се направи съгласно принципа на субсидиарност, не се отнася до преследваната цел, а до това дали постигането на тази цел изисква действие на Общността. Определени цели на Общността (които сами по себе си обосновават съществуването на компетентност на Общността) могат да бъдат постигнати по-успешно от държавите членки (с последицата, че съществуването на тази компетентност не е оправдано). На второ място, намерението на общностния законодател не е достатъчно, за да се докаже съответствие с принципа на субсидиарност. Последният изисква необходимостта от действие на Общността да бъде предмет на основателно твърдение [38]. То трябва да бъде подкрепено от нещо повече от просто откроряване на възможните ползи, произтичащи от действието на Общността. То също така включва определяне на възможните проблеми или разходи, свързани с предоставяне решаването на въпроса от държавите членки. Като изисква това, Съдът не подменя със своето решение това на общностния законодател, а просто го заставя да приеме сериозно субсидиарността.

31. Ако, както беше посочено, съществува ясно колективно действие, оправдаващо действие на Общността по отношение на цените на едро, изглежда не съществуват преки доводи за хармонизацията на цените на дребно. Противно на това и както се твърди от жалбоподателите, националните регулаторни органи изглежда са в по-добра позиция да вземат решение относно необходимостта от контрол върху цените (а ако случаят е такъв — на кои цени) на различните национални пазари. Комисията в своето писмено становище обаче твърди, че предоставянето на разрешаването на този въпрос на държавите членки би довело до нарушения на конкуренцията, защото различните оператори

37 — Регламент относно роуминга, съображение 16.

38 — Парламентът и Съветът подчертават в своите становища, че решението да се регулира на общностно равнище е подкрепено от държавите членки чрез ГЕР. Би могло да се твърди, че колкото по-оспорвана е необходимостта от намеса на Общността, толкова по-голяма е тежестта, падаща върху общностния регулатор, да обоснове такова действие. От друга страна, дори ако единодушната подкрепа на всички държави членки в Съвета не се счита за решаваща при разглеждането на съществуването и упражняването на компетентността на Общността, трябва да бъде припомнено, че държавите членки се представляват в Съвета от своите национални правителства. По тази причина упражняването на определена компетентност на общностно равнище влияе върху вътрешното съотношение на силите на държавите членки и техните механизми за политическа отговорност. Тълкуването и прилагането на правилата за компетентността трябва да се отнася с еднаква грижа към тези интереси.

на мобилни мрежи биха били подложени в различните държави членки на различни ценови тавани. Този довод не може да бъде подкрепен. Разлики в цените съществуват почти във всяка област в държавите членки. Тези разлики в цените могат или не могат да доведат до конкурентни предимства за икономическите оператори на някои държави членки. Както и в много други области, това просто може да означава, че цените се различават в държавите членки. В това отношение изглежда, че не съществува ясна разлика с пазара за вътрешни повиквания, където икономическите оператори също могат да бъдат подложени на различни ценови тавани. Освен това не всички конкурентни предимства могат непременно да бъдат определени като нарушение на конкуренцията. Общностният законодател е трябвало да развие довод в подкрепа на това заключение, но не е направил това [39].

32. От друга страна, имайки предвид факта, че срокът на действие на Регламента относно роуминга е предвиден да изтече три години след неговото приемане, доводът, че своевременното налагане на максимални цени е необходимо, за да се осигури постигането на целите на Регламента, има някаква тежест. Това е свързано с довода за законодателна ефективност. Предвид необходимостта от намеса на Общността по отношение на цените на едро, би могло да се твърди, че би било по-целесъобразно и уместно едновременно да се извърши и регулиране на цените на дребно. Цените на едро могат да бъдат определени в съответствие с прогнозните цени на дребно и обратно, като потребителите могат незабавно да забележат резултатите от намесата на Общността.

33. Решаващият довод обаче произтича от презграничния характер на икономическата дейност, която подлежи на регулиране. Дори ако не съществува достатъчно важен проблем на колективно действие при цените на дребно, с основание може да се счита, че Общността може да бъде в по-добра позиция от държавите членки за решаване на проблема с цените на дребно на роуминга. Поради транснационалния характер на разглежданата икономическа дейност (роуминг) Общността може да има повече воля да реши проблема и да бъде в по-добра позиция да балансира всички разходи и ползи от предвижданото действие за вътрешния пазар.

34. Самият презграничен характер на икономическата дейност прави общностния законодател потенциално по-подходящ

39 — Всичко това не следва да се смесва с факта, посочен по-горе, че ценовите тавани могат да наложат ограничения върху достъпа до националните пазари. Доводът за нарушаването на конкуренцията се отнася до конкуренцията на същия пазар при различни правила за ценообразуване, а не до факта, че налагането на ценови тавани на националните пазари може да възпрепятства външните конкуренти успешно да се конкурират, от гледна точка на по-високото качество или по-ниските цени на продуктите или услугите, които биха могли потенциално да предложат при липсата на този ценови таван.

от националните органи да регулира тази дейност дори по отношение на цените на дребно. Имайки предвид, че случаят се отнася до защитата на права по общностното законодателство, общностният законодател с основание може да е заключил, че националните регулаторни органи не са отдали необходимия приоритет на тези права, което общностният законодател е счел за необходимо. В действителност, както беше разяснено в различните части на становищата и в съдебното заседание от различните страни в техните пледоарии, цените на роуминга често се определят от операторите на мобилни мрежи като част от пакет, включващ други услуги, като например вътрешни комуникации. Освен това роумингът съставлява малка част от тези услуги и търсенето на роуминг е по-малко от търсенето на вътрешни комуникации [40]. Би могло да се очаква, че при регулирането на този пазар националните регулатори ще се съсредоточат върху разходите и другите аспекти на вътрешните комуникации, а не върху цените на роуминга. Общността, по силата на презграничния характер на роуминга, е специално заинтересована от защитата и насърчаването на тази икономическа дейност. Точно това е типът ситуация, при който демократичният процес в държавите членки може да доведе до липса на защита на презграничната дейност [41]. Така може да се разбере защо се е намесил общностният законодател.

35. Общностният законодател изтъква по същество, че въпросът относно цените на дребно не може да бъде прехвърлен на национално равнище, тъй като може да отнеме твърде много време на 27-те различни национални регулатори да въведат ефективен контрол на цените на дребно. Въпреки че не е посочено в съображението, може да се приеме също и становището, че забавянето от страна на националните регулатори би било безкрайно. Националните регулатори може да не поставят същия акцент върху разглеждането на въпроса за цената на роуминга както върху въпроса за цените на вътрешните комуникации. Като се има предвид, че Регламентът относно роуминга действа така, че да улеснява презграничната дейност и да подпомага функционирането на вътрешния пазар чрез осигуряване на адекватно улесняване и защита на правата на свободно движение, произтичащи от общностното законодателство, необходимо е да се действа на общностно равнище, за да се гарантира, че на тези права е даден необходимият приоритет.

36. На последно място, както отбелязва Съветът, установяването на ценови таван

40 — Вж. например ERG Common Position on the Coordinated Analysis of the Markets for Wholesale International Roaming, юни 2005 г., точка 59 (обсъждане на търсенето) и ERG response to the European Commission's call for input on its proposed EC regulation in the international roaming market, 22 март 2006 г., точки 3.10—3.11 (обсъждане на възможността намаленията при цените на едро на роуминга да бъдат използвани за намаляване на разходите за вътрешни услуги).

41 — Някои коментатори твърдяха, че ЕС извлича своята демократична легитимност отчасти от своята способност да защитава участниците в мобилните комуникации, чиито интереси не биха били адекватно представлявани в демократичния процес в рамките на отделните държави членки. Вж. последно Somek, Alexander. The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders Through Freedom of Movement U. Iowa Legal Studies Research. No: 09-23, 5.2009.

дава възможност за отчитането на национални отклонения при определянето на цени под това равнище. Така общностният регламент все пак оставя определена свобода на действие за намеса от страна на държавите членки. С оглед на всички горепосочени съображения, не може да се каже, че общностният регламент нарушава принципа на субсидиарност.

B — *Пропорционалност*

37. По отношение на въпроса за пропорционалността Съдът трябва да прецени дали решението на законодателя за начина, по който той е избрал да се справи с проблема с високите цени на роуминга, е пропорционално на целите на член 95, отнасящи се до създаването на вътрешния пазар и на целта на политиката за защита на потребителите, балансирайки между загубата на автономия от страна на държавите членки и засягането на правата на жалбоподателите.

38. Страните, които оспорват валидността на Регламента относно роуминга, твърдят, че при предвиждането на таван на цените за Съюза общностният законодател надхвърля необходимото за постигането на целта за намаляване на цената на роуминг услугите и поради това неоснователно засяга правото на собственост на жалбоподателите и тяхното право на извършване на търговска дейност. Както многократно е разяснявано в практиката на Съда, при оценяването на пропорционалността на решенията, взети от законодателя, Съдът е задължен да признае на законодателя известна свобода на преценка. Следователно по принцип и в тези области „съдебният контрол върху упражняването на правомощията [на законодателя] трябва да се ограничава до разглеждане на въпроса дали не е бил опорочен от явна грешка в преценката или поради злоупотреба с власт и дали законодателят явно не е превишил пределите на своето право на преценка“ [42]. Вярно е, че контролът върху цените е една от най-грубите форми на намеса на пазара и съставлява особено силно ограничаване на правото на собственост и свободата на стопанска инициатива. Решението за неговото въвеждане в действие не трябва да се взима с лека ръка от законодателя. В настоящия случай обаче не изглежда общностният законодател да е постъпил така.

39. Преди всичко изглежда, че общностният законодател е решил да се намеси като последна инстанция. Докладът за оценката на въздействието посочва подробно мерките, предприети от Комисията с цел намаляване цените на дребно на роуминга, включително проучвания на конкурентното право, инициативи за прозрачност, регулаторни действия по предишната рамка и политически натиск [43]. Комисията е отправила безрезултатни предупреждения, че ако цените не се „приближат значително по-близо до пазарноориентирано равнище“, ще последва

42 — Решение от 2 април 1998 г. по дело Norbrook Laboratories (C-127/95, Recueil, стр. I-1531), стр. 1594, точки 89 и 90.

43 — Оценка на въздействието на политическия избор по отношение на предложение на Комисията за Регламент на Европейския парламент и на Съвета относно роуминга в обществени мобилни мрежи в рамките на Общността COM (2006) 382 окончателен, 12 юли 2006 г., стр. 27.

регулаторно действие [44]. Комисията също така е събрала обширна информация относно цените на роуминга, указваща, че се начисляват „високи надценки върху цените на дребно“ и че „намаленията при цените на едро често не намират отражение“ в цените на дребно за клиентите [45]. Комисията е установила, че операторите са реализирали маржове на печалбата от продажбите на дребно в размер от над 200 % за изходящи повиквания в условията на роуминг и от близо 300 % или 400 % за входящи повиквания в условията на роуминг [46] и че цените варират в широки граници по такъв начин, че не би могло да бъдат обяснени с необходимо присъщите разходи. Въз основа на данните, с които разполага, Комисията заключава, че цените на дребно на роуминга „не се намират в смислена връзка с необходимо присъщите разходи по предоставянето на услугата“ [47] и че не съществува причина да се счита, че намаляването на цените на едро би довело до намаляване на цените на дребно [48].

40. Възприетият регулаторен подход също така не изглежда неоснователен с оглед на противоречивите доказателства, представени от страните по въпроса дали е била необходима формата на намеса, възприета от общностния законодател. Например подкрепящите валидността на Регламента посочват констатации на Групата на европейските регулатори, че цените на роуминг услугите са прекомерно високи и че може би е необходим контрол върху цените на дребно, в случай че пазарните сили се окажат недостатъчни, за да гарантират намаленията на цените [49]. От друга страна, Vodafone отбелязва как същата група е препоръчвала първоначално да се възприеме гъвкав подход, който да отчита националните условия [50]. Общностният законодател обаче не е задължен да възприема всички препоръки на такива експертни групи. Групата на европейските регулатори посочва, че съществуват високи надценки върху цените на дребно [51] и че намаленията на цените на едро вероятно ще намерят отражение в цените на дребно за потребителите под формата на отстъпки при ценообразуване за вътрешни услуги [52], което решение, както беше посочено по-горе при разглеждането на възможността за национална правна уредба, не би защитавало въпросните права по общностното законодателство. Срещу презграничните комуникации ще продължава да се провежда „дискриминация“. Освен това Групата на европейските регулатори просто предлага общностният законодател да изчака да види дали пазарните сили ще доведат до намаляване на цените на дребно. Имайки предвид множеството доказателства за това, че намаленията на цените на едро не са намерили отражение в цените на дребно за потребителите [53],

44 — Забележки на Viviane Reding до Групата на европейските регулатори, Towards a True Internal Market for Electronic Communications, Париж, 8 февруари 2006 г., стр. 5; вж. също Оценка на въздействието на политическия избор по отношение на предложение на Комисията за регламент на Европейския парламент и на Съвета относно роуминга в обществени мобилни мрежи в рамките на Общността COM (2006) 382 окончателен, 12 юли 2006 г., стр. 12.

45 — Анализ, цитиран в точка 43, стр. 12.

46 — Пак там, страници 6 и 47.

47 — Пак там, стр. 17.

48 — Пак там, стр. 48.

49 — Отговор на ГЕР от 22 март 2006 г., посочен в бележка под линия 33, страници 1 и 2.

50 — Пак там, страница 2.

51 — Пак там, точка 2.6.

52 — Пак там, точки 3.10 и 3.11.

53 — Вж. например Оценка на въздействието, посочена в бележка под линия 45. GSM твърди, че оценката на регулаторното въздействие не е отчела по адекватен начин последните намаления на цените на дребно. Оценката на въздействието обаче признава, че са обявени значителни намаления на цените, но отбелязва, че Vodafone, T-Mobile, Telefonica O2 и Orange са обявили намаленията на цените през последната седмица от периода на консултацията по оценката на въздействието, и заключава, че намаленията на цените по-скоро са в отговор на заплахата от регулиране, отколкото на пазарни сили. Оценка на въздействие, стр. 10 и 27. Освен това намалението на цените на дребно е малко, разглеждано на фона на печалбите от продажбите на дребно, които са в размер до 400 %, както се отбелязва в съображение 1 от Директивата.

общностният законодател не е задължен да възприеме такъв подход на изчакване. Както Комисията твърди, а Групата на европейските регулатори признава, своевременното действие е важен фактор, който трябва да се отчита и имайки предвид това, в допълнение към ясната констатация, че заплащаните за роуминг услугите цени са прекомерно високи, решението за регулиране на цените на дребно попада в кръга от възможности, които са открити за законодателя.

41. Освен това упражняването на контрол върху цените от страна на общностния законодател не представлява дългосрочно регулиране на пазарните цени, а опит за намаляване на цените (и възможно пораждане на ефективна пазарна конкуренция) в отговор на цените, които са изкуствено групирани поради пазарен срив, който правото в областта на конкуренцията не е в състояние да неутрализира. Това е илюстрирано от съображения 5, 6 и 9 от Регламента относно роуминга, които разглеждат обстоятелството, че Групата на европейските регулатори се опитва да преодолее високите цени чрез приложимите разпоредби в областта на конкуренцията и от съображение 28, което подчертава, че Регламентът следва да насърчава новаторските предложения към потребителите на роуминг услуги на цени, които са по-ниски от максимално допустимите. С ограничаването на срока на действие на Регламента до три години, общностният законодател също така ограничава степента, в която този контрол би засегнал пазара, и позволява на пазара да бъде дадена „втора възможност“ за поправяне на този пропуск.

42. Докато контролът върху цените винаги следва да се налага внимателно поради крайния характер на неговото въздействие върху пазара, ограниченият срок на действие на този контрол и неговата цел да коригира някои пазарни слабости, което правилата на конкуренцията не са били в състояние да постигнат, го правят по-приемлив в този случай. Освен това съществуването на клауза за ограничен срок на действие намалява неговото влияние върху правата на икономическите оператори. Такива клаузи гарантират, че общностният законодател периодично ще извършва преоценка на своята намеса в области като роуминга, които претърпяват бързи социални и икономически промени [54]. Ако на общностния законодател се наложи да удължи срока на действие на контрола върху цените или да го направи постоя-

54 — Необходимостта от периодично преразглеждане на решенията на общностния законодател в условията на бързо развиващ се пазар е изяснена в самата Рамкова директива (Директива 2002/21/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7 март 2002 година относно общата регулаторна рамка за електронните съобщителни мрежи и услуги (ОВ L 108, 2002 г., стр. 33; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 35, стр.195). Съображение 27 от Директива 2002/21/ЕО, разглеждащ ex ante регулирането, предназначено да гарантира развитието на конкурентни комуникационни пазари, предвижда, че „Комисията следва да преразглежда тези насоки редовно, за да гарантира, че те [продължават да бъдат] подходящи в условията на бързо развиващ се пазар“.

нен, това решение също трябва да бъде пропорционално и да се изложат допълнителни мотиви, които да го обосновават.

43. Vodafone също така отбелязва, че след приемането на Регламента цените на роуминг услугите са се групирали около максималната стойност, и твърди, че това е доказателство, че Регламентът е потиснал конкуренцията по отношение на цените в тази област. Все пак групирането на цените по този начин може също така да се разглежда като доказателство за липсата на конкуренция по отношение на цените на роуминга и от това да се направи изводът, че предишните по-високи цени са щели да останат без промяна, ако не е имало законодателна намеса. Ето защо, като се има предвид всичко гореизложено, не може да се твърди, че решението на законодателя е явно неправилно и поради това съставлява неоправдана намеса в правата на ищците.

44. Преценката на пропорционалността също така изисква от Съда да разгледа въпроса дали по-голямата възможност на Общността да постигне целите на съответното законодателство оправдава свързаната с избрания от законодателя подход загуба на автономия на държавата членка [55]. Становищата на страните по този пункт са доста оскъдни. Ясно е, че определянето на максимална цена за Общността действително намалява автономията на регулаторните институции на държавите членки. Все пак, с оглед на почти единодушната подкрепа сред агенциите на държавите членки, засегнати от въвеждането на разглеждания регламент, този довод губи част от своята сила и предвид ограничения обхват на съответните разпоредби (роуминг услуги), свободата на преценка, която Съдът признава на законодателя по тези въпроси, и липсата на представени в тази връзка обстойни аргументи в полза на противното твърдение от страна на жалбоподателите, не може да се твърди, че в това отношение Регламентът е непропорционален.

55 — Въпреки че последните решения на Съда са съсредоточени върху пропорционалността на общностното законодателство в светлината на неговите основни цели, както в дело Swedish Match, посочено в бележка под линия 15, също трябва да бъде разгледана и пропорционалността в светлината на въздействието върху автономията на държавата членка. По този въпрос вж. Kumm, Mattias. Constitutionalising Subsidiarity in Integrated Markets: The Case of Tobacco Regulation in the European Union. — European Law Journal, vol. 12, No 4, 6.2006, 522—524. Генералният адвокат Fennelly също така твърди, макар и на друго основание, че за разлика от целите на вътрешния пазар, основните цели, като например подобряването на здравето, не могат да бъдат използвани самостоятелно, за да удовлетворят пропорционалността (дело Imperial Tobacco и др., C-74/99, Recueil, стр. I-8599, заключение, точка 149).

II — Заключение

45. С оглед на всички изложени по-горе съображения предлагам на Съда да отговори на въпросите, поставени от националния съд, както следва:

„При разглеждането на въпросите, поставени от High Court of Justice, Queen's Bench Division (Administrative Court), не се установиха никакви обстоятелства, които могат да засегнат валидността на Регламент (ЕО) № 717/2007 на Европейския парламент и на Съвета от 27 юни 2007 година относно роуминга в обществени мобилни телефонни мрежи в рамките на Общността и за изменение на Директива 2002/21/ЕО."