CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE L. A. GEELHOED

presentate il 4 luglio 2002 [1]

I — Introduzione

1. Con il presente procedimento la Commissione chiede alla Corte di dichiarare che il Granducato di Lussemburgo, non avendo garantito nella prassi l'attuazione dell'art. 4 quinquies della direttiva 90/388/CEE, come modificata dalla direttiva 96/19/CE, è venuto meno agli obblighi che gli incombono.

1 — Lingua originale: l'olandese.

II — Contesto normativo

A — *Diritto comunitario*

2. La direttiva della Commissione 28 giugno 1990, 90/388/CEE, relativa alla concorrenza nei mercati dei servizi di telecomunicazioni [2], come modificata dalla direttiva della Commissione 13 marzo 1996, 96/19/CE [3], che riguarda la completa apertura alla concorrenza dei mercati delle telecomunicazioni, dispone all'art. 2 quanto segue:

«1. Gli Stati membri aboliscono tutte le misure che concedono:

a) diritti esclusivi per la prestazione di servizi di telecomunicazioni, compresa l'installazione e la fornitura di reti di telecomunicazioni necessarie alla prestazione di detti servizi,

o

2 — GU L 192, pag. 10.
3 — GU L 74, pag. 13.

b) diritti speciali che limitano, a due o più, il numero di imprese autorizzate a fornire tali servizi o a installare tali reti di telecomunicazioni, non conformandosi a criteri di obiettività, proporzionalità e non discriminazione,

o

c) diritti speciali che designano, non conformandosi a criteri di obiettività, proporzionalità e non discriminazione, numerose imprese concorrenti per la fornitura di detti servizi o l'installazione o la fornitura di dette reti.

2. Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari affinché a ciascuna impresa sia garantito il diritto di prestare i servizi di telecomunicazioni di cui al paragrafo 1 o di installare o fornire le reti di cui al paragrafo 1.

Gli Stati membri possono mantenere i diritti speciali ed esclusivi fino al 1° gennaio 1998 per la telefonia vocale e per l'installazione e la fornitura di reti pubbliche di telecomunicazioni, fatto salvo il disposto dell'articolo 3 quater e dell'articolo 4, terzo comma.

Gli Stati membri provvedono affinché entro il 1° luglio 1996 siano eliminate tutte le residue restrizioni relative alla prestazione di servizi di telecomunicazioni diversi dalla telefonia vocale via reti installate dal prestatore di servizi di telecomunicazioni, via infrastrutture messe a disposizione da terzi e grazie alla condivisione delle reti, di altre infrastrutture e dei siti: essi notificano le relative misure alla Commissione entro la stessa data.

Riguardo ai termini di cui al secondo e terzo comma del presente paragrafo e di cui all'articolo 3, all'articolo 4 bis, paragrafo 2, gli Stati membri con reti meno sviluppate possono beneficiare, su richiesta, di un periodo di transizione supplementare massimo di cinque anni e gli Stati membri con reti molto piccole possono beneficiare, su richiesta, di un ulteriore periodo di transizione massimo di due anni sempreché sia necessario al fine di realizzare gli indispensabili adattamenti strutturali. Detta richiesta deve comprendere una descrizione analitica degli adattamenti programmati ed un'accurata valutazione del calendario previsto per la loro esecuzione. Le informazioni fornite devono essere disponibili, a richiesta, per tutti gli interessati tenendo conto dell'interesse legittimo delle imprese alla tutela dei loro segreti d'affari.

3. Gli Stati membri che subordinano la prestazione di servizi di telecomunicazioni o l'installazione o fornitura di reti di

telecomunicazioni alla concessione di licenze, ad autorizzazione generale o ad una dichiarazione volta ad assicurare il rispetto delle esigenze fondamentali, provvedono affinché le condizioni relative siano basate su criteri di obiettività, proporzionalità, non discriminazione e trasparenza, che gli eventuali dinieghi siano motivati e che sia prevista una procedura di ricorso avverso tali dinieghi.

La prestazione di servizi di telecomunicazioni diversi dalla telefonia vocale, dall'installazione e dalla fornitura di reti pubbliche di telecomunicazioni e di altre reti di telecomunicazioni basate sull'impiego di radiofrequenze può essere subordinata esclusivamente ad una autorizzazione generale o ad una dichiarazione.

(...)».

3. Il 28 giugno 1996 le autorità lussemburghesi, in conformità all'art. 2, n. 2, della direttiva 90/388/CEE, chiedevano una proroga dei termini di attuazione. Con decisione 14 maggio 1997, 97/568/CE[4], la Commissione concedeva al Granducato di Lussemburgo la proroga fino al 1° luglio 1998 per quanto riguarda l'abolizione degli allora diritti esclusivi per la telefonia vocale (art. 1) e fino al 1° luglio 1997 per l'eliminazione delle restrizioni alla prestazione di servizi di telecomunicazione già liberalizzati (art. 2).

4. L'art. 4 quinquies della direttiva 90/388/CEE, come modificato dalla direttiva 96/19/CE, dispone quanto segue:

«Gli Stati membri non operano discriminazioni tra i fornitori di reti pubbliche di telecomunicazioni per quanto riguarda la concessione di diritti di passaggio per la fornitura di tali reti.

Laddove non sia possibile concedere nuovi diritti di passaggio alle imprese che intendono fornire reti pubbliche di telecomunicazioni a causa delle pertinenti esigenze fondamentali, gli Stati membri garantiscono l'accesso, a condizioni eque, alle infrastrutture esistenti installate in virtù dei diritti di passaggio e il cui raddoppio non è possibile».

5. L'art. 2, punto 6, della direttiva del Consiglio 28 giugno 1990, 90/387/CEE, sull'istituzione del mercato interno per i servizi delle telecomunicazioni mediante la realizzazione della fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni (Open Network Provision)[5], come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 ottobre 1997, 97/51/CE, che modifica le direttive del Consiglio 90/387/CEE e 92/44/CEE per adeguarle al

4 — GU L 234, pag. 7.

5 — GU L 192, pag. 1.

contesto concorrenziale delle telecomunicazioni, prevede che ai fini della direttiva si intende per «requisiti fondamentali»:

«I motivi non economici d'interesse pubblico che possono indurre uno Stato membro a imporre condizioni riguardo alla realizzazione e/o al funzionamento di reti di telecomunicazione o alla fornitura di servizi di telecomunicazione. Tali motivi sono la sicurezza di funzionamento della rete, il mantenimento della sua integrità e, in casi giustificati, l'interoperabilità dei servizi, la protezione dei dati, la tutela dell'ambiente e degli obiettivi di pianificazione urbanistica e territoriale, nonché l'effettivo uso dello spettro di frequenza e l'obiettivo di evitare interferenze dannose tra i sistemi di telecomunicazione operanti via radio e altri sistemi tecnici operanti via etere o terrestri. (...)».

B — *Diritto nazionale*

6. L'art. 7 della legge lussemburghese 21 marzo 1997 sulle telecomunicazioni, pubblicata nel Mémorial del 27 marzo 1997, prevede un sistema di licenze ai fini della gestione delle reti di telecomunicazioni e dei servizi per la telefonia, la telefonia mobile e il radioavviso.

7. L'art. 34, n. 1, primo comma, della legge sulle telecomunicazioni dispone che il titolare di una licenza per la gestione di una rete di telecomunicazioni può utilizzare il demanio pubblico dello Stato e dei comuni ai fini dell'installazione di cavi, cavi di superficie e degli impianti correlati, tenendo conto della destinazione e delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che disciplinano l'utilizzo di tale demanio.

8. Ai sensi dell'art. 35 di detta legge, il titolare di una licenza per l'installazione di cavi, di cavi di superficie e degli impianti correlati sul demanio pubblico dello Stato o dei comuni deve presentare alle autorità competenti un quadro della situazione ai fini dell'approvazione, che descriva il luogo e la natura dell'impianto.

Per quanto riguarda il diritto all'utilizzo del demanio pubblico, le autorità hanno la facoltà di non assoggettare il titolare della licenza ad imposte, prelievi, pedaggi, compensi o risarcimenti di qualsiasi natura.

Inoltre il titolare della licenza ha il diritto di installare gratuitamente cavi, cavi di superficie e impianti correlati su infrastrutture

materiali (strade, ponti, ecc.) che siano ubicate nel demanio pubblico dello Stato e dei comuni.

9. Ai sensi dell'art. 35, n. 3, della legge sulle telecomunicazioni, i costi derivanti dalla modifica dei cavi, dei cavi di superficie e degli impianti correlati sono a carico del titolare della licenza per la gestione di una rete di telecomunicazioni.

III — Procedimento

10. Il 22 luglio 1999 la Commissione, a seguito della presentazione di una denuncia formale contro il Granducato di Lussemburgo, rammentava alle autorità lussemburghesi gli obblighi di cui all'art. 4 quinquies della direttiva 90/388/CEE, come modificata dalla direttiva 96/19/CE. In considerazione del fatto che né un colloquio del 10 settembre 1999 né una risposta scritta ricevuta con lettera 16 settembre 1999 erano risultati soddisfacenti, il 17 gennaio 2000 la Commissione inviava al Granducato di Lussemburgo una lettera di diffida. Il Lussemburgo non rispondeva a tale lettera. Con lettera 3 agosto 2000, la Commissione emetteva quindi un parere motivato in cui chiedeva l'adozione entro due mesi di provvedimenti necessari per soddisfare gli obblighi della direttiva. Il 19 settembre 2000 la Commissione, nel corso di un successivo incontro, interrogava nuovamente le autorità lussemburghesi sulla concessione di diritti di passaggio su base non discriminatoria. Dato che la lettera di diffida non aveva ricevuto una risposta formale, il 27 febbraio 2001 la Commissione ha proposto ricorso.

IV — Argomenti delle parti

11. Come si evince dal paragrafo precedente, la Commissione agisce sulla base di una denuncia presentata dalla Coditel. Detta impresa, titolare di una licenza per la gestione di reti di telecomunicazioni dal 20 gennaio 1999, ha presentato, invano, a partire da tale data diverse domande alle autorità lussemburghesi per ottenere i necessari diritti di passaggio e lamenta che non è stato possibile conseguire le licenze richieste.

12. Nel presente procedimento, la Commissione solleva a carico del Granducato di Lussemburgo una censura secondo cui la legislazione lussemburghese in vigore non prevede garanzie sufficienti circa il carattere non discriminatorio dei diritti di passaggio a favore dei titolari di licenze. In sostanza, la legge è corretta, ma contiene garanzie insufficienti ai fini della concessione non discriminatoria dei diritti d'accesso. Tali lacune derivano dal fatto che le disposizioni della legge lussemburghese

21 marzo 1997 sulle telecomunicazioni non vengono applicate correttamente, ovvero in modo non discriminatorio, o dal fatto che il legislatore lussemburghese ha tralasciato di adottare i necessari provvedimenti integrativi per garantire al titolare di una licenza l'esercizio effettivo dei diritti derivanti da detta licenza.

13. A sostegno della sua censura la Commissione deduce tre argomenti:

— l'incertezza del quadro giuridico lussemburghese;

— la mancata motivazione o la mancata indicazione delle pertinenti esigenze fondamentali nelle decisioni di diniego;

— la possibile esistenza di discriminazioni.

14. Secondo la Commissione, conformemente alla lettera della legge, esiste il diritto di passaggio per i gestori di reti che sono in possesso di una licenza rilasciata a tal fine, ma nella prassi tale diritto non risulta esercitabile. Spesso non è chiaro quali siano le autorità competenti; le procedure da seguire sono imprecise e sono, inoltre, diverse in base all'autorità competente. La loro reciproca armonizzazione infatti non è regolata. Un ostacolo particolare è rappresentato dal fatto che la normativa di cui alla legge 21 marzo 1997 non è allineata alla procedura che deve essere seguita per ottenere un'autorizzazione all'uso di una strada pubblica. Un ulteriore problema tecnico risiede nel fatto che i dati necessari per la stesura del quadro da presentare sono difficili da ottenere senza l'aiuto delle autorità responsabili del demanio interessato.

15. In secondo luogo, la Commissione sostiene, in forza della direttiva 90/388/CEE, come modificata, che le autorità lussemburghesi competenti avrebbero potuto respingere la richiesta di diritti di passaggio rinviando ai cosiddetti requisiti fondamentali inerenti ad interessi pubblici non economici. Nel caso di specie, le autorità e gli enti lussemburghesi competenti non hanno in alcun modo invocato tali requisiti fondamentali. In forza dell'art. 4 quinquies della direttiva 90/388/CEE, come modificata, solo un siffatto richiamo avrebbe potuto giustificare il diniego di una licenza di passaggio.

16. In terzo luogo, la Commissione rammenta che il summenzionato art. 4 quinquies vieta qualsiasi discriminazione fra operatori di reti pubbliche di telecomuni-

cazioni per la concessione di diritti di passaggio. In base alle informazioni in possesso della Commissione, risulta tuttavia che nessun operatore di rete presentatosi sul mercato si è visto accordare fino ad oggi diritti di passaggio sul demanio pubblico. Pertanto, le reti locali non possono essere collegate a reti transfrontaliere e i titolari di licenze non possono offrire strutture e servizi equiparabili a quelli dell'Entreprise des Postes et Télécommunications (azienda lussemburghese delle poste e telecomunicazioni; in prosieguo: l'«EPT»). La Commissione osserva che l'EPT ha ottenuto il diritto di installare cavi lungo talune autostrade. Un siffatto diritto è stato sinora negato ad altri titolari di licenze che intendevano gestire una rete. A tale proposito la Commissione osserva anche che sebbene i cavi che l'EPT ha installato lungo l'autostrada in questione fossero destinati esclusivamente al controllo del traffico e per fornire informazioni al gestore della strada, non è detto che l'EPT sarebbe stata disposta ad acquisire quel diritto se non avesse saputo che accanto ai cavi installati per la segnalazione del traffico non avrebbe potuto installare anche i propri cavi di collegamento. In mancanza di una giustificazione oggettiva per tale diritto dell'EPT, in pratica esclusivo, che poteva forse derivare da pertinenti requisiti fondamentali di interesse pubblico, siamo in presenza di un caso manifesto di discriminazione contro altri potenziali operatori.

17. Le autorità lussemburghesi osservano che la legge sulle telecomunicazioni prevede un regime di licenze. Ai sensi dell'art. 34, n. 1, di detta legge, il diritto di passaggio è parte integrante della licenza. Il divieto di discriminazione fra operatori di reti pubbliche di telecomunicazioni, di cui all'art. 4 quinquies della direttiva 90/388/CEE, come modificata, sarebbe dunque stato recepito nel diritto lussemburghese.

18. Secondo i rappresentanti lussemburghesi, l'esercizio del diritto di passaggio è sottoposto a prescrizioni specifiche che vengono pubblicate dalle autorità competenti interessate. Tali norme sarebbero uguali per ogni operatore che richieda un diritto di passaggio.

19. I diritti di cui godono i titolari di una licenza ai sensi della legge sulle telecomunicazioni non impediscono che per il loro esercizio debbano essere adottati ulteriori provvedimenti legislativi. Per ottenere la necessaria autorizzazione ad usare la strada pubblica si applicano le prescrizioni generali relative all'uso del demanio pubblico ubicato lungo le strade.

20. Per quanto riguarda il caso della Coditel citato dalla Commissione, il governo lussemburghese osserva che detta impresa inizialmente ha indirizzato la richiesta di autorizzazione di passaggio all'autorità sbagliata. Secondo la giurisprudenza lussemburghese [6], l'autorità competente sarebbe non già il gestore della rete ferroviaria, bensì il Ministro dei Trasporti. Successivamente, nella nuova richiesta, l'impresa avrebbe presentato un fascicolo

6 — Sentenza del Tribunal administratif (Tribunale amministrativo) 13 dicembre 2000.

incompleto. Mancava in particolare il prospetto contenente i luoghi e le caratteristiche degli impianti da collocare. Il governo lussemburghese contesta inoltre la posizione secondo cui per la stesura di tale prospetto erano necessari dati tecnici non accessibili che possono essere forniti solo dal gestore delle reti pubbliche in questione. Secondo detto governo, si tratta solo di un prospetto topografico i cui dati sono pubblici e possono essere ottenuti dal catasto.

21. Infine, il Lussemburgo sostiene che, con regolamento granducale 8 giugno 2001, il procedimento oggetto della presente causa è stato modificato. Sono state disciplinate le condizioni di approvazione e le condizioni di utilizzo delle reti ferroviarie e stradali da parte dei gestori di rete, dei gestori delle reti di alimentazione e delle imprese attive nel settore del trasporto di gas. L'autorità competente per il rilascio delle licenze per l'uso della strada pubblica rimane il Ministro dei Lavori pubblici. Tuttavia le richieste sono trattate rispettivamente dal gestore delle infrastrutture ferroviarie (Chemins de fer Luxembourgeois; in prosieguo: le «CFL»), per quanto riguarda la rete ferroviaria, e dall'Administration des Ponts et Chaussées (Azienda Ponti e Strade; in prosieguo: l'«APC»), per quanto riguarda la rete stradale.

V — Analisi

22. La direttiva, come modificata, mira alla completa apertura alla concorrenza dei mercati delle telecomunicazioni. A tal fine gli Stati membri sono obbligati a liberalizzare i loro mercati in modo che altri operatori diversi dalle aziende storiche di telecomunicazioni possano ottenere la possibilità non solo di offrire i propri servizi sulle reti esistenti, ma anche di installare reti concorrenti.

23. Per queste ultime, i diritti di passaggio sul demanio pubblico costituiscono una condizione essenziale. La mancanza di siffatti diritti impedisce l'ottenimento di una licenza per una rete di telecomunicazioni. Tale diritto comporta che i fornitori di un servizio di reti pubbliche di telecomunicazioni ottengano l'accesso a terreni pubblici e privati per l'installazione dei cavi e il collocamento degli impianti necessari per poter raggiungere l'utente finale. Nei casi in cui il passaggio debba essere negato per esigenze fondamentali, è d'uopo concedere l'accesso alle infrastrutture di reti di telecomunicazioni esistenti.

24. Come si evince da quanto precede, il diritto di passaggio è rilevante perché senza di esso è difficile o impossibile per i nuovi operatori che hanno ottenuto una licenza concorrere con gli enti nazionali di telecomunicazioni, per lo più monopolistici, già esistenti. In tal modo, l'auspicata liberalizzazione della concorrenza su tali mercati

diventa impossibile o viene seriamente rallentata. Ciò significherebbe che i monopoli sui mercati nazionali protetti rimangono tuttora in vita. Si tratta di una situazione che contrasta chiaramente non solo con le finalità della direttiva, ma anche con la portata del Trattato CE stesso. Per tale motivo, gli Stati membri non solo devono aprire i loro mercati delle telecomunicazioni attraverso sistemi di licenze non discriminatorie, ma anche e soprattutto eliminare gli ostacoli legislativi, amministrativi, regolamentari ed effettivi che si frappongono all'esercizio da parte di un gestore di rete dei diritti derivanti dalla propria licenza.

25. Come non viene contestato neanche dalla Commissione, il diritto di passaggio è stato introdotto nella legge lussemburghese sulle telecomunicazioni. Esso figura all'art. 34, n. 1, di detta legge. L'attuazione della direttiva comporta tuttavia qualcosa di più del semplice recepimento nella legislazione nazionale. Come ho già sostenuto nelle mie conclusioni nella causa Marks & Spencer[7], il risultato perseguito da una direttiva impone non solo un corretto recepimento, ma anche l'applicazione della normativa nazionale pertinente in conformità alla portata della direttiva. Nel caso di specie ciò presuppone che gli interessati possano avvalersi anche realmente delle possibilità previste dalla direttiva. L'effettivo esercizio del diritto di passaggio significa fra l'altro che le procedure devono essere chiare, che gli interessati devono ottenere una risposta entro un termine ragionevole e che accanto alle esigenze derivanti dal principio di effettività deve essere preso in considerazione anche il divieto di discriminazione, ovvero devono essere previste sufficienti garanzie per evitare discriminazioni per quanto riguarda la concessione o l'esercizio dei diritti di passaggio.

La direttiva prescrive anche che gli Stati membri non operino discriminazioni per quanto riguarda la concessione di diritti di passaggio e che là dove siano in gioco ai fini dell'installazione o della fornitura di reti di telecomunicazione esigenze fondamentali di interesse pubblico, ed essi agiscano in regime di licenze, debbano provvedere affinché le relative condizioni siano basate su criteri di obiettività, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza, che gli eventuali dinieghi siano motivati e che siano previsti mezzi di ricorso avverso siffatti rifiuti.

26. Dai fatti delineati dalla Commissione risulta che non siamo in presenza di una sinecura per l'esercizio effettivo del diritto di passaggio. Vero è che il governo lussemburghese sostiene che esiste un diritto di passaggio inerente alla licenza, tuttavia in pratica sembra che debbano essere superati numerosi ostacoli. Tali ostacoli si accompagnano a procedure poco chiare che non sono armonizzate e delimitano in modo impreciso le competenze amministrative.

7 — Conclusioni 24 gennaio 2002, nella causa C-62/00, decisa con sentenza 11 luglio 2002 (Racc. pag. I-6325, pag. I-6328). Anche secondo la giurisprudenza della Corte, la corretta attuazione non è sufficiente, ma le norme recepite devono essere rese operative ed effettivamente rispettate nella prassi. Tale obbligo di risultato è illustrato sufficientemente, ad esempio, nella giurisprudenza concernente il rispetto delle norme comunitarie in materia di ambiente.

27. Per poter esercitare il diritto di passaggio, sono necessari in pratica due procedimenti. In primo luogo, occorre presentare ai fini dell'approvazione un quadro della situazione e, in secondo luogo, si deve disporre di una licenza d'uso della strada pubblica.

28. L'installazione di una rete copre di norma più particelle e parti di demanio, il che implica che il gestore che vuole esercitare il proprio diritto di passaggio debba rivolgersi a diverse autorità, quali l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines (ufficio del registro e del demanio), l'APC, le relative giunte comunali. A prescindere dal fatto che ciò può già costituire di per sé un ostacolo in termini di oneri amministrativi, questo diventa un problema effettivo quando le norme procedurali divergono secondo l'autorità con cui si ha a che fare. In una fase preliminare della presente causa, le autorità lussemburghesi hanno ammesso che le norme che regolano le procedure di approvazione applicabili, di cui all'art. 35 della legge sulle telecomunicazioni, sono poco chiare, in particolare per quanto riguarda l'armonizzazione con la procedura per l'ottenimento di una licenza d'uso della strada pubblica. Esse hanno altresì riconosciuto di non avere mai adottato o pubblicato regolamenti di attuazione, di modo che le diverse autorità competenti in materia, di fatto, non hanno mai concesso diritti di passaggio.

29. Durante la fase contenziosa il governo lussemburghese sostiene che le procedure seguite dalle varie autorità competenti possono essere richieste presso le autorità stesse e di solito sono pubblicate su Internet. Tale spiegazione, a mio avviso, non è convincente. Infatti, i titolari di una licenza che vogliano avvalersi dei diritti da essa derivanti non solo devono rivolgersi alle autorità dello Stato Lussemburgo, ma anche alle autorità comunali, a seconda dell'avanzamento dei lavori di installazione della loro rete. Tale sistema di regole con cui possono scontrarsi i titolari di una licenza manca indiscutibilmente di trasparenza. I titolari hanno una conoscenza inadeguata delle condizioni procedurali cui devono soddisfare per ottenere le necessarie autorizzazioni di passaggio. La circostanza che le autorità lussemburghesi si siano rese conto che si è in presenza di un serio ostacolo risulta dal fatto che nel frattempo hanno istituito un gruppo di lavoro con il compito di armonizzare le norme per l'ottenimento dell'accesso al demanio dello Stato con le norme applicate a livello comunale per il demanio comunale.

30. Come risulta da quanto precede, l'ottenimento delle necessarie approvazioni e licenze per l'installazione di reti di telecomunicazioni è subordinato alla presentazione di un quadro della situazione. La denuncia riguarda il fatto che i dati richiesti per la stesura di un siffatto quadro sono difficilmente reperibili. Tali dati sono il più delle volte in possesso delle autorità demaniali competenti. L'argomento del governo lussemburghese secondo cui si tratterebbe soltanto di prospetti topografici, i cui dati sono ottenibili dal catasto, in certo qual modo mi sorprende. L'installazione di reti presuppone una conoscenza esauriente delle altre strutture che si trovano sul

terreno, quali condotte, altre reti (elettriche) e fognature. Di norma i dati tecnici sono in possesso dei gestori delle relative parti del demanio pubblico. Per la stesura di validi prospetti tecnici è quindi necessaria la collaborazione di tali gestori. Poiché si tratta di un potenziale ostacolo, contro cui può scontrarsi l'attività di installazione delle reti da parte del titolare della licenza, ritengo che ai fini dell'ottenimento dei dati richiesti sia necessaria l'attiva collaborazione delle autorità lussemburghesi. Se così non fosse, verrebbe ostacolata la realizzazione dell'obiettivo previsto dalla direttiva, vale a dire un mercato nel quale possano concorrere i titolari delle licenze anche con loro reti.

31. Oltre alla necessaria approvazione del quadro della situazione, prima che possa essere concesso il diritto di passaggio, si deve disporre di una licenza d'uso della strada pubblica. Solo allora possono essere installati sul demanio pubblico i cavi e gli impianti occorrenti. Le autorità lussemburghesi, nel corso di un colloquio con la Commissione, hanno accennato alle difficoltà risultanti dalla legislazione relativa alla creazione di una grandi reti viarie. La legge 26 maggio 1998 dispone che ad una distanza di 25 metri dalle autostrade le necessarie attività di manutenzione delle costruzioni esistenti sono soggette ad espressa approvazione in forma scritta da parte del Ministero dei Lavori pubblici e vieta qualsiasi attività di costruzione, ricostruzione o modifica. Ciò significa che su detta parte del demanio non potrebbero essere esercitati in generale diritti di passaggio riguardo a nuove reti. Ciononostante, la Commissione afferma che lungo le autostrade, successivamente all'entrata in vigore di detta legge, sono stati intrapresi lavori di posa di cavi di alimentazione e trasmissione. Si tratta, quindi, probabilmente di una formulazione poco chiara, alla luce della prassi instauratasi in contrasto con la lettera della direttiva. È evidente che detta legislazione non fornisce ai cittadini una certezza sufficiente e lascia spazio ad una prassi di fatto discriminatoria.

32. Il governo lussemburghese ha indicato che nel frattempo è stata adottata una nuova normativa [8] che disciplina problemi simili a quelli oggetto della presente causa. Sembra che la detta legislazione snellisca le procedure per l'ottenimento dei diritti di passaggio e delle licenze necessarie per l'utilizzo del demanio lungo e su autostrade e ferrovie, nel rispetto dei principi di trasparenza e di non discriminazione. In ogni caso, tale normativa è stata adottata dopo la scadenza del termine previsto nel parere motivato e quindi, secondo la costante giurisprudenza della Corte, non può essere presa in considerazione [9].

33. Da quanto precede può dedursi che la prassi finora esistente non è conforme al disposto della direttiva. La mancanza di trasparenza e la complessità delle norme

8 — Règlement grand-ducal du 8 juin 2001 déterminant les conditions d'utilisation du domaine routier et ferroviaire de l'Etat par les opérateurs de télécommunications, les gestionnaires de réseaux de transport d'électricité et les entreprises de transport de gaz naturel (regolamento granducale 8 giugno 2001, che fissa le condizioni d'utilizzo del demanio stradale e ferroviario dello Stato da parte degli operatori delle telecomunicazioni, dei gestori di reti di trasmissione di elettricità e delle imprese di trasporto di gas naturale, Mémorial del 13 giugno 2001).

9 — V., anche di recente, sentenza 6 giugno 2002, causa C-177/01, Commissione/Francia (Racc. pag. I-5137).

che disciplinano l'esercizio dei diritti da parte dei titolari di una licenza per le reti di telecomunicazioni sono in contrasto con la direttiva perché ostacolano di fatto l'accesso di nuovi operatori al mercato interessato e quindi non escludono la discriminazione fra l'azienda EPT già operante sul mercato ed eventuali operatori (stranieri). Per questi motivi, il governo lussemburghese agisce in contrasto con la direttiva.

VI — Conclusione

Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di:

— dichiarare che il Granducato di Lussemburgo, non avendo adottato tutte le misure necessarie per garantire l'esercizio effettivo e non discriminatorio del diritto di passaggio, e quindi avendo agito in contrasto con il disposto dell'art. 4 quinquies della direttiva 90/388/CEE, relativa alla concorrenza nei mercati dei servizi di telecomunicazioni, come modificata dalla direttiva della Commissione 13 marzo 1996, 96/19/CE, è venuto meno agli obblighi che gli incombono;

— condannare il Granducato di Lussemburgo alle spese.